

HØJESTERETS KENDELSE

afsagt tirsdag den 18. oktober 2016

Sag 93/2016

Ekona A/S

(advokat Jesper Bang)

mod

Nordea Bank Finland Plc.

(advokat John Sommer Schmidt)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af SØ- og Handelsretten den 10. november 2015 og af Østre Landsrets 10. afdeling den 12. februar 2016.

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Jytte Scharling, Jon Stokholm, Poul Dahl Jensen, Vibeke Rønne og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Ekona A/S har nedlagt følgende påstande:

- 1) Ophævelse af landsrettens kendelse om, at Finansrådet skal bringe en sagkyndig i forslag.
- 2) Principalt: Det tillades, at den sagkyndige bringes i forslag af rektor for Copenhagen Business School eller rektor for Aarhus Universitet. Den sagkyndige skal have praktisk erfaring med finansielle produkter, herunder swapaftaler.

Subsidiært: Det tillades, at den sagkyndige bringes i forslag af Finanstilsynet. Den sagkyndige skal have praktisk erfaring med finansielle produkter, herunder swapaftaler.

Nordea Bank Finland Plc. har påstået stadfæstelse.

Anbringender

Ekona har navnlig anført, at Finansrådet er inhabilt i forhold til at bringe en sagkyndig i forslag. Ekona skal i den forbindelse ikke bevise, at Finansrådet er inhabilt. Det er tilstrækkeligt, at Ekona kan redegøre for omstændigheder, der er egnede til at rejse tvivl om Finansrådets upartiskhed.

Hvis den organisation, der bringer en sagkyndig i forslag, er inhabil, er den foreslåede sagkyndige også inhabil. Habilitetsvurderingen af skønsmænd, sagkyndige og de organisationer, der bringer skønsmænd og sagkyndige i forslag, er lige så streng som habilitetsvurderingen af dommere. De brancheorganisationer, der bringer sagkyndige og skønsmænd i forslag, er ikke underlagt en lempeligere habilitetsvurdering. Formålet med habilitetsreglerne er dels at undgå en reel risiko for, at afgørelsen i den konkrete sag påvirkes af uvedkommende hensyn, dels at undgå at der hos parterne eller omverdenen opstår mistillid til upartiskheden hos den person, der skal medvirke i sagen.

Det er Finansrådets erklærede målsætning at få indflydelse og at skabe resultater til gavn for banksektoren. De store danske banker, der i perioden frem til finanskrisen i massivt omfang markedsførte swapaftaler, ydede generelt set kun overfladisk rådgivning om swapaftalernes karakteristika og risici. Som følge deraf er en lang række banker involveret i retssager vedrørende swapaftaler. Flertallet af Finansrådets medlemmer – og dermed Finansrådet – har derfor en åbenbar og fælles interesse i at få fastslået, at de større danske bankers praksis i relation til rådgivning om swapaftaler i perioden frem til finanskrisen omkring 2009 ikke var ansvarspådragende. Allerede som følge af banksektorens åbenbare og stærke interesser i sager om swapaftaler vil det være betænkeligt at overlade det til Finansrådet at bringe en sagkyndig i forslag.

Nordea Bank Danmark besidder utvivlsomt en helt særlig position i Finansrådet, dels fordi Finansrådet består af meget få medlemmer, dels fordi Nordea er den suverænt største bank i Norden. Dette taler i sig selv for, at Finansrådet er inhabilt i relation til Nordea.

Efter landsrettens kendelse i nærværende sag indtrådte Finansrådet som biintervenient til støtte for Spar Nord Bank A/S i Højesterets sag 141/2015. Finansrådet tilkendegav herved et

ønske om, at banken blev frifundet i den pågældende sag, som havde betydelige ligheder med nærværende sag. Ekonas to hovedanbringender om, at banken oppebar skjulte vederlag, og at der var betydelige asymmetrier mellem potentielle gevinster og tab i bankens favør, blev også gjort gældende af bankkunden i Højesterets sag 141/2015.

Ved vurderingen af Finansrådets habilitet skal det tillægges betydning, om der findes alternative muligheder for at få bragt en sagkyndig i forslag. Der eksisterer udmærkede og betryggende alternative muligheder for at finde en egnet sagkyndig. Både rektor for Copenhagen Business School, rektor for Aarhus Universitet og Finanstilsynet vil kunne foreslå en kvalificeret sagkyndig med både praktisk indsigt i swapaftaler og dyb og bred faglig ballast.

Der er ikke noget krav om, at den sagkyndige skal være ansat i eller have tilknytning til den pågældende organisation, og de alternative organisationer er derfor frit stillet i forhold til, hvilken sagkyndig man vil bringe i forslag, når blot vedkommende opfylder kravet om praktisk indsigt i finansielle produkter, herunder swapaftaler.

Nordea Bank Finland har navnlig anført, at det er helt sædvanligt, at der rettes henvendelse til en brancheorganisation med henblik på at få bragt en eller flere egnede skøns mænd i forslag, når der skal udmeldes syn og skøn. Dette uagtet at brancheorganisationerne offentligt promoverer deres medlemmers interesser og jævnligt involverer sig i retssager som mandatarer eller biintervenienter til fordel for deres medlemmer. Tilsvarende må det være helt sædvanligt at rette henvendelse til en brancheorganisation, når der skal bringes en sagkyndig i forslag.

Det forhold, at én af sagens parter er medlem af en brancheorganisation, kan ikke i sig selv føre til, at brancheorganisationen eller den foreslåede skønsmand eller sagkyndige er inhabil.

Det er udokumenteret, at Finansrådet i kraft af sin status som brancheorganisation skulle have en særskilt interesse i at begunstige Nordea, idet Finansrådets formål er at varetage medlemmernes samlede interesser. Finansrådet har som repræsentant for hele sektoren en interesse i at sikre, at medlemmerne overholder de for branchen eksisterende retningslinjer, da det må anses som værende bedst i overensstemmelse med medlemmernes samlede interesser.

Sagen angår Nordea Bank Finlands konkrete rådgivning forud for indgåelsen af rente- og valutaswapaftaler, og sagen kan derfor ikke anses som værende af så principiel karakter, at Finansrådet eller andre banker skulle have en særlig interesse i sagens udfald.

Nordea besidder ikke en særlig position i Finansrådet, blot fordi Nordea er en af Danmarks største banker. Nordea er i øvrigt ikke den største bidragsyder til Finansrådet.

Hvis Ekonas argumentation følges, vil det reelt føre til, at alle brancheorganisationer er inhabile i forhold til at bringe skønsmænd/sagkyndige i forslag.

Der er ikke belæg for Ekonas udsagn om, at banken i Højesterets sag 141/2015, hvor Finansrådet biintervenerede til støtte for banken, havde Finansrådets ”fulde økonomiske og faglige støtte”, og sagen er heller ikke sammenlignelig med nærværende sag. Selv om begge sager vedrører swapaftaler, indebærer det ikke, at sagerne er sammenlignelige. Højesterets sag 141/2015 angik dels en aftale om en ”stop loss”-klausul, og dels hvorvidt bankkunden fortsat var bundet af en swapaftale, efter at han indfrie det underliggende låneforhold, som blev afdækket af swapaftalen. Disse problemstillinger er ikke et tema i nærværende sag.

Spørgetemaet angår branchemæssige kutymmer, og Finansrådet vil derfor være den mest velegnede organisation til at bringe en sagkyndig i forslag.

Højesterets begrundelse og resultat

Den verserende sag ved Sø- og Handelsretten vedrører spørgsmål om, hvorvidt Nordea Bank Finland Plc. har pådraget sig erstatningsansvar som følge af mangelfuld rådgivning, herunder fortielse af væsentlige forhold, i forbindelse med Ekona A/S' indgåelse af swapaftaler.

Kæresagen angår, hvilken organisation mv. der skal komme med forslag til en sagkyndig, som skal besvare en række spørgsmål i sagen.

Retsplejeloven indeholder ikke bestemmelser om sagkyndige erklæringer – heller ikke om hvilke krav der må stilles til den organisation mv., der skal komme med forslag til sagkyndige. I lighed med, hvad der gælder for udpegning af skønsmænd, jf. Højesterets samtidige kendelse i sag 39/2016, finder Højesteret, at der ved afgørelsen af, hvilken organisation der er

bedst egnet til at komme med forslag til sagkyndig, må foretages en samlet vurdering af den pågældende organisations kvalifikationer i forhold til at foreslå en sagkyndig med relevant faglig viden og indsigt samt af organisationens uvildighed.

Det er i overensstemmelse med sædvanlig praksis at indhente forslag til skøns mænd fra den relevante brancheorganisation. Dette gælder som udgangspunkt også, selv om en af sagens parter er medlem af den pågældende organisation. En tilsvarende ordning kan anvendes ved udpegning af personer, der skal afgive en sagkyndig erklæring.

Finansrådet er ikke part eller biintervenient i sagen, og der er ikke oplyst omstændigheder, der giver grundlag for at antage, at Finansrådet i øvrigt har en sådan interesse i sagens udfald, at det er egnet til generelt at rejse tvivl om den fuldstændige upartiskhed hos en sagkyndig udpeget efter forslag fra Finansrådet.

Det bemærkes herved, at der ikke foreligger en sådan lighed mellem sagerne, at Finansrådets biintervention til støtte for Spar Nord Bank A/S i Højesterets sag 141/2015, som blev afgjort ved dom af 30. juni 2016 (UfR 2016.3371) kan føre til et andet resultat.

Parterne er enige om, at den sagkyndige skal have praktisk erfaring med finansielle produkter, herunder swapaftaler. Henset hertil tiltræder Højesteret, at det er Finansrådet, der skal anmodes om at foreslå en sagkyndig med en sådan indsigt.

Med disse bemærkninger stadfæster Højesteret landsrettens kendelse.

Thi bestemmes:

Landsrettens kendelse stadfæstes.

Ekona A/S skal i sagsomkostninger for Højesteret inden 14 dage fra denne højesteretskendelses afsigelse betale 10.000 kr. til Nordea Bank Finland Plc. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.