

Lojalitetsplikt ved kausjonsstillelse

Finansinstitusjoners opplysnings- og frarådningsplikt ved inngåelse
av kausjonsavtaler etter finansavtaleloven

Kandidatnr: 282

Veileder: Viggo Hagstrøm

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 16445 ord

06.12.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	INTRODUKSJON TIL TEMA	1
1.2	FORMULERING AV PROBLEMSTILLING OG AVGRENSNINGER	2
1.3	HVA ER EN KAUSJON?	3
1.4	RETTSKILDER	4
<u>2</u>	<u>SKRIFTLIG OPPLYSNINGSPLIKT FØR INNGÅELSE AV KAUSJONSAVTALER – FINANSAVTALELOVEN § 59, 1, BOKSTAV A-H</u>	<u>6</u>
2.1	INNLEDNING	6
2.1.1	UTGANGSPUNKTER	6
2.1.2	RETTSVIRKNINGENE VED BRUDD PÅ OPPLYSNINGSPLIKT. UTGANGSPUNKTER	7
2.2	ALMINNELIG RISIKO, BOKSTAV A	12
2.3	KAUSJONSANSVARETS OMFANG, BOKSTAV B OG C	14
2.3.1	DE LÅN OG KREDITTER OG DET TIDSRUM	14
2.3.2	STØRRELSE ELLER HØYESTE BELØP	17
2.3.3	ANSVAR FOR RENTER OG KOSTNADER	18
2.4	SIDESIKKERHET, BOKSTAV D-F	20
2.4.1	PANT ELLER ANNEN SIKKERHET, BOKSTAV D	20
2.4.2	GJELDSFORSIKRING	22
2.4.3	VERDIEN AV SIDESIKKERHETEN	24
2.5	ELDRE GJELD, BOKSTAV G	26
2.6	ANDRE FORHOLD, BOKSTAV H	28
<u>3</u>	<u>SKRIFTLIG FRARÅDNINGSPLIKT – FINANSAVTALELOVEN § 60</u>	<u>31</u>
3.1	UTGANGSPUNKTER	31
3.2	UNDERRETTELSESPLIKT DERSOM LÅNTAKER ER FRARÅDET, § 60, 1	32
3.3	FRARÅDNINGSPLIKT PGA. FORHOLD PÅ KAUSJONISTENS SIDE, § 60, 2	36
<u>4</u>	<u>FINANSAVTALELOVEN SOM REFORMATOR AV KAUSJONSRETTE</u>	<u>42</u>
4.1	SOSIAL FORMUESRETT	42

4.2	FORMKRAV	43
4.3	REGLNES UTFORMING	44
4.4	ANALOGISK ANVENDELSE AV REGLENE	45
<u>5</u>	<u>LITTERATUR- OG KILDELISTE</u>	<u>47</u>
<u>6</u>		<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Introduksjon til tema

Tema for denne fremstillingen skal være en redegjørelse for og en vurdering av reglene om finansinstitusjoners opplysnings- og frarådningsplikt ved inngåelse av kausjonsavtaler. Reglene er lovfestet i Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 1997 §§ 59, 1 og 60. Lovfestingen innebærer både en kodifisering av gammel rett og en videreutvikling av reglene.

Kausjon er en praktisk viktig form for sikkerhetsstillelse som også er utbredt blant privatpersoner. Den økonomiske risikoen ved å stille kausjon nødvendiggjør klare regler som verner den private kausjonisten. Reglene i finansavtaleloven tar sikte på å oppnå dette.

De kausjonsrettslige reglenes utforming har bakgrunn i motstridende hensyn. Tradisjonelt har effektivitetshensynet stått sterkest. Rettsreglene har båret preg av at det er kausjonens sikringsformål som skal ivaretas. Dette ser vi klart gjennom de strenge krav som har blitt stilt til kausjonistens undersøkelsesplikt og de tilsvarende svake krav til kreditors opplysningsplikt.

I tiden før finansavtaleloven hadde det lenge blitt talt for en reform av kausjonsretten. Carsten Smith påpekte den nedprioritering rettsområdet hadde fått.¹ Kausjonsrettens rettskilder var få og svært lite sammenhengende. De økonomiske nedgangstidene i mellomkrigstiden førte en rekke saker inn for domstolene.² Utviklingen gikk i skjerpene retning for kausjonisten, samtidig som kreditorenes lojalitetsplikter ble redusert. Smith etterlyste rettsavklaring på kausjonsrettens område. Han ønsket en mer differensiert behandling av ulike typer garantier og ikke minst en større anerkjennelse av de sosiale hensyn i forhold til privatkausjonisten.³

Innstramningen i norsk økonomi på slutten av åttitallet viste behov for en egen kontraktslovgivning om finanstjenester, herunder særlig regler til vern av privatkausjonistens interesser.⁴ Den økning som har funnet sted i kredittmarkedet de siste 30 årene har ikke blitt fulgt opp med en tilsvarende rettslig regulering. Det har i stedet utviklet seg retningslinjer i institusjonspraksis, der bruk av

¹ Jfr. Carsten Smith, *Garantikrav og garantistvern (Garantirett III)*, kap IX.

² Noen av disse sakene vil bli omtalt i den videre fremstillingen.

³ Jfr. Smith, s. 422.

⁴ Jfr. NOU 1994 : 19 Finansavtaler og finansoppdrag s. 10-11.

ensidig utformedede standardvilkår var hovedregel. Privatkausjonistens interesser var sjelden ivaretatt i disse.

Mot effektivitetshensynet står hensynet til beskyttelse av kausjonistens interesser og hensynet til forutberegnelighet om utviklingen i kausjonsforholdet.

Finansavtaleloven søker å utforme regler som i større grad enn tidligere ivaretar disse hensynene, uten at dette hemmer kausjonen som sikringsinstrument.

1.2 Formulering av problemstilling og avgrensninger

Formålet med denne fremstillingen ligger på to plan. Som nevnt skal den først og fremst være en redegjørelse for reglene om opplysnings- og frarådningsplikt. Når inntreer plikten og hvilke forhold skal det opplyses om? Hva blir rettsvirkningene dersom institusjonen ikke overholder plikten? Dette behandles i pkt. 2 og 3 for hhv opplysnings- og frarådningsplikt. Jeg vil også prøve å gi en vurdering av reglene. Jeg vil forsøke å vurdere om formålet bak reguleringen er nådd. Har kausjonistens stilling blitt styrket ved lovfesting? Hvor effektiv er reglene for kausjonistens vern? Dette behandles tilslutt i pkt. 4.

Finansavtaleloven gjelder for kausjonsavtaler inngått mellom en finansinstitusjon og en forbruker eller næringsdrivende, jfr. § 1 og § 2. Loven gjelder ikke der begge parter er profesjonelle kredittinstitusjoner, jfr. § 1, 3. Det betyr at de såkalte institusjonsgarantiene eller bankgarantiene ikke reguleres av loven. Kausjonsavtaler der ingen av partene er finansinstitusjoner og der avtalen inngås ved hjelp av megler, omfattes derimot, jfr. § 57, 1 (2). Reglene om opplysnings- og frarådningsplikt i § 59 og § 60 gjelder bare der kausjonisten er en forbruker.

Bestemmelsen i § 1, 1 angir at loven gjelder for avtaler og oppdrag om finansielle tjenester med finansinstitusjon eller lignende institusjon. Lignende institusjoner defineres i 2. ledd. Etter Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner av 1988 (finansieringsvirksomhetsloven) § 1-3 driver en finansinstitusjon finansieringsvirksomhet. Dette defineres i § 1-2 som å yte, formidle eller stille garanti for kreditt eller på annen måte medvirke ved finansiering. En finansinstitusjon vil typisk være en bank.

For at reglene om opplysnings- og frarådningsplikt i §§ 59 og 60 skal få anvendelse på avtaleforholdet, må finansinstitusjonen være kreditor stilt for lån eller annen kreditt, jfr. § 57, 1. Det er denne kreditten kausjonen skal sikre. Realkausjon omfattes også, jfr. 2. ledd.

Forebrukerbegrepet er definert i § 57, 3, jfr. § 2, 1. Dette omfatter en fysisk person som kausjonerer for en annens gjeld, dersom kausjonens formål ikke hovedsakelig er tilknyttet kausjonistens næringsvirksomhet, bokstav a, eller dersom kausjonen består i pant som ikke hovedsakelig har slik tilknytning, bokstav b. Dette betyr at også små næringsdrivende omfattes av kausjonsbestemmelsene. Dette er begrunnet med at disse vil ha tilsvarende behov for den beskyttelse lovens regler innebærer og bør således omfattes.⁵

Fremstillingen vil begrenses til å omfatte kausjonsforhold mellom en finansinstitusjon og en forbruker.

1.3 Hva er en kausjon?

Å stille kausjon innebærer å stille sikkerhet for oppfyllelsen av en annens krav. Kausjonisten forplikter seg til å innfri kravet der debitor for kravet unnlater dette av ulike grunner. Kausjonen kan sammenlignes med en pantstillelse. Begge skal sikre oppfyllelse, men i motsetning til panteheftelsen må dekningen søkes i kausjonistens formueskompleks og ikke i et panteobjekt.

Den tradisjonelle definisjonen angir tre kjennetegn på en kausjon.⁶ For det første er kausjonen en avtale med en som er fordringshaver i et annet avtaleforhold nettopp i dennes egenskap av å være fordringshaver i dette andre forholdet. Forholdet kausjonen skal tjene til sikkerhet for kalles hovedforholdet og kausjonsavtalen blir her en tilleggsavtale, et aksessorium, til hovedforholdet.

For det andre innebærer kausjonsavtalen at det etableres et samskyldnerforhold der kausjonisten og hoveddebitor er solidarisk forpliktet etter hovedfordringen. Men i motsetning til alminnelige samskyldnerforhold er kausjonskravet et betinget krav. Dets aktualitet er betinget av debtors mislighold av hovedkravet. Først ved slikt mislighold kan kausjonisten søkes. Dette kalles subsidiær solidaritet.

For det tredje kjennetegnes kausjonsavtalen ved sitt formål. Sikkerhetsstillelsen er motivert av at sannsynligheten for å få dekning økes. Dette sikringsformålet særpreger privatkausjonene og skiller dem fra andre solidarforpliktelser.

⁵ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) s. 66.

⁶ Jfr. Smith, s. 50.

Sikkerhetsstillelser som oppfyller disse vilkårene regnes som en kausjon etter finansavtaleloven.⁷

Kausjonsstillelsen innebærer primært at hovedforholdet blir sikret, jfr. sikringsformålet. Men i tillegg innebærer den at hovedfordringen blir mer likvid. Den vil være lettere omsettelig fordi den ved kausjonen har blitt et sikrere krav, og den vil gi kreditor enda et formueskompleks å søke dekning i. Dessuten innebærer kausjonen en oppspalting av långiverfunksjonen. Kreditor må yte i henhold til avtalen slik at debitor blir tilført likviditet. Kreditor sitter altså med likviditetstapet. Til gjengjeld overtar kausjonisten en del av risikoen. Vi ser her at kausjonen får to økonomiske virkninger; finansiering og risikodekning.

1.4 Rettskilder

Kausjonsretten er en del av obligasjonsretten. Man kan kanskje kalle den spesiell kontraktsrett. Kausjonen har sitt grunnlag i en avtale og mange av de tradisjonelle avtalerettslige reglene gjelder også her. Kausjonsavtalen er likevel en spesiell avtaletype, hvilket også har skapt behov for særlig lovregulering.

Forarbeidene til loven finner vi først og fremst gjennom Banklovkommisjonens utredning i NOU 1994 : 19 Finansavtaler og finansoppdrag. Utredningen bærer imidlertid preg av mange og store dissenser, noe som også har gitt seg utslag i den endelige loven. Justisdepartementets behandling av saken finner vi i Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven). Denne følger i stor grad opp forslagene fra Kommisjonen. Det samme gjelder Stortingets behandling av lovforslaget, jfr. Innst.O.nr (1998-1999), med unntak av frarådningsplikten etter § 60, der Stortinget sluttet seg til mindretallet i Kommisjonen.

Bortsett fra dette er rettskildene i kausjonsretten få. Det finnes lite teori om temaet ennå, bortsett fra noen spredte bemerkninger i annen litteratur og noen artikler. Det er også få saker som har funnet veien til domstolene. Bankklagenemnda (BKN) har derimot behandlet flere saker og det vil bli redegjort for en del av disse i denne fremstillingen. Selv om nemndas avgjørelser ikke kan ha like stor rettskildemessig verdi

⁷ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 174.

som en Høyesterettsdom, bør de likevel kunne ha vekt som rettskilde.⁸ I hvert fall blir nemndas avgjørelser som regel godtatt av partene, hvilket sier en del om dens autoritet.

⁸ Jfr. uttalelser om rettskildeværdien til nemndsavgjørelser i Rt 1984 s. 248 og Viggo Hagstrøm i *Bankklagenemnda. Nytt liv i gammel juss*. Lov og Rett 1995 s. 503-537 på side 536 flg.

2 Skriftlig opplysningsplikt før inngåelse av kausjonsavtaler – finansavtaleloven § 59, 1, bokstav a-h

2.1 Innledning

2.1.1 Utgangspunkter

Ved inngåelse av kausjonsavtaler er finansinstitusjonen etter finansavtaleloven § 59, pålagt en utstrakt opplysningsplikt overfor kausjonisten. Det alminnelige utgangspunktet i norsk rett er at hver av partene selv bærer risikoen for egne forutsetninger ved avtaleslutning. Imidlertid kan visse situasjoner og særlige hensyn tilsi en nærmere regulering av denne risikofordelingen. Kontraktsmekanismer som avtl. §§ 33 og 36 og regler om ulovfestet lojalitetsplikt i kontraktsforhold, kan til en viss grad regulere dette. Men ofte vil det også være behov for regler som før avtaleslutning kan presisere forholdet mellom partene nærmere. Finansavtaleloven oppnår dette ved å statuere opplysningsplikt.

I kausjonsforhold taler flere hensyn for en slik regulering. Å stille kausjon kan innebære en stor økonomisk risiko for kausjonisten. Kausjoner er ofte langvarige kontrakter, der kausjonistens risiko og hans eksponering vil variere med svingningene i markedet og med begivenheter i hovedforholdet. Han har derfor behov for regler som gjør det lettere å forutberegne sin stilling. I tillegg er mange kausjonister privatpersoner som kausjonerer for lån hos profesjonelle finansinstitusjoner. Dette tilsier også at finansinstitusjonen, som den profesjonelle part bør overta risikoen for en del av kausjonistens forutsetninger ved avtaleslutning.

Forarbeidene til finansavtaleloven fremhever særlig hensynet til forutberegnelighet som begrunnelse for opplysningsplikten: "... det er viktig at kundene i hovedtrekk kjenner, eller i det minste har mulighet til å bli kjent med, viktige sider av

avtalene... før bindende avtale inngås”.⁹ Reglene skal bidra til å gi kausjonisten et så bra grunnlag som mulig for forsvarlig å kunne vurdere om han skal binde seg.¹⁰

Bestemmelsen i § 59, 1 bokstav a-h angir hvilke opplysninger finansinstitusjonen plikter å gi til kausjonisten. Disse skal gis skriftlig før avtale inngås, jfr. § 59, 1.¹¹ Det er imidlertid ikke angitt noe bestemt tidspunkt for når opplysningene må være gitt. Forarbeidene antar at det bør være opp til kausjonisten selv å bestemme hvor lang tid han trenger.¹² Han skal gis tid til å kunne vurdere opplysningene grundig før han binder seg. Forarbeidene poengterer også at loven ikke skal hindre en rask saksbehandling for det tilfelle at kausjonisten allerede er godt kjent med forholdene rundt lånetakers økonomi og risikoen ved å kausjonere. For å imøtekomme disse ulike behovene angir loven bare at opplysningene må gis ”før” bindende avtale inngås. Det må imidlertid antas at institusjonen vil ha behov for å kunne sette en tidsfrist. Utviklingen i hovedforholdet vil være avhengig av at kausjonen blir stilt som forutsatt. Dersom institusjonen gir kausjonisten en rimelig frist som gir kausjonisten god tid til å vurdere engasjementet, må lovens krav anses oppfylt.

I pkt. 2.2 flg. vil det bli gjort rede for det materielle innholdet i 1. ledd bokstav a-h.

2.1.2 Rettsvirkningene ved brudd på opplysningsplikt. Utgangspunkter

Dersom institusjonen overholder sin opplysningsplikt etter § 59 blir opplysningene en del av avtalen, jfr. § 61, 2(3). Det innebærer at både kausjonisten og institusjonen er bundet av opplysningene på avtalerettslig grunnlag slik avtalen fremstår på avtaletidspunktet. Eventuelle endringer må varsles og godkjennes, jfr. § 65.

Brudd på opplysningsplikt er derimot ikke sanksjonert i § 59. Rettsvirkningene må derfor følge av andre regler.

Rettsbrudd kan forekomme i forskjellige former. Man må skille mellom feilinformasjon og unnlattelse av å opplyse. Feilinformasjon innebærer at institusjonen villeder kausjonisten med uriktige eller ufullstendige opplysninger slik at denne kontraherer under gale forutsetninger. Unnlattelse av å

⁹ Jfr. NOU 1994:19 s. 49.

¹⁰ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 158.

¹¹ Jfr. om skriftlighetskravet senere under pkt 4.2.

¹² Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 69.

opplyse foreligger når institusjonen overhode ikke gir noen opplysning. Dette kan dreie seg om at den unnlater å oppklare en villfarelse hos kausjonisten, eller det kan dreie seg om forhold som kausjonisten aldri får vite at eksisterer og som kunne ha hatt betydning å kjenne til. Når unnlattelse fører til ugyldighet kan man snakke om misligholdt opplysningsplikt i egentlig forstand.

Bestemmelsen i § 61 regulerer virkningene av mangler ved kausjonsavtalens innhold og form. Når brudd på opplysningsplikten fører til innholds- eller formmangler angir § 61 noen av rettsvirkningene.

Bestemmelsen i § 61 synes å sondre mellom tre typer opplysninger.¹³ Gyldighetsbetingelser, vilkår og opplysninger, jfr. hhv 1. , 3. og 2. ledd. Rettsvirkningene varierer for de ulike typer opplysning, og det vil derfor være av betydning å avgjøre hvordan informasjonen etter § 59 skal karakteriseres.

For de opplysninger som har status som gyldighetsbetingelser gjelder at brudd på opplysningsplikten fører til ugyldighet, jfr. § 61, 1.¹⁴ Dersom kausjonsavtalen ikke inneholder opplysning om kausjonens størrelse eller høyeste beløp, eller dersom den ikke er inngått skriftlig, så er ikke kausjonsavtalen bindende. Dette viser til opplysningene som skal gis etter § 59, 1 bokstav c.¹⁵

For de opplysninger som kan ha status som vilkår gjelder at disse må være tatt inn i avtalen for å kunne gjøres gjeldende overfor kausjonisten, jfr. § 61, 3. Brudd på opplysningsplikten her innebærer derfor at kausjonisten ikke er bundet av vilkåret. Dersom institusjonen godtgjør at han uttrykkelig har vedtatt vilkåret, jfr. 3. ledd if., kan det gjøres gjeldende til tross for at opplysningsplikten ikke er overholdt. I dette ligger at det må stilles strenge krav til at et slikt vilkår kan anses vedtatt. Forarbeidene påpeker at regelen skal utelukke muligheten for at institusjonen etter avtaleinngåelse kan gjøre gjeldende standardvilkår som ikke var presentert ved avtaleinngåelsen.¹⁶ Det må antas at det skal mye til før et ikke-avtalefestet vilkår kan anses uttrykkelig vedtatt.

Det er ikke angitt hva som skal regnes som et vilkår. Men av opplysningene listet i § 59 vil det bare være individualiseringen av hovedfordringen i bokstav b og ansvar for renter og kostnader i bokstav c, som naturlig kan karakteriseres som vilkår.¹⁷

¹³ Jfr. Viggo Hagstrøm. *Kausjonsretten i forandring*. JV 2003 s. 45-61.

¹⁴ Jfr. den tradisjonelle sontringen mellom betingelser og forutsetninger, der brudd på betingelser førte til ugyldighet.

¹⁵ Unntatt opplysning om renter og kostnader.

¹⁶ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 100.

¹⁷ Jfr. Hagstrøm, JV 2003 s. 56.

Individuelt avtalte vilkår kan også tenkes. Dersom det foreligger slike særskilt avtalte betingelser for kausjonsansvaret følger det av § 61, 3 at disse også må være tatt inn i kausjonsavtalen for å være bindende.

De opplysninger som verken kan beskrives som betingelser eller vilkår reguleres av § 61, 2. Disse skal også omfattes av avtalen, hvilket skjer gjennom forhåndsopplysningen eller ved at de inntas i avtalen, jfr. 1. og 2. pkt.

Det er altså to måter å oppfylle innholdskravet i § 61, 2. Opplysningen kan inkorporeres gjennom forhåndsopplysning eller de kan inntas i selve avtalen. Men det er bare gjennom forhåndsopplysning at opplysningsplikten etter § 59 oppfylt. Det vil altså ikke være tilstrekkelig at opplysningene blir presentert ved avtaleslutning for å oppfylle opplysningsplikten, jfr. tidskravet i § 59, 1.

For de opplysningene som er omfattet av § 59 vil opplysning om alminnelig risiko etter bokstav a, sidesikkerhet etter bokstav d, e og f, eldre gjeld etter bokstav g og andre forhold etter bokstav h, måtte være å regne som opplysninger etter § 61, 2.¹⁸ Bestemmelsen angir imidlertid ikke rettsvirkningen dersom det ikke opplyses om disse forholdene.¹⁹ Her må man falle tilbake på bakgrunnsretten.

Forarbeidene til finansavtaleloven angir at rettsvirkningen kan følge av alminnelige avtalerettslige regler eller erstatningsrettslige regler.²⁰

Det virker litt unaturlig å skulle løse dette etter erstatningsrettslige regler. Rett til erstatning fordrer bl.a. at det har oppstått et økonomisk tap hos skadelidte. I kausjonsforhold vil det på tidspunktet for misligholdt opplysningsplikt ofte ikke ha oppstått et tap ennå. I så fall må det være kausjonistens økte tapsrisiko som skal kompenseres. Løsningen etter denne modellen må i tilfelle bli at ansvaret reduseres tilsvarende den økte risiko, slik den var forutsatt på avtaletidspunktet, jfr. kravet om at man ikke skal få erstattet mer enn det man har tapt. Det vil imidlertid også være behov for å kunne kjenne en kausjonsavtale ugyldig i sin helhet slik at kausjonisten blir fri sitt ansvar. De avtalerettslige reglene synes bedre egnet til å oppnå dette. Men i visse situasjoner kan erstatningsreglene tenkes å være anvendelige, dersom virkningen bør bli en partiell reaksjon og tapet kan måles.

I kausjonsretten har man tradisjonelt ikke hatt egne lovfestede ugyldighetsregler. Brudd på opplysningsplikt har derfor blitt regulert av de avtalerettslige ugyldighetsreglene og av forutsetningslæren. Utviklingen i rettspraksis har gått fra en formalistisk vurdering av kausjonistens forutsetninger i mellomkrigstiden, til en

¹⁸ Jfr. Hagstrøm, JV 2003 s. 58.

¹⁹ Et unntak gjelder likevel dersom det gis uriktige opplysninger om sidesikkerhet, jfr § 66 og senere under pkt. 2.4.1.

²⁰ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 176 flg.

oppmykning av kausjonistens undersøkelsesplikt med vekt på lojalitets- og rimelighetsbetraktninger i den senere tid.

De klassiske avgjørelsene i Rt. 1925 s. 501 Bly-sølv-dommen og Rt. 1932 s. 194 Toten Sparebank viser hvor urimelig resultatet av den strenge forståelsen av forutsetningslæren kunne slå ut. I Bly-sølv-dommen ble kausjonistens forutsetning om en viss sidesikkerhet ikke ansett relevant. Det ble kausjonert for et allerede misligholdt lån i den tro at lånet var sikret med sølvpakker deponert i banken. Det viste seg imidlertid at disse inneholdt bly. I Toten Sparebank ble kausjonistens sviktende forutsetning om en bestemt kreditor i hovedforholdet ansett relevant og kausjonen ble kjent ugyldig, selv om kreditorskiftet ikke ville få noen betydning for kausjonistens risikoeksponering.

I flere avgjørelse fra de siste 25 årene ser man at domstolen i større grad vektlegger hensynet til kausjonisten. Denne tanken fikk et endelig gjennombrudd i Rt. 1984, s. 28 Tromsø Sparebank. Der ble bl.a. kausjonisten ikke gjort oppmerksom på at han kausjonerte for eldre gjeld. Høyesterett mente at dette stred mot avtl. § 33 og ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.²¹ I avgjørelsen i Rt 1995 s. 245 ble det antatt at, selv om institusjonen ikke kunne pålegges et generelt rådgivningsansvar, kunne særlige omstendigheter rundt avtaleforholdet tilsi en skjerpet opplysningsplikt. Høyesterett fant at slike forelå i denne saken og kjente kausjonen ugyldig etter avtl. § 36.

Bestemmelsen i § 59 innebærer en strengere opplysningsplikt enn det som fulgte av gjeldende rett før finansavtaleloven. Prinsippene for vurdering av avtalen etter rimelighets- og lojalitetsbetraktningene utviklet i den nevnte praksis, må mer enn noen gang gjelde ved vurderingen av rettsvirkningene etter § 59.

Opplysningsplikten etter bokstav h åpner også for at konkrete forhold av betydning i det enkelte kausjonstilfelle, omfattes av opplysningsplikten. Bestemmelsens nære forbindelse til avtl. § 33 vil innebære en redelighetsvurdering av kausjonsløftet i relasjon til disse konkrete forhold, og vil således være en sikkerhetsventil for kausjonisten.²² For de øvrige opplysningene etter § 59 må vurderingen av rettsvirkningene ta utgangspunkt i de nevnte retningslinjene utviklet i den senere tids praksis. Fokuset på ulovfestede lojalitetsprinsipper og vedtakelsen av avtl. § 36 innebærer at man har fått mulighet til en mer helhetlig vurdering av kausjonsforholdet. Disse reglene åpner for en vektlegging av flere aspekter rundt kausjonsavtalen samt en annen vurdering av disse enn det var anledning til etter den strenge forutsetningslæren.

Denne linjen har blitt fulgt opp i praksis fra Bankklagenemnda. I avgjørelsen i BKN 2002-004 antas det at den lojalitetstanke som finansavtaleloven bygger på, er en videreføring av § 36. Dette ser man også i avgjørelsen i BKN 2004-066. Der ble en realkausjon satt til side etter avtl. § 36. Kausjonisten var mentalt tilbakestående og hadde ikke fått opplysning fra banken om at kausjonen ble

²¹ Jfr. mer om denne dommen under fremstillingen av bokstav g, eldre gjeld under pkt. 2.5.

²² Jfr. under pkt. 2.6 om dette.

stillet for eldre gjeld. Nemnda viser til kausjonistens mentale tilstand, forholdene på lånetakers side samt de store økonomiske konsekvensene en realisasjon ville ha for kausjonisten; sikringsobjektet var kausjonistens bolig.

Anvendelse av de skjønsmessige avtalerettslige reglene kan innebære en svekkelse av kausjonistens forutberegnelighet, men må sies å innebære en bedre løsning for kausjonisten enn vurderingene etter forutsetningslæren. Samtidig må det sies å være en svakhet at det nettopp er nyvinningene i finansavtaleloven som ikke sanksjoneres.²³ Opplysningssvikt om forutsatt sidesikkerhet og ansvaret for eldre gjeld ville også før finansavtaleloven blitt rammet av avtalelovens regler. Å utelate sanksjonsregler kan ikke sies å ivareta hensynet til kausjonistens forutberegnelighet, som nettopp er et av de viktigste hensynene bak lovreguleringen.

Institusjonen har imidlertid ikke et ubetinget ansvar for brudd på opplysningsplikten. Ikke ethvert brudd kan medføre ugyldighet. Pliktbruddet må også vurderes opp mot forhold på kausjonistens side. Det kan ikke antas at kausjonisten helt er fritatt for undersøkelsesplikt. Flere saker fra Bankklagenemnda viser dette.

I BKN 2004-043 unnlot banken å opplyse kausjonisten om den alminnelige risikoen ved kausjonsstillelse, jfr. bokstav a. Denne overtredelsen ble likevel ikke tillagt virkning da kausjonisten var en velstående og erfaren forretningsmann som måtte antas å være innforstått med risikoen ved kausjonsstillelse. Også i BKN 2003-112 og BKN 2003-107 ble bankens eventuelle opplysningsplikt ansett oppveid ved kausjonistens undersøkelsesplikt.

Man må også oppstille et krav om at pliktbruddet har hatt en innvirkning på kausjonsavtalen. Dersom det etter omstendighetene kan godtgjøres at kausjonisten ville ha forpliktet seg i samme omfang selv om han hadde fått den aktuelle opplysningen er det ingen grunn til å kjenne kausjonsavtalen ugyldig.

Dette viser også avgjørelsen i BKN 2002-101. Saken gjaldt en realkausjon stilt til sikkerhet for lån hos kausjonistens nære venn. Kausjonisten krevde kausjonen ugyldig under henvisning til at institusjonen ikke hadde overholdt opplysningsplikten. Nemnda antok at bruddet ikke hadde virket inn på kontraheringen. Kausjonisten nære forhold til lånetakeren gjorde at denne hadde oversikt over hans økonomiske tilstand og ville ha kausjonert uansett for å hjelpe lånetakeren.

Rettsvirkningene ved brudd på de enkelte reglene i § 59 vil etter dette bli behandlet fortløpende under fremstillingen av reglene i pkt. 2.2 flg.

²³ Jfr. Hagstrøm, JV 2003 s. 58 og nedenfor under pkt. 4.1.

2.2 Alminnelig risiko, bokstav a

Finansinstitusjonen skal etter regelen i bokstav a, sørge for at kausjonisten blir opplyst om den alminnelige risikoen ved kausjonsansvar. Erfaring viser at mange forplikter seg som kausjonist uten å ha fullstendig forståelse for hva dette innebærer.²⁴ Ofte stilles kausjonen på et tidspunkt der ansvarets aktualitet virker fjern og mange tenker derfor ikke gjennom rekkevidden av den forpliktelse de påtar seg.

Innholdet i plikten ligger på det generelle plan. Det er den generelle risikoen ved kausjonsstillelse som skal poengteres,²⁵ jfr. også ”alminnelig” i bokstav a. Konkrete forhold ved hovedforholdet eller lånetakeren reguleres av de øvrige kravene til opplysninger i § 59. Forarbeidene fremhever at opplysningsplikten innebærer at kausjonisten må få forståelse for at han påtar seg å betale lånet der lånetaker misligholder og for den usikkerhet det innebærer å garantere for en annens fremtidige forpliktelse.²⁶ Informasjonen til ham bør dessuten være utformet på en slik måte at en som ikke er jurist eller ellers vant til juridiske termer forstår innholdet.

Slik bokstav a er utformet er det tilstrekkelig at opplysningene blir nedfelt i den skriftlige informasjonen til kausjonisten som en standardformulering. Dette har også blitt praksis i institusjonene, der standarddokumenter som antas å oppfylle kravene i bokstav a anvendes.

Avgjørelsen i BKN 2004-123 viser dette. I forbindelse med stiftelsen av en realkausjon ble opplysningene om alminnelige vilkår presentert i et dokument kalt ”Alminnelige vilkår for realkausjon til forbruker”. Når dette var undertegnet av kausjonisten, ble det antatt at kravene til opplysning om alminnelig risiko i bokstav a var tilfredstilt.

Selskapet Spama, som utvikler tjenester og produkter innen bank og finans, har utarbeidet dokumenter til bruk ved kausjonsstillelse som tilfredsstiller kravene i § 59. Spama kan også tilby elektroniske løsninger slik at avtaleinngåelse kan skje via nettet. Det sates på enkle og kundevennlige løsninger med oversiktlige skjermbilder som t.o.m. ”spiller og synger” for å fange kundens oppmerksomhet.²⁷ Man må spørre om dette er en passende fremgangsmåte når hensynet bak opplysningsplikten er å gjøre kunden oppmerksom på alvorligheten bak den forpliktelse han påtar seg. Det formodes at slike løsninger heller ikke brukes ved kausjonsstillelse.

Problemet med slike standardiserte løsninger er at idet informasjonen er gitt kausjonisten, er opplysningsplikten oppfylt. Det stilles verken krav om at institusjonen

²⁴ Jfr. NOU 1994:19, s 176.

²⁵ Jfr. NOU 1994:19, s 176.

²⁶ Jfr. NOU 1994:19 s. 176.

²⁷ Kilde: nettsidene til Spama på www.spama.no

må påse at kausjonisten har lest skrivet eller forstått rekkevidden av den risiko han påtar seg.²⁸

Dersom institusjonen ikke overholder opplysningsplikten oppstår spørsmålet om hvilke rettsvirkninger dette får for kausjonsansvaret. Opplysning om alminnelig risiko er ikke angitt som gyldighetsbetingelse eller kan sies å være et vilkår for forpliktelsen, jfr. § 61, 1 og 3. Bokstav a må derfor karakteriseres som en opplysning, der rettsvirkningene må vurderes etter alminnelige avtalerettslige regler.

Dersom institusjonen helt unnlater å gi opplysning om den alminnelige risikoen, må det antas at dette normalt ikke kan få rettsvirkning for kausjonsansvaret. Man må forutsette at den gjennomsnittlige kausjonist har alminnelige kunnskaper om hva det vil si å kausjonere. Dersom han undertegner avtalen uten å være sikker på hva ansvaret innebærer, og dette ikke var synbart for institusjonen, må han selv ha en oppfordring til å søke ytterligere informasjon. Unnlatt opplysning om den alminnelige risikoen vil derfor ikke få rettsvirkning i seg selv. Bokstav a fremstår her nesten som en ordensforskrift.

Mangelfull opplysning kan i denne sammenheng dreie seg om at kausjonisten villedes til å tro at risikoen ved kausjonsstillelse ikke er så alvorlig som realiteten tilsier. Dersom institusjonen ikke kan klandres for denne villedelsen, vil heller ikke dette få konsekvenser for kausjonsansvaret. At kausjonisten trekker gale konklusjoner eller ikke har forstått innholdet i informasjonen, er ikke institusjonens risiko. Dersom institusjonens oppførsel kan anses uredelig eller illojal kan kausjonen etter omstendighetene rammes av avtl. § 33 eller ulovfestede lojalitetsprinsipper. Dette er imidlertid trolig lite praktisk, men det er likevel liten tvil om at kausjonskravet må anses ugyldig i en slik situasjon.

Særlige omstendigheter kan imidlertid innebære at en ren oversendelse av informasjonen ikke er tilstrekkelig for å oppfylle opplysningsplikten. Forhold på kausjonistens hånd kan tilsi en skjerpet opplysningsplikt. Mekanismene i avtl. § 33 eller ulovfestede lojalitetsprinsipper kan innebære opplysningsplikt i tilfeller som i utgangspunktet ikke ville blitt rammet av bokstav a. Dersom det for eksempel er åpenbart for institusjonen at kausjonisten ikke har forstått hvilken risiko han påtar seg, vil det etter omstendighetene være uredelig og illojalt av institusjonen å ikke opplyse kausjonisten ytterligere.

²⁸ Jfr. under i pkt. 4.2 for mer utfyllende om skriftlighetskravet.

Dersom brudd på bokstav a får rettsvirkninger, må reaksjonen bli hel ugyldighet. Bruddet innebærer at kausjonisten ikke har forstått alvorligheten ved å binde seg. Dette kan ikke repareres ved å redusere ansvaret. Kausjonen må bli å bortfalle.

2.3 Kausjonsansvarets omfang, bokstav b og c

Opplysningsplikten omfatter også konkrete forhold av betydning for kausjonistens forpliktelse. Etter bokstav b og c skal han få opplysning om kausjonsansvarets omfang.

Det tradisjonelle utgangspunktet har vært at kausjonsansvarets omfang fastlegges etter en tolkning av kausjonserklæringen, supplert med visse ulovfestede retningslinjer anvendt når avtalen var taus.²⁹ Uten særlige holdepunkter var det antatt at kausjonen omfattet hovedstolen og legale aksessorier,³⁰ mens ansvar for kontraktsmessige aksessorier krevde særlig avtale.³¹

Finansavtaleloven etablerer faste rammer for omfanget. Opplysningene blir etter § 61, 2 (3) en del av kausjonsavtalen, og innfører med dette et spesialitetsprinsipp i kausjonsretten.³² Dette er gjort ufravikelig i forbrukerforhold og innebærer at det ikke lenger er anledning til å avtale kausjoner for ethvert mellomværende, jfr. § 61, 2.

2.3.1 De lån og kreditter og det tidsrom

Etter bokstav b skal det opplyses om de lån og kreditter kausjonen skal omfatte, samt det tidsrom kausjonsansvaret skal gjelde. Bokstav b oppstiller med dette et krav til individualisering av kausjonens omfang.

En kausjon vil ofte være begrenset på ulike måter gjennom avtalen. Forarbeidene antar at hvorvidt en begrensning foreligger, følger av angivelsen av *de* lån og kreditter som avtalesfestes gjennom forhåndsopplysningen i bokstav b.³³

Det finnes flere former for begrensning av ansvaret. En kausjon som dekker hele hovedfordringen for hele dens beløp kalles en helgaranti. En begrenset helgaranti dekker hele hovedfordringen, men begrenset til et visst beløp. Der kausjonen dekker bestemte individualiserte fordringer foreligger det en delgaranti. Denne kan også være beløpsmessig begrenset. Disse formene for begrensning har betydning

²⁹ Jfr. Smith, kap 3, § 11.

³⁰ Dvs. bytelsener som har hjemmel i lov – forsinkelsesrenter og misligholdserstatning.

³¹ Dvs. avtalebasert bytelsener, typisk kontraktsrente.

³² Jfr. tilsvarende regler i panteloven § 1-3 og § 1-4.

³³ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 74.

for hvordan kausjonistens ansvar reduseres etter hvert som debitor nedbetaler lånet. Som generell regel gjelder at en kausjon sikrer de siste innbetalte kroner. For eksempel der en hovedfordring på 1 mill. er sikret med en kausjon begrenset til 500.000, må debitor ha betalt ned 500.000 før kausjonistens ansvar reduseres. Ved delgaranti må det godtgjøres at delbetalingen gjelder en av de individualiserte fordringene før kausjonsansvaret reduseres.

Det må imidlertid antas at bokstav b ikke løser spørsmålet om kausjonen er en hel- eller delgaranti. At hovedfordringen og kausjonsforpliktelsens størrelse angis, gir ikke i seg selv også en angivelse av hvordan ansvaret er begrenset. Dette identifiserer for eksempel ikke hvilken del av hovedfordringen en delgaranti skal dekke eller om kausjonen ved en begrenset helgaranti skal sikre de første eller siste innbetalte kroner. Man må her falle tilbake på en tolkning av kausjonserklæringen. Trolig må man fortsatt legge til grunn en presumsjon for at kausjonen ved tvil anses for å være en begrenset helgaranti.

Institusjonen skal også opplyse om hvor lenge kausjonsansvaret skal gjelde. Det kan undertiden være tvil om hvorvidt en tidsbegrensning er en angivelse av når kausjonsansvaret opphører, eller om den er en begrensning av kausjonsansvarets omfang. Dersom den gjelder ansvarets opphør vil kausjonisten være fri sin forpliktelse når det aktuelle tidspunktet inntreffer. Dersom den gjelder ansvarsomfanget vil kausjonisten fortsatt være forpliktet, men begrenset til den summen ansvaret er kommet opp i ved det aktuelle tidspunktet. Eldre teori og praksis kan ikke sies og ha løst spørsmålet.³⁴ Det er imidlertid blitt antatt at dersom kausjonen gjelder allerede stiftet gjeld så markerer tidsbestemmelsen kausjonens opphørstidspunkt. Den avgrensner derimot kausjonens omfang dersom den gjelder fremtidig gjeld. Dermed oppstår spørsmålet om hvordan denne sondringen skal løses etter finansavtalelovens regler. Av bokstav b og c følger at hovedfordringen skal identifiseres og maksimeres. Dersom en kausjon skal gjelde fremtidig gjeld, må det derfor dreie seg om fordringer som er kjent på kausjonsstillestidspunktet. Ellers ville ikke identifiseringskravet i bokstav b vært oppfylt. Ansvar for den fremtidige gjelden må dessuten være begrenset oppad til et høyeste beløp, jfr. bokstav c. En tidsbegrensning av ansvaret for fremtidig gjeld som er identifisert og maksimert eller reglene i bokstav b og c, kan tenkes å innebære en avgrensning av omfanget dersom dette, på det aktuelle tidspunktet ennå ikke har oversteget maksimeringen. For eksempel kan tenkes kausjon for en kassekreditt som gjelder visse typer fordringer, jfr. bokstav b og maksimert til et høyestes beløp på

³⁴ Jfr. Smith, s. 309 flg.

100.000 kr, jfr. bokstav c. En tidsbegrensning her vil gjelde ansvarsomfanget hvis det aktuelle tidspunktet inntreffer før kreditten har nådd grensen på 100.000 kr. På grunn av usikkerheten rundt forståelsen av tidsbegrensninger bør man muligens kreve klare holdepunktet i avtalen for å legge en slik tolkning til grunn.

Dersom institusjonen ikke overholder opplysningsplikten etter bokstav b, og unnlater å gi opplysning om hvilke lån og kreditter som skal omfattes, samt angi en tidsbegrensning, vil avtalen ha blitt inngått uten at kausjonsansvarets omfang er fastlagt, § 61, 2. Siden begrensningen ikke fremkommer av avtalen gjennom forhåndsopplysningen, må institusjonen derfor godtgjøre at det aktuelle omfanget er uttrykkelig vedtatt av kausjonisten, jfr. § 61, 3. Som nevnt skal det mye til før dette kravet anses oppfylt. At omfanget har fremkommet forutsetningsvis ved at kausjonisten har fått lese dokumentene i låneavtalen eller ved å vise til disse i kausjonsavtalen, kan ikke anses tilstrekkelig. Trolig bør man kreve at det foreligger en uttrykkelig avtale mellom institusjonen og kausjonisten. Denne bør være skriftlig da en muntlig avtale kan tenkes å skape bevisproblemer for kausjonisten.

Dersom institusjonen ikke kan godtgjøre at det påberopte ansvarsomfanget er vedtatt, så oppfylder ikke kausjonen individualiseringskravet i bokstav b. Reaksjonen må bli at kausjonsforpliktelsen faller bort.

Hvis institusjonen gir kausjonisten uriktige opplysninger om hvilke lån og kreditter som omfattes, blir situasjonen en noe annen. Det kan dreie seg om en annen eller flere hovedfordringer enn oppgitt, eller fordringer av en annen type enn opprinnelig forutsatt som kan gi et annet risikobilde. Institusjonen kan i utgangspunktet ikke høres med at kausjonen egentlig omfattet andre forpliktelser enn det som er avtalt, jfr. § 61, 2 (3). Institusjonen, som den profesjonelle part, har selv en oppfordring til å holde orden på sine kundeforhold. Men dersom den kan godtgjøre at kausjonisten uttrykkelig har vedtatt en annen angivelse av hovedfordringen enn oppgitt i avtalen, jfr. § 61, 3, så kan denne legges til grunn. Det skal som sagt mye til før dette anses oppfylt. Når en annen angivelse av hovedfordringen dessuten er avtafefestet, må dette være et sterkt indisium for at kausjonisten ikke kan ha vedtatt noe annet. Man bør kreve uttrykkelige holdepunkter dersom dette skal antas. Dersom dette ikke kan påvises må den opprinnelige avtalen legges til grunn mellom partene. Dersom endringen imidlertid er til gunst for kausjonisten må det antas at den kan legges til grunn for ansvaret.

Dersom institusjonen ikke har opplyst om hvor lenge kausjonen skal gjelde, angir § 67, 4 en egen opphørsbestemmelse å falle tilbake på. Ansvarstiden er begrenset

til ti år ved vanlige kausjoner og fem år ved rammekreditter. Denne bestemmelsen er ufravikelig i forbrukerforhold, jfr. § 2, 1. Dette betyr at ansvarstiden må reduseres dersom det er inngått avtale om opphørstidspunkt ut over denne fristen.

Uriktige opplysninger om tidsbegrensningen er trolig lite praktisk. Dersom institusjonen ikke kan godtgjøre at noe annet er vedtatt, så gjelder den avtalefestede tidsbegrensningen innenfor rammene av § 67, jfr. § 61, 3.

2.3.2 Størrelse eller høyeste beløp

Bokstav c stiller krav om at institusjonen skal opplyse om kausjonskravets størrelse eller det høyeste beløp kausjonen skal sikre, samt om kausjonisten skal være ansvarlig for renter og kostnader.³⁵ Dette innebærer at det skal foretas en maksimering av kausjonsansvaret. Ansvarer skal begrenses oppad til en viss sum.

Forarbeidene angir at det ikke er noen materiell forskjell mellom å angi kausjonskravets størrelse eller dets høyeste beløp.³⁶ Forskjellen er rent terminologisk. Der kausjonen skal sikre en allerede kjent fordring passer det best å anvende termen ”kausjonskravets størrelse”. Hvis kausjonsstillelsen gjelder fremtidig eller varierende gjeld kreves altså at det angis et ”høyeste beløp”. Det er imidlertid et ufravikelig krav at hovedfordringen skal identifiseres, jfr. § 61, 2 (2). For at individualiseringskravet i bokstav b skal være oppfylt, må man stille krav om at den fremtidige fordringen på tidspunktet for kausjonsstillelsen er kjent og angitt. Kausjon for en hvilken som helst fremtidig fordring vil det ikke være anledning til. For eksempel vil det være anledning til å kausjonere for kassekreditter der det er kjent hva kreditten skal brukes til.

Det er imidlertid på det rene at ansvar for eventuelle renter ikke skal tas med i angivelsen av kausjonens maksimum. Forarbeidene begrunner dette med at man ellers kan risikere at institusjonen setter grensen kunstig høy for å kompensere for eventuelle svingninger, og dette vil ikke innebære at kausjonisten får en klar forståelse for grensen for sitt ansvar.³⁷

Dersom institusjonen unnlater å gi kausjonisten opplysning om kausjonskravets størrelse eller høyeste beløp, innebærer det at opplysningene ikke blir en del av avtalen,

³⁵ Fremstillingen om ansvar for rente og kostnader behandles i pkt. 2.3.3.

³⁶ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 74.

³⁷ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 74.

jfr. § 61, 2 (3). Bestemmelsen i § 61, 1 stiller som gyldighetsbetingelse at størrelsen eller det høyeste beløp er angitt i avtalen. Dette betyr at brudd på opplysningsplikten her fører til at kausjonen er ugyldig og ansvaret faller bort i sin helhet.

Uriktige opplysninger om kausjonens størrelse er derimot ikke angitt som gyldighetsbetingelse. Situasjonen vil her være at en viss størrelse eller beløp er opplyst og således avtalefestet, men at institusjonen i etterkant hevder at begrensningen i realiteten er en annen. Dersom institusjonen kan godtgjøre at kausjonisten uttrykkelig har vedtatt et tyngre ansvar enn avtalen angir, jfr. § 61, 3, så kan dette ansvaret legges til grunn. Siden § 59 og § 61 gir en så sterk oppfordring til å skriftlig avtalefeste alle rammene for kausjonsansvarets omfang, skal det mye til institusjonen kan blir hørt med dette. Man bør også her kreve konkrete holdepunkter før noe annet enn avtalen kan legges til grunn. En avtalefestet maksimering av ansvaret vil være et sterkt indisium mot at noe annet er vedtatt. Dersom uriktige opplysninger om størrelse eller høyeste beløp får rettsvirkning, må følgen bli at den avtalefestede maksimeringen legges til grunn. Det er denne kausjonisten har forpliktet seg i forventning om. Hvis endringen er til gunst for kausjonisten vil den måtte kunne godtas.³⁸ Her blir han jo bedre stilt enn forventet.

2.3.3 Ansvar for renter og kostnader

Etter § 72, 1 pålegges kausjonisten ansvar for kontraktsrente av hovedforholdet ved lånetakerens mislighold. Bestemmelsen i § 73 gir kausjonisten dessuten ansvar for gebyrer og inndrivingskostnader ved kausjonens forfall. Bokstav c if. pålegger institusjonen plikt til å opplyse kausjonisten om dette ansvaret før avtaleinngåelse.

Forarbeidene påpeker at det fortsatt er en forutsetning for renteansvar at det har hjemmel i avtalen.³⁹ Tidligere var det tilstrekkelig for å pålegge renteansvar, at det var kausjonert for låntakers "lån". Det måtte være kausjonert for lånetakerens "gjeld" dersom renteansvar var omfattet av kausjonen. Siden det ikke skulle mye til for å anse renteansvar avtalt, må det også anses tilstrekkelig at renteansvaret i dag kommer inn i avtalen gjennom forhåndsopplysningen, jfr. § 61, 2 (3). Gjennom disse opplysningene vil kausjonisten nå få vite uttrykkelig at hans ansvar omfatter renter. Etter den tidligere

³⁸ Det er ikke her snakk om endringer i etterkant som krever samtykke etter § 66.

³⁹ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 72 og NOU 1994 : 19 s. 194.

løsningen med sontringen mellom gjeld og lån kunne renteansvaret komme overraskende på en kausjonist som ikke var klar over distinksjonen.

Opplysningsplikten gjelder den kontraktsrente og kostnader som påløper etter at lånetakeren har misligholdt, jfr. ”ved lånetakerens mislighold”, jfr. bokstav c if. Bokstav c sier imidlertid ikke noe om kausjonistens eventuelle ansvar for ubetalte renter som er påløpt før misligholdet. Forarbeidene antar at kausjonistens eventuelle ansvar for dette reguleres av § 67.⁴⁰ Departementet antar at ”i hvilken grad kausjonisten er ansvarlig for ubetalte renter i tidsrommet frem til forfall, vil være regulert i utkastet § 65”.⁴¹ Jeg kan ikke se at § 67 regulerer dette. Bestemmelsen regulerer hvordan kausjonskravet reduseres etter hvert som debitor betaler. Den gir ikke hjemmel for å pålegge kausjonisten ansvar for ubetalt kontraktsrente i tiden før mislighold. 1. ledd forutsetter at det på forhånd er avtalt at kausjonen skal omfatte ”slike forpliktelser”. Dette innebærer at dersom avtale om ansvar for rente påløpt før mislighold ikke er inngått, kan kausjonisten heller ikke kreves for dette.

Kausjonisten er heller ikke ansvarlig for låntakers forsinkelsesrenter. Dersom ansvaret skal omfatte slik rente er det en forutsetning at dette må avtales på forhånd. Kausjonisten er imidlertid ansvarlig for egne forsinkelsesrenter, jfr. § 72, 2. Men dette ansvaret er ikke omfattet av opplysningsplikten. Det må antas at kausjonisten kjenner til at det påløper forsinkelsesrenter på en misligholdt forpliktelse, slik at opplysning ikke er nødvendig.

Institusjonen bør imidlertid også gi kausjonisten opplysning om omfanget av renteansvaret. Han bør få forståelse for at det dreier seg om kontraktsrente av hovedstolen og at han overtar ansvaret idet lånetakeren misligholder og ikke fra da kausjonskravet forfaller, jfr. § 72.

Dersom institusjonen unnlater å opplyse om ansvar for renter og kostnader, blir ansvaret ikke en del av avtalen, jfr. § 61, 2 (3). Renteansvar må karakteriseres som et vilkår. Institusjonen kan ikke gjøre gjeldende et vilkår som ikke er med i avtalen, jfr. § 61, 3. Det må i så fall godtgjøres at kausjonisten uttrykkelig har vedtatt det. Det skal mye til før det kan sies å foreligge en slik vedtagelse. Dersom institusjonen kan legge frem en egen avtale om renteansvar må det antas at denne kan legges til grunn. Da vil opplysningsplikten uansett være oppfylt. Selv om renteavtalen ikke fulgte med de øvrige opplysningene, har kausjonisten blitt forhåndsopplyst i og med renteavtalen. I kravet til uttrykkelig vedtatt ligger at det ikke må være tvil om at rente er avtalt. Det følger av dette at institusjonen ikke lenger kan bli hørt med at rente omfattes der det er kausjonert for ”gjeld”.

⁴⁰ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 74.

⁴¹ Dvs. nåværende § 67.

Uriktige opplysninger om renteansvar kan tenkes å forekomme, men kan neppe få rettsvirkning for kausjonskravet. Dette kan for eksempel dreie seg om endringer i rentefot på fastrentelån, men må antas å være lite praktisk. Når et visst renteansvar allerede er avtalt skal det svært mye til før et annet ansvar kan anses vedtatt av kausjonisten, jfr. § 61, 3. Institusjonen kan vanskelig høres med et slikt krav.

Ved brudd på opplysningsplikt om renteansvar må man legge til grunn en partiell reaksjon. Ansvarer reduseres slik at det ikke omfatter renter eller kostnader. Det er ingen grunn til å la hele sikkerhetsstillelsen falle bort.

2.4 Sidesikkerhet, bokstav d-f

En viktig side av kausjonistens mulighet til å forutberegne sin stilling, er å få oversikt over eventuelle andre sikkerheter som er tilknyttet hovedfordringen. Dette kan dreie seg om panterettigheter, gjeldforsikring, realkausjoner eller andre typer garantier, også etter- og kontrakausjoner, og de kan både være utstedt av lånetakeren selv eller av en tredjemann. For kausjonisten vil disse andre rettighetene, sidesikkerheten, ha betydning både for størrelsen av hans endelige ansvar og for hans regressrett.

2.4.1 Pant eller annen sikkerhet, bokstav d

Etter bokstav d skal kausjonisten opplyses om pant eller annen sikkerhet som lånetakeren eller en tredjeperson har stilt eller forutsettes å stille for lånegiverens fordring. Denne opplysningen blir en del av avtalen gjennom § 61, 2 (3).

Loven definerer ikke nærmere hvilke sikkerheter dette omfatter. Men forarbeidene angir at det ikke har noen betydning hvilket rettsgrunnlag sikkerheten har.⁴² Det kan være avtale, eller følge av for eksempel lov eller forvaltningsvedtak. Dette omfatter derfor først og fremst panterettigheter regulert i panteloven.⁴³ Denne gjelder avtalebasert pant, jfr. kap. 2-4, utleggspant, jfr. kap. 5 og legalpant jfr. kap. 6, og pantet kan være stilt i de fleste type formuesobjekter inkludert verdipapirer. Det typiske eksempel vil være en pantstillelse fra lånetakeren selv til sikkerhet for hovedfordringen. For eksempel pant i fast eiendom for lån anvendt nettopp til kjøp av denne faste eiendommen. Men sikkerhet stilt av tredjemann er også omfattet. Annen sikkerhet enn

⁴² Jfr. NOU 1994:19, s 177.

pant kan være realkausjon eller andre typer garantier.⁴⁴ Eventuelle medkausjoner vil også omfattes der disse er stilt eller forutsatt stilt før kausjonsinngåelsen.

Det skal dessuten opplyses dersom slik sikkerhet ennå ikke er stilt, men at dette forutsettes gjort. Det er imidlertid adgang for institusjonen å ta forbehold i kausjonsavtalen for det tilfelle at den forutsatte sikkerheten ikke blir stilt, jfr. § 66, 3 (2). Dette forbeholdet må imidlertid tas konkret. Det er ikke adgang til å innta en standardklausul om forbehold, jfr. uttrykket ”særskilt og uttrykkelig forbehold”

De sidesikkerhetene som omfattes av bokstav d, skal etter lovens ordlyd være stilt til sikkerhet for hovedfordringen. Loven regulerer ikke om kausjonisten bør få opplysning om eventuelle andre fordringer som lånetakeren har og sikkerheter for disse. Det kan være av interesse for kausjonisten å vite hvilke andre forpliktelser lånetakeren har, for å kunne vurdere hans økonomi. En slik opplysningsplikt kan imidlertid ikke hjemles i bokstav d. Ordlyden sier uttrykkelig at sikkerheten skal være stilt for hovedfordringen. Den må i så fall hjemles i bokstav h, hvor kausjonisten skal få opplysning om andre forhold av betydning.⁴⁵

Som nevnt vil disse opplysningene for det første få betydning for kausjonistens endelige ansvar. Dersom sidesikkerhetene skal tjene til dekning av hovedfordringen før kausjonen, vil det være av avgjørende betydning for kausjonisten å sikre seg mot at disse enten ikke stilles som forutsatt eller mot at de bortfaller underveis i kontraktsforholdet.

For det andre vil sidesikkerheten få betydning for kausjonistens regresskrav. Når kausjonisten innfrir hovedfordringen, trer han inn i institusjonens fordring gjennom subrogasjon eller cessio legis. Dette innebærer at han erverver den sidesikkerhet som var knyttet til hovedfordringen. Han blir altså kreditor etter sikkerhetene. Kunnskap om hvilke sikkerheter han kan forvente å tre inn i, vil bidra til at han kan forutberegne sin stilling i regressomgangen. Der det er flere kausjonister for hovedfordringen, samkausjonister eller uavhengige, eksisterer det som regel et solidaransvar mellom disse i regressomgangen, jfr. reglene i gbl. § 2.⁴⁶ Kunnskap om de andre sikkerhetene vil være av tilsvarende betydning her.

⁴³ Jfr. Lov om pant 1980 nr. 2.

⁴⁴ Jfr. NOU 1994:19, s 178.

⁴⁵ Jfr. nedenfor under pkt. 2.6.

⁴⁶ Jfr. Lov om gjeldsbrev 1939 nr. 01.

Dersom institusjonen har unnlatt å gi opplysning om sidesikkerheten oppstår spørsmålet om hvilke rettsvirkninger dette får for kausjonsansvaret. Opplysning om forutsatt stilt pant eller annen sikkerhet kan verken sies å være en gyldighetsbetingelse eller et vilkår, og må derfor anses som opplysninger. Bestemmelsen i § 61, 2 angir imidlertid ikke hva som blir rettsvirkningen dersom disse ikke er med i avtalen. Utgangspunktet er derfor at rettsvirkningene må avgjøres etter alminnelige avtalerettslige regler.

Det må antas at unnlattelse av å opplyse om eventuelle sidesikkerheter ikke kan få rettsvirkning for kausjonsansvaret. Kausjonisten har ikke forpliktet seg i noen forventning om at hovedfordringen skulle være ytterligere sikret. Brudd på opplysningsplikten vil ikke ha virket inn på avtalen. Det er ingen grunn til å kjenne ugyldig en avtale når ugyldighetsgrunnen ikke har vært motiverende for kausjonisten.

Uriktige opplysninger om sidesikkerheten kan derimot få rettsvirkninger for kausjonsansvaret. Dersom den oppgitte sidesikkerheten ikke blir stilt som forutsatt, angir § 66, 3, jfr 1. og 2. ledd at kausjonisten ikke lenger er bundet av avtalen. Dvs. at brudd på opplysningsplikten her fører til at kausjonsavtalen må kjennes ugyldig. Ugyldigheten kan imidlertid repareres. Dersom det stilles annen sikkerhet som er minst like god som den forutsatte, eller dersom bortfallet av den forutsatte sikkerheten ikke får innvirkning på kausjonistens endelige ansvar, kan kausjonsavtalen likevel opprettholdes, jfr § 66, 3, jfr 1. ledd (2).

Uriktige opplysninger om sidesikkerheten kan også relatere seg til dens verdi. Dette behandles i pkt. 2.4.3.

Reaksjonen ved brudd på opplysningsplikt om forholdene i bokstav d må bli en partiell reaksjon. Feilen kan lett repareres ved at ansvaret reduseres. Når sidesikkerhet ikke blir stilt som forutsatt, reduseres ansvaret tilsvarende den verdi sidesikkerheten utgjorde. Kausjonisten hefter som om sikkerheten eksisterte.

2.4.2 Gjeldsforsikring

Kausjonisten har også krav på å få opplyst om det er forutsatt tegnet gjeldsforsikring og i tilfelle om hvilke vilkår som må fylles for at denne skal bli tegnet, jfr bokstav e. En gjeldsforsikring etableres til sikkerhet mot at dersom lånetaker dør eller blir ufør så dekker forsikringen hovedfordringen. Forarbeidene antar at

opplysningsplikten oppfylles ved å gi kausjonisten kopi av forsikringsbevis og forsikringsvilkårene.⁴⁷

Rettsvirkningene ved brudd på opplysningsplikt om gjeldsforsikring er heller ikke regulert i loven, jfr om opplysninger i § 61, 2. Utgangspunktet er da at alminnelige avtalerettslige regler skal anvendes.

Når institusjonen unnlater å opplyse kausjonisten om at lånetaker har tegnet gjeldsforsikring, kan dette imidlertid ikke få rettsvirkninger for kausjonsansvaret. Dersom kausjonisten aldri blir opplyst om eksistensen av forsikringen har han heller ikke kontrahert i forventning om den. Feilen har ikke virket inn på avtalen. Dersom forsikringstilfellet inntreffer vil utbetalingen automatisk redusere hans ansvar, jfr § 68, og kausjonisten vil ikke være dårligere stilt enn forutsatt.

Forarbeidene antar at opplysningsplikt om gjeldsforsikring bare gjelder der institusjonen selv har vært medvirkende.⁴⁸ Det innebærer at der lånetakeren på egen hånd har kjøpt gjeldsforsikring, vil ikke denne omfattes av opplysningsplikten. Dette reiser spørsmålet om lånetaker plikter å opplyse om dette selv. Trolig er det ikke nødvendig. Det som er viktig for kausjonisten er at hvis han allerede har en forventning om gjeldsforsikring, så skal han opplyses om vilkårene for at denne skal bli tegnet.

Selv om kausjonisten har fått opplysning om gjeldsforsikring, kan det tenkes at den ikke blir stilt som forutsatt. Det stilles alltid strenge vilkår til å etablere en forsikring. Særlig kan det knytte seg usikkerhet til om forsikringssøkeren oppfyller vilkårene mht. helsetilstand. På tidspunktet for inngåelse av kausjonsavtalen kan det derfor være usikkert om forsikringen vil bli etablert. Reglene i § 66 som regulerer virkningene av at sidesikkerhet ikke blir stilt som forutsatt, omfatter derfor ikke gjeldsforsikring.⁴⁹ Opplysningene til kausjonist skal inneholde informasjon om dette usikkerhetsmomentet. Dersom kausjonisten er blitt gjort oppmerksom på at gjeldsforsikringen kanskje ikke stilles, vil han heller ikke ha kontrahert i den tro at alt var i orden. Kanskje kan opplysningene om usikkerhetsmomentet sies å innebære et slags forbehold fra institusjonens side. Dersom institusjonen har gjort kausjonisten oppmerksom på at forsikringen ennå ikke er brakt i orden, må det antas at det ikke vil få rettsvirkning for kausjonsansvaret at dette likevel ikke skjer. Kausjonisten er oppmerksom på usikkerhetsmomentet og vil kunne forutberegne sin stilling deretter.

⁴⁷ Jfr. NOU 1994:19, s 190.

⁴⁸ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 69.

⁴⁹ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 69.

Hvis institusjonen derimot unnlater å opplyse at forsikringsstillelsen kan være usikker eller det er vesentlige mangler ved opplysningen, kan avtalen tenkes å bli kjent ugyldig. Forholdet må vurderes konkret. Institusjonens opplysningsplikt må avveies mot forhold på kausjonistens hånd som tilsier en viss undersøkelsesplikt. Trolig bør det stilles krav til at den alminnelige kausjonist bør ha kunnskap om usikkerheten rundt en forsikringssøknad. Etter omstendighetene vil avtalen kunne rammes av avtl. § 33 eller ulovfestede lojalitetsregler.

Dersom opplysningsplikt om gjeldsforsikring får rettsvirkninger må reaksjonen bli en partiell reaksjon. Ansvar reduseres slik at kausjonisten hefter som om det forelå en gjeldsforsikring. Det er ingen grunn til å kjenne hele kausjonsforpliktelsen ugyldig. Kausjonisten ansvar vil tilsvare det han forventet på tidspunktet for kausjonsstillelsen.

2.4.3 Verdien av sidesikkerheten

Etter bokstav f skal institusjonen også opplyse kausjonisten om verdien av de sidesikkerhetene som legges til grunn for låneforholdet, og som i forhold til ham skal utnyttes før kausjonsansvaret. Dersom det dreier seg om sikkerhet stilt av lånetakeren selv, skal denne alltid tjene til dekning av hovedfordringen først. Verdien må følgelig alltid opplyses.⁵⁰

Forarbeidene begrunner denne regelen med at informasjonen vil ha avgjørende betydning for kausjonisten i vurderingen av om det er forsvarlig å stille kausjon.⁵¹ Institusjonen antas å ha bred erfaring i å vurdere godheten av de pant og sikkerheter som er stilt i låneforholdet og det anses kostnadseffektivt at institusjonen deler dette med kausjonisten.⁵² Sikkerhetens verdi vil ha betydning både for størrelsen på hans endelige ansvar og for størrelsen på hans regressfordring.

Opplysningene om sidesikkerhetens verdi kan verken sies å være en betingelse eller et vilkår. De må derfor regnes som opplysninger, jfr § 61, 2. Brudd på opplysningsplikten er ikke regulert i bestemmelsen og vurderingen må derfor ta utgangspunkt i alminnelig avtalerett.

⁵⁰ Jfr. NOU 1994:19, s 177-178.

⁵¹ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 70.

⁵² Jfr. NOU 1994:19, s 177.

Dersom institusjonen unnlater å oppgi hvilken verdi som legges til grunn for sidesikkerheten, vil dette ikke kunne få rettsvirkning for kausjonisten. I likhet med unnlatt opplysning etter bokstav e og f, vil kausjonisten heller ikke her ha kontrahert i forventning om at sikkerheten har en viss verdi.

Dersom institusjonen opplyser om den verdi som legges til grunn, kan denne undertiden vise seg å være uriktig. Problemet med denne typen opplysninger er at de er usikre. Sidesikkerheten kan vise seg å være mindre verdt eller blir redusert i verdi mens kausjonen er på sikringsstadiet, uten at dette kan bebreides institusjonen. Det oppstår spørsmål om hvor store avvik som kan godtas før dette må tillegges rettsvirkning for kausjonsansvaret. Forarbeidene antar at der institusjonen bygger verdivurderingen på et forsvarlig skjønn så vil den ikke kunne bebreides dersom forholdene endrer seg.⁵³

Dersom kausjonisten er opplyst om alminnelige risiko etter bokstav a, bør opplysningene etter bokstav f ikke ha skapt urealistiske forventninger hos kausjonisten omkring verdien.⁵⁴ I dette ligger altså at institusjonen bør poengtere overfor kausjonisten de usikkerhetsmomenter som knytter seg til slike verdivurderinger. Imidlertid må kausjonisten også antas å være inneforstått med at sidesikkerheter kan variere i verdi. Det er jo bl.a. det kausjonen skal tjene til sikkerhet for.⁵⁵ Mangler ved generelle opplysninger om disse usikkerhetsmomentene bør derfor ikke tillegges rettsvirkning for kausjonsansvaret. Men dersom det er konkrete forhold ved sidesikkerhetene av betydning for verdien, kan dette etter omstendighetene tilsi en skjerpet opplysningsplikt, der overtredelser kan få betydning for kausjonsansvaret, jfr avtl. § 33 og lojalitetsprinsipper. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom institusjonen unnlater å nevne at det som tilsynelatende fremstår som en verdifull sidesikkerhet antas å være verdiløs fordi den har dårlig prioritet.

Det stilles imidlertid visse krav til selve verdivurderingen. Forarbeidene gir anvisning på en forsvarlighetsvurdering der uaktsomhet kan innebære en hel eller delvis reduksjon av ansvaret⁵⁶ Dersom institusjonen uaktsomt legger til grunn en altfor positiv verdi, og det antas å være årsakssammenheng mellom den mangelfulle verdivurderingen og kausjonistens tap, så kan erstatning tenkes aktuelt. Dersom det ennå ikke har oppstått

⁵³ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 178.

⁵⁴ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 70.

⁵⁵ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 178.

⁵⁶ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 178.

et tap for kausjonisten må det i stedet antas en partiell reaksjon slik at kausjonsforpliktelsen reduseres.

2.5 Eldre gjeld, bokstav g

Kausjonskravets aktualitet er betinget av at lånetakeren misligholder. Der kausjonen skal sikre eldre gjeld, vil kausjonistens risiko være vesentlig større enn dersom kausjonen sikrer mot et fremtidig mulig mislighold. Derfor bestemmer bokstav g at kausjonisten skal opplyses dersom kausjonen skal sikre slik eldre gjeld eller dersom gjelden allerede er misligholdt. Behovet for opplysning er innlysende. Forarbeidene fremhever at det i slike situasjoner ofte er tale om å velte et allerede inntrådt tap over på kausjonisten, og det er derfor en forutsetning at kausjonisten er klar over dette før han binder seg.⁵⁷ Kausjonisten trenger ikke bare å få opplyst at kausjonen omfatter eldre eller misligholdt gjeld, men også hvilken økt risiko dette innebærer for hans stilling.

Det klassiske eksempelet på kausjon for eldre gjeld finner vi i Rt. 1984 s. 28, Tromsø Sparebank. I denne saken ble det åpnet en kassekreditt til lånetaker som skulle sikres med bl.a. kausjon. Kreditten ble utbetalt uten at kausjonen var kommet i orden. Da kausjonen endelig var stilt var kreditten allerede overtrukket og en av de øvrige kausjonistene hadde trukket seg. Kausjonisten ble ikke gjort oppmerksom på dette. Høyesterett mente at kausjonisten var villedet og feilinformert av banken. Han ville ikke ha kausjonert dersom han hadde hatt kjennskap til de faktiske forhold. Dette burde banken ha forstått og de burde ha foretatt seg noe for å bringe på det rene om kausjonisten hadde alle relevante opplysninger. Høyesterett la også vekt på at ved tidspunktet for kausjonsstillelsen hadde tapet i realiteten allerede oppstått for banken. Kausjonen innebar at dette tapet ble veltet over på kausjonisten. Høyesterett fant derfor at kausjonserklæringen var ugyldig etter avtl. § 33 og i hvert fall etter ulovfestede prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold.

Eldre gjeld etter bokstav g vil typisk omfatte sikring av allerede pådratte fordringer. Men forarbeidene angir at også refinansiering av eldre gjeld omfattes.⁵⁸ Der en ny kredittavtale trer i stedet for en gammel avtale i en annen kredittinstitusjon, omfatter opplysningsplikten også dette, forutsatt at institusjonen var klar over at det her var snakk om refinansiering av eldre gjeld.

Kausjonsstillelse som ledd i refinansiering er typisk. Ofte gjelder dette lånetakere med en lang historie bak seg med misligholdte lån. Refinansiering fremstår som et siste desperate, kanskje mislykket forsøk på å redde foretaket med frisk kapital. I slike

⁵⁷ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 67-68.

⁵⁸ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 179.

situasjoner innebærer kausjonen som regel sikring av et allerede oppstått tap. Det er i disse situasjonene man klart ser behovet for en opplysningsplikt. I mange tilfeller er kausjonisten en nærstående til lånetakeren og faren for utnyttning er stor.

Avgjørelsen i BKN 2004-100 gjaldt kausjon for et refinansieringslån. Her ble banken kritisert for måten den hadde kontaktet kausjonisten på. Denne hadde fått opplysning om kausjonsansvaret via en mobilsamtale mens hun var på jobb. Tatt i betraktning av at det her dreide seg om refinansiering og at et allerede inntrådt tap ble veltet over på kausjonisten, burde banken ha innkalt til et møte for å forsikre seg om at kausjonisten var inneforstått med den risikoen hun påtok seg. Denne kausjonen ble stilt før § 59 trådte i kraft og refinansiering var her et forhold som tilsa skjerpet opplysningsplikt for institusjonen. I dag ville denne avtalen trolig ha blitt rammet av bokstav g.

Imidlertid kan en refinansiering undertiden også innebære en berettiget redningsaksjon. Dvs. at den friske tilførselen av kapital faktisk bidrar til å få lånetakeren på fote igjen.

Avgjørelsen i BKN 2001-048 gjaldt en slik redningsaksjon. En realkausjon og en pantstillelse skulle sikre to refinansieringslån der kausjonisten var en nærstående til lånetakeren. Det ble hevdet at kausjonen måtte kjennes ugyldig fordi kausjonisten, pga. høy alder ikke hadde forstått at det dreide seg om refinansiering og redningsaksjon. Nemnda kom til at dette kunne kanskje være tilfelle, men at kausjonen likevel kunne stå seg. Det ble vist til at redningsaksjonen fremsto som håpefull, at kausjonsansvaret ennå ikke var blitt aktuelt og at lånetakeren var à jour med nedbetalingen. Her ser vi hvordan en konkret vurdering av forholdene rundt kausjonsstillelsen kan føre til en lemping av opplysningsplikten, jfr foran under pkt. 2.1.2.

Informasjon om at kausjonen skal omfatte eldre gjeld, må regnes som en opplysning, jfr § 61, 2. Rettsbruddsvirkningene er ikke regulert i loven og må derfor følge av alminnelige avtalerettslige regler.

Dersom institusjonen unnlater å opplyse om at ansvaret omfatter eldre gjeld, er det liten tvil om at kausjonen må kjennes ugyldig. Slike unnlatelser vil typisk være et tilfelle som rammes av avtl. § 33, jfr også løsningen i Tromsø Sparebank. Det må sies å være en klar regel om at unnlattelse av å informere om at ansvaret omfatter eldre gjeld både er illojalt og mot redelighet og god tro. Det kan heller ikke bli snakk om en partiell reaksjon her. Ansvaret kan ikke på noen måte reduseres slik at forpliktelsen kan anses redelig. Imidlertid viser de overnevnte avgjørelsene fra BKN at dette strenge utgangspunktet etter omstendigheten kan modifieres, særlig dersom det er snakk om en berettiget redningsaksjon

Uriktige opplysninger i denne forbindelse kan dreie seg om omfanget av ansvaret for den eldre gjelden. Det henvises derfor til behandlingen ovenfor om rettsvirkningene ved brudd på opplysningsplikt om ansvarets omfang, bokstav b og c.⁵⁹

2.6 Andre forhold, bokstav h

Til slutt skal kausjonisten opplyses om andre forhold, som han i samsvar med redelighet og god tro har krav på å bli opplyst om, jfr bokstav h. Forarbeidene angir at dette er en samlebestemmelse som kan hjemle opplysningsplikt om en rekke konkrete forhold.⁶⁰

Formuleringen i bokstav h har en klar parallell til avtl. § 33 som angir at et løfte er ugyldig dersom det på grunn av omstendigheter som forelå på avtaletidspunktet og som løftemottaker kjente til, vil stride mot redelighet og god tro å gjøre det gjeldende.

Tradisjonelt har reglene om opplysningsplikt blitt formulert noe indirekte med utgangspunkt i flere typer regelsett. Den har for det første blitt forankret i avtl. § 33. Dersom en villfarelse, fremkalt pga. manglende eller feilaktige opplysninger, førte til ugyldighet, ble dette formulert som brudd på opplysningsplikt. Det dreier seg altså ikke om en eksplisitt formulert plikt, men kan sies å være resultatet av ugyldigheten.⁶¹

I tillegg har opplysningsplikt blitt ansett å følge av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold. Rettspraksis har flere ganger anført dette som begrunnelse, uten at rammene for disse ulovfestede reglene er nærmere angitt. Domstolen har også påberopt begge rettsgrunnlagene som begrunnelse for å la et løfte falle bort, jfr Rt 1984, s 28 Tromsø Sparebank.

Trolig er prinsippene for opplysningsplikt etter disse reglene sammenfallende.⁶²

Finansavtaleloven innebærer en noe annen løsning. Den lovfester en eksplisitt plikt til å opplyse løfteavsender om betydningsfulle forhold før avtalen inngås. Her fremgår plikten altså ikke av resultatet ved anvendelsen av ugyldighetsregler. Plikten står alene og det er angitt konkrete forhold som skal omfattes.

Det må antas at bokstav h og § 33 innebærer sammenfallende regler. Begge bestemmelsene gir anvisning på en vurdering av løftets redelighet. Sammenhengen mellom de ulike rettsgrunnlag som pålegger opplysningsplikt tilsier at man bør legge til grunn den samme redelighetsstandard.⁶³ Det er ikke hensiktsmessig å ha to ulike

⁵⁹ Jfr. pkt. 2.3.

⁶⁰ Jfr. NOU 1994:19, s 179.

⁶¹ Jfr. Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*. Oslo 1998, s. 260.

⁶² Jfr. Viggo Hagstrøm og Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*. 2003, s. 136.

⁶³ Jfr. Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 136.

regelsett for opplysningsplikt som kan slå forskjellig ut ved konkret anvendelse. Hensynet til forutberegnelighet taler også for dette.

Området for anvendelsen av bokstav h og § 33 vil derfor også være det samme. Bokstav h gjelder for ”andre forhold”, mens § 33 gjelder for ”omstendigheter”. Det er ingen grunn til å tro at det ligger noen forskjell i disse uttrykkene. Siden den samme redelighetsstandard legges til grunn, kan ikke en opplysning omfattes av § 33 hvis man kaller den en ”omstendighet”, men ikke omfattes av bokstav h bare fordi man kaller den et ”forhold”. Trolig kan man likevel gjøre unntak for de forhold som det skal opplyses om etter de øvrige reglene i § 59, jfr betegnelsen ”andre forhold”. Men det betyr ikke at disse forhold ikke kan kjennes ugyldig etter § 33. Poenget i bokstav h er å fange opp eventuelle forhold som ikke er blitt omfattet ellers i § 59.

Forarbeidene til bokstav h nevner en del eksempler på forhold som omfattes av opplysningsplikten.⁶⁴ For det første kan dette dreie seg om forhold ved låneavtalen. For eksempel at institusjonen antar at risikoen for mislighold er vesentlig.

Derneft kan det dreie seg om forhold ved lånetakeren selv. For eksempel at denne er insolvent, har lidt store tap eller er involvert i særlig risikofylte prosjekter.

I den før nevnte avgjørelsen i BKN 2004–100 som gjaldt refinansiering av eldre gjeld, unnlot banken å informere kausjonisten om flere spesielle forhold rundt lånetakernes økonomi og livssituasjon. Dette måtte banken være forpliktet til å opplyse om, særlig når kausjonen i dette tilfellet var spesielt risikoutsatt. Selv om saken ikke gjelder bokstav h direkte, gir den et godt eksempel på informasjon som kan falle inn under betegnelsen ”andre forhold” og som det er av stor betydning for kausjonisten å få opplysning om.

Endelig kan opplysningene dreie seg om andre forpliktelser lånetakeren har overfor institusjonen eller andre kredittinstitusjoner som står i vesentlig fare for å misligholdes. Det antas også at forhold ved kausjonisten selv kan omfattes av opplysningsplikten. For eksempel der institusjonen forstår at kausjonisten har feilaktig forståelse av de faktiske forhold. Dette må sammenholdes med frarådningsplikten etter § 60 hvor institusjonen i visse tilfeller kan ha plikt til å fraråde kausjonisten.

I den tidligere nevnte avgjørelsen i BKN 2003-107 ble det stilt kausjon for diverse eldre gjeld i et treningssenter. Kausjonistene var ikke opplyst om den alvorlige økonomiske situasjonen som selskapet befant seg i. De trodde dessuten at deres forpliktelse ikke innebar en kausjonsstillelse, men at de ble medeiere i selskapet. Kausjonistene hadde altså ikke blitt opplyst om de faktiske forholdene rundt kausjonsstillelsen og nemnda stiller spørsmål om dette kunne rammes av bokstav g og h. I denne saken kom Nemnda som nevnt til at opplysningsplikten måtte anses opphevet av kausjonistenes

⁶⁴ Jfr. NOU 1994:19, s 179.

undersøkelsesplikt. Kausjon i næringsforhold vil være forbundet med større risiko enn vanlig. Dette tilsa en skjerpet undersøkelsesplikt for kausjonistene. Likevel gir saken er godt eksempel på forhold som kan tenkes å rammes av bokstav h.

Ved vurderingen av om et forhold omfattes av bokstav h må man også oppstille et godtro-krav, jfr § 33. Bare forhold som institusjonen kjente eller burde kjenne til rammes av bestemmelsen. Man kan ikke pålegge institusjonen en objektiv opplysningsplikt. Det er for strengt og umulig for institusjonen å oppfylle.

Det følger av dette at vurderingen av de aktuelle forhold etter bokstav h, må gjøres etter retningslinjene i § 33. Dette innebærer at institusjonen må foreta en hypotetisk vurdering av hva som kan bli følgen av unnlatt opplysningsplikt i fremtiden. Institusjonen må vurdere om den aktuelle opplysningen er av en slik art, at dersom den ikke blir gitt kausjonisten og han dermed kontraherer i villfarelse, og avtalen derfor rammes av § 33, så er det i samsvar med redelighet og god tro å gi kausjonisten opplysningen. En opplysning som oppfyller denne beskrivelsen omfattes av bokstav h. Bevisbyrden ved slike hypotetiske hendelsesforløp antas å ligge hos institusjonen, jfr Rt 2000 s. 679.

Å foreta en slik hypotetisk vurdering kan innebære vanskeligheter. Problemet blir å bestemme om villfarelsen kommer til å virke inn på avtalen. Dersom kausjonisten ikke har blitt opplyst om et forhold som uansett ikke ville vært av betydning for avtalen, så kan ikke dette føre til ugyldighet. Det vil da ikke være uredelig å gjøre rett gjeldende etter avtalen. Trolig må denne vurderingen gjøres konkret. Man må vurdere arten av den aktuelle opplysningen og forhold hos kausjonistens som kan tilsa at han har behov for opplysningene. Særlig forhold som har en direkte betydning for kausjonistens ansvar eller for hans regressfordring vil det være grunn til å opplyse om. Trolig kan det heller ikke kreves noe mer en vanlig sannsynlighetsovervekt for å fastslå at opplysningen ville ha virket inn på avtalen.

Det følger av denne fremstillingen at brudd på opplysningsplikten etter bokstav h vil innebære at § 33 får anvendelse. Noen egen fremstilling av rettsvirkninger er derfor ikke nødvendig.

3 Skriftlig frarådningsplikt – finansavtaleloven § 60

3.1 Utgangspunkter

Å påta seg økonomiske forpliktelser innebærer alltid en viss risiko. Ikke minst gjelder det når man påtar seg å stille sikkerhet for en annens gjeld. Utviklingen i forpliktelsesforholdet er ikke bare avhengig av egen økonomisk evne, men også låntakers evne og vilje til å gjøre opp for seg. Ikke alle som stiller kausjon har full oversikt over realiteten ved kausjonsstillelse, og derfor heller ikke oversikt over egen og låntakers evne til å mestre forpliktelsen. For privatpersoner som ikke er vant til å håndtere finansavtaler og å vurdere risikobilder, kan det være lett å overse alle vurderingsmomentene som bør tas med i betraktningen. Det kan for eksempel være lettere å vurdere økonomisk evne ut ifra gjeldende forhold på dags dato, enn å analysere mulige fremtidige svingninger i rente- og markedsforhold. Her sitter institusjonene inne med ekspertkunnskap. Den vil også være den beste til å vurdere låntakers og kausjonistens økonomi med henblikk på en mulig realisasjon av ansvaret.⁶⁵ Institusjonen bør dele denne kunnskapen med sine kunder for å motvirke at de påtar seg urealistiske forpliktelser.⁶⁶ Finansavtaleloven pålegger derfor institusjonen en plikt til å fraråde kunden å påta seg forpliktelsen, dersom den skjønner at låntaker eller kausjonist alvorlig bør overveie å avstå, jfr hhv. § 47 og § 60, 2.

Gjeldende rett før finansavtaleloven statuerte ikke en slik aktiv frarådningsplikt. Plikten kunne imidlertid inntre etter særlige omstendigheter, men bare dersom man kunne si at det dreide seg om et håpløst foretagende.⁶⁷ En generell frarådningsplikt har altså først kommet til ved finansavtaleloven.

Under arbeidet med finansavtaleloven var det mye uenighet om omfanget og formuleringen av regelen, og om det overhodet var behov for en egen regel om frarådningsplikt. Frarådningsplikt ble vurdert av Banklovkommisjonen både overfor låntaker ved inngåelse av låneavtalen og overfor

⁶⁵ Jfr. Innst.O.nr (1998-1999) kap. 10.4.

⁶⁶ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 54.

⁶⁷ Jfr. Rt. 2003 s. 1252 og nedenfor under pkt. 3.3.

kausjonisten på bakgrunn av hans økonomiske evne.⁶⁸ Kommisjonen mente at frarådningsplikt ville følge av alminnelige avtalerettslige regler og av opplysningsplikten i § 59, 1 bokstav a og h.⁶⁹ Det var derfor ikke nødvendig med en egen bestemmelse. Departementet ville imidlertid ha en egen regel om frarådningsplikt overfor kausjonisten i særlige tilfelle der det var stor risiko for at låntaker ikke ville mestre forpliktelsen. Departementet knyttet vurderingen til om det var vesentlig fare for mislighold i stedet for det vagere ”økonomisk evne og andre forhold som tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå”. Verken kommisjonen eller departementet ville statuere frarådningsplikt pga. forhold hos kausjonisten selv. Det ble antatt at dette ville falle inn under § 59, 1 bokstav a. Under stortingsbehandlingen ble det likevel bestemt at loven skulle ha egne bestemmelser om frarådningsplikt.⁷⁰ Dette betyr at forslaget til kommisjonens andre mindretall tilslutt ble den endelige regelen.

3.2 Underrettelsesplikt dersom låntaker er frarådet, § 60, 1

Bestemmelsen i § 60, 1 pålegger institusjonen plikt til å underrette kausjonisten dersom institusjonen har frarådet låntakeren å ta opp lånet etter reglene i § 47. Regelen i § 47 innebærer at institusjonen ved lånopptaket skal foreta en vurdering av låntakers økonomiske evne og andre forhold på hans side av betydning for betalingsevnen. Dersom denne vurderingen tilsier at han alvorlig bør overveie å ikke ta opp lånet, skal han frarådes dette. Når slik frarådning er skjedd i hovedforholdet skal kausjonisten etter § 60, 1 bli underrettet.

Forarbeidene fremhever kausjonistens særlige behov for denne informasjonen.⁷¹ Dersom det skal være aktuelt for kausjonisten å påta seg ansvar i en situasjon der låntakeren er frarådet, bør det være et minimumskrav at han er underrettet om dette på forhånd.

Overskriften og forarbeidene til § 60, 1 omtaler institusjonens plikt som en frarådningsplikt. Men slik 1. ledd er utformet fremstår frarådningsplikten i realiteten som en ren opplysningsplikt. Dermed skiller 1. ledd seg egentlig ikke vesentlig fra opplysningsplikten etter § 59, 1 bokstav a-h. Underretning om at låntaker er frarådet må antas å være en opplysning som også omfattes av bokstav h, og som det etter omstendighetene kan stride mot redelighet og god tro å utelate.

Bestemmelsen angir ikke eksplisitt hva underrettelsen skal inneholde. 1. pkt. angir bare at den skal være skriftlig og angå ”dette”, dvs. at lånetaker er frarådet etter § 47. I

⁶⁸ Jfr. NOU 1994 : 19 kap. 8.

⁶⁹ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 53 og Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 72.

⁷⁰ Jfr. Innst.O.nr (1998-1999) kap. 10.4.

⁷¹ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 71.

tråd med god bankskikk vil institusjonen ha foretatt en kredittvurdering av låntakeren. Av hensyn til institusjonens taushetsplikt vil kausjonisten trolig ikke ha krav på å vite detaljer rundt innholdet i kredittvurderingen, men konklusjonen bør han underrettes om. Bestemmelsen i § 60, 1 legger opp til at kausjonisten gis et valg med hensyn til om han skal stille kausjon på bakgrunn av underrettelsen. Det vil derfor være viktig for ham å vite noe om hva institusjonen bygger sin vurdering på.

Bestemmelsen i 1. ledd angir to ulike tidspunkt for når underretningen kan gis. Den kan enten gis før kausjonsavtalen inngås eller før lånet til låntaker utbetales. I forbindelse med frarådning etter § 47 begrunner forarbeidene dette med at det kan være behov for frarådning etter at bindende avtale har kommet i stand, fordi opplysningene først er blitt tilgjengelige på dette tidspunkt.⁷² Det må antas at det kan være et tilsvarende behov ved frarådning etter § 60, 1. Imidlertid vil dette alternativet ikke være mulig ved kausjonsstillelse for eldre gjeld. Gjelden er allerede stiftet, og frarådning må følgelig skje før kausjonsavtalen inngås.

Forarbeidene antar at der låntaker frarådes etter avtaleinngåelse, men før lånet utbetales, må låntakeren gis adgang til å gå fra avtalen.⁷³ Kausjonisten må gis en tilsvarende rett. Dersom underretning etter 1. ledd i det hele tatt skal ha noen betydning, må det være en forutsetning at kausjonisten kan si seg løst fra sitt løfte dersom han ønsker det.

Virkningene av brudd på underrettelsesplikten i § 60, 1 er, i motsetning til § 59, regulert i selve bestemmelsen. Rettsbrudd kan forekomme i tre situasjoner. Det kan være at institusjonen har unnlatt å underrette kausjonisten etter § 60, 1 (1), eller unnlatt å fraråde låntakeren etter § 47, men burde ha gjort dette, jfr § 60, 1, (3). Dessuten kan rettsbrudd forekomme i form av mangelfull underretning.

Dersom institusjonen unnlater å underrette kausjonisten om at låntakeren er frarådet å ta opp lånet, angir § 60, 1 (2) at ansvaret kan lempes dersom det finnes rimelig. Når låntaker er frarådet etter § 47, innebærer det at institusjonen anser det som sannsynlig at hovedforpliktelsen vil bli misligholdt.⁷⁴ Å unnlate underretning om dette må sies å være en alvorlig overtredelse av institusjonens lojalitetsplikter. Forholdet vil, som nevnt, også omfattes av § 59, 1 bokstav h som antar at forsømmelsen vil stride mot

⁷² Jfr. NOU 1994 : 19 s. 55.

⁷³ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 55.

⁷⁴ Jfr. under pkt. 3.3 om vurderingen av vilkårene for når frarådningsplikten utløses.

redelighet og god tro. Det synes derfor underlig å skulle vurdere dette ut ifra en rimelighetsstandard. Unnlatelse av å underrette om dette vil trolig ikke under noen omstendighet kunne anses rimelig. Rettsbrudd her må derfor føre til at kausjonsavtalen kjennes ugyldig. Det kan altså ikke bli snakk om en partiell reaksjon.

Dersom låntakeren ikke har blitt frarådet etter reglene i § 47, oppstår spørsmålet om dette kan få følger for kausjonsansvaret. Tradisjonelt gjelder at en kausjon er ugyldig dersom hovedfordringen er ugyldig. Dette på grunn av kausjonens aksessoriske karakter.

Spørsmålet om aksessorisk ugyldighet er egentlig et spørsmål om kausjonisten kan sies å ha påtatt seg et veritasansvar, jfr prinsippet i gbl. § 9. En kausjonsstillelsen innebærer vanligvis at kausjonistens påtar seg bonitasansvar. Dvs. at kausjonisten garanterer for fordringens godhet, altså at den blir betalt. Dersom kausjonisten også har påtatt seg et veritasansvar garanterer han for at hovedforpliktelsen eksisterer. Dvs. at han også garanterer for dens gyldighet. Han er da forpliktet etter hovedfordringen selv om denne er ugyldig i forholdet mellom kreditor og debitor. Hvis kausjonen omfatter et veritasansvar kan kausjonisten ikke bli hørt med påstand om aksessorisk ugyldighet. Det kan undertiden være vanskelig å avgjøre om veritasansvar er avtalt. Spørsmålet har vært diskutert i teorien og det har vært usikkert hvordan det skal løses. Men det er blitt antatt at utgangspunktet må være at kreditor bærer ansvaret for hovedfordringens gyldighet, slik at kausjonsforpliktelsen faller bort der hovedfordringen viser seg å være ugyldig. Slike kausjoner kan imidlertid ikke avtales i privatkausjonsforhold. Vanligvis vil det fremkomme mer eller mindre forutsetningsvis om avtalen omfatter veritasansvar. Dette kan ikke godtas for privatkausjoner. Det er dessuten ikke lenger adgang til å inngå on-demand-garantier i forbrukerforhold, jfr § 55, 2. Dette taler også for at det ikke er adgang til å pålegge veritasansvar.

Som utgangspunkt er det institusjonens egen vurdering av om vilkårene for frarådningsplikt er tilstede, som legges til grunn. Men bestemmelsen i § 60, 1, (3) angir imidlertid at kausjonsansvaret også kan reduseres dersom låntakeren burde ha blitt frarådet. Bestemmelsen oppstiller altså en aktsomhetsplikt for institusjonen. Dersom det kan påvises at låntakeren burde blitt frarådet, kan kausjonsansvaret reduseres dersom det finnes rimelig, jfr 1. ledd (2). Det vil i prinsippet ikke være noen forskjell om låntakeren er frarådet eller om han burde vært det. Dersom institusjonen har opptrådt uaktsomt vil også dette måtte føre til ugyldighet for kausjonen.

Det kan tenkes at institusjonen underretter kausjonisten, men at det er mangler ved underrettelsen som innebærer at kausjonisten får inntrykk av et mindre alvorlig risikobilde enn realiteten tilsier. Bestemmelsen i § 60, 1 anvender betegnelsen ”forsømmer” om institusjonens rettsbrudd. Språklig sett innebærer dette både unnlatelse

og mangelfull informasjon.⁷⁵ Dette innebærer at mangelfull underrettelse også skal vurderes etter rimelighetsstandarden i 2. pkt.

Det må likevel antas at det skal noe mer til før en mangel får følger for kausjonsansvaret enn ved unnlattelse av å underrette. Kausjonisten har fått en pekepinn på at noe er galt, og dette gir ham en oppfordring til selv å undersøke nærmere. Etter omstendighetene kan en mangelfull underretning rammes av avtl. § 33 eller ulovfestede lojalitetsprinsipper dersom institusjonens forsømmelse anses uaktsomt eller dersom det dreier seg om forhold kausjonisten ikke kunne ha tilegnet seg kunnskap om på egen hånd.

Dersom manglene fører til ugyldighet, bør man imidlertid legge til grunn en partiell reaksjon. Kausjonsansvaret kan reduseres slik at det tilsvarer den risiko som kausjonisten hadde forventning om på avtaletidspunktet. Det kan imidlertid være vanskelig å bestemme den eksakte størrelsen på risikoøkningen forsømmelsen har medført. Man bør foreta en reduksjon som anses rimelig ut ifra sakens konkrete omstendigheter. Forarbeidene gir anvisning på ulike måter å redusere ansvaret.⁷⁶ Restfordringen kan reduseres, renten kan falle bort eller nedbetalingstiden forlenges. Man kan også benytte en kombinasjon av disse.

Institusjonens ansvar ved forsømt frarådningsplikt, kan etter omstendighetene lempes. Dersom det kan påvises at forsømmelsen ikke har hatt noen innvirkning på kausjonsavtalen, er det heller ingen grunn til å kjenne den ugyldig. I tillegg stiller forarbeidene krav til årsakssammenheng.⁷⁷ Kausjonsansvaret kan ikke reduseres dersom det ikke er tilstrekkelig sammenheng mellom forsømmelsen av å fraråde og økningen i kausjonistens risiko. Som regel vil det være årsakssammenheng når kausjonisten ikke har vært klar over at låntakerens betalingsevne er så dårlig at institusjonen regner med at han ikke vil klare å dekke hovedfordringen.

⁷⁵ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 56.

⁷⁶ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 56.

⁷⁷ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 56.

3.3 Frarådningsplikt pga. forhold på kausjonistens side, § 60, 2

Bestemmelsen i § 60, 2 pålegger institusjonen frarådningsplikt overfor kausjonisten, dersom hans økonomiske evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at han alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.

Forarbeidene begrunner frarådningsplikten med hensynet til lojalitet og hensynet til forsvarlig forretningsdrift.⁷⁸ Dersom institusjonen som den profesjonelle part ser at kausjonisten kan få betydelige problemer med å innfri forpliktelsen ved en eventuell realisasjon, så bør den gjøre kausjonisten oppmerksom på dette. Særlig gjelder dette de tilfeller der det stilles kausjon til fordel for nærstående og man ønsker å "ta sjansen" for å hjelpe til med at låntaker blir tilført kreditt. Hensynet til forsvarlig forretningsdrift tilsier at institusjonen også bør vurdere kausjonistens betalingsevne med tanke på om han overhode skal godtas som kausjonist. Kausjonens verdi vil være av stor betydning for institusjonens mulighet for å få dekning. Det anses lojalt overfor de øvrige kreditorer tilknyttet hovedfordringen, at dette er vurdert på forhånd.

Et hovedhensyn ved frarådningsplikten er dessuten at den skal virke forebyggende. Frarådningsplikten skal forhindre at kausjonisten påtar seg et ansvar han ikke vil klare.⁷⁹

For å avgjøre om vilkårene for frarådningsplikt er oppfylt, skal institusjonen vurdere kausjonistens økonomiske evne og andre forhold på hans side. Forarbeidene omtaler denne vurderingen i forbindelse med § 47.⁸⁰ Det må antas at siden bestemmelsene er likelydende, kan de samme retningslinjene legges til grunn for vurderingen så langt de passer.

Institusjonen skal for det første vurdere kausjonistens økonomiske evne. Hans inntekt og formue må vurderes opp mot kausjonsansvarets størrelse i tilfelle av realisasjon, og om kausjonisten på bakgrunn av dette vil være i stand til å dekke kravet. Hovedforholdets størrelse og det eventuelle ansvar for renter og kostnader vil også være av betydning her.⁸¹ Eventuelle andre forpliktelser kausjonisten måtte ha, må også tas med i vurderingen av hans økonomiske evne.

⁷⁸ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 57.

⁷⁹ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 54.

⁸⁰ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 54 flg.

⁸¹ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 55.

For det andre kan institusjonen også ta hensyn til andre forhold enn de økonomiske, som kan få betydning for betalingsevnen. Dette kan være tilfelle for eksempel ved realkausjon der sikringsobjektet er kausjonistens bolig. Han kan kanskje dekke hovedforpliktelsen, men det innebærer samtidig at han også mister sin eneste bolig. Det kan også dreie seg om forhold ved kausjonisten personlig som tilsier at han ikke bør stille kausjon. Kanskje er han svekket av høy alder uten at avtalen er sinnsykt motivert, men likevel slik at man kan stille spørsmålstegn ved om han er fullstendig klar over hva han begir seg ut på. Her ser vi klare forbindelseslinjer til opplysningsplikten og de bakenforliggende hensyn i § 59. Kausjonisten kan også for eksempel ha en historie bak seg med betalingsudyktighet og strandede økonomiske prosjekter som tilsier at han heller ikke denne gangen vil være en særlig sikker betaler.

Avgjørelsen i BKN 2004-072 gir eksempel på hva som kan omfattes av andre forhold. Både kausjonistens vanskeligheter med å få arbeid, beskjedne formue og status som pensjonist talte for at banken burde foretatt en nærmere vurdering av betalingsevnen.

Tidspunktet for institusjonens vurdering må tas med utgangspunkt i situasjonen på kausjonsstillestidspunktet. Men det er på det rene at det også må legges vekt på kjente og sannsynlige begivenheter i fremtiden.⁸² For eksempel kan det dreie seg om endringer i skatteregler eller i særreguleringer for den næringsvirksomhet kausjonisten har sin inntekt fra og som kan ha innvirkning på hans betalingsdyktighet. Dessuten må man huske at kausjonsforpliktelsen er betinget av låntakers mislighold, hvilket kan være en kortere eller lenger periode inn i fremtiden. Det innebærer at forholdene for kausjonistens betalingsdyktighet kan ha endret seg vesentlig når ansvaret først blir aktuelt. Dette bør institusjonen også ta høyde for i sin vurdering.

Terskelen for når frarådningsplikten utløses er mye lavere etter § 60, 2 enn etter eldre rett.⁸³ Kravet om at det måtte dreie seg om et håpløst foretagende innebar at det måtte være åpenbart at kausjonisten ikke kunne dekke hovedfordringen dersom ansvaret ble aktuelt.⁸⁴ Først da hadde kreditor frarådningsplikt. Nå stiller § 60, 2 krav om at plikten utløses når det må antas at han alvorlig bør alvorlig overveie å avstå. Dette indikerer at også de mindre åpenbare tilfellene omfattes. I kravet til å overveie ligger en

⁸² Jfr. NOU 1994 : 19 s. 55.

⁸³ Jfr. Hagstrøm, JV 2003 s. 60.

⁸⁴ Jfr. om håpløst foretagende i Rt. 1959 s. 1048 og i Rt. 2003 s. 1252 der det antas at kravet til "håpløst foretagende" er blitt myket opp med innføringen av lojalitetsprisnipper i rettspraksis forut for finansavtaleloven.

vurdering av sannsynligheten for mislighold. Dersom det er sannsynlighetsovervekt for at mislighold vil inntreffe, må det antas tilstrekkelig for at han bør overveie å avstå. Dette betyr at frarådningsplikt inntreffer når det er overveiende sannsynlig at kausjonisten vil misligholde dersom ansvaret skulle bli aktuelt.

Loven angir imidlertid ikke hvor mye som skal til før det er overveiende sannsynlig at kausjonisten vil misligholde. Det må stilles visse krav til alvorligheten av betalingsproblemene. Enhver liten forbigående betalingsudyktighet kan ikke kvalifisere til sannsynlighetsovervekt for mislighold. Man kan heller ikke kreve at kausjonisten må nærme seg insolvens før han alvorlig bør overveie å avstå. Når kausjonen blir aktuell forfaller den i sin helhet. Dersom kausjonisten ikke kan dekke hele fordringen ute å bli stilt på bar bakke, må det antas at det er sannsynlighetsovervekt for mislighold. Men her kan de andre forholdene på kausjonistens side komme inn og tilsi at sannsynligheten for mislighold økes eller minskes. For eksempel vil sannsynligheten økes dersom kausjonisten er en notorisk dårlig betaler.

Vurderingen av forholdene som tilsier betalingsproblemer hos kausjonisten er imidlertid overlatt til institusjonens eget skjønn. Loven angir at frarådningsplikt utløses når institusjonen ”må anta” at vilkårene er oppfylt. Det er på det rene at det ikke stilles krav om kredittprøving av kausjonisten, slik tilfelle er ved låneopptak. Bestemmelsen i 2. ledd stiller heller ikke opp noe krav til aktsomhet ved vurderingen slik 1. ledd gjør. Men institusjonen kan heller ikke gis adgang til å godta enhver kausjonist uten å vurdere betalingsevnen, under henvisning til at de ikke måtte anta at det var noen problemer. Gjennom avtl. § 36 stilles det krav til god bankskikk. Dersom det er synbart for institusjonen at de burde ha frarådet, vil unnlattelse etter omstendighetene kunne innebære at kausjonen vil være urimelig å gjøre gjeldende.

Når institusjonen antar at frarådningsplikt foreligger, skal kausjonisten underrettes om dette skriftlig, jfr § 60, 2 (1). Det er opp til kausjonisten selv å vurdere om han likevel skal påta seg forpliktelsen. Bestemmelsen innebærer ikke en plikt for institusjonen å avvise kausjonisten, eller en plikt for kausjonisten til å avstå. Men bestemmelsen oppfordrer ham til å vurdere om han bør avstå. Når institusjonen fraråder innebærer det at den anser det for overveiende sannsynlig at han ikke vil klare forpliktelsen. Dette bør være et strekt signal til kausjonisten om hva han bør gjøre. Institusjonen bør etter omstendighetene også opplyse kausjonisten om bakgrunnen for at de anser ham betalingsudyktig. Men man kan imidlertid ikke kreve at institusjonen skal

drive noen omfattende finansiell rådgivning i privatøkonomiske forhold.⁸⁵ Avgjørelsen må til syvende og sist ligge på kausjonistens eget skjønn.

Rettsvirkninger ved brudd på frarådningsplikten er i likhet med 1. ledd regulert i bestemmelsen, jfr 2. ledd (2) som henviser til 1. ledd (2). Ved forsømmelser fra institusjonen kan ansvaret lempes dersom dette finnes rimelig.

Rettsbrudd ved forsømt frarådningsplikt kan for det første inntreffe ved at institusjonen unnlater å fraråde selv om kausjonistens økonomiske evne eller andre forhold tilsier det. Man må vurdere om det vil virke urimelig å gjøre kausjonen gjeldende når kausjonisten ikke ble gjort oppmerksom på at han burde ha avstått fra å forplikte seg, jfr 1. ledd. Utgangspunktet må tas i de konkrete forhold. Man må vurdere omstendigheter på begge parter side. Dersom frarådningsplikt foreligger innebærer det at det er stor sannsynlighet for at kausjonisten ikke vil klare å dekke hovedfordringen dersom kausjonsansvaret skulle bli aktuelt. Det må antas som hovedregel at forsømmelse av å fraråde på bakgrunn av dette vil være urimelig. Frarådningsplikten kan imidlertid lempes dersom forhold på kausjonistens side tilsier at han kan bebreides for forsømmelsen. Det samme gjelder dersom han må antas å ha slik forståelse for egen økonomi at han må ha forstått at han ikke ville klare forpliktelsen og derfor på eget initiativ burde ha avstått fra å forplikte seg. Det kan her legges til grunn en partiell reaksjon, slik at kausjonsansvaret reduseres til det anses rimelig. Dersom det kan godtgjøres at frarådning likevel ikke ville ha spilt noen rolle, kan det tenkes at den manglende frarådningsplikten ikke vil bli tillagt virkning.

Avgjørelsen i BKN 2004-071 viser at man i rimelighetsvurderingen også må vektlegge forhold på kausjonistens hånd. Der ble det stilt realkausjon i forbindelse med en sikkerhetsendring ved eierskifte i et restaurantskap. Nemnda fant at banken ikke hadde oppfylt sin frarådningsplikt, men mente at det ikke ville være rimelig at kausjonisten skulle bli helt fri sitt ansvar. Nemnda mente at kausjonisten selv hadde god oversikt over den alminnelige risikoen knyttet til kausjonsforhold og burde foretatt visse undersøkelser rundt selskapets økonomi før han garanterte. Ut ifra kausjonistens inntekt og øvrig gjeld ville det være rimelig at ansvaret ble redusert til det halve.

Rettsbrudd ved forsømt frarådningsplikt kan også dreie seg om at institusjonen gir mangelfull frarådning. Dette innebærer at kausjonisten forplikter seg i den tro at risikoen er mindre enn den egentlig er. Man må vurdere om dette betyr at kausjonen vil virke urimelig å gjøre gjeldende, jfr 1. ledd. Igjen må man ta utgangspunkt i de konkrete forholdene rundt kausjonsstillelsen. Forhold på begge parter side er relevante i

⁸⁵ Jfr. Hagstrøm, JV 2003 s. 61.

vurderingen. Utgangspunktet må være at det er institusjonen som den profesjonelle part, som er den nærmeste til å vurdere kausjonisten på bakgrunn av den kunnskap de har om økonomiske forpliktelser. Dette tilsier at de må bære risikoen for at frarådningen er mangelfull. På den annen side må man også her kreve en viss aktivitet av kausjonisten. Forhold på hans side kan tilsi en lemping av institusjonens frarådningsplikt. For eksempel dersom han selv må antas å være egnet til å vurdere sin egen kredittverdighet, eller dersom den mangelfulle frarådningen uansett ikke har virket inn på avtalen.

Vurderingen av om institusjonen er pålagt en frarådningsplikt skal som nevnt ta utgangspunkt i forholdene på kausjonistens hånd. Dette betyr at dersom disse forholdene ikke tilsier at han alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon, så er institusjonen heller ikke pålagt frarådningsplikt. Dersom de tilsvarende forholdene på låntakers hånd heller ikke tilsier at han alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet, så er frarådning heller ikke påkrevd i hovedforholdet og underretning etter § 60, 1 er ikke nødvendig. Det kan imidlertid tenkes at økonomisk evne eller andre forhold likevel tilsier at betalingsproblemer kan inntreffe, men at disse ikke er så alvorlige at frarådningsplikt oppstår. Problemet kommer på spissen når frarådningsplikt verken foreligger etter § 47 for låntaker eller etter § 60, 2 for kausjonisten, men at det etter en samlet vurdering av de tvilsomme forholdene på låntakers og kausjonistens hånd, kan tilsi at frarådningsplikt likevel bør pålegges. Dvs. at man får en slags kumulativ effekt ved at man legger sammen de ulike forholdene på låntakers og kausjonistens hånd. Hver for seg vil de ikke være alvorlige nok til å pålegge institusjonen frarådningsplikt, men sammen kan de tilsi at kausjonisten alvorlig bør overveie å avstå fra forpliktelsen.

Finansavtaleloven regulerer ikke denne situasjonen. Bestemmelsen i § 60 angir uttrykkelig at det bare er kausjonistenes egen økonomiske evne og andre forhold på *hans* side som er relevante. Mye taler for at man bør infortolke en slik regel i § 60, 2. Hensynene bak frarådningsplikten tilsier dette. Dersom det etter en kumulativ vurdering fremgår at kausjonisten alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon, så har han tilsvarende behov for underretning om dette, som han ville hatt dersom frarådning fulgte av forhold på hans hånd alene.

I den før nevnte avgjørelsen i BKN 2004-072 legger nemnda til grunn en slik sammensatt vurdering. Saken gjaldt en realkausjon stilt til sikkerhet for studiefinansiering til kausjonistens barn og det oppsto spørsmål om banken hadde oppfylt frarådningsplikten etter § 60, 2. Nemnda la til vekt på at låntakeren ikke hadde vært i stand til å betjene sine tidligere forpliktelser til banken, lånet var refinansiert tre ganger, og at kausjonistens økonomiske forhold var dårlig. Han var pensjonist med lav inntekt og det meste av hans formue var fastlåst i den pantsatte leiligheten. Bankene hadde ikke foretatt en nærmere

vurdering av konsekvensene for kausjonisten ved en eventuell realisasjon. På bakgrunn av at hovedfordringen måtte anses risikoutsatt burde dette ha blitt gjort.

Denne saken viser godt hvordan nemnda tar i betraktning forhold både på låntakers og kausjonistens side, ved vurderingen etter § 60, 2. Dette viser at det er en mangel ved loven på et område der det er behov for regulering. Trolig vil rettsutviklingen vise at § 60, 2 må tolkes utvidende på dette området.

4 Finansavtaleloven som reformator av kausjonsretten

Den materielle fremstillingen av opplysnings- og frarådningsplikten ovenfor, viser at vedtakelsen av finansavtaleloven har kommet langt i å møte behovet for en lovregulering og reform av kausjonsretten.

Etter dette oppstår likevel spørsmålet om reglene er egnet til å ivareta de hensyn som begrunnet behovet for regler om opplysnings- og frarådningsplikt. Innebærer reglene en bedring av kausjonistens stilling i forholdet til de overlegne profesjonelle institusjonene? Hvor effektivt er i så fall dette vernet? I dette kapitlet skal jeg forsøke å besvare disse spørsmålene.

4.1 Sosial formuesrett

Finansavtaleloven må sies å være et resultat av den forbrukerverntanke som har gjennomsyret rettsutviklingen de siste 25 årene på formuerettens område. I tråd med at levestandarden har økt har også forbrukernes kjøpekraft økt. Dette gjør dem til attraktive kunder som lett lar seg utnytte.

Forbrukerverntanken har resultert i lovgivning av en annen karakter enn tradisjonelle privatsrettslige regler. De tradisjonelle reglene kjennetegnes bl.a. med at reglenes overtredelse er sanksjonert med rettsvirkninger. Den som bryter reglene må finne seg i at dette kan få konsekvenser for avtalen. Lovgivning med bakgrunn i forbrukervern kjennetegnes ved at de er av kontrollerende art. Reglene tar sikte på å pålegge den profesjonelle parten i avtaleforholdet plikter overfor den svakere parten for å styrke dennes stilling. Men ofte unnlates det å samtidig vedta regler som regulerer rettsvirkninger dersom disse pliktene ikke følges.

Finansavtaleloven er et eksempel på slik lovgivning. Reglene om opplysningsplikt pålegger institusjonen en rekke plikter. Men som vist i fremstillingen ovenfor, angis det ingen rettsvirkninger. Bestemmelsen i § 91 statuerer et stafferettslig ansvar, men denne regelen kan ikke antas å være særlig praktisk.

Lovgivning av slik kontrollerende art er typisk for offentligrettslige regler. Selv om kausjonsretten er et utpreget privatrettslig område, kan man si at de nye

bestemmelsene i finansavtaleloven bærer preg av en offentligrettslig tankegang.⁸⁶ Likevel er reglene privatrettslige. De skal virke i en privatrettslig sammenheng der det vil være et klart behov for å kunne statuere rettsvirkninger når plikter brytes. Området for opplysningsplikten har blitt utvidet med vedtakelsen av § 59. Opplysning om alminnelig risiko og om sidesikkerhet i hovedforholdet, har blitt omfattet først ved finansavtaleloven. Overtredelse av opplysningsplikten om disse forholdene får imidlertid ikke konsekvenser for kausjonsansvaret. Det er synd at de reglene som virkelig er med på å videreutvikle opplysningsplikten til fordel for kausjonisten, i realiteten er innholdsløse pliktsregler.

4.2 Formkrav

Finansavtaleloven stiller krav om at kausjonisten skal opplyses og frarådes skriftlig, jfr § 59, 1 og § 60, 1 og 2. Kausjonsavtalen skal dessuten inngås skriftlig, hvilket er en betingelse for kausjonens gyldighet, jfr § 61, 1.

At det stilles et krav til skriftlighet må i utgangspunktet sies å være en god regel. Kausjon er en forpliktelse man ikke skal ta lett på. Skriftlighet sikrer notoriteten og tvinger kausjonisten til refleksjon før denne skriver under.⁸⁷ Det virker som om folk flest tenker mer nøye gjennom ting dersom de må skrive under på et papir. Dette i motsetning til muntlige avtaler, som etter alminnelig avtalerettslige prinsippet er like bindende som skriftlige.

Derimot er det tvilsomt hvilken betydning skriftlighetskravet vil få ved forhåndsopplysning. Når den skriftlige informasjonen er sendt kausjonisten er institusjonens forpliktelse oppfylt. Det er ingen plikt for institusjonen til å påse at skrevet faktisk er lest og forstått. Som nevnt ovenfor under behandlingen av bokstav a, må det antas at en kausjonist som har mottatt og undertegnet den skriftlige dokumentasjonen, i utgangspunktet ikke kan høres med at han likevel ikke forsto.⁸⁸ Man må kreve en viss medvirkning.

Her ser vi nettopp reglenes problem. De som ikke forstår risikoen ved kausjonsansvar etter å ha lest informasjonen fra institusjonen, er de som har størst behov for det vernet reglene har som formål å gi dem. En særskilt opplysningsplikt

⁸⁶ Jfr. Hagstrøm, JV 2003 s. 46.

⁸⁷ Jfr. NOU 1994 : 19 s. 180.

⁸⁸ Jfr. under pkt. 2.2.

overfor disse kan ikke hjemles i § 59. Plikten omfatter ikke å påse at kausjonisten har forstått, og de alminnelige avtalerettslige reglene kommer inn på et tidspunkt der problemene allerede har oppstått. Dette er det kausjonisten som må lide for.

Dersom loven også inneholdt rettsvirkninger kunne situasjonen blitt en annen. Den tilsvarende bestemmelsen i den finske loven om kausjon har en mer skjønnspreget regel.⁸⁹ I tillegg til informasjon om ansvarsomfanget og om vilkårene for at kausjonist skal kunne kreves, skal det opplyses om øvrige omstendigheter som er av vesentlig betydning for kausjonistens stilling. Overtredelsen av opplysningsplikten er sanksjonert i bestemmelsens 3. ledd. Dersom institusjonen kjente eller burde ha kjent til forholdet som kausjonisten hadde behov for opplysning om, og dersom forsømmelsen har virket motiverende på kausjonsstillelsen, kan ansvaret lempes. Til sammenligning fremstår § 59 nesten som en ordensforskrift.

En sanksjonsregel tilsvarende den finske ville kunnet effektivisere pliktene i § 59. Dersom institusjonen skjønner at kausjonisten ikke har forstått, vil han ha rett på ansvarsreduksjon dersom institusjonen ikke foretar seg noe. Bestemmelsen stiller ikke krav om at forholdet i tillegg må være uredelig eller illojalt slik de norske avtalerettslige reglene gjør. En slik sanksjonstrussel vil kunne legge press på institusjonen. Når de vet at forsømmelse av plikten gir kausjonisten rettskrav på ansvarsreduksjon, vil det kanskje tvinge institusjonen til å være mer aktiv for å unngå misforståelser fra begynnelsen av.

4.3 Reglenes utforming

Finansavtaleloven har blitt preget av sin forhistorie. Den har blitt til i en politisk drakamp mellom behovet for en reformering av kausjonsretten og ønsket om å styre institusjonene.

Bestemmelsen i § 60 om frarådningsplikt er for eksempel blitt både vanskelig og uklar. Det var stor dissens i Banklovkommisjonen i spørsmålet om frarådningsplikt, og dette har gitt seg utslag i bestemmelsens utforming. Loven angir for eksempel ikke hvor mye som skal til før kausjonisten antas å ikke ville klare forpliktelse, slik at kravet til alvorlige overveielser er oppfylt. Dette er overlatt til institusjonens skjønn. Denne uklare utformingen er uheldig og må antas å være konfliktskapende. Usikkerheten rundt

⁸⁹ Jfr. Lag om borgen och tredjemanspant 19.3.1999/361, § 12.

kvaliteten på den vurdering institusjonen har foretatt av kausjonistens betalingsevne, inviterer til prosess. Praksis fra Bankklagenemnda viser også at regelen ofte påberopes som grunnlag for kausjonistens krav mot institusjonen.

Dessuten gir regelen institusjonen mulighet til å drive en viss spekulasjon i vurderingen av forholdene på kausjonistens side. Prinsipper for god bankskikk tilsier at en kausjonist som ikke er betalingsdyktig heller ikke skal godtas som kunde, jfr avtl. § 36. De kausjonistene som åpenbart er betalingsdyktige, har ikke behov for frarådning. Dermed sitter man igjen med en gruppe mellomtilfeller som ikke er så dårlige betalere at de må avvises, men heller ikke åpenbart betalingsdyktige. Disse skal etter § 60, 2 frarådes og etter eget skjønn overveie å avstå fra å stille kausjon. Dette gir mulighet for både institusjonen og kausjonisten til ”å ta sjansen”. Institusjonen tjener penger på sine utlån og kausjonisten ønsker å hjelpe låntaker.

Utformingen av opplysningsplikten har også blitt noe uheldig. Bestemmelsen i § 59 er svært detaljert. Dette sikrer kausjonistens forutberegnelighet mht. hva han har krav på opplysning om. Men bestemmelsen gir liten mulighet for rettsskapende virksomhet. Den tilsvarende finske bestemmelsen har fått en bedre utforming.⁹⁰ Bestemmelsen gir anvisning på en vesentlighetsvurdering. Det skal bl.a. opplyses om omstendigheter av vesentlig betydning for kausjonisten. Dette gir anvisning på en mer dynamisk vurdering enn den norske regelen. En mer skjønnsmessig regel gir kausjonisten mulighet til å få alle typer informasjon som det er behov for i det konkrete tilfellet, og ikke bare opplysninger som det ellers vil stride mot redelighet og god tro å utelate, jfr bokstav h.

Dessuten har § 61 fått en svært vanskelig utforming. Bestemmelsen gir kausjonisten rettigheter der brudd på opplysningsplikten fører til innholdsmangler ved kausjonsavtalen. Men det må antas at det er de færreste alminnelige kausjonister som forstår distinksjonen mellom gyldighetsbetingelser, vilkår og andre opplysninger.

4.4 Analogisk anvendelse av reglene

Opplysnings- og frarådningsplikten i §§ 59 og 60 gjelder bare i forbrukerforhold, og den kan ikke fravikes til skade for en forbruker, jfr § 2, 1. Innholdskravene i § 61 kan

⁹⁰ Jfr. § 12, 1.

imidlertid heller ikke fravikes til skade for en næringsdrivende, men det stilles altså ikke tilsvarende krav til forhåndsopplysning eller frarådning. Spørsmålet om opplysningsplikt i disse tilfellene må derfor tas i alminnelige avtalerettslige ugyldighetsregler og ulovfestede lojalitetsprinsipper slik disse er utviklet i rettspraksis.

Dette reiser imidlertid spørsmål om reglene i § 59 og § 60 kan gis analogisk anvendelse på tilfeller der kausjonisten ikke er forbruker. De hensyn som gjør seg gjeldende ved utformingen av reglene i finansavtaleloven og som ligger til grunn for tolkningen, gjør seg imidlertid ikke gjeldende med samme styrke i kommersielle garantiforhold. Garantisten er ikke en privatperson som i tilsvarende grad trenger opplysning om risikoen ved å påta seg garantiansvar. Slike garantister må antas å være godt kjent med hva en garanti innebærer.

Opplysnings- og frarådningsplikten etter §§ 59 og 60 går dessuten mye lenger enn eldre rett i å pålegge kreditor plikter. Dette forskyver forholdet mellom to parter som i utgangspunktet var like. Det innebærer at man ved tolkningen av kommersielle garantier, ikke uten videre kan legge til grunn regler som er beregnet på andre typer avtaleforhold.

Disse hensynene tilsier at man ved kommersielle garantier bør anvende de tradisjonelle avtalerettslige reglene for å fastlegge rammene for opplysningsplikten.⁹¹

I avtaleforhold der partene er privatpersoner eller små næringsdrivende, og hvor finansavtaleloven ikke gjelder, vil det derimot være behov for opplysningsplikt etter mønster fra § 59. Dette vil for eksempel være tilfelle der kreditor og kausjonist begge er forbrukere og de ikke har hatt bistand fra en profesjonell megler, jfr finansavtaleloven kap. 5. Her kan finansavtaleloven tenkes å kunne få analogisk anvendelse.

⁹¹ Jfr. også i den retning Erik H. Vinje i *Tolkning av garantier i forretningsforhold*. Oslo 1999, s. 22.

5 Litteratur- og kildeliste

Litteratur:

Hagstrøm, Viggo: *Kausjonsretten i forandring* i Jussens Venner 2003, s. 45-61.

Hagstrøm, Viggo i samarb. med Magnus Aarbakke: *Obligasjonsrett*. Oslo 2003.

Hov, Jo: *Avtaleslutning og ugyldighet*. Oslo 1998.

Smith, Carsten: *Garantikrav og garantistvern (Garantirett III)*. 2. utg. Oslo 1981.

Vinje, Erik H: *Tolkning av garantier i forretningsforhold*. Oslo 1999.

Forarbeider:

Innst.O.nr (1998-1999)

NOU 1994 : 19 Finansavtaler og finansoppdrag. Delutredning 1

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

Lovregister:

Norske:

Lov om avtaler (avtaleloven) 1918 nr 4

Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) 1997 nr. 46

Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner

(finansieringsvirksomhetsloven) 1988 nr. 60

Lov om gjeldsbrev 1939 nr. 1

Lov om pant 1980 nr. 2

Finsk:

Lag om borgen och tredjemanspant 19.3.1999/361

Domsregister:

Rt. 1925 s. 501 Bly-sølv-dommen

Rt. 1934 s. 194 Toten Sparebank

Rt. 1959 s. 1048

Rt.1984 s. 28 Tromsø Sparebank

Rt. 1984 s. 248

Rt. 1995 s. 245

Rt. 2000 s 679

Rt. 2003 s. 1252

Avgjørelser fra Bankklagenemnda:

BKN 2001-048

BKN 2002-004

BKN 2002-101

BKN 2003-107

BKN 2003-112

BKN 2004-043

BKN 2004-066

BKN 2004-071

BKN 2004-072

BKN 2004-100

BKN 2004-123

Annet:

Internett: www.spama.no: <http://www.spama.no/sak/000460.asp>

