



**ØSTRE LANDSRET
KENDELSE**
afsagt den 30. november 2022

Sag BS-10521/2022-OLR
(14. afdeling)

Ejendomsfonden Copenhagen International School
(advokat Thomas Schioldan Sørensen)

mod

Danske Bank A/S
(advokat Morten Adler-Nissen)

Landsdommerne Michael Kistrup, Benedikte Holberg og René Bergfort (kst.) har deltaget i sagens behandling.

Indledning

Denne kendelse vedrører spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne i retsplejelovens § 226, stk. 1, for at henvise en sag til behandling ved landsret er opfyldt.

Sagsfremstilling

Ejendomsfonden Copenhagen International School (ECIS) er en selvejende fond, der ejer og udlejer en ejendom til Copenhagen International School. Den 28. februar 2014 indgik fonden og Danske Bank A/S en aftale om en 20-årig renteswap med en hovedstol på 247,5 mio. kr. Udveksling af rentebetalinger skulle starte den 30. juni 2016, hvor ejendommen forventedes færdigopført, og hvor der kunne optages realkreditlån med sikkerhed i bygningen. Ved renteswappen fastlåste ECIS en rente på 2,999% til Danske Bank med første betalingsdag den 30. september 2016. Samtidig ville ECIS modtage en variabel rentebetaling fra Danske Bank efter CIBOR 6-renten, som kunne bruges til at betale de variable renter på ECIS' forventede realkreditlån.

Efterfølgende faldt referencerenterne, og markedsværdien på renteswappen udviklede sig negativt for ECIS. Den negative markedsværdi blev indregnet i ECIS' årsregnskaber for 2014 og 2015 som passiver med henholdsvis ca. 38 mio. kr. og 35 mio. kr., svarende til bankens markedsværdiopgørelser ved årets udgang.

Den 22. december 2016 blev renteswappen termineret med et negativt termineringsbeløb på ca. 47 mio. kr. Samme dag indgik parterne aftale om en 30-årig fastrenteswap med en hovedstol på ca. 449,8 mio. kr., hvorefter ECIS skulle betale en fast rente på 2,276 % om året, mens Danske Bank til ECIS skulle betale en variabel CIBOR 6-rente. Den negative markedsværdi på ca. 47 mio. kr. fra det tidligere lån blev indregnet i markedsværdien på det nye lån. Begge parter havde ifølge aftalen ret til, men ikke pligt til, at opsige aftalen før slutdagen, på nærmere angivne datoer, første gang den 15. december 2026, og derefter med 5 års mellemrum ("break clause"). I ECIS' årsregnskaber indgår renteswappen som et passiv på henholdsvis ca. 64. mio. kr. i 2016 og ca. 114 mio. kr. i 2020.

Fra juni 2020 var der dialog mellem parterne om at omlægge lånene til fastforrentede obligationer. I den forbindelse rejste fonden spørgsmål om, hvordan markedsværdien blev opgjort. På fondens forespørgsel om muligheden for opsigelse oplyste Danske Bank i en korrespondance den 16. juli 2021 bl.a.:

"En renteswap er en bindende aftale mellem parterne. Det vil sige, at hverken Banken eller ECIS ensidigt kan opsige en renteswap, medmindre en af betingelserne herfor – som for eksempel den anden parts misligholdelse af sine forpligtelser under renteswappen – er tilstede. Såfremt en modpart ønsker at udtræde af en renteswap inden den udløber, vil Banken på forespørgsel stille en konkurrencedygtig pris. Såfremt Banken og modparten til renteswappen er enige prisen, kan renteswappen lukkes før udløb. Banken bemærker for den gode ordens skyld, at rammeaftalens bestemmelser om slutafregning og opgørelse af markedsværdier i pkt. 12 betingelser for handel med valuta og derivater (som udgør en del af rammeaftalen) finder ikke anvendelse i denne situation."

Om opgørelsesmetoden oplyste Danske Bank bl.a.:

"Som beskrevet ovenfor i svaret til spørgsmål 1 bemærker Banken, at rammeaftalens bestemmelser, herunder bestemmelserne om slutafregning og opgørelse af markedsværdier i pkt. 12 i betingelser for handel med valuta og derivater, ikke finder anvendelse i tilfælde af, at en af parterne ønsker at udtræde af en renteswap inden den udløber. Såfremt en modpart ønsker at udtræde af en renteswap inden den udløber, vil Banken på forespørgsel stille en konkurrencedygtig pris."

Dialogen fortsatte i den efterfølgende periode, hvor fonden bl.a. efterspurgte en utvetydig beskrivelse af, hvordan renteswappens værdi findes ved førtidig nedlukning. Den 19. august 2021 meddelte fonden, at renteswappen skulle termineres samme dag kl. 12.30. I Danske Banks foreløbige bekræftelse af termineringen opgjorde Danske Bank den 19. august 2021 et afregningsbeløb på ca. 93,6 mio. kr. Ved fondsrepræsentanternes underskrifter på afregningen er det anført, at beløbet ikke anerkendes, hvorfor underskrivelsen var uden præjudice for en kommende retssag. Spot markedsværdien var opgjort til ca. 96 mio. kr.

Der var efterfølgende dialog mellem parterne om opgørelsen af afregningsbeløbet. En beregning foretaget af Copenhagen Simulations efter anmodning fra ECIS opgjorde markedsværdien på nedlukningstidspunktet til ca. 50,5 mio. kr. efter indregning af xVA-justeringer (x-Valuation Adjustment), en samlebetegnelse for værdijusteringer i henhold til regelsæt om regnskaber.

Sagen er ved Københavns Byrets kendelse af 15. marts 2022 henvist til Østre Landsret, jf. retsplejelovens § 226, stk. 1. Af kendelsen fremgår:

”Retten lægger efter det oplyste til grund, at sagen rejser et principielt spørgsmål om principperne for pengeinstitutters opgørelse af værdien af førtidig nedlukning af en renteswapaftale, herunder om der ved en sådan nedlukning skal justeres for såkaldte xVA'er, og at tidligere afgørelser om renteswaps ikke tager stilling til spørgsmålet om opgørelsen af værdien i en situation som den foreliggende.

Herefter, og da det efter det oplyste må antages, at der i praksis er et betydeligt behov for at få dette spørgsmål afklaret såvel for Danske Bank A/S som for andre banker, der anvender lignende markedsværdiopgørelser, finder retten, at sagen har en så generel betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen, at betingelserne i retsplejelovens § 226, stk. 1, for henvisning til behandling ved landsretten er opfyldt.”

Parternes påstande og anbringender i hovedsagen

Ejendomsfonden Copenhagen International School har nedlagt påstand om, at Danske Bank tilpligtes at betale 45.477.593 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg, subsidiært betaling af et mindre beløb. Påstanden fremkommer ved at trække den af Copenhagen Simulations beregnede markedsværdi fra spot markedsværdien opgjort af Danske Bank.

Til støtte for påstanden har ECIS overordnet gjort gældende, at sagen angår beregning af slutaufregningsbeløb ved nedlukning af swaplån. Beløbet opgjort af Danske Bank er uhjemlet i aftalegrundlaget. Beløbet er uden begrundelse eller specifikationer. Danske Bank har alene oplyst, at der rekvireres en ”konkurrencedygtig pris”. Den benyttede værdiansættelsesmetode strider mod

almindelige obligations- og aftaleretlige principper, hvorefter en med-kontrahent ikke ensidigt kan bestemme et vilkår, som ikke er hjemlet i aftalegrundlaget.

Den relevante værdi må være renteswappens realiserbare pris på nedlukningstidspunktet, forstået som den markedsværdi/pris, som Danske Bank kunne overdrage renteswappen for til tredjemand. Det har støtte i bankens udførelsespolitik, hvoraf bl.a. fremgår, at der ved uenighed om værdiansættelse kan stilles krav om, at banken indhenter priser fra mindst to og op til fire anerkendte uafhængige markedsdeltagere. Når Danske Bank ikke har rekvireret tilbud på den realiserbare pris, må slutfregningsbeløbene fastsættes bedst muligt på andet grundlag. Det skal ske i overensstemmelse med International Financial Reporting Standard 13 – Fair Value Measurement (IFRS 13) om beregning af nutidsværdi, hvoraf fremgår, at der ved førtidig nedlukning skal inkluderes xVA-justeringer.

Det savner mening at tale om en dansk markedsstandard. Det er alene Danske Bank og nogle få andre pengeinstitutter i Danmark, der har solgt denne type derivater til detailkunder. Danske Bank har beregnet en nutidsværdi ved brug af en ensidig valgt rentekurve. Det er uklart, hvilken rentekurve, der er tale om. Begrebet ”nutidsværdi” er uklart og kræver udfyldende aftalefortolkning.

Fordi aftalegrundlaget er uklart, skal nedlukningsbeløbet beregnes på grundlag af dansk rets almindelige principper for erstatning i kontrakt. Slutfregningsværdien kan ikke overstige Danske Banks tab. Det krævede beløb er urimeligt, idet beløbet ikke er opgjort i henhold til aftalegrundlaget, og er markant højere, end hvad der følger af retningslinjerne for værdiansættelse i IFRS 13.

Danske Bank har udvist retsfortabende egen skyld ved at have konciperet en aftale, der ikke regulerer, hvordan slutfregningsbeløbet skal beregnes ved nedlukning, og ved ikke at have rekvireret en pris i markedet. Der er ikke indtrådt forældelse for den del af kravet, som kan henføres til den negative markedsværdi på den 20-årige renteswap. Den blotte omlægning gav ikke ECIS det fornødne kendskab til at fremsætte indsigelser. ECIS har i øvrigt betalt det krævede beløb under protest.

Danske Bank A/S har nedlagt påstand om frifindelse, og har overordnet gjort gældende, at der ikke synes at være uenighed om, at prisfastsættelsen skal tage udgangspunkt i nutidsværdien af renteswappens resterende rentebetalinger på nedlukningstidspunktet, men om, hvorvidt ECIS kan kræve beløbet justeret.

Når en kunde ønsker at terminere en renteswap før udløb eller uden for de datoer, som er aftalt for den konkrete renteswap ved en break clause, skal termineringen baseres på en gensidig frivillig aftale mellem parterne.

Bank beregner en aktuel markedsværdi efter Danske Banks sædvanlige og markedskonforme beregningsmetode ved førtidig afvikling. Forud for termineringen af parternes renteswap den 19. august 2021 opgjorde Danske Bank på sædvanlig vis en værdi og tilbød ECIS et afregningsbeløb på ca. 93,6 mio. kr. efter nutidsværdien af renteswappens fremtidige betalingsforpligtelser. Det accepterede ECIS med tilbagesøgningsforbehold.

Opgørelsesmetoden ved terminering på basis af en frivillig aftale reguleres ikke af rammeaftalen eller handelsbekræftelsen. En frivillig aftale om terminering er at betragte som en ændring af parternes hidtidige vilkår for renteswappen.

Rammeaftalens bestemmelser om slutafregning og opgørelse af markedsværdi finder således ikke anvendelse, men Danske Bank foretager beregninger efter tilsvarende principper for at kunne stille en konkurrencedygtig pris til kunden. ECIS kan ikke både indgå en frivillig aftale om terminering før tid og påberåbe sig rammeaftalens bestemmelser, som regulerer den værdiansættelse, der skal ske i de termineringsscenerier, som er reguleret af rammeaftalen.

Danske Banks beregningsmetode er sædvanlig og markedskonform. Der findes ikke et "børsmarked" for renteswaps. Det er ikke markedstandard at foretage xVA-justeringer. Der er ingen støtte i aftalegrundlaget eller i praksis for, at en renteswaps markedsværdi i forholdet mellem bank og kunde skal opgøres i overensstemmelse med de internationale regnskabsstandarder i IFRS 13 og dermed ved justering for visse xVA'er. Regnskabsstandarderne efter IFRS 13 kan ikke udgøre udfyldende aftalefortolkning. CVA ("Credit Valuation Adjust-ment") er en justering i regnskabsmæssig sammenhæng, hvor der eksempelvis tages højde for kundens betalingsevne ved værdifastsættelsen i bankens regnskab. En kundes bonitet eller betalingsevne er ikke relevant inter partes. IFRS 13 gælder alene ved udarbejdelse af regnskaber og kan på ingen måde anses for at være integrerede, kendte eller almindelige metoder for tilbage-diskontering af et termineringsbeløb i inter partes-forholdet. ECIS har på intet tidspunkt modtaget opgørelser af markedsværdien fra Danske Bank, hvor der skete xVA-justeringer, og kan ikke have haft nogen forventninger om, at sådanne justeringer ville blive inddraget i forbindelse med en frivilligt aftalt førtidig terminering.

Den del af ECIS' krav, der kan henføres til den negative markedsværdi på den 20-årige renteswap, er forældet. Forældelsesfristen må løbe fra det tidspunkt, hvor Danske Bank opgjorde termineringsbeløbet. Kravet er i øvrigt i sin helhed fortabt ved passivitet og/eller manglende rettidig reklamation.

Parternes bemærkninger til spørgsmålet om henvisning

Danske Bank A/S har anmodet om, at sagen henvises til behandling ved landsretten i 1. instans, og har til støtte herfor gjort gældende navnlig, at spørgsmål om opgørelse af markedsværdien ved førtidig terminering af en renteswap,

herunder om der ved en sådan opgørelse skal foretages xVA-justeringer, er af principiel karakter og vil have væsentlig samfundsmæssig rækkevidde. Afgørelsen kan få vidtrækkende konsekvenser for såvel Danske Bank som andre banker, der anvender lignende markedsværdiopgørelser, og for kunder, der har indgået aftaler om renteswap.

Spørgsmålet ses ikke tidligere afgjort i retspraksis, og der er et betydeligt behov for at få spørgsmålet afklaret. Der verserer lignende sager, og yderligere sager er varslet. Sagens afgørelse må derfor antages at få væsentlig præjudikatsværdi og stor betydning for andre aktører på de finansielle markeder.

Ejendomsfonden Copenhagen International School har udtalt sig imod, at sagen henvises til behandling ved landsretten som 1. instans. Sagen er af principiel karakter, og sagens udfald kan få betydning for andre end parterne. Hen-set til, at byretten under sagens behandling kan beklædes med tre dommere, er der imidlertid ikke behov for at henvise sagen til landsretten.

Landsrettens begrundelse og resultat

Efter retsplejelovens § 226, stk. 5, skal landsretten af egen drift påse, at betingelserne for at henvise sagen til behandling ved landsretten i 1. instans, jf. retsplejelovens § 226, stk. 1, er opfyldt.

Sagens hovedtema er, hvordan afregningsprisen ved førtidig nedlukning af en renteswapaftale skal opgøres, navnlig om der skal foretages såkaldte xVA-justeringer. Herudover angår sagen spørgsmål om forældelse og retsfortabende passivitet. ECIS har anmodet om, at spørgsmålet om forældelse mv. udskilles til forlods afgørelse.

Vestre Landsret har antaget fem sager til behandling som 1. instans, der omhandler opgørelse af afregningsbeløb ved førtidig nedlukning af renteswapaftaler (BS-6780/2021, 43751/2021, 3973/2022, 5486/2022 og 5807/2022). Det gøres i alle sagerne gældende, at bankens krav er opgjort for højt, og at der skal foretages xVA-justeringer, herunder på baggrund af beregninger foretaget af Copenhagen Simulations. Der er endvidere rejst spørgsmål om forældelse og passivitet.

Det er forudsat i forarbejderne til retsplejelovens § 226, stk. 1, at Højesterets ressourcer ikke bør benyttes til at behandle sager, hvis udfald i det væsentlige afhænger af bevismæssige vurderinger, eller som angår retsanvendelse på områder, hvor de principielle retsspørgsmål allerede er afklaret. Det er endvidere forudsat, at der sker en øget koordinering mellem de to landsretter af henvisninger, herunder ved at sagsbehandlingen i landsretterne tilrettelægges sådan, at landsretterne får et samlet overblik over de sager, hvor Højesteret kan komme til at behandle sagerne som 2. instans.

Efter de nedlagte påstande og fremsatte anbringender i sagen sammenholdt med, at der ved Vestre Landsret verserer fem sager med samme tema, lægger landsretten til grund, at der med afgørelsen af disse sager vil ske afklaring af de spørgsmål, som er rejst i den foreliggende sag. Det findes herefter ikke på nuværende tidspunkt påkrævet eller hensigtsmæssigt, at sagen henvises til behandling ved Østre Landsret som 1. instans, jf. retsplejeloven § 226, stk. 1.

Sagen sendes derfor tilbage til byretten til fortsat behandling. Landsretten bemærker, at betingelserne efter retsplejelovens § 345 for at udsætte behandlingen af sagen for at afvente Vestre Landsrets afgørelser i de nævnte fem henviste 1. instanssager må anses for opfyldt.

THI BESTEMMES:

Landsretten afviser at behandle sagen i 1. instans og sender sagen til byretten til fortsat behandling.

