

Den 15. januar 2013

## **Til Realkreditankenævnet**

Andelsboligforeningen Duegården har modtaget Nykredits udtalelse i sagen j.nr. 2011-01-01-003 mod Nykredit.

Nykredit påstår afvisning, subsidiæret frifindelse.

Andelsboligforeningen påstand er, at foreningen skal have medhold i sin klage over Nykredits omlægning af foreningens oprindelige fastforrentede, konverterbare realkreditlån til et inkonverterbart realkreditlån, at foreningen skal stilles, som om denne låneomlægning ikke var foretaget og at forening og andelshavere skal kompenseres for de tab der er lidt, som følge af låneomlægningen.

Låneomlægningen var ikke hensigtsmæssig eller til gavn for andelsboligforeningen.

- Låneomlægningen havde alene til formål at skabe grundlag for Nykredits swapaftale.
- Det var ukendt for andelsboligforeningen, at man indgik en swapaftale med banken. Foreningen troede, at man indgik en tryghedsaftale med Nykredit om at sikre en fast rente. Hvad swap var vidste man ikke noget om.
- Låneomlægningen har afskåret andelsboligforeningen fra at følge med renteutviklingen og at omlægge sine lån.
- Bestyrelsen var ikke informeret om konsekvenserne af låneomlægningen. Bestyrelsen gik i 2007 ud fra, på grundlag af de givne oplysninger, at låneomlægningen udelukkende var til fordel for foreningen og andelshaverne.
- Andelsboligforeningen ville ikke kunnet have stillet yderligere garantier, hvis den negative værdi af swapaftalen steg over en vis grænse.

## **Sagens behandling i Pengeinstitutankenævnet og Realkreditankenævnet**

Den 5. april 2011 skrev Realkreditankenævnet til AB Duegården, at Nykredit ønskede, at behandlingen af sagen kun sker ved ét ankenævn, da der er tale om indgåelse af en renteswapaftale med Nykredit.

Nævnssekretariatet foreslog derfor, at sagen blev sat i bero, indtil der forelå en afgørelse fra Pengeinstitutankenævnet. "Det vil herefter kunne vurderes, om alle elementer i klagen er behandlet, eller om der fortsat udestår uafklarede spørgsmål i forhold til Nykredit Realkredit A/S, og som således henhører under Realkreditankenævnet", skrev sekretariatet.

Det er forståeligt, at Nykredit ønskede at fjerne opmærksomheden fra omlægningen af det oprindelige realkreditlån til et inkonverterbart lån.

Som bekendt har et flertal i Pengeinstitutankenævnet (3 mod 2) afvist at behandle sagen, på grund af sagens principielle karakter og usikkerheden af bedømmelsen af de fremkomne faktiske oplysninger. Det fremgår ikke af Pengeinstitutankenævnets afgørelse, hvori det principielle består.

Med hensyn til det principielle forholder det sig idag således, efter flere afgørelser ved danske, tyske og andre europæiske domstole, at der ikke længere er tale om skabelse af ny ret, men udelukkende om anvendelse af gældende ret, hvorfor sagen ikke længere er principiel. I 2012 har eksempelvis det engelske finanstilsyn pålagt den finansielle sektor at ændre alle komplekse finansielle produkter til lån, der er hensigtsmæssige for kunden.

Som AB Duegården ser det, så skal Realkreditankenævnet i sin behandling af sagen ikke vurdere, om en omlægning af Andelsboligforeningens lån fra et fast forrentet realkreditlån til et variabelt forrentet inkonverterbart lån isoleret set måske ville kunne have været hensigtsmæssigt for andelsboligforeningen.

Som AB Duegården ser det, skal Realkreditankenævnet skal tage stilling til, om konverteringen af et fastforrentet, konverterbart lån til et ikke-konverterbart variabelt forrentet realkreditlån, som skulle

udgøre grundlaget for en swapaftale med Nykredit, var hensigtsmæssigt for andelsboligforeningen, og om Nykredit i 2007 rådgav og informerede andelsboligforeningens bestyrelse og rådgiver i tilstrækkeligt omfang.

Det påhviler i henhold til bekendtgørelsen om god skik Nykredit at dokumentere rigtigheden af de faktiske forhold i forbindelse med låneomlægningen. Nykredit skal dokumentere, at Nykredit har fulgt god skik reglerne og ydet den nødvendige rådgivning. Hvis ankenævnet skulle finde, at der er usikkerhed om bedømmelsen af de fremkomne faktiske oplysninger, skal det efter AB Duegårdens opfattelse tilskrives Nykredits utilstrækkelige og mangelfulde rådgivning.

Mindretallet i Pengeinstitutankenævnet har afgivet en udtalelse i afgørelsen - til støtte for andelsboligforeningens klage - som foreningen også vil fremføre på egne vegne overfor Realkreditankenævnet:

"Indledningsvis bemærkes, at vi ikke finder, at sagen bør afvises. Vi finder ikke, at sagen er af så principiel juridisk karakter, at den bør afvises fra nævnsbehandling. Vi lægger herved til grund, at ankenævnet tidligere har behandlet klager fra såvel andelsboligforeninger generelt, såvel som over bankers rådgivning af andelsboligforeninger i forbindelse med indgåelse af renteswapaftaler.

Vi bemærker videre, at det af bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder (nr. 1261 fra 2006), som var gældende i maj 2007, hvor Nykredit præsenterede administratoren advokat A for to forslag til omprioritering af andelsboligforeningens gæld, fremgår, at de offentligretlige krav til Nykredit Banks rådgivning hviler på "kend din kunde"-princippet.

Dette er bl.a. udmøntet i bestemmelserne:

§ 5....

Stk. 2.En finansiell virksomhed skal yde rådgivning, hvis kunden anmoder herom... Endvidere skal virksomheden af egen drift yde rådgivning, jf. dog stk. 4, hvor omstændighederne tilsiger, at der er behov herfor.

Stk. 3.Rådgivningen skal tilgodese kundens interesser og give kunden et godt grundlag for at træffe sin beslutning. Rådgivningen skal være relevant, retvisende og fyldestgørende. Den finansielle virksomhed skal orientere om de risici, der er relevante for kunden.

§ 6.Før en finansiell virksomhed rådgiver, skal virksomheden anmode kunden om at oplyse om sin økonomiske situation, sin erfaring med de relevante finansielle ydelser, sit formål med at få ydelsen leveret samt om sin risikovillighed.

Reglerne om "god skik" for finansielle virksomheder er et offentligretligt regelsæt, som er under tilsyn af Finanstilsynet. Reglerne kan imidlertid efter omstændighederne få betydning for fastlæggelsen af det erstatningsretlige ansvarsgrundlag i en sag ved Ankenævnet. I forbindelse med stiftelse af andelsboligforeningen ABF i april 2007 blev købet af ejendommen overvejende finansieret ved hjemtagelse af et fastforrentet 4 % realkreditlån med 10 års afdragsfrihed.

Vi finder, at et tilbud til en andelsboligforening om at omlægge sin traditionelle finansiering i form af et fastforrentet, konverterbart realkreditlån til en kombination af et variabelt forrentet realkreditlån og en aftale om renteswap stiller krav til pengeinstituttet om at rådgive fyldestgørende og tilvejebringe et solidt grundlag for andelsboligforeningens beslutning.

Vi lægger herved bl.a. vægt på, at swapaftaler i et ikke-erhvervsforhold er et nyt og komplekst produkt.

Vi finder det således ikke godtgjort eller sandsynliggjort, at banken har rådgivet foreningen, bestyrelsen eller administratoren tilstrækkeligt om fordele og ulemper ved konstruktionen med en renteswap - herunder, at renteswappen har en forrentningsprofil, der i de sidste 10 år af løbetiden afviger fra forrentningen af det underliggende realkreditlån, at konstruktionen indebærer en manglende tilpasning til lånenes afdragsprofil, at der er særlige vilkår forbundet med at udtræde af swapaftalen før dens udløb, hvilket reelt gør lånet inkonverterbart - eller at banken havde sikret sig, at bestyrelsen var rådgivet om og accepterede de risici, som var forbundet med forslaget om omlægning.

I forlængelse heraf finder vi, at det påhviler Nykredit Bank at godtgøre at den rentebesparelse foreningen kunne opnå i forhold til et fastforrentet realkreditlån, stod mål med den større risiko der er indeholdt i swapaftalen.

Vi finder det ikke godtgjort, at bankens rådgivning i forbindelse med den senere indgåede mindre renteswapaftale i relevant omfang adskilte sig fra ovenstående.

Vi finder ikke godtgjort holdepunkter for at antage, at foreningen, var den blevet rådgivet fyldestgørende

om også ulemper ved renteswappen, i så fald ville have omlagt sit fastforrentede afdragsfrie 4 % realkreditlån eller sin kassekredit.

Vi finder på denne baggrund, at banken har handlet ansvarspådragende og er erstatningsansvarlig for det tab, som andelsboligforeningen ABF har lidt som følge heraf.

Vi finder det sandsynliggjort, at foreningen har lidt et tab som følge af indgåelsen af aftalerne med banken om renteswap og at foreningen ikke ville have indgået aftalerne, hvis den var blevet fyldestgørende rådgivet.

Vi finder herefter, at banken inden 30 dage så vidt muligt skal tilbyde at stille foreningen som om, at aftalerne om renteswaps ikke blev indgået og foreningen fortsat havde sit oprindelige realkreditlån og sin kassekredit - forudsat at der ikke ved andre retslige instanser er truffet afgørelser, der vil gøre det umuligt at iværksætte disse tiltag.

Vi bemærker, at bankens forpligtelse til at yde foreningen et lån på realkreditlignende vilkår - svarende til det oprindelige fastforrentede realkreditlån - helt eller delvist kan afløses og opfyldes i det omfang et realkreditinstitut tilbyder foreningen et fastforrentet realkreditlån med en rente på 4 % eller derunder."

I besvarelsen af spørgsmål 387 almindelig del stillet af Boligudvalget den 22. juni 2012 oplyser Finanstilsynet, "at den del af aftalen, som vedrører køb af en swap, medfører, at bekendtgørelsens om investorbekyttelse ved værdipapirhandel finder anvendelse, Denne bekendt gørelse stiller krav om, at andelsboligforeninger i forbindelse med køb af en swap, som minimum skal have beskyttelse i form af en såkaldt hensigtsmæssighedstest. Hvis foreningen ikke har tilstrækkelig viden og erfaring om swaps, medfører reglerne om hensigtsmæssighedstest, at værdipapirhandleren skal advare foreningen om, at produktet ikke er hensigtsmæssigt for foreningen."

Brancheorganisationen udtaler sig også. "På baggrund af den seneste tids presseomtale og nogle andelsboligforeningers negative erfaringer med renteswapaftaler med indbygget trappe henstiller Finansrådet til medlemsvirksomhederne, at der udvises tilbageholdenhed med anvendelse af sådanne aftaler." (Finansrådet, den 17. juni 2010).

Nogle måneder forinden, på Realkreditrådets årsmøde den 22. april 2010, udtalte Nationalbankdirektøren følgende:

"Normalt giver Nationalbanken sig ikke af med forbrugerspørgsmål. Ikke fordi de ikke kan være vigtige og interessante – men fordi det ligger uden for vores gebet. Jeg vil imidlertid i dag gerne benytte lejligheden til at knytte en kommentar til den seneste udvikling på markedet for finansiering af andelsboliger. Der er tilsyneladende nogle andelsbolig-foreninger, som de senere år har finansieret sig på en særdeles risikabel måde. Det drejer sig hovedsagelig om optagelse af inkonverterbare fast forrentede lån, hvor renten stiger gennem lånets løbetid. Teknisk er lånene struktureret som et variabelt forrentet lån, kombineret med en renteswap.

Disse lån er ikke i tråd med Nationalbankens holdning til den såkaldte pari regel, hvorefter et lån kan indfries til en kurs tæt på 100. Lånene synes også at ligge langt fra realkreditens erklærede mål om at beskytte låntager. Det har hidtil været god latin, at boligfinansiering skal ske på vilkår, der giver låntager mulighed for at komme ud af sine lån, uden at blive låst fast af en stigende gæld. Det sikres ved retten til at indfri til pari. Det var også et centralt aspekt i regelsættet omkring særligt dækkede obligationer, SDO, der blev vedtaget for snart tre år siden. Rentetilpasningslån kan ikke indfries til pari, men her er der typisk tale om finansiering med obligationer med kort løbetid, så restgældsrisikoen er begrænset.

Flere institutter tilbyder lån til andelsboligforeninger, hvor der i begyndelsen betales en relativ lav rente, som herefter stiger over lånets løbetid. De kaldes på dansk "trappelån", men er magen til de såkaldte "lokkelån", som var udbredt på det amerikanske sub-prime marked op til finanskrisen. Kombinationen af lange inkonverterbare lån forrentet med en rente, som er stigende over lånets løbetid, er ikke hensigtsmæssig til boligfinansiering. Trappelån kan lokke låntager til at optage større lån, end det ellers ville være tilfældet, og forstærker de negative effekter af, at lånet ikke kan indfries til pari. "

### **Afgørelser om swap-aftaler**

Siden Andelsboligforeningen Duegården i slutningen af 2010 klagede til bl.a. Pengeinstitutankenævnet og Realkreditankenævnet, er der i pressen fremkommet en del oplysninger om tilsvarende typer sager i andre andelsboligforeninger, i andre samfundssektorer (fx. kommuner og landbrug) og i andre lande.

En dom fra den tyske højesteret, afsagt 22. marts 2011 (XI ZR 33/10), har på det seneste påkaldt sig stor opmærksomhed. Berlingske Tidende citerer den 2. januar 2013 fra dommen, at det i forbindelse med komplekse produkter skal sikres, at investoren har »det samme vidensniveau som den bank, der rådgiver

ham, fordi det kun på den måde er muligt selv at træffe en ansvarlig afgørelse, om han vil acceptere det væddemål om renter, som tilbydes ham.« I samme artikel oplyses, at 4 udenlandske banker, herunder Deutsche Bank, er dømt for groft bedrageri i sager om swap-produkter i Italien.

Det fremgår af dommen fra den tyske højesteret, at banken bevidst - på tidspunktet for indgåelse af swapaftalen - havde indregnet en negativ markedsværdi på ca. 4 % af referencesummen, hvilket kunden ikke var blevet oplyst om. Andelsboligforeningen er først på det seneste blevet opmærksom på dette forhold, der betegnes skjulte gebyrer. Dommen vedlægges.

### **Nykredits øvrige oplysninger**

Nykredit fremfører en række oplysninger om forhold, der ligger før eller efter tidspunktet for låneomlægningen i 2007 eller som ikke vedrører låneomlægningen (fx. om swap). Oplysningerne er irrelevante for Realkreditankenævnets behandling af sagen og tjener kun til at sprede uklarhed og skabe yderligere forvirring. AB Duegården finder derfor ikke at Realkreditankenævnet skal inddrage disse oplysninger i grundlaget for sin afgørelse.

Hvis ankenævnet - som også nævnt tidligere - skulle finde, at der er usikkerhed om bedømmelsen af de fremkomne faktiske oplysninger, skal det efter AB Duegårdens opfattelse tilskrives Nykredits utilstrækkelige og mangelfulde rådgivning.

### **Korrektiv til andre oplysninger i Nykredits skrivelse**

Nykredit hævder, at der den 7. marts 2007 blev afholdt et møde med bl.a. de beboere, der var initiativtagere til stiftelsen, hvor bilag A blev præsenteret. Det er ikke dokumenteret, hvor og hvornår mødet blev afholdt eller hvem der deltog. Ingen i foreningen kender idag til mødet. Det vides heller ikke, hvilken udgave af bilag A der blev præsenteret, - hvis det blev præsenteret.

Nykredit har tidligere fremsendt bilag A og D til Pengeinstitutenævnet. I den seneste fremsendelse til Realkreditankenævnet, november 2012, har Nykredit i begge bilag fjernet nogle af de første sider. På de ikke medsendte sider af bilag A fremhæves det flere gange, at der er tale om et konverterbart lån (konverterings ret) og at lånene kan opsiges til kurs 100. Den negative markedsværdi af swap-aftalen har umuliggjort konvertering og burde have været fremhævet overfor foreningen.

Til brug for Realkreditankenævnets behandling vedlægger AB Duegården som bilag de oprindelige præsentationer. Det forhold, at Nykredit har slettet nogle sider i det materiale der er fremsendt til Realkreditankenævnet, fjerner den sidste tvivl om Nykredits oplysninger og handlemåde.

Om forløbet i skifteretten, som Nykredit berører, kan det kort oplyses, at alle parter fandt foreningen insolvent i august/september 2011 og ejendommen overbelånt. Nykredit forsøgte sammen med rekonstruktørerne og skifteretten at påføre foreningen og andelshaverne yderlige gæld og større gældsforpligtelser, hvilket foreningens generalforsamling afviste. Når foreningen blev trukket ud af rekonstruktionsbehandling i skifteretten i sommeren 2012, skyldtes det dels at tiden var udløbet, dels at Nykredit over for skifteretten indvilgede i at dække foreningens driftsunderskud indtil 2021. Alternativet ville være konkurs. Foreningens økonomiske situation er uændret, før som efter turen i skifteretten.

Andelsboligforeningen har ikke yderligere bemærkninger og ser gerne, at Realkreditankenævnet træffer sin beslutning på det foreliggende grundlag.

Med venlig hilsen

Lasse Larsen  
formand for andelsboligforeningen Duegården

Vedlagt:

Præsentationer den 21. februar og 25. maj, 2007.

Dom om swap, afsagt i den tyske højesteret 22. marts 2011 (XI ZR 33/10).