

Frarådningsplikt ved kausjonsstillelse



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 667
Leveringsfrist: 25. november 2010

Til sammen 17 792 ord

23.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven, formulering av problemstilling og avgrensninger	1
1.2	Hva er kausjon?	3
1.3	Rettskildebildet	4
1.3.1	Lovens ordlyd og forarbeider	4
1.3.2	Rettspraksis	5
1.3.3	Banklagenemndas uttalelser som rettkildefaktor	5
<u>2</u>	<u>VIRKEOMRÅDET FOR KAUSJONSKAPITTELET</u>	<u>9</u>
2.1	Generelt	9
2.2	Forbrukerbegrepet	11
2.2.1	Innledning	11
2.2.2	Forbrukerbegrepet i § 2(1)	12
2.2.2.1	Innledning	12
2.2.2.2	Avgrensning mot næringsvirksomhet	13
2.2.3	Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven § 57	16
2.2.3.1	Innledning	16
2.2.3.2	Kausjonistens næringsvirksomhet - før endringslov 07.05.2010 nr 15	17
2.2.3.3	Kausjonistens næringsvirksomhet, forholdene etter lovendringen	19
<u>3</u>	<u>FRARÅDNINGSPLIKT, § 60</u>	<u>23</u>
3.1	Innledning	23
3.2	Formål og hensyn bak frarådningsplikten	25
3.3	Frarådningspliktens innhold	28
3.3.1	Innledning	28
3.3.2	Vurdering av kausjonistens økonomi	28
3.3.3	Terskelen for frarådningsplikten	33
3.3.4	Økonomisk evne	36

3.3.5	Andre forhold	40
3.3.6	På hvilket tidspunkt inntreer frarådningsplikten?	45
3.3.7	Formkrav	46
3.4	Frarådning ovenfor hoveddebitor - opplysningsplikt ovenfor kausjonisten	49
3.4.1	Oversikt	49
3.4.2	Forholdet mellom opplysningsplikten etter § 60 (1) og § 59 (1) bokstav h	50
4	<u>RETTSVIRKNINGER VED OVERTREDELSE AV FRARÅDNINGSPLIKTEN</u>	53
4.1	Innledning	53
4.2	Krav om årsakssammenheng	53
4.3	Rimelighetsvurderingen	55
4.4	Omfanget av lempingen	57
4.5	Erstatningsansvar	58
	<u>LITTERATUR</u>	59

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven, formulering av problemstilling og avgrensninger

Lov om finansavtaler og finansoppdrag, heretter ”fil”, trådte i kraft 1.

juni 2000.¹ Bakgrunnen for loven var at det hadde vokst frem et behov for å skape en klarere og mer oversiktlig rettsstilstand for finansavtaler, blant annet på kausjonsrettens område. Omfanget og bruken av banktjenester, flere klagesaker, en utvidet konkurranse i et deregulert marked, den fortsatte internasjonaliseringen og erfaringene med bankkrisen var forhold som skapte dette behovet.²

Et sentralt formål med den nye loven var å sette forbrukeren i sentrum, da forbrukeren ofte er den svake part når finansavtaler inngås. Forarbeidene viser til fremveksten av standardkontrakter som et eksempel på dette, hvor vilkårene og premissene typisk settes av finansinstitusjonene.³

Selv om forbrukervernet sto sentralt ved utformingen av loven, ble hensynet til næringslivet og en effektiv konkurranse søkt ivaretatt. Dette ble gjort ved at en rekke rettigheter og plikter som gjelder i avtaler om finansielle tjenester ble klargjort, samtidig som næringslivets frihet ble ivaretatt ved at mange av lovens bestemmelser kan fravikes i næringsforhold. Loven innfører således et tosporet system, som avhenger av om en av partene er forbruker.

Den fremste nyvinningen i fil, og som nok var mest omstridt, er lovfesting av frarådingsplikt ved låne- og kausjonsavtaler, jf §§ 47 og 60. Før fil fantes det ingen lovfestet frarådingsplikt, men det var på ulovfestet grunnlag utviklet en frarådingsplikt.

¹ Lov av 25. juni 1999 nr 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).

² Innst. O. nr 84 (1998-1999) side 5.

³ Innst. O. nr 84 (1998-1999) side 6.

Et mindretall i Banklovkommisjonen foreslo lovfesting, mens flertallet ikke ønsket dette. Justisdepartementet fulgte flertallets oppfatning. I innstillingen fra Stortingets justiskomite ble forslaget fra kommisjonens mindretall til lovbestemmelse om frarådningsplikt tatt inn. Frarådningsplikten gjelder bare ovenfor forbrukere. Fil opererer med to forskjellige forbrukerdefinisjoner, en alminnelig definisjon etter § 2 (1), og en særskilt definisjon som retter seg mot kausjon etter § 57, se nærmere punkt 2.2 nedenfor.

Det er frarådningsplikt ved kausjonsavtaler etter § 60 som er oppgavens tema. Men frarådningsplikten etter henholdsvis §§ 60 og 47 er forholdsvis like i sitt innhold, med mye av de samme vurderingstemaene. Det blir også uttalt i forarbeidene til fil at de samme argumenter som taler for at långiver har en frarådningsplikt ovenfor låntaker, også gjør seg gjeldende i forholdet mellom långiveren og privatkausjonisten.⁴ Argumenter fra forarbeidene til § 47, og rettspraksis knyttet til denne bestemmelsen, vil således ha relevans også ved tolkningen av frarådningsplikten etter § 60.⁵

Fil § 60 lyder som følger:

”§ 60. Plikt til å frarå

(1) Dersom kredittgiveren frarår en forbruker å oppta kreditten, jf. § 47, skal kredittgiveren før kausjonsavtalen inngås eller kreditten utbetales underrette kausjonisten om dette skriftlig. Forsømmer kredittgiveren dette, kan kausjonistens ansvar nedsettes for så vidt lemping finnes rimelig. Det samme gjelder dersom kredittgiveren burde ha frarådet forbrukeren å oppta kreditten.

⁴ Innst. O. nr 84 (1998-1999) side 22.

⁵ Når frarådningsplikten etter § 47 først ble lovfestet, regulerte bestemmelsen forholdet mellom långiver og låntaker. Etter innføringen av forbrukerkredittdirektivet (2008/48/EF) i Norge ble § 47 endret fra og med 11. juni 2010. Fils kapittel 3 ble utvidet til også å gjelde kreditter som tidligere ble regulert av kredittkjøpsloven. Etter endringen er blant annet begrepene ”långiver” og ”låneavtale” erstattet med ”kredittgiver” og ”kredittavtale”. De nye begrepene som tas i bruk er mer omfattende enn de tidligere brukte, noe som var ønskelig ettersom virkeområdet for kapittel 3 ble utvidet. Den praksis etter § 47 som jeg kommer til å benytte meg av, vil hovedsakelig knytte seg til forholdet mellom långiver- låntaker, og ikke det som tidligere ble regulert av kredittkjøpsloven.

(2) Dersom kredittgiver før kausjonsavtale inngås med en forbruker må anta at økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon, skal kredittgiver skriftlig underrette kausjonisten om dette. Underretningen skal så vidt mulig også gis muntlig. Dersom kausjonisten inngår kausjonsavtale på tross av frarådingen, skal han ved signatur bekrefte at han er kjent med at kredittgiveren skriftlig og muntlig har frarådet ham å stille kausjon. Første ledd annet punktum gjelder tilsvarende.”

Første ledd oppstiller ingen frarådningsplikt, men pålegger finansinstitusjonen en opplysningsplikt dersom hoveddebitor er frarådet eller burde vært frarådet etter § 47. Det er § 60 (2) som pålegger finansinstitusjonen en frarådningsplikt etter samme mønster som § 47 oppstiller. Det er således § 60 (2) som er det sentrale i oppgavens tema, likevel slik at § 60 (1) vil omtales noe.

Problemstillingen for oppgaven er å belyse når frarådningsplikten inntreer og herunder hvilke forhold som er grunnlaget for dette. Rettsvirkningene ved overtredelse skal også behandles. Et viktig skille i fil går mellom forbrukere og profesjonelle aktører. Mange av lovens bestemmelser er preseptoriske for forbrukere og deklarasjonelle for næringsdrivende. Dette gjelder i stor grad for kapittelet om kausjon. I kapittel 2 vil jeg derfor ta for meg virkeområdet for kausjonskapittelet som er regulert i § 57, med særlig vekt på skillet mellom forbruker og næringsdrivende. Det finnes også forskjellige typer av forbrukere, hvor noen er mer erfarne enn andre hva gjelder kausjonsrettslige spørsmål. Dette vil kunne ha betydning for frarådningspliktens innhold og rettsvirkninger.

1.2 Hva er kausjon?

Loven inneholder ingen definisjon av hva en kausjon er, med unntak av at lovens § 57 (2) presiserer at en realkausjon, hvor pant stilles for tredjemanns gjeld, skal være omfattet av reglene. Forarbeidene gir heller ingen definisjon av hva en kausjon er, men gir tre ulike momenter som kjennetegner en kausjon.⁶

Det første momentet er at kausjonen er en avtale med en annen parts fordringshaver nettopp i dennes egenskap av fordringshaver i et annet kontraktsforhold.

⁶ NOU 1994: 19 side 174, jf Carsten Smith, Garantirett III, 2. utg. 1981 s. 50 flg.

Det andre momentet er at kausjonen er en avtale om at kausjonisten skal være ansvarlig sammen med skyldneren i hovedforholdet. Det foreligger et samskyldnerforhold, hvor kausjonist og hovedskyldner er solidarisk forpliktet.

Det tredje momentet er at kausjonen er en avtale med et bestemt formål, nemlig å gi kreditor en større sikkerhet for at han får dekning. Kausjonisten garanterer at hoveddebitor oppfyller sin forpliktelse. Sikringsformålet atskiller kausjonsforholdet fra andre solidarforhold.

En avtale eller et løfte som har slike kjennetegn, vil være å anse som en kausjon etter reglene i fil kapittel 4.

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Lovens ordlyd og forarbeider

Når man skal fastlegge innholdet i frarådningplikten, er ordlyden i fil § 60 det naturlige utgangspunkt. Fil er ny og inneholder en nokså omfattende regulering av forholdet mellom långiver, låntaker og kausjonist.

Loven i seg selv gir likevel ikke svar på alle spørsmål som oppstår i kausjonsforhold, og som ellers i rettskildelæren er det behov for å søke veiledning i tolkningsmomenter utenfor ordlyden. Forarbeidene til fil kan være utfyllende der ordlyden ikke gir tilstrekkelig anvisning på reglernes innhold.⁷

Banklovkommisjonens forslag og utredning inneholder til dels store dissenser, men både Justisdepartementet og Stortinget sluttet seg hovedsakelig til forslagene fra Banklovkommisjonens flertall. Dette er likevel ikke tilfellet med frarådningplikten. Her sluttet Stortinget seg til et forslag fra mindretallet i Banklovkommisjonen. Flertallet

⁷ Forarbeidene til fil er banklovkommisjonen sin utredning i NOU 1994: 19 "Finansavtaler og finansoppdrag", Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) "Finansavtaleloven", Innst.O. nr. 84 (1998-1999) "Finansavtaleloven".

i Banklovkommisjonen mente at en lovfesting av frarådningsplikten kunne være konfliktskapende, og at de aktuelle tilfellene i tilstrekkelig grad ble fanget opp av øvrige bestemmelser i forslaget, blant annet § 59 om opplysningsplikt.⁸

1.3.2 Rettspraksis

Det er sparsomt med høyesterettspraksis som fastlegger innholdet i fil §§ 57, 59 og 60.⁹ Det finnes enkelte avgjørelser som behandler §§ 57 og 59, men ingen om § 60. Det er dog en omfattende høyesterettspraksis fra kausjonsrettens område før fil, noe som kan ha betydning ved tolkningen av de aktuelle bestemmelser.

De aktuelle bestemmelser har i større grad vært oppe i lagmannsrettene og tingrettene. Selv om slike avgjørelser ikke har samme rettskildemessige verdi som avgjørelser fra Høyesterett kan slik rettspraksis ha en viss vekt der andre rettskildefaktorer er tause eller ikke tilstrekkelig klargjørende.

1.3.3 Bankklagenemndas uttalelser som rettskildefaktor

Den instansen som har anvendt reglene i størst grad, er Bankklagenemnda, og det er behov for å knytte noen bemerkninger til Bankklagenemndas betydning som rettskildefaktor.

Bankklagenemnda ble etablert mellom Finansnæringens hovedorganisasjon, Sparebankforeningen i Norge, Finansieringsselskapenes Forening, Verdipapirfondenes Forening og Forbrukerrådet den 1.oktober 1988, og er forbrukernes klagenemnd i bank, finans- og verdipapirfundsaker.

Det fremkommer av ”Hovedavtale for Bankklagenemnda”¹⁰(heretter ”Hovedavtalen”) § 1-1 at formålet med nemnda er å gi forbrukerne et sted å henvende seg med klage mot en finansinstitusjon som omfattes av avtalen. En slik tvisteløsningsordning gjør det lettere for forbrukerne enn hvis det ordinære domstolsapparatet var eneste alternativ.

⁸ Se Innst.O. nr. 84 (1998-1998) side 21.

⁹ § 59 innebærer en lovfesting av opplysningsplikt for kredittgiver før inngåelse av kausjonsavtale m.v.

¹⁰Sist endret pr. 1.11.2009.

Saksbehandlingen til Bankklagenemnda er enkel, kostnadsfri for forbrukeren og foretas av personer med god innsikt i bankjuridiske spørsmål. Fordi domstolsbehandling er forbundet med store kostnader og ofte tar lang tid, er nemnda et godt alternativ til de ordinære domstoler.¹¹

Bankklagenemnda har i tiden mellom 1988-2009 fått inn 13 622 skriftlige klagesaker.¹²

Det fremkommer av Hovedavtalen § 2-3 at Bankklagenemnda tar stilling til klagen innenfor rammen av gjeldende rett, og at nemndas uttalelser bare er rådgivende. Nemnda har således ingen egentlig avgjørelsesmyndighet. Ved en uttalelse som går imot finansinstitusjonen, skal finansinstitusjonen innen tre uker gi sekretariatet en tilbakemelding dersom uttalelsen ikke blir fulgt.

En problemstilling er hva som skjer i det tilfellet at finansinstitusjonen ikke ønsker å følge en uttalelse fra Bankklagenemnda, men ikke har gitt tilbakemelding innen fristen på tre uker. Dette har hittil ikke skjedd.¹³ Spørsmålet blir da om finansinstitusjonen er avtalerettslig bundet til å følge uttalelsen hvis fristen oversittes, eller om § 2-3 bare er en ordensforskrift.

En uttalelse fra Bankklagenemnda er ikke i seg selv tvangskraftig, slik at den eventuelt kunne ha blitt tvangsfullbyrdet via domstolene. På den annen side står bankene ved deres foreninger bak nemndsordningen, og burde slik sett anses å være bundet av nemndas uttalelser hvis de ikke har gitt tilbakemelding i tide, hvis ikke blir fristen på tre uker illusorisk. Hovedavtalens § 2-3 antar jeg derfor er noe mer enn en ordensforskrift, slik at finansinstitusjonen blir bundet.

Etterlevelsen av nemndas uttalelser har vært god, og i 2009 var det bare fire uttalelser fra nemnda som ikke ble fulgt. Nemnda hadde i 2009 864 skriftlige klagesaker til behandling.¹⁴

¹¹ Se Viggo Hagstrøm, Betydningen av Bankklagenemndas uttalelser, Oslo 2000 side 11.

¹² Se statistikk pr 31. desember 2009 i Bankklagenemndas årsberetning for 2009.

¹³ Jeg henvendte meg til Per Fiskerud i Bankklagenemnda angående denne problemstillingen, og han opplyste at en slik situasjon til nå ikke har oppstått.

¹⁴ Se Bankklagenemndas årsberetning 2009, side 1-2.

En av uttalelsene fra 2009 som ikke ble fulgt, er Bankklagenemndas uttalelse i tvisten mellom Ivar Petter Røeggen og DnB NOR ASA i anledning lånefinansierte plasseringer i aksjeindeksobligasjonene DnB Global 2000/2006 og DnB Sektor 2000/2006. BKN 2009-001.

Røeggen hevdet at banken ikke opplyste om, og heller ikke ga ham mulighet til å forstå på tegningstidspunktet, at forventet avkastning var negativ. Nemnda avga uttalelse under dissens 3-2, og Røeggen fikk medhold.

Banken meddelte at uttalelsen ikke ville bli fulgt, og at banken heller ikke ville følge nemndas uttalelse i andre, fremtidige klagesaker med samme vurderingstema som i BKN 2009-001.¹⁵

Tvisten mellom Røeggen og DnB NOR ASA har vært ansett som en prøvesak for andre forbrukere i tilsvarende situasjon som Røeggen. Hvis DnB NOR ASA hadde fulgt uttalelsen fra Bankklagenemnda, kunne det medført et ras av krav fra andre forbrukere i tilsvarende situasjon som Røeggen. Det lå således i kortene at DnB NOR ASA ikke ville godta en uttalelse i bankens disfavør.

Røeggen vant også frem i Oslo tingrett, dom ble avsagt 15. juni 2010. DnB NOR ASA har anket saken videre til lagmannsretten.

Antall innkommende klagesaker siden nemndas etablering viser at Bankklagenemnda er blitt det sentrale tvisteløsningsorgan mellom forbrukere og finansinstitusjoner. Når det gjelder rettskildeverdien er det klart at nemnda bare kan treffe sine avgjørelser innen gjeldende rett, slik at verdien av uttalelsene begrenses på områder hvor det er rikholdig med avgjørelser fra det alminnelige domstolsapparatet. Men dersom gjeldende rett er uklar, kan det forhold at Bankklagenemnda har truffet en avgjørelse – og kanskje en serie med avgjørelser - nok ha atskillig rettskildeverdi.¹⁶

Det har også blitt lagt til grunn av Høyesterett at nemndsavgjørelser ikke binder domstolene, men at det ofte vil være naturlig å tillegge dem vekt, jf. Rt.1984.248.

Tvisten i Rt.1984.248 dreiet seg om et erstatningskrav etter overtakelse av et mellommannsforhold. Det var for Høyesterett fremlagt en rekke uttalelser om forhandlerskifte fra Næringslivets Konkurransutvalg. Næringslivets Konkurransutvalg avgir, som Bankklagenemnda, rådgivende uttalelser, og kan således sammenlignes med Bankklagenemnda. I denne saken uttalte førstvoterende:

¹⁵ Se Bankklagenemndas årsberetning 2009, side 1.

¹⁶ Se Viggo Hagstrøm, Betydningen av Bankklagenemndas uttalelser, Oslo 2000, side 11.

”De responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurransutvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt. Men forholdet er, som jeg har pekt på, at det knytter seg atskillig usikkerhet til hva innholdet i og rekkevidden av de foreliggende responsa er, og hvorvidt man har vurdert de praktiske konsekvenser av den oppfatning det gis uttrykk for. De er heller ikke avgitt på det brede faktiske og rettslige grunnlag som en domstol vil ha for sine avgjørelser” (side 258).

Høyesterett har også kommet med tilsvarende bemerkninger i forhold til Forsikringsklagenemndas uttalelser, jf. blant annet Rt.1993.1482 (s. 1487).

Selv om Bankklagenemndas uttalelser bare er rådgivende, blir uttalelsene som nevnt i all hovedsak fulgt av finansinstitusjonene. Det kan på denne måten danne seg en fast bransjepraksis, som åpenbart vil ha rettskildeverdi, noe som førstvoterende i Rt.1993.1482 peker på. Vekten av en slik bransjepraksis vil bero på dens varighet, klarhet og styrke.

Den kan avslutningsvis nevnes at i saken mellom Røeggen og DnB NOR ASA uttaler tingretten at ”Det foreligger ikke noe praksis i Bankklagenemnda av slik varighet og styrke at retten behøver å ta hensyn til den. Uttalelsen i Rt-1984-248 på side 258, om grunn til å legge vekt på praksis i et slikt fagorgan, har ingen vekt i denne sak”. (Jf TOSLO-2009-88470, side 14.)

Tingretten uttaler således at det bare er praksis fra Bankklagenemnda som den behøver å ta hensyn til, og ikke enkeltuttalelser. Selv om tingretten ikke anså seg bundet av BKN-2009-001, kan det likevel være at tingretten har blitt influert av den. Som nevnt er nemnda satt sammen av personer med særskilt sakkunnskap på rettsområdet, og i denne saken hadde de i tillegg innhentet professor Thore Johnsen ved NHH som sin egen uavhengige sakkyndige i saken. Tingretten kan ha lagt vekt på nemndas standpunkt. Dels kan det være nemndas argumentasjon som virket overbevisende.

2 Virkeområdet for kausjonskapittelet

2.1 Generelt

Fil kapittel 4 regulerer kausjoner som er stilt til fordel for en finansinstitusjon til sikring av lån eller annen kreditt. § 57 lyder som følger:

”§ 57. Virkeområde

- (1) Dette kapitlet gjelder når en finansinstitusjon, en lignende institusjon som nevnt i § 1 annet ledd, eller en kommune eller fylkeskommune er kreditor etter kausjon stilt for kreditt. Kapitlet gjelder også når en forbruker stiller kausjon gjennom et meglerforetak, jf. § 75 tredje ledd annet punktum.
- (2) Som kausjon regnes i dette kapitlet også pant stilt av en tredjeperson (realkausjon).
- (3) Som forbruker regnes i dette kapitlet en fysisk person som kausjonerer for noen annens gjeld
 - a) dersom kausjonens formål for kausjonisten ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet, eller
 - b) kausjonen består i pant i formuesgode som ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet. ”

Fil inneholder ingen definisjon av begrepet ”finansinstitusjon”. I NOU 1994:19 side 94 blir det slått fast at begrepet skal forstås på samme måte som i finansieringsvirksomhetsloven §§ 1-3 og 1-4. Her defineres en finansinstitusjon som et ”selskap, foretak eller annen institusjon som driver finansieringsvirksomhet”. Med finansieringsvirksomhet ”regnes å yte, formidle eller stille garanti for kreditt eller på annen måte medvirke ved finansiering av annet enn egen virksomhet”, jf finansieringsvirksomhetsloven § 1-2. Fra denne definisjonen er det oppregnet en del unntak i paragrafens første ledd. Banker er det typiske eksempelet på finansinstitusjoner.

Finansinstitusjonen må altså være kreditor etter kausjonsavtalen. Kausjonskapittelet gjelder ikke hvor både debitor og kreditor etter kausjonsavtalen er finansinstitusjon eller lignende institusjon, dette følger av fil § 1 (3).

Kjerneområdet for de kausjoner som kapittel 4 vil gjelde for, vil således være de såkalte privatkausjoner, dvs. kausjoner stillet av forbrukere eller næringsdrivende ovenfor en finansinstitusjon.¹⁷ Kapitlet vil dermed gjelde for en forbruker som stiller kausjon, og et aksjeselskap som stiller kausjon. Den viktige forskjellen er at flere av lovens bestemmelser er fravikelige for de næringsdrivende. Videre er det uttrykkelig nevnt at realkausjon omfattes av kapitlet.

Reglene i kapittel 4 vil ikke bare komme til anvendelse i de tilfeller hvor det dreier seg om kausjon i tradisjonell forstand, men også for andre kontraktstyper såfremt avtalens formål og økonomiske virkninger er som for en kausjon.¹⁸ Særlig i forbrukerforhold vil det i tvilstilfeller være naturlig å gi reglene i kapittel 4 et vidt anvendelsesområde.¹⁹

Alle kreditter som vil falle inn under f.les kapittel 3, vil være å anse som kreditter etter § 57. Det samme vil gjelde for avtaler om leiefinansiering, kredittkjøp og factoring, selv om slike kredittavtaler faller utenfor virkeområdet til kapittel 3, jf § 44 (2). Kreditt omfatter også kausjoner og andre garantier. Dette innebærer at kapittel 4 vil gjelde også for etterkausjoner, kontragarantier m.v.²⁰ En etterkausjon er en kausjon for kreditors krav på en eller flere hovedkausjonister, mens en kontrakausjon er en kausjon for kausjonistens regresskrav mot hoveddebitor.²¹

¹⁷ Norsk lovkommentar. Finansavtaleloven note 297.

¹⁸ Et eksempel på et grensetilfelle kan være hvor tredjemann avgir en erklæring som ikke innebærer et direkte ansvar for at hovedfordringen blir betalt, men hvor realiteten er at kreditor vil kunne få hele eller deler av hovedfordringen dekket av tredjemann. Dette vil typisk være tilfellet for visse former for morselskaps erklæringer. Morselskapet erklærer da gjerne til kreditor at "kreditor ikke skal lide tap" som følge av engasjementet med datterselskapet, eller at morselskapet vil oppkapitalisere datterselskapet slik at det kan oppfylle sine forpliktelser. Se Harald Sætermo, Finansavtalelovens regler om kausjon, TFF 2005 side 3.

¹⁹ Se NOU 1994:19 side 174-175.

²⁰ Se NOU 1994:19 side 174, og Norsk lovkommentar. Finansavtaleloven note 299.

²¹ Se Carsten Smith, Garantikrav og garantistvern, Oslo 1981 side 414.

2.2 Forbrukerbegrepet

2.2.1 Innledning

Fils hovedformål er å sikre finansinstitusjonenes kunder tilstrekkelig informasjon og beskyttelse mot urimelige avtalevilkår. Loven er stort sett ufravikelig for forbrukeravtaler, mens den i hovedtrekk er deklarasjonsrett for finansinstitusjoners avtaler med næringsdrivende. Det er også en rekke bestemmelser i fil som bare gjelder for forbrukere. Dette gjelder blant annet frarådningsplikten etter §§ 47 og 60 (2). Videre er det også i all hovedsak bare forbrukere som kan kreve tvister behandlet av Bankklagenemnda i medhold av § 4.

Det har således stor betydning om kunden rubriseres som forbruker eller næringsdrivende, da definisjonen av forbruker for det første trekker opp grensene for bestemmelsenes ufravikelighet, og for det andre begrenser virkeområdet til flere av lovens regler.²²

Fil opererer med to forskjellige forbrukerdefinisjoner, den første er i § 2 (1), og den andre er en egen forbrukerdefinisjon i kausjonskapittelet, jf § 57 (3). Jeg vil først ta for meg forbrukerdefinisjonen i § 2 (1), før jeg drøfter innholdet i § 57 (3), da bestemmelsene må sees i sammenheng.

Fils forbrukerdefinisjon i § 2 (1) er ikke vesensforskjellig fra de definisjoner som foreligger i andre kontraktrettslige lover, for eksempel forbrukerkjøpsloven og bustadsoppføringslova. Synspunkter og rettskilder i forhold til forbrukerbegrepene i øvrig lovgivning, har relevans for forståelsen av fils forbrukerdefinisjon. Finansavtaler omhandler imidlertid en fullstendig fungibel, og i stor utstrekning ikke-fysisk ytelse – penger. Videre benyttes penger til erverv av de fleste varer og tjenester. Selve kontraktsytelsen gir dermed liten veiledning på om kunden er forbruker eller næringsdrivende, slik den gjerne gjør for eksempel ved kjøp av en badebukse eller en gaffeltruck. Dette karaktertrekk ved finansavtalene gjør det nødvendig med en særskilt drøftelse av forbrukerbegrepet.²³

²² Se Eirik H. Vinje, Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven, i LoR 2006, side 298-316. Se Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) side 19.

²³ Jf Eirik H. Vinje, Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven, i LoR 2006 side 298.

Fils forbrukerdefinisjon er i stor utstrekning basert på forbrukerbegrepet i EUs forbrukerkredittdirektiv (rådsdirektiv 87/102 med endringsdirektiver 90/88 og 98/7 og direktiv 2008/48/EF) som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen.

Ved gjennomføringen av det siste forbrukerkredittdirektivet (2008/48/EF) ble det vurdert om direktivet nødvendigjorde en endring av forbrukerdefinisjonen i fil § 2. Spørsmålet ble begrunnet særlig i at lovens definisjon inneholder et hovedsakelig –kriterium, mens direktivets artikkel 3 bokstav a definerer forbruker som en fysisk person som ”ikke handler som led i udøvelsen af sin erhvervsmæssige virksomhed”. Flertallet i kredittkjøpslovutvalget kom til at det ikke var nødvendig med en lovendring og fikk støtte av departementet. Det ble i denne sammenheng uttalt:

”Et flertall i utvalget bestående av medlemmene Sæbø, Andreassen, Gjedrem, Grinaker og Skofteland antar at lovens forbrukerdefinisjon under enhver omstendighet kan tolkes direktivkonformt, og at det uansett ikke er i strid med norske myndigheters gjennomføringsforpliktelse å videreføre en definisjon som er mer vidtrekkende enn direktivets forbrukerdefinisjon. På denne bakgrunn foreslår disse medlemmene å videreføre lovens forbrukerdefinisjon.”²⁴

2.2.2 Forbrukerbegrepet i § 2(1)

2.2.2.1 Innledning

§ 2 (1) lyder som følger:

”Loven kan ikke fravikes ved avtale til skade for en forbruker. Med forbruker menes en fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet.”

Det sentrale spørsmålet er om det er tale om en fysisk person eller ikke. Det er kun fysiske personer som kan være forbrukere, slik at alle juridiske personer, for eksempel aksjeselskap og stiftelser, vil anses som næringsdrivende. I de tilfeller hvor en fysisk person opptrer på vegne av en organisert gruppe, for eksempel syklubber og foreldregrupper, vil forbrukerbegrepet omfatte dette. Det ble i forarbeidene reist spørsmål om forbrukerbegrepet også burde omfatte juridiske personer som i realiteten fremstår som en samling forbrukere, for eksempel borettslag, idrettsforeninger o.l. Flertallet i Banklovkommissjonen svarte benektende på dette, og vilkåret om at det må

²⁴ Se NOU 2009: 11 side 40, Ot.prp. nr. 65(2009-2010) side 46.

være en ”fysisk person” stenger således for at de nevnte eksempler omfattes av lovens forbrukerbegrep. Departementet og justiskomiteen sluttet seg til dette synet.²⁵

I lys av at det viktigste formålet med loven er å sikre interessene til den svake part i avtaleforholdet²⁶, ville det i noen tilfeller vært hensiktsmessig om juridiske personer falt inn under forbrukerbegrepet. At borettslag ikke omfattes av forbrukerbegrepet, medfører at en stor gruppe av boligeiere som rent faktisk vil ha behov for et forbrukervern, i motsetning til andre boligeiere ikke vil få dette.²⁷ På den annen side vil det for mange ”mindre” næringsdrivende også være behov for et styrket vern ovenfor finansinstitusjonene. Men det vil være vanskelig å trekke grensen mellom næringsdrivende som i samme grad som forbrukere har behov for vern gjennom ufravikelige regler, og næringsdrivende som vil være bedre tjent med den fleksibilitet som ligger i lovens deklatoriske regler.²⁸

Selv om enkelte grupper som faller utenfor lovens forbrukerbegrep, utvilsomt har behov for det forbrukervern som de da ikke oppnår, taler forutberegnelighet i rettstilstanden for at det oppstilles et klart vilkår i loven, slik som vilkåret om ”fysisk person” er.

2.2.2.2 Avgrensning mot næringsvirksomhet

Etter fil § 2 (1) kan også en fysisk person falle utenfor forbrukerdefinisjonen, dersom avtalens formål hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet. Vedkommende må da faktisk drive næringsvirksomhet, samt at den aktuelle finansavtale hovedsakelig er tilknyttet denne virksomheten. Verken loven eller forarbeidene definerer videre hva som ligger i ”næringsvirksomhet”. Det avgjørende må være om det dreier seg om en virksomhet som etter sin art er egnet til å skape et økonomisk overskudd.²⁹

²⁵ Ot.prp. nr. 41(1998-1999) side 19-21, Innst. O. nr. 84 (1998-99) side 8.

²⁶ Innst. O. nr. 84 (1998-99) side 8.

²⁷ Borettslag kan også være store, profesjonelle og veldrevne, slik at det kommer an på de konkrete forholdene om de skal sees på som den ”svake” part i kontraktsforholdet.

²⁸ Ot.prp. nr. 41(1998-1999) side 19-21.

²⁹ Eirik H. Vinje, Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven, 2006 side 301. Vinje reiser spørsmål i sin artikkel om det kan ligge en viss veiledning i den rettspraksis som er utviklet i skatteretten om kravet til ”økonomisk karakter” for at en virksomhet kan danne grunnlag for beregning av skatt- eller skattefradrag.

I en uttalelse fra Bankklagenemnda kan det virke som at nemnda har lagt til grunn at når en bankkundes lånefinansierte verdipapirinvesteringer var å anse som ”virksomhet” i skatterettslig forstand, måtte vedkommende også anses som næringsdrivende i forhold til banken. I BKN-2003-32 hadde banken finansiert klagers aksjespekulasjon med et lån på kr 6. mill. Klager fremholdt bl.a. at banken burde hatt en mer aktiv rolle ved realiseringen av hans aktiva ved å tvangs selge aksjene hans da kursene falt. Nemnda fant at klager ikke kunne anses som forbruker i den aktuelle sak, men tok saken til behandling i henhold til unntaksbestemmelsen i Hovedavtalen § 2-2 tredje ledd.³⁰ Når det gjaldt spørsmålet om klager var forbruker uttalte nemnda:

”Banken har reist spørsmålet om klager må anses som næringsdrivende i relasjon til det påklagde forhold og om saken derfor faller utenfor nemndas arbeidsområde. Klager hadde en helt ordinær årslønn på kr 300.000,- til kr 400.000,- i det aktuelle tidsrom, og han hadde ikke en stor formue å tære på. Dette innebærer at hans investeringer i aksjemarkedet hadde et meget betydelig omfang sett i relasjon til hans inntekts- og formuesforhold. Disse forhold i tillegg til profesjonaliteten ved og den lange varigheten av plasseringene må etter nemndas syn medføre at klagers aksjespekulasjoner må anses som en virksomhet i skattelovens forstand. Klager kan følgelig ikke anses som en forbruker i forhold til det påklagde forhold. Nemnda finner imidlertid likevel å kunne ta saken til behandling etter unntaksbestemmelsen i Bankklagenemndas vedtekter, jf Hovedavtalen § 2-2 tredje ledd.”

For at noe skal anses som næringsvirksomhet må virksomheten pågå i den aktuelle kundens egen regi, alene eller i samarbeid med andre. Dette medfører at arbeidsforhold faller utenfor. Sporadiske enkeltransaksjoner som genererer profitt faller også utenfor, da det bare er aktiviteter av en viss varighet som kan rubriseres som næringsvirksomhet. Et eksempel på et forhold som faller utenfor er overskudd ved salg av privat bolig. Det

På bakgrunn av Rt 1985.319 (Ringnes) og Rt 1965.1159 (Vister) er det utarbeidet momenter for denne grensedragningen. Det sentrale er om virksomheten vil kunne lede til overskudd. Det er ikke tilstrekkelig at aktiviteten skaper bruttoinntekter hvis omkostningene som er forbundet med aktiviteten, overstiger inntektene. Og vurderingen skal ha utviklingen over en årrekke for øye, ikke bare det enkelte inntektsår. Vurderingen skal også være objektiv, skattyters egen oppfatning av karakteren av sin aktivitet er ikke avgjørende. Se Frederik Zimmer, Lærebok i skatterett, 4 utg, 2001, side 128-130.

³⁰ Etter Hovedavtalen § 2-3 (3) kan Bankklagenemnda også behandle klage fra en næringsdrivende såfremt den interesse som fremmes ikke har særlig yrkes- eller næringsmessig tilknytning, og henvendelsen for øvrig ligger til rette for behandling i nemnda.

må også trekkes en grense mot passive investeringer. For eksempel vil det å ha penger stående på konto ikke i seg selv regnes som næringsvirksomhet, selv om det dreier seg om store beløp.³¹

Når en finansavtale både knytter seg til forbruker- og næringsformål fremgår det direkte av § 2(1) at kunden anses som forbruker med mindre avtalen ”hovedsakelig” er knyttet til næringsformål. Man må således vurdere hva som er avtalens sentrale formål, og i ”hovedsakelig” ligger det at kunden anses som forbruker såfremt ikke næringsforholdet er det dominerende element i avtalen.

Ved hovedsakelighetsvurderingen skal forholdene på tidspunktet for avtaleinngåelsen legges til grunn, jf. blant annet BKN-2001-89. En person hadde stillet kausjon og hevdet at det var tidspunktet da kausjonen ble krevet, og ikke når den ble stilt, som var det avgjørende tidspunkt for når man skulle vurdere om kausjonisten var forbruker. Dette fikk klager ikke medhold i av Bankklagenemnda, som slo fast at avtaleinngåelsen var det riktige tidspunkt.

Hvis kunden har inngått flere finansavtaler, må det vurderes isolert for hver av dem om avtalen er hovedsakelig knyttet til næringsformål eller ikke. Hvis flere kunder inngår en finansavtale i fellesskap, må hver enkelt av dem vurderes individuelt.³² Forarbeidene nevner eksplisitt at dersom ektefeller i fellesskap opptar lån i finansinstitusjon i anledning den ene ektefelles næringsvirksomhet, skal forholdet mellom den andre ektefellen og finansinstitusjonen anses som et forbrukerforhold med mindre også denne ektefellen på annen måte er knyttet til næringsvirksomheten som utøves.³³ Det skal således ikke skje en automatisk identifikasjon mellom de to ektefellene.

Fil § 2 (2) siste ledd presiserer at bestemmelsene i kapittel 3 om kredittavtaler ikke kan fravikes til skade for kredittkunden dersom kredittkunden er en fysisk person, og lån

³¹ Eirik H. Vinje, Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven, i LoR 2006 side 302-304.

³² Eirik H. Vinje, Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven, i LoR 2006 side 303.

³³ NOU 1994: 19, side 96.

eller lignende kreditt er sikret ved pant i et formuesgode som tilhører kredittkunden uten at godet hovedsakelig er knyttet til kredittkundens næringsvirksomhet.

Dette innebærer at dersom en fysisk person ikke er å anse som en forbruker etter fil § 2 (1) fordi avtalens formål i hovedsak er knyttet til næringsvirksomhet, kan likevel bestemmelsene i kapittel 3 om kredittavtaler ikke fravikes dersom lånet er sikret ved pant som ikke i hovedsak er tilknyttet låntakers næringsvirksomhet.

2.2.3 Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven § 57

2.2.3.1 Innledning

Fil § 57 (3) lyder som følger:

”Som forbruker regnes i dette kapitlet en fysisk person som kausjonerer for noen annens gjeld

- a) dersom kausjonens formål for kausjonisten ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet, eller
- b) kausjonen består i pant i formuesgode som ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet.”

Det ble uttalt i forarbeidene at anvendelsen av den generelle forbrukerdefinisjonen i lovens § 2 ville kunne reise noe tvil i forhold til det trepartsforholdet som foreligger ved kausjon.³⁴ Problemstillingen var at kausjonisten kan være forbruker, selv om debitor er næringsdrivende. Det var derfor enighet om at det var behov for å skape klarhet med en særskilt forbrukerdefinisjon som retter seg mot kausjon. Departementet var enig med Banklovkommisjonen i at det i forhold til kausjonsavtaler burde legges vekt på kausjonens formål for kausjonisten. Videre var det enighet om at for spørsmålet om det forelå en avtale med en forbruker, kunne det avgjørende ikke være om selve lånet var knyttet til låntakerens næringsvirksomhet, så lenge kausjonisten ikke har tilknytning til denne virksomheten. Kausjonistens behov for vern vil ikke være avhengig av hva som er låntakerens formål med lånet. Kausjonisten kan med andre ord fortsatt anses som forbruker, selv om kausjonen skal sikre et næringslån.

³⁴ Se Ot. prp. nr. 41(1998-99) side 66.

2.2.3.2 Kausjonistens næringsvirksomhet - før endringslov 07.05.2010 nr 15

Det som er avgjørende for om kausjonisten skal anses som forbruker etter § 57 (3), er om ”kausjonens formål for kausjonisten ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet”. Fil § 57 ble nylig endret, med ikrafttredelse fra 11. Juni 2010.³⁵ Det vil i det følgende bli gjort rede for den tidligere rettstilstand på dette området, da den tidligere lovtekst, med forarbeider og rettspraksis, etter min oppfatning vil være sentral når man skal fastlegge gjeldende rett etter lovendringen.

Tidligere hadde fil § 57 et fjerde ledd, som var ment å skulle utdype omfanget av § 57 (3) bokstav a når en person kausjonerte for et selskap som han eller hun hadde eierandel i. Fjerde ledd omhandlet aksjeselskaper og andre selskaper med begrenset ansvar.

Tidligere § 57 (4) lød som følger:

”Virksomhet som drives gjennom et aksjeselskap eller et annet selskap med begrenset ansvar, regnes ikke i seg selv som kausjonistens næringsvirksomhet etter tredje ledd. Når låntakeren er et selskap der kausjonisten har bestemmende innflytelse, kan likevel § 62, § 63, § 65 tredje ledd, § 67 annet og tredje ledd, § 73 og § 74 fravikes i kausjonsavtalen.”

Ofte er det et nært forhold mellom hovedskyldner og kausjonist. Ved spørsmålet om kausjonens formål for kausjonisten kan det dermed oppstå vanskelige spørsmål om hvor langt en skal identifisere kausjonisten med en hovedskyldners næringsvirksomhet. Når en kausjonist stiller kausjon for et aksjeselskap han eller hun har stor/liten eierandel i, vil selskapet som regel drive sin virksomhet uavhengig av den virksomhet som kausjonisten eventuelt måtte anses å drive.³⁶ Uten nærmere veiledning vil det i praksis være vanskelig å avgjøre om tilknytningen mellom et aksjeselskap som stifter gjeld, og noen som kausjonerer for dette, er tilstrekkelig sterk til at aksjeselskapets virksomhet, enten isolert eller vurdert sammen med kausjonistens eventuelle øvrige virksomhet,

³⁵ Endringslov 07.05.2010 nr. 15. Se nærmere punkt 2.2.3.3 nedenfor.

³⁶ Jeg bruker aksjeselskap som eksempel i oppgaven, og ikke andre selskaper med begrenset ansvar.

medfører at kausjonens formål for kausjonisten hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet. Det er dette identifikasjonsproblemet som § 57 (4) forsøkte å løse.³⁷

Høyesterett har tatt stilling til forståelsen av finansavtaloven § 57 (4) i Rt.2006.1. Et aksjeselskap hadde gjeld overfor et finansieringsselskap, og tre personer hadde avgitt kausjon for denne gjelden. De aktuelle kausjonistene eide 83 % av aksjene i aksjeselskapet, og var de eneste som deltok i selskapets styrende organer. Det fremgår av dommen at de tre personene ”sto for selskapets virksomhet” og at ”kausjonen var nødvendig for å få gjennomført selskapets virksomhet”.

Førstvoterende uttalte i dommen, (avsnitt 45-46):

”Når en fysisk person stiller kausjon for lån til et aksjeselskap han selv har aksjer i, er dette normalt ikke nok til at kausjonens formål anses for å være knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet. Dette gjelder også når låntakeren er et selskap hvor kausjonisten har bestemmende innflytelse, men da kan bestemmelsene §§ 62, 63, 65 tredje ledd, 67 annet og tredje ledd, 73 og 74 likevel fravikes i kausjonsavtalen, jf. § 57 fjerde ledd annet punktum.”(....)

”Loven går etter min mening svært langt om kausjonistene også i et tilfelle som dette skal regnes som forbrukere. Skillet mellom selskapets og kausjonistens næringsvirksomhet er i slike tilfeller vanskelig å trekke. Lovens ordbruk og uttalelser i lovforarbeidene viser likevel at også en kausjon for denne virksomhet ikke skal anses for å gjelde kausjonistens næringsvirksomhet. Jeg har under tvil kommet til at kausjonistene må regnes som forbrukere.”

Rettskildemessig er det interessant å se hvor tydelig Høyesterett uttrykker sin misnøye med den løsning som lovgiver har valgt. Både lovens ordlyd og forarbeider er tydelig i sin beskrivelse av hvordan forbrukerbegrepet skal forstås. Førstvoterende sier at lovens ordlyd og forarbeider viser at en kausjon for denne virksomhet ikke skal anses for å gjelde kausjonistenes næringsvirksomhet, men kommer under tvil til at kausjonistene må regnes som forbrukere. Høyesterett vurderte altså å tilsidesette en klar og relativt ny lov, til fordel for reelle hensyn. De fulgte likevel lovgivers anvisninger, noe som er i tråd med alminnelig rettskildelære. Når det foreligger klare lovbestemmelser, og verken forarbeider eller andre autoritative rettskildefaktorer gir grunnlag for å tolke dem i strid

³⁷ Se NOU 2009:11 ”Kredittavtaler”, side 136.

med ordlyden, følger Høyesterett normalt lovgiver, selv om de finner resultatet mindre rimelig. Ved sin kritikk av lovens rekkevidde signaliserer imidlertid Høyesterett et ønske om lovendring.

Bankklagenemnda har også tatt stilling til forbrukerspørsmålet i flere saker. Og nemnda har i tiden etter Rt.2006.1 stort sett vist til denne dommen og gjort vurderingen nokså kort. Dette er imidlertid ikke overraskende når Bankklagenemnda tar stilling til klager innenfor rammen av gjeldende rett, jf Hovedavtalen § 2-3 og det foreligger en så klar høyesterettsdom som Rt.2006.1. Relevante uttalelser i denne sammenheng er blant annet BKN-2008-89, BKN-2008-005 og BKN-2007-143.

Før Rt.2006.1 ble avsagt, var det eksempler på at Bankklagenemnda vurderte spørsmålet om forbrukere/næringsdrivende litt friere. I BKN-2005-068 ble en lege som kausjonerte for gjelden til et privat sykehus der han eide 31 % av aksjene, var styremedlem og ansatt i administrasjonen, ikke ansett for å være forbruker. I BKN-2005-093 ble en person som stilte kausjon for et aksjeselskap som han var eneaksjonær i, styreformann og daglig leder i, heller ikke ansett for å være forbruker.

Slik gjeldende rett utviklet seg, ble hovedregelen at en kausjonist ble ansett som forbruker helt uavhengig av størrelsen på eierandelen i et aksjeselskap med næringsvirksomhet som kausjonen knyttet seg til. Konsekvensen ble at forbrukervernet omfattet en betydelig andel av profesjonelle parter. Dette var ikke en ønsket løsning, og medførte kritikk både fra domstolene, banknæringen og juridisk litteratur.³⁸

2.2.3.3 Kausjonistens næringsvirksomhet, forholdene etter lovendringen

§ 57 (4) ble således opphevet med virkning fra 11. juni 2010.³⁹

Departementet var enig med Kredittkjøpslovutvalget om at fil § 57 (4) tolket i samsvar med forarbeidene gjorde det ufravikelige forbrukervernet mer omfattende enn om

³⁸ Se Eirik H. Vinje, Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven, i Lov og Rett 2006 side 298-316.

³⁹ Endringslov 07.05.2010 nr. 15.

Forarbeidene til denne endringsloven er NOU 2009: 11 "Kredittavtaler", Ot. prp.65 (2009-2010) "Endringer i finansavtaleloven m.v" og Innst. O. nr. 211 (2009-2010).

spørsmålet kun ble løst gjennom § 57 (3). Konsekvensen av dette ble at mange profesjonelle aktører ble omfattet, og departementet uttalte blant annet at;

”Men det er også viktig at det ufravikelige forbrukervernet avgrenses fra å gjelde når avtaler inngås mellom reelt sett profesjonelle parter. I slike forhold er det sentralt å legge til rette for avtalefrihet som gjør det mulig for partene å komme frem til kommersielt hensiktsmessige løsninger. Etter departementets syn har finansavtaleloven § 57 fjerde ledd gjort forbrukervernet ved kausjon videre enn det hensynene bak forbrukervernet skulle tilsi. Departementet vil peke på Høyesteretts dom inntatt i Rt 2006 side 1 som et eksempel fra praksis på at forbrukerbegrepet ved kausjon i dag favner for vidt.”⁴⁰

Hensynet til sammenheng i regelverket talte også for en lovendring. Grunnen til dette var at i Ot. prp nr. 41(1998-1999) ble det uttalt at begrepet næringsvirksomhet klart skulle omfatte tilfeller hvor en kausjon ble stillet som ledd i næring som kausjonisten utøvde gjennom et enkeltpersonsforetak eller som deltaker i et ansvarlig selskap. Men for kausjon som ble stillet av en fysisk person med eierpost i et aksjeselskap eller andre selskap med begrenset ansvar, ble vurderingen annerledes. Resultatet av dette ble at valg av eierform fikk for stor betydning i grensdragningen mellom forbruker og næringsdrivende. I NOU 2009:11 side 136 blir følgende eksempel brukt for å belyse dette:

”For eksempel synes tilfeller hvor en aksjeeier eier 100 % av aksjene i et selskap som han er enestyre og ansatt i, å være forbruker i relasjon til § 57 når han kausjonerer for selskapets gjeld til sin hovedbankforbindelse, dersom aksjeeieren ikke driver næringsvirksomhet utover dette.”

Både utvalget og departementet var enige om at hensynet til forbrukervernet ikke gjør seg gjeldende i større grad i et slikt tilfelle, enn om aksjeeieren hadde drevet den aktuelle virksomhet i et enkeltpersonsforetak og selv opptatt kreditt i banken.

Ifølge forarbeidene til nevnte endringslov vil virkningen av at fil § 57 (4) er opphevet, bli at tilfellene som tidligere falt under fjerde ledd, skal vurderes gjennom en tolkning av begrepet ”kausjonistens næringsvirksomhet” i fil § 57 (3) a.⁴¹ Det vil i praksis innebære at det i hvert enkelt tilfelle må tas stilling til hvor sterk tilknytning mellom

⁴⁰ Jf Ot. prp. nr. 65(2009-2010) side 197.

⁴¹ NOU 2009: 11, Ot.prp. nr. 65 (2009-2010), Innst. O. nr. 211 (2009-2010).

kausjonisten og aksjeselskapet som må foreligge, før næringsvirksomheten i aksjeselskapet regnes som "kausjonistens næringsvirksomhet" etter bestemmelsen. Dette vil medføre en mer fleksibel regel enn hva fil § 57 (4) tidligere åpnet for, med større rom for konkrete vurderinger av tilknytningsforholdet mellom kausjonisten og aksjeselskapet.

For at det skal være tale om kausjonistens næringsvirksomhet, er det etter departementets syn en forutsetning at kausjonisten eier en andel i den aktuelle virksomheten, og ikke for eksempel bare er ansatt i denne. Hvor stor eierandel som må foreligge for at identifikasjon skal foretas, har departementet vanskelig for å angi, men det angis noen momenter til vurderingen.

For eksempel hvis kausjonisten eier flertallet av aksjene i selskapet, bør næringsvirksomheten i selskapet alltid anses som kausjonistens etter fil § 57 (3) a.

I de tilfeller hvor kausjonisten eier en mindre aksjepost, vil de nærmere omstendigheter kunne føre til at det foretas en identifikasjon. Hvis for eksempel kausjonisten har en fremtredende stilling i selskapet, taler dette for identifikasjon. Departementet uttaler likevel at den relative økonomiske betydningen av deltakelsen i aksjeselskapet for kausjonisten, bare vil være ett moment blant flere, uten at departementet utdyper dette noe nærmere.⁴²

De såkalte "aksjonærkausjonene" som er omtalt ovenfor, er bare et av mange tilfeller som nå faller inn under begrepet "kausjonistens næringsvirksomhet". I andre tilfeller hvor det ikke er tale om en "aksjonærkausjon" og det foreligger spørsmål om identifikasjon, blir det sentrale spørsmålet hva som er næringsvirksomhet, og om kausjonen hovedsakelig er knyttet til denne.

Næringsvirksomhet må forstås på samme måte som etter fil § 2 (1), og jeg viser til drøftelsen ovenfor.

⁴² Ot. prp. nr. 65 (2009-2010), side 197-198.

For at kausjonen skal anses tilknyttet den eventuelle næringsvirksomheten, må kausjonisten ha en direkte eller indirekte økonomisk interesse i å stille kausjonen, og denne vurderingen må foretas på det tidspunkt kausjonen stilles.⁴³

Hvis kausjonen er stilt på det grunnlag at kausjonisten har fått garantiprovisjon eller andre direkte økonomiske motytelser, det være seg fra hoveddebitor eller andre som er interessert i at kausjon stilles, vil man som regel komme til at kausjonen stilles i tilknytning til næringsvirksomhet.

Et eksempel på at en næringsdrivende kan ha en indirekte interesse i å stille kausjonen, kan være når en vareleverandør kausjonerer for en varemottagers kassakreditt, som deretter benyttes til varekjøp fra leverandøren. Dette er et klart eksempel på en ikke-forbruker. Kausjonisten må imidlertid anses som forbruker dersom denne indirekte økonomiske interesse utspringer fra et nært personlig forhold til låntaker, for eksempel ektefeller.⁴⁴

Det kan avslutningsvis bemerkes at selv om det ikke fremgår uttrykkelig av lovteksten, følger det av forarbeidene til loven at det ikke oppstilles noe vilkår om synbarhet for den næringsdrivende med hensyn til om kunden er forbruker eller ikke.⁴⁵ Det vil som regel fremgå av avtaledokumentasjonen om partene anser kausjonisten som forbruker eller næringsdrivende.

⁴³ Se Eirik H. Vinje. Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven, i LoR 2006, side 298-316.

⁴⁴ Se Eirik H. Vinje. Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven, i LoR 2006, side 298-316.

⁴⁵ Se NOU 1994: 19 side 96.

3 Frarådningsplikt, § 60

3.1 Innledning

En av nyvinningene med vedtagelsen av fil var lovreguleringen av frarådningsplikten i forbrukerforhold etter §§ 47 og 60 (2). § 60 lyder som følger:

”§ 60. Plikt til å frarå

(1) Dersom kredittgiveren frarår en forbruker å oppta kreditten, jf. § 47, skal kredittgiveren før kausjonsavtalen inngås eller kreditten utbetales underrette kausjonisten om dette skriftlig. Forsømmer kredittgiveren dette, kan kausjonistens ansvar nedsettes for så vidt lemping finnes rimelig. Det samme gjelder dersom kredittgiveren burde ha frarådet forbrukeren å oppta kreditten.

(2) Dersom kredittgiver før kausjonsavtale inngås med en forbruker må anta at økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon, skal kredittgiver skriftlig underrette kausjonisten om dette. Underretningen skal så vidt mulig også gis muntlig. Dersom kausjonisten inngår kausjonsavtale på tross av frarådingen, skal han ved signatur bekrefte at han er kjent med at kredittgiveren skriftlig og muntlig har frarådet ham å stille kausjon. Første ledd annet punktum gjelder tilsvarende.”

Også etter eldre rett hadde finansinstitusjoner en frarådningsplikt, men da forankret på ulovfestet grunnlag. Etter den ulovfestede frarådningsplikten var terskelen høy for at frarådningsplikten skulle inntre. Etter Rt.1959.1048 ble det utledet et synspunkt om at det minst måtte forutsettes at det dreide seg om en et ”håpløst foretagende” før det forelå en frarådningsplikt.⁴⁶ I ”håpløst foretagende” lå det at det var åpenbart at kontrakten ikke kunne oppfylles. Rt.1959.1048 omhandlet en småbruker som kjøpte en større landeiendom med løsøre for kr 158 000, men ikke maktet å skaffe pengene. Alle tre instanser var enige om at selgeren var uberettiget til å kreve handelen opprettholdt, jf. avtalelovens § 33. Det ble blant annet lagt vekt på at selgeren var en erfaren

⁴⁶ Jf Viggo Hagstrøm, Kausjonsretten i forandring, i JV 2003, side 59.

forretningsmann, mens kjøperen var uerfaren, og at selgeren forsto at det var ”et håpløst foretagende” for kjøperen å gjennomføre handelen.

Innholdet av den ulovfestede frarådningsplikten var i utgangspunktet utledet av avtaleloven § 33, og virkningen av brudd på denne var ugyldighet. I Rt. 1984.28 ble ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold uttrykkelig oppstilt som ugyldighetsgrunn ved siden av avtaleloven § 33. Denne dommen, samt vedtagelsen av avtaleloven § 36 i 1983, førte til at den ulovfestede frarådningsplikten gjennomgikk en oppmykning i retning av mer forbrukervern og lojalitet i kontraktsforhold.⁴⁷ I Rt.2003.1352 blir det vist til denne utviklingen i frarådningsplikten. Førstvoterende uttaler følgende:

”Fram til finansavtalelova av 1999 var det såleis sær sars avgrensa unntak frå prinsippet om at ein låntakar må vurdere eiga betalingsevne og har risikoen om han tek feil. Det må likevel her kome inn at det i åra frå 1959 var ei rettsutvikling med sterkare vern av forbrukarinteressene og ei auka vektlegging reint allment av lojalitet og samarbeid mellom kontraktspartar. Ein långivar si frarådingsplikt var derfor meir omfattande i 1994 enn i 1959.”

Terskelen for frarådning var som nevnt høy, men dette endret fil på. Frarådningsplikten i kausjonsforhold i § 60 er bygget over frarådningsplikten i låneforhold i § 47, og bestemmelsen i § 60 (1) er en refleks av at finansinstitusjonen har en frarådningsplikt etter § 47.⁴⁸ Frarådningsplikten etter § 47 og den avledede opplysningsplikten etter § 60 (1) er i samsvar med et lovforslag fra et mindretall i Banklovkommissjonen, mens frarådningsplikten etter 60 (2) som denne oppgaven konsentrerer seg om, bare hadde tilslutning fra to medlemmer (mindretallet) i kommissjonen.⁴⁹ Forslaget ble tatt inn under stortingsbehandlingen. Ettersom mindretallet sine merknader til lovforslaget er

⁴⁷ Se Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt- noen utviklingslinjer, Tff 2005 side 3.

⁴⁸ Se Viggo Hagstrøm, kausjonsretten i forandring, i JV 2003 side 60.

⁴⁹ Se NOU 1994:19 side 56.

utformet som spesialmotiver til bestemmelsene, så er det disse merknadene som gir nærmere veiledning om innholdet av de vedtatte lovbestemmelser.⁵⁰

Banklovkommisjonens mindretall anså forslaget til lovbestemmelsene i stor grad som en kodifisering av tidligere rett, som var avtaleloven §§ 30, 33 og 36, samt de ulovfestede rettsregler om lojalitet i kontraktsforhold.

Flertallet hevdet at siden det samme fulgte av gjeldende rett, og kravene til god bankpraksis, så var det ikke behov for en lovfesting av frarådningsplikten. Det var ikke praktisk for en institusjon å yte lån når låntakeren sannsynligvis ikke ville være i stand til å tilbakebetale lånet.⁵¹

Det er likevel grunn til å nevne at de lovfestede bestemmelsene om frarådningsplikt på flere punkter avviker fra den eldre rettsstilstand. Etter lovteksten er det tilstrekkelig at kausjonisten ”alvorlig bør overveie å avstå fra” å stille kausjonen, for at frarådningsplikten inntreffer. Tidligere var vurderingsmomentet ”et håpløst foretagende”. Vurderingen etter lovteksten er også bredere, ved at det ikke bare er sviktende ”økonomisk evne” som skal vurderes, men også ”andre forhold”. Både lovteksten og forarbeidene åpner således for en streng frarådningsplikt.⁵²

I de kausjonsavtaler som ikke omfattes av fil § 57, vil den ulovfestede frarådningsplikten fortsatt ha aktualitet.

3.2 Formål og hensyn bak frarådningsplikten

Utgangspunktet i norsk rett er avtalefrihet, som innebærer at partene selv har risikoen for egne forutsetninger og handlinger. Dette utgangspunktet modereres i kausjonstilfellene. Carsten Smith skriver i sin bok ”Garantikrav og garantistvern” fra 1981, side 433 at:

”ved oppbyggingen av et garantisystem er det to grunnleggende betraktninger som gjør seg gjeldende. Garantien skal være et praktisk brukbart hjelpemiddel for garantisøkeren

⁵⁰ Se Viggo Hagstrøm, Kausjonsretten i forandring, JV 2003 side 61.

⁵¹ Se NOU 1994:19 side 56.

⁵² Se Viggo Hagstrøm, Kausjonsretten i forandring, JV 2003 side 60.

(som regelmessig også er kredittsøkeren), og må derfor gi en tilstrekkelig risikodekning for garantiadressaten. Men garantisten bør ikke rammes hardere enn det garantiformålene gjør nødvendig. Oppgaven må være å finne et balansepunkt mellom de motstridende interesser ut fra så vel rimelighetsvurderinger som hensynet til kredittmarkedets struktur.”

Ved utformingen av kausjonsreglene i fil var det således motstridende hensyn som måtte avveies mot hverandre: avtalefrihet, kontraktsfrihet, kausjonens effektivitet på den ene siden, og særlige verneregler på den annen side.

Når kausjonen stiftes, konkretiserer ansvaret seg ikke i noen prestasjon, men det sniker seg innpå kausjonisten i det skjulte. Mange kausjonister anser kausjoner som en formalitet, uten at de dveler så mye ved mulige konsekvenser. Den private kausjonist er ofte den økonomisk sett svakeste part i avtalen, og den minst sakkyndige part. Kausjonisten står videre sjelden i en posisjon som gjør at han kan forsvare seg gjennom kontraktmessige forbehold. Det er således sosiale grunner som taler for verneregler i kausjonsretten.⁵³

Ifølge forarbeidene er viktige hensyn bak frarådningsplikten hensynet til lojalitet i kontraktsforhold og hensynet til forsvarlig forretningsdrift.⁵⁴ Forbrukervernet er som nevnt også et gjennomgående hensyn for fil, og gjør seg også gjeldende her.

Hensynet til lojalitet i kontraktsforhold tilsier at om den profesjonelle part ser at kausjonistens økonomi er dårlig, slik at vedkommende vil få betydelige problemer om kausjonsansvaret må innfris, så skal långiver gjøre den potensielle kausjonist oppmerksom på det.

Hensynet til forsvarlig forretningsdrift, tilsier at en långiver, samtidig som han undersøker låntakers betalingsevne, også skaffer seg kunnskap om verdien av den sidesikkerhet kausjonen utgjør, og som er dens funksjon. Om långiveren under denne

⁵³ Carsten Smith, Garantikrav og garantistvern, Oslo, 2.utg, 1981, side 434.

⁵⁴ NOU 1994: 19 side 57-59.

vurderingen kommer til at sikkerheten er svak grunnet kausjonistens økonomiske stilling, bør ikke den aktuelle kausjonist godtas. Lojalitetshensyn overfor de private parter som långiver inngår avtale med tilsier at slike overveielser også tas av hensyn til deres interesser.⁵⁵ Forslaget om frarådningsplikt bygger på den tanke at institusjonens sakkunnskap og erfaring også bør komme forbrukeren til gode i form av frarådning når dette er på sin plass.

Forarbeidene fremhever også hensynet til låntakerens/kausjonistens betalingsevne som et sentralt formål bak frarådningsbestemmelsene. Regelen om frarådningsplikt skal hindre at kausjonisten stiller kausjon som han sannsynligvis ikke vil klare å betjene på ordinær måte. Frarådningsplikten vil således ha en preventiv effekt.

Forarbeidene peker videre på to viktige sidevirkninger ved frarådningsplikten.⁵⁶ For det første vil den kunne gi institusjonen ytterligere incentiv til å unngå kredittgivning til forbruker som ikke har realistisk vurdering av egen økonomi. Regelen vil her kunne ha en normerende virkning på institusjonenes adferd over tid og bidra til en utvikling av bedre systemer for kredittvurdering og økt bevissthet rundt betydningen av frarådningsplikten.⁵⁷ Den andre sidevirkningen som forarbeidene framhever, er likebehandling blant kreditorene.

Når det gjelder frarådningsplikten etter § 47 vil regelen fremme likebehandling blant kreditorene. Dette har også kommet til uttrykk i gjeldsordningsloven § 4-8 (1) i, hvor en fordring i forbindelse med inngåelse av gjeldsordning kan gis dårligere dekning dersom frarådningsplikten etter fil § 47 ikke er overholdt. Bestemmelsen gjør unntak fra prinsippet om at midlene som inngår i en gjeldsordning skal fordeles forholdsmessig til fordringshaverne etter størrelse.⁵⁸

⁵⁵Se NOU 1994:19 side 57.

⁵⁶Se NOU 1994:19 side 55.

⁵⁷ Se Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt, i Tff 2005 side 4.

⁵⁸Se Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt, i Tff 2005 side 5.

3.3 Frarådningsplikten innhold

3.3.1 Innledning

Jeg vil i punkt 3.3 gjøre rede for frarådningsplikten slik den følger av fil § 60 (2). Først vil jeg ta for meg vurderingsgrunnlaget for frarådningsplikten, da det er ut fra denne vurderingen finansinstitusjonene tar stilling til hvorvidt kausjonisten bør frarådes. Terskelen for frarådningsplikten skal også behandles. Videre skal jeg undersøke hvilke momenter som er sentrale i vurderingen av kausjonistens ”økonomiske evne eller andre forhold”. Frarådningsplikten formkrav skal behandles. Den avledede opplysningsplikt etter § 60 (1) skal behandles kort. Til slutt vil jeg ta for meg rettsvirkninger ved overtredelse av frarådningsplikten.

Da frarådningsplikten ovenfor den som tar opp kreditt etter § 47, og frarådningsplikten etter § 60(2) ovenfor kausjonister, i all hovedsak går ut på de samme vurderingskriterier, vil argumenter fra forarbeidene og rettspraksis etter frarådningsplikten i § 47 ha relevans i forhold til det som skal vurderes etter § 60 (2). Dette bemerkes også av flertallet i Innst. O. nr 84 (1998-99) side 22, hvor det sies at ”de samme argumentene som taler for at en långiver har en frarådningsplikt overfor låntaker, også gjør seg gjeldende i forholdet mellom långiver og privatkausjonisten”.

3.3.2 Vurdering av kausjonistens økonomi

Problemstillingen vil her være hvilke krav som stilles til finansinstitusjoners vurdering av kausjonistens økonomiske forhold, og hvilken informasjon vurderingen kan bygges på. Utfallet av denne vurderingen vil være utgangspunktet for den videre vurderingen av om frarådningsplikten skal inntre eller ikke. Det sentrale spørsmålet blir om kausjonistens løpende inntøker tilsier at han vil være i stand til å oppfylle kausjonsansvaret på ordinær måte hvis det aktualiseres.

Vurderingsgrunnlaget i § 60 (2) vil som nevnt være ganske likt det som følger av § 47. Vilkåret etter begge bestemmelsene er om ”økonomisk evne eller andre forhold” tilsier at forbruker alvorlig bør overveie å avstå fra disposisjonen. Spørsmålet som da melder seg er hvordan kredittgiver skal skaffe informasjonen som skal legges til grunn.

Ved lovfestingen av frarådningsplikten var utgangspunktet at det ikke skulle pålegges finansinstitusjonene å innhente opplysninger. Det var likevel antatt at finansinstitusjonene i egen interesse hadde rutiner som sikret at forsvarlig kredittprøving ble foretatt, og at kredittprøving for øvrig måtte anses å følge av kravene til god bankskikk.⁵⁹

Utgangspunktet for vurderingen vil som regel være opplysninger som kausjonisten selv kommer med. Dette er også utgangspunktet for vurderingen etter § 47, men med en vesentlig forskjell. I § 46 b er det lovfestet at ”før kredittavtale inngås, skal kredittgiveren vurdere forbrukerens kredittverdighet på grunnlag av fyllestgjørende opplysninger innhentet hos forbrukeren og om nødvendig fra relevant database”.

Det var gjennomføringen av forbrukerkredittdirektivet (2008/48/EF) som nødvendiggjorde lovfestingen av en kredittvurdering. Direktivets artikkel 8 inneholder krav til kredittvurdering av forbrukeren. Før innføringen av direktivet kunne det etter § 47 ikke utledes noen formalisert plikt for kredittgiver til å vurdere forbrukerens kredittverdighet. Det ble uttalt i forarbeidene at selv om en antok at plikt til å vurdere forbrukerens kredittverdighet fulgte av kravene til god bankskikk, så ville ikke artikkel 8 anses å være gjennomført i norsk rett under henvisning til en slik plikt.⁶⁰ Det var altså nødvendig å innføre en lovbestemmelse som direkte pålegger kredittgiver å vurdere forbrukerens kredittverdighet.

Etter forbrukerkredittdirektivet skal kredittvurderingen foretas på grunnlag av ”fyldestgjørende opplysninger”. Vurderingene av hva som er ”fyldestgjørende opplysninger” vil særlig måtte bero på kredittens størrelse. I forhold til dette uttales det i forarbeidene:

”Departementet peker videre på at det i direktivets artikkel 8 om kredittvurdering, som nå foreslås gjennomført i finansavtaleloven, nettopp ligger en forpliktelse til å vurdere forbrukerens kredittverdighet på grunnlag av tilstrekkelig informasjon. Departementet legger til grunn at slik informasjon etter

⁵⁹ NOU 1994:19 side 54.

⁶⁰ NOU 2009: 11 side 58.

omstendighetene vil kunne være ligningsopplysninger. Direktivet legger imidlertid opp til en totalvurdering av hvilke opplysninger som i det konkrete tilfellet fremstår som tilstrekkelige. I denne sammenheng vil det være av interesse hvilken betydning de aktuelle opplysningene kan antas å ha for kredittvurderingen, jf. NOU 2009: 11 side 58. Dette vil blant annet måtte bero på arten og omfanget av kreditten. Siden direktivet legger opp til en konkret vurdering, åpner direktivet etter departementets syn ikke for konkrete pålegg i nasjonal rett om at ligningsopplysninger i nærmere angitte tilfeller alltid skal inngå i kredittvurderingen. En annen sak er at det er naturlig å forstå direktivet artikkel 9, og den norske gjennomføringsbestemmelsen, slik at det ofte vil være nødvendig å søke å innhente ligningsopplysninger for at kredittgiveren skal kunne sies å ha tilstrekkelig informasjon som grunnlag for sin kredittvurdering. Når det gjelder ligningsopplysninger som grunnlag for en kredittvurdering, kan det likevel tilføyes at slike opplysninger ikke i alle tilfeller vil gi et dekkende og korrekt bilde av kundens gjeldssituasjon.⁶¹

Vurderingen må dermed skje på bakgrunn av et realistisk og tilstrekkelig informasjonsgrunnlag. Det antas at de samme kravene gjaldt, da kredittvurderingen fulgte av kravet til alminnelig god bankskikk.⁶² At vurderingen må være realistisk har blant annet kommet til uttrykk i Bankklagenemndas praksis.

BKN-2002-24 gjaldt en forsømt frarådningsplikt etter § 47. Låntager var en uføretrygdet mann som hadde en årlig inntekt på kr 98 160, et lån i Husbanken på kr 420 000, i tillegg hevdet han å ha en ekstraintekt. Banken avsto først lånesøknaden, med beskjed om at han måtte dokumentere ekstraintekten. Det ble senere opplyst for banken at klager hadde kontakt med et firma som samarbeidet med programmerere i Ukraina, og at klager måtte antas å kunne skaffe seg en ikke ubetydelig ekstraintekt gjennom tilsvarende samarbeid. På det grunnlag innvilget banken lånet. Formålet med lånet ble ikke opplyst eller etterspurt av banken. Nemnda uttalte at kredittvurderingen var kritikkverdig, ved at banken ikke burde legge til grunn en ekstraintekt som fremsto som temmelig løst fundert.

Verken loven, forarbeidene eller forbrukerkredittdirektivet (2008/48/EF) oppstiller noe krav om kredittprøving av kausjonisten. I forarbeidene til fil sies det bare at kredittgiver bør fraråde kausjonisten når det tilsies ut fra långivers ”profesjonelle kjennskap til kausjonistens økonomi”.⁶³ Dette tyder på at en kredittgiver ikke har plikt til å undersøke kausjonistens økonomi.

⁶¹ Ot.prp. nr.65 (2009-10) side 90.

⁶²Se Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt- noen utviklingslinjer, i TFF 2005, side 8.

⁶³ NOU 1994:19 side 57.

I BKN-2002-4 kom spørsmålet opp om långiver burde ha foretatt en kredittvurdering av kausjonisten. Nemnda uttaler følgende:

”I overensstemmelse med vanlig bankpraksis på den tiden, ble det ikke foretatt en kredittvurdering av kausjonisten. Etter nemndas oppfatning var ansvaret kausjonisten påtok seg heller ikke så stort at det oppstod en spesiell plikt for banken til å vurdere klagers økonomiske forhold.”

Klagen gjaldt et kausjonsforhold som ble etablert i 1993 og fil kom derfor ikke til anvendelse. Nemnda uttaler at det etter vanlig bankpraksis på den tiden, ikke ble foretatt kredittvurdering av kausjonisten. Nemnda modererer likevel dette utgangspunkt ved å si at det kan oppstå plikt til vurdering når kausjonisten påtar seg et stort ansvar. I dette tilfellet var debtors lån på kr 252 000 og klager hadde stillet realpant på inntil kr 100 000. Nemnda anså disse beløpene for å være av forholdsvis beskjeden størrelse, og klager ble således ikke gitt medhold.

I BKN-2003-136 bestred klager gyldigheten av en realkausjon hun hadde stilt for sønnens og svigerdatterens lån i banken i 2001, dette var etter fils ikrafttredelse. Det var heller ikke her foretatt kredittvurdering. Nemnda uttalte:

”Klagers egen økonomi ble ikke vurdert av banken i forbindelse med kausjonsstillelsen. Klager stilte imidlertid sikkerhet for lånet i en eiendom som hun ikke bor i. Hun kunne innfri forpliktelsen ved å realisere verdier og uten å måtte skifte bopel, og var således ikke henvist til eventuelt å betjene gjelden ved egen inntekt. Bankens unnlattelse av å foreta en kredittvurdering av klager, vil derfor etter nemndas vurdering ikke få virkning for klagers ansvar.”

En senere sak fra Bankklagenemnda som tar for seg spørsmål om kredittvurdering er BKN-2008-54. En mor hadde tatt opp lån på kr 532 500 for å kjøpe en bil, og hennes sønn hadde kausjonert for lånet. Nemnda fant at selskapet var forpliktet til å fraråde kausjonisten. Nemnda la vekt på at kausjonisten ”hadde en ordinær inntekt, var ung og ikke godt etablert i yrkeslivet”. Selskapet hadde heller ikke foretatt en kredittvurdering. I denne sammenheng uttalte nemnda:

”Det er ikke holdepunkter i saken for at selskapet foretok undersøkelser vedrørende klagers gjeldsbelastning før avtaleinngåelsen, og selskapet kan kritiseres for dette.”

Uttalelsene fra Bankklagenemnda går i samme retning som lovens ordlyd og forarbeider, slik at kredittgiver i utgangspunktet ikke har noen plikt til å foreta en kredittvurdering. Unntak fra dette kan være når det påtas et særlig stort ansvar, jf BKN-2002-4. Et eksempel på dette kan være at kausjonisten pantsetter huset sitt. Det antas likevel at institusjonen i alle fall bør la kausjonisten svare skriftlig på noen sentrale spørsmål knyttet til egen økonomi. Svarene vil i noen tilfeller gi grunnlag for nærmere undersøkelser.⁶⁴

Kausjonisten vil ha risikoen for at de opplysninger som gis er korrekte. I de tilfeller kausjonisten selv har medvirket til at kredittvurderingen ikke er korrekt, for eksempel ved at informasjonen er feil eller mangelfull, er det klare utgangspunktet at det ikke foreligger noe brudd på frarådningsplikten. Dette ble blant annet uttalt i BKN-2003-97 som gjaldt et låneopptak, hvor nemnda uttalte følgende:

”Slik Bankklagenemnda vurderer saken, kan långivningen ikke sies å være uforsvarlig i forhold til oppgitt inntekt og utløser således ikke en frarådningsplikt for banken etter fil § 47. I ettertid kan det synes som om inntektsopplysningene har vært feilaktige. Imidlertid må det være lånsøkeres egen risiko hvis de selv gir feilaktige opplysninger til banken, som banken senere legger til grunn for vurderingen. De kan således ikke bygge noe krav mot banken på denne omstendighet.”

Nemnda mente videre at dette ikke gjaldt ubetinget, ved å bemerke at banken likevel ikke kan legge til grunn åpenbart urealistiske forventninger om fremtidig inntekt uten å risikere å komme i ansvar, og viste videre til den allerede omtalte BKN-2002-24.

Den kredittvurdering som foretas er relativ og avhenger av hvilket beløp det kausjoneres for og hvilken person det er som kausjonerer. Forbrukerbegrepet spenner vidt, og man kan ha alt fra uerfarne til kunnskapsrike og erfarne forbrukere. I noen tilfeller er det tilstrekkelig med en forenklet kredittvurdering, andre ganger ikke, selv om det er tale om samme beløp. For eksempel hvis en godt voksen person kausjonerer for et lån på kr 40 000 for et selskap han har en mindre eierandel i, vil det ikke være behov for en inngående kredittvurdering. Men hvis en ung gutt kausjonerer for kameratens billån, vil det i større grad være behov for en grundigere behandling. At

⁶⁴ Se Norsk Lovkommentar. Finansavtaleloven, note 328.

vurderingen av kundens økonomi vil kunne variere etter forholdene ble berørt i BKN-2006-058. Det var her tale om en kredittvurdering ved låneopptak og nemnda uttalte følgende:

”Etter Bankklagenemndas vurdering må det som et utgangspunkt stilles strengere krav til den kredittvurderingen bankene skal foreta jo større kreditt det er tale om. For en så vidt liten kreditt som her, finner nemnda det akseptabelt at det foretas en noe forenklet kredittvurdering. På den annen side kan selv små kreditter være betydelige for enkelte, slik at kredittvurderingen må være reell også for de mindre kreditter.”

3.3.3 Terskelen for frarådningsplikten

Før jeg behandler momentene i vurderingen, vil jeg beskrive kort terskelen for når frarådningsplikten inntreffer. Dette er et spørsmål om hvilken grad av ubehagelighet for kausjonisten ved en eventuell inntreden av kausjonsansvaret som skal til for å utløse kausjonsansvaret,⁶⁵ og hvor sikkert det er at mislighold vil skje.

Etter § 60 (2) inntreffer frarådningsplikten når finansinstitusjonen ”må anta” at økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne ”alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”.

Etter bestemmelsen er det kredittgiver som ”må anta”, og dette tyder på at det er kredittteters subjektive forståelse av hvor sikker forholdene er, som må legges til grunn. I ”må anta” ligger det likevel et aktsomhetskrav. Utgangspunktet er kredittgivers subjektive forståelse av situasjonen, men ved unntak av at det objektivt kan settes krav til hva kredittteter kan legge til grunn. BKN-2002-24, som er nevnt tidligere, er et eksempel på dette.

I kravet om ”må anta”, er det en annen aktsomhetsnorm enn det som rammer vanlig simpel uaktsomhet uttrykt for eksempel ved krav om at vedkommende ”burde forstått”. ”Må anta” er strengere. Forarbeidene til fil sier ikke noe om hva som skal legges i dette.

⁶⁵ Espen Bergh, Finansavtaleloven – forbrukervern for bankkunder og nye regler i pengekravsretten, i LoR 2000, side 336.

Kredittkjøpsloven er opphevet⁶⁶, mens lovens § 9a hadde samme aktsomhetsstandard som fil §§ 47 og 60 (2). I forarbeidene til kredittkjøpsloven sies det at:

”I alminnelig erstatningsrett er det lagt til grunn at ”må anta” normalt vil innebære at en normal bedømmelse av situasjonen gjør uvitenheten uforståelig, og at dette reelt sett innebærer krav om kunnskap, men at det ikke er krav om særlig sterke bevis for denne kunnskapen”.⁶⁷

Et annet spørsmål er hvor sikkert det må være at et forhold skal inntreffe. Ut fra lovens ordlyd (”må anta”) kan det ikke stilles krav til konkret kunnskap. Forarbeidene uttaler at det i første rekke må tas utgangspunkt i situasjonen på tidspunktet for avtaleinngåelsen, men at kjente og sannsynlige fremtidige regelendringer og endringer i vedkommendes situasjon også kan vektlegges.⁶⁸

Ut fra lovens ordlyd og forarbeider kan det således ikke stilles krav om konkret kunnskap. Også kjente og fremtidige forhold som er realistiske og som ikke er for løst fundert kan vektlegges. Dette ble også uttalt i BKN-2002-24. I forhold til den ulovfestede frarådningsplikten er terskelen lavere, hvor dette nærmest måtte være sikkert at kausjonisten ikke kunne bære ansvaret, for at frarådningsplikten skulle inntre.⁶⁹ Førstvoterende i Rt.2003.1252 uttaler seg om dette på side 4:

”Spørsmålet om frarådningsplikt for banken må avgjerast ut frå dei rettsreglane som gjaldt før finansavtalelova av 1999. Utgangspunktet for vurderinga måtte då vere at ein låntakar måtte vurdere si eiga betalingsevne, og at det gjekk ut over han sjølv om han tok feil, sjå Rt-1959-1048 på side 1052 med vidare tilvising til Rt-1959-248 . Denne dommen i Rt-1959-1048 gjaldt kjøp av ein stor landbrukseigedom, og kjøparen vart der frifunnen fordi seljaren – i motsetning til kjøparen sjølv – « forsto at [kjøperen] åpenbart ikke kunne oppfylle kontrakten ». Førstvoterande omtala kjøpet som « et

⁶⁶ Forbrukerkredittdirektivet fra EU (Consumer Credit Directive/CCD) ble innført i Norge fra 11.juni 2010. Dette medførte blant annet at kredittkjøpsloven ble opphevet, og at fil kap 3 fikk virkning også for kredittavtaler som tidligere ble regulert av kredittkjøpsloven.

⁶⁷ NOU 2007: 5, side 53, jf Lødrup, Peter: Erstatningsrett. Oslo 1999, 4, utg, side 373.

⁶⁸ NOU 1994:19 side 55. Se nærmere punkt. 3.2.4.

⁶⁹ At terskelen er lavere etter lovfestingen av frarådningsplikten, blir også uttalt i NOU 2007: 5, side 37, i BKN-2003-140, og av Viggo Hagstrøm, i JV 2003, side 60, og Obligasjonsrett, 2003, side 165-167.

håpløst foretagende ». Med det var det stilt opp unntak frå eit absolutt ansvar og ein absolutt risiko for låntakar eller kjøpar. Formuleringane gav ikkje utan vidare grensa for når det var grunnlag for å gjere unntak, men det er ikkje tvilsamt at det var tale berre om unntak i heilt særskilde situasjonar.”

Mens det tidligere var krav om at det måtte anses som sikkert at mislighold ville inntre, er det kravet litt ”må anta”, litt vagere. Men dersom det foreligger sannsynlighetsovervekt for at mislighold av kausjonsansvaret vil inntre, bør dette være tilstrekkelig for at kausjonisten alvorlig bør overveie å avstå.

Det neste spørsmålet er hva som ligger i ”alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”.

Ordlyden viser igjen til en skjønsmessig vurdering. I utgangspunktet tilsier kravet til ”alvorlig” at det er de mer alvorlige tilfeller som rammes, slik at det skal en del til for at frarådningsplikten inntre. Dette uttales også i forarbeidene til den opphevede kredittkjøpsloven.⁷⁰ Her sies det at frarådningsplikten ikke oppstår dersom situasjonen er slik at låntakeren bare ”bør overveie”, og ikke ”alvorlig bør” overveie å avstå. Banklovkommisjonen foreslo her å utelate ”alvorlig” i frarådningsplikten i kredittkjøpsloven. Banklovkommisjonen uttalte at det enkelte kredittkjøp som regel var av begrenset størrelse, og dermed sjelden ville være ødeleggende for kjøperens økonomi isolert sett.

Departementet var imidlertid ikke enig i denne vurderingen, og uttalte:

”Frarådningsplikten kan for eksempel inntre i tilfeller der kredittyteren har opplysninger som tilsier at låntakeren – på grunn av en beskjeden inntekt – vil kunne få problemer med å tilbakebetale selv en mindre kreditt. Dersom dette først er tilfellet, ligger det vel i sakens natur at låntakeren ”alvorlig” bør overveie ikke å inngå den aktuelle kredittavtalen.”⁷¹

Et av hovedformålene bak frarådningsplikten er å hindre at folk stiller kausjon som de ikke har økonomisk evne til å betjene. ”Alvorlig” må tolkes i samsvar med dette og

⁷⁰ NOU 2007: 5 side 59.

⁷¹ Ot. prp. nr. 22, side 60.

tilsier derfor at det ikke bare er ved de større kausjoner at kausjonisten ”alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”. Begrepet ”alvorlig” er brukt for å understreke alvorlet i situasjonen, hvor det foreligger opplysninger som tyder på at kausjonisten ikke har evne til å bære kausjonsansvaret. Banken må i sin dialog med kausjonisten få han til å tenke over om han fortsatt vil stille kausjon, på tross av den økonomiske evne.

Hvor denne terskelen vil gå, vil avhenge av den konkrete situasjon. Eksemplene fra praksis som jeg bruker i kapitlene 3.3.4 og 3.3.5 nedenfor, vil vise dette.

3.3.4 Økonomisk evne

Fil § 60 (2) første punktum fastsetter at dersom kredittgiver før kausjonsavtale inngås med en forbruker, må anta at økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon, skal kredittgiver skriftlig underrette kausjonisten om dette. Frarådningsplikten kan inntre på to ulike grunnlag, eller ved en kombinasjon av disse. Grunnlagene er kausjonistens ”økonomiske evne” eller ”andre forhold” på kausjonistens side. I det følgende skal først ”økonomisk evne” omtales.

En naturlig språklig forståelse av vilkåret ”økonomisk evne”, vil si at man har evne til å betale de løpende utgifter etter hvert som de forfaller. Kausjonisten må ha tilstrekkelig med likvide midler. Det er ikke direkte presisert i forarbeidene hva som ligger i ”økonomisk evne”, men det uttales at ”en tilsvarende regel som den mindretallet går inn for i forholdet mellom långiver og låntaker, burde gjelde i forholdet mellom långiver og kausjonist”.⁷²

Når det gjelder hva som ligger i ”økonomisk evne” etter fil § 47, er forarbeidene noe fyldigere. Her sies det at:⁷³

”frarådningsplikten bør inntre dersom långiveren må anta at låntakeren ikke vil ha økonomisk evne til å betjene lånet i henhold til de vilkår som avtales. Dette betyr ikke bare at lånets størrelse og

⁷² NOU 1994:19 side 57.

⁷³ NOU 1994:19 side 55.

renteforpliktelser vil inngå i vurderingen, men også lånets avdragsprofil. Mindretallet mener derfor at frarådningsplikten bør inntre, ikke bare i de tilfellene lånet er uvanlig stort i forhold til låntakerens økonomi, men også når nedbetalingsplanen er urealistisk. Dette har sammenheng med at mislighold av avdrag vil kunne være oppsigelsesgrunn og føre til ytterligere betalingsproblemer for låntaker, realisering av sikkerheter m.v (...)

Ved praktisering av en regel om frarådningsplikt mener mindretallet at det i første rekke må tas utgangspunkt i situasjonen på tidspunktet for låneavtalens inngåelse. Kjente og sannsynlige fremtidige regelendringer eller endringer i låntakerens situasjon må imidlertid institusjonen også ta hensyn til. Når det gjelder kriteriet økonomisk evne, bør f.eks. varslede innstramminger i skattereglene eller endringer i rammebetingelsene for den næringsutøvelse forbrukeren driver tas hensyn til. Men det bør i tilfelle kreves at slike forhold representerer en markert risiko sett fra låntakerens side.”

De momentene som forarbeidene uthever i forhold til låntaker, vil også være aktuelle når kausjonistens ”økonomiske evne” skal vurderes. Også her blir den sentrale vurdering hvorvidt kausjonistens ”løpende inntømster” tilsier at han vil være i stand til å betjene kausjonsansvaret på vanlig måte hvis det aktualiseres.⁷⁴

Det foreligger ingen høyesterettspraksis knyttet til forståelsen av ”økonomisk evne” i § 60 (2), men det finnes noe underrettspraksis og uttalelser fra Bankklagenemnda.

Kausjonsforpliktelsen som kausjonisten påtar seg, skal inngå i en helhetsvurdering sammen med kausjonistens øvrige inntekter, aktiva og passiva. Resultatet av denne vurderingen blir avgjørende for om kausjonisten ”alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”. En dom som illustrerer dette er LE-2009-097998.

Daglig leder og styremedlem i et aksjeselskap hadde stillet kausjon overfor en bank på kr 7,5 millioner for selskapets forpliktelser. Kausjonisten gikk til sak mot banken og hevdet blant annet at banken burde frarådet han dette grunnet hans ”økonomiske evne eller andre forhold”. Når det gjaldt kausjonistens privatøkonomiske forhold uttaler lagmannsretten (på side 9):

”Hva angår Topstads privatøkonomiske forhold, legger lagmannsretten til grunn at han da kausjonsavtalen ble inngått overfor banken selv hadde opplyst å ha betydelige inntekter og verdier. Han

⁷⁴ Som hovedregel vil kausjonsansvaret forfalle i sin helhet.

hadde bl.a. en aksjepost på 49 % i Medisinsk Vikarbyrå AS, et selskap som i følge Topstad var verdsatt til 40 millioner kroner, og som hadde et årlig overskudd før skatt på 8 millioner kroner. Topstad mottok i tillegg lønn fra bl.a. CM Nor og han eide flere faste eiendommer og biler. Inntektssituasjonen fremstod således som svært god. Det er ikke omstridt at Topstad ved avtaleinngåelsen samlet sett hadde betydelig lånegjeld og flere kausjonsforpliktelser, totalt ca 18 millioner kroner. Lagmannsretten legger imidlertid til grunn at en betydelig gjeldspost på 7,5 millioner kroner var næringsgjeld som skulle overføres til et annet selskap. Når det gjelder kausjonsforpliktelsene, er dette potensielle fremtidige forpliktelser som ikke uten videre blir reelle og som derfor må inngå i en helhetsvurdering av Topstads økonomi. Etter lagmannsrettens oppfatning fremstod Topstads økonomiske situasjon i desember 2002 som så solid at Nordlandsbanken ikke hadde noen plikt til å fraråde ham å stille kausjonen.”

I BKN-2008-054 kom Bankklagenemnda til at banken hadde frarådningsplikt ovenfor kausjonisten. Klager hadde stillet kausjon for sin mor på kr 532 500, som hadde kjøpt bil. Han hadde selv en gjeld på kr 1 415 000, var 21 år og hadde prøvetid som megler med en årlig fast inntekt på kr 300 000. Når det gjaldt klagers økonomiske evne til å stille kausjon uttalte nemnda:

”Nemnda har ikke vektlagt at klager ble arbeidsledig i ettertid, men at han hadde en ordinær inntekt, var ung og ikke godt etablert i yrkeslivet. På kausjonstidspunktet hadde klager en gjeldsgrad på mellom fire og fem ganger stipulert årlig fast inntekt, og dette anses som en høy gjeldsgrad, spesielt på dette inntektsnivået. Etter nemndas vurdering burde ikke klagers gjeldseksposering økes.”

Det vil normalt ikke foreligge noen frarådningsplikt dersom kausjonisten vil kunne dekke et eventuelt kausjonsansvar gjennom bankinnskudd eller andre likvide midler. Som regel vil man også være utenfor frarådningsplikten dersom man kan anta at kausjonisten greit vil kunne betjene et ordinært lån på størrelse med kausjonsansvaret.⁷⁵

At finansinstitusjonen har betinget seg betryggende sikkerhet for kausjonsansvaret i kausjonistens formuesgoder, for eksempel pant i bolig, hindrer ikke frarådningsplikt dersom kausjonisten innkomster for øvrig tilsier at han eller hun vil måtte selge boligen for å oppfylle et eventuelt kausjonsansvar.⁷⁶ Flere uttalelser fra Bankklagenemnda belyser dette.

⁷⁵ Espen Bergh, Finansavtaleloven - forbrukervern for bankkunder og nye regler i pengekravsretten. LoR 2000, side 336.

⁷⁶ Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt- noen utviklingslinjer, i TtF 2005, side 15.

I BKN-2008-005 hadde en far stillet realkausjon for sønnen sitt aksjeselskap. Når det gjaldt spørsmålet om banken burde frarådet ham å stille kausjon, uttalte nemnda:

”Når det gjelder spørsmålet om C i henhold til fil § 60 (2) skulle ha blitt frarådet å stille realkausjon for selskapets gjeld, så legger nemnda vekt på at klager hadde en lav inntekt. I 2000 hadde han en alminnelig inntekt på kr 100.000,-, mens den i 2003 var økt til kr 122.000,-. Klager hadde gjeld på vel kr 200.000,-. Med en så lav inntekt ville ikke C ha likviditet til i tillegg å betjene et lån på kr 400.000,-. Den omstendighet at det var klagers boligeiendom som ble pantsatt, taler også for at banken skulle ha frarådet inngåelsen av kausjonsavtalen.”

I samme retning gikk BKN-2007-039. Et eldre ektepar hadde utvidet en realkausjon i 2002 fra kr 300 000 til kr 500 000, da sønnen og svigerdatteren foretok en opplåning i banken. Klagerne innfridde ansvaret ved å ta opp et lån på kr 500 000. Klagerne var pensjonister, og ifølge et kredittnotat hadde den ene av klagerne en netto årlig inntekt på kr 70 000. Nemnda uttalte:

”Med en netto årsinntekt på kr 70.000,- vil det klarligvis ikke være mulig å betjene et lån på kr 500.000,-. Det er ikke opplyst hva som er klagernes samlede inntekt. Det fremgår heller ikke av notatet om det ville være kurant for banken å ta dekning i andelen av nevnte øy. Den ble tilsynelatende ikke vurdert som mulig pantobjekt for banken. Slik saken fremstår, burde det ha vært klart for banken at klagerne neppe hadde andre muligheter enn å selge sin bolig hvis kausjonsansvaret skulle bli gjort gjeldende. Vurderingen av eiendommen viser at verdien ikke oversteg lånebeløpet. Etter Bankklagenemndas vurdering burde klagerne på denne bakgrunn ha vært frarådet å øke sine forpliktelser i 2002, jf fil § 60, annet ledd.”

I tilfeller hvor kausjonisten blir tvunget til å selge huset sitt, uten mulighet til å kunne kjøpe ny bolig, vil frarådningsplikten klart inntre. Vilkåret om at kausjonistens løpende inntekster skal kunne betjene ansvaret, vil her ikke være oppfylt.

Grensetilfeller kan være hvor kausjonisten blir nødt til å bytte ut sin bolig med en noe mindre bolig, selge boligen for så å leie, eller for eksempel blir nødt til å selge en hytte. I slike tilfeller vil ikke konsekvensen være like dramatisk, kausjonisten vil tross alt fortsatt ha en plass å bo. Antagelig vil det være å strekke frarådningsplikten for langt om den skulle omfatte slike tilfeller. Kausjonisten skal i alle tilfeller uansett gis

informasjon om den alminnelige risiko som knytter seg til kausjonsansvar, jf § 59 (1) a.⁷⁷

Når det gjelder bruk av oppsparte midler og realisasjon av likvide formuesgoder som aksjer og verdipapirer, vil dette som regel ha mindre inngripende konsekvenser for kausjonisten enn hvis boligen må selges. Men det kan også forekomme tilfeller hvor det får alvorlige konsekvenser, for eksempel der midler er spart opp for å sikre kausjonistens pensjonisttilværelse. Det er også unaturlig å karakterisere bruk og salg av formuesgoder som ”løpende inntekter”, slik dette er forutsatt i forarbeidene.⁷⁸ I de tilfeller hvor kausjonisten forholdsvis lett kan fremskaffe tilstrekkelig likviditet ved å selge slike formuesgoder, kan det likevel være grunn til å fraråde kausjonisten.

3.3.5 Andre forhold

Etter fil § 60 (2) kan også ”andre forhold” tilsi at kausjonisten alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.

En naturlig språklig forståelse av ”andre forhold” tilsier at dette kan være hva som helst, ettersom begrepet spenner vidt. Hva som menes med ”andre forhold” er uttalt i forarbeidene til loven⁷⁹. Her nevnes som eksempel at ”institusjonen i forbindelse med finansiering av kjøp av leilighet oppdager at kunden er i ferd med å betale betydelig over markedspris for leiligheten.” Det ble i denne sammenheng vist til en avgjørelse av fransk høyesterett 24. februar 1993 hvor gjelden til et ektepar ble lempet blant annet fordi långiveren ble antatt å ha hatt kjennskap til misforholdet mellom pantelånet og panteobjektets (boligens) verdi. Både lovens ordlyd og forarbeider åpner dermed for et omfattende frarådningsansvar. Det kan likevel neppe være meningen å pålegge finansinstitusjonene noen omfattende rådgivningsplikt i privatøkonomiske forhold.⁸⁰

⁷⁷ Espen Bergh, Finansavtaleloven – forbrukervern for bankkunder og nye regler i pengekravsretten, i LoR 2000, side 336.

⁷⁸ Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt- noen utviklingslinjer, i TtF 2005, side 15.

⁷⁹ NOU 1994:19 side 55.

⁸⁰ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett 2003, s 167.

Når det gjelder spørsmålet om ”andre forhold” hos kausjonisten tilsier frarådning, må en eventuell frarådningsplikt først og fremst knytte seg til forhold som finansinstitusjonen normalt har bedre forutsetninger for å bedømme enn kausjonisten, og som denne derfor kan forvente at finansinstitusjonen skal ta i betraktning.⁸¹

BKN-2009-10 gir et eksempel på hva som ikke er rimelig å forvente at en bank kan ta i betraktning. Klager var innvilget diverse lån og kreditter i banken i perioden 1994-2001, med til sammen kr 550 000. Klager hevdet at restgjelden måtte slettes, blant annet fordi banken ikke hadde overholdt frarådningsplikten etter § 47. Låntaker led av en spiseforstyrrelse som medførte at store deler av lånebeløpet gikk med til å kjøpe mat, og mente at dette var noe banken burde ha undersøkt nærmere og tatt i betraktning. Nemnda bemerket at det at det ”ikke var holdepunkter i saken for at banken ved bevilgningene hadde full innblikk i klagers helsesituasjon”. Frarådningsplikten hadde blitt strukket for langt hvis man forlangte at banken skulle spørre ut sine kunder om slike private forhold, som kunne ha betydning for betalingsevnen.

Et moment som har blitt vektlagt under vilkåret ”andre forhold”, er om lånet det kausjoneres for er risikoutsatt. I RG.2010.226 (Gulating) uttaler lagmannsretten ”at det under sistnevnte alternativ kan tas hensyn til blant annet hvilken risiko som knytter seg til hovedforpliktelsen, og til hvilke forutsetninger den ankende part selv hadde for å vurdere denne risikoen, og dessuten til muligheten for gevinst dersom investeringen ga forventet avkastning”. I denne saken hadde en eneaksjonær i et aksjeselskap stillet seg som personlig kausjonist for banklån til selskapet. Lånet ble misligholdt og kausjonisten ble krevet. Kausjonisten hevdet så at banken burde frarådet ham kausjonsstillelsen, jf § 60 (2). Lagmannsretten fant at klagedes økonomi utviklet seg slik at det på et tidspunkt kunne være grunn for banken til å fraråde kunden videre låneopptak, men at dette likevel ville være uten betydning for den ankende part beslutning med hensyn til å fortsette engasjementet. Lagmannsretten uttaler (på side 6):

”Utviklingsarbeidet gjaldt et fagfelt hvor den ankende part selv hadde betydelig kompetanse, og lagmannsretten legger til grunn at den ankende part har ment seg i stand til å vurdere både risikoen ved å

⁸¹ Jf. LE-2009-097998 side 9.

investere i virksomheten, og den risiko som kausjonsansvaret ville medføre for hans personlige økonomi.”

Tilsvarende synspunkter uttales i LE.2009.097998. Her ble et aksjeselskap, og personlig kausjonist, etter et debitorskifte gjort ansvarlig etter henholdsvis en låneavtale og kausjonsavtale. Kausjonisten gjorde gjeldende blant annet at han burde blitt frarådet, og anførte både ”økonomisk evne” og ”andre forhold”. Lagmannsretten uttaler (på side 9):

”Når det gjelder spørsmålet om "andre forhold" hos kausjonisten tilsier fraråding, har Topstad vist til den betydelige risiko som var knyttet til kausjonen. Lagmannsretten legger til grunn at omfanget av bankenes frarådingsplikt på dette grunnlag er begrenset, og at det ikke har vært meningen å pålegge finansinstitusjonene noen omfattende rådgivningsplikt, jf. bl.a. Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 167. En eventuell frarådingsplikt må først og fremst knytte seg til forhold som finansinstitusjonen normalt har bedre forutsetninger for å vurdere enn kausjonisten, og som denne derfor kan forvente at institusjonen skal ta i betraktning. Som nevnt hadde Topstad i egenskap av daglig leder og styremedlem bedre innsikt i risikoen i CM Nor enn Nordlandsbanken. Etter lagmannsrettens syn er det da ikke grunnlag for å oppstille noen frarådingsplikt for banken.”

I samme retning går RG 2009.1162 (Borgarting). Fire gründere til et selskap stilte solidarisk forbrukerkausjon overfor banken for bankens lån og garantier til selskapet. En av kausjonistene mente han var ubundet av kausjonsavtalen og hevdet at banken hadde brutt opplysningsplikten i fil § 59 og frarådningensplikten i fil § 60. Han fikk ikke medhold og ble ansett bundet av kausjonsavtalen. Når det gjaldt frarådningensplikten uttalte lagmannsretten (på side 11):

”Lagmannsretten understreker at utgangspunktet er at en kausjonsforpliktelse alltid innebærer en risiko for kausjonisten, som selv plikter å vurdere sin egen betalingsevne og foreta egne undersøkelser av forhold som er av betydning for kausjonsansvaret.

Det er på det rene at banken ikke rådet Tollefsen til ikke å inngå kausjonen. Men etter lagmannsrettens syn hadde banken heller ikke plikt til det. Tollefsen hadde en erfaring og kyndighet som gjorde ham fullt ut i stand til selv å vurdere risikoen ved kausjonsansvaret, og det banken visste eller kunne skaffe til veie av opplysninger om hans økonomi, utløste etter lagmannsrettens syn ikke noen frarådningensplikt.”

Felles for alle tre sakene er at det dreier seg om kausjonister som kausjonerer for selskap som de selv har en sentral rolle i. De har som regel større innsikt i selskapets

forhold enn hva banken har. Selv om de kausjonerer for risikoutsatte prosjekter, har de bedre forutsetninger til å vurdere dette enn banken. I saker hvor kausjonisten ikke har like nær tilknytning til selskapet det kausjoneres for, har det forhold at lånet har vært risikoutsatt vært avgjørende for at frarådningsplikten har blitt ansett brutt.

Bankklagenemnda har behandlet flere saker om dette.

I BKN-2004-71 stilte klager i februar 2002 sin leilighet i pant for kr 1 150 000 i forbindelse med en endring i et restaurantselskap, som hadde gått med underskudd i 2001 og 2002. Nemnda kom til at banken burde ha frarådet klager å stille sikkerheten, jf § 60 (2). Nemnda uttaler (på side 3):

”Det er opplyst i saken at selskapet gikk med et underskudd på kr 557.785,- i 2000, noe banken var kjent med. Banken var også kjent med at det periodiske regnskapet for 1. januar - 31. oktober 2001 viste et underskudd på kr 229.579,-. Selskapets egenkapital var tapt. Banken har selv opplyst at klager ikke ble informert om disse tallene fra bankens side. Banken må ha ansett at klager garanterte for et spesielt risikoutsatt prosjekt, selv om selskapets styre i årsberetningen for 2000 uttrykte optimisme.

Nemnda legger også vekt på at klager i henhold til forutsetningene skulle gå inn med 30 % eierandel i restaurantvirksomheten, en omstendighet som for øvrig ikke var avklart da han underskrev som kausjonist, og som heller ikke ble gjennomført. Eierandelen var således forholdsmessig betydelig mindre enn den gjelden han garanterte for. Banken friga flere foreliggende sikkerheter i forbindelse med at klager garanterte for ca halvparten av selskapets risikoutsatte engasjement. Klager har dermed overtatt en svært risikoutsatt posisjon. Banken kan heller ikke ses å ha foretatt en nærmere vurdering av konsekvensen for klagers økonomiske situasjon under forutsetning av at han skulle bli krevet under kausjonen. Disse omstendigheter må samlet sett føre til at det må sies å foreligge « andre forhold » på kausjonistens side etter fil § 60 (2) som tilsier at han alvorlig burde ha overveiet å avstå fra å stille kausjon. Banken skulle derfor ha underrettet klager skriftlig om dette.”

I tilsvarende retning uttrykker nemnda seg i BKN-2004-72. En mor hadde stilt realkausjon pålydende kr 570 000,- i sin leilighet til sikkerhet for et av sine barns lån i banken til studiefinansiering. Nemnda uttaler (på side 3):

”Slik den foreliggende sak fremstår legger Bankklagenemnda til grunn at hoveddebitor øyensynlig ikke har vært i stand til å betjene sine låneforhold i banken. Banken har i hvert fall ikke dokumentert at hoveddebitor har overholdt sine forpliktelser for perioden før 2000. Den omstendighet at lånet er refinansiert tre ganger etter at hoveddebitor ble bevilget et lån på kr 230.000,- i november 1998 må - i

mangel av noe bevis fra banken - godtgjøre betalingsproblemer på hoveddebitors side. Lånet fremstår på denne bakgrunn som risikoutsatt. Det bemerkes for øvrig at hoveddebitor synes å ha hatt vanskeligheter med arbeid, og at han nå har tatt opphold på Taiwan.

Klager har som pensjonist en relativt lav inntekt. Hennes formue består etter det opplyste i det vesentlige av den pantsatte borettslagsleiligheten, som på kausjonstidspunktet skal ha hatt en verdi på ca kr 700.000,-. Banken kan ikke ses å ha foretatt en nærmere vurdering av konsekvensene for klagers økonomiske situasjon under forutsetning av at hun skulle bli krevet under kausjonen, som på bakgrunn av det ovenstående må karakteriseres som risikoutsatt. Disse omstendigheter må samlet sett føre til at det må sies å foreligge « andre forhold » på kausjonistens side etter fil § 60 (2) som alvorlig tilsier at hun burde ha overveiet å avstå fra å stille kausjon. Banken skulle derfor ha underrettet klager skriftlig om dette.”

I tillegg til at det var tale om et ”risikoutsatt prosjekt” i de to nemndsuttalelsene, la nemnda også vekt på andre forhold. I BKN-2004-71 la nemnda vekt på at banken hadde frigitt flere sikkerheter når kausjonisten kausjonerte, og at banken ikke hadde foretatt en nærmere vurdering av konsekvensene av klagers økonomiske situasjon under forutsetning av at han skulle bli avkrevet. I BKN-2004-72 la nemnda vekt på at kausjonisten var pensjonist med lav inntekt, og at formuen hovedsakelig var knyttet til leiligheten. Nemnda har således foretatt en kumulasjon av forhold både på kausjonistens og hoveddebitors side, og funnet brudd på frarådningsplikten. Ved også å innta forhold på hoveddebitors side, kan det sies at nemnda har stillet seg nokså fritt til ordlyden i § 60 (2).⁸² Lagmannsretten gjør det samme i de tre sakene jeg har omtalt ovenfor, retten vektlegger hvilken risiko som knytter seg til hovedforpliktelsen når retten vurderer ”andre forhold” på kausjonistens side. Dette er en utvidende tolkning i forhold til lovens ordlyd og forarbeider, og en tolkning som er i tråd med hensynene bak frarådningsplikten. Hvis det er forhold både på låntakers og kausjonistens side, som til sammen gir grunnlag for at kausjonisten ”alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”, har kausjonisten et like stort behov for frarådning enn hvis det bare var forhold på hans egen side som tilsa det.

Kausjonistens mentale stilling er trukket fram av nemnda som ”andre forhold” som kan gi grunnlag for frarådningsplikt, jf BKN-2004-66. En person hadde stillet realkausjon i egen bolig til sikkerhet for en fetters lån. Nemnda la ut fra opplysningene i saken til

⁸²Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt- noen utviklingslinjer, i Tff 2005, side 15.

grunn at klager måtte sies å være lettere/moderat mentalt retardert, og at dette måtte ha vært synbart for banken. Nemnda uttalte at saksforholdet aktualiserte spørsmålet om banken hadde en frarådningsplikt overfor kausjonisten, jf § 60 (2). Dette er et eksempel på at også personlige forhold ved kausjonisten kan vektlegges, såfremt de er synbare.

Kausjonistens interesse i det forhold det kausjoneres for, kan også være et moment. Hvis kausjonisten kausjonerer for å redde egne verdier, er dette et moment som taler for at det ikke foreligger frarådningsplikt. Dette var tilfellet i BKN-2004-164. Klagerne hadde stillet pant i sin privatbolig for kr 3 450 000 til sikkerhet for deres eget selskaps engasjementer i innklagede finansieringsselskap. Nemnda uttalte i forhold til frarådningsplikten, (på side 6):

”Etter nemndas vurdering er det ikke holdepunkter i saken for at klagernes økonomiske situasjon eller andre omstendigheter indikerte at kausjonsstillelsen skulle ha vært frarådd. Tvert imot må nemnda legge til grunn at refinansieringen med tilhørende pantsettelse, som blant annet innebar en engasjementsutvidelse for at forfalt leverandørgjeld på ca kr 900.000,- kunne gjøres opp, fremsto som en veloverveid redningsoperasjon for selskapene, som klagerne var eiere av, og også for klagerne. Klagernes inntekter kom fra hotelldriften, og deres økonomiske situasjon var etter det som er opplyst i saken, sterkt avhengig av disse selskapene. Nemnda må anta at refinansieringen gjorde det mulig å sikre klagernes inntektsgrunnlag og deres formuesverdier.”

3.3.6 På hvilket tidspunkt inntreffer frarådningsplikten?

Etter § 60 (2) inntreffer frarådningsplikten ”før kausjonsavtalen inngås med forbruker”. Hvis kausjonisten først frarådes etter avtaleinngåelse, er frarådningsplikten ikke overholdt.

Det som er interessant i denne sammenhengen er at tidspunktet for frarådningsplikten inntreden avviker fra det som gjelder etter §§ 47 og 60 (1). Etter disse bestemmelsene blir skjæringstidspunktet utvidet til også å gjelde før kreditten utbetales. Dette innebærer at dersom kredittgiver etter inngåelsen av kredittavtalen, men før kreditten utbetales, får opplysninger som innebærer at det må antas at økonomisk evne eller andre forhold tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å oppta kreditten, skal

kredittkunden varsles og således ha mulighet til å avstå fra å ta opp kreditten.⁸³ Årsaken til at grensen i § 60 (2) avviker fra dette er ikke kommentert i forarbeidene. I forarbeidene blir det uttalt at de samme argumenter og hensyn som taler for at en långiver har frarådningsplikt ovenfor låntaker, også gjør seg gjeldende i forholdet mellom långiveren og kausjonisten.⁸⁴ På bakgrunn av dette skulle man tro at samme tidsgrense hadde vært rimelig.

Konsekvensen av dette blir et dårligere vern for kausjonisten etter § 60 (2). Hvis kausjonsavtalen og kredittavtalen inngås samtidig, vil forhold som inntre før ubetaling, bare ha betydning for frarådningsplikten ovenfor den som tar opp kreditt, og ikke kausjonisten. Finansinstitusjonen kan ikke holdes ansvarlig for opplysninger av betydning som først blir kjent etter skjæringstidspunktet og som ikke var en del av vurderingsgrunnlaget, og etter § 60 (2) er dette tidligere enn §§ 47 og 60 (1). Kredittkunden etter § 47 og kausjonist etter § 60 (1) vil således kunne ha mulighet til å gå fra avtalen i tiden mellom avtaleinngåelse og utbetaling, men ikke kausjonist etter § 60 (2).

3.3.7 Formkrav

Etter § 60 (2) skal kredittgiver underrette kausjonisten skriftlig dersom han alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon. Underrettingen skal så vidt mulig også gis muntlig. Kravet til skriftlighet omfatter også elektronisk kommunikasjon, dersom kunden ønsker det, jf § 8.⁸⁵ Ved at underrettingen både skjer skriftlig og muntlig, styrkes effekten. Hvis kausjonisten på tross av frarådningsplikten likevel velger å stille kausjon, skal han ved signatur bekrefte at han er kjent med at kredittgiveren skriftlig og muntlig har frarådet ham å stille kausjon. Konsekvensen av dette er at kausjonen er gyldig fullt ut, det blir ikke spørsmål om lemping. Frarådningsplikten innebærer således ikke noe forbud mot å inngå en kausjonsavtale, jf NOU 1994:19 side 54:

⁸³ Se NOU 1994: 19, side 55.

⁸⁴ Se NOU 1994: 19, side 57. Se Innst. O. nr. 84 (1998-99) side 22.

⁸⁵ Selve kausjonsavtalen kan ikke inngås ved hjelp av et elektronisk medium. Fil § 8 (2) gjelder ikke, jf § 61 (1).

”Når låntakeren er advart mot motforestillingene, vil begge parter være klar over den betydelige risiko for mislighold som foreligger. Det behøver ikke være noe betenkelig i det, for eksempel dersom en far kausjonerer for lån til sin sønn, og alle involverte er klar over at det er sannsynlig at det er faren som til syvende og sist må tre støttende til”

I de tilfeller hvor forbrukeren stiller kausjon på tross av frarådningsplikten vil imidlertid avtalerettslige ugyldighetsregler kunne få anvendelse, slik at kausjonsavtalen kjennes ugyldig eller kan lempes, jf avtaleloven § 36. Det kan oppstå situasjoner hvor den pliktige ikke bare kan nøye seg med å fraråde avtaleinngåelsen, men også må avstå fra å inngå avtalen selv om den annen part fortsatt ønsker å kontrahere etter å ha mottatt rådet.⁸⁶

I en nylig avsagt dom fra Danmark, U.2010.1628H, ble en kausjonsavtale delvis lempet etter avtalelovens § 36. Danmark har ikke tilsvarende regler om frarådningsplikt som Norge. Men de to landene har nesten liklydende avtalelover. Dette er et resultat av at det er nedsatt inter- nordiske sakkyndige utvalg som har fått i oppdrag å utarbeide utkast til mest mulig ensartede regler på ulike rettsområder. Den danske dommen vil således ha relevans i forhold til avtaleloven § 36 etter norsk rett. I den aktuelle saken hadde to foreldre stillet kausjon for sønnens næringsgjeld til en bank. Kausjonen var på DKK 750 000. Foreldrene tok selv initiativ til å hjelpe sønnen og de fikk hjelp av advokat når de inngikk avtalen. Foreldrene hadde inngående kjennskap til sønnens økonomi og banken veiledet foreldrene om risikoen for at kausjonen kunne bli gjort gjeldende, da banken anså engasjementet med sønnen for risikobetonet. På tross av dette kom Højesteret til at det ville være urimelig å gjøre ansvaret gjeldende fullt ut og lempet ansvaret til DKK 350 000. Grunnen til dette var ”misforholdet” mellom kausjonsforpliktelsen og kausjonistenes beskjedne økonomi. Højesteret uttaler blant annet: ”Deres aktuelle og fremtidige økonomiske formåen indebar, at der ikke var nogen realistisk udsigt til, at de ville kunne komme i nærheden af at kunne opfylde en kautionsforpligtelse på 750.000 kr.”

Dette var således en slik situasjon hvor det ikke var tilstrekkelig at banken bare hadde veiledet om den aktuelle risiko, men de skulle også ha avstått fra å inngå den aktuelle avtalen.

Kravet om skriftlig frarådningsplikt vil sikre notoritet og bevis for om det er frarådet, og i hvilken grad det er frarådet. Underskrift av kausjonsavtalen kan for kausjonisten

⁸⁶ Rune Sæbø, En dom om frarådningsplikt, om Rt.1959.1048, i Avtalslagen 90 år, Stockholm 2005. side 329-334.

representere et skille mellom forhandling og avtale, og vil kunne skjerpe kausjonistenes bevissthet når det gjelder alvoret i den forpliktelse kausjonisten påtar seg.⁸⁷

Før gjennomføringen av det siste forbrukerkredittdirektivet i norsk rett, var det bare krav om skriftlig frarådning.⁸⁸ Det kan være tvil om hvilket utbytte forbrukere vil ha av et standard informasjonsskriv/ frarådningsskriv. De som trenger mest veiledning, er også erfaringsmessig minst tilbøyelige til å sette seg inn i skriftlig materiale. En annen betenkelig side ved denne type regler er at når skriftlig informasjon er gitt, anses finansinstitusjonen for å ha gjort sitt.⁸⁹ Etter 11. juni 2010 er det således et krav om både skriftlig og muntlig frarådning.

I formuleringen ”underrettingen skal så vidt mulig også gis muntlig” ligger det en reservasjon som bare kommer til anvendelse unntaksvis hvor kredittgiver til tross for formålstjenlige forsøk ikke får muntlig kontakt med forbrukeren, og hvor avtaleinngåelsen etter forholdene ikke bør utsettes til muntlig kontakt er oppnådd. Det uttales i forarbeidene at endringene er begrunnet i et ønske om å gjøre frarådningssplikten mer effektiv. Et krav om skriftlig og muntlig underretting, samt skriftlig bekreftelse fra kausjonisten hvis han likevel vil stille kausjon, vil bidra til å forhindre at kausjonisten overser eller unnlater å tillegge frarådningen den vekt han bør tillegge den. Kredittkjøpslovutvalget antar at en kombinasjon av muntlig og skriftlig frarådning og skriftlig bekreftelse er godt egnet til å tydeliggjøre at kausjonsstillelsen skjer på egen risiko.⁹⁰

Etter forarbeidene vil unnlatt oppfyllelse av frarådningssplikten foreligge dersom institusjonen overhodet ikke har advart, men også etter omstendighetene dersom institusjonen har frarådet, men på en altfor vag måte i forhold til hva forholdene burde

⁸⁷ NOU 1994:19 side 180.

⁸⁸ Forbrukerkredittdirektivet (2008/48/EF) er innført i Norge fra 11. juni 2010.

⁸⁹ Jf Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett 2003, side 165.

⁹⁰ Jf NOU 2009: 11 side 156 & Ot.prp. nr. 65 (2009-10) side 91.

ha tilsagt.⁹¹ Forhold som kan ha betydning her er kausjonistens alder, sinnsstemning, profesjonalitet, nærhet til låntaker og lignende forhold.

På bakgrunn av overnevnte forarbeider og hensyn bak frarådningsplikten, kan det konkluderes med at kredittgiver må underrette kausjonisten muntlig og skriftlig på en klar og tydelig måte. Formålet med frarådningsbestemmelsen er at kausjonisten skal bli konkret frarådet på en slik måte at vedkommende gis en reell mulighet til å vurdere om kausjonen bør stilles.

3.4 Frarådning ovenfor hoveddebitor - opplysningsplikt ovenfor kausjonisten

3.4.1 Oversikt

Det følger av fil § 60 (1) at:

”Dersom kredittgiveren frarår en forbruker å oppta kreditten, jf. § 47, skal kredittgiveren før kausjonsavtalen inngås eller kreditten utbetales underrette kausjonisten om dette skriftlig. Forsømmer kredittgiveren dette, kan kausjonistens ansvar nedsettes for så vidt lemping finnes rimelig. Det samme gjelder dersom kredittgiveren burde ha frarådet forbrukeren å oppta kreditten.”

Bestemmelsen oppstiller en opplysningsplikt ovenfor kausjonisten. Etter første ledd er det dermed ikke kausjonistens egen økonomi som er det sentrale, men den økonomiske evne til forbrukeren som opptar kreditt. § 60 (1) er avledet av forholdet mellom kredittkunde og kredittgiver, jf § 47.

Når det foreligger en plikt til å fraråde forbruker etter § 47, må behovet for å varsle kausjonisten om dette anses påtrengende. Forarbeidene uttaler i denne sammenheng:

”Dersom det er aktuelt å påta seg kausjonsansvar i en slik situasjon, må det være et minimumskrav at kausjonisten er fullt orientert om situasjonen før en eventuell kausjonsavtale inngås. Institusjonen bør

⁹¹ NOU 1994:19 side 56.

derfor i slike tilfeller ha uttrykkelig plikt til å formidle sin kunnskap om låntakerens stilling til kausjonisten.”⁹²

Til forskjell fra § 60 (2) skiller ikke 60 (1) mellom næringsdrivende kausjonister og forbrukerkausjonister. Opplysningsplikten vil derfor i utgangspunktet også gjelde ovenfor næringsdrivende kausjonister, men bestemmelsen kan fravikes ovenfor næringsdrivende, jf § 2 (1).

§ 60 (1) gjelder videre bare i de tilfeller hvor det er en forbruker som er frarådet etter § 47. Dersom det er kausjonert for næringsgjeld, vil bestemmelsen ikke komme til anvendelse.⁹³

Virkingen av at kredittgiver forsømmer opplysningsplikten, er at ansvaret kan lempes.⁹⁴

3.4.2 Forholdet mellom opplysningsplikten etter § 60 (1) og § 59 (1) bokstav h
Før lovfestingen av fils regler om kausjon, var hovedregelen at kausjonisten selv hadde risikoen for egne forutsetninger og selv var pliktig til å foreta undersøkelser omkring den risikoen kausjonsstillelsen medførte. Kredittgiver hadde ingen generell informasjonsplikt ovenfor kausjonister i etableringsfasen av forholdet. Dette utgangspunktet er blitt modifisert gjennom praksis knyttet til forutsetningslæren, avtaleloven §§ 33 og 36, prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold⁹⁵ og til slutt lovfestingen av opplysningsplikt i fil § 59.

I § 59 (1) bokstav a-g er det oppstillet spesifikke forhold som finansinstitusjonen skal opplyse kausjonisten om, deriblant bokstav ”g” som sier at kausjonisten skal opplyses om kausjonen skal omfatte eldre gjeld og i tilfelle om gjelden er misligholdt. I slike tilfeller er risikoen for at kausjonsansvaret skal inntre påtrengende.

⁹² Se Ot. prp. nr 41(1998-99) side 71, Norsk Lovkommentar, Finansavtaleloven note 327.

⁹³ Jf. Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt – noen utviklingslinjer, i TFF 2005 side 17, og BKN-2004-164.

⁹⁴ Se kapittel 4, nedenfor.

⁹⁵ Ot.prp. nr 41(1998-99), side 67.

I § 59 (1) bokstav h oppstilles det en redelighetsstandard. Her sies det at kausjonisten skal opplyses ”om andre forhold som kausjonisten i samsvar med redelighet og god tro har krav på å bli opplyst om.” Det er bokstav h som er interessant i forhold til opplysningsplikten etter § 60 (1).

Formuleringen i § 59 (1) bokstav h tilsier at dette er en samlebestemmelse som kan hjemle opplysningsplikt i en rekke tilfeller. Forarbeidene angir en rekke eksempler på tilfeller som kan tilsi en opplysningsplikt:⁹⁶

”vesentlig risiko for at låneavtalen vil bli misligholdt, vesentlig mislighold av andre engasjementer låntakeren har med långiveren eller andre kredittinstitusjoner, vesentlige betalingsanmerkninger fra kredittopplysningsforetak, långiveren har kjennskap til at låntakeren er bedrager, låntakeren har lidd store tap, eller at låntakeren er involvert i særlig risikofylte prosjekter som representerer en trussel mot låntakerens økonomi.”

Av eksemplene som forarbeidene nevner, ser man at opplysningsplikten etter § 59 (1) bokstav h og § 60 (1) kan anvendes på samme forhold.

I forarbeidene til § 60 (1) blir det påpekt både av Banklovkommisjonen og departementet at en plikt til underretting i § 60 (1)- tilfellene også må anses å følge av regelen i § 59 (1) bokstav h. Grunnen til at det ble foreslått en egen bestemmelse om dette i § 60 (1), var ifølge forarbeidene å skape større klarhet, samt å gi en bestemmelse som uttrykkelig regulerer virkningene av at institusjonen ikke har overholdt sin opplysningsplikt.⁹⁷

De to bestemmelsene er likevel ikke helt like, og en sentral forskjell er rettsvirkningene ved overtredelse. Opplysningsreglene i § 59 (1) bokstav g og h har en nær sammenheng med ugyldighetsregelen i avtaleloven § 33. Fil § 59 (1) bokstav h er en ren omskrivning av læren om opplysningsplikt slik den har vært forankret i § 33.⁹⁸ Konsekvensen av

⁹⁶ NOU 1994: 19, side 179.

⁹⁷ Se Ot. prp. nr 41 (1998-99) side 72.

⁹⁸ Jf Viggo Hagstrøm, Kausjonsretten i forandring, i JV 2003, nr 1, side 58.

dette er at en overtredelse normalt vil føre til at kausjonen kjennes ugyldig. På en annen side er sanksjonen etter § 60 (1) at kausjonistens ansvar kan lempes så langt det finnes rimelig. I de fleste tilfeller når det er tale om overtredelse av § 60 (1), vil det også foreligge en opplysningsplikt etter § 59 (1) bokstav h. På denne måten er det vanskelig å se den selvstendige betydningen av § 60 (1), kausjonen vil jo kjennes ugyldig etter § 59.

4 Rettsvirkninger ved overtredelse av frarådningsplikten

4.1 Innledning

Det fremkommer av fil § 60 (2) siste punktum at ”første ledd annet punktum gjelder tilsvarende”. I § 60 (1) annet punktum sies det at hvis kredittgiveren forsømmer frarådningsplikten, ”kan kausjonistens ansvar nedsettes for så vidt lemping finnes rimelig”. Formålet bak regelen om lempning er ifølge forarbeidene å sanksjonere og dermed effektivisere den forebyggende frarådningsplikten, samt å berge skyldneren ut av sine betalingsproblemer.⁹⁹

Bestemmelsen legger i utgangspunktet opp til et objektivt ansvar ved overtredelse, men siden lempingen skal skje etter en rimelighetsvurdering, vil kredittgivers subjektive forhold også ha betydning. Bestemmelsen legger opp til en vid lempingsadgang med flere lempingsalternativer. Jeg vil i dette kapitlet først ta for meg kravet om årsakssammenheng, så rimelighetsvurderingen i spørsmålet om lemping, deretter omfanget av lempingen.

4.2 Krav om årsakssammenheng

Utgangspunktet for lempingen er at frarådningsplikten ikke er overholdt, og at det har inntrådt betalingsproblemer hos kausjonisten. Det fremkommer av forarbeidene at for at lemping skal kunne skje på grunn av manglende økonomisk evne bør det likevel kreves tilstrekkelig sammenheng mellom institusjonens manglende frarådning og de inntrådte betalingsproblemer.¹⁰⁰

Ved spørsmålet om tilstrekkelig årsakssammenheng foreligger, må det foretas en vurdering av hvor stor sannsynligheten var for at låntakeren ville tatt hensyn til en eventuell frarådning dersom denne hadde vært lovmessig utført. Det må her tas hensyn

⁹⁹ NOU 1994: 19, side 56.

¹⁰⁰ NOU 1994: 19, side 56.

til kundens personlige forutsetninger og omstendigheter rundt kausjonsavtalen. Det blir en sammenligning mellom hva som har skjedd og et hypotetisk hendelsesforløp.¹⁰¹ Kravet om årsakssammenheng betyr at banken går fri selv om den har brutt frarådningsplikten, hvis det er på det rene at kausjonisten hadde kausjonert uansett.

I tråd med formålet bak frarådningsplikten bør man ikke stille for høye krav til sannsynliggjøring av ”tilstrekkelig årsakssammenheng” for at manglende frarådning har hatt betydning. Dette ble bemerket av mindretallet i BKN-2003-108. Saken omhandlet en låntaker, men det har overføringsverdi til en kausjonist. For høye krav til sannsynliggjøring vil innebære at bevisbyrden legges på den svake part i avtaleforholdet, noe som er i strid med bestemmelsens formål. Det er finansinstitusjonen som skal ha bevisbyrden for et slikt hypotetisk hendelsesforløp, jf. blant annet Rt.1984.466, Rt.1996.1718, Rt.2000.679 og BKN-2002-101.

Blant annet to saker fra lagmannsrettene belyser kravet til årsakssammenheng, og hvordan dette vurderes.

I RG.2009.1162 (Borgarting lagmannsrett), var det spørsmål om det forelå tilstrekkelig årsakssammenheng ved brudd på §§ 59 og 60 (2).¹⁰² I denne sammenheng uttalte lagmannsretten:

”At Tollefsen (og de andre gründerne) i januar 2006 og utover hele våren hadde stor tro på selskapet og var oppsatt på at det skulle lykkes, er bekreftet av de involvertes forklaringer i retten, også av Tollefsen selv. Etter lagmannsrettens syn var det tale om fullt realistiske planer, ikke bare et rent luftslott. Hvorfor Easytel likevel til slutt ikke lyktes, trenger lagmannsretten ikke gå nærmere inn på. I denne sammenheng er det tilstrekkelig å slå fast at lagmannsretten ikke har funnet holdepunkter for at Tollefsen ville avstått fra å kausjonere selv om han hadde fulle opplysninger om Bolstads økonomiske stilling. Dersom Tollefsen ikke hadde kausjonert, ville det vært et signal til banken om at en av deltakerne ikke trodde på prosjektet, og finansiering ville ikke blitt gitt. Finansiering på annen måte enn gjennom banken var ikke realistisk. Lagmannsretten holder det for helt usannsynlig at opplysninger om Bolstads økonomi under

¹⁰¹ Jf Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt- noen utviklingslinjer, i TFF 2005, side 12.

¹⁰² Avgjørelsen er også omtalt i punkt 3.3.5.

disse omstendighetene ville ledet Tollefsen til å avbryte prosjektet våren 2006. Etter dette er kravet til årsakssammenheng/kausaltitet ikke oppfylt.”

I samme retning går RG.2010.226 (Gulating). Eneaksjonær i et aksjeselskap hadde stillet seg som personlig kausjonist for banklån til selskapet. Det oppstod blant annet krav om lemping av kausjonsansvaret. Også her var det tale om en kausjonist som kausjonerte for et selskap han hadde stor tro på, hvor han var overbevist om at innsatsen ville gi de ønskede resultater, og hadde forventning om en større utbetaling fra selskapet. Lagmannsretten uttalte:

”På denne bakgrunn finner lagmannsretten det lite sannsynlig at den ankende part ville ha avstått fra å ta den risikoen som var påkrevd for komme videre med virksomheten, selv om ankemotparten hadde tatt særskilt opp med ham spørsmålet om forsvarligheten av fortsatt engasjement. Som nevnt kan kausjonsansvar nedsettes etter § 60 annet ledd for så vidt lemping finnes rimelig. Etter ovenstående finner lagmannsretten ikke at det er årsakssammenheng mellom en eventuell manglende fraråding fra ankemotpartens side og etablering og reetablering av kausjonsansvaret.”

Særlig i de tilfeller hvor det er aksjonærer som kausjonerer for selskap de selv har en sentral rolle i, vil ofte årsakssammenhengen mangle. Kausjonistene har som regel tro og forventninger om at selskapet vil gjøre det bra. Hvis de da selv ikke vil kausjonere for selskapets lån, vil det ofte være et signal til banken om at de ikke har tro på prosjektet, og dermed vil finansieringen kunne stå i fare, jf lagmannsrettens bemerkninger i RG.2009.1162.

4.3 Rimelighetsvurderingen

Etter ordlyden i § 60 (1) annet punktum, jf § 60 (2) siste punktum, kan ”kausjonistens ansvar nedsettes for så vidt finnes rimelig”. Ordlyden er således vid, og legger opp til en skjønnsmessig vurdering. Følgene av dette er at hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret, slik at for eksempel manglende fraråding i noen tilfeller ikke får rettsvirkning overhodet. Etter forarbeidene er formålet med utformingen av bestemmelsen å gi spillerom for å kunne finne passende reaksjoner i det enkelte tilfellet.¹⁰³

¹⁰³ NOU 1994:19 side 56.

Spørsmålet i forhold til rimelighetsvurderingen er hvilke momenter som kan vektlegges i vurderingen for å fastslå om ansvaret skal lempes. Forarbeidene gir noen retningslinjer for hva som kan vektlegges.¹⁰⁴

I rimelighetsvurderingen vil en rekke omstendigheter være relevante. Blant annet vil det kunne legges vekt på hvor grov overtredelsen av frarådningsplikten var. Det kan forekomme tilfeller hvor frarådning mangler totalt, og tilfeller hvor frarådningsplikten har funnet sted, men på en for vag og upresis måte. Institusjonens opptreden i forkant av avtaleinngåelsen vil også være relevant å ta i betraktning, for eksempel at finansinstitusjonen har vært pågående, hatt mangelfull saksbehandling, svak kredittvurdering osv. Dette kan tale for at ansvaret bør lempes.

Kausjonistens egen opptreden og aktsomhet vil være en viktig faktor ved vurderingen om av om det er rimelig å lempe forpliktelsene.¹⁰⁵ Dersom kausjonisten selv må ha forstått at han ikke ville makte å betjene kausjonsansvaret, bør dette i totalvurderingen redusere betydningen av kredittgivers forsømmelse. Kausjonistens kunnskapsnivå om økonomiske forhold vil være viktig i aktsomhetsvurderingen. Hvis kausjonisten bevisst har gitt uriktige opplysninger til institusjonen om egne økonomiske forhold og dette har gitt institusjonen et galt inntrykk av kausjonistens evne, vil lemping være utelukket.¹⁰⁶

Bankklagenemndas praksis viser at spørsmålet om lemping beror på en konkret og sammensatt vurdering, jf blant annet BKN-2010-085, BKN-2008-054, BKN-2007-017, BKN-2006-114, BKN-2004-66 og BKN-2003-136. Nemnda har blant annet lagt vekt på kredittytters manglende kredittvurdering og kredittytters brudd på opplysningsplikten og frarådningsplikten etter §§ 60 (1) (2). Dels er det blitt lagt vekt på klagers alder, mentale stilling og det aktuelle låneengasjementets karakter. Videre har det blitt lagt vekt på klagers totale gjeldsbelastning og om klager står i fare for å miste sitt hjem. Praksis

¹⁰⁴ NOU 1994: side 56. Retningslinjene gjelder for lempingen ovenfor låntaker, men argumentene har relevans også overfor kausjonisten.

¹⁰⁵ Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt- noen utviklingslinjer, i TtF 2005, side 12.

¹⁰⁶ NOU 1994:19 side 56.

viser også at i de tilfeller hvor klager selv har tatt en risiko, og har vært klar over eller burde vært klar over kausjonistansvarets risiko, vil det ha sentral betydning.

Noen av uttalelser nevnt ovenfor som viser hvordan nemnda vurderer spørsmålet om lemping er:

I BKN-2003-136 var klagers egen økonomi ikke vurdert av banken. Klager hadde imidlertid stillet sikkerhet for lånet i en eiendom hun ikke bodde i. Hun kunne dermed innfri forpliktelsen ved å realisere verdier uten å måtte skifte bopel, og var således ikke henvist til eventuelt å betjene gjelden ved egen inntekt. Klager hadde også hatt en egeninteresse i at sønnens huskjøp skulle gå i orden. På tross av bankens unnløstelse av å foreta en kredittvurdering, var det ikke rimelig at ansvaret skulle lempes.

I BKN-2006-114 hadde klager stillet realkausjon på til sammen kr 505 000 til sikkerhet for sin svigerinnes gjeld. Nemnda kom til at banken burde ha frarådet kausjonsstillelsen. Nemnda la vekt på at klager var nesten 62 år da realkausjonen ble avgitt, at han hadde vært 100 % arbeidsufør siden 2001, at han hadde lav inntekt og at risikoen var stor for at han måtte selge boligen sin hvis kausjonsansvaret ble gjort gjeldende. På den annen side antok nemnda at klager måtte ha kjent til svigerinnens svake økonomi og at realkausjonen skulle sikre eldre gjeld. Etter en konkret helhetsvurdering lempet nemnda realkausjonen med 50 %.

I BKN-2010-085 hadde klager stilt realkausjon i sin eiendom på kr 600 000 for et lån som ble tatt opp av sønnens daværende samboer. Nemnda kom til at banken ut fra klagers økonomiske situasjon burde ha frarådet henne å stille kausjon, jf § 60 (2). Ved spørsmålet om lemping la nemnda vekt på at klager hadde en gjeldsbelastning på nærmere ti ganger sin inntekt det året hun kausjonerte, og at økonomien hennes fortsatt var stram i de etterfølgende år. Nemnda fant på dette grunnlag av det ville være rimelig å lempe kausjonsansvaret i sin helhet.

4.4 Omfanget av lempingen

Dersom det er rimelig, skal kausjonistens ansvar lempes. § 60 (2) sier ikke noe om hvor mye som kan lempes.

Etter forarbeidene til fil § 47 vil lempingen kunne skje på flere måter. For eksempel ved at fordringen bortfaller i sin helhet eller reduseres, at renten reduseres eller bortfaller, at nedbetalingstiden forlenges eller ved at flere slike lempninger kombineres. Dette vil

gjelde ovenfor kausjonisten også, med de modifikasjoner et kausjonsansvar innebærer i forhold til et låneansvar.

4.5 Erstatningsansvar

En problemstilling i tilknytning til lempings spørsmålet, er hva som skjer hvis kausjonisten er påført et økonomisk tap som har tilstrekkelig årsakssammenheng med mangelfull frarådning, og som ikke kan repareres fullt ut gjennom lempingen. Et eksempel på dette kan være at kausjonisten har blitt tvunget til å selge eiendeler med tap for å dekke gjelden.¹⁰⁷ Dette kan skje hvis en person har realkausjonert, og banken legger ut eiendommen på tvangssalg og prisen blir lav. I etterkant av tvangssalget blir det så påvist brudd på frarådningsplikten.

Frarådningsplikten er en lovfestet handlingsnorm som er satt til vern for forbrukerne. En overtredelse av denne handlingsnormen vil kunne danne grunnlaget for et culpaansvar, som vil bero på en aktsomhetsvurdering. Et slikt spørsmål har ikke vært oppe i behandling, verken i det alminnelige domstolsapparatet eller i Bankklagenemnda. Det er likevel grunn til å tro at hvis et slikt tilfelle skulle komme opp, og det foreligger et tap utenfor det § 60 (2) kan dekke, og som ligger innenfor det frarådningsplikten skal verne mot, vil de alminnelige erstatningsreglene kunne anvendes slik at kausjonisten får dekning for sitt fulle økonomiske tap.

¹⁰⁷Bjørn Erik Hansen, Finansinstitusjoners frarådningsplikt- noen utviklingslinjer, i TtF 2005, side 3.

Litteratur

Bankklagenemndas årsberetning 2009

Bergh, Espen: Finansavtaleloven - forbrukervern for bankkunder og nye regler i pengekravsretten, i Lov og Rett 2000, side 323-337

Hagstrøm, Viggo: Kausjonsretten i forandring, i Jussens Venner 2003, side 45-61

Hagstrøm, Viggo: Obligasjonsrett. Oslo 2003. I samarbeid med Magnus Aarbakke

Hagstrøm, Viggo: Betydningen av Bankklagenemndas uttalelser, trykt i Bankklagenemndas praksis. Oslo 2000. 2. utgave

Gyldendal Rettsdata: Kommentarer til finansavtaleloven note 297, 299, 327, av Sven Iver Steen

Hansen, Bjørn Erik: Finansinstitusjoners frarådningsplikt- noen utviklingslinjer, Tidsskrift for Forretningsjus 2005, side 1-20 (234-259)

Lødrup, Peter: Erstatningsrett. Oslo 1999, 4. utgave

Ormseth, Geir og Stranden, Anne Lise: Bankskandalen - Klag i tide. Trykt i Dine Penger nr 2 2009

Smith, Carsten: Garantikrav og Garantistvern. Oslo 1981. 2. utgave

Sæbø, Rune: En dom om frarådningsplikt, om Rt.1959.1048, i Avtalslagen 90 år, Stockholm 2005, side 329-334

Sætermo, Harald: Finansavtalelovens regler om kausjon, Tidsskrift for Forretningsjus 2005-1, side 1-30

Torvund, Olav: Lov om finansavtaler og finansoppdrag. Publisert i Juristkontakt 2000 nr 1, side 4

Vinje, Eirik H: Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven, Lov og Rett 2006, side 298-316

Zimmer, Frederik: Lærebok i skatterett. Oslo 2001. 4.utgave

Lover:

LOV 1918-05-31 nr 04: Lov om avslutning av avtale, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

LOV 1999-06-25 nr 46: Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)

LOV 1988-06-10 nr 40: Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven)

LOV 1939-02-17 nr 01: Lov om gjeldsbrev 1939 nr.1

LOV 1985-06-21 nr 82: Lov om kredittkjøp m.m.(OPPHEVET)

Forarbeider:

Norges offentlige utredninger:

NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag

NOU 2007: 5 Frarådningsplikt i kredittkjøp

NOU 2009: 11 Kredittavtaler

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp. nr 41 (1998-1999) Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (Finansavtaleloven)

Ot. prp. nr 65 (2009-2010) Endringer av finansavtaleloven

Innstillinger:

Innst. O. nr 84 (1998-1999) Innstilling fra justiskomiteen om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)

Innst. O. nr 211 (2009-2010) Innstilling fra justiskomiteen om endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.)

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt.1959.1048

Rt.1984.248

Rt.1984.466

Rt.1993.1482

Rt.1996.1718

Rt.2000.679

Rt.2003.1252

Rt.2006.1

U.2010.1628H (Danmark)

Lagmannsrett:

LE-2009-097998 (Eidsivating)

RG 2009.1162 (Borgarting)

RG 2010.226 (Gulating)

Tingrett:

TOSLO-2009-88470

Bankklagenemnda:

BKN-2002-004

BKN-2002-024

BKN-2002-101

BKN-2003-032

BKN-2003-097

BKN-2003-103

BKN-2003-108
BKN-2003-136
BKN-2004-066
BKN-2004-071
BKN-2004-072
BKN-2004-164
BKN-2006-058
BKN-2006-114
BKN-2007-017
BKN-2007-039
BKN-2007-105
BKN-2007-137
BKN-2008-005
BKN-2008-054
BKN 2008-089
BKN-2009-010
BKN-2010-085

Avtaler:

Hovedavtale for Bankklagenemnda, vedtatt av avtalepartene pr. 1.10.1988. Sist endret pr. 1.11.2009.

