

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Kredittgiver frarådningsplikt

En fremstilling av finansavtaleloven § 47 første ledd

Kandidatnummer: 735

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 17934



## Innholdsfortegnelse

<b>1 INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1 Presentasjon av tema.....	1
1.2 Oppgavens problemstilling og avgrensning.....	2
1.3 Veien videre.....	3
<b>2 RETTSKILDEBILDET .....</b>	<b>4</b>
2.1 Lovregler og forarbeider.....	4
2.1.1 Finansklagenemnda Bank.....	6
2.1.2 Betydningen av Finansklagenemnda uttalelser som rettskilde.....	7
<b>3 RETTSTILSTANDEN FØR FINANSAVTALELOVEN .....</b>	<b>11</b>
3.1 Avtalerettslig utgangspunkter.....	12
3.1.1 Ulovfestet lojalitetsplikt i kontraktsforhold.....	13
3.2 Frarådning etter avtaleloven § 33.....	14
3.3 Den generelle lempningsregel.....	17
<b>4 BAKGRUNN OG DE LEGISLATIVE HENSYN BAK DEN LOVFESTEDE FRARÅDNINGSPLIKTEN.....</b>	<b>19</b>
4.1 Forbrukervernet som faktor i lovgivningsprosessen.....	19
4.2 Formålet med den lovfestede frarådningsplikten.....	22
<b>5 FRARÅDNINGSPLIKTENS VIRKEOMRÅDE .....</b>	<b>25</b>
5.1 Innledning.....	25
5.2 Rettighetssubjektet - “Forbruker”.....	25
5.2.1 Fysisk person.....	26
5.2.2 Kredittavtaler med et blandet formål.....	27
5.2.3 Om særregelen i finansavtaleloven § 2 annet ledd tredje punktum.....	30

5.3	Pliktsubjektet – “Kredittgiver” .....	31
5.4	Saklig virkeområde – ”kredittavtaler” .....	33
<b>6</b>	<b>FRARÅDNINGSPLIKTEN INNHOLD.....</b>	<b>34</b>
6.1	Innledning .....	34
6.2	Forhold på forbrukerens side .....	35
6.2.1	“Økonomisk evne” .....	35
6.2.2	”Andre forhold” .....	39
6.3	Kredittvurderingen etter finansavtaleloven § 46b.....	51
6.3.1	Finansavtalelovens verneregler for svake forbrukere.....	54
6.4	Terskelen frarådningsplikten .....	56
6.5	Krav til utøvelsen av frarådningsplikten.....	58
<b>7</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER - EN RETTSPOLITISK VURDERING AV FRARÅDNINGSPLIKTEN.....</b>	<b>61</b>
<b>8</b>	<b>KILDER/LITTERATUR .....</b>	<b>65</b>
8.1	Lover .....	65
8.2	Forskrifter .....	66
8.3	Forarbeider .....	66
8.4	EØS-direktiver .....	67
8.5	Rettspraksis .....	67
8.5.1	Høyesterettspraksis .....	67
8.5.2	Lagmannsrettspraksis .....	67
8.5.3	Uttalelser fra Bankklagenemnda / Finansklagenemnda Bank .....	68
8.5.4	Utenlandsk rettspraksis .....	68
8.6	Juridisk Litteratur.....	69
8.6.1	Lærebøker .....	69
8.6.2	Artikler.....	69
8.7	Rapporter etc.....	70
8.8	Andre kilder .....	71

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema

Tema for oppgaven er kredittgivers frarådningsplikt ved inngåelse av kredittavtaler etter finansavtaleloven § 47 første ledd.<sup>1</sup>

Forbrukervernet står sentralt i lovreguleringen av finansmarkedet og ved tilsynet med de ulike tilbydere av kredittavtaler. De siste tiårene har det skjedd en utvikling med skjerpede krav til forbrukervern og lojalitet i kontraktsforhold. Tidligere gjeldskriser har påført samfunnet og enkeltmennesker store tap, og understreker behovet for regler som beskytter forbrukeren.

Frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 første ledd innebærer at kredittgiver skal fraråde forbruker kredittopptaket dersom de ”må anta at økonomisk evne eller andre forhold på forbrukerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra ta opp kreditten eller fra å gjennomføre kredittavtalen”. Videre følger det av finansavtaleloven § 47 tredje ledd at dersom kredittgiver misligholder sin plikt til å fraråde, kan gjeldsforpliktelsene lempes såfremt det finnes rimelig.

Det kan reises spørsmål om hvorvidt en slik frarådningsplikt er nødvendig. Dersom omstendighetene tilsier at kredittopptaket bør frarådes, kunne en naturlig følge være at kredittgiver heller ikke yter noe lån og at behovet for frarådningsplikten dermed bortfaller. Praxis viser imidlertid at det foreligger et stadig økende antall tilfeller der kredittavtaler blir vurdert med tanke på revisjon som følge av misligholdt frarådningsplikt. I disse sakene blir tema gjerne om frarådningsplikten er oppfylt. Antall tilfeller har økt i kjølevannet av fi-

---

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

nanskrisen og som følge den kraftige renteoppgangen i 2008 hvor mange forbrukere fikk store betalingsproblemer.<sup>2</sup>

Etterspørselen etter kreditt har økt siden årtusenskiftet. Ved utgangen av første kvartal i 2013 var husholdningenes gjeld om lag dobbel så høy som inntekten.<sup>3</sup> Konsekvensene av et uforsvarlig kredittopptak kan ha stor økonomisk betydning for den enkelte forbruker. Den økende gjelden gjør at flere forbrukere blir svært sårbare for høyere rente eller bortfall av inntekt. Finansavtaleloven § 47 pålegger kredittgiver å frarå kredittopptak i situasjoner hvor det er sannsynlig at forbrukerkunden vil få problemer med å betjene sine gjeldsforpliktelse. Dette bidrar til at forbruker i større grad blir bevisst på risikoen knyttet til kredittavtalen og eventuelt avstår fra kredittinngåelsen. Frarådningsplikten ovenfor forbrukere er en naturlig konsekvens av at kredittgiver som den profesjonelle part, besitter den nødvendige kunnskap og erfaring til å vurdere forbrukerens risiko knyttet til kredittavtalen.<sup>4</sup> På tross av den lovfestede frarådningsplikten ser en at gjeldsbelastningen for husholdningene er på et historisk høyt nivå, som således utgjør en risiko for den finansielle stabiliteten.<sup>5</sup> En kan i dette henseende reise spørsmålet om hvorvidt bestemmelsen har et tilstrekkelig stort virkeområde.

## 1.2 Oppgavens problemstilling og avgrensning

Frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 er basert på rettspolitiske holdninger til forbrukervern og er et utslag av bredere kontraktrettslige prinsipper. Oppgaven tar særlig sikte på å behandle innholdet av frarådningsplikten, herunder i forlengelse av tidligere rettstilstand, gjennom en drøftelse av tre problemstillinger.

---

<sup>2</sup> Styringsrenten til Norges Bank lå høsten 2008 mellom 4,75 og 5,75 %. Per oktober 2013 ligger styringsrenten til sammenligning på 1,5 %.

<sup>3</sup> Finanstilsynet (2013) s. 52.

<sup>4</sup> NOU 1994:19 s. 54.

<sup>5</sup> Finanstilsynet (2013) s. 56.

Den første problemstillingen knytter seg til bakgrunnen for vedtakelsen av finansavtaleloven § 47, herunder hvordan rettstilstanden var før bestemmelsens ikrafttredelse. Til å belyse dette vil jeg redegjøre for den forliggende rettspraksis *før* og etter vedtakelsen av § 47. Den neste problemstillingen er hvilket virkeområdet frarådningsplikten har. Den tredje problemstillingen er hva som utgjør frarådningspliktens innhold, herunder hva som aktualiserer kredittgivers plikt til å fraråde.

Gjennom disse problemstillingene tas det sikte på å belyse frarådningspliktens innhold, pliktens rekkevidde, og om den nye lovbestemmelsen i finansavtaleloven vil utgjøre en forskjell fra tidligere rettstilstand.

Selv om fremstillingen vil favne vidt, avgrenses oppgaven mot frarådningsplikt ovenfor kausjonister etter finansavtaleloven § 60. Det avgrenses også mot en generell behandling av rettsvirkningene ved brudd på frarådningsplikten. Spørsmålet om virkningen av brudd på misligholdt frarådningsplikt vil kun knyttes opp til resultatet i rettspraksis og uttalelser fra Finansklagenemnda.

### **1.3 Veien videre**

Innledningsvis vil jeg redegjøre for rettskildebildet innen området for finansavtaler, og de aktuelle rettskilder for de spørsmål oppgaven reiser. Deretter vil jeg i kapittel 3 til kapittel 6 ta for meg de hovedproblemstillinger som oppgaven reiser. Jeg vil først redegjøre for den tidligere rettstilstanden og dennes bidrag til dagens rettssituasjon, for deretter å drøfte dagens regelverk. Avslutningsvis vil jeg komme med korte rettspolitiske betraktninger til den aktuelle bestemmelsen i finansavtaleloven § 47. Jeg vil her stille spørsmål vedrørende frarådningspliktens hensiktsmessighet som rettsregel, og om dagens rettstilstand gir et godt forbrukervern, sammenlignet med rettstilstanden før bestemmelsens ikrafttredelse.

## 2 Rettskildebildet

### 2.1 Lovregler og forarbeider

Kredittgivers frarådningsplikt er lovfestet i finansavtaleloven § 47. derfor utgjør finansavtaleloven og dens forarbeider de mest sentrale rettskilder i fremstillingen. Ettersom frarådningsplikten er lovfestet vil redegjørelser for bestemmelsen innhold først fremst søkes i en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Bestemmelsen benytter flere vage og skjønnsmessige begreper og bidrar til at frarådningsplikten vanskelig fastlegges kun basert på ordlydsfortolkning. Andre rettskildefaktorer vil derfor utgjøre et sentralt bidrag til tolkningen av bestemmelsen.

Rettskildebildet viser at forarbeidene er sentrale. Av særlig relevans er finansavtalelovens egne forarbeider<sup>6</sup>, sammen med Banklovkommisjonens utredning fra 1994.<sup>7</sup> Videre gav Kredittkjøpsutvalgets utredning av 2009 et betydelig bidrag til lovendring av 7. mai 2010 nr. 15 som integrerte kredittkjøpsloven i finansavtaleloven.<sup>8</sup> Uttalelsene fra forarbeidene til § 9a om frarådningsplikt ved inngåelse av kredittavtaler vil derfor bli benyttet som rettskilde i oppgaven.<sup>9</sup>

Det vil også være aktuelt å trekke EU-retten, da forbrukerkredittdirektivet 2008/48/EF ble innført i norsk rett ved lovendring av 7. mai 2010.<sup>10</sup> Implementeringen av direktivet medførte omfattende endringer i finansavtaleloven. Direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv som innebærer at Norge ikke kan beholde eller innføre bestemmelser som fraviker fra det som er fastsatt i direktivet.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> NOU 1994:19, Ot.prp. nr. 41 (1998-99), NOU 2009:11, og Prp.nr 65 L (2009-2010)

<sup>7</sup> NOU 1994:19

<sup>8</sup> NOU 2009:11

<sup>9</sup> særlig NOU 2007:5

<sup>10</sup> Heretter forbrukerkredittdirektivet eller direktivet

<sup>11</sup> NOU 2009:11 s.23, jf. Direktivet art. 22 nr. 1

Det er begrenset rettspraksis som direkte behandler rekkevidden av frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47. Bestemmelsen er berørt i praksis i Rt.2003 s.125. Høyesterett legger til grunn i avgjørelsen at kredittkunde selv må vurdere sin betalingsevne.<sup>12</sup> Det kan synes at Høyesterett så langt ikke har tatt stilling til selve innholdet i den lovfestede frarådningsplikten. Likevel må det antas at aktsomhetskravet i § 47 er ytterligere skjerpet etter synpunkter omkring markedsføring og salg av investeringstjenester vurdert under avtaleloven § 36 i den såkalte Røeggen-saken, inntatt i Rt. 2013. s.388. Det finnes imidlertid noe praksis fra lagmannsrettene og tingrettene. I en rettskildesituasjon der tema har vært lite oppe for Høyesterett, vil praksis fra lavere instanser kunne øve større innflytelse på retts-situasjonen enn ellers, og vil uansett gi praktiske eksempler som belyser hvordan reglene vil virke. Avgjørelser fra både mellom- og underinstanser vil dermed være relevant som rettskilder for denne fremstillingen.<sup>13</sup>

Omfanget av praksis vedrørende frarådningsplikten er noe mer omfangsrik før finansavtaleloven. Enkelte avgjørelser har vært ansett som svært grunnleggende for læren om en ulovfestet standard for frarådningsplikt i tiden før finansavtaleloven. Disse avgjørelsene vil også være av betydelig verdi som tolkningsfaktor ved anvendelsen av den nye bestemmelsen, hovedsakelig som bidrag til å klargjøre bakgrunnen og behovet for en lovfestet frarådningsplikt.

Som en kan se er det et forholdsvis beskjedent bidrag i rettspraksis vedrørende den lovfestede frarådningsplikten. Dette skyldes i stor grad at Finansklagenemnda, tidligere Bankklagenemnda, har blitt det sentrale tvisteløsningsorgan mellom forbruker og banker.<sup>14</sup> Det vil være av stor relevans for oppgaven å avklare betydningen av uttalelser fra Finansklage-

---

<sup>12</sup> Høyesterettsdommen henviser herunder til eldre avgjørelser i Rt. 1959.s 248 og Rt.1959 s. 1049 og holder spørsmålet om synet etter finansavtaleloven § 47 åpent.

<sup>13</sup> Eckhoff (2001) s. 162

<sup>14</sup> Hagstrøm (2011) s. 57



nemnda som rettskilde. Følgelig vil dette rettkildespørsmålet bli særskilt behandlet i neste avsnitt.

### 2.1.1 Finansklagenemnda Bank

Finansklagenemnda (FinKN) er et utenrettslig tvisteløsningsorgan som har som hovedformål å behandle klager som gjelder tvister av rettslig karakter som springer ut kontraktsforhold mellom finans og forsikringsforetak og deres kunder.

Finansklagenemnda ble opprettet 1. juli 2010 gjennom sammenslåing av den tidligere Forsikringsklagenemnda (FKN) og Bankklagenemnda (BKN). Finansklagenemnda skal drive sin virksomhet innenfor rammene av finansavtaleloven § 4.<sup>15</sup> Finansklagenemnda består av et sekretariat og fire nemnder, der Finansklagenemnda Bank avgir uttalelser om privatpersoners kontraktsforhold med banker, finansieringsselskap, kredittforetak og fondsforvaltningsselskap. Det samme gjelder tvister med utenlandsk kreditt- eller finansinstitusjoner, som tilbyr tilsvarende tjenester i Norge. Videre behandler Finansklagenemnda Bank klager mot et verdipapirforetak når tvisten gjelder investeringsrådgivning. Det er knyttet flere fordeler ved tvisteløsning i Finansklagenemnda. Saksbehandlingen i Finansklagenemnda er enkel, rask og kostnadsfri, mens ordinær domstolsbehandling er forbundet med store kostnader som ikke nødvendigvis er forsvarlig i forbrukerforhold.

Avtale om Finansklagenemnda av 2010 avløste den tidligere Hovedavtalen for Bankklagenemnda, blant annet med den hensikt å skape et større og mer synlig kompetanse- og ressursfaglig miljø, med bredere basis for å fremskaffe operasjonell spisskompetanse.<sup>16</sup> Vedtektene skal i størst mulig grad videreføre hovedelementer i Avtalen om Forsikringsklagekontoret og Hovedavtalen for Bankklagenemnda. Overgangen fra Bankklagenemnda til

---

<sup>15</sup> Nemnda ble opprett med grunnlag i avtale mellom Forbrukerrådet (FR), Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Finansnærings Fellesorganisasjon (FNO), Finansieringsselskapenes Forening (FINFO) og Verdipapirfondenes forening (VFF).

<sup>16</sup>Avtale om Finansklagenemnda av 2010

Finansklagenemnda Bank, har således ikke gi noen reell organisatorisk endring når det gjelder nemndas oppgaver, sammensetning, kompetanse eller lignede. Den faglige kompetansen har blitt styrket, men den materielle kompetanse er tilnærmet uendret. Endring fra Bankklagenemnda til Finansklagenemnda Bank kan således ikke synes å påvirke uttalelsenes rettskildemessige verdi. I oppgaven vil jeg likevel skille mellom Bankklagenemnda og Finansklagenemnda når jeg henviser til de aktuelle uttalelsene.

### 2.1.2 Betydningen av Finansklagenemnda uttalelser som rettskilde

Når det gjelder rettskildeverdien av nemndas avgjørelser må det som utgangspunkt fremholdes at nemnda kun kan treffe avgjørelser innenfor rammen av gjeldende rett. Finansklagenemndas uttalelser er rådgivende og ikke bindene for sakens parter.<sup>17</sup> Det foreligger ingen rettslig plikt for partene til å følge nemndas uttalelser og det er således ingen plikt for domstolene å respektere nemndas uttalelse i deres videre behandling av saken. Høyesterettspraksis kan imidlertid gi veiledning om hvilken vekt en kan tillegge en rettskildefaktor innenfor de forskjellige rettsområdene.

Det er foreløpig ingen prinsipiell avgjørelse som sier hvilken vekt Høyesterett tillegger nemndsavgjørelser. En kan likevel få en viss veiledning hva gjelder rettskildeverdien i Rt.1984 s. 248 i den såkalte Nanset-dommen. Her presiserte Høyesterett hvilken vekt uttalelser fra Næringslivets Konkurransutvalg bør ha i en konkret rettsanvendelsesprosess. Saken gjaldt krav om erstatning etter overtakelse i et mellommannsforhold. Det ble i Høyesterett fremlagt en rekke uttalelser fra Næringslivets Konkurransutvalg vedrørende generalklausulen i markedsføringsloven. På samme måte som Næringslivets Konkurransutvalg, avgir Finansklagenemnda kun rådgivende uttalelser, videre er organene sammenlignbare i sammensetning og oppgaver. Ordningen underlagt Næringslivets Konkurransutvalg er imidlertid en god del eldre, innehar mer sparsommelig praksis, og den knytter seg i det

---

<sup>17</sup> Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda av 2010 pkt. 12 og Avtale om Finansklagenemnda 2010 pkt. 4 nr. 11

vesentlige til lovregler om “god forretningsskikk”. Likevel uttalte Høyesterett enstemmig om de prinsipielle rettskildespørsmålene at ”De responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurransutvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt”. Det er grunn til å tro at domstolene vil innta samme grunnholdning til Finansklagenemndas praksis.<sup>18</sup>

Avgjørelser med lignede betraktninger vedrørende den rettskildemessige betydningen av nemndsuttalelser finner en i Rt. 1987 s.744 og Rt. 1993 s. 1482. Begge avgjørelsene drøfter betydningen av uttalelser fra den daværende Forsikringsklagenemnda som rettskilde. Herunder ble uttalelsene i sakene påberopt som uttrykk for bransjepraksis. Det synes som nemndsuttalelser kan tillegges vekt når det gir grunnlag for en etablert praksis i den aktuelle bransje, og dersom det øvrige rettskildematerialet i den konkrete tvist er begrenset.<sup>19</sup>

Betydningen av Finansklagenemndas uttalelser som rettskilde vil bero på nemndas sammensetning og kompetanse, og videre på de innrettelseshensyn til avgjørelsen som foreligger. Finansklagenemnda er sammensatt av en uavhengig leder og sakkyndige medlemmer fra både forbrukermyndighetene og finansnæringen.<sup>20</sup> Finansklagenemnda er høyt faglig kvalifisert innenfor et saklig begrenset fagområde, og vil følgelig ha spesialkompetanse i rettsspørsmål knyttet til finansavtaleloven § 47. Nemndas faglige kompetanse og sammensetning bidrar til at uttalelsene er grundig og inngående avveid og kan være med å anerkjenne uttalelsene som rettskilde.

Det følger uttrykkelig av Avtale om Finansklagenemnda 2010 pkt. 4 nr. 11 at “nemndas uttalelser skal være rådgivende”, likevel skal nemnda varsles innen 30 dager dersom avgjørelsen blir fraveket. Hvis et slikt varsel ikke er sendt innen fristen, er finansforetaket bundet

---

<sup>18</sup> Hagstrøm (2011) s. 58

<sup>19</sup> Hagstrøm (2011) s. 58

<sup>20</sup> Saksbehandlingsregler for finansklagenemnda av 2010 pkt. 14

av uttalelsen.<sup>21</sup> Som følge av denne tilbakemeldingsordningen hevder Hagstøm at det kan slås fast at bankene i det alt overveiende antall saker respekterer nemndas uttalelser.<sup>22</sup> Dette henger trolig sammen med nemndas faglige og allsidige sammensetning. Videre er det av betydning at nemndas uttalelser blir publisert og offentliggjort elektronisk.<sup>23</sup> Hvor rettstilstanden er noe uklar, hvilket gjelder for frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47, kan det forhold at nemnda har truffet flere avgjørelser ha adskillig verdi som rettskilde.

Praksis fra Bankklagenemnda har vært en sentral rettskilde ved lovgivningsreformer til finansavtaleloven og en vesentlig del ved lovgivningspolitiske vurderinger på bankrettens område.<sup>24</sup> Banklovkommisjonen konkluderte allerede med i NOU 1994:19 at; ”Det er kommisjonens inntrykk at Bankklagenemnda har fungert tilfredsstillende. Nemnda har vært tilført ressurser som har gjort den i stand til å behandle innkomne klager på en effektiv og forsvarlig måte”.<sup>25</sup>

Nylig har det blitt foreslått nye regler om nemndbehandling av tvister mellom finansinstitusjoner og forbrukerkunder. Forslagene er bygget på utkast og initiativ fra Banklovkommisjonen og Finanskriseutvalget, jf. henholdsvis NOU 2011: 8 Ny finanslovgivning og NOU 2011: 1 Bedre rustet mot finanskriser. Banklovkommisjonen har foreslått å utvide adgangen til å bringe tvister inn for klagenemnder ved å foreslå at finansinstitusjoner kan bli pålagt å slutte seg til en klagenemnd.<sup>26</sup> Forbrukere skal kunne være trygge på at tvister med finansforetak vil bli løst på en god måte. Det foreslås også at finansforetak som ikke retter seg etter nemnduttalelser i forbrukernes favør, må dekke forbrukerens sakskostnader ved en eventuell rettssak.<sup>27</sup> Videre kan det vises til utredning om nemndsbehandling av forbruker-

---

<sup>21</sup> Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda av 2010 pkt. 12.

<sup>22</sup> Hagstrøm (2011) s. 57.

<sup>23</sup> Vedtekter for Finansklagenemnda av 2010 § 4-4 (2).

<sup>24</sup> Hagstrøm s. 57.

<sup>25</sup> NOU 1994:19 s. 100.

<sup>26</sup> Prop. 188 L (2012-2013) s. 10.

<sup>27</sup> Prop. 188 L (2012-2013) s. 7.

vister NOU 2011:11, der et av forslagene er at nemnda etter offentlig godkjenning skal kunne søke om at nemndsuttalelsene skal få hjemmel med retts- og tvangskraft.<sup>28</sup> Med forbehold om at dette blir vedtatt vil det styrke finansklagenemnda, og kunne gi nemnda større betydning som rettskilde. Forslagene vil videre bidra til å styrke forbrukervernet i finansmarkedene betydelig.

Det forutsettes i det videre at uttalelser fra Finansklagenemnda har betydelig rettskildeverdi i spørsmål tilknyttet frarådning etter finansavtaleloven § 47. Uttalelsene vil følgelig være en viktig rettskilde i oppgaven, likevel vil betydningen av uttalelsene i den konkrete saken beror på det samlede rettkildebildet.

---

<sup>28</sup> NOU 2011:11 s. 100.

### 3 Rettstilstanden før finansavtaleloven

Før en går inn på problemstillingene knyttet til finansavtaleloven § 47, kan det være grunn til å se hen til rettstilstanden før finansavtaleloven og videre på bestemmelsen bakgrunn og formål. Dette vil kunne gi veiledning for tolkningen av det nærmere innholdet av finansavtaleloven § 47. Jeg vil i det følgende forsøke å plassere frarådningsplikten i et kontraktsrettslig perspektiv ved å gjøre rede for avtalelovens bestemmelser, samt enkelte avgjørelser knyttet til disse. Den ulovfestede frarådningsplikten vil fortsatt kunne ha aktualitet i de tilfeller partene ikke kan påberope seg frarådningsplikten, men er henvist til å gjøre gjeldene sine innsigelser mot avtaleloven §§ 33 og 36, samt ulovfestede prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold.

Før finansavtalelovens ikrafttredelse gjaldt det også regler om frarådningsplikt ovenfor forbrukere. Plikten ble blant annet utledet av avtaleloven §§ 30, 33 og 36, til dels av gjeldsordningsloven<sup>29</sup>, samt de ulovfestede rettsregler om lojalitetsplikt i kontraktsforhold. I tillegg utgjorde detaljerte standardavtaler utarbeidet av långiver en sentral del av den rettslige reguleringen på området.<sup>30</sup> Begrepet frarådningsplikt har ikke vært anvendt i særlig grad før finansavtaleloven i norsk sammenheng. Likevel er det likhetstrekk mellom tidligere rettstilstand og dagens lovregulering. Justisdepartementet la til grunn at et forslag om en lovregulere forholdet mellom låntakere og finansinstitusjon innebar langt på vei en kodifisering av gjeldene rett.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner av 17. juli 1992 nr.99.

<sup>30</sup> Innst. O nr.84 (1998-1999) s.14.

<sup>31</sup> Innst. O nr. 84 (1998-1999) s. 15.

### 3.1 Avtalerettslig utgangspunkter

Norsk kontraktsrett bygger særlig på to overordnede og grunnleggende prinsipper; prinsippet om avtalefrihet og prinsippet om at kontrakter er rettslig bindende.<sup>32</sup>

Avtalefriheten er en konsekvens av at vårt samfunn legger til grunn at individet har en selvbestemmelsesrett, hvilket betyr at avtalefriheten gir hjemmel for at fysiske og juridiske personer i utgangspunktet fritt kan regulere sine økonomiske mellomværender ved avtale.<sup>33</sup> Partenes vilje til å binde seg er et grunnleggende prinsipp – “ingen vilje, ingen kontrakt”.<sup>34</sup> Avtalefriheten er i norsk rett er ikke lovfestet, men utgjør en alminnelig rettsgrunnsetning som rettsordenen uten videre legger til grunn. Prinsippet er imidlertid nedfelt i UNIDROIS “Principles of International Commercial Contracts” art 1.1 hvor det fremgår: “The parties are free to enter into contracts and to determine its concern”, jf. PECL art 1: 102.

Avtalefriheten utgjør et sentralt rettsprinsipp og en viktig forutsetning i vårt samfunnsliv for omsetning av varer og tjenester. Det følger midlertid begrensninger med friheten. Begrensningen kan knyttes til begrepet “frihet gjennom regulering”. Når to parter inngår en avtale kan partenes manglende jevnbyrdighet i ressurser og forhandlingsstyrke bidra til at avtalen bli ubalansert. Det er særlig partenes manglende jevnbyrdighet når det gjelder muligheter for å ha oversikt over avtales innhold og rekkevidde, som taler for å regulere avtalefriheten av hensyn til forbrukervern og den svake part.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Slik må utgangspunktet også være for avtaler om lån, hvilket understrekes i Carsten Smiths forstudie “Om behovet for en banklovkommissjon” fra 1989. Han påpeker at “utgangspunktet for de vanlige banktjenester i forhold til forbrukere er avtalefrihet ved utforming av vilkår for tjeneste”. Følgen av dette innebærer at vilkårene i utgangspunktet kan fastsette ensidige standardformularer fra finansinstitusjonene. Smith, ”Om behovet for en banklovkommissjon”, s.7-8, jfr NOU 1994:19 s. 31

<sup>33</sup> Giertsen (2012) s. 5

<sup>34</sup> Platou: Forelesninger 1895 – 1897 s.24

<sup>35</sup> Woxholth (2006) s. 27

Ved siden av avtalefriheten utledes fundamentet i kontraktsretten, prinsippet om at avtaler skal holdes, jf. NL 5-1-2 (“pacta sunt servanda”). Avtalefriheten effektiviseres ved å statuere et prinsipp om at avtaler er rettslig bindende. Partene skal, med få unntak som jeg kommer tilbake til nedenfor, oppfylle avtalen etter sitt innhold. Prinsippet innebærer at partene ikke kan fri seg fra avtalen selv om oppfyllelsen av den viser seg å være mindre gunstig enn hva partene forutså. Partene bærer som utgangspunkt risikoen for sine egne forutsetninger ved avtaleinngåelsen.<sup>36</sup>

### 3.1.1 Ulovfestet lojalitetsplikt i kontraktsforhold

Som ellers i rettspleien krysses et prinsipp imidlertid av andre prinsipper. Sentralt her står prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. Lojalitetsprinsippet er utviklet i samvirke mellom lovgivning, rettspraksis og teori de siste par hundre år. Begrepet har intet entydig innhold, men den beskriver en generell plikt til å opptre lojalt i forhold til hverandre, der partene i varierende grad må ta hensyn til den annen parts interesser.<sup>37</sup>

Hovedhensynet bak lojalitetsplikten er å utligne partenes manglende jevnbyrdighet når det gjelder muligheter for å ha oversikt over avtalens innhold og rekkevidde. En part må derfor før eller ved inngåelsen av avtale gi visse typer informasjon som det må forventes at parten har kunnskap om. En plikt til å ivareta den andre parts interesser ut i fra den fagkunnskap den profesjonelle sitter inne med, står naturlig nok særlig sterkt der parten er en forbruker.

Lojalitetsprinsippet innebærer at en ressurssterk part i noen tilfeller må forventes å ivareta den annen parts interesse ved å anbefale at parten ikke inngår avtalen.<sup>38</sup> Styrkeforholdet mellom partene kan være ujevnt, i ressurser og forhandlingsstyrke, og resultere i en ubalansert avtale. Herunder kommer det at finansinstitusjoner i noen tilfeller må fraråde lånekun-

---

<sup>36</sup> Hagstrøm 2003 s. 141 og Krüger 1989 s. 688 jf. Rt. 1959 s. 248, Rt.1984 s. 28, BKN 02034.

<sup>37</sup> Giertsen (2012) s. 10.

<sup>38</sup> Giertsen (2012) s.10, se også Rt. 1959.1048 og Rt. 2003 s.1252.



den å pådra seg større gjeld enn han kan betjene.<sup>39</sup> Da avtaleloven ble vedtatt var det et hovedpoeng å øke beskyttelse av parter som på grunn av lav ressursstyrke kunne bli utsatt for misbruk av avtalefriheten.<sup>40</sup> Nyere lovgivning har gått i samme retning, deriblant finansavtaleloven § 47 med betydelig fokus på forbrukerbeskyttende regler.

Prinsipielt vil lojalitetsplikten være tilstede på alle stadier i avtaleprosessen. Høyesterett fremhevet i Rt. 1988 s. 1078 at lojalitetsplikten er til stede ikke bare ved tidspunkt for avtaleinngåelse, men så lenge kontraktsforhold består. Lojalitetsplikten gjelder der finansinstitusjonen har en plikt til å avdekke og understreke misforståelser hos kunden, og da i neste omgang eventuelt kunne ha en plikt til å fraråde. I dette tilfellet er det ikke gitt at forbrukeren kan forventes å ivareta interessene sine selv, og det er rimelig at den profesjonelle part overtar dette ansvar dersom ivaretagelse kan skje uten særlige omkostninger eller ulemper. Disse hensynene gjør seg i stor grad gjeldende for låneavtaler som tilbys av en finansinstitusjon overfor en forbruker.<sup>41</sup>

Det synes som rettsutviklingen på bakgrunn av lojalitetsprinsippet har de siste par hundre år har bidratt til implementering av stadig flere lover innen kontraktsretten, herunder finansavtaleloven.

### **3.2 Frarådning etter avtaleloven § 33**

Avtaleloven § 33 vil generelt sett ramme avtaler hvor også ulovfestede regler om lojalitetsplikt ville ført til at avtalen var å betrakte som ugyldig. Det følger av avtaleloven § 33 at en avtale er ugyldig når det foreligger en mangel ved løftegiverens vilje, som gjør det uredlig av løftemottakeren å gjøre løftet gjeldende etter sitt innhold.

---

<sup>39</sup> Se Rt. 1959 s.1040 og Rt. 2003.1252

<sup>40</sup> Utk. 1914 s. 18.

<sup>41</sup> NOU 1994: 19 s. 55.

Der bestemmelsen har hatt størst praktisk betydning er der hvor løftegiver har hatt ufullstendig informasjon om forhold av betydning for avtaleinngåelsen. Herunder er spørsmålet om løftemottaker vil ha en opplysningsplikt for å bringe løftegiver ut av villfarelsen. Læren om opplysningsplikt har hatt sentral plass i norsk teori.<sup>42</sup> Bestemmelsen var gjenstand for utbredt debatt, og møtte sterk kritikk fra mange hold. Fredrik Stang uttaler om bestemmelsen som følger: «Avtalelovens regel har blit til efter strid, og der er uenighet om, hvilken betydning man skal tilægge den. Efter min mening stadfæster den princippet om synbar viljesmangel som ugyldighetsgrunn og gir derved hjemmel for en saa vidt omspændende regel, at en række enkeltstaaende ugyldighetsregler vor rett kjender, og som delvis er uttrykkelig stadfæstet gjennom avtaleloven, i virkeligheten gaar op i den eller bare faar en periferisk betydning ved siden av den».<sup>43</sup> Fredrik Stang var sentral i arbeidet i den fellesnorske forberedelsen til avtaleloven, hvor han begrunnet at kravet om “redelighet og god tro” måtte sammenholdes med hans egen lære om “synbar viljesmangel”.<sup>44</sup> Hans lære bygget på at avtalen ville være ugyldig når det forelå en “synbar viljemangel”. I nyere norsk rettsteori er imidlertid Stang synspunkter nedtonet, men hans lære om generell opplysningsplikt og synspunkter vedrørende avtaleloven § 33 er fortsatt en hjørnestein i norsk kontraktsrett<sup>45</sup>. Den fremtredende rollen i norsk rettsteori gjenspeiles ikke i rettspraksis. Det foreligger svært få avgjørelser fra Høyesterett i tilknyttet avtaleloven § 33. Hvor bestemmelsen har vært anvendt har det gjennomgående dreid seg om parter med ujevn ressursstyrke.<sup>46</sup>

Den sentrale avgjørelsen som først statuerte frarådningsplikten før finansavtaleloven er Rt. 1959 s.1048. Avgjørelsen berører en rekke momenter som har vært avgjørende for utformingen av opplysnings- og frarådningsplikten etter avtaleloven § 33. I saken ble et salg av

---

<sup>42</sup> Hagstrøm (2001) s. 152.

<sup>43</sup> Stang, TfR (1930) s. 51.

<sup>44</sup> Stang, (1930) s. 584 flg.

<sup>45</sup> Hagstrøm (2011) s. 152.

<sup>46</sup> Eksempel Rt. 1959. 248, Rt. 1959 s. 1048, Rt. 1996.1248 og Rt. 1984 s. 28. Se også Hagstrøm (2011) s. 152 og Giertsen (2012) s. 168.

fast eiendom kjent ugyldig etter avtaleloven § 33 fordi det måtte ha vært “åpenbart for selgeren på avtaletidspunktet at kjøperen ikke hadde økonomiske evne til å oppfylle sin betalingsforpliktelse”. Høyesterett uttalte at det under omstendighetene var “nødvendig at selgeren gikk forsvarlig frem”.<sup>47</sup> Det synes som Høyesterett mente at selgeren skulle ha gjort kjøperen oppmerksom på sine motforestillinger, og at det måtte gå utover selgeren at han hadde latt det være. Retten kom til at selgeren var uberettiget til å kreve avtalen opprettholdt, fordi kjøpet fremsto som “et håpløst foretagende”. Høyesterett presiserte likevel at “utgangspunktet er at en person selv må vurdere sin betalingsevne”. Høyesteretts utgangspunkt i Rt.1959 s.1048 bekreftet tidligere avgjørelse i Rt.1959 s. 248. Saken gjaldt et kjøp av fast eiendom, der kjøperen hadde liten eller ingen mulighet til å finansiere kjøpet. Tilfellet her skilte seg imidlertid fra avgjørelsen i Rt.1959 s. 1048 ved at partene fremstod som tilnærmet jevne i ressursstyre, og det derfor ikke var rimelig å legge risikoen for kjøpers manglende betalingsevne på selger.

Høyesterettsdommene illustrerer at utgangspunktet er at kjøper selv må vurdere sin betalingsevne, men at det unntaksvis kan være grunn til å kjenne avtalen ugyldig dersom avtalen fremstår som et ”haapløst foretakende”. Dette kan være tilfeller hvor det nærmest er umulig for løftegiver å oppfylle avtalen.<sup>48</sup> Det kreves at løftegivers manglende betalingsevne være synlig for løftemottaker, og det er partenes forhold som vil være det sentrale. Det å legge risikoen for kjøpers manglende betalingsevne over på selger, vil bare være akseptabelt der selger er erfaren og kjøper uerfaren, og selger har bedre mulighet for å vurdere risikoen knyttet til avtalen. Dette kan ha en betydelig overføringsverdien til forholdet mellom finansinstitusjon og forbrukerkunde, der partene normalt anses for å være særlig ujevne i ressursstyre. Særlig må dette gjelde i forbruker forhold som finansavtaleloven § 47 knytter seg til.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Rt. 1959 s. 1048 inntatt på s. 1053.

<sup>48</sup> Giertsen (2012) s. 168.

<sup>49</sup> NOU 1994:19 s.54 som forutsetter at finansinstitusjonen er den profesjonelle part.

### 3.3 Den generelle lempningsregel

Avtaleloven § 36 er en generell hjemmel for at en låneavtale kan kjennes ugyldig eller lempes dersom den fremstår som urimelig eller det vil være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Formålet med bestemmelsen er hovedsakelig å motvirke at avtaler får et urimelig innhold på grunn av manglende balanse i styrkeforholdet mellom partene. Den rettslige standarden inneholder et dynamisk element; hva som oppfattes som ”urimelig” vil kunne endre seg i takt med retts- og samfunnsoppfatninger.<sup>50</sup>

Det foreligger en rekke avgjørelser i senere tid hvor § 36 er blitt påberopt av forbrukeren for å lempe forpliktelsene etter låneavtalen.<sup>51</sup> Rettspraksis har imidlertid sjelden gitt saksøker medhold på grunnlag av det avtalerettslig utgangspunkt i § 36.<sup>52</sup> I Rt. 2013 s.1252 ble avtaleloven § 36 påberopt ved siden av de ulovfestede reglene.<sup>53</sup> Saken gjaldt spørsmålet om låntaker skulle vært frarådet å stille som solidaransvarlig under refinansieringen av ektefellens særgjeld. Den Norske Bank som var långiver i dette tilfellet hadde verken undersøkt eller vurdert låntaker sin personlige økonomi. Retten la til grunn at ekteparet ville få en vanskelig økonomisk situasjon som følge av låneopptaket, men at de selv også måtte ha vært klar over dette. Ekteparet viste til at forarbeidene til finansavtaleloven § 47 var i samsvar med tidligere ulovfestet rett.<sup>54</sup> Høyesterett fant likevel ikke grunnlag for å pålegge banken en frarådningsplikt etter ulovfestet rett eller etter avtale § 36. Verken flertallet i Banklovkommisjonen eller Justisdepartementet foreslo å lovfeste frarådningsplikten, men la til grunn at plikten allerede var gjeldende i lys av avtaleloven §§ 30, 33 og 36. Giertsen mener på bakgrunn av videre uttalelser fra banklovkommisjonens flertall at det er “over-

---

<sup>50</sup> Giertsen (2012) s.207.

<sup>51</sup> Det vil føre for langt her å redegjøre for den betydelige mengden av rettspraksis om finnes vedrørende avtaleloven § 36, likevel vi fremstillingen se på noen av de avgjørelsene som kan være relevant i relasjon til frarådningsplikten.

<sup>52</sup> Med unntak av “Røeggen-saken” inntatt Rt. 2013 s.388, der forbrukeren fikk medhold på grunnlag av avtaleloven § 36.

<sup>53</sup> Låneopptaket ble gjort før finansavtalelovens ikrafttredelse.

<sup>54</sup> Dommen avsnitt 15.

raskende at førstvoterende ikke fant det nødvendig å gå inn på om finansavtaleloven var i samsvar med tidligere ulovfestet rett”.<sup>55</sup> Høyesterett kom likevel med en merknad om at finansavtaleloven § 47 “på mange måter [var] ei nyskapning”.<sup>56</sup>

Da avtaleloven § 36 ble vedtatt hadde lovgiver et økende fokus på å beskytte den svake forbruker i kontraktsforhold.<sup>57</sup> Lovgiver har tatt i bruk virkemidler for å beskytte den “svake” kontraktspart gjennom blant annet mulighet for domstolskontroll av urimelige kontraktsvilkår. Det sentrale virkemidlet for dette er ufravikelig lovgivning og generelle sensurbestemmelser.<sup>58</sup> Konsekvensen av dette er at partene ikke kan avtale vilkår som stiller forbrukeren i en mer ugunstig stilling en hva lovens regler tilsier. Domstolene er gitt fullmakt til å kontrollere rimeligheten av hva avtalen går ut på som i finansavtaleloven § 47, tilsvarende som i avtaleloven §§ 33 og 36.

Oppsummert synes dommen i Rt.1959 s. 1048 å være den grunnleggende avgjørelsen som først statuerte en frarådningsplikt overfor løftemottaker. Avgjørelsen ga et viktig signal om at løftegivers ansvar og risiko ikke var absolutt. Spørsmålet er imidlertid om kriteriet ”haapløst foretakende” anga grensen for når det kunne gjøres unntak. Høyesterett uttaler seg om spørsmålet i Rt. 2003 s.1252. Her heter det at ”formuleringane gav ikkje utan vidare grensa for når det var grunnlag for å gjere unntak, men det er ikkje tvilsamt at det berre var tale om unntak i heilt særskilde situasjonar.” Høyesterett anså derfor kriteriet ”haapløst foretakende” som et utgangspunkt for vurderingen. Videre illustrerer avgjørelsene at hvorvidt frarådningsplikten inntre beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor ulike forhold får betydning. Det er ikke bare manglende betalingsevne som står vesentlig for vurderingen, men også partenes styrkeforhold, samt hvilke konsekvenser avtalen vil ha for løftegiver.

---

<sup>55</sup> Giertsen s. 234.

<sup>56</sup> Dommen avsnitt 30.

<sup>57</sup> Hansen (2005) s. 236.

<sup>58</sup> Woxholth (2006) s. 27.

## **4 Bakgrunn og de legislative hensyn bak den lovfestede frarådningsplikten**

Oppgaven vil her kort drøfte bakgrunnen for frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47, og hvilket formål den er ment å oppfylle. Kapittelet vil være sentralt når det gjelder drøftelsen av senere problemstillinger.

### **4.1 Forbrukervernet som faktor i lovgivningsprosessen**

Vedtakelse av den lovfestede frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 må ses i sammenheng med den finansielle krisen som oppsto i Norge ved utgangen av 1980-tallet og første halvdel av 1990-tallet. En kodifisering av frarådningsplikten er en særnorsk regel, som en ikke finner på lik linje lovfestet i andre land.<sup>59</sup> Banklovkommisjonen ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 6.april 1990. Hensikten var å fremme en sivilrettslig regel som påla rimelige kontraktsvilkår i forbrukerforhold, hvor en videre mente en at det var behov for særlig forbrukerbeskyttende lovregler på dette området.<sup>60</sup> Banklovkommisjonen ble opprettet med bakgrunn i at de skulle gjennomgå tiltak som skulle redusere risikoen for en ny gjeldskrise skulle oppstå i fremtiden.<sup>61</sup> Videre ble det i Banklovkommisjonens mandat punkt tre fremhevet at “nye grupper av befolkningen er blitt brukere av banktjenester, og behovet for forbrukervern har meldt seg med en voksende styrke”.<sup>62</sup> Kommisjonen la likevel ikke ensidig vekt på forbrukervernet. Hensynet til forbruker er veiet opp mot hensynet til at finansinstitusjonen kan drive effektivt med sunn økonomi. En ser at solide og likvide finansinstitusjoner og velfungerende finansmarkeder i neste omgang er avgjørende både for samfunnet og den enkelte forbruker.

Banklovkommisjonen uttalte i forbindelse med lovforberedelsene at det var et aktuelt lovgivningsbehov når det gjelder finansavtaler. Omfanget og bruken av banktjenester, den

---

<sup>59</sup> NOU 1997:5 s. 48-50.

<sup>60</sup> NOU 1994:19 s. 25.

<sup>61</sup> Hveem (2009) s. 243

<sup>62</sup> NOU 1994:19 kapittel 2 om kommisjonens mandat s. 24-26.

utvidede konkurransen i et deregulert marked, den fortsatte internasjonaliseringen og bl.a. erfaringene med bankkrisen og Bankklagenemndas praksis, bekreftet i følge kommisjonen behov for lovregulering på området. Hovedhensynene bak kommisjonens forslag var å skape en klarere og mer oversiktlig rettstilstand, balanserte kontraktsvilkår for kundene og en effektiv konkurranse.<sup>63</sup>

I NOU 1994:19 var det imidlertid blant Banklovkommisjonens medlemmer ulike oppfatninger om behovet for en særskilt lovregulering av frarådningsplikten. Den lovfestede frarådningsplikten ble foreslått av et mindretall av 7 av totalt 19 medlemmer i Banklovkommisjonen som foreslo bestemmelsen.<sup>64</sup> Mindretallet ønsket en bestemmelse som direkte hadde til formål å forhindre at forbrukere tok opp uforsvarlig høye lån. Mindretallets forslag til en regel om frarådningsplikt bygger således på den tanke at institusjonens sakkunnskaper og erfaring bør komme forbrukeren til gode i form av frarådning når situasjonen tilsier det.<sup>65</sup> Et flertall på 12 medlemmer gikk derimot mot forslaget, som følge av at de vanskelig kunne se det særlig praktisk for en finansinstitusjon å yte et lån til en kunde som sannsynlig ikke vil være stand til å betjene lånet. Som følge av at flertallet ikke ønsket å lovfeste en frarådningsplikt, ble det fra Banklovkommisjonens side ikke gitt noen innstilling om å innta en slik bestemmelse om frarådningsplikt.

Mange høringsinstanser uttalte spørsmålet om det burde gis en regel om frarådningsplikt, og meningene var svært delte. Finansinstitusjonene var stort sett negativ til å lovfeste en plikt til frarådning, mens bl.a. forbrukerinstansene støttet mindretallets forslag.<sup>66</sup>

Justiskomiteen antok i Innstilling til Odelstinget at finansinstitusjonene allerede før vedtaket av frarådningsplikten i § 47 etter forholdene hadde en plikt til å fraråde låneopptak,

---

<sup>63</sup> Inns. O. nr. 84 (1998-1999) s. 1.

<sup>64</sup> NOU 1994:19 s. 53 flg.

<sup>65</sup> NOU 1994: 19 s. 54

<sup>66</sup> Innst. O. nr. 84 (1998-1999) s.16.

og at brudd på denne plikten ville medføre at låntakeren helt eller delvis ble fritatt fra å tilbakebetale lånet. Det var imidlertid også her uenighet hvorvidt det var behov for å lovfeste denne plikten. Komiteens flertall med medlemmer fra Arbeiderpartiet og Fremskrittspartiet mente at det ville være naturlig å lovfeste frarådningsplikten, i forbindelse med at det likevel ville komme en lovregulering på området.<sup>67</sup> Flertallet støttet derfor Banklovkomisjonens mindretallsforslag om en frarådningsplikt dersom finansinstitusjonene ser at «økonomiske evne eller andre forhold tilsier at låntakere alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp låne».

Komiteens mindretall pekte derimot på at en lovfesting av denne plikten ville ikke nødvendigvis føre med seg realitetsendringer fra den eksisterende ulovfestede frarådningsplikten. Mindretallet med medlemmer fra Kristelig folkeparti, Høyre og Senterpartiet, hevdet at det allerede eksisterte en tilfredsstillende plikt for finansinstitusjonene å fraråde en kunde der det er en vesentlig fare for at kunden ikke vil være i stand til å betjene låne. Mindretallet henviste herunder til Bankklagenemndas praksis, og hevdet at deres syn var lagt til grunn i flere av nemndas avgjørelser. Disse medlemmene merket seg likevel at det fantes gode støttepunkter både for å lovfeste frarådningsplikten og la det være. De viste til at det til høringene ikke var fremsatt forslag om særlig rettsvirkninger ved på en lovfestet frarådningsplikt, og et behov for plikten vil først aktualiseres seg om det ble knyttet rettsvirkninger til de tilfeller der en kredittgiver bryter frarådningsplikten.<sup>68</sup> Komiteens mindretall gikk således i mot å lovfeste frarådningsplikten i den foreslåtte § 47.

Justisdepartementet gikk heller ikke i Odelstingsproposisjonen inn for en kodifisering av frarådningsplikten.<sup>69</sup> Departementet sluttet seg til flertallet i Banklovkomisjonens syn, og tilføyde at en lovfestet regel om frarådningsplikt kunne virke konfliktskapende som følge

---

<sup>67</sup> Innst. O. nr. 84 (1998-1999) s.16.

<sup>68</sup> Innst. O. nr. 84 (1998-1999) s. 17.

<sup>69</sup> Ot. Prp. nr 41 (1998-1999) s. 57 flg.



av ordlydens skjønnsmessige karakter.<sup>70</sup> Stortingsflertallet sluttet seg likevel til mindretallet i Banklovkommisjonen og vedtok frarådningsplikten.<sup>71</sup> Finansavtaleloven med en lovfestet frarådningsplikt ble vedtatt den 25.juni 1999, og trådte i kraft 1.juli 2000. Merknader fra Banklovkommisjonens mindretall er følgelig sentrale ved den videre gjennomgang av finansavtaleloven § 47.

#### **4.2 Formålet med den lovfestede frarådningsplikten**

Hovedformålet med frarådningsplikten er å forhindre uforsvarlige låneopptak som forbrukeren ikke vil make å betjene.<sup>72</sup> Frarådningsplikten i finansavtaleloven vil ha et forebyggende formål; når kredittgiver gjør forbrukeren oppmerksom på eventuell risiko knyttet til låneopptaket vil forbrukeren få anledning til å avstå fra kredittopptaket.

Frarådningsplikten er således ment til å virke preventivt, når finansinstitusjonene pålegges som den profesjonelle part å forta nøye vurderinger og videre forhindre at forbrukeren tar opp lån de vanskelig kan betjene. Samtidig er § 47 utformet på en slik måte at andre hensyn og interesser ivaretas, hvilket kan utledes av adgangen til å lempe forbrukerens gjeldsbyrde ved unnlatt frarådning, jf. § 47 tredje ledd. Videre vil adgangen til reduksjon i gjeldsbyrden ha som hovedformål å effektivisere frarådningsplikten, og sanksjonen er derfor rettet mot den enkelte kreditor.<sup>73</sup> Gjennom lemingsregelen vil bestemmelsen også kunne ha en reparerende funksjon ved at forbrukerens låneforpliktelser kan reduseres eller bortfalle i sin helhet.<sup>74</sup>

Banklovkommisjonens mindretall viser videre til to sidevirkninger ved den lovfestede frarådningsplikten. For det første vil regelen gi kredittgiveren ytterligere et incentiv til å un-

---

<sup>70</sup> Ot. prp. nr 41 (1998-1999) s. 59

<sup>71</sup> Innst. O nr 84 pkt. 9.4

<sup>72</sup> NOR 1994:19 s. 54.

<sup>73</sup> NOU 1994:19 s. 54.

<sup>74</sup> Hansen (2005) s. 239.

late å gi kreditt til forbrukere som ikke har en realistisk oppfatning av egen økonomi.<sup>75</sup> En streng frarådningsplikt pålagt kredittgiver vil kunne resultere i en mer restriktiv utlånpraksis. Dette betyr at bestemmelsen vil kunne ha en normerende virkning på institusjonenes atferd på sikt, og bidra til utvikling av bedre systemer for kredittvurdering og økt bevissthet rundt betydningen av frarådningsplikten.<sup>76</sup> Dette vil videre kunne ha en samfunnsøkonomisk betydning, ved at den kan bidra til å forhindre nye gjeldskriser.

Den andre sidevirkningen av frarådningsplikten er at den vil kunne fremme likebehandling blant kreditorene.<sup>77</sup> Hensynet til rettferdighet mellom kreditorene må ses i sammenheng med reglene i dekningsloven og gjeldsordningsloven der kreditorene prioriteres etter anskaffet sikkerhet og etter kravets art. Krav faller inn i ulike grupper, der de vil prioriteres likt som de andre kravene i samme gruppe. Innvilger en finansinstitusjon en kreditt til en kunde på et tidspunkt der den blir vurdert som fullt forsvarlig, risikerer finansinstitusjonen å bli likestilt med en annen institusjon som gir kreditt på et senere og kanskje uforsvarlig tidspunkt. Dette vil da medføre at kundens totale gjeldsbyrde blir umulig å betjene. Den forsvarlige kredittgiver risikere altså å måtte dekke tapet til andre kredittgivere som har gitt lån på et senere tidspunkt, dersom kravene faller inn i samme gruppe. Regelen om frarådningsplikt vil kunne rette opp en slik urettferdighet mellom kreditorene, fordi regelen i finansavtaleloven § 47 tredje ledd vil føre til at det kan foretas avkortning av kreditten gitt på et senere uforsvarlig tidspunkt, mens kredittgiver som har gitt et forsvarlig lån beholder sin fordring uavkortet.<sup>78</sup> Frarådningsplikten i § 47 tvil kunne gi adgang til å lempe lånet som er gitt på et uforsvarlig tidspunkt eller på en uheldig måte.

Et viktig poeng er at frarådningsplikten ikke representerer noe forbud mot at långiveren yter lånet. Poenget er at forbrukeren skal advares om motforestillingene. Hvis begge parter

---

<sup>75</sup> NOU 1994:19 s. 55.

<sup>76</sup> Hansen (2005) s. 239

<sup>77</sup> NOU 1994:19 s. 55.

<sup>78</sup> NOU 1994:19 s.55.

er klar over den betydelige risiko for mislighold som foreligger, vil det således ikke være rettslig grunnlag etter ordlyden for å revidere kredittavtalen på grunnlag av forbrukerens uvitenhet.<sup>79</sup> Dette innebærer at et sentralt formål ved bestemmelsen er å utjevne styrkeforholdet som normalt foreligger i kontraktsforholdet mellom en profesjonell kredittgiver og en forbruker.

---

<sup>79</sup> NOU 1994:19 s.54.

## 5 Frarådningsplikten virkeområde

### 5.1 Innledning

Som en del av fremstillingen av den lovfestede frarådningsplikten er det naturlig å kartlegge virkeområde til bestemmelsen i det følgende. Frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47, inntatt i kapittel 3 i loven, gjelder etter § 44 første ledd, for “kredittavtaler” mellom “kredittgiver” og “kredittkunde”. Drøftelsen vil samlet kunne gi en oversikt hvordan de tre begrepene skal forstås i relasjon til § 47, når begrepene setter rammer for frarådningsplikten personelle og saklige anvendelsesområde.

### 5.2 Rettighetssubjektet - “Forbruker”

Begrepet “kredittkunde” i finansavtaleloven § 47 må ses i sammenheng med definisjonen av forbruker i § 2 første ledd annet punktum.<sup>80</sup> Den lovfestede frarådningsplikten gjelder således kun overfor kredittkunder som er forbrukere.<sup>81</sup> Forbrukervern er sentralt med hensyn til lovgivningen, og finansavtaleloven § 47 er preseptorisk overfor forbruker, jf. § 2 første ledd.

Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven defineres i lovens § 2 første ledd annet punktum som “en fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet”. Definisjonen av forbrukerbegrepet i finansavtaleloven inneholder to kumulative vilkår. Det første spørsmålet er hva som menes med “fysisk person”, mens det andre gjelder fastleggelse av avtalens formål, således kravet til at “avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet”.

---

<sup>80</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 45 flg.

<sup>81</sup> Se bl.a. Rt. 2004 s. 156, avsnitt 13.

Definisjonen av forbrukerbegrepet i finansavtaleloven går lengre enn forbrukerkredittdirektivet art 3 bokstav a), der forbruker er definert som “en fysisk person, der i forbindelse med transaksjoner, som er omfattet af dette direktiv, ikke handler som led i sin erhvervmæssige virksomhed”. De norske lovreglene på område dekker et større antall transaksjoner enn direktivet, når nettopp en større gruppe kredittkunder etter definisjonen i finansavtaleloven dekkes av forbrukerbegrepet. Hovedsakelighetskriteriet som anvendes i finansavtalelovens forbrukerdefinisjon finnes ikke tilsvarende i direktivet som er et fullharmoniserings direktiv.

### 5.2.1 Fysisk person

Etter definisjonen av begrepet “fysisk person” vil frarådningsplikten ovenfor kredittkunde som er juridiske personer falle utenfor § 47 anvendelsesområde.<sup>82</sup> Juridiske personer vil typisk innebære aksjeselskap som uten unntak anses som næringsdrivende, tilsvarende vil organisasjoner, institusjoner og andre selskap som ikke driver profittmotivert virksomhet.<sup>83</sup> Bakgrunnen for denne avgrensingen var fra departementet side, begrunnet i at område for særskilt forbrukervernregler bør være begrenset til avtaler som gjelder ivaretagelse av personlige behov.<sup>84</sup>

Av forarbeidene fremgår det at Banklovkommisjonens flertall foreslo at forbrukerbegrepet måtte avgrenses, og også gjelde absolutt overfor juridiske personer som fremstår som en samling forbrukere, typisk borettslag, boligsameier og idrettslag.<sup>85</sup> Flertallets syn anses for å være i samsvar med forbrukerkredittdirektivets forbrukerdefinisjon.<sup>86</sup> I lagmannsrettsdommen inntatt i RG. 2011 s. 528 la retten til grunn at finansavtaleloven § 47 ikke kom til anvendelse. Saken gjaldt en låneavtale mellom en finansinstitusjon og et borettslag og retten fant det “klart at borettslag faller utenfor denne definisjonen”.

---

<sup>82</sup> Jf. § 44a bokstav d).

<sup>83</sup> Se NOU 1994:19 s.96 og Vinje (2005) s. 301.

<sup>84</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 21.

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 21.

<sup>86</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 45, jf. forbrukerkredittdirektivet art 3 bokstav a).

I henhold til finansavtalelovens forbrukerbegrep og dens klare avgrensingen mot juridiske personer, er det likevel mulig, på tross av tolkning i norsk rettspraksis, at løse sammenslutninger av fysiske personer vil kunne regnes som forbruker etter lovens definisjon. Denne løse sammenslutningen av fysiske personer kunne påberope seg forbrukervernet i finansavtaleloven § 47 da de ikke samlet fremstår som en juridisk person, men i realiteten fremstår som en samling av forbrukere. I forarbeidene fremgår det at forbrukerbegrepet omfatter de tilfeller der en fysisk person opptrer på vegne av en organisert gruppe, for eksempel sykklubber og foreldregrupper.<sup>87</sup>

### 5.2.2 Kredittavtaler med et blandet formål

Grensen for når avtalen anses å være hovedsakelig i næringsvirksomhet er vesentlig å markere, da det ikke gjelder noe frarådningsplikt i næringsforhold.<sup>88</sup> Problemstilling herunder, blir således hva som ligger i hovedsakeligkriteriet og hva som regnes som næringsvirksomhet.

Avgjørende for om en person må anses som forbruker etter finansavtaleloven kapittel 3, vil være om kredittavtalens formål for person ikke “hovedsakelig” er knyttet til næringsvirksomhet. Dette vil innebære at fysiske personer kan falle utenfor forbrukerdefinisjonen i finansavtaleloven når de driver næringsvirksomhet og formål med den aktuelle kredittavtalen er knyttet opp mot denne virksomhet.

Spørsmålet vil særlig aktualiseres der det foreligger et blandet formål med kredittavtalen. Avgjørelsen om formålet med kredittavtalen hovedsakelig knytter seg til næringsvirksomhet, og således falle utenfor forbrukerdefinisjonen, vil beror på en konkret helhetlig vurdering. Det sentrale ved vurderingen er å undersøke om næringsformålet utgjør den vesentlige

---

<sup>87</sup> NOU 1994:19 s. 96.

<sup>88</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 35.

faktoren ved kredittavtalen.<sup>89</sup> Vurderingen kan bli skape tvil der kredittkundens formål med inngåelsen av kredittavtalen er den er delvis privatrettslig og delvis knyttet til næringsvirksomhet. Tvilen kan fremkomme som eksempel der en person lånefinansierer kjøp av en bil som han bruker både privat og i sin egen næringsvirksomhet, for eksempel sitt eget cateringfirma. Er kredittavtalen hovedsakelig inngått i næringsvirksomhet der låntakeren oppnår inntekt, kan han senere ikke påberope seg brudd på frarådningsplikten fra kredittgivers side.

#### 5.2.2.1 Grensen mot næringsvirksomhet

Ordlyden i § 47 gir videre ingen definisjon eller nærmere veiledning av begrepet ”næringsvirksomhet”. På bakgrunn av en naturlig språklig forståelse vil det avgjørende være om personen driver virksomhet som er egnet til å skape et økonomisk overskudd.<sup>90</sup>

For nærmere begrepsforståelse kan det være nyttig å se hen til bemerkninger i relasjon til skatterettens virksomhetsbegrep og forventning til ”økonomisk karakter”.<sup>91</sup> Den sentrale dommen for dette spørsmålet er den såkalte Ringnes-dommen, inntatt i Rt. 1985 si 319.<sup>92</sup> Saken gjaldt en velstående forretningsmann som forvaltet en jordbrukseiendom på fritiden. Spørsmålet var om han kunne nektes fradrag for driftsutgifter etter den någjeldende skatteloven § 6-3. Det sentrale for Høyesterett var at: ”virksomheten objektivt sett må være egnet til å gi overskudd, om ikke det år ligningen gjelder, så i alle fall på noe lengre sikt”. En finner ingen direkte støtte i forarbeidene til verken skatteloven eller finansavtaleloven, likevel bemerkninger til skatteretten trolig kunne tjene som nærmere veiledning av begrepet ”næringsvirksomhet”.<sup>93</sup> Oppfatningen synes å være den i samme i BKN-2003-32

---

<sup>89</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 35.

<sup>90</sup> Vinje (2006) s. 302.

<sup>91</sup> Vinje (2006) s. 302.

<sup>92</sup> Zimmer (2005) s. 134.

<sup>93</sup> Vinje (2006) s. 302 og Taubøll s. 20.

der nemnda anså låntaker som næringsdrivende, fordi hans aksjespekulasjon måtte anses som en virksomhet i skattelovens forstand.<sup>94</sup>

Videre vil det i vurderingen om låntaker er en forbruker eller næringsdrivende være vesentlig å se hen til hva slags formuesgode som skal finansieres gjennom kredittopptaket.<sup>95</sup> I BKN 2009-25 var spørsmålet om klager var forbruker i saken og om banken i tilfelle hadde brutt sin frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47. Bankklagenemnda konkluderte her med at et større låneopptak til kjøp av leiligheter for utleie eller videresalg betraktes som næringsvirksomhet, og en kan dermed ikke nyte godt av finansavtalelovens forbrukerbeskyttelse. I FINK-2011-220, la nemnda til grunn at klagers låneformål var kjøp av fiskebåt for etablering av egen næringsvirksomhet ikke var å anse som forbruker. Videre kan det nevnes Finansklagenemndas uttalelse i FINKN-2013-204 som vurderte forbrukerbegrepet i relasjon til privat lån med næringsformål. Saken gjaldt et privat lånopptak på 1 million for å finansiere driften av et aksjeselskap. Klagernes formål med banklånet var å sørge for driften i selskapet der klagerne hadde kjøpt 95 % av aksjekapitalen. Klagerne anførte at banken skulle ha frarådet dem å ta opp lånet. Nemnda kom til at klagerne ikke var å anse som forbrukere i forbindelse med låneopptaket, og finansavtaleloven § 47 kom derfor ikke til anvendelse.

#### 5.2.2.2 Krav til synbarhet

Det kan være vanskelig i visse tilfeller å avgjøre om en fysisk person ved inngåelse av kredittavtalen faller inn under forbrukerdefinisjonen eller ikke. Dette vil da ofte skape tvil ovenfor partene hvorvidt finansavtaleloven § 47 gjelder. Det kan derfor stilles spørsmål om frarådningsplikten er betinget av at det er synbart for kredittgiver at kunden inngår kredittavtalen i kraft å være forbruker.

---

<sup>94</sup> Vinje (2005) s. 302-303.

<sup>95</sup> Vinje (2006) s. 302-303.



Finansavtaleloven § 47 gir ingen veiledning hvorvidt kredittgiver burde ha risikoen for å avklare om kundens hovedformål med avtalen var av privatrettslig karakter eller i egenskap å være næringsdrivende. Forarbeidene gir imidlertid anvisning når det gjelder hvem som har risikoen for å avklare låntakers status. Det uttrykkes her at det klart at det ikke kan stilles et krav til synbarhet.<sup>96</sup> Det innebærer at det er uten betydning at kredittgiver ikke er kjent med kredittkundens private formål.<sup>97</sup> Formålet med regler om forbrukervern, slik som § 47, er som hovedregel å beskytte en persongruppe. Kredittgiver er den profesjonelle part i avtaleforholdet og antas å være sterkere stilt enn forbrukeren når det gjelder økonomisk styrke, erfaring på livsområdet, forhandlingsstyrke og innsikt i kontraktsforholdene.<sup>98</sup> Risikoen for å avklare låntakers status som enten forbruker eller næringsdrivende bør derfor påhvile hos kredittgiveren.

### 5.2.3 Om særregelen i finansavtaleloven § 2 annet ledd tredje punktum

Frarådningsplikten etter § 47 plassert i finansavtaleloven kapittel 3 og vil gjelder kun overfor fysiske personer som inngår kredittavtaler hovedsakelig for å oppfylle et privat formål. I finansavtaleloven § 2 annet ledd tredje punktum<sup>99</sup> finnes det imidlertid en særregel som innebærer at bestemmelsene i lovens kapittel 3 også er ufravikelig når kredittkunden er en fysiske personer, og selv om formålet med kredittavtalen er av dominerende næringskarakter.<sup>100</sup> Dette betinger at kreditten er sikret ved pant i et formuesgode som tilhører kredittkunden "uten at godet hovedsakelig er knyttet til kredittkundens næringsvirksomhet".

Spørsmålet blir da om finansavtalelovens § 2 annet ledd tredje punktum utvider det personelle virkeområdet til finansavtaleloven § 47.

---

<sup>96</sup> NOU 1994:19 s. 96 og NOU 2009:11 s. 35.

<sup>97</sup> NOU 2009:11 s. 35.

<sup>98</sup> NOU 2009:11 s. 35.

<sup>99</sup> Begrepsmessige justeringer ved lovendring av 7. mai 2010 nr. 15. Se prp. 65 L (2009-2010) s. 209 og 62-62.

<sup>100</sup> Ot.ptp.nr. 41 (1998-1999) s.2.

Det fremgår etter ordlyden i § 47 ingen holdepunkter for å gi næringsdrivende fysiske personer status som forbrukere, og forarbeidene gir heller ingen nærmere veiledning i vurderingen av rekkevidden. Det rettslige vurderingstema var imidlertid opp i Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt.2004 s.156. Saken gjaldt en kredittavtale der hovedformålet var knyttet til kredittkundens næringsvirksomhet. Kredittkunden hadde stilt sin private bolig som sikkerhet for kredittlånet, og hevdet derfor å være beskyttet av forbrukervernregelen i § 47 under henvisning til § 2 annet ledd tredje punktum. Høyesterett uttalte imidlertid at regelen i § 2 annet ledd tredje punktum "ikke [kan] medføre noen utvidelse av anvendelsesområdet for § 47". Høyesterett legger til i sin begrunnelse at finansavtaleloven § 47 uttrykkelig er regulert til å gjelde kredittavtaler med forbrukere. Konklusjonen ikke er inngående begrunnet, men Høyesterett hevder på bakgrunn av at ordlyden i § 47 er helt klar, vil subjekter som i dette tilfelle falle utenfor forbrukerbegrepet i loven. Høyesterett konkludere i tråd med alminnelig rettskildelære når den holder seg til ordlyden i mangel av bærende motstridene argumenter i andre rettskilder. Kredittkunder som omfattes av særregelen i § 2 annet ledd tredje punktum vil ikke anses som forbrukere, men som næringsdrivende med preceptorisk beskyttelse.<sup>101</sup>

### **5.3 Pliktsubjektet – “Kredittgiver”**

Etter finansavtaleloven § 47 vil plikten til å fraråde påhvile “kredittgiver”. En kredittgiver er definert som en fysisk eller juridisk person som gir kreditt som ledd i næringsvirksomhet til en kredittkunde, jf. finansavtaleloven § 44a bokstav e), jf. § 1 femte ledd. Begrepet er innført etter integreringen av kredittkjøpsloven og implementeringen av forbrukerkjøpsloven, og endret fra begrepet “långiver”.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Vinje (2005) s. 306.

<sup>102</sup> Lovendring av 7.mai 2010 nr. 15. Begrepet “långiver” blir benyttet i utbredt grad i forarbeider, rettspraksis og nemndsuttalelser, og vil dermed bli gjengitt i avhandlingen.

Etter § 44a bokstav e) er en “kredittgiver” definert som “ en fysisk eller juridisk person nevnt i eller i forskrift fastsatt i medhold av § 1 første, annet, fjerde eller sjette ledd som gir kreditt til kredittkunde”. Etter finansavtaleloven § 1 første ledd kommer lovens regler kun til anvendelse hvor én av avtalens parter er en profesjonell institusjon i finansmarkedet, herunder omfatter “kredittgiver” alle “finansinstitusjoner eller lignede institusjoner” som tilbyr “avtaler og oppdrag om finansielle tjenester”. Begrepet “finansinstitusjon” er definert i finansieringsvirksomhetsloven som “selskap, foretak eller annen institusjon som driver finansieringsvirksomhet”.<sup>103</sup> Bestemmelsen annet ledd definerer hva som omfatter “lignede institusjoner”, og er positivt opplistet i bokstav e) til k

Definisjonen av “kredittgiver” må videre sammenholdes med lovens virkeområde etter § 1, og samlet sett gjennomfører disse bestemmelsene forbrukerkredittdirektivet 08/48 art 3 bokstav b.<sup>104</sup> Frarådningsplikten som er inntatt i kapitel 3, gjelder for “enhver” som tilbyr kreditt til en forbruker, som ledd i næringsvirksomhet.<sup>105</sup> Kravet til at kredittgiver må opp-tre som ledd i næringsvirksomhet, vil innebære at fysiske eller juridiske personer utenfor næringsvirksomhet ikke vil være hovedpliktssubjekter etter finansavtaleloven § 47. Både departementet og Banklovkommisjonen mente at det ikke ville være behov for å la definisjonen omfatte kredittgivere som yter kreditt utenfor næringsvirksomhet.<sup>106</sup> Begrunnelsen for dette var for det første at omfanget av denne typen kredittgivning antas å være langt mindre enn kreditt som ytes som ledd i næringsvirksomhet. Det ble for det andre begrunnet med at en slik kredittgivning ofte kunne være av en annen karakter enn kreditt som ytes som ledd i næringsvirksomhet.<sup>107</sup> Banklovkommisjonen fremhevet videre at de fleste av bestemmelsene i kapittel 3 er særskilt tilpasset kredittgivning i næringsvirksomhet.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> Lov nr. 40 av 1988 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner §§1-2 og 1-3.

<sup>104</sup> Prp. 65 L (2009-2010) s. 54.

<sup>105</sup> Angivelse av pliktsubjektene i finansavtaleloven § 1 femte ledd første punktum.

<sup>106</sup> NOU 2009:11 s.41 og Prp.65 L (2009-2010) s. 55.

<sup>107</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 54.

<sup>108</sup> NOU 2009:11 s. 41.

#### 5.4 Saklig virkeområde – ”kredittavtaler”

Etter finansavtaleloven § 44 første ledd er det saklige virkeområdet til frarådningsplikten etter § 47 avgrenset til å gjelde ”kredittavtaler”. Med “kredittavtale” menes en “avtale der en kredittgiver gir en kredittkunde kreditt i form av betalingsutsettelse, lån, kassekreditt eller annen tilsvarende form for kreditt”, jf. § 44a bokstav a, og utformet i samsvar med 2008/48/EF art. 3 bokstav c.

Det fremgår av forarbeidene at begrepene “betalingsutsettelse”, ”lån” eller ”kassakreditt” omfatter de fleste former for kredittavtaler. Dette innebærer alminnelige nedbetalingslån og lån som skal innfris ved engangsutbetaling, rammekreditt og videre avtaler om kredittkjøp som tidligere falt under den opphevede kredittkjøpsloven §§ 1 og 3.<sup>109</sup> Formuleringen av frarådningsplikten har videre et vidt saklig virkeområde, hvor “annen tilsvarende form for kreditt” er inntatt i bestemmelsen. Definisjonen skal sørge for at den samsvarer og gjennomfører direktivet art 3 bokstav c, samt sikre at bestemmelsen vil kunne regulere nye kredittformer etter hvert som de utvikles.<sup>110</sup>

Definisjonen favner vidt og omfatter de fleste kredittsituasjoner, men avgrenses av unntakene i finansavtaleloven § 44 andre ledd bokstav a) til c) samt fjerde til syvende ledd. Avtaler som faller utenfor lovens definisjon gjelder i første rekke kredittavtaler hvor behovet for å beskytte kredittkunden er mindre, og hvor hensynet til ressursbesparelse for kredittgivere dermed kan vektlegges i større grad. Eksempler på de ulike unntakene er inngående beskrevet i forarbeidene.<sup>111</sup> En videre drøftelse av hva som faller utenfor definisjonen vil føre for langt å redegjøre for her, men frarådningsplikten vil hovedsakelig ikke gjelde for ”kredittavtale der kreditten gis rente- og kostnadsfritt, og kredittavtale som innebærer en rente- og kostnadsfri henstand med betalingen av en eksisterende forpliktelse”, jf. § 44 andre ledd bokstav a.

---

<sup>109</sup> NOU 2009:11 s. 30.

<sup>110</sup> NOU 2009:11 s. 30.

<sup>111</sup> NOU 2009:11 s. 30-31 og Prp.65 L (2009-2010) s. 31-35.

## 6 Frarådningsplikten innhold

### 6.1 Innledning

Det tradisjonelle ulovfestede utgangspunkt etter norsk avtalerett har vært at låntaker som hovedregel har risikoen for å vurdere egen betalingsevne og hvorvidt formålet med låneopptaket er fornuftig og veloverveid. Finansavtaleloven § 47 er et lovfestet brudd på dette utgangspunktet, når bestemmelsen uttrykkelig slår fast at kredittgiver i gitte tilfeller vil ha en plikt til å fraråde forbrukeren å inngå kredittavtaler det er sannsynlig at vedkommende ikke vil kunne betjene. Bestemmelsen er et resultat av ulike tiltak Banklovkommisjonen vurderte som kunne sikre at det ikke tas opp lån der det allerede på tidspunktet for låneopptaket foreligger en markant risiko for mislighold på grunn av sviktende økonomisk evne.<sup>112</sup>

Finansavtaleloven § 47 (1) oppstiller en frarådningsplikt for kredittgiver dersom han må anta at “økonomisk evne” eller “andre forhold” på forbrukerens side tilsier at han alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten. Fremstillingen i det følgende beror på en analyse av frarådningsplikten innhold, herunder hva som skal til for å utløse den lovfestede frarådningsplikten.

Ordlyden i § 47 danner grunnlag for en drøftelse med flere sider. For det første kan frarådningsplikten først aktualiseres som følge av visse forhold på forbrukernes side. Dette drøftes i punkt 6.2. Videre er frarådningsplikten betinget av at kredittgiver “må anta” at det foreligger gitte forhold som utløser frarådningsplikten.<sup>113</sup> Dette behandles i punkt 6.3. Den tredje siden av problemstillingen er når terskelen for frarådningsplikten inntreffer. Dette avhenger av de aktuelle omstendighetene tilsier at forbrukeren “alvorlig bør avstå” fra kredittopptaket, se punkt 6.4. Når vilkårene for frarådningsplikten er tilstede, vil det avslut-

---

<sup>112</sup> NOU 1994:19 s. 54 flg.

<sup>113</sup> NOU 2009:11 s. 63.

ningsvis reises spørsmål om hvilke krav det stilles til utøvelsen av frarådningsplikten, se punkt 6.5.

## **6.2 Forhold på forbrukerens side**

### **6.2.1 “Økonomisk evne”**

Det følger av § 47 at forbrukerens “økonomiske evne” kan aktualisere seg etter at kredittgiveren har foretatt en forsvarlig vurdering etter bestemmelsens ordlyd. Spørsmålet i følgende avsnitt blir hvilken informasjon som skal foreligge for at forbrukerens økonomiske evne gjør frarådningsplikten aktuell.

Etter en ordlydfortolkning må “økonomisk evne” forstås som at forbrukeren er stand til å betjene sine forpliktelser etter hvert som de forfaller i henhold til avtalens vilkår. Grunnlaget for vurderingen av den økonomiske evnen er om forbrukeren har tilstrekkelig med likvide midler, herunder en forsvarlig vurdering av kredittens størrelse sett opp mot vedkommendes inntekts- og formuesforhold, og øvrig gjeldsbyrde. Frarådningsplikten vil aktualisere seg dersom det er et klart misforhold mellom kredittopptaket og forbrukerens økonomiske evne.<sup>114</sup> Det må foreta en konkret helhetsvurdering om forbrukeren kan anses kredittverdig.

Det fremgår av forarbeidene at ved vurderingen av forbrukerens økonomiske evne må en se hen til kredittgivers mulighet til å nedbetale på kreditten på ”vanlig måte”.<sup>115</sup> Dette tilsier at kreditten skal kunne betjenes med fri midler, basert på forbrukerens løpende inntømster eller øvrige likvider.<sup>116</sup> Kreditten vil ikke gis på en ”vanlig måte” hvis forbrukeren stiller betryggende sikkerhet for eksempel i form av pant eller kausjon.<sup>117</sup> Når kreditten ikke betjenes på ”vanlig måte” vil frarådningsplikten bli aktuell. I et kontraktrettslig perspektiv vil

---

<sup>114</sup> NOU 1994:19 s. 54-55.

<sup>115</sup> NOU 1994:19 s. 54.

<sup>116</sup> Hansen (2005) s.244.

<sup>117</sup> NOU 1994:19 s. 55

heller ikke om kreditten tilbys godt sikret, med for eksempel pant eller kausjon, være god bankpraksis å gå inn i et slikt avtaleforhold uten at kunden blir gjort kjent med institusjonens betenkeligheter. Ut fra institusjonens stilling som den profesjonelle part i låneforholdet, ville en forsømmelse her vanskelig kunne forenes med de alminnelige prinsipper i norsk rett om redelighet og god tro i avtaleforhold.<sup>118</sup> I forbindelse med justiskomiteéns forslag til Odelstinget ble det samlet pekt på at i forbrukerforhold vil finansinstitusjonen sitte inne med kompetanse, erfaringer og vurderingsevne når det gjelder om det vil være økonomisk uforsvarlig for en låntaker å ta opp lån, som de færreste låntakere selv vil ha.<sup>119</sup>

Kredittens avdragsprofil vil være et relevant moment og inngå i vurderingen av forbrukerens økonomiske evne.<sup>120</sup> I følge banklovkomisjonens mindretall bør frarådningsplikten inntre, ”ikke bare i de tilfellene lånet er uvanlig stor med også når nedbetalingsplanen er urealistisk”.<sup>121</sup> Hvis de faste avdragene anses som vesentlig høy, sammen med en høy effektiv rente vil faren for mislighold være stor. Ved siden av kreditten størrelse og renteforplikter som inngår som en del av kredittgivers vurdering ved kredittopptak, vil en urealistisk nedbetalingsplan isolert sett, grunnet store muligheter for mislighold kunne utløse frarådningsplikten i forhold til forbrukerens økonomiske situasjon.<sup>122</sup>

Til veiledning i vurderingen kan finansinstitusjonens objektiver kriterier for forbrukerens økonomi synliggjøre risikoen for mislighold. Eidsivating lagmannsrett kjennelse LE-2003-05461 er et eksempel på dette da retten tok konkret stilling til bankens vurdering av låntakerens økonomi i tilknytning til reglene om frarådningsplikt. Saken gjaldt et låneopptak som var tatt opp av to ektefeller som samskyldnere ved finansiering av boligkjøp. Etter låneopptaket flyttet paret fra hverandre, og den ene parten misligholdt deretter sine beta-

---

<sup>118</sup> NOU 2007:5 s.

<sup>119</sup> Innst. O. nr. 84 (1998-1999) s.16.

<sup>120</sup> NOU 1994:19 s. 55.

<sup>121</sup> NOU 1994:19 s. 55.

<sup>122</sup> Taubøll (2001) s.32

lingsforpliktelser. Retten tok i saken utgangspunkt i en konkret vurdering og en akseptert norm for hvor stort lån en låntaker kan forventes å betjene. Låneopptaket var 2,85 ganger høyere en husstandens samlede inntekt. Herunder en høy lånegradsfaktor som sikter til forholdet mellom lånets størrelse og forbrukerens samlede inntekt. Retten fant midlertidig ikke lånegradsfaktoren uforsvarlig og banken hadde dermed ikke en plikt til å fraråde. I FINKN-2011-29 fant nemnda at av en lånegradsfaktor på 4,7 var uforsvarlig høy. Bruk av lånegradsfaktor et nyttig verktøy i bankens kredittvurdering, men likevel er det kun veiledende. Både lovens ordlyd og dens forarbeider tilsier at det må fortas en mer konkret samlet vurdering av forbrukerens økonomiske evne til å betjene lånet.<sup>123</sup>

Det er i forarbeidene sett hen til andre omstendigheter som kan foreligge på tidspunktet for låneopptaket. Utgangspunktet for en eventuell frarådning er situasjonen på tidspunktet for avtaleinngåelse, der kjente og sannsynligvis fremtidige regelendringer eller endringer i forbrukerens situasjon må tas i betraktning.<sup>124</sup> Det kan dreie seg om varslende endringer i skatteregler, eller endringer i forbrukerens inntekt, nedbetaling av eksisterende gjeld og renteforpliktelser.<sup>125</sup> Felles for disse vurderingstemaene er at endringene vil kunne påvirke forbrukerens betalingsevne negativt og gjøre frarådningensplikten aktuell. Uttalelser i forarbeidene viser til at det må være tale om konkrete holdepunkter for at endringene skal tas i betraktning. Endringene som gjøres gjeldene må tilsi en markant risiko fra forbrukerens side.<sup>126</sup> Av praksis kan det vises til FINKN 2002-640, der saken gjaldt bankens kredittvurdering av klagers lånefinansierte kjøp av obligasjonsleilighet. Klager anførte at banken burde frarådet henne. Nemndas utgangspunkt var at den som kjøper et objekt, selv må ha ansvaret for å sette seg inn i hva man kjøper. Etter nemndas vurdering medførte ikke ikrafttredelsen av ny husleielov den 1. januar 2000 ”endringer av en slik art” at banken hadde plikt til å fraråde klager å lånefinansiere leilighetskjøpet.

---

<sup>123</sup> Hansen (2005) s. 245.

<sup>124</sup> NOU 1994:19 s. 55.

<sup>125</sup> NOU 2007:5 s. 57.

<sup>126</sup> NOU 1994:19 s. 55.



I Bankklagenemndas uttalelse, inntatt i BKN-2003-108, ble det sett konkret hen til sannsynlig utvikling forbrukers fremtidige inntektsmuligheter og betalingsevne. Saken gjaldt låneopptak på til sammen 1,6 mill. i forbindelse med overtakelse og oppussing av klagers barndomshjem. På lånetidspunktet hadde ikke klager tilstrekkelig midler til å betjene lånet, han hadde en 70 % vikarstilling med en inntekt på kr 130.000. Bankklagenemnda foretok en konkret vurdering av faktorer som kunne gjøre klagers fremtidige inntektsmuligheter forsvarlige i fremtiden, herunder klagers lønnsinntektsutvikling, alder, forsørgerbyrde og realisme knyttet forventet leieinntekter<sup>127</sup> Nemnda uttalte bl.a. at det forelå usikkerhet både ved klagers fremtidige lønns- og biinntekter, og at lånet måtte ha fremstått som risikofylt for begge parter. Bankklagenemnda kom enstemmig til at banken hadde en frarådningsplikt i saken, jf. finansavtaleloven § 47. Nemndas flertall fant det imidlertid ikke rimelig at den manglende frarådningen fikk noen rettslig konsekvens i form av lemping av klagers forpliktelser.

Det følger av andre eksempler, som i BKN-2008-44 der nemnda tar stilling til fremtidig forhold som kan innvirke på forbruker økonomiske situasjon. I saken var det spørsmål om banken måtte ta stilling til forventet økning av felleskostnader ved lånefinansiert innskudd i borettslag. I forbindelse med kjøp av borettslagsleilighet, tok et studentpar sammen et førstehjemslån på til sammen kr 602.500. Deres andel av fellesgjelden i borettslaget var på 2 160 000 millioner. Ved bankens kredittvurdering hadde det blitt tatt hensyn til en 3 % rentøkning på førstehjemslånene. Bankens beregninger hadde derimot ikke tatt hensyn til fellesgjelden eller studielånet. Nemnda uttalte at banken burde ha avdekket at klagerne etter dette ville få en total gjeldsbyrde på over kr 2,8 millioner, som de ikke ville kunne klare å betjene. Låneopptaket var ikke forsvarlig og nemnda kom til at frarådningsplikten etter § 47 var misligholdt, og klagerens ansvar etter lånene ble lempet fullt ut.

---

<sup>127</sup> Hansen (2005) s. 245.

Et relevant moment ved vurderingen knyttet fremtidig inntekt, vil være partenes egne forventninger om fremtidig økonomiske situasjon, likevel må banken holde seg innenfor forventninger som er realistisk. I uttalelse BKN-2003-108 gjaldt saken et samboerpar som hadde fått innvilget et lagt på tilsammen 1,8 millioner for å finansiere bolig og annet forbruk. Samboerparet hadde forelagt banken opplysninger som tilsa et betydelig høyt inntektspotensial. Nemnda fremhevet at banken ikke kunne ”legge til grunn åpenbart urealistiske forventninger om fremtidig inntekt uten å risikere å komme i ansvar”. Likevel slik nemnda vurderte saken kunne långivningen ikke ses å være urealistisk i forhold til inntekt, og utløste således ikke en frarådningsplikt for banken etter finansavtaleloven § 47. Nemnda viste videre i saken til BKN-2002-24 vedrørende spørsmålet om forbrukeres forventninger til egen økonomisk evne. Hvor det i sistnevnte sak ble utalte at banken hadde lagt vekt på forbrukerens usikre opplysninger om fremtidig inntekt, herunder det at ekstrainntekten var ”temmelig løst fundert” og således brutt frarådningsplikten. Nemnda kom til at klager måtte få redusert sin gjeldsforpliktelse til 50 % av hovedstolen.

I finansinstitusjoners vurdering av forbrukerens ”økonomiske evne” synes det av praksis at det i hvert enkelt tilfelle må foreligge en vurdering etter konkrete og individuelle forhold.<sup>128</sup> En må videre anta at terskelen for når forbrukerens ”økonomiske evne” danner grunnlag for en frarådningsplikt er lavere enn etter den ulovfestede frarådningsplikten. I BKN-95-063 la nemnda til grunn at det må anes tilnærmet sikkert for finansinstitusjonen at lånetaker vil komme til å misligholde låneavtalen.

### 6.2.2 ”Andre forhold”

Ved siden av forbrukerens økonomiske evne, skal kredittgiver vurdere om ”andre forhold” på forbrukerens side kan tilsa at denne alvorlig bør avstå fra kredittopptaket eller fra å gjennomføre kredittavtalen. Problemstillingen blir følgelig hvilke ”andre forhold” enn manglende kredittverdighet kan på betydning for vurderingen.

---

<sup>128</sup> Hansen (2005) s. 246.

“Andre forhold” er et svært vidstrakt begrep og bestemmelsens ordlyd gir ikke noen veiledning for å kunne foreta en nærmere avgrensning. Sett i lys av lovens formål kan en imidlertid begrense omfanget av vurderingen til å omfatte forhold som har knytter seg til forbrukerens økonomisk situasjon og tilbakebetalingsevne. Finansinstitusjonen plikter å vurdere de forhold som vil ha betydning for den aktuelle kredittavtalen. Således blir lovregelen i finansavtaleloven i overenstemmelse med redelighetskriteriet i avtaleloven § 33 som omhandler opplysninger om forhold den annen part hadde grunn til å regne med å få, se punkt 3.2.

I forarbeidene kan det i beskjedne grad utledes noen uttrykkelige begrensninger hva som gjelder ”andre forhold” etter lovens ordlyd. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at låneopptak til et dårlig eller klart ufornuftig låneformål er blant ”andre forhold” som kan være relevante. Som eksempel nevnes at en finansinstitusjon i forbindelse med finansiering av kjøp av en leilighet oppdager at kunden er i ferd med å betale betydelig over markedspris for leiligheten.<sup>129</sup> Eksemplet er hentet fra en i en fransk høyesterettsdom av 24. februar 1993 der gjelden til et ektepar ble lempet blant annet fordi långiveren hadde hatt kjennskap til misforholdet mellom pantelånet og boligens verdi uten å informere låntakerne.<sup>130</sup> Mindretallet til Banklovkommissjonen mente at i en slik situasjon var det klart grunnlag at forfrådningsplikten ville inntre. Flertallet i Banklovkommissjonen fremhevet derimot dommen som begrunnelse for at det ikke var behov for å lovfeste en frarådningsplikt. De hevdet at ut fra finansinstitusjonens stilling som den profesjonelle part i låneavtalen, ville en forsømmelse her vanskelig kunne forenes med de alminnelige prinsipper i norsk rett om redelighet og god tro i avtaleforholdet, herunder avtaleloven § 33.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> NOU 1994:19 s. 55.

<sup>130</sup> Recueil Dalloz Sirey 1993 IR 80 og NOU 1994:19 s.55

<sup>131</sup> NOU 1994:19 s. 54.

Hagstrøm påpeker at forarbeidenes bruk av fransk rett på dette punkt har vært nokså dristig, og at frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 derfor har fått en ganske annen rekkevidde enn den franske dommen.<sup>132</sup> Forarbeidene har i lys av den franske dommen dermed åpnet opp for et mer omfattende frarådningsansvar.<sup>133</sup> Det oppstilles herunder en plikt for kredittgiver å undersøke andre forhold enn de rent økonomiske.

Forarbeidenes nevnte eksempel kan synes være lite praktisk, ettersom det ikke alltid er enkelt for en bank å etterprøve markedets ”dom” over hva boligen er verdt.<sup>134</sup> Prisen på boligen blir som regel avgjort gjennom budrunde der resultatet kan ende langt høyere enn prisantydning. Dette kan således være situasjonen uten at man av den grunn kan trekke konklusjon om at prisen selgeren og kjøperen er ferd med å bli enig om, ligger over markedspris. Kredittgivers plikt til å fraråde på grunnlag av høyere pris enn forventet isolert sett være mest aktuelt i tilfeller av hensyn til lojalitetsprinsippet.

Bankklagenemndas uttalelse i BKN-2009-20 belyser andre forhold som kan være relevant etter de vurderinger som må foretas etter § 47. Saken gjaldt et innvilget lån til et samboerpar på kr 680 000 i forbindelse med kjøp av borettslagsleilighet senere forhøyet til kr 870 000. I tillegg til dette lånet hadde banken tidligere finansiert kjøp av leilighet med et lån på kr 1010 000. Den første leiligheten ble solgt med tap og restgjelden ble refinansiert ved kjøpet av den nye borettslagsleiligheten. Bankklagenemnda la til grunn i sin vurdering at klagerens intensjon var å komme bedre ut etter byttet av leilighet, og at banken isolert sett ikke kunne kritiseres for og medvirket til dette bytte. Med utgangspunkt i at den første leiligheten var solgt med tap og samboerparet hadde ønske om å forbedre økonomien, uttalte Bankklagenemnda at banken burde ha opptrådt mer aktivt for å hindre at klagerne pådro seg ytterligere påkostninger og deretter gjeldsbelastning. Bankklagenemnda uttalte i sin slutning at ”banken hadde opptrådt kritikkverdig ved og ikke å fraråde klagerne å involvere

---

<sup>132</sup> Hagstrøm (2011) s. 180.

<sup>133</sup> Hansen (2005) s. 246.

<sup>134</sup> Hveem (2011) s. 236.

seg i for dyre boligprosjekter”. Bankens manglende aktive innsats kunne medføre lemping av gjelden på grunn av misligholdt frarådningsplikt. Nemnda fant det rimelig at lånet ble lempet med kr. 95.000. Det kan synes som nemndas resonnement er inspirert av alminnelig lojalitetskrav som gjør seg særlig gjeldene ovenfor forbrukere. Finansinstitusjonen pålegges et ansvar for å foreta forbrukerens interesse i ikke å foreta en ugunstig lånefinansiert investering. Boge hevder at en gjennom frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 har vi her fått lovfestet et uttrykk for lojalitetsplikt i kontraktsforhold, og det representerer ikke noe nytt i forhold til gjeldene rett. Det kan imidlertid stilles spørsmål hvor langt en kan strekke denne lojalitetsplikten.<sup>135</sup> Kredittgiver synes likevel å få et omfattende frarådningsansvar på bakgrunn i nemndas uttalelser ovenfor.

Forarbeidene viser her kun til den franske høyesterettsdommen av 24. februar 1993 vedrørende innholdet av ”andre forhold på forbrukerens side”. Eksemplet peker også at kredittformålet eller investeringsformålet vil omfattes av ”andre forhold”.<sup>136</sup> Dette vil tilsi at investeringer i andre formuesgoder kan omfattes av begrepet. Frarådningsplikten omfatter tvilsomme forhold på kundens side.<sup>137</sup> De forhold som kan aktualisere frarådningsplikten forutsettes synlige for banken, da de som den profesjonelle part må ha tilstrekkelig kompetanse til å vurdere kredittformålet.

Det påpekes i forarbeidene til kredittkjøpsloven § 9a, NOU 2007:5, at frarådningsplikten vil utløses i situasjoner hvor gjenstanden som kjøpes på kreditt ikke passer til det gitte formål.<sup>138</sup> Hvor forbrukeren kjøper en vare som ikke passer til det formålet som selgeren var kjent med eller måtte kjenne til da kjøpsavtalen ble inngått, vil således varen ha en mangel, jf. forbrukerkjøpsloven § 15 annet ledd bokstav c, jf. § 16. Dersom forbrukerkjøpet finansieres med kredittopptak og varen eller tjenesten ligger utenfor de behov og formål forbru-

---

<sup>135</sup> Boge (2002) s. 53.

<sup>136</sup> NOU 2009:11 s.63.

<sup>137</sup> NOU 1994:19 s. 54.

<sup>138</sup> NOU 2007:5 s. 58.

keren har ved kjøpet, vil også kredittavtalen kunne tenkes ligge utenfor forbrukerens formål. I den grad forbrukeren har adgang til å heve kjøpet, bør han også ha adgang til å heve kredittavtalen.<sup>139</sup>

Der forbruker tar opp kreditt ved kjøp av en vare som ikke er egnet til å dekke forbrukerens bestemte behov eller formål, vil frarådningsplikten i § 47 kunne aktualiseres, dersom kredittgiver er kjent med dette.<sup>140</sup> Dersom det er synbart at forbrukeren har et bestemt behov eller formål for kredittopptaket, må kredittavtalen tilpasses dette. Kredittgiver må i stor grad bygge på de faktiske opplysninger og vurderinger som fremlegges av forbrukeren selv. Når det gjelder kredittformålet synes det som om kredittgiver er pålagt å vurdere om formålet med kredittinnngåelsen lar seg forsvare ovenfor forbrukeren.

I tilknytning av dette kan det kan det stilles spørsmål om frarådningsplikten også utløses der formålet med kreditten er å investere i finansielle produkter som er utsatt for svingningene i markedet og kan følgelig innebære en risiko for tap. I forbindelse med investering direkte i markedet som gjennom kjøp av aksjer eller andre investeringsprodukter, må det være klart at frarådning kan bli aktuelt dersom forbrukeren ut i fra en vurdering av hans økonomiske evne ikke vil tåle å tape pengene.<sup>141</sup> Det kan herunder vises til avgjørelse inn tatt i RG-2008-1508 som gjaldt kredittopptak til sikkerhetsstillelse for spekulasjon i betydelig omfang i markedet for såkalt dekket shortsalg. Lagmannsretten kom til at låntakers ansvar bør reduseres da det vil være urimelig og i strid med god forretningsskikk å gjøre kredittansvaret gjeldende fullt ut. Banken hadde misligholdt sin frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47. Retten uttalte på generelt grunnlag at bestemmelsen i § 47 skal beskytte forbrukere for og ikke ”eksponerer seg for større risiko enn de har økonomisk evne til å bære”. Banken hadde bevilget en utvidet kreditttramme og uten at kreditten var gitt med forutsatt sikkerhet i VPS-konto. Dette ble gjort uten at det fra bankens side ble gjort under-

---

<sup>139</sup> NOU 2007: 5 s. 58.

<sup>140</sup> NOU 2007:5 s. 58.

<sup>141</sup> NOU 2007:7 s. 59.

søkelse om hvilken risiko dette innebar. Spørsmålet i det videre er om også frarådningsplikten også aktualiseres der formålet med kreditten er å investere i såkalte sammensatte spareprodukter.

Kredittfinansierte kjøp av sammensatte produkter med negativ forventet avkastning kan synes å ligge innenfor rammene av frarådningsplikten. En forutsetning er likevel at banken er klar over formålet med kredittopptaket.<sup>142</sup> Sammensatte spareprodukter kan forklares med å være et investeringsprodukt som er satt sammen av ulike typer finansielle instrumenter, gjerne med to eller tre. Finanstilsynet har gitt en definisjon av begrepet i forskriften om opplysningsplikt for sammensatte produkter § 2-2 bokstav a.:

”Spareprodukter som er satt sammen av en obligasjonsdel og en derivatdel der kundens avkastning er knyttet til indekser eller andre nærmere definerte markedsvariabler... herunder aksjeindekserte obligasjoner og bankinnskudd med aksjeavkastning”.

Innskuddet eller obligasjonen skal danne grunnlaget for en garantert avkastning for investoren, mens derivatdelen skal generere avkastning utover det garanterte beløpet.<sup>143</sup> Poenget med disse produktene er at det skal være anledning å oppnå noe av aksjemarkedets avkastning, samtidig som produktet ”garanterer” at man får tilbake den delen man har investert dersom investeringen skulle få et negativt utfall ved utløpstiden.

Flere finansinstitusjoner har de seneste år anbefalt å lånefinansiere slike investeringer, fordi den ”sikre” delen av produktet garanterer dekning av hovedstolen, mens avkastningen av derivatdelen kan betjene renter og gebyrer og samtidig gi en gevinst. Med den følge at mange forbrukere har latt seg friste av produktet. Det kan naturlig nok fremstå som fristende å ha ubegrenset gevinstmulighet, med begrenset tapsmulighet, uansett om det begrensede tapet er mye mer sannsynlig enn en stor gevinst. Forutsetningen er imidlertid forbeholdt

---

<sup>142</sup> Hveem (2011) s. 236-237.

<sup>143</sup> Kredittilsynet (2008) (nå Finanstilsynet) pkt. 1.0.

at avkastningen overstiger rentekostnadene. Er avkastningen mindre enn rentekostnadene er man dessuten utsatt for en betydelig tapsrisiko<sup>144</sup>. Finanstilsynet har konstatert at lånefinansiering av sammensatte produkter gjennomgående har vært svært dårlig investering for kundene. Dette er vurdert ut fra forholdene på avtaletidspunktet og ikke sjelden med negativ forventet avkastning.<sup>145</sup> Problemstillingen som da oppstår er hvorvidt produktets sviktende avkastningsevne utgjør et relevant forhold etter § 47.

Den nærmere vurderingen av om sviktende avkastning utløser frarådningsplikt vil bero på en konkret vurdering. Finansklagenemnda har mottatt nær opp mot 3000 klager vedrørende tap på investeringer i sammensatte spareprodukter.<sup>146</sup> Av disse er få klager som er begrenset til bare å gjelde spørsmålet om kredittgivers frarådningsplikt etter § 47.<sup>147</sup> Klagen gjelder hovedsak spørsmålet om mangelfull investeringsrådgivning og spørsmål om ugyldighet. Finansklagenemnda besluttet å stanse tilsvarende saker i påvente av en endelig avgjørelse i den såkalte "Røeggen-saken", inntatt i Rt. 2013 s.388, fordi de antok at dommen ville ha stor betydning både for forbrukernes krav på erstatning og lemping etter § 47.<sup>148</sup> Etter avsigelsen av dommen har nå Finansklagenemnda startet behandlingen av klagesakene, men på grunn av stor saksmengde vil dette kunne ta noe tid. "Røeggen-saken" gjaldt en forbruker som i 2000 kjøpte såkalte aksjeindeksobligasjoner utstedt av DNB Bank ASA. Investeringen ble 100 % lånefinansiert i utstedende bank. Indeksobligasjonene var ikke

---

<sup>144</sup> Kredittilsynet (2008) (nå Finanstilsynet) pkt. 3.0

<sup>145</sup> Professor Tor Johnsen rapport (17.08.08) på oppdrag fra Bankklagenemnda om produktet i den såkalt Røeggen-saken, hvilket viser at investeringene har forventet negativ avkastning ved lånefinansieringen. I rapporten vurderes bankenes lånetilbudet som "uansvarlig i forhold til profesjonelle småinvestorer. Se også Hveem (2011) s. 237.

<sup>146</sup> Til sammen er det registrert 1957 saker pr 31.12.12. gjelder strukturerte spareprodukter, som aksjeindeksobligasjoner og bankinnskudd med aksjeavkastning, Finansklagenemnda (2012) s.28. Som følge av bl.a «Røeggen-saken» og økt fokus på produktene i media har Finansklagenemnda per 21.11.13 mottatt opp i mot 3000 klager. Tallet er opplyst per telefonintervju med Helle Einstabland Woxholth, advokat i Finansklagenemndas avdeling for bank, finans og verdipapirfond.

<sup>147</sup> Se [www.finkn.no](http://www.finkn.no), resultatene gjelder pr. 23.04.

<sup>148</sup> Jf. Finansklagenemndas saksbehandlingsregler pkt. 6



rentebærende, men forbrukeren skulle ved forfall i 2006 få tilbakebetalt obligasjonsbeløpet tillagt eventuell avkastning. Denne var bestemt av utviklingen i nærmere angitte indekser. Ettersom indeksene falt i perioden, fikk Røeggen ingen avkastning. Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for å sette avtalen til side alene på grunnlag av innholdet, men at misvisende opplysninger om vesentlige parametere sammen med bankens ensidige illustrasjon av fortjenestemulighetene ga et feilaktig bilde av utsiktene til fortjeneste. På dette grunnlag ble kjøpsavtalene i sin helhet satt til side i medhold av avtaleloven § 36. Det i vil føre for langt her å redegjøre nærmere for det konkrete sakskomplekset, men det som særlig er relevant i relasjon til frarådningsplikten er den endelig anførselen at banken etter finansavtaleloven § 47 burde ha frarådet, ikke tilrådet, låneopptaket. Anførselen om misligholdt frarådningsplikt var videre et støtteargument for påstanden at avtalene måtte sette til side etter avtaleloven § 36 på grunn av en helhetsvurdering av avtalens innhold og forhold ved avtalens inngåelse. Høyesterett går ikke nærmere inn i noen rettslig drøftelse hvorvidt svik i forventet avkastning kan utgjøre et relevant forhold etter finansavtaleloven § 47. Når det gjelder det nærmere innholdet av de konkrete informasjonsforpliktelser i saken, viser imidlertid Høyesterett til at banken må gi ”nøktern og realistisk informasjon” om gevinstmulighetene spesielt når den inngår avtaler med uerfarne investorer og forbrukere. Det sentrale spørsmålet i dommen er om risikoen ble formidlet. Høyesterett uttaler at:

”Det må etter mitt syn legges til grunn at aksjeindeksobligasjoner, særlig ved lånefinansiering, innebar en risikofylt investering, og var komplekse produkter som det var krevende å overskue konsekvensene av for ikke-profesjonelle investorer”.

Høyesterett påpekte videre at Finanstilsynet senere sendte ut et rundskriv der de frarådet bankene mot å selge disse produktene med lånefinansiering.<sup>149</sup> Selv om rundskrivet er fra tiden etter avtaleinngåelsen mellom Røeggen og banken, gjelder det produkter med samme

---

<sup>149</sup> Finanstilsynet retningslinjer om salg og markedsføring av sammensatte produkter. Først i rundskriv kom 4/2004, mer detaljerte regler er fastsatt i informasjonspliktforskriften av 25. september 2006 nr. 1317 med seinere endring 12. februar 2008 nr. 133.

struktur og innhold som i saken her. Høyesterett refererte til rundskrivet der det står følgende:

”Kredittilsynet legger til grunn at en ikke-profesjonell kunde normalt ikke vil ha nødvendig erfaring og kunnskap til å forstå risikoen ved sammensatte produkter. Ofte vil slike komplekse produkter ha en kostnadsstruktur som gjør at produktet heller ikke gir avkastning i tråd med kundens investeringsmål. Dette gjelder ikke minst ved lånefinansierte investeringer i sammensatte produkter”.

Det avgjørende spørsmålet for Høyesterett var om risikoen ved investeringen og produktens egenskaper i tilstrekkelig grad ble formidlet til Røeggen ved avtaleinngåelsen

Uttalelsen ovenfor kan synes å gi uttrykk for at frarådningspliktenes aktualitet ved lånefinansiering av sammensatte spareprodukter i stor grad avhenger av den informasjon forbrukeren har fått om produktet på forhånd. Høyesterett ikke går inn på en nærmere rettslig drøftelse av hvorvidt svik i forventet avkastning kan være et relevant forhold i relasjon til § 47, og spørsmålet må derfor sies å stå ubesvart av domstolene.

En finner imidlertid kilder som hevder at dette kan være et relevant forhold i § 47. Hagstrøm hevder at "dersom institusjonen tilbyr formidling av et finansielt produkt og det er knyttet usikkerhet til om produktet vil gi tilstrekkelig avkastning til å bære lånefinansieringen, vil § 47 slå direkte inn".<sup>150</sup> Frarådningsplikten har et snevrere anvendelsesområde enn ordinær frarådning, ettersom den stiller på bakgrunn av omstendighetene krav til at bankene om å råde kundene til å ikke ta opp lån til det aktuelle formål.<sup>151</sup> Det framgår av §47 at bestemmelsen ikke hjemler plikt til å gi råd om hva kunden alternativt bør gjøre, annet enn å avstå fra låneopptaket. Et krav til institusjon om å fraråde forbrukerkunden et lån som han sannsynligvis vil tape penger på, kan dessuten ikke sies å være en plikt. Hveem støtter videre Hagstrøms synspunkter når han hevder at det er overraskende at fraråd-

---

<sup>150</sup> Hagstrøm (2010) s.1 og Hagstrøm (2011) s. 180

<sup>151</sup> Hveem (2011) s. 264.

ningsplikten ikke blir trukket saker som ”Røeggen-saken”, enten som ”selvstendig grunnlag eller som argument for skjerpet frarådningsansvar”.<sup>152</sup> En kan finne ytterligere støtte for synspunktet i merknadene til § 13-19 om krav til kundebehandling i NOU 2011:8B om ny finanslovgivning. Banklovkommisjonen drøftet her om bestemmelsen også bør omfatte en frarådningsplikt ved markedsføringen av spare- og kapitalprodukter. I denne forbindelse uttaler kommisjonen at "for produkter som også omfatter låneforpliktelser, vil i alle tilfelle finansavtalelovens regler om frarådningsplikt komme til anvendelse"<sup>153</sup> Frarådningsplikten i § 47 skal hindre uheldige låneopptak, og det er tilstrekkelig at banken må anta at lånet vil bli brukt på en heldig måte. Selv om rettsspørsmålet synes å stå uavklart i domstolene, kan en utfra disse rettskildefaktorene legge til grunn at negativ avkastning av et sammensatt spareprodukt vil kunne utgjøre et relevant forhold etter § 47.

Som følge av implementeringen av MiFID-direktivet<sup>154</sup> i 2007, synes investering i sammensatte spareprodukter være mindre aktuelt på grunn av de omfattende plikter som finansinstitusjonene er pålagt med hensyn til informasjon om risiko og vurdering av kundenes egnethet.<sup>155</sup> Bestemmelsen stiller krav om at det ved investeringsrådgiving gjennomføres en egnethetstest av kunden, der produktet må være egnet for kunden ut fra tilkjennegitte preferanser i egnethetstesten, særlig knyttet til risiko og avkastningsforventninger. Selv om bestemmelsene skal beskytte forbrukere mot å kjøpe produkter hvor risikoen kan være vanskelige å forstå, innebærer de likevel ikke noe forbud mot salg så lenge forbrukeren får all den informasjon han har krav på. I den grad forbrukeren med full klarhet har til hensikt i å investere i slike produkter kan det derfor synes at forbrukeren i tillegg må frarådes etter § 47 dersom investeringen skal lånefinansieres.<sup>156</sup> I forlengelsen av dette kan det vises til

---

<sup>152</sup> Hveem (2011) s. 264-265.

<sup>153</sup> NOU 2011:8B s.867.

<sup>154</sup> MiFID-direktivet 2004/39/EF om markeder for finansielle instrumenter, som kom inn i verdipapirhandelloven § 20-11 (4) og verdipapirforskriften § 10-16 med virkning fra 1. november 2007.

<sup>155</sup> Verdipapirforskriften kap.10.

<sup>156</sup> Hveem (2011) s. 260-261.

merknader i den såkalte "Longvik-saken".<sup>157</sup> Her uttaler dissenterende dommer at bestemmelsen i § 47 "understreker (...) at det å fraråde et lån kan være en nødvendig del av rådgivningen overfor kunden".<sup>158</sup> Flertallet derimot går verken inn på en rettslig drøftelse eller kommentere spørsmålet om frarådningsplikt etter § 47.

På bakgrunn av det som er sagt vil kredittgiver ha en plikt til å vurdere hvorvidt formålet med kreditten lar seg oppfylle. Likevel taler reelle hensyn for det må være visse grenser for hvor langt kredittgiver plikter å beskytte forbrukeren mot seg selv.<sup>159</sup> Hagstrøm mener at lovgiver med finansavtaleloven neppe har ment å pålegge finansinstitusjonen noen omfattende rådgivningsplikt i privatøkonomiske forhold.<sup>160</sup> Hvis en forbrukerkunde flagger at han ønsker å inngå en låneavtale til kjøp av et finansielt produkt, til tross for forventet negativavkastning, og kunden tydelig informeres om produktet egenskaper, kan ikke en slik anbefaling etter omstendighetene være uforsvarlig.<sup>161</sup> Det kan herunder vises til avgjørelse fra Finansklagenemnda i FINKN-2011-640, der nemnda uttalte på generelt grunnlag at utgangspunktet må være at "den som kjøper et objekt, selv må ha ansvaret for å sette seg inn i hva det er man kjøper".

Dette kan imidlertid stille seg annerledes i tilfelle der kredittkunden gir inntrykk av å ha manglende personlig forutsetninger for å vurdere konsekvensene av sine egne valg.<sup>162</sup> Slike faktiske omstendigheter kan trolig utgjøre et relevant forhold etter § 47. I de tilfeller der forbrukeren for eksempel har en psykisk lidelse vil dette trolig være et relevant forhold i vurderingen. Betingelsen for dette er imidlertid at sykdommen fremtrer som synbar for kredittgiver før inngåelsen av kredittavtalen. Et illustrerende eksempel kom opp i uttalelse inntatt i BKN-2009, der klager anførte spiseforstyrrelser som grunnlag for kredittgiver

---

<sup>157</sup> Rt. 2012. 355.

<sup>158</sup> Dissens 4-1

<sup>159</sup> Hansen (2005) s.246

<sup>160</sup> Hagstrøm (2004) s. 51.

<sup>161</sup> Hveem (2011) s. 260.

<sup>162</sup> Hansen (2005) s. 246.

skulle ha frarådningsplikt. Bankklagenemnda kom til at det ikke var i strid med finansavtaleloven § 47 eller avtaleloven § 36 å gjøre kredittansvaret gjeldene. Det samme gjaldt i FINKN-2011-240 der saken gjaldt spørsmålet om klagers spilleavhengighet kunne utløse en frarådningsplikt. I begge tilfellen var kredittgiverne ukjent med klagerens psykiske lidelser og frarådningsplikten ble ikke ansett misligholdt.

Spørsmålet om en persons manglende forutsetninger kunne aktualisere frarådningsplikten kom videre opp BKN-2010-142. Klager tok opp tre lån i banken på til sammen kr 680 000 til finansiering av to ATV'er og en bil. Nemnda kom til at klager ikke hadde sannsynliggjort at investeringene og låneopptakene var sinnssykt motivert. Etter nemndas syn forelå det ingen "andre forhold" som tilsa at klager alvorlig burde avstå fra å ta opp lånet. Etter nemndas vurdering forelå det ingen plikt for banken til å fraråde klager låneopptakene etter finansavtaleloven § 47. Nemnda fant heller ikke grunnlag for å kjenne låneavtalene helt eller delvis ugyldige etter avtaleloven § 33 og § 36, eller etter de ulovfestede reglene om lojalitet i kontraktsforhold. I bankklagenemndas uttalelse, inntatt i BKN-2004-66(som gjaldt kausjon) påpekes det at det er en flytende grense hva som kan regnes som "andre forhold" og hva som grenser mot anvendelsen av avtalerettslige regler. Etter en helhetsvurdering la nemnda her til grunn at kausjonen måtte settes til side etter avtaleloven § 36, på delvis grunnlag at klager var mentalt handikappet, noe som burde vært synbart for banken.

Uttalelsene oppstiller videre en relativt høy terskel for at slike forhold skal være relevante i relasjon til § 47. Det synes som kredittgiver etter uttalelsene ikke har plikt til å undersøke forbrukeren evne til å forstå konsekvensene av sine handlinger utover de opplysningene forbrukeren antyder selv. Det kunne likevel tenkes at kredittgiver har en undersøkelsesplikt etter innføringen av § 46 b, se punkt 6.3.1.

Lovens ordlyd og forarbeider åpner for et omfattende frarådningsansvar basert på "andre forhold" på forbrukerens side. I de to sakene BKN-2004-66 og BKN-2010-142 vil det være en uklar overgang mellom hva som gjelder "andre forhold" i finansavtaleloven og hva som kan grense mot de alminnelige avtalerettslige ugyldighetsreglene. Vurderingen vil bli kon-

kret i hvert enkelt tilfelle. Praksis illustrerer et tvetydig rettsbildet og gir begrenset grunnlag for å trekke konklusjoner om hvilke ”andre forhold” på forbrukerens side som er relevante.<sup>163</sup> Det kan det sjelden spores et prinsipp om forsvarlig kredittgivning på dette området.<sup>164</sup>

### **6.3 Kredittvurderingen etter finansavtaleloven § 46b**

I henhold til finansavtaleloven § 47 første ledd vil fraråningsplikten inntre i situasjoner der kredittgiver ”må anta” at forbrukeren ”alvorlig bør overveie fra å ta opp kreditten”. Kredittavtalen skal frarådes dersom kredittgiver ”må anta” at forbrukeren ”alvorlig bør overveie å avstå” kredittopptaket. Etter en alminnelig språklig forståelse vil frarådningsplikten inntre dersom kredittgiver har kunnskap om de aktuelle forhold på forbrukerens side. Dette forutsetter at banken har mer kunnskap enn det vanlige kravet om at avtaleparten ”burde ha forstå”.<sup>165</sup>

På bakgrunn av uttalelser fra Banklovkommisjonen i NOU:2007:5 s.53, må begrepet ”må anta” i finansavtaleloven § 47 forstås på samme måte som i den alminnelige erstatningsretten, både i og utenfor kontraktsforhold. Etter juridisk teori er det oppstilt kravet om kunnskap etter ”må anta” som om at uvitenhet ut fra en normal bedømmelse er uforståelig, men at det ikke er krav om bevis for denne kunnskapen.<sup>166</sup> I relasjon til frådningsplikten i § 47 må kravet suppleres av et lojalitetskrav i kontraktsforhold, hvilket må få betydning for fastleggelsen av aktsomhetskravene.<sup>167</sup> Aktsomhetsnormen er formulert som en plikt til å foreta en ”forsvarlig kredittvurdering”.<sup>168</sup>

---

<sup>163</sup> Hansen (2005) s. 246.

<sup>164</sup> Giertsen (2012) s. 236.

<sup>165</sup> NOU 2007:5 s. 51.

<sup>166</sup> Lødrup (1999) s. 373 og NOU 2007:5 s.53.

<sup>167</sup> NOU 2007:5 s. 53.

<sup>168</sup> Ot.prp. nr.22 (2007-2008) s. 40.

Krav til hva som utgjør en forsvarlig kredittvurdering må avgjøres konkret. Finansavtaleloven § 46b oppstiller imidlertid visse krav til kredittvurderingen, og kan ha betydning for kredittgivers aktsomhetsplikt etter § 47.

Finansavtalelovens verneregler for svake forbrukere er blant annet nedfelt i lovens § 46b, hvor det foreligger en plikt for kredittgiver å vurdere forbrukerens kredittverdighet på grunnlag av "fyllestgjørende opplysninger" innhentet hos forbrukeren og nødvendig relevant database. Spørsmålet i det videre blir i hvilken utstrekning finansavtaleloven gjennom frarådningsplikten i § 47 pålegger kredittgiver å innhente grunnlag for sin kredittvurdering av forbrukeren.

Allerede før vedtagelse av finansavtalelovens § 46b av 7. mai 2010, var det en felles overensstemmelse om at frarådningsplikten etter § 47 stilte krav om forsvarlig kredittvurdering. Forarbeidene referer til BKN-20005-154 og BKN-2006-058 der det synes å fremgå forutsetningsvis av avgjørelsene i Banklagenemnda at nemnda la til grunn at det gjaldt et krav om forsvarlig kredittvurdering.<sup>169</sup> Avgjørelsene er videre referert i Banklovkomisjonenes gjennomgåelse av praksis fra Bankklagenemnda.<sup>170</sup> Det fremgikk likevel ikke direkte av lovteksten i finansavtaleloven § 47, en plikt til å innhente informasjon hos forbrukeren. Det ble derfor ansett nødvendig at en egen bestemmelse om plikt til kredittvurdering ble inntatt i loven.<sup>171</sup>

Det fremgår av § 46b at kredittgiveren skal vurdere kredittverdigheten på grunnlag "fyllestgjørende opplysninger". Omfanget av opplysningene som må innhentes fremgår derimot ikke av lovens ordlyd. Likevel vil vurderingen kredittgiveren må forta seg, skje på grunnlag av om forbrukerens "økonomiske evne" og "andre forhold" tilsier at han alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten. Omfanget av de innhentede opplysningene må

---

<sup>169</sup> Ot.prp. nr. 22 (2007-2008) s. 40 og Prop.nr. 65 (2009-2010) s. 78.

<sup>170</sup> Ot.prp.nr.22 (2007-2008) s. 16 flg.

<sup>171</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 79.

skje på grunnlag av en konkret vurdering, kredittvurderingen vil da først kunne foretas på grunnlag av “fyllestgjørende opplysninger”. Vurderingene av hva som er “fyllestgjørende opplysninger” vil særlig kunne bero på kredittens størrelse.<sup>172</sup> Kredittgiver må ved vurderingen av hvilke opplysninger som skal innhentes ta stilling til hvilken betydning de aktuelle opplysningene kan antas å ha for kredittvurderingen.<sup>173</sup> Hvis forbrukeren ønsker å oppta en stor kreditt, må kredittgivere innhente et videre grunnlag for kredittvurderingen enn om kredittopptaket er mindre.

Grunnlaget for kredittvurderingen er betydelig utstrekning basert på informasjon som er innhentet fra forbrukeren selv. Kredittgiver har ikke mulighet til å pålegge forbruker å gi opplysninger eller dokumentere forhold som ikke har betydning for kredittvurderingen, det må således foreligge et saklig behov. Kredittgiver kan ikke pålegge forbruker å gi opplysninger eller dokumentere forhold som ikke vil ha betydning for vurderingen. Kredittgiver må på den annen siden innhente de opplysningene som er nødvendige for å kartlegge forbrukerens betalingsevne i tilstrekkelig grad. Det fremgår her av forarbeidene at kredittgiver må ha en viss skjønnsmargin for å kunne innhente et fullstendig bilde av forbrukerens kredittverdighet. I denne sammenheng plikter forbrukeren å gi de opplysninger kredittgiver, slik at kredittgiver ikke får et feilaktig bilde av hans økonomiske evne.<sup>174</sup>

Av nemndspraksis finner en eksempel i BKN-2003-97 hvor det legges vekt på i den senere rimelighetsvurdering at de aktuelle og misvisende opplysninger kom fra klager selv.<sup>175</sup> Et annet eksempel finner en i FINKN-2013-394. Her la nemnda til grunn at klager i søknad om boliglån oppga en høyere inntekt og en lavere gjeld enn det hun faktisk hadde. Banken kunne legge disse opplysningene til grunn, når de ikke fremsto som urealistiske. Tallene stemte ikke med opplysninger fra klagers selvangivelser, men klager hadde også opplyst at

---

<sup>172</sup> NOU 2009:11 s. 58.

<sup>173</sup> NOU 2009:11 s. 59.

<sup>174</sup> NOU 2009:11 s. 59.

<sup>175</sup> Hansen (2005) s. 244.



hun hadde fått en lederstilling med høyere inntekt. Banken hadde ikke plikt til å fraråde en samlet gjeld på ca. kr 1,5 millioner, når klager oppga en samlet inntekt på ca.kr 470.000. Bidrar forbrukeren til å oppgi opplysninger til finansinstitusjonens kredittvurdering som gir et feil og misvisende bilde av hans økonomiske evne, vil lemping senere være utelukket.<sup>176</sup>

Det fremgår videre av § 46 b at kredittgiver kan ”om nødvendig” innhente opplysninger hos forbruker fra ”relevant database”. Relevant database er av forarbeidene definert som;

”[D]atabaser som med eller uten vederlagsplikt er tilgjengelige for kredittgivere som søker å innhente opplysninger om forbrukerens økonomiske evne, herunder betalingsanmerkninger, for eksempel kredittopplysningsbyråers registrering over ligningsopplysninger og betalingsanmerkninger.”<sup>177</sup>

Plikten til kredittsøk i databaser forutsetter at det eksisterer relevante og tilgjengelig databaser.<sup>178</sup> En kredittsjekk vil kunne bidra til at kredittgiver kan kvalitetssikre opplysningen som er gitt av forbruker. Kredittgiver vil i dette tilfelle ha mulighet til å kontrollere opplysningen gitt av en forbruker slik at de kan bekrefte opplysningene som ”fyllestgjørende”.<sup>179</sup> En slik regel om kredittprøving vil ha som formål å hindre at institusjonene lider tap på sine lån, men vil også kunne hindre at forbruker får alvorlige økonomiske problemer.<sup>180</sup>

### 6.3.1 Finansavtalelovens verneregler for svake forbrukere

I henhold til finansavtalelovens § 46b fremsetter bestemmelsen videre en plikt til å vurdere forbrukerens kredittvurdering i hans egen interesse. Utgangspunktet fra kredittgiver side er at de vil sikre sitt tilgodehavende, og derfor foreta undersøkelser av forbrukerens økonomi

---

<sup>176</sup> NOU 1994:19 s.56

<sup>177</sup> NOU 2011:11 s. 59.

<sup>178</sup> Prop. 65 L (2009-2010).

<sup>179</sup> NOU 2009:11 s. 59.

<sup>180</sup> NOU 1994:19 s. 54.

før de eventuelt velger å innvilge kreditten. Formålet med en frarådningsplikt er å opplyse om risiko ved gjeldsansvaret, slik at forbrukeren er i stand til å vurdere om den foreslåtte kredittavtalen passer hans behov og finansielle situasjon, se punkt 3.3.

Kredittgiver skal gjøre risikoen synbar for forbruker knyttet opp til dens egne forhold. Dette innebærer at kredittgiver, som den profesjonelle part i forholdet må pålegges et ansvar for at de “fyllestgjørende opplysningene” blir belyst. Finansavtaleloven § 46b må sammenholdes med § 46c, som gjelder kredittgivers forklaringsplikt om risikobildet ved gjeldsansvaret før eventuell avtaleinngåelse.<sup>181</sup> Forklaringsplikten i § 46 c tar sikte på å sikre at forbrukeren får et grunnlag for å vurdere hvor egnet kredittavtalen er for vedkommende.<sup>182</sup>

Ved siden av kredittgivers omfattende opplysningsplikt før og etter avtaleinngåelsen, utgjør de overnevnte reglene sammen med kredittgivers positive plikt til å fraråde forbrukeren ved manglende økonomisk bæreevne i § 47, til sammen finansavtalelovens verneregler for svake forbrukere. Disse tre vernereglene har likhetstrekk med det som gjelder om rådgivning av private om risiko i forbindelse med investeringstjenester, jf. verdipapirhandellov av 29.juni 2007. Det gjelder særlig etter god forretningsskikk regelen i verdipapirhandellov § 10-11, som etter opphevelse av den dagjeldende verdipapirhandellov av 1997 med § 9-2 implementerte EF direktiv om markeder for finansielle instrumenter (MiFID). I relasjon til dette synes det som tidligere nevnte dom, ”Røeggen-saken”, i Rt.2013 s.388 går langt i å skjerpe bankenes aktsomhetskrav også under den tidligere lov og må antas å påvirke tolkningen av finansavtalelovens aktsomhetsvurdering etter § 47 om frarådning.

---

<sup>181</sup> NOU 2009:11 s.173, Prop.nr.65 (2009-2010) s 89 flg., forbrukerkredittdirektivet 08/48 art 8 nr 1 første punktum.

<sup>182</sup> Prop.nr 65 (2009-2010) s.90.

#### 6.4 Terskelen frarådningsplikten

Det er ovenfor drøftet hvilket forhold på forbrukeren side som kan utløse frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47. Etter sentralt spørsmål i det følgende blir hvor terskelen for frarådningsplikten inntreden synes å foreligger.

Lovteksten synes videre å oppstille et strengt kriterium. Ved bruk av ordet ”alvorlig” vil det i utgangspunktet måtte foreligge markant risiko for betalingsmislighold før terskelen for frarådningsplikten inntreter. Etter tidligere ulovfestet rett var terskelen svært høy, jf. uttrykket “håpløst fortagende”, som omtalt i punkt 3.2. I lys av uttalelser i forarbeidene om at bestemmelsen i hovedsak samsvarer med tidligere rett, skulle en derfor i utgangspunktet tro at terskelen fremdeles ligger høyt. Ordlyden i § 47 kan imidlertid ikke tolkes så strengt at det ovenfor kredittgiver må fremstå som tilnærmet sikkert at kredittavtalen ville bli misligholdt før en har en plikt til å fråde.<sup>183</sup> Terskelen for frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 anses lavere idet den sier at kredittsøkeren bare “alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten”, det oppstilles således ikke et slikt krav som etter den ulovfestete frarådningsplikten.<sup>184</sup>

Ordlyden er skjønnsmessig og det innebærer at terskelen for frarådningsplikten må bero på en konkret helhetsvurdering. Av forarbeidene fremgår det at frarådningsplikten bør inntre dersom det foreligger “klar misforhold” mellom kredittopptaket og forbrukerens økonomi, eller at forholdet fremstår som “tvilsomt”.<sup>185</sup> Hvor det foreligger et betydelig misforhold mellom størrelsen på kreditten og forbrukerens økonomiske stilling, er sannsynligheten fortrinnsvis større for at frarådningsplikten er overskredet.

Det synes i relasjon til dette at det likevel er vanskelig generelt sett å si hvor terskelen for frarådningsplikten ligger. På bakgrunn av rettskildebildet ser en at terskelen for fraråd-

---

<sup>183</sup> Hansen (2005) s. 244-245.

<sup>184</sup> Hagstrøm (2011) s.179.

<sup>185</sup> NOU 1994: 19 s.54.

ningsplikten inntreden i all hovedsak blir løst i de sentrale tvisteløsningsorganene. Hvor det finnes lite rettskildemessig materialet som tilfelle her, og hvor variasjonsbredden med hensyn til saksforhold er bredt, vil praksis fra de aktuelle tvisteløsningsorganer kunne tillegges vekt.<sup>186</sup> Herunder vil det kunne være formålstjenlig å se hvordan Finansklagenemnda praktiserer frarådningsplikten statistisk sett.<sup>187</sup> Jeg vil som utgangspunkt henviser til de avgjørelsene som er publisert på Finansklagenemndas egen nettside, der 68 uttalelser pr. i dag er angitt til å gjelde § 37 direkte.<sup>188</sup> Likevel er kun 58 relevante for statistikken, ettersom de gjenstående 10 enten er avist eller av øvrig årsaker ikke tatt stilling til spørsmålet om misligholdt frarådningsplikt. Av de 58 uttalene som er relevante for statistikken, gis forbrukeren delvis eller fullstendig medhold i midlertid 13 saker. Det betyr at i de resterende 45 sakene har kredittgiver fått fullt medhold, og at det er konstatert brudd på frarådningsplikt i ca. 22,5 % av sakene nemnda har behandlet siden 2002. Dette tilsier at nemnda i ca. 77,5 % har funnet at terskelen for frarådning ikke var overskredet. Forholdstallene viser en klar overvekt av resultater i favør kredittgiver, hvilket antyder terskelen for frarådningsplikten er høy.

Det overnevnte eksemplet er ment som illustrasjon, terskelen for frarådningsplikten inntreden beror på en konkret vurdering. Likevel viser eksempler at terskelen er tilsynelatende standardisert, herunder Finanstilsynets retningslinjer, hvor det fremgår under punkt 2 at kredittgiver også bør ha ”retningslinjer for å beregne kundenes evne til å betjene lånet”.<sup>189</sup> Kredittgivers likviditetsberegning bør skje med utgangspunkt i forbrukerens inntekt, utgifter, likviditetsoverskudd og konsekvenser av renteøkning med minst 5 prosent, jf. retningslinjene punkt 8. Det fremgår videre av punkt 2 at frarådning uansett bør gis ”dersom låntaker har et beregnet likviditetsunderskudd hensyntatt renteøkning”. I følge retningslinjene er hovedregelen likevel i dette tilfellet at kreditten ikke bør innvilges. Frarådningsplikten i §

---

<sup>186</sup> Hansen (2005) s. 240.

<sup>187</sup> Se Taubøll (2011) s. 41.

<sup>188</sup> Se [www.finkn.no](http://www.finkn.no), resultatet gjelder per 22.04.2013.

<sup>189</sup> Finanstilsynet (2011) s. 4.

47 bør være operasjonalisert i form av objektive og konkrete kriterier for når frarådning bør gis.<sup>190</sup> Finanstilsynets retningslinjer her gjelder for forsvarlig utlånspraksis for lån til boligformål, likevel kan det tenkes at retningslinjer som angir objektive kriterier for når kundene skal frarådes å ta opp kreditt vil gjelde generelt sett i relasjon til § 47.

## 6.5 Krav til utøvelsen av frarådingen

Er vilkårene får frarådningsplikten oppfylt etter kredittgivers vurdering, skal forbrukeren ”underrettes” om at han bør alvorlig overveie å avstå fra kredittopptaket. Dersom kredittgiver gir en standardisert frarådning til alle forbrukere, som i mange tilfeller fremstår lite konkret og tydelig, vil det kunne synes som bestemmelsen ikke vil fungere etter sitt innhold. Spørsmålet blir hvilket formelle og materielle krav som stilles til underretningen etter § 47.

I henhold til bestemmelsen ordlyd hva gjelder formkravet, skal underretningen om frarådning skje skriftlig, jf. § 47 første ledd annet punktum. Kravet til skriftlighet er absolutt og begrunnet i hensynet til at frarådning skal skje på en tydelig måte ovenfor forbrukeren. Skriftligheten vil kunne understreke alvoret av risikoen i situasjonen og kunne gi forbrukeren et bedre grunnlag for å overveie om han eventuelt ønsker å følge frarådingen.<sup>191</sup> Kravet til skriftlighet bygger videre på hensynet til å skape orden og notoritet rundt selve frarådingen.<sup>192</sup> Det er kredittgivers underretningen som indikerer at frarådningsplikten har funnet sted. Kredittavtaler strekker seg ofte over tid, og det kan derfor være vanskelig å påvise hvorvidt en frarådning fant sted eller ikke.

Skriftlighet er ikke til hinder for at frarådningsplikten gis ved elektronisk kommunikasjon, jf. finansavtaleloven § 8(1). Kredittgiver kan likevel bare benytte elektroniske ”dersom

---

<sup>190</sup> Kredittilsynet (2007) s. 6.

<sup>191</sup> NOU 2007:5 s.59, referert i Ot.prp. nr.22 (2007-2008) s. 56.

<sup>192</sup> NOU 194:19 s. 50.

kunden ønsker dette”. Dette innebærer at kredittgiver bare kan ta kontakt med forbrukeren gjennom elektronisk kommunikasjon dersom forbrukeren uttrykkelig har akseptert det.<sup>193</sup> Dette støttes opp av formålet ved kravet til skriftlighet om at opplysninger vedrørende frarådningsplikten skal skje på en tydelig måte.<sup>194</sup> Et slikt samtykke til bruk av elektronisk kommunikasjon må normalt kunne tolkes som en aksept etter § 8 første ledd hvis forbrukeren først henvender seg til kredittgiver via elektronisk kommunikasjon, typisk via epost.<sup>195</sup>

Finansavtalelovens skriftlige krav til forbrukere skal markere risikoen og alvoret ved å ta opp kreditten. Ved siden av skriftlighetskravet oppstiller frarådningsplikten krav om at ”underretningen så vidt mulig skal gis muntlig”, jf. § 47 første ledd tredje punktum. Krav til muntlig underretning ble lovfestet på grunnlag av lovendring i 2010 etter videre ønske om å beskytte forbrukeren i forhold til finansinstitusjonene ytterligere og gjøre frarådningsplikten enda mer effektiv.<sup>196</sup> Det synes som forbrukere trenger ytterligere vern og veiledning enn det som fremkommer av kredittgivers standardiserte informasjonsskriv, og erfaringsmessig er forbrukeren de minst tilbøyelig å sette seg inn i skriftlig materialet.<sup>197</sup> En skiftelig underretning isolert sett vil kunne innebære en risiko for at forbrukeren overser eller unnlater å tillegge frarådningsvekt. I lånesituasjoner er det viktig at forbrukere får god informasjon om alle vesentlig forhold. Informasjonen må være detaljert slik at forbrukeren får et klart inntrykk om konsekvensene av kredittopptaket. Samtidig må ikke informasjonen bli så omfattende at vesentlige opplysninger drukner i informasjonsstøy. Informasjonen må i tillegg tilpasses forbrukerens kunnskapsnivå. Et tilleggskrav om muntlighet underretning vil imidlertid i større grad kunne markere alvoret ovenfor forbrukeren og sikre at forbrukeren fester seg ved den.<sup>198</sup>

---

<sup>193</sup> Ot.prp. nr.41 (1998-1999) s. 24.

<sup>194</sup> Ot.prp. nr.41 (1998-1999) s. 24.

<sup>195</sup> Hansen (2005) s. 248.

<sup>196</sup> NOU 2009:11 s.64.

<sup>197</sup> Hagstrøm (2011) s. 178.

<sup>198</sup> NOU 2009:11 s. 64.

Muntlighetskravet gjelder bare så vidt det er mulig. Det fremgår av forarbeidene at reservasjonen kommer kun unntaksvis til anvendelse der kredittgiver til tross for formålstjenlige forsøk ikke får muntlig kontakt med forbrukeren, og hvor avtaleinngåelsen etter forholdene ikke bør utsettes til muntlig kontakt er oppnådd.<sup>199</sup>

Der frarådningsplikten har skjedd skriftlig, og så vidt mulig muntlig, må forbrukeren ”ved signatur” bekrefte at han skriftlig og muntlig har blitt frarådet, jf. finansavtaleloven § 47 første ledd siste punktum. Kravet til bekreftelse skal i tilstrekkelig grad tydeliggjøre ovenfor forbrukeren at kredittopptaket skjer på egen risiko.<sup>200</sup> Finansavtaleloven § 47 gir ingen særlig henvisningen til krav til det materielle innholdet i selve underretningen. Det følger av forarbeidene at frarådningsplikten må være ”konkret utformet i forhold til den aktuelle kredittkunde”.<sup>201</sup> Frarådningsplikten skal bidra til å klargjør risikoen og tydeliggjøre ovenfor forbrukeren at han ”alvorlig bør overveie” å avstå fra å ta opp kreditten. Kredittgiver må i derfor utforme en frarådningsplikten som er tilpasset forbrukerens konkrete og individuelle situasjon. Kravet til individualisert tilpasset frarådning kan synes å være en parallell til finansavtaleloven vern ovenfor forbrukere, herunder plikten til kredittvurdering i § 46b og den såkalte forklaringsplikten i § 46c, se punkt 6.3.1. I følge forklaringsplikten i § 46c skal kredittgiver før inngåelse av kredittavtalen gi forbrukeren en fyllestgjøres forklaring ” slik at han eller hun er i stand til å vurdere om kredittavtalen passer hans eller hennes behov og finansielle situasjon”. Kredittgiver skal gi forbrukerne konkret og tydelig informasjon om eventuell risiko i det pre-kontraktuelle stadiet. Det kan derfor synes som en også må kunne stille bestemte krav til forklaringen i underretningen som følger av § 47.<sup>202</sup>

Ved anvendelsen av § 47 første ledd overfor forbrukerne vil kravet til individualisert frarådningsplikten ligge høyt. Generelle betraktninger om risiko ved låneopptaket er således neppe

---

<sup>199</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 219

<sup>200</sup> NOU 2009:11 s.64.

<sup>201</sup> NOU 2007:5 s. 59.

<sup>202</sup> Taubøll (2011) s. 45.

tilstrekkelig, og bestemmelsen vil trolig miste mye av sin tilsiktede virkning. Kredittgiver vil ikke kunne tilfredsstillende de materielle krav i § 47 når frarådningsplikten er vag og med et komplisert fagspråk som vil falle utenfor forbrukerens fatteevne. Det følger av NOU 2007:5; om innføring av frarådningsplikten i kredittkjøpsloven, at frarådningsplikten vil således ikke kunne anses oppfylt dersom kredittgiver har tatt inn en standardformulering i avtaledokumentet om frarådning.<sup>203</sup> Det stilles her krav om en individualisert og tydelig frarådning.

Foreligger det annet forhold omkring kredittavtalen som krever særskilt aktsom behandling eller spesielt bør frarådningsplikten fremheve dette spesielt. Det synes som en naturlig følge av at frarådningsplikten er aktuell, at de foreliggende alarmerende forhold på forbrukerens side bidrar til at kredittgiver opptre lojalt i avtaleforholdet.

Det alminnelige prinsipp om lojalitet innebærer i tillegg at vilkårene i avtalen må være klart og forståelig formulert. En part må derfor før eller ved inngåelsen av avtale gi visse typer informasjon som det må forventes at parten har kunnskap om. En plikt til å ivareta en parts interesser ut i fra den fagkunnskap den profesjonelle sitter inne med, står naturlig nok særlig sterkt der parten er en forbruker.

## **7 Avsluttende bemerkninger - en rettspolitisk vurdering av frarådningsplikten**

Avslutningsvis kan det knyttes noen korte bemerkninger på det rettspolitiske plan til om frarådningsplikten praktiseres slik at den oppnår de virkninger som lovgiver hadde forutsatt. Jeg vil her komme med noen selvstendige betraktninger vedrørende frarådningsplikten godhet og hensiktsmessighet som rettsregel, sammenlignet med rettstilstanden før bestemmelsens ikrafttredelse.

---

<sup>203</sup> NOU 2007:5 s. 59.



Sammenholder en gjeldende rett med rettstilstanden før lovfestingen av frarådningssplikten, kan det i utgangspunktet synes som at finansinstitusjonenes ansvar er blitt skjerpet. Det er grunn til å tro at lovfestingen av frarådningssplikten har ført til økt bevissthet i relasjon til plikten omfang. Det kan videre synes som lovreguleringen har ført til skjerpede krav til kredittgivers undersøkelsesplikt når det gjelder forbrukerens økonomiske evne. De parter som ikke kan påberope seg frarådningssplikten er henvist til å gjøre gjeldene sine innsigelser mot avtalen på grunnlag av de aktuelle avtalerettslige reglene, samt ulovfestede prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold, eventuelt ”god forretningsskikk” dersom det dreier seg om en avtale hvor den annen part er en finansinstitusjon. Som det fremgår av foregående kapitler viser praksis at det foreligger et stadig økende antall tilfeller der kredittavtaler blir vurdert med tanke på revisjon som følge av misligholdt frarådningssplikt i § 47. Dette kan indikere at den selvstendig lempningsregelen i § 47 er lettere å anføre enn til bestemmelsene i avtaleloven §§ 33 og 36 eller de ulovfestede reglene om lojalitet i kontraktsforhold. Trolig kan det legges grunn at risikoen for at kredittopptaket er uforsvarlig er flyttet seg lenger over mot kredittgiver enn før vedtakelsen av § 47.<sup>204</sup> I dette perspektiv synes reglen å være viktig og vil ivareta de formål som lovgiver hadde forutsatt.

Det kan imidlertid spørre i hvilken utstrekning § 47 verner forbrukeren dersom han faktisk har blitt frarådet. Bankene har en egeninteresse i at kredittopptaket er forsvarlig for å unngå mislighold og tap. Det vil derfor trolig ofte være mer naturlig å avslå en kredittsøknad enn å innvilge med frarådning dersom forbrukerens økonomiske evne er svak. Det kan likevel tenkes at enkelte kredittgiver innvilger uforsvarlige kredittopptak med høye renter og gebyr på bakgrunn at de ser muligheter til fortjeneste. Essensen av problemet ligger der hvor det blir forbrukerens egen ansvar å avgjøre om han velger å ta opp kreditten eller ikke. I de tilfellene forbrukeren velger å ta opp kreditten på tross av frarådning er det således han selv som må bære risikoen.

---

<sup>204</sup> Hveem (2009) s. 252.

Etter en gjennomgang av både rettspraksis og uttalelser fra Finansklagenemnda forekommer ikke så vidt jeg kan se noen eksempler på at forbrukeren har fått lempet sin gjeldbyrde etter å ha blitt frarådet.<sup>205</sup> Det kan synes ut i fra den foreliggende praksisen så langt at frarådningsplikten rekkevidde er tydelig begrenset. Den vesentlige risiko for uansvarlige kredittopptak ligger fortsatt på forbrukeren selv. I dette henseende åpner frarådningsplikten i § 47 for at kredittgiver kan medvirke til uheldig kredittopptak uten risiko for å selv måtte stå til ansvar. Dersom frarådningsplikten kan benyttes som en ansvarsfraskrivelse for kredittgiver vil dette innebære en motsatt konsekvens av hva lovgiver hadde forespeilet seg ved vedtakelse av bestemmelsen. Frarådningsplikten er ment til å sikre at forbrukere, som ved kredittopptak vil få en særlig anstrengt økonomi gjøres uttrykkelig oppmerksom på dette og tvinges til å tenke ekstra gjennom risikoen ved kredittopptaket. Likevel kan det virke som forbrukere i beskjedne grad avstår fra kredittopptaket i frarådningstilfellene.<sup>206</sup> Formodentlig gjelder dette forbruker som for eksempel ikke har oppfattet eller i akseptabel grad fått informasjon om risikoen ved kredittopptaket eller forøvrig allerede er i en hardt presset økonomisk situasjon. Herunder vil frarådningsplikten ha begrenset effekt, når den virker mindre egnet til å forhindre uforsvarlige kredittopptak.

Det kan synes som praktiseringen av frarådningsplikten har vist seg å være tilsynelatende utilstrekkelig på noen av dens områder. Det kan etter mitt mening likevel være grenser for rekkevidden av § 47, herunder hvor langt den kan påvirke forbrukerens vilje til å ta opp uforsvarlige lån. Frarådningsplikten synes å være en kodifisering av den ulovfestede lojalitetsplikten når den skal bidra til å gjøre partene mer jevnbyrdige. Hovedhensynet bak lojalitetsplikten er nettopp å utligne partenes manglende jevnbyrdighet når det gjelder muligheter for å ha oversikt over avtalens innhold og rekkevidde. Her må derfor kredittgiverne før eller ved inngåelsen av avtale gi visse typer informasjon som det må forventes at de som profesjonell aktør har kunnskap om. En plikt til å ivareta den andre parts interesser er ut i

---

<sup>205</sup> Basert på søk i [www.lovdata.no](http://www.lovdata.no), den 20.11.13. Se også Hveem (2009) s. 257.

<sup>206</sup> Hveem (2009) s. 257.

fra den fagkunnskap den profesjonelle sitter inne med, står naturlig nok særlig sterkt der parten er en forbruker.

Det kan synes etter mitt skjønn at frarådningsplikten likevel har styrket forbrukervernet ettersom den har bidratt til mer bevisst og forsvarlig kredittgivning enn tidligere rettstilstand. Det må likevel bemerkes for at frarådningsplikten skal oppfylle sitt formål, nemlig å styrke forbrukervernet, er det viktig at frarådningspliktens virkeområde er videre enn plikten til å ikke yte kreditt eller annen finanstjeneste. En frarådningsplikt kan allikevel ikke erstatte plikten til ikke å yte kreditt eller annen finanstjeneste.

## 8 Kilder/litteratur

### 8.1 Lover

- 1918 Lov om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)  
av 31. mai 1918 nr 4
- 1985 Lov om kredittkjøp m.m. (kredittkjøpsloven)  
av 21. juni 1985 nr. 82 (OPPHEVET)
- 1988 Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner  
(finansieringsvirksomhetsloven)  
av 10. juni 1988 nr. 40
- 1992 Lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner  
(gjeldsordningsloven)  
av 17. juli 1992 nr.99
- 1999 Lov om skatt og formue og inntekt  
(skatteloven) av 26.mars 1999 nr.14.
- 1999 Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)  
av 25. juni 1999 nr. 46
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)  
av 21. juni 2002 nr. 34

## 8.2 Forskrifter

2007 Forskrift til verdipapirhandelloven (verdipapirforskriften) av 29. juni 2007 nr. 876

## 8.3 Forarbeider

1994 NOU 1994:19. Finansavtaler og finansoppdrag.

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

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

2007 NOU 2007:5. Frarådningsplikt i kredittkjøp.

2007 Ot.prp.nr.22 (2007-2008). Om lov om endringer i lov om kredittkjøp m.m (frarådningsplikt).

2009 NOU 2009:11. Kredittavtaler. Gjennomføring i norsk rett av forbrukerkredittdirektivet (2008/48/EF) m.m.

2010 Prop.65 L (2009-2010). Endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktivet 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.).

2011 NOU 2011:8B. Ny finanslovgivning. Lov om finansforetak og finanskonsern. Utredning nr.24 fra Banklovkommissjonen.

## **8.4 EØS-direktiver**

2009 Forbrukerkredittdirektivet. Europaparlaments - og rådsdirektiv 2008/48/EF av 23. april 2008 om kredittavtaler for forbrukere og om oppheving av rådsdirektiv 87/102/EØF.

## **8.5 Rettspraksis**

### **8.5.1 Høyesterettspraksis**

Rt.1959 s. 248

Rt.1959 s. 1048

Rt.1984 s. 28

Rt.1984 s. 248

Rt.1985 s. 319

Rt.1987 s. 744

Rt.1993 s. 1482

Rt.2000 s. 679

Rt.2003 s. 1253

Rt.2004 s. 156

Rt.2012 s. 355

Rt.2013 s. 388

### **8.5.2 Lagmannsrettspraksis**

RG-2008-1508

LG-2010-102752

LB-2010-176533

RG-2011-528

### 8.5.3 Uttalelser fra Bankklagenemnda / Finansklagenemnda Bank

BKN-2002-24

BKN-2003-32

BKN-2003-97

BKN-2004-66

BKN-2008-44

BKN-2009-10

BKN-2009-40

BKN-2009-92

BKN-2010-15

BKN-2010-39

BKN-2010-51

BKN-2010-76

BKN-2010-142

FINKN-2011-29

FINKN-2011-136

FINKN-2011-220

FINKN-2011-268

FINKN-2011-271

FINKN-2011-420

FINKN-2011-640

FINKN-2011-577

FINKN-2013-204

FINKN-2013-394

### 8.5.4 Utenlandsk rettspraksis

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

## 8.6 Juridisk Litteratur

### 8.6.1 Lærebøker

- Stang (1935) Stang, Fredrik: Innledning til formuesretten. 1935, 3.utg.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein: Rettskildelære. 2001, 5. utg. v/ Jan E. Helgesen
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo: Obligasjonsrett. 2011, 2. utg.
- Zimmer (2009) Zimmer, Fredrik: Lærebok i skatterett. 2009, 6. utg.

### 8.6.2 Artikler

- Stang Stang, Fredrik: Tidsskrift for Rettsvitenskap 1930, s.51 flg.
- Hveem (2011) Hveem, Dag Jørgen: Røeggen-saken  
Moderne forretningsjus. 2011, s. 241-262.
- Hagstrøm (2010) Hagstrøm, Viggo: Bankers ansvar for finansiell rådgivning, særlig ved formidling av spareprodukter til forbrukere. Festskrift til Mads Henry Andenæs  
2010, s. 62-85
- Hansen (2005) Hansen, Bjørn Erik: Finansinstitusjoner frarådningsplikt – noen utviklingslinjer. Tidsskrift for forretningsjuss  
2005 nr.2 s. 234-259



Hveem (2009)	Hveem, Dag Jørgen: Finansiella Kriser- betalingssystem och skuldförhållande. Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska institutionen 2009 s. 203-257
Vinje (2006)	Vinje, Erik H: Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven. Lov og rett 2006 nr.5 s. 298-316
Taubøll (2011)	Taubøll, Henrik: Kredittgivers frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47. Masteroppgave Universitet i Oslo 2011
Boge (2002)	Boge, Evelyn: Finansinstitusjoners frarådningsplikt etter finansavtaleloven, Avhandling skrevet som en juridisk særavhandling. Universitet i Bergen 2002

## **8.7 Rapporter etc.**

Kredittilsynet (2007)	"Tematilsyn om boligfinansiering" av november 2007
Kredittilsynet (2008)	"Undersøkelse av sammensatte produkter" av 02.januar 2008
Finanstilsynet (2011)	Rundskriv. "Retningslinjer for forsvarlig utlånspraksis for lån til boligformål"
Finansklagenemnda (2012)	Årsberetning 2012
Finanstilsynet (2011)	Finansielle utviklingstrekk 2013

## **8.8 Andre kilder**

Avtale om Finansklagenemnda i kraft 1. juli 2010

Vedtekter for Finansklagenemnda i kraft 1. juli 2010

Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda i kraft 1. juli 2010

### **Nettsider**

Lovdata [www.lovdato.no](http://www.lovdato.no)

Gyldendal rettsdata [www.rettsdata.no](http://www.rettsdata.no)

Finansklagenemnda [www.finkn.no](http://www.finkn.no)

Finanstilsynet [www.finanstilsynet.no](http://www.finanstilsynet.no)