

ERHVERVSJURA

Nu må retten blive klogere

INVESTERING: En ny afgørelse åbner mulighed for, at juridiske afgørelser ved domstolene kan træffes ud fra en større indsigt i tvister om komplicerede emner som indviklede finansieringsprodukter.



LARS BO LANGSTED
professor,
Juridisk Institut,
Aalborg Universitet

finans@finans.dk

Swaps, optioner, futures, caps & floors er forskellige typer af derivater. Hertil kunne man nævne hybride instrumenter og syntetiske instrumenter, og halvdelen af læserne af denne artikel vil være tæt på at lægge avisen fra sig, medens den anden halvdel vil læse hen over udtrykkene og tænke »dem behøver jeg nok ikke at forstå«.

Indrømmet, der vil også være en håndfuld eller måske to, der har læst dem og straks forstået, hvad de betyder og indebærer, ligesom vi andre umiddelbart forstår ordene vaskemaskine og dankort uden at skulle tænke nærmere over, hvad det mon er for noget.

De fleste har det nok sådan med ting, de ikke umiddelbart ved ret meget om – at de kan sætte sig ind i det, hvis og når de måtte få brug for det. Skal man f.eks. have en mobiltelefon, ved man nogenlunde, hvad man gerne vil have, at den skal kunne, og man sætter sig lidt ind i begreberne og specifikationskravene måske ved at stille spørgsmål til ekspedienten i forretningen.

Noget sværere er det at gå ned i banken og lave den rigtige finansieringsløsning. Hvis nu den venlige bankmedarbejder foreslår en fixed-for-floating-swap og fortæller dig lidt om, hvad du får ud af det, er det ret sikkert, at du ikke har forstået frygteligt meget af teknikken bag en sådan ordning.

Måske forstår du de overfladiske sammenhænge – men helt ned i dybden når du aldrig. Men det gør heller ikke så meget, tænker du. For dels har den venlige kunderådgiver jo heldigvis forstået det, og ellers kan det jo ikke gå rent galt – for så ville din bank ikke have rådet dig til netop den form for transaktion.

Ingen af delene behøver imidlertid at have noget på sig. En undersøgelse blandt bankrådgivere viste for nogle år siden, at 39 pct. af dem, der svarede, havde været usikre på nogle dele af arbejdet med strukturerede produkter, og at 29 pct. havde oplevet at rådgive om disse produkter »uden tilstrækkelig forståelse«.

Når dette kombineres med, at netop sådanne strukturerede produkter i mange tilfælde har ført til voldsomme tab hos en række kunder, er det ikke

underligt, at der er dukket en del retssager op om påstået mangelfuld rådgivning fra bankernes side. Og netop sådan en sag – eller rettere et enkelt processuelt spørgsmål i sådan en sag – har lige været oppe at vende i Højesteret.

I al sin gribende enkelthed handler sagen om, at et selskab havde indgået en fixed-for-floating-swap i kombination med optagelse af to variabelt forrentede realkreditlån på 20 mio. kr. for at finansiere købet af nogle tyske ejendomme.

Selskabet har nu anlagt sag mod banken for påstået mangelfuld rådgivning og fortælle af væsentlige forhold i forbindelse med indgåelsen af swapaftalen. Der var imidlertid uenighed mellem parterne ikke blot om, hvorvidt der er erstatningspligt eller ej – men også om en »række egenskaber og mekanismer« ved de indgåede swapaftaler.

Med henblik på at oplyse retten havde sagsøger derfor begæret enten syn og skøn eller indhentelse af en sagkyndig erklæring vedrørende disse »tekniske egenskaber« ved swapaftalerne – herunder om disse i nogle henseender indeholdt »væddemåls-lignende elementer«. Den sagsøgte bank protesterede med arme og ben og hævdede, at det var helt unødvendigt, og at man – hvis der virkelig skulle indhentes en udtalelse – skulle gøre dette hos Finansrådets responsumudvalg.

Hvis man ikke vidste bedre, skulle man jo tro, at retten ville gribe sagsøgers begæring med kyshånd: Her ville der være en chance for dommeren for endelig at forstå det produkt, sagen dybest set handlede om – men nej! Både byret og landsret afviste såvel syn og skøn som indhentelse af en erklæring fra CBS vedrørende swapkonstruktionen. Også Højesteret afviste syn og skøn, men endte med at tildele sagsøger at indhente en sagkyndig erklæring fra én eller flere ansatte ved CBS vedrørende swapaftalerne.

Der er mindst to interessante aspekter i denne sag. Det ene er opfattelsen af, hvad der er »sagens genstand« i en sag om rådgivning. Det andet er kompleksiteten af finansielle instrumenter – og ikke mindst muligheden for at føre bevis for disse instrumenters reelle indhold og konsekvenser.

Byrettens afvisning af syn og skøn beroede på en opfattelse af, at »der ikke foreligger nogen sagsgenstand, der kan gøres til genstand for syn, og heller ikke noget spørgsmål, der kan gøres til genstand for skøn, idet den juridiske vurdering vedrørende de indgåede swapaftalers retlige karakter tilkommer retten, finder retten at der ikke er anledning til at træffe bestemmelse om gennemførelse af syn og skøn«.

Efter den opfattelse kan man altså vurdere rådgivningens fuldstændighed og

korrekthed uden at have kendskab til det, der rådgives om.

Østre Landsrets afvisning ligger lidt i forlængelse af denne opfattelse, men udelukker dog ikke helt, at viden om rådgivningssituationen kan have betydning for en sag – men på den anden side er der jo ingen grund til at gå til yderligheder, synes rettsens medlemmer at have tænkt:

»På baggrund af det i sagen oplyste om genstanden for syn og skøn og formålet med forretningen finder landsretten ikke grundlag for at antage, at det kan få betydning for rettsens afgørelse af sagen, at retten via syn og skøn eller indhentelse af en sagkyndig erklæring bibringes en detaljeret indsigt i, hvorledes de bagvedliggende finansielle instrumenter i swapaftalerne er konstrueret eller beregnet.«

Hvis der nu havde været tale om en sag om en vaskemaskine, ville man også som udgangspunkt sige, at retten ikke behøver at have en detaljeret viden om vaskemaskinens tekniske opbygning, f.eks. hvilken temperatur vandet skal have, hvilke enzymer der er anvendelige, hvilke slanger der er forbundet hvor og hvorfor.

Hvis sagen imidlertid drejede sig om mangler ved vaskemaskinen, ville det i mange tilfælde være nødvendigt at have en sådan viden – men så vil man netop anvende syn og skøn, og skøns-

Det er glædeligt, at Højesteret også på dette punkt åbner for mulighederne for at gøre domstolene klogere gennem udefrakommende input.

manden ville kunne bibringe retten den tekniske forståelse, der var nødvendig. Hvis sagen drejede sig om rådgivning af køb af vaskemaskiner, kunne man – som byretten – mene, at sagsgenstanden da er rådgivningen og ikke vaskemaskinen. Men hvis sælger hævder, at »jeg sagde alt relevant om denne vaskemaskine, herunder hvad den kunne vaskes, og hvad den ikke kunne«, og køberen siger: »nej – det gjorde du ikke, for der er andre vigtige ting, som vaskemaskinen heller ikke kunne, som du ikke fortalte om,« er situationen en anden.

Især hvis sælger bestrider, at vaskemaskinen mangler relevante egenskaber. Så er rådgivningen og rådgivningens genstand så tæt snoet ind i hinanden, at de næppe kan adskilles.

Det er muligvis sådanne tanker, der fik Højesteret til at åbne for muligheden for at føre bevis for swappens økonomiske egenskaber. Højesteret afviste ganske vist som de øvrige instanser syn og skøn, men tillod indhentelse af en sagkyndig erklæring: »da det ikke på forhånd kan udelukkes, at en sagkyndig erklæring kan få betydning for afgørelsen.«

I Norge var der for nogle år siden en sag, hvor der var ophedet bevisførelse om, hvorvidt et finansielt instrument overhovedet kunne give overskud eller ej. Mange finansielle instrumenter er så komplicerede, at det næppe er muligt at træffe retlige afgørelser uden at have en uafhængig sagkyndig til at undersøge deres egenskaber og forklare retten dette. Det bliver afgørelser i blinde, hvis retten ikke giver sig selv mulighed for at forstå »retsfaktum« i tilstrækkelig grad – altså den virkelighed, som de juridiske regler skal anvendes på.

Det er glædeligt, at Højesteret også på dette punkt åbner for mulighederne for at gøre domstolene klogere gennem udefrakommende input.

Denne kendelse lægger sig således smukt i slipstrømmen på muligheden for under retssager at fremlægge juridiske responsa og for i større omfang at anvende såkaldt »ensidigt indhentet bevis«.

Afgørelser kan træffes i blinde, hvis retten ikke giver sig selv mulighed for at forstå retsfakta i en sag i tilstrækkelig grad.

Foto: Jens Dresling.

