

Kredittgivers frarådningsplikt etter finansavtaleloven

§ 47



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 730
Leveringsfrist: 26. april 2011

Til sammen 16708 ord

25.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Temaets aktualitet	1
1.3	Den videre fremstilling	3
<u>2</u>	<u>BAKGRUNN OG FORMÅL</u>	<u>4</u>
2.1	Innledning	4
2.2	Bakgrunn	4
2.2.1	Kort om bakgrunnen for frarådningsplikten	4
2.2.2	Fulgte frarådningsplikten av tidligere ulovfestet rett?	5
2.3	Formålet med den lovfestede frarådningsplikten	7
<u>3</u>	<u>ENKELTE SÆRLIGE METODESPØRSMÅL FOR AVHANDLINGEN</u>	<u>10</u>
3.1	Særlige spørsmål ved den juridiske metode	10
3.1.1	Innledning	10
3.1.2	Om den rettskildemessige betydning av endringen til Finansklagenemnda Bank	11
3.1.3	Spesielt om Bankklagenemnda/Finansklagenemndas uttalelser som rettskilde	12
3.2	Særlig om metoden ved undersøkelse av finansinstitusjoners praktisering av regelverket	14
<u>4</u>	<u>FRARÅDNINGSPLIKTENS SAKLIGE OG PERSONELLE VIRKEOMRÅDE</u>	<u>16</u>
4.1	Innledning	16
4.2	Rettighetssubjektet – ”Forbruker”	17
4.2.1	Innledning	17
4.2.2	Fysisk person	18

4.2.3	Næringsvirksomhet	19
4.2.4	Krav til synbarhet?	21
4.2.5	Utvider finansavtaleloven § 2 andre ledd tredje punktum det personelle virkeområdet av finansavtaleloven § 47?	22
4.3	Pliktsubjektet – ”kredittgiver”	23
4.4	Saklig virkeområde – ”kredittavtaler”	24
<u>5</u>	<u>INNHOLDET AV FRARÅDNINGSPLIKTEN</u>	<u>27</u>
5.1	Innledning	27
5.2	Vurdering av forbrukers kredittverdighet	27
5.3	Vilkårene for frarådningsplikten	30
5.3.1	Innledning	30
5.3.2	Økonomisk evne	31
5.3.3	Andre forhold	36
5.4	Terskelen for frarådningsplikten	40
5.5	Forholdet til forklaringsplikten i § 46c	42
5.6	Krav til hvordan frarådningen skal gis	43
<u>6</u>	<u>RETTSVIRKNINGENE AV BRUDD PÅ FRARÅDNINGSPLIKTEN</u>	<u>47</u>
6.1	Innledning	47
6.2	Former for lempning	47
6.3	Rimelighetsvurderingen	48
6.4	Årsakssammenheng.	50
6.5	Lempning i praksis	52
<u>7</u>	<u>UNDERSØKELSE AV BANKERS UTLÅNSPRAKSIS</u>	<u>55</u>
7.1	Om undersøkelsen	55

7.2	Presentasjon og vurdering av svar på undersøkelsen	56
8	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTARER – EN RETTSPOLITISK VURDERING AV FRARÅDNINGSPLIKTEN</u>	58
9	<u>KILDEHENVISNINGER</u>	61
Lovregister mv.		61
Norske lover		61
Forarbeider mv.		61
Direktiver		62
Domsregister mv.		62
Norsk retstidende		62
Avgjørelser av lagmannsretten		62
Uttalelser fra Bankklagenemnda/Finansklagenemnda Bank		63
Utenlandsk rettspraksis		63
Litteraturliste		64
Litteratur		64
Artikler		64
Rapporter		65
Foredrag		65
Annet		66
Nettdokumenter		66
Liste over figurer		67

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er kredittgivers frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47.

Avhandlingen søker særlig å belyse tre hovedproblemstillinger. Den første er *hvilke* subjekter som er omfattet av frarådningsplikten. Den andre er spørsmålet om *når* frarådningsplikten utløses. Den tredje er *hva* som er rettsvirkningene av et brudd på frarådningsplikten. Samlet vil disse gi et helhetlig inntrykk av hvordan frarådningsplikten praktiseres. Tilgrensende problemstillinger vil bli drøftet løpende gjennom avhandlingen.

Jeg har videre foretatt en spørreundersøkelse for å avdekke hvorvidt frarådningsplikten fungerer som forutsatt. Undersøkelsen vil særlig søke å avklare hvilke hensyn frarådningsplikten ivaretar i praksis. Det vil videre sees på hvilke fordeler og ulemper en lovfestet frarådningsplikt medfører for bankene og hvordan en frarådning påvirker forbrukers vilje til å ta opp det aktuelle lånet.

Avhandlingen avgrenses mot frarådningsplikten overfor kausjonister etter finansavtaleloven § 60.

Avhandlingen avgrenses videre mot spørsmål knyttet til investeringsrådgivning til ikke-profesjonelle etter kravet om god forretningsskikk. Spørsmål knyttet til finansiell rådgivning vil følgelig bare behandles hva gjelder tilknyttede låneopptak.

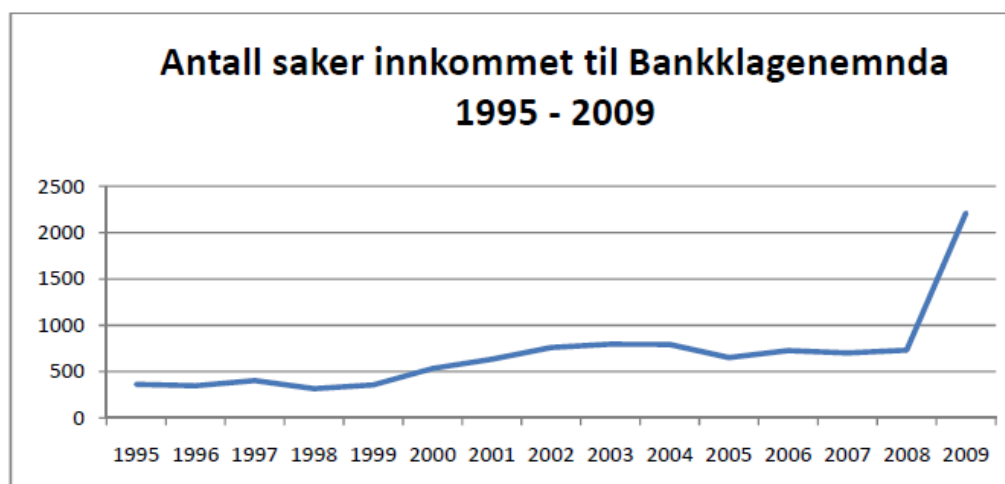
1.2 Temaets aktualitet

Det er en klar tendens til et økende antall tilfeller der kredittavtaler blir vurdert med tanke på revisjon som følge av misligholdt frarådningsplikt. Antallet tilfeller øker fra år

til år med et markant oppsving i kjølvannet av den såkalte finanskrisen. Den kraftige renteoppgangen fra 2008 og fremover medførte at mange forbrukere fikk store betalingsproblemer,¹ og dette eksponerte et stort antall låneavtaler som forbrukerne ikke kunne betjene. I dag har rentenivået sunket, og økonomien i Norge har i stor grad normalisert seg.² Nedgangen i økonomien førte til at finansavtaleloven § 47 ble godt etablert som lempningshjemmel, og i dag forekommer det en utstrakt bruk av bestemmelsen.

Omfanget og økningen av tvister knyttet til låneavtaler kan illustreres ved å se på saksomfanget for Bankklagenemnda. Det har vært en jevn økning i antall saker, og fra 2008 har antall klagesaker økt betraktelig, se illustrasjon under.

Figur 1:



I 2009 fikk Bankklagenemnda inn totalt 2 214 saker, og 864 saker ble tatt inn til behandling. Av de 177 saker ble avgjort i nemnda,³ var hele 25 tvister direkte knyttet til spørsmålet om brudd på frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47.⁴ Dette utgjør hele 14 % av alle saker som ble avgjort av nemnda i 2009. Saker knyttet til spørsmål

¹ Norges Banks styringsrente lå høsten 2008 mellom 4,75 og 5,75 %. I april 2011 lå styringsrenten til sammenligning på 2,0 %.

² Finanstilsynet (2011).

³ Bankklagenemnda (2009) side 7.

⁴ Bankklagenemnda (2009) side 28-36.

om frarådningsplikten utgjør da en stor andel av Bankklagenemndas saksomfang. Dette kan illustrere at bestemmelsen har et stort praktisk anvendelsesområde.

I media har det i de siste årene vært en bred dekning av saker som omhandler mulige brudd på frarådningsplikten.⁵

Tendensen peker i retning av at antallet saker knyttet til finansavtaleloven § 47 vil fortsette å øke. Temaet har derfor høy aktualitet.

1.3 Den videre fremstilling

Fremstillingen vil ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd og problematisere der det er interessant. Det vil først kort gjøres rede for finansavtalelovens formål og bakgrunn i kapittel 2. I kapittel 3 drøftes enkelte metodespørsmål, spesielt om Bankklagenemndas uttalelser som rettskilde. Avhandlingen har tre hoveddeler som presenteres i kapittel 4, 5 og 6. Frarådningspliktens saklige og personelle virkeområde blir presentert i kapittel 4. I kapittel 5 gjøres det rede for lovens vilkår for å utløse en frarådningsplikt, samt kravene til hvordan en frarådning skal gis. Videre vurderes rettsvirkningene av brudd på frarådningsplikten, se kapittel 6. Spørreundersøkelsen presenteres i kapittel 7. Noen avsluttende kommentarer, inkludert rettspolitiske drøftelser av frarådningsplikten, vil bli gitt i kapittel 8.

⁵ Eksempelvis Skaar (2008).

2 Bakgrunn og formål

2.1 Innledning

Før en går inn på hovedproblemstillingene knyttet til finansavtaleloven § 47, kan det være grunn til å kort se på bestemmelsens bakgrunn og formål. Avsnittet vil tjene som et bakteppe for drøftelser av senere problemstillinger.

2.2 Bakgrunn

2.2.1 Kort om bakgrunnen for frarådningsplikten

En lovfestet frarådningsplikt er en særnorsk regel, og en finner ikke en kodifisert frarådningsplikt i de andre nordiske landene.⁶ Den lovfestede frarådningsplikten ble i utgangspunktet foreslått av et mindretall på syv av totalt 19 medlemmer i Banklovkommisjonen i NOU 1994:19.⁷ Et flertall på 12 medlemmer gikk imot forslaget.⁸ Det ble derfor fra Banklovkommisjonen ikke innstilt på å innta en slik bestemmelse i finansavtaleloven.

Heller ikke Justis- og politidepartementet gikk i odelstingsproposisjonen inn for å lovfeste en frarådningsplikt i norsk rett.⁹ Justiskomiteens flertall, med medlemmer fra Arbeiderpartiet og Fremskrittspartiet, innstilte likevel på at det skulle innføres en lovfestet frarådningsplikt i samsvar med forslaget fra mindretallet i Banklovkommisjonen.¹⁰ Finansavtaleloven, og da samtidig den lovfestede frarådningsplikt, ble vedtatt den 25. juni 1999 og trådte i kraft 1. juli 2000.

⁶ NOU 2007:5 side 48-50.

⁷ NOU 1994:19 side 53 flg.

⁸ NOU 1994:19 side 53.

⁹ Ot.prp nr 41 (1998-1999) side 57 flg.

¹⁰ Innst. O. nr 84 (1998-99) side 16 flg. og side 21 flg.

2.2.2 Fulgte frarådningsplikten av tidligere ulovfestet rett?

Det er uklart om frarådningsplikten kunne sies å følge av tidligere ulovfestet rett, eller om den representerte en ny rettsregel.¹¹ Både mindretallet og flertallet i Banklovskommisjonen synes å ha forutsatt at frarådningsplikten allerede fulgte av tidligere ulovfestet rett. Det kan spørres om dette var riktig.

Spørsmålet har betydning for langsiktige låneavtaler inngått før vedtakelsen av finansavtaleloven, og da typisk boliglån. I praksis utgjør disse lånene en ikke ubetydelig andel av lån i saker om brudd på frarådningsplikten. Fulgte frarådningsplikten av tidligere ulovfestet rett, vil det være nærliggende å anta at vurderingene etter finansavtaleloven § 47 vil kunne anvendes i en analogi på låneavtaler inngått før vedtakelsen av finansavtaleloven.

Selv om det fantes en frarådningsplikt også før finansavtaleloven § 47, kan regelen i alle fall ikke sies å ha hatt det samme konkrete innhold. Finansavtaleloven § 47 pålegger kredittgiver visse konkrete plikter. Eksempelvis var kredittgiver ikke pålagt skriftlighet ved frarådningsplikten etter de ulovfestede regler.

Argumentasjonen om at frarådningsplikten er en kodifisering av tidligere ulovfestet rett kan kanskje oppfattes mer som et strategisk utsagn fra både flertallet og mindretallet i Banklovskommisjonen enn som et rettslig utsagn.¹² Mindretallet ønsket å få gjennom en lovregulert frarådningsplikt, og det var derfor strategisk å fremheve at regelen allerede fulgte av gjeldende rett. At flertallet viste til at regelen allerede fulgte av gjeldende rett kan ha vært et argument for å fremheve at den var overflødig.¹³

At frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 representerer en ”ny” rettsregel, kan en finne en støtte for i dom inntatt i Rt. 2003 side 1252. I dommen uttaler Høyesterett at ”finansavtalelova § 47 er på mange måtar ei nyskaping...” Finansavtaleloven § 47 fikk i saken ikke anvendelse på kredittavtalene som var inngått før vedtakelsen av loven. De

¹¹ Se Hveem (2005) side 110.

¹² Hagstrøm (2003) side 166.

¹³ Hagstrøm (2003) side 166.

rettslige vurderingene i saken ble heller ikke bygget på en analogi fra momentene i § 47 (se videre om dommen nedenfor). Uttalelse inntatt i BKN 2003-140 kan videre tjene som eksempel. Det uttales her at det skjedde en endring i rettstilstanden i retning av å tillegge institusjonene større plikter da finansavtaleloven trådte i kraft. Høyesterett og Bankklagenemnda antyder dermed at frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 i alle fall ikke kan sies å være en direkte kodifikasjon av en ulovfestet regel.

Det må likevel antas at det fantes en viss ulovfestet frarådningsplikt også før finansavtaleloven § 47.¹⁴ Denne kunne bl.a. utledes av avtaleloven §§ 33, 36 og de ulovfestede reglene om lojalitet i kontraktsforhold. Et tidlig eksempel på den ulovfestede frarådningsplikt kan en finne i dom inntatt i Rt. 1959 side 1048. Saken gjaldt spørsmålet om en selger skulle ha frarådet en småbruker fra å kjøpe en større landeiendom. Selger var en erfaren forretningsmann, mens kjøper på sin side ikke hadde erfaring med eiendomskjøp. Da betalingstidspunktet kom, kunne ikke kjøper skaffe den nødvendige finansieringen. Høyesterett uttalte at det er en fast og sikker regel at kjøper selv må vurdere sin økonomiske evne. Avtalen måtte likevel settes til side, da Høyesterett la til grunn at selger forstod at kjøper ikke hadde mulighet til å oppfylle kontrakten og at kjøper hadde innlatt seg på et ”håpløst foretagende”. Avtalen kunne ikke gjøres gjeldende overfor kjøper etter sitt innhold. Den rettslige vurdering som Høyesterett foretar i dommen kan ligne noe på vurderingen som foretas ved spørsmål om brudd på frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47. Av eksempler i senere tid kan det sees hen til Høyesteretts avgjørelse i dommen inntatt i Rt 2003 side 1252 som nevnt over. Denne tyder på at vurderingene ved frarådningsplikten var annerledes etter tidligere rettstilstand enn det de er i dag. Saken dreide seg om frarådningsplikt for en bank ved låneavtaler inngått før vedtakelsen av finansavtaleloven. Høyesterett tok utgangspunkt i at låntaker selv må vurdere sin egen betalingsevne og bære tapene ved sin feilaktige vurdering. Det uttales videre at det må foreligge et unntak fra et absolutt ansvar i ”særlige tilfeller”, og det vises til Rt.1959 side 1048. Unntaket er således snevert. Høyesterett påpekte imidlertid at utviklingen av forbrukerrettighetene har ført til et skjerpet frarådningsansvar for långiver fra 1959 til 1994. Denne utviklingen forutsettes å fortsette også etter avsigelsen av denne dommen.

¹⁴ Hansen (2005) side 236-237.

Den ulovfestede normen fra før finansavtaleloven § 47 må etter dette sies å ha pålagt forbruker en større del av risikoen for å vurdere sin egen økonomiske evne enn hva som følger av dagens ordning, da det tidligere kun var aktuelt med lempning i helt spesielle tilfeller.

Den lovfestede frarådningsplikten har i en viss grad flyttet tyngdepunktet for hvem som har ansvar for uforsvarlige lån fra låntaker til långiver.¹⁵ Bestemmelsen har ledet til et skjerpet ansvar for kredittgiver. Rettstilstanden må derfor sies å være endret ved vedtakelsen av finansavtaleloven § 47.

Konsekvensene av dette må være at en ikke ubetinget kan legge momentene i finansavtaleloven § 47 til grunn ved vurderingen av låneavtaler inngått før vedtakelsen av loven. Om en bygger sine argumenter på den ulovfestede frarådningsplikten, vil det trolig måtte legges til grunn en strengere norm for forbruker enn den som følger av finansavtaleloven.

2.3 Formålet med den lovfestede frarådningsplikten

Hovedformålet med å lovfeste en frarådningsplikt var å forhindre at forbrukere tok opp lån som de vanskelig kunne betjene.¹⁶ Om forbruker får en frarådning fra å inngå kredittavtalen, vil han kanskje tenke seg om og velge å ikke ta opp et lån som han potensielt kan få problemer med å betjene. En frarådning vil føre til at forbruker da blir oppmerksom på at låneopptaket kan føre til uheldige konsekvenser for ham. Det antas likevel at en frarådning i liten grad påvirker forbrukers vilje til å inngå kredittavtalen. Dette underbygges bl.a. av svar i spørreundersøkelsen.¹⁷ Her fremkommer det at tilnærmet alle som får en frarådning fra en bank likevel velger å ta opp lånet, se kapittel 7. Lovendring av 7.mai 2010 kan mulig avhjelpe dette noe, se punkt 5.6 og kapittel 8.

¹⁵ Se også Hveem (2005) side 110.

¹⁶ NOU 1994:19 side 54.

¹⁷ Samme resultat på undersøkelse i Eliassen (2009) side 33.

Det vises i NOU 1994:19 videre til at en lovfestet frarådningsplikt i tillegg til hovedformålet vil kunne ha to viktige sidevirkninger. Regelen skal for det første gi kredittgiver et incentiv til å unnlate å gi lån til forbrukere som ikke har en realistisk oppfatning av sin økonomi.¹⁸ Mens hovedformålet peker på en preventiv effekt overfor *forbrukers* vilje til å inngå låneavtalen, peker dette hensynet på en preventiv effekt overfor *kredittgivers* vilje til å innvilge det samme lånet. Om en har en streng frarådningsplikt overfor kredittgiver, vil dette føre til en mer restriktiv utlånspraksis generelt. Reglene kan følgelig føre til en normering av finansinstitusjonenes adferd over tid. Det antas da at kredittgiver vil bli mer bevisst på risikoen for lempning, og derfor vil kunne ønske å utvikle bedre rutiner for sin utlånspraksis.¹⁹ Dette må etter min mening være den viktigste effekten av en lovfestet frarådningsplikt, se kapittel 8.

Den andre sidevirkning som mindretallet viser til er hensynet til rettferdighet mellom kreditorene.²⁰ Etter dekningslovens og gjeldsordningslovens system vil kreditorene prioriteres etter sin sikkerhet og arten av sine krav. Faller et krav inn under én gruppe, vil det prioriteres likt som andre krav i samme gruppe. Gir en kredittgiver en forbruker et fullt ut forsvarlig lån på et tidspunkt hvor låntakers situasjon er god, vil dette lånet risikere å ende i samme gruppe og med samme prioritet som et lån som gis av en annen kredittgiver på et senere og kanskje uforsvarlig tidspunkt. En forsvarlig kredittgiver risikerer dermed i prinsippet å måtte dekke tapet til den kredittgiver som har gitt det senere lån. Etter finansavtaleloven § 47 vil en kunne lempe det lånet som er gitt på et uheldig tidspunkt eller på en uheldig måte. Dette vil kunne gi en høyere dekningsgrad til den mer aktsomme kredittgiver og føre til en mer rettferdig fordeling av kredittgivers tap.²¹ Det kan etter mitt syn være usikkert om denne sidevirkningen blir oppfylt. Blir et uforsvarlig lån lempet på et tidspunkt før forbruker får større betalingsproblemer slik at dette frigjør en bedre dekning for den annen kreditor, vil dette sideformålet kunne være reelt. Forbruker vil da få en bedre evne til å betjene den annen kredittgivers lån. Ved konkurs eller gjeldsordning derimot, vil frarådningsplikten

¹⁸ NOU 1994:19 side 54-55.

¹⁹ Hansen (2005) side 239.

²⁰ NOU 1994:19 side 55.

²¹ NOU 1994:19 side 55.

i finansavtaleloven § 47 neppe tjene den andre kreditor i like stor grad. En kreditor har ikke rettslig interesse i en sak mellom forbruker og en annen kreditor, og kan da ikke gå til sak om at en annen kreditor burde ha frarådet forbruker låneopptaket. I tilfeller hvor en eventuell lempning kun vil komme den annen kreditor til gode, vil forbruker ha en begrenset egeninteresse i utfallet. Forbruker eller hans konkursbo vil måtte bruke tid og ressurser på å gå til sak mot én kreditor, kun for å tjene en annen kreditor. Selv om det i en slik situasjon som regel vil vurderes å gå til sak om brudd på frarådningsplikten, vil dette i mange tilfeller finnes uhensiktsmessig av forbruker/boet. En lempning av lånet til fordel for den annen kredittgiver vil da ikke skje. I slike tilfeller vil da ikke dette sideformålet bli oppfylt.

3 Enkelte særlige metodespørsmål for avhandlingen

3.1 Særlige spørsmål ved den juridiske metode

3.1.1 Innledning

Finansinstitusjonenes frarådningsplikt er lovfestet i finansavtaleloven § 47. Alminnelig juridisk metode vil benyttes for å løse spørsmål knyttet til frarådningsplikten. Det er lite som er spesielt med rettskildebildet på finansavtaleloven § 47 sitt område, og jeg vil i kapittelet kun trekke frem enkeltspørsmål.

En gjennomgang av rettskildebildet viser at forarbeidene er sentrale.²² Dette gjelder først og fremst finansavtalelovens egne forarbeider,²³ men forarbeidene til kredittkjøpsloven § 9a om frarådningsplikt ved kredittkjøp vil også være aktuelle.²⁴ Betragtninger fra forarbeidene til kredittkjøpsloven § 9a vil da bli benyttet som rettskilde ved drøftelsen av frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47. Drøftelsene i avhandlingen vil også ha en side til EØS-retten, da forbrukerkredittdirektivet 2008/48/EF ble innført i norsk rett ved lovendring av 7. mai 2010. Direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv, og implementeringen av direktivet medførte omfattende endringer i finansavtaleloven.

Det er sparsommelig med rettspraksis knyttet til finansavtaleloven § 47. Et overveiende antall tvistene om frarådning får sin løsning i Bankklagenemnda, som i dag er betegnet Finansklagenemnda Bank. I avhandlingen refereres det til uttalelser fra Bankklagenemnda i stort omfang, da saker herfra utgjør en overveiende del av praksis rundt finansavtaleloven § 47. Det er derfor av stor betydning for avhandlingen å avklare hvilken betydning uttalelser fra Bankklagenemnda har som rettskilde.

²² Se særlig NOU 1994:19 og Ot.prp. nr 65 (1998-1999).

²³ Se NOU 1994:19, Ot.prp. nr 65 (1998-1999), NOU 2009:11 og Prp. nr 65 (2009-2010).

²⁴ Se NOU 2007:5 og Ot.prp. nr 22 (2007-2008).

Først vil det i punkt 3.1.2 sees på om endringen fra ”Bankklagenemnda” til ”Finansklagenemnda” av 1. juli 2010 påvirker nemndas uttalelser som rettskilde. Videre vil betydningen av Bankklagenemndas uttalelser som rettskilde gjennomgå kort, se punkt 3.1.3.

3.1.2 Om den rettskildemessige betydning av endringen til Finansklagenemnda Bank

Med virkning fra 1. juli 2010 er det etablert et felles sekretariat for Forsikringsklagenemnda (FKN) og Bankklagenemnda (BKN). Disse er slått sammen til en ny organisasjon med navnet ”Finansklagenemnda (FinKN) – klagenemndene for forsikring, bank, finans og verdipapirfond”. Bankklagenemnda beholdt sitt navn frem til februar 2011, og uttalelser herfra er betegnet som avgitt fra ”Bankklagenemnda”. I styremøte i Finansklagenemnda i februar 2011 ble navnet på Bankklagenemnda besluttet endret til ”Finansklagenemnda Bank”.

Problemstillingen blir om endringen fra Bankklagenemnda til Finansklagenemnda Bank vil ha betydning for nemndas uttalelser som rettskildefaktor.

I Avtale om Finansklagenemnda beskrives bakgrunnen for den foretatte endring. Det kommer her klart frem at hovedformålet med sammenslåingen er en administrativ samordning av sekretariatene, samt hensynet til rekruttering og et bedre fagmiljø.²⁵ Det har imidlertid ikke skjedd noen reell endring hva gjelder nemndas arbeid, sammensetning etc., hverken fra 1. juli 2010, da sekretariatene for tvisteløsningsorganene for bank og forsikring ble samordnet, eller i forbindelse med navneendringen. Nemndas faglige kompetanse kan ha blitt noe styrket, men dens materielle kompetanse forblir tilnærmet uendret.

Endringen fra Bankklagenemnda til Finansklagenemnda Bank kan følgelig ikke antas å påvirke uttalelsenes rettskildemessige betydning.

²⁵ Se Avtale om Finansklagenemnda.

3.1.3 Spesielt om Bankklagenemnda/Finansklagenemndas uttalelser som rettskilde

Problemstillingen blir her hvilken betydning uttalelser fra Bankklagenemndas har som rettskilde.

Det er foreløpig ikke avgitt uttalelser av betydning fra Finansklagenemnda Bank, og det er derfor stort sett praksis fra Bankklagenemnda det vises til i avhandlingen. Av praktiske hensyn vil den tidligere Bankklagenemnda og nåværende Finansklagenemnda Bank samlet refereres til som "Bankklagenemnda" eller "nemnda" nedenfor.

Bankklagenemnda avgir uttalelser om privatpersoners kontraktsforhold med ulike kredittgivere etter en skriftlig saksbehandling.²⁶ Om en forbruker mener at en kredittgiver har brutt sin frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47, kan han i utgangspunktet alltid få saken sin behandlet i nemnda.²⁷ Uttalelser fra Bankklagenemnda er kun rådgivende og ikke bindende for sakens parter.²⁸ Bankklagenemnda må derfor skilles fra en voldgiftsrett fordi voldgiftsrettens beslutninger som regel er bindende og endelige for partene.²⁹ Det er opp til partene selv om de ønsker å følge uttalelsene fra Bankklagenemnda eller om de ønsker å ta saken inn for domsstolssystemet.

Utgangspunktet er at nemndsuttalelser som står i motstrid til andre rettskilder som lov, rettspraksis og forarbeider, etter alminnelig juridisk metode vil ha en liten betydning.

Ved spørsmålet om hvilken vekt Høyesterett tillegger nemndsavgjørelser, kan en finne noen interessante bemerkninger fra den såkalte Nanset-dommen, Rt. 1984 side 248.³⁰ Saken gjaldt krav om erstatning i et mellommannsforhold. I saken dokumenterte partene en rekke uttalelser fra Næringslivets Konkurranssutvalg. Utvalget avgir, som

²⁶ Hovedavtale for Bankklagenemnda § 4-1 og Avtale for Finansklagenemnda pkt. 4 nr. 8.

²⁷ Se finansavtaleloven § 4. Arbeidsoppgavene er regulert i Hovedavtale for Bankklagenemnda, i dag kalt Avtale for Finansklagenemnda.

²⁸ Hovedavtale for Bankklagenemnda § 2-3 andre ledd og Avtale for Finansklagenemnda punkt 4 nr. 11.

²⁹ Torvund (2008).

³⁰ Hagstrøm (2003) side 57-58.

Bankklagenemnda, kun rådgivende uttalelser.³¹ Utvalgene er sammenlignbare i sammensetning og oppgaver, selv om Næringslivets Konkurransutvalg er eldre og har mer sparsommelig praksis. Høyesterett uttalte enstemmig at: ”De responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurransutvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte er nødvendig å tillegge dem betydelig vekt” (side 258). Det er grunn til å tro at domstolene vil innta samme grunnholdning til Bankklagenemndas praksis, noe Hagstrøm også har antatt.³² En finner også lignende betraktninger i Rt. 1987 side 744 og Rt. 1993 side 1482 som bl.a. drøfter betydningen av uttalelser fra Forsikringskadenemnda som rettskilde.³³ Uttalelsene fra Forsikringskadenemnda fikk i de to sistnevnte saker betydning i kraft av å være et uttrykk for bransjepraksis. Praksis viser at nemndsuttalelser ofte kan tillegges vekt i en grad de gir uttrykk for praksis i den aktuelle bransje.³⁴

Hvilken betydning uttalelser fra Bankklagenemnda vil ha som rettskilde, avhenger av en rekke faktorer, herunder en vurdering av nemndas sammensetning og kompetanse. Bankklagenemnda er balansert sammensatt av medlemmer fra ulike bransjeområder. Nemnda består av fem medlemmer. To er representanter fra forbrukermyndighetene, og to er fra finansnæringen. I tillegg har nemnda en uavhengig leder. Sammensetningen gir et inntrykk av upartiskhet. Medlemmene er videre sakkyndige med høy faglig kompetanse innenfor sine aktuelle fagområder. Dette momentet vil kunne gjøre seg gjeldende i enda større grad etter endringen til Finansklagenemnda Bank. Det vil bygges opp et større fagmiljø, noe som kan styrke nemndas faglige kompetanse ytterligere. Bankklagenemnda er videre høyt spesialisert innen et saklig begrenset fagfelt, og vil derfor ha spisskompetanse i spørsmål knyttet til frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47. Bankklagenemnda er en uavhengig klagenemnd og er ikke undergitt noen overordnet kontrollinstans. Det er videre av betydning at nemndas uttalelser blir publisert og dermed er offentlig tilgjengelige.³⁵ ³⁶ Nemndas balanserte

³¹ Vedtekter for Næringslivets Konkurransutvalg punkt 3.

³² Hagstrøm (2003) side 57-58.

³³ Forsikringskadenemnda i dag er slått sammen med Bankklagenemnda under Finansklagenemnda.

³⁴ Torvund (2008).

³⁵ Se vedtekter for Finansklagenemnda § 4-4 og Hovedavtale for Bankklagenemnda § 5-3.

³⁶ Bankklagenemnda publiserer sine uttalelser i en egen serie på papir, på sine nettsider og på Lovdata.

sammensetning, høye faglige kompetanse, grad av spesialisering og uavhengighet, samt at deres uttalelser er offentlig tilgjengelige, kan tale for at uttalelsene kan få høy betydning i saker knyttet til frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47.³⁷

En gjennomgang Hagstrøm har foretatt av tilbakemeldinger fra banker viser at bankene i det overveiende antall saker følger uttalelsene fra Bankklagenemnda.³⁸ At uttalelsene i praksis i stor grad blir etterlevd, er med på å styrke Bankklagenemnda uttalelser som rettskilde. Som begrunnelse for at bankene i så stor grad følger uttalelsene fra Bankklagenemnda, kan det på den ene side tenkes at de i tilstrekkelig grad føler seg overbevist om at uttalelsen som er avgitt er riktig.³⁹ På den annen side må bankene i praksis godta at systemet tidvis går dem imot i enkeltsaker for å kunne opprettholde et nemndsystem hvor avgjørelsene treffes i form av rådgivende uttalelser.⁴⁰ Det kan også pekes på at når det kommer til rene frarådingstilfeller, viser det seg at bankene som regel får medhold i sine påstander, se punkt 5.4. Dette kan videre være en medvirkende årsak til at bankene viser en høy grad av lojalitet overfor systemet slik det er i dag.

Bankklagenemndas uttalelser har følgelig i utgangspunktet stor rettskildemessig betydning ved spørsmål knyttet til frarådningsplikten. Hvilken betydning uttalelsene har, vil likevel avhenge av konkrete forhold i den enkelte sak, jf. Rt. 1984 s. 248. Ethvert tilfelle forutsetter en vurdering av nemndas uttalelse sett opp mot de spørsmål som skal løses.

3.2 Særlig om metoden ved undersøkelse av finansinstitusjoners praktisering av regelverket

Som del av avhandlingen har jeg foretatt en spørreundersøkelse for å kartlegge finansinstitusjonenes praksis ved utlån til forbrukere. Formålet med undersøkelsen var å få et innblikk i bankers holdninger til og deres praksis ved bruk av frarådningsplikten.

³⁷ Torvund (2008).

³⁸ Hagstrøm (2003) side 57.

³⁹ Hagstrøm (2003) side 57.

⁴⁰ Hagstrøm (2003) side 57.

Dataverktøyet Questback ble benyttet til å utforme spørreskjemaet.⁴¹ Undersøkelsen er besvart skriftlig via deres nettbaserte løsning. Undersøkelsen er sendt ut via e-post til 12 banker i Norge etter avtale per telefon. Bankene er valgt ut blant annet på bakgrunn av størrelse og synlighet i markedet. Kun to av bankene har besvart undersøkelsen. Undersøkelsen pretenderer ikke å gi et uttømmende bilde av praksis, men gir et innblikk i hvordan institusjonene praktiserer frarådningsplikten. Undersøkelsen er en kvalitativ undersøkelse som går i dybden på enkeltemner.

At kun to av bankene har besvart undersøkelsen er en klar svakhet, selv om den lave svarprosent i seg selv er interessant. Da utvalget av respondenter er lite, har undersøkelsen begrenset verdi som grunnlag for å trekke vitenskaplige konklusjoner. Svarene vil ikke kunne tas til inntekt for en bredere oppfatning i bransjen.

Spørsmålene i undersøkelsen er videre forsøkt utformet så nøytrale som mulig og er kvalitetssikret av saksbehandler hos Questback. Spørsmål vil likevel alltid kunne ha ledende tendenser i en eller annen retning, og dette vil være en mulig feilkilde. Kvalitative undersøkelser som er foretatt elektronisk vil også ha visse svakheter i forhold til muntlige samtaler. Av tidshensyn var dette likevel nødvendig.

For best mulig å kunne sammenligne respondentenes svar, har undersøkelsen kun blitt sendt ut til banker. Den avgrenses således mot alle andre kredittgivere. Etter mitt syn vil dette ikke svekke undersøkelsen i noen grad. De kredittgivere som er referert til i avhandlingen er stort sett banker.

Til tross for svakheter som fremhevet over, ansees undersøkelsen å være forsvarlig å presentere innen rammene av en semesteravhandling.

Resultatene vil presenteres i kapittel 7.

⁴¹ www.questback.no

4 Frarådningspliktens saklige og personelle virkeområde

4.1 Innledning

Før man kan drøfte frarådningspliktens materielle vilkår, må virkeområdet for frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 kartlegges.

Frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 gjelder kun for ”kredittavtaler” mellom ”forbruker” og ”kredittgiver”. Samlet vil en vurdering av disse begrep kunne gi en helhetlig oversikt over frarådningspliktens personelle og saklige virkeområde.

Forbrukerdefinisjonen i finansavtaleloven § 2 trekker opp en grense for finansavtalelovens ufravikelighet og avgrenser virkeområdet til en rekke enkeltbestemmelser, herunder finansavtaleloven § 47.⁴² Er ikke låntaker ”forbruker” etter lovens definisjon, gjelder ikke frarådningsplikten overfor ham. Finansavtaleloven § 47 er uten unntak begrenset til å gjelde kredittavtaler med forbrukere, se bl.a. uttalelse i Rt. 2004 side 156 avsnitt 13. Spørsmålet om låntakers forbrukerstatus vil også kunne ha betydning for den prosessuelle behandling i Bankklagenemnda.⁴³

Det er hovedsaklig ”kredittgivere” som er pålagt en frarådningsplikt etter finansavtaleloven. Det vil derfor være av betydning å kartlegge det materielle innholdet av dette begrep.

Etter finansavtaleloven § 47 annet ledd er også såkalte ”kredittformidlere” underlagt en frarådningsplikt. ”Kredittformidlere” er fysiske eller juridiske personer som mot vederlag og som ledd i sin næringsvirksomhet bistår ved inngåelsen av kredittavtaler,

⁴² NOU 1994:19 side 96.

⁴³ Hovedavtale for Bankklagenemnda § 2-2, jf. § 2-2 3. ledd, Avtale for Finansklagenemnda pkt. 4 første avsnitt og Vedtekter for Finansklagenemnda § 5-1 nr. 4.

uten selv å gi kreditten, jf § 44 bokstav f. Avhandlingen avgrenses mot frarådningsplikten for disse subjekter.

Frarådningsplikten er saklig avgrenset til å gjelde ”kredittavtaler”. Det vil kort sees på hvilke avtaler som omfattes av denne definisjon.

4.2 Rettighetssubjektet – ”Forbruker”

4.2.1 Innledning

Finansavtaleloven kapittel 3 gjelder i utgangspunktet mellom ”kredittgiver” og ”kredittkunde”. Finansavtaleloven § 47, som er inntatt nettopp i kapittel 3 i loven, gjelder likevel kun mellom ”kredittgiver” og ”forbruker”. Finansavtaleloven er preseptorisk overfor forbrukere, jf. finansavtaleloven § 2.

Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven inneholder to kumulative vilkår. Det første er et krav til ”fysisk person”. Det andre er et krav til at ”avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet”, jf. § 2 første ledd annen setning. Problemstillingen i det videre blir hva som ligger i disse begrep.

En gjennomgang av rettspraksis og uttalelser fra Bankklagenemda viser at spørsmålet om hvorvidt låntaker faller innenfor eller utenfor lovens forbrukerdefinisjon ofte blir problematisert i saker om brudd på frarådningsplikten.⁴⁴ En alminnelig anførsel fra kredittgivers side i flere saker fra praksis er at låntaker ikke er forbruker, og at frarådningsplikten i § 47 således ikke kommer til anvendelse. Da innholdet av forbrukerbegrepet i praksis er tett knyttet opp mot spørsmålet om frarådningsplikt, vil det være grunn til å gå inn i en drøftelse om forbrukerbegrepets rammer.

⁴⁴ Se bl.a. Rt. 2004 side 156, Rt. 2006 side 13, BKN 2008-89, BKN 2009-25 og BKN 2010-51.

Forbrukerdefinisjonen i finansavtaleloven samsvarer med forbrukerdefinisjonene inntatt i andre lover på kontraktrettens område⁴⁵. Praksis rundt disse lover kan følgelig tjene til støtte for tolkningen.

4.2.2 Fysisk person

Det første kravet som stilles er at forbruker er en ”fysisk person”, jf. finansavtaleloven § 2 (1).

En ”fysisk person” står i motsetning til en juridisk person. Juridiske personer er typisk organisasjoner, institusjoner, aksjeselskaper og andre selskaper. Begrepet ”fysisk person” avgrenser dermed mot at juridiske personer kan påberope seg frarådningsplikten.⁴⁶ Departementet la til grunn at forbrukervernsreglene, og herunder frarådningsplikten, bør være begrenset til avtaler som gjelder ivaretagelse av personlige behov.⁴⁷

Det ble av mindretallet i Banklovkommisjonen argumentert for at forbrukerbegrepet også burde omfatte juridiske personer som ikke driver næringsvirksomhet. Videre ble det foreslått at mindre juridiske personer som i realiteten fremstår som en samling av forbrukere, typisk idrettslag eller borettslag, skulle omfattes.⁴⁸ Departementet kom imidlertid til at disse ikke skulle omfattes av lovens forbrukerbegrep.⁴⁹ Synet er lagt til grunn i praksis, se blant annet BKN 2008-56, hvor et særforbund innen idretten ikke kunne regnes som forbruker i saken.

⁴⁵ Håndverkertjenesteloven, avhendingsloven og forbrukerkjøpsloven har for eksempel en forbrukerdefinisjon som i det vesentlige samsvarer med definisjonen i finansavtaleloven § 2.

⁴⁶ Prop. nr 65 (2009-2010) side 35.

⁴⁷ Ot.prp. nr 41 (1998-1999) side 21.

⁴⁸ NOU 1994:19 side 96.

⁴⁹ Ot.prp. nr 41 (1998-1999) side 21.

At juridiske personer ikke kan omfattes av finansavtalelovens forbrukerbegrep er i dag en klar regel. Dette medfører at *alle* juridiske personer, enten det dreier seg om aksjeselskaper eller stiftelser, må anses å være næringsdrivende i lovens forstand.⁵⁰

Det må likevel gjøres visse mindre presiseringer. Løse sammenslutninger av fysiske personer vil kunne regnes som forbruker etter lovens definisjon og da kunne kreve påberope seg forbrukervernet i finansavtaleloven § 47. En forbruker som representerer en gruppe andre forbrukere vil følgelig kunne omfattes av forbrukerbegrepet. En forutsetning er da at de ikke utgjør noen juridisk person. I forarbeidene nevnes organiserte grupper som sykklubber og foreldregrupper.⁵¹

4.2.3 Næringsvirksomhet

En fysisk person er kun en forbruker når avtalens formål for denne ikke ”hovedsaklig” er knyttet til ”næringsvirksomhet”. Denne definisjonen reiser to problemstillinger: Hva ligger i begrepet ”hovedsaklig”, og hva er ”næringsvirksomhet”.

Den første problemstilling blir hva som ligger i hovedsaklighetskriteriet.

Problemstillingen blir særlig aktuell der det foreligger et blandet formål med kredittavtalen.⁵² Er det å drive næringsvirksomhet ikke det hovedsaklige formål med kredittavtalen, vil lånetaker regnes som forbruker etter finansavtaleloven § 2 første ledd annen setning.⁵³ Det avgjørende blir hva som er det overveiende formålet med kredittavtalen, og da at næringsformålet ikke er i overvekt.⁵⁴ Kjøper for eksempel en elektriker en bil som han bruker både privat og i sin egen næringsvirksomhet, for eksempel sitt eget elektrofirma, blir vurderingstemaet hva som er det hovedsaklige formål med billånet. Er låneavtalen hovedsaklig inngått i næringsvirksomhet, kan han senere ikke påberope seg brudd på frarådningsplikten fra kredittgivers side. Spørsmålet

⁵⁰ Vinje (2006) side 301.

⁵¹ Ot.prp. nr 41 (1998-1999) side 21.

⁵² Se tilsvarende prop. nr. 65 (2009-2010) side 35.

⁵³ Prop. nr. 65 (2009-2010) side 35.

⁵⁴ Prop. nr 65 (2009-2010) side 35.

må i hvert enkelttilfelle løses ved en individuell vurdering basert på de faktiske omstendigheter.

Den andre problemstilling blir hva som ligger i begrepet ”næringsvirksomhet”.

Loven gir ingen definisjon av ”næringsvirksomhet”. Etter en alminnelig språklig forståelse må det avgjørende være om personen driver virksomhet som er egnet til å skape et økonomisk overskudd.⁵⁵ For å illustrere dette, kan en se hen til betraktningene rundt begrepet ”økonomisk karakter” i skatteretten.⁵⁶ Den sentrale dommen om begrepet ”økonomisk karakter” er Rt. 1985 side 319 – den såkalte Ringnes-dommen.⁵⁷ Saken gjaldt en velstående person som eide en liten jordbrukseiendom som i alle år gikk i underskudd. Spørsmålet var om han kunne få fradrag for underskuddet i sine øvrige inntekter etter skatteloven § 45, i dag skatteloven § 6-3. Vurderingen berodde på om eiendommen kunne anses som virksomhet, eller om den måtte anses som feriested. Det avgjørende for Høyesterett var at: ”virksomheten objektivt sett må være egnet til å gi overskudd, om ikke det år ligningen gjelder, så i alle fall på noe lengre sikt.” En lignende betraktning kan sies å kunne anlegges også i vurderingen om lånet er tatt opp i ”næringsvirksomhet”. Det finnes ikke direkte holdepunkter i forarbeider til skatteloven eller finansavtaleloven eller i dommen for å foreta en analogi fra skattelovens virksomhetsbegrep til forbrukerbegrepet i finansavtaleloven.⁵⁸ Betraktningene fra skatteloven må likevel kunne tjene som en rettesnor for vurderingen av begrepet ”næringsvirksomhet” i finansavtaleloven. Dette synspunktet synes å være anlagt i BKN 2003-32. I saken ble lånekundens aksjespekulasjon ansett som ”virksomhet” i skatterettslig forstand. Av dette slutter Bankklagenemnda at låntaker ikke kunne regnes som ”forbruker” i det påklagede forholdet.⁵⁹

⁵⁵ Vinje (2006) side 301.

⁵⁶ Vinje (2006) side 301.

⁵⁷ Zimmer (2005) side 134.

⁵⁸ Se også Vinje (2006) side 301.

⁵⁹ Se også Vinje (2006) side 301.

Det må i begrepet ”næringsvirksomhet” ligge et krav til at virksomheten har en viss grad av varighet og omfang.⁶⁰ Om låntaker finansierer et enkeltstående bilkjøp og senere selger bilen, vil dette neppe regnes som næringsvirksomhet. Kjøper og selger derimot låntaker biler i stort omfang, vil dette kunne bli sett på som næringsvirksomhet. Type formuesgode som skal lånefinansieres kan også være et viktig moment for å avgjøre om låntaker skal anses som forbruker eller næringsdrivende.⁶¹ I BKN 2009-25 var spørsmålet om klager var forbruker i saken og om banken i tilfelle hadde brutt sin frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47. Bankklagenemnda kom til at når en driver med kjøp av eiendom til salg og utleie, kan en ikke nyte godt av finansavtalelovens forbrukerbeskyttelse. Det fremheves at dette i alle fall gjelder når virksomheten hadde et så stort omfang som i det aktuelle tilfellet. Saken ble av denne grunn avvist av Bankklagenemnda, jf. hovedavtale for Bankklagenemnda, § 2-2, første ledd.

4.2.4 Krav til synbarhet?

Det vil ofte kunne være tvil om hvorvidt en låntaker er forbruker eller ikke. I slike tilfeller vil det for partene kunne oppstå usikkerhet om hvorvidt finansavtaleloven § 47 gjelder. Det kan da spørres om frarådningsplikten er betinget av at det er synbart for kredittgiver at han forhandler med en forbruker. Problemstillingen blir hvem som har risikoen for å avklare låntakers status.

Lovens ordlyd gir ingen anvisninger på hvem som har risikoen for å avklare låntakers status som enten næringsdrivende eller forbruker. Spørsmålet avklares imidlertid i forarbeidene. Her uttales det at det ikke kan kreves at det skal være synbart for kredittgiver om det dreier seg om en forbrukeravtale for at låntaker skal kunne regnes som forbruker i lovens forstand.⁶² En avklaring av låntakers status vil være lite tids- og kostnadskrevende for kredittgiver, og det ville være urimelig om forbruker mister sitt vern etter finansavtaleloven § 47 fordi han ikke identifiserer seg som forbruker. Risikoen for låntakers uavklarte stilling må da kredittgiver ha.

⁶⁰ Vinje (2006) side 302.

⁶¹ Vinje (2006) side 302-303.

⁶² NOU 1994:19 side 96.

Om kredittgiver inngår en avtale med en kunde uten først å ha avklart om han er en forbruker, må da kredittgiver etter dette stå ansvarlig for en eventuelt manglende frarådning. Det kan ikke oppstilles et synbarhetskrav ved forbrukerbegrepet i finansavtaleloven.

4.2.5 Utvider finansavtaleloven § 2 andre ledd tredje punktum det personelle virkeområdet av finansavtaleloven § 47?

Finansavtaleloven § 2 andre ledd, tredje punktum inneholder en lovfestet særregel som utvider virkeområdet for finansavtaleloven kapittel 3. En fysisk person som sikrer lånet sitt med pant i ”et formuesgode som tilhører kredittkunden uten at godet hovedsaklig er knyttet til kredittkundens næringsvirksomhet” er omfattet av de preseptoriske regler i finansavtaleloven kapittel 3. Frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 er inntatt i nettopp lovens kapittel 3. Det kan spørres om kredittgivers frarådningsplikt da også gjelder overfor denne gruppen subjekter.

Problemstillingen blir om denne finansavtaleloven § 2 andre ledd tredje punktum utvider det personelle virkeområde av finansavtaleloven § 47.

Spørsmålet var oppe i dom inntatt i Rt. 2004 side 156. Det rettslige vurderingstemaet var rekkevidden av finansavtaleloven § 47 sitt personelle virkeområde. Saken gjaldt en person som tok opp lån på kr 2 450 000 mot sikkerhet i egen bolig. Lånene ble gitt i forbindelse med at vedkommende ønsket å involvere seg i forretningsvirksomhet, noe som utelukket at låntaker kunne regnes som forbruker etter finansavtaleloven.

Lånetaker hadde stilt sin private bolig som sikkerhet for lånet, og falt derfor innenfor definisjonen i § 2 andre ledd tredje punktum. Lånene ble senere misligholdt, og boligen ble solgt på tvangsauksjon etter begjæring fra banken. Lånetaker påberopte seg at banken hadde brutt sin frarådningsplikt. Spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til, var om finansavtaleloven § 2 andre ledd tredje punktum utvidet forbrukerbegrepet slik at banken hadde hatt en frarådningsplikt overfor lånetaker. Høyesterett legger i sin begrunnelse vekt på at finansavtaleloven § 47 uttrykkelig er regulert til å gjelde kredittavtaler med forbrukere. Et subjekt som omfattes av § 2 andre ledd tredje

punktum vil være innenfor virkeområdet av finansavtaleloven kapittel 3, men da ordlyden i § 47 er helt klar, vil disse subjekter i følge Høyesterett ikke kunne regnes som ”forbruker” i lovens forstand. En enstemmig Høyesterett kom da til at finansavtaleloven § 2 andre ledd tredje punktum ikke medførte noen utvidelse av anvendelsesområdet for finansavtaleloven § 47, og lånetaker kunne ikke påberope seg brudd på frarådningsplikten.

Høyesterett kan her synes å anvende en *lex specialis*-betraktning. Spesialreguleringen i § 47 snevrer inn denne bestemmelses virkeområde i forhold til den generelle regelen i kapittel 3. Synet ble umiddelbart lagt til grunn i Bankklagenemndas praksis, se BKN-2004-164 om frarådning ved kausjon.

Regelen i § 2 andre ledd tredje punktum kan etter dette ikke sies å utvide det personelle virkeområdet for finansavtaleloven § 47. Frarådningsplikten gjelder kun overfor forbrukere som definert i finansavtaleloven § 2 første ledd annet punktum.

4.3 Pliktsubjektet – ”kredittgiver”

Hovedpliktsubjektet i finansavtaleloven kapittel 3, og dermed finansavtaleloven § 47, er i dag ”kredittgiver”, jf. § 47, se 44a bokstav e. Det er ”kredittgiver” som plikter å fraråde forbruker fra å inngå en kredittavtale om lovens vilkår er oppfylt. Begrepet ble endret fra ”långiver” ved lovendring 7. mai 2010, og store deler av forarbeider, rettspraksis og nemndsuttalelser referert i avhandlingen benytter dette begrep. Bakgrunnen for lovendringen var å gjøre lovens definisjon konform med definisjonen i forbrukerkredittdirektivet, 2008/48/EF artikkel 3 bokstav b.⁶³

Problemstillingen blir hvilke subjekter som faller inn under definisjonen ”kredittgiver”.

En ”kredittgiver” er i finansavtaleloven § 44a e) definert som ”en fysisk eller juridisk person som nevnt i eller i forskrift fastsatt i medhold av § 1 første, annet, fjerde, femte

⁶³ Prop. nr 65 (2009-2010) side 54.

eller sjettede ledd som gir kreditt til en kredittkunde”. Referansen til § 1 viser da til § 1 i finansavtaleloven

Begrepet ”kredittgiver” i § 44a bokstav e har to sider.⁶⁴ Den første siden viser til enkelte positivt definerte pliktsubjekter. Etter finansavtaleloven § 1 første ledd omfatter begrepet ”kredittgiver” for det første ”finansinstitusjoner eller lignende institusjoner”. ”Finansinstitusjoner” omfatter ”selskap, foretak eller annen institusjon som driver finansieringsvirksomhet”, jf. finansieringsvirksomhetsloven § 1-3. ”Lignende institusjoner” defineres i annet ledd som statsbank, finansmeglerforetak, finansagent eller finansrådgiver, samvirkeforetak og andre institusjoner listet opp fra litra e) til k).

Den andre side av begrepet ”kredittgiver” finnes i finansavtaleloven § 1 femte ledd. Bestemmelsen lyder: ”Ved kreditt til forbruker gjelder denne loven kapittel 3 enhver som gir kreditt i ledd av næringsvirksomhet”. Det ble ansett nødvendig å innta denne definisjonen av hensyn til samsvar med forbrukerkredittdirektivets definisjon.⁶⁵ Begrepet ”enhver” inneholder ingen begrensning i hvem som kan omfattes. Den viktigste avgrensningen av begrepet ”kredittgiver” ligger da i om lånet er ytt i ”næringsvirksomhet”. Det vises her til vurderingen i punkt 4.2.3.

Enhver som yter kreditt i ”næringsvirksomhet” er således pliktet å fraråde forbruker låneopptak om vilkårene i finansavtaleloven § 47 er oppfylt.

4.4 Saklig virkeområde – ”kredittavtaler”

Finansavtaleloven kapittel 3 og frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 er saklig avgrenset til å gjelde for ”kredittavtaler”. Problemstillingen blir hvilke typer kredittavtaler som omfattes av finansavtaleloven § 47.

En ”kredittavtale” defineres i finansavtaleloven § 44a bokstav a som ”en avtale der en kredittgiver gir en kredittkunde kreditt i form av betalingsutsettelse, lån, kassakreditt

⁶⁴ Prop. nr 65 (2009-2010) side 54.

⁶⁵ Innst. 22 L (2009-2010) side 3.

eller annen tilsvarende form for kreditt". Definisjonen av kredittavtaler omfatter både avtaler som var omfattet av den tidligere kredittkjøpsloven § 1 og tidligere definisjon i finansavtaleloven § 44 flg., og er utformet i samsvar med 2008/48/EF artikkel 3 bokstav c.⁶⁶

Formuleringen "betalingsutsettelse, lån, kassakreditt eller annen tilsvarende form for kreditt" favner vidt og omfatter de fleste kredittsituasjoner. Alternativet "betalingsutsettelse" omfatter primært avtaler som omfatter en underliggende vare- eller tjenestekontrakt, typisk kredittkjøp.⁶⁷ Bestemmelsen omfatter da tilfeller som tidligere var regulert av kredittkjøpsloven § 1, jf. § 3. Begrepet "lån" omfatter alminnelige lån, herunder både nedbetalingslån og lån som skal innfris ved engangsutbetaling.⁶⁸ For å unngå usikkerhet om såkalt kassakreditt faller inn under bestemmelsen, er dette er videre positivt inntatt i bestemmelsen.⁶⁹ Sammen omfatter begrepene "betalingsutsettelse", "lån" og "kassakreditt" de aller fleste formene for kredittavtaler. Videre er også "annen tilsvarende form for kreditt" inntatt i lovens definisjon. Dette punkt er medtatt for å sikre at bestemmelsen vil regulere nye former for kreditt etter hvert som de utvikles.⁷⁰ Frarådningsplikten har således et vidt saklig virkeområde.

For å illustrere hvilke avtaler som faller inn under lovens definisjon, kan en se hen til hvilke avtaler som faller utenfor. Eksempler er angitt i prop. nr. 65 (2009-2010) på side 31-35, men det vil føre for langt å gå inn på alle her. Det påpekes kort at faktoringavtaler og avtaler om leiefinansiering, hvor det ikke er avtalt at leieren senere skal bli eier, faller utenfor finansavtaleloven kapittel 3.⁷¹ Gjelder avtalen et rent leiekjøp, vil den regnes som en kredittavtale etter § 44 a bokstav a. Videre kan ikke låneavtaler som gis rente- og kostnadsfritt og avtaler som gir en rente- og kostnadsfri

⁶⁶ Prop. nr. 65 (2009-2010) side 54.

⁶⁷ NOU 2009:11 side 30.

⁶⁸ NOU 2009:11 side 30.

⁶⁹ NOU 2009:11 side 30.

⁷⁰ Prop. nr 65 (2009-2010) side 30-31.

⁷¹ Prop. nr 65 (2009-2010) side 31.

henstand med betaling av eksisterende forpliktelser regnes som kredittavtaler i lovens forstand.⁷²

⁷² Prop. nr 65 (2009-2010) side 32.

5 Innholdet av frarådningsplikten

5.1 Innledning

Finansavtaleloven § 47 oppstiller en frarådningsplikt for kredittgiver dersom kredittgiver må anta at “økonomisk evne” eller “andre forhold” på forbrukerens side tilsier at han alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten.

Hovedproblemstillingen for kapittelet blir hva som skal til for at kredittgivers frarådningsplikt skal utløses.

Problemstillingen har flere sider. Den første er hvilke krav som må stilles til bankens innhenting av informasjon om forbrukers kredittverdighet. Spørsmålet blir her hvilket *grunnlag* kredittgiver må ha for å vurdere forbrukers ”økonomiske evne” og ”andre forhold”. Dette drøftes i punkt 5.2. En annen side av problemstillingen blir *når* disse opplysningene er av en slik karakter at kredittgiver plikter å frarå forbruker fra å ta opp lånet, se punkt 5.3. Videre blir spørsmålet hvor høy terskelen for å utløse frarådningsplikten er, se punkt 5.4. Forholdet mellom frarådningsplikten og den såkalte forklaringsplikten i finansavtaleloven § 46c drøftes under punkt 5.5. Når vilkårene for frarådningsplikten er oppfylt, vil spørsmålet tilslutt bli *hvordan* frarådningsplikten skal gis til forbruker, se punkt 5.6.

5.2 Vurdering av forbrukers kredittverdighet

Finansavtaleloven § 46b stiller opp en plikt for kredittgiver til å vurdere forbrukerens kredittverdighet på grunnlag av fyllestgjørende opplysninger innhentet hos forbrukeren selv og, om nødvendig, fra relevant database. Problemstillingen blir hvilket grunnlag kredittgiver må ha for sin kredittvurdering av forbrukeren.

Allerede før vedtakelsen av finansavtaleloven § 46b 7. mai 2010, var det bred enighet om at frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 var supplert av et krav om

forsvarlig kredittvurdering.⁷³ Plikten til kredittprøving kunne likevel ikke utledes av ordlyden i finansavtaleloven § 47. Det ble derfor ansett nødvendig å innta en egen bestemmelse om plikt til kredittvurdering.⁷⁴

Det kreves etter § 46b at en kredittvurdering foretas på grunnlag av ”fyllestgjørende opplysninger”. En tolkning av ordlyden i § 46b gir ikke nærmere holdepunkter for å si hvor stort omfang av opplysninger som skal innhentes. Vurderingen må sees i lys av at de skal danne grunnlaget for en vurdering av om forbrukers ”økonomiske evne” og ”andre forhold” tilsier at han alvorlig bør overveie å avstå fra låneopptaket. Dette formål må følgelig utgjøre rammen for de opplysninger som skal innhentes.

Omfanget av opplysninger som må innhentes vil bero på en konkret vurdering. Særlig må det tas hensyn til kredittens størrelse.⁷⁵ Er kreditten stor, vil kredittgiver måtte ha et bredere grunnlag for sin kredittvurdering enn om kreditten er mindre, og flere opplysninger vil da typisk måtte innhentes. Ved kredittprøving vil det for eksempel være aktuelt å innhente opplysninger om lønns- og formuesforhold generelt sett være sentrale for vurderingen. Opplysninger om arbeidssituasjon, sivilstatus og helse vil videre kunne være av betydning, se punkt 5.3. Vurderingen må nødvendigvis bli individuell. I enkelte tilfeller vil det for eksempel være relevant å innhente opplysninger om en forbrukers kroniske sykdom, i andre tilfeller ikke.⁷⁶ Eksempelvis vil slike opplysninger kunne være relevante å innhente i tilfeller hvor lånet i stor grad avhenger av en fremtidig inntekt og denne fremtidige inntekten kan påvirkes i negativ retning av sykdommen.

Opplysningene som danner grunnlaget for kredittvurderingen vil i stor grad måtte innhentes fra forbruker selv. Kravet om opplysninger fra forbruker må på den ene siden forutsette et saklig behov. En kan kun kreve opplysninger som er relevante for å kartlegge forbrukerens økonomiske evne og andre tilknyttede forhold. Opplysningene

⁷³ Ot.prp. nr. 22 (2007-2008) side 40 og Prop. nr 65 (2009-2010) side 78.

⁷⁴ Prop. nr 65 (2009-2010) side 79.

⁷⁵ NOU 2009:11 side 58.

⁷⁶ NOU 2009:11 side 59. Eksempelen bygger på en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling datert 27-09.2006 som utvalget slutter seg til.

som kreves må holdes innenfor dette saklige området. På den annen side må kredittgiver få innhente alle opplysninger som er nødvendige for å belyse forbrukers økonomiske situasjon i tilstrekkelig grad. For å sikre seg at kredittgiver har et tilfredsstillende bilde av forbrukers økonomiske situasjon, må han gis en viss skjønnsmargin.⁷⁷

Forbruker plikter å oppgi de opplysninger kredittgiver etterspør og må sørge for at disse ikke gir et misvisende bilde av hans økonomiske evne.⁷⁸ Vet forbruker at opplysningene han oppgir er feilaktige og kredittgiver bygger sin vurdering på disse, vil lempning senere kunne være utelukket,⁷⁹ se punkt 6.3. Et eksempel på dette finnes blant annet i BKN 2003-97, hvor det i den senere rimelighetsvurderingen legges vekt på at de aktuelle og misvisende opplysninger kom fra klager selv.⁸⁰

Videre kan kredittgiver ”om nødvendig” hente inn opplysninger fra en ”relevant database”. Relevant database er av kredittkjøpslovutvalget definert som:

”[D]atabaser som med eller uten vederlagsplikt er tilgjengelige for kredittgivere som søker å innhente opplysninger om forbrukerens økonomiske evne, herunder betalingsanmerkninger, for eksempel kredittopplysningsbyråers registrering over ligningsopplysninger og betalingsanmerkninger.”⁸¹

Spørsmålet om kredittsøk i databaser har vært omdiskutert. Plikten til å foreta undersøkelser i databaser forutsetter at slike relevante databaser eksisterer.⁸² Det er hevdet at det ikke finnes en relevant og pålitelig database i Norge.⁸³ For eksempel finnes det i dag ikke noe alminnelig gjeldsregister som kan gi et innblikk i forbrukers totale gjeld. Bestemmelsen må forstås slik at en i dag må ta utgangspunkt i de relevante,

⁷⁷ NOU 2009:11 side 59.

⁷⁸ NOU2009:11 side 59.

⁷⁹ NOU 1994:19 side 56.

⁸⁰ Hansen (2005) side 244.

⁸¹ NOU 2009:11 side 59 og Prop. nr 65 (2009-2010) side 89.

⁸² Prop. nr. 65 (2009-2010).

⁸³ Gjeldoffer-Alliansens uttalelse i Prop. nr 65 (2009-2010) side 86-87.

tilgjengelige databaser, slik som for eksempel Lindorffs databaser.⁸⁴ Om ikke opplysningene som ønskes sjekket finnes i en relevant database, vil selvsagt plikten til å foreta slike undersøkelser i databaser måtte falle bort.

En kredittgiver plikter kun å innhente opplysninger fra en relevant database dersom det anses ”nødvendig”. Nødvendighetskriteriet stiller på den ene siden opp en viss skjønnsmargin til fordel for kredittgiver når det kommer til hvilke opplysninger han behøver å sjekke i en relevant database. På den andre siden stiller kriteriet opp en skranke for hvor omfattende kredittsøk en kredittgiver har rett til å foreta.

En kredittsjekk på grunnlag av databasesøk vil særlig være et egnet hjelpemiddel der en kredittgiver ønsker å kvalitetssikre opplysninger som er gitt av forbruker. En kredittgiver kan ikke alltid anse opplysninger gitt av forbruker som ”fyllestgjørende” før han har fått dem bekreftet.⁸⁵ I en slik situasjon kan et databasesøk være nyttig for å finne ut om opplysningene fra forbruker er korrekte. Det vil i stor grad være opp til kredittgiver å vurdere om det er mest hensiktsmessig å innhente opplysninger fra forbruker eller fra relevante databaser.⁸⁶

5.3 Vilkårene for frarådningsplikten

5.3.1 Innledning

Jeg har nå drøftet hvilke opplysninger om forbrukerens ”økonomiske evne” eller ”andre forhold” kredittgiver må innhente. Det neste spørsmålet som reiser seg er hvordan opplysningene som er innhentet skal vurderes for å fastslå om disse tilsier at forbrukeren alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten.

⁸⁴ www.lindorff.no

⁸⁵ NOU 2009:11 side 59.

⁸⁶ NOU 2009:11 side 59.

5.3.2 Økonomisk evne

Kredittgiveren må vurdere om forbrukers "økonomiske evne" tilsier at han alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten eller gjennomføre kredittavtalen.

Et spørsmål om "økonomisk evne" vil være tett knyttet til en vurdering av "andre forhold". Av fremstillingsmessige årsaker er det likevel hensiktsmessig å behandle disse hver for seg.

Utgangspunktet må tas i en tolkning av ordlyden. "Økonomisk evne" må forstås som en persons evne til å betjene sine løpende forpliktelser etter hvert som de forfaller. Det primære grunnlag for vurderingen vil være en objektiv vurdering av lånets størrelse og renteprofil sett opp mot forbrukers inntekts-, formues- og gjeldsforhold. Er de faktiske omstendigheter av en slik karakter at forbrukeren alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet, vil frarådningsplikten kunne utløses. Det må etter dette foretas en konkret vurdering av en forbrukers totale økonomiske situasjon.

Videre veiledning kan en få ved å ta utgangspunkt i formålet bak frarådningsplikten. Hovedformålet med frarådningsplikten er å hindre at låntakeren tar opp lån som denne sannsynligvis ikke vil makte å betjene på "vanlig måte",⁸⁷ se punkt 2.3. Hvorvidt forbruker kan betjene sitt lån på en "vanlig måte" vil da kunne være en rettesnor for vurderingen.⁸⁸ Er det på tidspunktet for inngåelsen av avtalen sannsynlig at forbruker ikke kan betjene lånet slik en alminnelig forutsetter at en kredittavtale skal betjenes, vil dette peke på at forbruker ikke hadde økonomisk evne til å inngå kredittavtalen. Igjen må det foretas en skjønnsmessig vurdering. Kan en forbruker for eksempel betjene lånet med sin formue, men ikke sin løpende inntekt, vil dette da måtte regnes som en "vanlig måte" å betjene lånet på. Motsatt vil lånet ikke bli innfridd på en "vanlig måte" om for eksempel en kausjonist må kausjonere for låntaker.

I rettspraksis vil vurderingen av brudd på frarådningsplikten ofte uttrykkes som en risikovurdering. I dom inntatt i RG 2008 side 1508 ble utgangspunktet nettopp tatt i en

⁸⁷ NOU 1994:19 side 54-55.

⁸⁸ Hansen (2005) side 244.

slik vurdering. Saken gjaldt låneopptak til såkalt dekket shortsalg. I dommen fikk forbruker medhold i at banken hadde brutt sin frarådningsplikt. Det uttales at finansavtaleloven § 47 er gitt av hensyn til forbruker, og at bestemmelsen skal sikre at forbruker ikke "eksponerer seg for større risiko enn de har økonomisk evne til å bære". Formålet med vurderingen blir å identifisere hvilken risiko den enkelte forbruker tar.

At en forbruker stiller god sikkerhet for lånet er et viktig moment i vurderingen. Har forbruker god sikkerhet for sitt lån, vil hans økonomiske evne vurderes positivt. Imidlertid kan sikkerhet ikke alene være avgjørende. En plikt til å fraråde kan utløses dersom det ikke er sannsynlig at lånet kan betjenes utover realisasjon av pant. Om forbruker sannsynligvis må selge sin pantsatte bolig for å betjene lånet, vil neppe lånet kunne sies å bli betjent på en "vanlig måte".

Lånets avdragsprofil vil videre være et relevant moment i vurderingen av forbrukers økonomisk evne.⁸⁹ Frarådningsplikten inntreder dersom forbruker ikke vil kunne nedbetale lånet på de avtalte vilkår. Er nedbetalingsplanen urealistisk, vil dette kunne resultere i at lånet misligholdes selv om lånets størrelse isolert sett ikke er uforsvarlig sett i forhold til forbrukers inntekt, formue og gjeld.⁹⁰ Misligholder forbruker sine avdrag, kan dette være grunn til en oppsigelse av kredittavtalen og derfor få alvorlige konsekvenser. Det kan medføre en realisering av pantesikkerhet og føre til ytterligere betalingsproblemer for forbruker.⁹¹

Bankenes egne normer for kredittvurdering kan gi en viss veiledning i vurderingen. LE-2003-05641 er et illustrerende eksempel på dette. Saken gjaldt to ektefeller som hadde tatt opp lån som samskyldnere ved finansiering av et boligkjøp. Paret flyttet etter hvert fra hverandre, og den ene misligholdt sine betalingsforpliktelser. Banken krevde derfor tvangssalg av boligen som den andre samskyldneren fortsatt bodde i. Det ble foretatt en konkret vurdering av låntakernes økonomiske evne. Lånet som var tatt opp var 2,85 ganger høyere enn parets samlede inntekt. Dette var en høy lånegradsfaktor, men lånet

⁸⁹ NOU 1994:19 side 55.

⁹⁰ NOU 1994:19 side 55.

⁹¹ NOU 1994:19 side 55.

ble av lagmannsretten likevel ikke regnet som uforsvarlig høyt. Lagmannsretten kom i saken til at finansinstitusjonen ikke hadde brutt sin frarådningsplikt. I sin vurdering fremhevet lagmannsretten at kredittinstitusjonen hadde utarbeidet normer for hvor høyt lån en låntaker kunne forventes å tåle. Lånegraden var høyere enn det saksbehandlerne etter bankens interne rutiner kunne innvilge.⁹² Låntaker kunne likevel ikke utlede rettigheter fra bankenes kredittvurderinger. Disse gir bare veiledende svar. Om dette skriver Bjørn Eirik Hansen at:

”Selv om bruk av lånegradfaktorer vil kunne være nyttig som ”tommelfingerregel”, tilsier både lovens ordlyd og forarbeider at det må foretas en mer konkret vurdering av låntakers økonomiske evne til å betjene lånet.”⁹³

En kan finne veiledning i standardiserte formler, men en vurdering må uansett også bygge på momenter som ikke fanges opp av disse.

Forbrukers tidligere betalingsanmerkninger vil videre kunne være et relevant moment i vurderingen. I LE-2003-05641, som refereres over, anførte saksøkerne at banken, i tillegg til deres gjeldsforhold, ikke i tilstrekkelig grad tok hensyn til saksøkernes betalingsanmerkninger, og at dette samlet sett burde ha ført til at banken frarådet låneopptaket. Om dette uttalte lagmannsretten at den heller ikke kan se

”... at betalingsanmerkninger på én eller begge har noen relevans for saken. Slike opplysninger sier noe om hvordan vedkommende tidligere har skjøttet sine betalingsforpliktelser. Frarådningsplikten knytter seg derimot til om vedkommende i fremtiden har økonomisk evne til å betjene lånet.”

Om dette synspunkt bør stå seg, er tvilsomt. Lagmannsretten går her noe langt i å legge vekt på den fremtidige utvikling. Betalingsanmerkninger vil si noe om hvordan forbruker tidligere har skjøttet sin økonomi og vil nok ofte kunne gi en indikasjon på

⁹² Dette kommer ikke klart frem i dommen, men er ligger til grunn rettens resonnement. Det kommer også frem i låntakers anførsler.

⁹³ Hansen (2006) side 245.

hvordan forbruker vil betjene et lån i fremtiden. I bankers standardiserte kredittvurderinger inngår betalingsanmerkninger naturlig, og at en låntager er *uten* betalingsanmerkninger anføres ofte som et moment for at kredittgiver ikke hadde en frarådningsplikt.⁹⁴ Det er grunn til å tro at betalingsanmerkninger er et relevant moment i vurderingen om svak økonomisk evne utløser frarådningsplikt.

En må videre se hen til momenter som kan si noe konkret om forbrukers fremtidige økonomiske evne. Kjente og sannsynlige endringer i forbrukers inntekt, nedbetaling av eksisterende gjeld og endringer i renteforpliktelser vil være aktuelle momenter i den sammenhengen.⁹⁵

I uttalelse i BKN 2003-108 blir flere relevante momenter knyttet til fremtidig inntekt fremhevet. I forbindelse med overtakelse og oppussing av sitt barndomshjem fikk klager etter hvert innvilget lån på til sammen ca kr 1,6 millioner. Klager hadde en 70 % vikarstilling og kun kr 130 000 i årsinntekt. Nemnda uttalte blant annet at det forelå usikkerhet ved klagers fremtidige lønns- og leieinntekter og at prosjektet må ha fremstått som risikofyllt for begge parter. Klager var 49 år gammel, og hans alder kunne tilsa mer begrensede jobbutsikter. Hans alder fikk også betydning da lånets løpetid var på 25 år, og det skulle således nedbetales også etter inntrådt pensjonsalder. Klagers forsørgeransvar ble også vektlagt som et relevant moment i vurderingen av hans økonomiske evne. Klager ble ikke gitt medhold i at banken hadde brutt sin frarådningsplikt, men uttalelsen peker på en rekke relevante momenter i vurderingen av en forbrukers fremtidige økonomiske evne.

Ved vurderingen av partenes fremtidige økonomiske evne, vil partenes egne forventninger være et relevant moment, men banken må holde seg innenfor forventninger som er realistiske. Dette kan illustreres av uttalelse inntatt i BKN-2003-97. Saken gjaldt et samboerpar som til sammen hadde tatt opp lån på rundt kr 1,8 millioner til finansiering av boligkjøp og diverse forbruk. Paret hadde forespeilet banken at de hadde et stort fremtidig inntektspotensiale, og de hadde sett lyst på sin

⁹⁴ For eksempel BKN 2008-54, BKN 2007-82 og BKN 2006-58.

⁹⁵ NOU 2007:5 side 57.

egen økonomiske fremtid. Bankklagenemnda kom til at det ikke forelå frarådningsplikt i det gjeldende tilfellet. Det ble likevel fremhevet at banken ikke kunne ”legge til grunn åpenbart urealistiske forventninger om fremtidig inntekt uten å risikere å komme i ansvar.” I denne saken ble ikke forventningene regnet som så urealistiske at de utløste frarådningsplikt for banken etter finansavtaleloven § 47.

Spørsmålet om forbrukers forventninger til egen økonomiske evne var også oppe i BKN 2002-24. Klager var 100 % ufør og hadde en belastet økonomisk situasjon. Banken avsto opprinnelig hans lånesøknad. Klager søkte på ny med nye opplysninger om en mulig fremtidig ekstrainntekt fra et ukrainsk programmeringsselskap.

Bankklagenemnda kom til at denne ekstrainntekten var ”temmelig løst fundert, i hvert fall vurdert på bakgrunn av de opplysninger og den dokumentasjon som har vært fremlagt i ettertid”. At banken la vekt på forbrukers usikre opplysninger om fremtidig inntekt talte, blant enkelte andre momenter, for at banken hadde brutt sin frarådningsplikt. Klager fikk i saken redusert sin gjeldsforpliktelse etter hovedstolen med 50 %.

Vurderingen av forbrukers økonomiske evne må etter ordlyden nødvendigvis foretas før lånet gis. Dette utelukker at hendelser som inntreffer *etter* et lån er utbetalt kan ha betydning for vurderingen av ”økonomisk evne”.⁹⁶ Praksis i Bankklagenemnda kan likevel tyde på at senere inntrufne hendelser kan få betydning som bevis for hvordan forbrukers økonomiske evne var på utbetalingstidspunktet. Et eksempel som illustrerer dette er BKN-2010-165. Uttalelsen omhandler et ektepar som i 2007 tok opp et lån på kr 2 300 000. Deres samlede inntekt på tidspunktet var kr 600 000. Klagerne hadde et hus taksert til kr 4 900 000, en hytte verdt ca kr 1 500 000 og et naust verdt ca kr 800 000. Bankklagenemnda kom her til at paret hadde økonomisk evne til å ta opp lånet, og at banken således ikke hadde en plikt til å fraråde låneopptaket. Bankklagenemnda kom videre til at det var foretatt en forsvarlig kredittvurdering på det aktuelle tidspunkt, da paret ble ansett å ha tilstrekkelig inntekt og formue for å betjene lånet. Lånet ble senere betjent ved en refinansiering i en annen bank. I begrunnelsen uttaler Bankklagenemnda følgende:

⁹⁶ NOU 2007:5 side 59.

”Det er også opplyst at lånet senere er innfridd, eventuelt refinansiert i annen bank i juni 2008, noe som tilsier at lånet ikke oversteg klagernes økonomiske evne ut fra ordinær kredittvurdering.”

Dersom et lån for eksempel innfris, kan dette tjene som bevis for at forbrukers økonomiske evne var tilstrekkelig god på utlånstidspunktet.

Praksis fra domstolene og Bankklagenemnda viser at en vurdering av forbrukers økonomiske evne alltid vil være konkret og bygge på individuelle forhold.⁹⁷

5.3.3 Andre forhold

Ved siden av å vurdere forbrukers økonomiske evne, plikter kredittgiver også å vurdere ”andre forhold” på forbrukers side som tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten eller fra å gjennomføre kredittavtalen. Spørsmålet her blir hvilke ”andre forhold” enn ”økonomisk evne” som er relevante i vurderingen.

Bestemmelsens ordlyd gir ingen veiledning for å fastlegge hvilke forhold som kan være relevante ”andre forhold”. I forarbeidene presiseres kriteriet noe. Det vises her til et eksempel hvor en finansinstitusjon lånefinansierer et kjøp av en leilighet som de skjønner at forbruker er i ferd med å betale betydelig over markedspris for.⁹⁸ I et slikt tilfelle vil det i følge forarbeidene kunne utløses en frarådningsplikt da dette kan være relevante ”andre forhold” som tilsier at forbruker bør avstå fra låneopptaket. Eksemplet er basert på en fransk høyesterettsdom av 24. februar 1993 som er hyppig referert til i forarbeider og litteratur.⁹⁹ I dommen ble lånet til et ektepar lempet fordi banken hadde hatt kjennskap til et misforhold mellom et pantelån og en boligs verdi uten å informere

⁹⁷ Også Hansen (2005) side 246.

⁹⁸ NOU 1994:19 side 55 (62 i mitt hefte).

⁹⁹ Recueil Dalloz Sirey 1993 IR 80. Referert til i bl.a. NOU 1994:19 side 60 og 62, Hagstrøm (2003) side 167, Hansen (2005) side 246, Hveem (2005) side 113, Hagstrøm (2010) side 63.

kredittkundene om dette.¹⁰⁰ Vurderingen her kan ligne på de som må foretas etter finansavtaleloven § 47. At det i forarbeidene åpnes for at det slike tilfeller kan foretas lempning vil kunne medføre et omfattende frarådningsansvar.¹⁰¹ Viggo Hagstrøm skriver at det neppe har vært ”meningen å pålegge finansinstitusjonen en helt generell rådgivningsplikt i privatøkonomiske forhold i forbindelse med låneopptak”.¹⁰² Det oppstilles likevel en plikt for kredittgiver til å undersøke andre forhold enn de rent økonomiske.

En uttalelse inntatt i BKN 2009-40 kan tjene som illustrasjon på andre forhold som er relevante i vurderingen. Saken har visse likhetstrekk med den franske høyesterettsdommen av 24. februar 1993. Klagen gjaldt et par som tok opp et lån på kr 680 000, senere forhøyet til kr 870 000, som ble innvilget av banken i 2005/2006. Dette lånet skulle brukes til å kjøpe en ny og større leilighet som lå mer sentralt. I tillegg til dette lånet hadde de et lån fra kjøp av en tidligere leilighet på kr 1 010 000. Den første leiligheten ble solgt med tap, og det var denne restgjelden som klagerne ønsket lempet. I sin begrunnelse uttalte Bankklagenemnda at når leiligheten ble solgt med tap, ”burde banken ha medvirket mer aktivt til å bedre situasjonen”. Bankklagenemnda la videre vekt på at banken burde

” ... ha frarådet klagerne å bestille påkostninger på leiligheten og pådra seg ytterligere gjeldsbelastning i 2006. Utgangspunktet var at klagerne skulle bo i leiligheten og betjene lånet, ikke at de skulle øke verdien med henblikk på videresalg.”

Resonnementet bygger her på at en manglende aktiv innsats fra bankens side kan medføre lempning av lånet på grunn av brudd på frarådningsplikten. Bankklagenemnda kom i sin slutning til at banken hadde opptrådt kritikkverdig ved ikke å fraråde låntakerne å involvere seg i for dyre boligprosjekter og lempet klagerens restgjeld med

¹⁰⁰ Hagstrøm (2003) side 167. Det uttales her at utleggingen av fransk rett, etter Hagstrøms syn, på dette punkt har vært nokså dristig, og at frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 har fått en ganske annen rekkevidde enn de nevnte franske regler.

¹⁰¹ Hansen (2005) side 246.

¹⁰² Hagstrøm (2010) side 63.

kr 95 000. Om resonnementet i uttalelsen står seg senere, vil kredittgiver måtte sies å ha et omfattende frarådningsansvar.

I forarbeidene til frarådningsplikten i kredittkjøpsloven § 9a, NOU 2007:5, fremheves først og fremst situasjoner hvor gjenstanden som kjøpes på kreditt ikke passer til det gitte formål.¹⁰³ Dersom en forbruker kjøper en vare, vil varen ha en mangel dersom denne ikke passer til det formål som selger var kjent med eller måtte kjenne til at forbruker hadde da kjøpet ble inngått, jf. forbrukerkjøpsloven § 15 annet ledd litra c, jf. § 16. Ligger kjøpet av varen utenfor de formål og behov forbruker har ved kjøpet, vil det kunne tenkes at en eventuell tilknyttet kredittavtale også ligger utenfor forbrukers formål og behov. I den grad forbruker har adgang til for eksempel å heve kjøpet, bør han også ha adgang til å heve avtalen om kreditt.¹⁰⁴

Der forbruker tar opp kreditt og kjøper en vare med en pris og kapasitet langt ut over det forbruker trenger for å dekke sine behov, og der kredittgiver må kjenne til dette, kan en frarådningsplikt utløses.¹⁰⁵ Er det synbart at forbruker har et visst behov eller formål for låneopptaket, må kredittavtalen tilpasses dette. Om en dørselger eksempelvis selger et stort og dyrt stereoanlegg til en eldre og ufør person som kun ønsker seg en bedre radio, vil kjøpet trolig ikke være egnet til å oppfylle det formål som forbruker ønsker oppfylt ved kjøpet. Dette vil være klart, om det kommer frem at forbruker kun kjøper anlegget for å eksempelvis høre nyheter om morgenen.¹⁰⁶ Der stereoanlegget er kjøpt på kreditt, vil det kunne utløses en frarådningsplikt for kredittgiver. Lignende betraktninger må kunne anlegges for alle typer kredittavtaler.

I tilfeller der låntakeren gir inntrykk av å ha manglende personlige forutsetninger for å vurdere konsekvensene av sine valg, kan kredittgiver plikte å vektlegge dette.¹⁰⁷ Slike faktiske omstendigheter kan være relevante ”andre forhold” i vurderingen.

¹⁰³ NOU 2007:5 side 58.

¹⁰⁴ NOU 2007:5 side 58.

¹⁰⁵ NOU 2007:5 side 59.

¹⁰⁶ Se også NOU 2007:5 side 59.

¹⁰⁷ Hansen (2005) side 246.

Et illustrerende eksempel er uttalelse inntatt i BKN 2009-10. Saken gjaldt en klager som tok opp lån på kr 550 000 over en periode på syv år. Av dette lånet var kr 200 000 tatt opp etter ikrafttredelsen av finansavtaleloven, og spørsmålet knyttet til frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47 vurderes overfor denne delen av lånet. Klager led av en spiseforstyrrelse som medførte overspising. Mesteparten av lånet hadde gått med til innkjøp av mat. Banken visste at klager hadde vært sykmeldt, men ikke årsaken til sykemeldingen. Klagers spesielle diagnose var banken helt ukjent med. Klager hadde oppgitt at lånene skulle dekke utgifter ved salg av en pantsatt bolig. Bankklagenemnda kom til at det ikke var i strid med finansavtaleloven § 47 eller avtaleloven § 36 å gjøre låneansvaret gjeldende. Banken kunne ikke ta risikoen for at kunden brukte lånet på annet enn det som var forutsatt, selv om dette skyldtes hans sykdom, særlig når dette ikke var synbart for banken. Det kunne ikke være bankens risiko at klager ikke klarte å disponere over sine midler på grunn av sin sykdom.

Spørsmålet om hvorvidt manglende personlige forutsetninger kunne utløse en frarådningsplikt kom videre opp i uttalelse inntatt i BKN-2010-142. Her anførte klager at han var ”sinnsykt motivert” ved låneopptaket. Klager tok i desember 2008 opp tre lån i banken på til sammen kr 680 000 til finansiering av to ATV-er (firehjuls motorsykler) og en bil. Låntakers mor hadde vært i kontakt med banken og fortalt at klager var syk, muligens med bipolar lidelse. Klager selv fremstod som frisk og hadde troverdige forklaringer på investeringene og behovet for finansiering. Med unntak av opplysningene fra klagers mor, hadde ikke banken noen indikasjoner på at låntaker var psykisk syk. Bankklagenemnda kom til at banken ikke hadde plikt til å legge vekt på opplysningene som var gitt av låntakers mor. Etter nemndas syn forelå det ikke ”andre forhold” som måtte tilsi at klager alvorlig burde avstå fra å ta opp lånet. Det kan her spørres om banken her ikke i det minste burde ha konfrontert forbruker med opplysningene de hadde mottatt for å gå klar av frarådningsplikten. Sitter kredittgiver inne med slik informasjon, kan det være at disse i det minste må undersøkes etter finansavtaleloven § 46b. En plikter å ha et forsvarlig grunnlag for å vurdere forbrukers kredittverdighet. En slik betraktning ble ikke vektlagt av nemnda, og forbruker fikk ikke lempet sin kredittavtale. Uttalelsene oppstiller da en relativt høy terskel for når slike forhold får virkning.

I enkelte tilfeller vil en persons manglende forutsetninger for å oppfylle en kredittavtale likevel få gjennomslag. BKN-2004-66 gjaldt en lettere mentalt handikappet person som stilte kausjon. At han var mentalt handikappet måtte være synbart for banken, i alle fall siden de kjente til at han mottok lønn fra et arbeidssenter for yrkeshemmede. Saken aktualiserte frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 60 (2). I saken anførte begge parter denne bestemmelsen som rettslig grunnlag, men Bankklagenemnda kom til at lånet måtte lempes etter avtaleloven § 36. Det er likevel sannsynlig at om en låntaker er synbart mentalt handikappet, vil dette være ”andre forhold” som banken må legge vekt på i en vurdering om frarådning etter finansavtaleloven § 47.

De to sakene BKN-2004-66 og BKN 2010-142 viser at det er en flytende overgang mellom hva som kan regnes som ”andre forhold” i finansavtaleloven § 47 og hva som heller bør sorteres under de alminnelige avtalerettslige ugyldighetsreglene. I sakene er begge regelsett anført, og vurderingene blir til dels sammenfallende.

Alt i alt må vurderingen bli konkret. Praksis er svært fragmentert og gir et begrenset grunnlag for å trekke generelle konklusjoner om hvilke ”andre forhold” på låntakers side som er relevante.¹⁰⁸

5.4 Terskelen for frarådningsplikten

Ovenfor har jeg drøftet hvilke momenter som er aktuelle i en vurdering. Det videre spørsmål blir hvor høy terskelen er for at frarådningsplikten skal utløses.

Terskelen for å konstatere et brudd på frarådningsplikten knyttes til en vurdering av om forbruker ”alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten”.

En fortolkning av ordlyden peker igjen på en skjønnsmessig vurdering. Vurderingen av når en frarådningsplikt utløses vil som utgangspunkt i hovedsak bero på en vurdering av om det foreligger et misforhold mellom størrelsen på lånet som ytes, avdragsprofilen og

¹⁰⁸ Hansen (2005) side 246.

forbrukers økonomiske stilling.¹⁰⁹ Jo større dette misforholdet er, jo høyere sannsynlighet er det for at terskelen for frarådningsplikten er overskredet.

At forbruker ”alvorlig” bør overveie å avstå fra låneopptaket fremstår etter sin ordlyd som et strengt kriterium som det skal mye til for å oppfylle. I forarbeidene til frarådningsplikten i kredittkjøpsloven § 9a ble det foreslått å ikke innta et alvorlighetskrav i bestemmelsen. Dette ble foreslått fordi mindre summer, som det ofte er i kredittkjøp, etter Banklovkommisjonens syn kunne tenkes å falle utenfor denne strenge normen.¹¹⁰ Dette forslaget ble ikke fulgt opp av departementet.¹¹¹ Etter departementets syn vil det kunne være grunn til å ”alvorlig” overveie å avstå fra å ta opp selv mindre kreditt.¹¹² Størrelsen på kreditten sett i forhold til størrelsen på lånet kan være veiledende i vurderingen av om frarådningsplikten er brutt.¹¹³ Dette kan likevel ikke være avgjørende ved alvorlighetsvurderingen. Vurderingen vil igjen bli konkret.

Fordi det er vanskelig generelt å beskrive hvor høy terskelen for å utløse en frarådningsplikt er, kan det være hensiktsmessig å gå bredt ut og se på hvordan frarådningsplikten praktiseres statistisk sett.

Som beskrevet i punkt 3.1.3, får de fleste tvister knyttet til spørsmålet om brudd på frarådningsplikten sin løsning i Bankklagenemnda. Som illustrasjon på hvordan regelen praktiseres, kan en se på Bankklagenemndas uttalelser fra 2009.¹¹⁴ Av alle de 25 uttalelsene knyttet direkte til spørsmålet om kredittgivers frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47, gis forbruker delvis medhold i to saker¹¹⁵ og fullstendig medhold i én¹¹⁶. Det vil si at det i 2009 ble gitt fullstendig medhold i 4 % av sakene og

¹⁰⁹ NOU 1994:19 side 55.

¹¹⁰ NOU 2007:5 side 59

¹¹¹ Ot.prp. nr.22 (2007-2008) side 60.

¹¹² Ot.prp. nr.22 side 60.

¹¹³ NOU 1994:19 side 55.

¹¹⁴ Bankklagenemnda (2009) side 28-36.

¹¹⁵ BKN 2009-40 og BKN 2009-92.

¹¹⁶ BKN 2009-76.

delvis medhold i 8 %. I hele 88 % av tvistene knyttet til frarådning gikk uttalelsene i forbrukers disfavør. En mulig forklaring på dette kan være at mange velger å prøve sin sak for Bankklagenemnda da dette medfører liten risiko og kostnad for forbruker. Forholdstallene kan likevel tyde på at det er en høy terskel for å få medhold i påstand om manglende frarådning etter finansavtaleloven § 47. Det bemerkes at eksemplet kun er ment som en illustrasjon, og at det ikke kan tas til inntekt for annet enn dette.

5.5 Forholdet til forklaringsplikten i § 46c

Finansavtaleloven § 46c pålegger kredittgiver en plikt til å forklare innholdet av kredittavtalen til forbruker før avtalen inngås.

I tilfeller der forbrukers kredittverdighet er lav, vil forklaringsplikten etter § 46c vise sin side til frarådningsplikten i § 47. En kredittavtale vil ikke passe til forbrukers finansielle situasjon om hans kredittverdighet er svak.¹¹⁷ Tilsier situasjonen at forbruker alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten, vil kredittgiver ha en plikt til å forklare dette til forbruker etter § 46c, og deretter fraråde et låneopptak etter § 47. I forarbeidene uttales det at ”en frarådning vil være en direkte måte å forklare forbrukeren at hans økonomiske evne tilsier at han bør være forsiktig med å inngå en kredittavtale ...”¹¹⁸ Problemstillingene er nært knyttet opp mot hverandre.

Regelen om forklaringsplikt ble inntatt i finansavtaleloven for å gjennomføre direktiv 2008/48/EF artikkel 5 nr. 6 i norsk rett. Bestemmelsen pålegger kredittgiver å gi forbruker en ”fyllestgjørende forklaring”, slik at han er i stand til å vurdere om den forslåtte kredittavtalen passer til hans behov og finansielle situasjon. Forklaringsplikten tar sikte på å sikre at forbruker får et grunnlag for å vurdere hvor egnet kredittavtalen er for ham.¹¹⁹

¹¹⁷ NOU 2009:11 side 61.

¹¹⁸ NOU 2007:5 side 48, jf. NOU 2009:11 side 61.

¹¹⁹ Prop. nr 65 (2009-2010) side 90.

Kredittgiver skal gi forklaring på innholdet av en rekke positivt angitte opplysninger i finansavtaleloven § 46a knyttet til kredittavtalen. Videre skal kredittgiver forklare kredittavtalens viktigste egenskaper og konsekvensene av blant annet mislighold, jf. § 46c. Hvor omfattende forklaringen av de ulike opplysningene må være avhenger av kredittavtalens innhold og kompleksitet, forbrukerens evne til å vurdere mottatte opplysninger og hvor stor betydning kredittavtalen kan antas å få for forbrukerens økonomiske situasjon.¹²⁰ Viser forbrukeren tydelig at han forstår opplysningene som blir gitt, vil forklaringsplikten kunne begrense seg til kun en kort redegjørelse rundt de enkelte momentene. Har forbrukeren derimot manglende evne til å forstå opplysningene gitt av banken, kan det stilles skjerpede krav til forklaringene som gis.¹²¹

Det stilles ikke opp noen formkrav til forklaringsplikten. Forklaringene fra kredittgiver må i det enkelte tilfelle gis slik det er hensiktsmessig sett opp mot kredittavtalen og forholdene på forbrukers side.¹²²

Det er ikke inntatt særskilte bestemmelser i loven om sanksjoner for brudd på forklaringsplikten.¹²³ Et eventuelt brudd må sanksjoneres etter alminnelige avtalerettslige regler om ugyldighet eller avtalerevisjon, herunder avtaleloven § 36.¹²⁴

5.6 Krav til hvordan frarådningsplikten skal gis

Er vilkårene for frarådningsplikten oppfylt, kan det spørres om *hvordan* denne frarådningsplikten skal gis. Dersom kredittgiver kunne gitt en generell frarådning til alle forbrukere, eller dersom frarådningsplikten kunne gis i vage former, ville ikke regelen fungert etter sitt innhold.

Den første problemstillingen blir hvilke formkrav som stilles til en frarådning. Den andre problemstillingen blir hvilket faktisk innhold en frarådning må ha.

¹²⁰ NOU 2009:11 side 61.

¹²¹ NOU 2009:11 side 61.

¹²² Prop. nr. 65 (2009-2010) side 90.

¹²³ Prop. nr. 65 (2009-2010) side 91.

¹²⁴ Prop. nr. 65 (2009-2010) side 91.

Med hensyn til *formkrav*, bestemmer ordlyden i finansavtaleloven § 47 at underretningen om frarådning skal skje skriftlig. Kravet til skriftlighet er absolutt. Gis ikke frarådningen skriftlig, kan den da ikke anses avgitt.

Hensynet bak dette skriftlighetskravet er å understreke alvoret i frarådningen og å sikre notoritet for at frarådningsplikten er overholdt. Den skriftlige frarådningen gir også forbruker et klart og oversiktlig grunnlag for å overveie om han ønsker å følge frarådningen.¹²⁵

Skriftlighetskravet er ikke til hinder for at elektronisk kommunikasjon benyttes, jf. finansavtaleloven § 8 (1). Kredittgiver kan likevel ikke ubetinget benytte elektronisk kommunikasjon. Det stilles som krav at ”kunden ønsker dette”. Gis meldinger fra kunden til kredittgiver elektronisk, vil kunden anses for å ha godtatt bruk av elektronisk kommunikasjon i forholdet til kredittgiver. Ved meldinger fra kredittgiver til kunden må kunden på forhånd uttrykkelig akseptere at elektronisk kommunikasjon benyttes.¹²⁶ Dette støtter opp om formålet om å sikre at opplysningene gis på en tydelig måte.¹²⁷ I dag benyttes elektronisk kommunikasjon i stor grad. Det forutsettes at terskelen for hva som regnes som en gyldig aksept av elektronisk kommunikasjon er noe lavere enn da forarbeidene ble skrevet i 1999.

Finansavtaleloven § 47 stiller videre opp et krav om at ”underretningen så vidt mulig også gis muntlig”. Muntlighetskravet ble inntatt blant annet for å gjøre frarådningsplikten enda mer effektiv.¹²⁸ Kombinasjonen av skriftlig og muntlig frarådning skal tydeliggjøre at kredittopptaket skjer på forbrukers egen risiko.¹²⁹ Det vises til at den muntlige frarådningen i seg selv vil kunne bidra til å redusere antall mislighold og dermed også redusere mulig tap for kredittgiverne.¹³⁰ Forarbeidene

¹²⁵ Se NOU 2007:5 side 59, referert i Ot.prp. nr 22 (2007-2008) side 56.

¹²⁶ Ot.prp nr. 41 (1998-1999) side 24.

¹²⁷ Ot.prp nr. 41 (1998-1999) side 24.

¹²⁸ NOU 2009:11 side 64.

¹²⁹ NOU 2009:11 side 64.

¹³⁰ Prop. nr. 65 (2009-2010) side 91.

uttaler seg ikke om hva en slik muntlig frarådning innebærer, men det kan tenkes at et rådgivningsmøte eller en telefonsamtale i forbindelse med den skriftlige frarådningen er tilstrekkelig.

Underretningen foretas muntlig så vidt det mulig. Kriteriet må antas å virke som et forbehold for situasjoner hvor kunden ikke kan møte opp fysisk eller har mulighet til telefonisk kontakt. Kriteriet gjør at kravet til muntlighet ikke er absolutt. Ordlyden peker likevel antitetisk på at det kun er i de tilfeller hvor det er tilnærmet umulig å få gitt en muntlig frarådning at kravet ikke må følges. Normen er da streng.

Når en frarådning har skjedd både skriftlig, og så vidt mulig muntlig, må forbruker ”ved signatur” bekrefte at han skriftlig og muntlig er blitt frarådet, jf finansavtaleloven § 47 første ledd siste punktum. Forarbeidene presiserer ikke nærmere hva kriteriet innebærer. I praksis vil nok forbruker skrive under på et fysisk dokument med en påtegning om at frarådning er gitt.

Det neste spørsmålet blir hvilket *innhold* selve frarådningen må ha. Ordlyden i finansavtaleloven § 47 gir ingen henvisninger om dette. I NOU 2007:5, om innføring av frarådningsplikt i kredittkjøpsloven, uttales det at frarådningen må være konkret utformet til den enkelte kredittkunde. En kredittgiver må derfor utforme en frarådning som er tilpasset forbrukers individuelle situasjon. Det stilles krav om en individualisert og tydelig frarådning.¹³¹

At frarådningen skal være individualisert kan i dag kanskje også utledes ved en parallell til den såkalte ”forklaringsplikten” som følger av finansavtaleloven § 46c, se pkt 5.5. Når en oppstiller en slik forklaringsplikt for opplysningene som gis ved inngåelsen av lånet, er det sannsynlig at en også stiller visse krav til forklaringene rundt frarådningen.

Frarådningsplikten vil da *ikke* være oppfylt om kredittgiver har inntatt en standardformulering om frarådning i avtaledokumentet til alle eller større grupper

¹³¹ NOU 2007:5 side 59.

kunder eller i et annet dokument som gis til kredittsøkere.¹³² En institusjon kan ikke omgå frarådningsplikten ved å gi generelle frarådningsplikt.

¹³² NOU 2007:5 side 59.

6 Rettsvirkningene av brudd på frarådningsplikten

6.1 Innledning

Har ikke kredittgiver frarådet et låneopptak i et tilfelle hvor han er pålagt å gjøre dette, kan forbrukerens forpliktelser ”lempes for så vidt det finnes rimelig”, jf. § 47 tredje ledd. Problemstillingen blir da hvilke rettsvirkninger brudd på frarådningsplikten kan få.

Problemstillingen vil ha flere sider. Jeg vil først kort presentere de ulike former for lempning som er aktuelle, før innholdet av rimelighetvurderingen drøftes. Så drøftes spørsmål knyttet til årsakssammenheng. Tilslutt ses det på hvordan lempning foretas i praksis.

6.2 Former for lempning

Den første problemstillingen blir hvilke former for lempning som kan være aktuelle ved et brudd på frarådningsplikten.

En lempning av forbrukers forpliktelser kan foretas på ulike måter. Det kan skje ved at en restfordring reduseres, ved at renten reduseres eller bortfaller, eller ved at nedbetalingstiden forlenges. En eller flere av disse reaksjonene kan også kombineres.¹³³ Andre former for lempning kan også tenkes. Domstol eller bankklagenemnda gis her en vid skjønnsmessig margin til å fastsette en reaksjon som er tilpasset til den enkelte sak.

Tap som ikke kan avbøtes ved lempning av lånet må rettes etter alminnelige erstatningsrettslige regler.

¹³³ NOU 1994:19 side 56.

6.3 Rimelighetsvurderingen

Vilkårene for å utløse frarådningsplikten er i utgangspunktet objektive, se punkt 5.3. Selve frarådningsplikten vil for eksempel i stor grad kunne inntre uavhengig av for eksempel forbrukers egen aktsomhet.¹³⁴ Selve lempningen kan på derimot kun ilegges så vidt dette finnes *rimelig*. Vurderingen får da et subjektivt preg.¹³⁵

Problemstillingen videre blir hva som er det materielle innhold av denne rimelighetsvurderingen.

Rimelighetsvurderingen er knyttet til spørsmålet *om* og i tilfelle *hvor mye* det skal lempes etter det er påvist brudd på frarådningsplikten. Bærebjelkene i rimelighetsvurderingen er momentet om grovhet i overtredelsen og momentet om forbrukers egen aktsomhet. Tanken bak lempningen må være å rette opp den uheldige situasjon den uforsvarlige kredittavtalen har skapt. Dette må bero på en helhetsvurdering hvor det ikke kan oppstilles en uttømmende liste over relevante momenter.

Et viktig moment i vurderingen er, som nevnt ovenfor, hvor grov overtredelsen av frarådningsplikten var.¹³⁶ Det må her tas til stilling til *graden* av alvorlighet i bruddet på frarådningsplikten. En kan tenke seg en glideskala, hvor en på den ene siden har de mer unnskyldelige unnlater for å fraråde, for eksempel et brudd på muntlighetskravet. Videre er det en gradvis overgang til de tilfeller hvor frarådning åpenbart var påkrevd.¹³⁷

BKN-2002-24, som er nevnt over i punkt 5.3.2, kan tjene som eksempel. Bankklagenemnda uttalte her at klager utvilsomt burde ha vært frarådet fra kredittopptaket. At forbruker fikk innvilget et høyt lån, samtidig som han var 100 %

¹³⁴ Hveem (2005) side 115.

¹³⁵ Hansen (2005) side 248.

¹³⁶ NOU 1994:19 side 56.

¹³⁷ Se også Hansen (2005) side 249.

uføretrygdet, var etter Bankklagenemndas syn et alvorlig brudd på frarådningsplikten. Dette ble da tillagt vekt ved lempningen. Klager fikk her redusert sitt restlån med 50 %.

Også uttalelse inntatt i BKN 2008-44 tyder på at bruddets grovhet er et viktig moment i en vurdering av om og hvor mye som skal lempes. Saken dreide seg om et par som tok opp førstehjemslån på kr 602 500 for kjøp av en borettslagsleilighet. Andel fellesgjeld var på kr 2 160 000. I sin kredittvurdering hadde banken konkludert at paret akkurat ville klare å betjene et lån på 602 500 kr. De hadde imidlertid ikke regnet med andelen av fellesgjeld på kr 2,1 millioner. Paret klarte ikke å betjene kravet på kr 2,8 millioner. Bankklagenemnda bygde i avgjørelsen på at banken burde ha avdekket at den samlede gjeldsbelastningen ville bli kr 2,8 millioner og ikke kr 602 500. Dette var en grov feil ved kredittvurderingen. En bank må vektlegge parets synbare totale gjeld.

Bankklagenemnda kom her frem til at lånet måtte lempes fullt ut. En ser igjen at grovheten av bruddet på frarådningsplikten blir et viktig moment.

Andre momenter som nevnt under punkt 5.3 vil videre kunne være relevante i vurderingen av overtredelsens grovhet.

Selve frarådningsplikten for kredittgiver vil, som nevnt ovenfor, i stor grad kunne inntre uavhengig av forhold på forbrukers side. Forbrukers egne forhold kommer i hovedsak først inn ved rimelighetsvurderingen.¹³⁸ Har ikke forbruker vært tilstrekkelig aktsom ved låneopptaket, er det mindre grunn til å lempe kredittavtalen til fordel for forbruker. Dersom forbruker for eksempel må ha forstått at han ikke ville kunne betale lånet etter kredittavtalens vilkår, vil dette redusere betydningen av den manglende frarådningen og dermed tale imot lempning.¹³⁹ Det ville neppe vært rimelig om forbruker fikk lempet sin kredittavtale i slike tilfeller.

Et eksempel på at forbrukers egen aktsomhet er et viktig moment i rimelighetsvurderingen kan finnes i BKN-2008-54. Saken dreide seg om hvorvidt en bank hadde frarådningsplikt i forbindelse med et billån. Bankklagenemnda bygde i

¹³⁸ Hveem (2005) side 115.

¹³⁹ NOU 1994:19 side 56.

avgjørelsen på at banken ikke hadde foretatt grundige nok undersøkelser før lånet ble innvilget. Dette måtte sies å utløse en frarådningsplikt. Ved spørsmål om omfanget av lempningen kom Bankklagenemnda til at restgjelden skulle reduseres med kr 75 000, noe som utgjorde ca halvparten av restgjelden. Ved vurderingen av omfanget av lempningen ble det blant annet lagt vekt på at forbruker selv måtte forstå at hun ville få en stor gjeldsbelastning. Dette hensyn talte for at forbruker måtte dekke noe av sitt restlån selv.

Har kunden bevisst feilinformert finansinstitusjonen om sine økonomiske forhold, vil derimot lempning være utelukket.¹⁴⁰ Selv om lånet skulle vært frarådet om de reelle forhold hadde vært lagt til grunn, kan ikke kredittgiver i slike tilfeller ha ansvar for tapet på kundens hånd, se bla BKN-2003-97. Har forbruker opptrådt culpøst overfor banken, vil hensynet til banken veie tyngst i en rimelighetsvurdering.

6.4 Årsakssammenheng.

For at lempning skal kunne foretas, må det videre antas at det kreves en tilstrekkelig årsakssammenheng mellom den manglende frarådning og de inntrådte betalingsproblemer.¹⁴¹ Dette kausalitetskravet kan ikke sies å fremgå direkte av bestemmelsens ordlyd. Kravet til årsakssammenheng må sies å kunne følge av at lempning bare finner sted ”så vidt det finnes rimelig”. Det vil neppe være rimelig om forbruker får lempet sitt lån i tilfeller hvor det ikke er noen sammenheng mellom de inntrådte betalingsproblemer og den manglende frarådning.

Problemstillingen i det videre blir hvilken årsakssammenheng som må kreves mellom den mangelfulle frarådningen og betalingsproblemene.

Det må påpekes at spørreundersøkelsen inntatt i kapittel 7 kan tyde på at forbruker sjelden eller aldri tar hensyn til en frarådning.¹⁴² Om dette ble lagt til grunn i denne

¹⁴⁰ NOU 1994:19 side 56.

¹⁴¹ NOU 1994:19 side 56.

¹⁴² Se også Eliassen (2009) side 33.

vurderingen, ville lempning så godt som alltid være utelukket. Et slikt synspunkt kan ikke sees å bli anlagt av domstolene eller Bankklagenemnda ved vurderingen av spørsmål om årsakssammenheng.

Vurderingstemaet her blir hvor stor sannsynligheten er for at låntakeren ville tatt hensyn til en eventuell frarådning dersom den hadde blitt gitt.¹⁴³ Det oppstilles altså en bevisbasert vurdering for å etablere det hypotetiske hendelsesforløp.

BKN 2003-108 kan tjene som eksempel på hvordan årsakssammenhengen skal oppstilles. Saken gjaldt spørsmålet om banken hadde frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47 overfor låntaker ved et låneopptak på kr 1,6 millioner. Det var på utlånstidspunktet knyttet usikkerhet til låntakers fremtidige lønns- og leieinntekter, og prosjektet fremstod som risikofylt for partene. Bankklagenemnda kom enstemmig til at banken hadde brutt sin frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47. Flertallet i nemnda tok utgangspunkt i rimelighetskriteriet i § 47 og vurderte om den manglende frarådningen skulle få rettslige følger. Klager hadde fått et krav om underskrift på en salgsfullmakt fra banken. Det ble vist til at en skriftlig frarådning neppe ville gitt et sterkere signal enn dette underskriftskravet. Da en overholdelse av frarådningsplikten hypotetisk sett ikke ville ført til et annet resultat, var det ikke rimelig at paret fikk slettet restgjelden. Flertallet kom derfor til at den manglende frarådning ikke kunne få noen rettslige følger i saken. Selv om frarådningsplikten er brutt, må det kunne vises til en sammenheng mellom den manglende frarådningen og kundens økonomiske tap.

Dette synet legges videre til grunn i BKN 2009-151. Klagerne hadde tatt opp et boliglån på ca kr 1,2 millioner i 2007. Andel fellesgjeld var på ca kr 1,3 millioner. Lånet ble betalt i henhold til vilkårene i kredittavtalen, og i 2009 solgte paret sin leilighet med tap. Bakgrunnen for salget kommer ikke frem uttrykkelig i uttalelsen, men det synes å være tale om en normal flyttesituasjon og ikke et salg på grunnlag av parets vanskelige økonomiske situasjon. Klagerne mente etter salget av leiligheten at banken skulle ha frarådet låneopptaket og krevde at restgjelden på kr 270 000 skulle slettes.

Bankklagenemnda fremhevet at det fra bankens side var foretatt en mangelfull

¹⁴³ Hansen (2005) side 249.

kredittvurdering, idet boligutgiftene, med unntak for utgiftene til husleie, var angitt for lavt. Noen lempning av restgjelden på grunnlag av manglende frarådning kunne det likevel ikke være tale om. I sin begrunnelse uttalte Bankklagenemnda at boligen var solgt i et vanskelig marked og at dette var grunnen til at paret led et tap. Den udekkete restgjelden var ikke et resultat av manglende frarådning etter finansavtaleloven § 47, og klagen kunne derfor ikke føre frem. Igjen legger Bankklagenemnda vekt på sammenhengen mellom det økonomiske tapet og den manglende frarådning. Om ikke tapet skyldes den manglende frarådningen, vil det ofte ikke være grunnlag for å lempe lånet.

Bevisbyrden for et slikt hypotetisk hendelsesforløp vil mest sannsynlig påligge finansinstitusjonen.¹⁴⁴

6.5 Lemping i praksis

Jeg har i det videre sett på sanksjonene i alle saker i rettsinstansene og Bankklagenemnda hvor brudd på frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 har blitt konstatert.¹⁴⁵ Formålet med å undersøke dette er å se hva slags reaksjoner som i realiteten ilegges av domstol og Bankklagenemnda i saker om brudd på frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 i praksis.

Da det er få tvister som *kun* knytter seg til en drøftelse av brudd på frarådningsplikten, og da alle saker er individuelt begrunnet, må en være forsiktig med å trekkes generelle slutninger. Omfanget av saker er stort, og det tas forbehold om enkelte feil. Det forsøkes likevel å finne en tendens.

Gjennomgangen viser at det kun er én sak for rettssystemet hvor forbruker har fått medhold¹⁴⁶ av 26 potensielt aktuelle. Denne saken er dom inntatt i RG 2008 side 1508.

¹⁴⁴ Se Rt. 2000 side 679, Hagstrøm (2003) side 167 og 557 og Hansen (2005) side 249.

¹⁴⁵ Søk er foretatt på www.lovdatab.no. Søkekriteriet er angitt til: ”finansavtaleloven § 47”. Innen rammene av en semesteravhandling er det ikke mulig å foreta fullstendige analyse av hver enkelt dom. Det tas forbehold om feil.

¹⁴⁶ RG 2008 side 1508.

I den aktuelle saken var reaksjonen en lempning av et lån fra ca kr 7 millioner til ca. kr 2,8 millioner. Lempningen innebar da en reduksjon av lånet på godt over halvparten.

Ved en gjennomgang av alle saker om frarådningsplikt som har vært oppe for Bankklagenemnda viser søk at det har blitt konstatert brudd på frarådningsplikten i 12 av 98 potensielt aktuelle uttalelser.¹⁴⁷ Ti av de 12 gir forbruker fullstendig eller delvis medhold.¹⁴⁸ I sakene blir lånet lempet i ulik grad opp til en fullstendig ettergivelse av restlånet. To av de 12 uttalelsene påviser brudd på frarådningsplikten, men setter erstatningen til null.¹⁴⁹ I disse to sakene er det særlig hensynet til manglende årsakssammenheng som er fremtredende.

Ser en spesielt på uttalelser fra Bankklagenemnda i 2009 finnes et lignende mønster. Bankklagenemnda gir i én sak fullstendig medhold til forbruker¹⁵⁰ og to gir forbruker delvis medhold, se punkt 5.4.¹⁵¹ I BKN 2009-76 blir forbrukers restgjeld lempet i sin helhet. I BKN 2009-40 ettergis en skjønnsmessig andel av en restgjeld satt til kr 95 000, og i BKN 2009-92 fant Bankklagenemnda det rimelig at halvparten av restgjelden ble slettet. Lempningen skjedde også her i form av en økonomisk lempning av et lån.

Et interessant funn ved gjennomgangen av Bankklagenemndas reaksjoner er at lempning *kun* har skjedd ved økonomiske reaksjoner. Dette selv om forarbeidene forutsetter at også andre reaksjoner enn økonomisk lempning av lånet kan foretas.¹⁵² Reaksjoner som for eksempel at nedbetalingstiden forlenges eller at vilkårene i kredittavtalen endres er ikke benyttet i noen saker.

¹⁴⁷ Søk er foretatt på www.lovdatab.no. Søkekriteriet er angitt til: ”finansavtaleloven § 47”. Innen rammene av en semesteravhandling er det ikke mulig å foreta fullstendige analyser av hver enkelt dom. Det tas forbehold om feil.

¹⁴⁸ BKN 2002-24, BKN 2007-60, BKN 2007-155, BKN 2008-44, BKN 2008-54, BKN 2009-40, BKN 2009-76, BKN 2009-83, BKN 2009-92 og BKN 2010-96.

¹⁴⁹ BKN 2003-108 og BKN 2010-76.

¹⁵⁰ BKN 2009-76.

¹⁵¹ BKN 2009-40 og BKN 2009-92.

¹⁵² NOU 1994:19 side 56.

Bankklagenemnda synes å tilstrebe at reaksjonene er tilpasset den konkrete situasjon. Et par hovedlinjer kan likevel trekkes. Det kan synes som om nemnda ofte reduserer gjelden med ca halvparten i tilfeller der det påvises brudd på frarådningsplikten, men kunden selv må sies å ha medvirket til situasjonen.¹⁵³ Dette er gjennomgående den mest anvendte reaksjon. I de tilfeller hvor en kan peke på grovere brudd på frarådningsplikten – der kredittgiver har vært uforsvarlig – har Bankklagenemnda latt lånet falle bort i sin helhet.

¹⁵³ Se også Hveem (2008) side 158.

7 Undersøkelse av bankers utlånspraksis

7.1 Om undersøkelsen

For å få et innblikk i bankers holdninger til og deres praksis ved bruk av frarådningsplikten, har jeg foretatt en enkel undersøkelse der jeg har stilt 12 større banker i Norge spørsmål om deres utlånspraksis. Hovedhensikten med undersøkelsen er å se hvilke formål og hensyn frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 i realiteten ivaretar.

Metoden for undersøkelsen er beskrevet under punkt 3.2. I korte trekk ble det gjort en kvalitativ, spørreskjema-basert undersøkelse med bruk av dataverktøyet Questback.

Av de 12 bankene som fikk tilsendt undersøkelsen valgte tilslutt to banker å besvare denne. At ikke flere banker valgte å delta er en klar svakhet, men i seg selv et interessant trekk ved undersøkelsen. Svarene fra de bankene som har deltatt kan likevel illustrere enkelte av avhandlingens poenger, og jeg har derfor funnet det hensiktsmessig å inkludere en kort presentasjon av undersøkelsen. Da antallet respondenter er lavt, vil kun et mindre utvalg av undersøkelsens funn bli presentert.

Innledningsvis kan det påpekes at bankene generelt var skeptiske til å svare på spørsmål knyttet til frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47. Dette er åpenbart når bare to av 12 banker besvarer spørreundersøkelsen. Bankene som ikke har ønsket å delta i undersøkelsen har for det første begrunnet dette med at de ikke har de nødvendige opplysninger tilgjengelige for å besvare en slik undersøkelse. Videre har de svart at det bryter med bankens policy å gi ut tallmateriale utover det som allerede er offentlig. Dette til tross for at kun få spørsmål gjelder statistiske opplysninger. Den mest utbredte begrunnelsen har vært at banken på grunn av tid og arbeidsmengde ikke har hatt mulighet til å besvare undersøkelsen.

Underliggende kan det være mulig at den generelle tilbakeholdenheten ligger i at bankene i kjølvannet av finanskrisen har vært utsatt for mye kritikk for manglende kontroll på sin utlånsvirksomhet. Dette kan kanskje tilsi at de ønsker å være forsiktige med å gi ut informasjon som muligens kan utsette dem for ytterligere kritikk.

En må likevel tro at de begrunnelser bankene har gitt for ikke å besvare undersøkelsen stort sett er reelle. Undersøkelsen var til en viss grad tidkrevende å besvare, og spørsmålene forutsatte en viss innhentning av informasjon.

Begge bankene som valgte å besvare undersøkelsen har gjort dette anonymt. Bankene vil bli betegnet som ”bank A” og ”bank B”. Begge er større norske banker og er sammenlignbare i virksomhet og størrelse.

7.2 Presentasjon og vurdering av svar på undersøkelsen

Bankene oppgir at kun et fåtall av deres forbrukere som søker om lån får en frarådning. Bank A svarer at 5 % av forbrukere som søker om lån frarådes å ta opp lånet. Bank B anslår tallet til maksimalt å være 1 %. Ut fra deres tall om utlån til forbrukere, tilsier dette at disse to bankene til sammen fraråder anslagsvis 250 personer i året å ta opp lån. Selv om forholdstallene er lave viser dette at et moderat antall personer en frarådning fra disse to bankene hvert år.¹⁵⁴

Videre er det spurt om hvor mange forbrukere som likevel ønsker å ta opp lån etter å ha blitt frarådet et låneopptak. Her svarer bank A at ”tilnærmet alle” forbrukere som får en frarådning likevel velger å ta opp lånet. Tilsvarende svarer bank B at ”så å si alle” forbrukere hos dem velger å ta opp lånet. Dette er et interessant funn fordi det peker på at frarådningen ikke fungerer etter hovedformålet som er angitt i punkt 2.3. At to store norske banker er såpass samstemte kan underbygge at funnene stemmer overens med virkeligheten.¹⁵⁵ Om forbrukere sjelden eller aldri velger å følge den frarådningen de

¹⁵⁴ Se også Kredittilsynet (2007) hvor lignende forholdstall legges til grunn.

¹⁵⁵ Se også Eliassen (2009) side 33.

har fått, kan dette tyde på at forbrukeren i de enkelte tilfeller ikke tar hensyn til bankens råd. Alternativt er frarådningsplikten ikke tydelig nok for forbruker.

I forarbeidene til finansavtaleloven blir det fremhevet at en sidevirkning av frarådningsplikten vil være at den vil fungere som et incentiv for kredittgiver til å unngå å gi lån til forbrukere som ikke har en realistisk oppfatning av sin økonomi, se punkt 2.3.¹⁵⁶ Ved spørsmål om hvilke bånd finansavtaleloven § 47 legger på bankenes utlånspraksis, svarer bank A at frarådningsplikten gjør at banken ”er påpasselig med ikke å gi lån som kunden ikke klarer å betjene”. Bank B svarer at den gjør banken ”mer oppmerksom på høy gjeldsgrad og trigger oss til å be kunden revurdere låneopptaket i de tilfeller der vi ser at det kan bli tungt for kunden å betjene gjelden”. Disse svarene kan tyde på at frarådningsplikten har sin reelle effekt ved nettopp å normere bankenes adferd, noe som igjen kan lede til en mer forsvarlig utlånsvirksomhet i tråd med det som ble ønsket fra politisk hold.

Av fordeler med en lovfestet frarådningsplikt fremhever bank A at en frarådningsplikt vil gjøre det lettere for forbruker å skjønne at et lån er for stort. Bank B mener at deres egeninteresse sikres ved at de fraråder der det er på sin plass. Med dette menes trolig at bankene selv også vil spare kostnader på at de blir mer oppmerksomme på ikke å gi ut lån til forbrukere som ikke vil ha evne til å betjene dette. En kredittgiver vil ha store relative kostnader knyttet til en forbruker som ikke kan betjene sitt lån. Ved at slike lån unngås, vil kredittgiverne kunne oppnå en mindre andel dårlige betalere blant sine lånekunder. Begge bankene svarer at frarådningsplikten ikke medfører noen ulempe for bankene ved driften av sin utlånsvirksomhet. Dette siste svar kan tyde på at bankene er fornøyd med frarådningsplikten slik den er i dag. Svaret kan på den annen side virke som et uttrykk for at bankene ikke ønsker å fremme kritikk mot dagens rettstilstand.

Fordi utvalget av respondenter er såpass lite, vil ikke øvrige svar fra undersøkelsen bli presentert. De funn som det er redegjort for over er likevel med på å illustrere hvilken effekt frarådningsplikten i realiteten har.

¹⁵⁶ NOU 1994:19 side 55.

8 Avsluttende kommentarer – en rettspolitisk vurdering av frarådningsplikten

I forarbeidene til kredittkjøpsloven § 9a i 2007 uttales det at frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 etter departementets syn fungerer tilfredsstillende.¹⁵⁷

Avslutningsvis kan det knyttes noen korte kommentarer til om frarådningsplikten har vist seg å være en god regel, og om den ivaretar de formål som Stortinget hadde forutsatt.

Det er grunn til å bemerke at når kredittgiver innvilger forbruker et lån med frarådning, gir han i realiteten som oftest et lån til en svak lånetaker. Ved å fraråde et låneopptak risikerer kredittgiver på den ene side at forbruker takker nei til lånetilbudet. Om forbruker likevel ønsker lånet etter å ha mottatt frarådningen, vil kredittgiver på den annen side ikke selv risikere at lånet blir lempet ettertid. En gjennomgang av rettspraksis og uttalelser fra Bankklagenemnda gir ingen eksempler på at noen får sitt lån lempet etter å ha blitt frarådet.¹⁵⁸ Kredittgiver vil da være så godt som ansvarsfri for det uheldige lån, og vil tjene gode penger på et lån han kanskje ellers ikke ville kunne innvilget. Istedenfor at det er kredittgiver som må ta stilling til om forbruker ikke bør ta opp lånet, flyttes valget over til forbruker. Forbruker har kanskje mindre evne til å skjønne virkningene av å ta opp lånet, og får nå ansvaret for å ta valget selv. Finansavtaleloven § 47 kan da medføre at det er enklere for kredittgiver å plassere risikoen på forbruker.¹⁵⁹ At frarådningsplikten kan benyttes som en ansvarsfraskrivelse for kredittgiver vil dermed medføre en motsatt effekt av det en ønsket ved lovens vedtakelse.

¹⁵⁷ Ot.prp. nr 22 (2007-2008) side 60.

¹⁵⁸ Hveem (2005) side 111 for perioden 2001-2005. Gjennomgang av dommer og Bankklagenemndas uttalelser på www.lovdato.no fra 2000-2011 med søkekriteriet ”finansavtaleloven § 47” ga ingen funn. Det tas forbehold om feil.

¹⁵⁹ Hveem (2005) side 118.

Dersom frarådningsplikten hadde påvirket forbrukers vilje slik at han valgte annerledes, ville regelen ha vært med på å verne forbruker. Mye kan likevel tyde på at det motsatte er realiteten. Det antas at de aller fleste forbrukere som får en frarådning likevel velger å ta opp lånet etter at de har blitt frarådet å gjøre dette, se kapittel 7.¹⁶⁰ Selve frarådningsplikten vil derfor ha en begrenset preventiv effekt, da frarådningsplikten tilsynelatende i liten grad påvirker forbrukers vilje til å ta opp det uheldige lån.

Lovendringene av 7. mai 2010 kan være med på å effektivisere selve frarådningsplikten. Den viktigste endring som ble gjort er etter mitt syn at selve frarådningsplikten så vidt mulig nå også må skje muntlig.¹⁶¹ At frarådningsplikten nå må skje både muntlig og skriftlig, vil kunne være med på å gjøre frarådningsplikten mer reell. En muntlig samtale vil i større grad få forbruker til å tenke seg om før lånet tas opp. Forbruker må i dag også signere på at frarådningsplikten har blitt gitt. Dette kan være med på å understreke alvoret i situasjonen og sikre at frarådningsplikten skjer på en forsvarlig måte. At frarådningsplikten nå suppleres av forklaringsplikten i § 46c, vil videre kunne effektivisere virkningen av selve frarådningsplikten. Forbruker vil settes i stand til i større grad å forstå innholdet i kredittavtalen, og får da et bedre grunnlag til å vurdere om han heller ikke bør avstå fra å ta opp lånet. Disse endringene kan være med på å avhjelpe de mangler en har sett ved frarådningsplikten. Da reglene er svært nye, finnes det i dag et for begrenset vurderingsgrunnlag til å si noe om hvordan endringene har påvirket frarådningsplikten i praksis.

Frarådningsplikten er forutsatt å bidra til at bankene blir mer restriktive i sin utlånspraksis, se punkt 2.3. Det finnes i dag imidlertid ikke sikkert grunnlag for å si at det innvilges vesentlig færre uforsvarlige lån i dag enn hva som var tilfelle før bestemmelsen ble innført.¹⁶² Særlig i tiden rundt finanskrisen, hele syv år etter innføringen av frarådningsplikten, ble det gitt ut uheldige lån i stort omfang. Med den økte oppmerksomheten rundt frarådningsplikten de siste år og det høye antall lempninger, antas det at regelen likevel vil kunne påvirke kredittgiver. Undersøkelsen i

¹⁶⁰ Se også Eliassen (2009) side 33.

¹⁶¹ Prop. nr 65 (2009-2010) side 91.

¹⁶² Se Hveem (2005) side 118. Uttalelsene gjelder perioden 2000-2005.

kapittel 7 peker også på dette. Mye kan tyde på at regelen til en viss grad påvirker kredittgiver til å være mer tilbakeholden med å gi ut usikre lån. Dette vil da være en viktig effekt av å ha en lovfestet frarådningsplikt.

Forbruker vil videre ha nytte av frarådningsplikten som en lempningshjemmel i etterkant av låneopptaket. Bestemmelsen medfører at forbruker vil ha en sikkerhetsventil som gir adgang til å søke å få lempet lånet i ettertid. Selv om uforsvarlig långivning vil kunne rammes av avtaleloven §§ 33 og 36 samt de ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold, gir finansavtaleloven § 47 forbruker en direkte hjemmel for å få sitt lån lempet. Frarådningsplikten gjenoppretter da misforholdet mellom kredittgiver og forbruker. Denne effekt er en vesentlig virkning av regelen. At kredittgiver blir oppmerksom på at lån i større grad faktisk lempes kan igjen være med på å styrke regelens preventive effekt.

Regelen er i dag stadig i bruk, med en markant økning de siste år. Etter ti år kan det synes som om regelen har festet seg i større grad og at den, til tross for de svakheter som er fremhevet ovenfor, begynner å etablere seg som en viktig forbrukerregel. En kan forvente en enda høyere grad av bruk av frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 i årene fremover.

9 Kildehenvisninger

Lovregister mv.

Norske lover

- 1918 - Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.
- 1985 - Lov om kredittkjøp m.m. (kredittkjøpsloven) av 21. juni 1985 nr. 82 (OPPHEVET)
- 1999 - Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14.
- 1999 - Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46.

Forarbeider mv.

- 1994 NOU 1994:19. Finansavtaler og finansoppdrag.
- 1999 Ot.prp.nr.41 (1998-1999). Om lov om finansavtaler og finansoppdrag.
- 1999 Innst. O. nr. 84. Innstilling fra justiskommiteen om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).
- 2007 NOU 2007:5. Frarådningsplikt i kredittkjøp.
- 2007 Ot.prp. nr.22 (2007-2008). Om lov om endringer i lov om kredittkjøp m.m. (frarådningsplikt).

2009	NOU 2009:11. Kredittavtaler.
2010	Prop. 65 L (2009-2010). Endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.)
2010	Innst. 211 L (2009-2010). Innstillingen fra justiskommiteen om endringer i finansavtaleloven mv.

Direktiver

2008	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/48/EF av 23. april 2008 om kredittavtaler for forbrukere og om oppheving av rådsdirektiv 87/102/EØF
------	--

Domsregister mv.

Norsk retstidende

Rt. 1959 side 1048

Rt. 1984 side 248

Rt. 1985 side 319

Rt. 1987 side 744

Rt. 1993 side 1482

Rt. 2000 side 679

Rt. 2003 side 1252

Rt. 2004 side 156

Rt. 2006 side 13

Avgjørelser av lagmannsretten

LE-2003-05641

RG 2008 side 1508

Uttalelser fra Bankklagenemnda/Finansklagenemnda Bank

BKN 2002-24

BKN 2003-32

BKN 2003-97

BKN 2003-108

BKN 2003-140

BKN-2004-66

BKN-2004-164

BKN 2006-58

BKN 2007-82

BKN 2007-155

BKN 2008-44

BKN 2008-54

BKN 2008-56

BKN 2008-89

BKN 2009-10

BKN 2009-25

BKN 2009-40

BKN 2009-76

BKN 2009-83

BKN 2009-92

BKN 2009-151

BKN 2010-51

BKN 2010-76

BKN 2010-96

BKN-2010-142

BKN-2010-165

Utenlandsk rettspraksis

Fransk høyesterett. 24. februar 1993. Referert i Recueil Dalloz Sirey 1993 IR 80.

Litteraturliste

Forkortelser funnet i fotnoter finnes i venstre kolonne.

Litteratur

- Hagstrøm (2005) Hagstrøm, Viggo. Kjøpsrett. 2005. 1. utg.
- Hagstrøm, Viggo (2003) Hagstrøm, Viggo. Obligasjonsrett. 2003. 1. utg.
- Zimmer (2006) Zimmer, Frederik. Lærebok i skatterett. 2006. 6. utg.

Artikler

- Eliassen (2009) Masteroppgave. *Bankenes frarådningsplikt overfor låntakere – blir formålet oppfylt?* Universitetet i Tromsø. 2009.
- Hagstrøm (2010) Hagstrøm, Viggo. *Bankers ansvar for finansiell rådgivning, særlig ved formidling av spareprodukter til forbrukere.* Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder. Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år. 2010. Side 62-85.
- Hansen (2005) Hansen, Bjørn Eirik. *Finansinstitusjonenes frarådningsplikt – noen utviklingslinjer.* Tidsskrift for forretningsjus. 2005, side 234-259.
- Hveem (2005) Hveem, Dag Jørgen. *Bankers frarådningsplikt etter den norske*

finansavtaleloven – har den noen fornuftig mening? 8 perspektiver på finansiell rådgivning. Center for kreditret og kapitalmarkedsret. Handelshøjskolen i København. Kreditretsprosjektet 9. 2005, side 100-118.

Hveem (2008)

Hveem, Dag Jørgen. *Finansiell rådgivning og god skikk*. Videregående Kreditret. Center for kreditret og kapitalmarkedsret. Handelshøjskolen i København. Kredit- og kapitalmarkedsretsserien 6. 2008, side 140-183.

Vinje (2006)

Vinje, Eirik H. *Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven*. I: Lov og rett. 2006, side 298-316

Rapporter

Bankklagenemnda (2009)

Årsberetning 2009.

Finansklagenemnda (2011)

Finansielt utsyn 2011.

Kredittilsynet (2007)

Tematilsyn om boligfinansiering. Oppsummering av Kredittilsynets tematilsyn om boligfinansiering i åtte banker i 2007.

Foredrag

Torvund (2008)

Foredrag av Olav Torvund publisert på lydfil på <http://blogg.torvund.net> den 22. august 2008. *Pengekravsrett*.

Annet

Hovedavtale for Bankklagenemnda	Hovedavtale for Bankklagenemnda i kraft oktober 1988. (OPPHEVET).
Avtale for Finansklagenemnda	Avtale for finansklagenemnda i kraft 1. juli 2010.
Vedtekter for Finansklagenemnda	Vedtekter for Finansklagenemnda i kraft 1. juli 2010.
Vedtekter for Næringslivets Konkurransautvalg	Vedtekter for Næringslivets Konkurransautvalg

Nettdokumenter

Finansklagenemnda.no (2011)	<i>Om finansklagenemndas medlemmer.</i> http://www.finansklagenemnda.no/dllvis5.asp?id=1718
Skaar (2008)	Marthe Skaar. <i>Fikk åtte ganger inntekt – tvunget til å selge.</i> 22. juni 2008. http://e24.no/makro-og-politikk/fikk-laane-aatte-ganger-inntekt-br-tvunget-til-aa-selge/2495554

Andre nettsider:

www.lindorff.nowww.lovdatab.nowww.questback.no

Liste over figurer

Figur 1.

Fra: Bankklagenemnda - *Årsberetning*
2009, side 6.