

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Kredittlångivers frarådingsplikt etter finansavtaleloven §47

En redegjørelse for gjeldende rett og effektiviteten av denne

Kandidatnummer: 539

Leveringsfrist: 25. april 2016

Antall ord: 17 557



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Problemstilling, tema og avgrensning.....	1
1.2	Aktualitet.....	1
<b>2</b>	<b>METODE</b> .....	<b>2</b>
2.1	Fremgangsmåte .....	2
2.2	Rettskilder .....	2
	2.2.1 <i>Generelt</i> .....	2
	2.2.2 <i>Særlige metodespørsmål</i> .....	3
<b>3</b>	<b>FRARÅDINGSPLIKTENS VIRKEOMRÅDE</b> .....	<b>5</b>
3.1	Historikk.....	5
3.2	Bestemmelsens anvendelsesområde - "kredittavtale" .....	5
3.3	Partene.....	8
	3.3.1 <i>Pliktsubjektet</i> .....	8
	3.3.2 <i>Rettighetssubjektet</i> .....	10
3.4	Utvidelse av § 47 sitt virkeområde?.....	15
<b>4</b>	<b>FORMÅL OG HENSYN BAK § 47</b> .....	<b>16</b>
4.1	Innledningsvis .....	16
4.2	Forbrukervern.....	16
4.3	Prevensjonshensynet .....	17
4.4	Reparerende hensyn .....	18
4.5	Finansinstitusjonens kunnskap og erfaring .....	18
4.6	Samfunnsinteresser .....	18
<b>5</b>	<b>FRARÅDINGSPLIKTEN</b> .....	<b>19</b>
5.1	Generelt.....	19
5.2	Vilkårene for frarådingsplikten .....	20
	<i>Fraråding grunnet kredittakers "økonomiske evne"</i> .....	21
	5.2.1 <i>Fraråding grunnet "andre forhold" ved kredittkunden</i> .....	25
	5.2.2 <i>Uriktige opplysninger som stammer fra kunden</i> .....	28
5.3	Grensen for fraråding .....	28
5.4	Gjennomføringen av frarådingsplikten .....	30
	5.4.1 <i>Innledning</i> .....	30
	5.4.2 <i>Formkrav</i> .....	30

5.5	Tidspunktet for frarådingsplikten.....	32
<b>6</b>	<b>FØLGENDE AV FORSØMT FRARÅDINGSPLIKT .....</b>	<b>33</b>
6.1	Hjemmel.....	33
6.2	Lemping .....	33
6.2.1	<i>Generelt</i> .....	33
6.2.2	<i>Rimelighetsvurderingen</i> .....	34
6.2.3	<i>Årsakssammenheng</i> .....	35
6.3	Gjennomføringen av lemping .....	36
6.4	Ugyldighet etter avtaleloven §§ 30, 33 og 36 .....	37
<b>7</b>	<b>VURDERING AV FRARÅDINGSPLIKTENS EFFEKTIVITET .....</b>	<b>38</b>
7.1	Generelt.....	38
7.2	Frarådingsplikts faktiske virkninger.....	38
7.2.1	<i>Undersøkelsene</i> .....	38
7.2.2	<i>Praksis fra Finansklagenemda</i> .....	41
7.2.3	<i>Analyse og vurdering av frarådingsplikts effektivitet</i> .....	42
<b>8</b>	<b>FORSLAG TIL EFFEKTIVISERING AV FRARÅDINGSPLIKTEN.....</b>	<b>44</b>
8.1	Generelt.....	44
8.2	Mulige endringer i § 47.....	44
8.3	"God bankskikk" - aktuelle endringer eller etablering av at lovfestet krav til god forretningsskikk .....	46
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>49</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling, tema og avgrensning

Tema for oppgaven er kredittgivers frarådingsplikt i forbindelse med kredittavtaler, regulert i finansavtaleloven § 47.<sup>1</sup> Bestemmelsen gir på nærmere vilkår långiver en frarådingsplikt ovenfor forbrukere som er i ferd med å inngå avtale om kreditt.

Oppgaven har et todelt siktemål. For det første er tanken å gi en oversiktlig redegjørelse for frarådingsplikten som følger av § 47. Dette innebærer å gjøre rede for formålet og hensikten med regelen, samt å redegjøre for regelens materielle innhold gjennom tolking av bestemmelsen. Denne delen vil også inneholde en redegjørelse av rettsvirkningene som følger av forsømt frarådingsplikt. Det andre siktemålet med oppgaven er å vurdere om de legislative formål som lovgiver har gitt uttrykk for i forbindelse med tilblivelsen av § 47, faktisk oppnås, eller om dette bør gjøres på en mer effektiv og hensiktsmessig måte. I denne sammenheng vurderes også mulige tiltak for å bedre reglens evne til å fremme formålet og ivareta de legislative hensynene.

Oppgaven vil kun inneholde en redegjørelse av finansrådgivers frarådingsplikt i forbindelse med kredittavtaler, og det avgrenses således mot frarådingsplikten overfor kausjonister som vi finner i finansavtaleloven § 60.

## 1.2 Aktualitet

Det er viktig at finansinstitusjonene har en god utlånspraksis for å sikre en stabil økonomi og et velfungerende kredittmarked.<sup>2</sup> God utlånspraksis er viktig både for bankene og deres kunder. Frarådingsplikten inngår i et regelverk som skal sikre et velfungerende kredittmarked og unngå personlige økonomiske tragedier. Gode kredittvurderingen bidrar til å ivareta kundenes interesser og sikrer bankene mot unødvendig tap. Det er et mål at kundene får innvilget lån i de tilfellene de har behov for det, men kun når de har anledning til å nedbetale lånet i etterkant av låneinngåelse.

Finanstilsynet skriver i sin rapport om den finansielle utviklingen gjennom 2015 at husholdningenes gjeldsbelastning, samt boligpriser har nådd et historisk høyt nivå.<sup>3</sup> Høy belånings-

---

<sup>1</sup> Lov om finansavtaler av 25. juni 1999 nr. 46

<sup>2</sup> Finanstilsynets boligundersøkelse (2015)

<sup>3</sup> Finanstilsynet (2015) Finansielle utviklingstrekk

grad, flytende rente og små finansielle buffere er trender i norske husholdningers økonomi. Per dags dato utgjør ikke disse trekkene noen stor risiko, da renten er lav og kundene således kan unngå å måtte betale høye summer for å få renten bundet. Det er et mål å opprettholde en god levestandard for befolkningen, og sikre at potensielle endringer i norsk økonomi ikke fører til personlige økonomiske kriser. Slik økonomien er i dag, er det mange nordmenn som sitter på store verdier, spesielt i form av eiendom. En forutsetning for at dette skal fortsette er at boligprisene holder seg på dagens nivået. En nedgang i boligprisene vil føre til lavere finansielle buffere hos befolkningen, noe som igjen vil kunne føre til mislighold av gjeldsforpliktelse.

På denne bakgrunnen er det ønskelig å unngå høye kredittlån blant forbrukere som vil få vanskeligheter med å betjene disse om det skulle skje noen brå endringer i økonomien. Frarådingsplikten i § 47 kan bidra til å forebygge dette. Dette gjør det hensiktsmessig å foreta en vurdering av bestemmelsen, og dette vil danne grunnlaget for denne avhandlingen.

## **2 Metode**

### **2.1 Fremgangsmåte**

Da oppgavens siktemål er å redegjøre for gjeldende rett i tilknytning til frarådingsplikten i § 47, samt drøfte effektiviteten av bestemmelsen og eventuelle endringer som burde foretas, vil dette bli gjort gjennom en tredelt prosess. Første vil det redegjøres for hensynene og formålene bak bestemmelsen. Videre vil det foretas en redegjørelse for gjeldene rett i forbindelse med frarådingsplikten. Avslutningsvis vil foretas en vurdering av om de aktuelle legislative formålene bak bestemmelsen oppnås, og eventuelt hvordan disse kan oppnås mer effektivt.

Før det tas fatt på disse tre delene er det hensiktsmessig å knytte noen bemerkninger til noen særegne metodiske spørsmål som § 47 reiser.

### **2.2 Rettskilder**

#### *2.2.1 Generelt*

Kredittgivers frarådingsplikt er hjemlet i finansavtaleloven § 47 og man kan således anvende alminnelig juridisk metodelære for å fastslå gjeldende rett. Bestemmelsen reiser likevel noen særegne metodiske spørsmål, som det er hensiktsmessig å knytte visse bemerkninger til.

## 2.2.2 Særlige metodespørsmål

Frarådingsplikten har en viss tilknytning til EØS-retten, da Norge gjennom EØS-avtalen ble pålagt å gjennomføre EU sitt forbrukerkredittdirektiv<sup>4</sup> i norsk rett.<sup>5</sup> Dette ble gjort gjennom gjengivelse av direktivet ved lovendring av 7. mai 2010. Direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv. Dette innebærer at medlemsstatene må legge seg på samme linje hva gjelder lovregler, som de som følger av direktivet. Medlemsstatene kan således ikke beholde eller innføre strengere eller mildere regler enn de som følger av direktivet på dets virkeområde. I dette ligger det blant annet at statene eksempelvis ikke har anledning til å innføre et sterkere forbrukervern enn det direktivet oppstiller.

"Forbrukerkredittdirektivet" inneholder ingen direkte bestemmelse om frarådingsplikten, men lovgiver konkluderte med at det ikke ville innebære et brudd med EØS-retten å gi en regel om dette. Det vises i lovforarbeidene til direktivets artikkel 5 nr. 5, som pålegger medlemsstatene å sikre at kredittgiver gir forbrukeren tilstrekkelig forklaring slik at denne kan vurdere om den aktuelle kredittavtalen vil være passende, på bakgrunn av vedkommendes behov og finansielle situasjon. I den norske lovgivningsprosessen anså man det slik at det var opp til det enkelte medlemsland å bestemme hvordan denne forklaringen skal formidles for kunden. Man valgte å se det slik at fraråding ville ligge innenfor den frihet art. 5 nr. 5 gir nasjonale myndigheter når de skal gjennomføre direktivet i nasjonal rett.<sup>6</sup> Direktivet vil etter dette kunne sette visse skranker for hvordan bestemmelsen om frarådingsplikten skal tolkes.

Det skal også knyttes noen bemerkninger til den foreliggende praksisen rundt § 47. Bestemmelsen har sjeldent blitt behandlet av domstolene. Dette kan tenkes å henge sammen med etableringen av Finansklagenemda, den tidligere Bankklagenemda. Nemda har sin hjemmel i finansavtaleloven § 4 og avtale om Finansklagenemda<sup>7</sup> og er et utenrettslig tvisteløsningsorgan som har som formål å behandle tvister som oppstår mellom finansforetakene og deres forbrukerkunder<sup>8</sup>. Finansklagenemda har kompetanse til å avsi rådgivende uttalelser i enkeltsaker, og årsaken til at få tvister vedrørende § 47 har blitt behandlet av domstolene. Andre grunner til at forbrukerne har valgt å benytte seg av Finansklagenemda Bank fremfor domstolene kan være at det ofte dreier seg om små krav, forbrukere med begrensede ressurser og at fraråding er et spørsmål som egner seg godt for nemda. Da nemda er det organet som i all hovedsak har behandlet tvister vedrørende § 47 og denne praksisen ikke er bindende, kan det

---

<sup>4</sup> Dir. 2008/48/EF

<sup>5</sup> Sejersted, Arnesen mf (2004) s. 188

<sup>6</sup> NOU 2007: 5 s. 48

<sup>7</sup> Se Avtale om Finansklagenemda, [http://www.finkn.no/assets/avt\\_sign.pdf](http://www.finkn.no/assets/avt_sign.pdf)

<sup>8</sup> Grøttjord og Rosén (2013) s. 58

være vanskelig å fastslå gjeldende rett, da en domstol kan tenkes å komme til andre konklusjoner enn det nemda har gjort.

Det rettskildemessige spørsmålet i denne sammenheng er hvilken vekt slike nemdsuttalelser har når man skal redegjøre for gjeldende rett.

Nemdas uttalelser skiller seg fra alminnelig rettspraksis, da disse ikke er bindende for partene, slik en rettskraftig dom er. Uttalelsene er kun rådgivende ovenfor partene som selv kan velge å rette seg etter disse, eller se bort fra dem. Den store hovedregelen er dog at finansinstitusjonene etterlever disse, noe som taler for at de kan og bør tillegges en del vekt.<sup>9</sup> På den andre siden har nemda kun en instans, og skal den overprøves må den tas inn for domstolene. En tvist som kun har vært behandlet en gang kan ikke sies å være like vektig som det en avgjørelse fra Høyesterett er. Uttalelsene fra nemda blir publisert på nettet, på nemdas egne nettside, samt Lovdata. Det at uttalelsene er offentlige legger et press på nemda til å gjøre en grundig jobb med samtlige tvister.

Høyesterett har i Rt. 1984 s. 248 kommet med noen bemerkninger til vekten av nemdspraksis. I dommen var et av spørsmålene om hvilken vekt man kunne tillegge praksis fra Næringslivets konkurranseutvalg. I likhet med Finansklagenemda avgir også Næringslivets konkurranseutvalg rådgivende uttalelser. Om vekten til slik praksis uttalte førstvoterende i den enstemmige Høyesterett at "de responsa som avgis av et organ som Næringslivs konkurranseutvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt"(s. 258). I sine kommentarer til denne uttalelsen mener Hagstrøm at det er grunn til å tro at domstolene vil ha samme oppfatning av praksis fra Finansklagenemda.<sup>10</sup> I denne sammenhengen er det dog viktig å huske på at slike uttalelser ikke er bindende for hvordan bestemmelsen er å forstå. Da det ikke foreligger noe særlig bindende rettsavgjørelser vil nemdspraksis likevel være et godt verktøy i søken om å avklare hva gjeldende rett i relasjon til § 47 er.

---

<sup>9</sup> Grøttjord og Rosén (2013) s. 59

<sup>10</sup> Hagstrøm (2009) s. 58

## 3 Frarådingspliktens virkeområde

### 3.1 Historikk

Finansavtaleloven kapittel tre gjennomfører som tidligere nevnt EUs "Forbrukerkredittdirektiv".<sup>11</sup>

Da finansavtaleloven ble vedtatt i 1999 var dette i stor grad et helt nytt regelverk. Rettsområdet hadde tidligere kun vært regulert av finansinstitusjonenes egne standardvilkår.<sup>12</sup> Regelen om frarådingsplikten har sitt utspring i et mindretallsforslag fra Banklovkommissjonen, som senere fikk støtte av flertallet i Justiskomiteen.<sup>13</sup> I senere tid er det blitt besluttet at den tidligere kredittkjøpsloven<sup>14</sup> skulle slås sammen med finansavtalelovens kapittel tre.

Regelen om frarådingsplikten er en særnorsk regel, da vi ikke finner noen tilsvarende regel hos de øvrige nordiske landene. I Danmark finner vi i lov om finansieringsvirksomhet § 43 første ledd en regel om at finansinstitusjonen skal opptre redelig og lojalt overfor sine kunder. En tilsvarende løsning er å finne i svensk rett.<sup>15</sup>

I et historisk perspektiv kan man stille seg spørsmålet om frarådingsplikten i § 47 er en nydannelse i norsk rett, eller om den fulgte av tidligere ulovfestet rett. Før finansavtaleloven trådte i kraft var det utviklet seg en ulovfestet plikt for rådgivere til å fraråde i visse tilfeller. Vilkåret for fraråding ble ofte formulert som en krav til at det måtte dreie seg om "et håpløst foretagende".<sup>16</sup> Finansavtalelovens lovfesting av frarådingsplikten har i forbrukertilfeller medført en skjerpelse av finansinstitusjoners ansvar og vil således kunne sies å være en skjerpelse av den tidligere rettstilstanden.<sup>17</sup> Dette vil behandles nærmere i punkt 5.

### 3.2 Bestemmelsens anvendelsesområde - "kredittavtale"

Det følger av lovteksten til finansavtaleloven §44 at det saklige virkeområde for kapittel tre og frarådingsplikten er avgrenset til å gjelde "kredittavtaler". Spørsmålet blir etter dette hva

---

<sup>11</sup> EU Dir. 2008/48/EF

<sup>12</sup> NOU 2007: 5 s. 16

<sup>13</sup> Innst. O. nr. 84 (1998-1999)

<sup>14</sup> Lov av 21. juni 1985 nr. 82 om kredittkjøp (Opphevet)

<sup>15</sup> NOU 2007: 5 s. 48-49

<sup>16</sup> Hagstrøm (2003) s. 58

<sup>17</sup> Hansen (2005)



som omfattes av uttrykket, da frarådingsplikten i § 47 kun kommer til anvendelse på denne typen avtaler.

Finansavtaleloven § 44a bokstav a oppstiller en legaldefinisjon av hva som menes med kredittavtaler. Bestemmelsen sier at en "kredittavtale" er "en avtale der en kredittgiver gir en kredittkunde kreditt i form av betalingsutsettelse, lån, kassakreditt eller annen tilsvarende form for kreditt". Denne definisjonen er i samsvar med hovedregelen for "Forbrukerdirektivet" sitt saklige virkeområde.<sup>18 19</sup> Problemstillingen blir etter dette hva som menes med kreditt i form av "betalingsutsettelse, lån, kassakreditt eller annen tilsvarende form for kreditt".

Bestemmelsens ordlyd favner vidt og inkluderer en rekke ulike alternativer som samtlige er omfattet av finansavtalelovens regler. Det første alternativet er "betalingsutsettelse" og omfatter de tilfellene som typisk tidligere ble omfattet av den gamle kredittkjøpsloven. En naturlig språklig forståelse av dette uttrykket tilsier at loven regulerer de tilfellene hvor kundens ytelse skal finne sted på et senere tidspunkt enn det selgers ytelse skal. Av forarbeidene følger det at dette alternativet først og fremst retter seg mot de tilfellene hvor det foreligger en underliggende vare- eller tjenestekontrakt.<sup>20</sup>

"Lån" oppstilles som det andre alternativet. Dette er en vid betegnelse som taler for at alle lånesituasjoner omfattes av loven. Forarbeidene uttaler at både nedbetalingslån, herunder annuitetslån, og lån som kan nedbetales med en engangsbetaling på et forhåndsbestemt tidspunkt. Uttrykket omfatter tilfellene hvor avdrag skal betales terminvis.<sup>21</sup>

Videre kommer loven også til anvendelse på "kassakreditt". Dette alternativet kunne i utgangspunktet fanges opp av alternativet "lån", men man valgte å innta dette positivt i loven for å gjøre det uttrykkelig klart at også dette omfattes.<sup>22</sup>

Avslutningsvis kommer loven til anvendelse på "annen tilsvarende form for kreditt". I forarbeidene begrunnes dette alternativet med å være inntatt for å gjøre bestemmelsen utviklingsdyktig, da dette alternativet åpner for at nye kreditttyper som eventuelt vil komme på markedet, også omfattes av bestemmelsen.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Dir. 08/48 art. 3 bokstav c

<sup>19</sup> Prop. 65 L (2009-2020) s. 22

<sup>20</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 23

<sup>21</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 23 og Ot. prp. nr. 22 (2007-2008)

<sup>22</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 23

<sup>23</sup> Prop. 65 L (2008-2010) s. 23

Da ordlyden favner svært vidt kan det være hensiktsmessig å avgrense lovens virkeområde negativt. I forarbeidene er det nøye behandlet hvilke avtaler som faller utenfor lovens virkeområde, men dette blir for omfattende å gå detaljert inn på her.<sup>24</sup> Noen av disse er også blitt inntatt i unntaksbestemmelsen i § 44 annet ledd. De viktigste avtalene som faller utenfor loven er avtaler om løpende levering av varer eller tjenester av samme art, og hvor kunden betaler for varene eller tjenestene i rater så lenge de leveres, begrunnet i forbrukerdirektivets presisering av dette i art. 3 bokstav c.

Eksempler på typiske kredittavtalene er boliglån, forbrukslån, lån til kjøp av bil og andre varer som skal nedbetales fortløpende.

I relasjon til hvilke avtaler som er omfattet av finansavtalelovens regler spiller tidsbegrensninger en rolle. Det følger av rettspraksis at frarådingsplikten kun gjelder på kredittavtaler inngått etter finansavtalelovens ikrafttredelse i 1999.<sup>25</sup> For avtaler før dette gjelder den ulovfestede regelen om fraråding som ble utviklet gjennom rettspraksis, se punkt 3.1.

---

<sup>24</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 31-35

<sup>25</sup> Rt. 2003 s. 1252

### 3.3 Partene

#### 3.3.1 Pliktsubjektet

##### 3.3.1.1 Generelt

Hvilke långivere som omfattes av frarådingsplikten i finansavtaleloven § 47, fremgår av § 44 første ledd. Bestemmelsen fastsetter virkeområdet til finansavtaleloven kapittel 3 og den tjener til å gjennomføre EU Dir. 08/48 art. 3 bokstav b. Virkeområdet til finansavtaleloven kapittel tre er imidlertid videre enn direktivets, da det omfatter flere rettighets- og pliktsubjekter<sup>26</sup>. Første ledd angir hovedregel om at kapitlet kommer til anvendelse for kredittavtaler mellom en "kredittgiver" og en "kredittkunde". For å kunne vurdere om det foreligger en frarådingsplikt er det viktig å fastlegge innholdet i de begrepene som benyttes i § 44. Finansavtaleloven §44a oppstiller legaldefinisjoner av samtlige av de overnevnte begrepene.

##### 3.3.1.2 "Kredittgiver"

I det foreliggende er det § 44a første ledd bokstav e som er særlig interessant, og det rettslige spørsmålet i denne sammenheng er hvem som omfattes av begrepet "kredittgiver".

Det følger av § 44a første ledd bokstav e at en kredittgiver er "en fysisk eller juridisk person som nevnt i loven eller i forskrift fastsatt i medhold av § 1 første, andre, fjerde, femte og sjette ledd som gir kreditt til en kredittkunde". Frarådingsplikten tilfaller kun de som er å anse som "kredittgiver" etter lovens forstand, og innholdet i dette må således klarlegges for å vite hvem som eventuelt har en slik plikt.

En naturlig språklig forståelse av begrepet "kredittgiver" vil være enhver som låner likvider til andre med den forutsetning å få det tilbake på et senere tidspunkt. Lovens ordlyd stiller ingen krav til at det skal betales vederlag for kreditten. Defineringen i §44a skjer med henvisning til finansavtaleloven § 1.

Begrepet "finansinstitusjon" har det samme innholdet som i den gamle finansieringsvirksomhetsloven § 1-3<sup>27</sup> (nå erstattet med finansforetaksloven<sup>28</sup> som benytter begrepet "finansforetak". Finansavtaleloven benytter enda det gamle uttrykket finansinstitusjon, og dette vil derfor bli benyttet i det neste). Som finansinstitusjoner regnes i dag spare- og forretningsbanker, sel-

---

<sup>26</sup> Grøttjord og Rosén (2013) s. 254

<sup>27</sup> Prop. nr 65 (2009-2010) side 54

<sup>28</sup> Se lov av 10.04.2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern

skap eller annen institusjon som omfattes av forsikringsvirksomhetsloven, finansieringsforetak og kredittinstitusjoner, herunder filial av slik institusjon, jf. finansieringsvirksomhetsloven § 1-3 og § 1-4<sup>29</sup>.

Loven regulerer også virksomheten til "lignende institusjoner". Hvilke institusjoner som faller inn under denne kategorien er nærmere regulert i annet ledd.<sup>30</sup> Eksempler på slike "lignende institusjoner" er statsbanker, kommuner og fylkeskommuner. Dette innebærer at kommuner som blant annet formidler etableringslån fra Husbanken eller yter sosiallån må etterleve frarådingsplikten i § 47.

En siste gruppe rådgivere som også omfattes av frarådingsplikten er kredittformidlere som opptrer på vegne av kredittgiveren, se §47 annet ledd. Det følger av § 44a første ledd bokstav f at en kredittformidler er *"en fysisk eller juridisk person som ikke opptrer som kredittgiver, og som mot vederlag og som ledd i utøvelsen av sin næringsvirksomhet presenterer eller tilbyr kredittavtaler, bistår kredittkunder ved å utføre annet forberedende arbeid med sikte på inngåelse av kredittavtale, eller inngår kredittavtale med kredittkunder på kredittgiverens vegne"*. Legaldefinisjonen gjennomfører Dir. 08/48 art. 3 bokstav f og gjelder for tilfellene hvor kredittlån gis i forbindelse med mellommannsvirksomhet. Legaldefinisjonens ordlyd stiller ingen krav til hvilke form vederlaget skal ha, men det mest vanlige vil nok være at dette gis i form av en pengesum.<sup>31</sup>

I de tilfeller hvor det har skjedd en overdragelse av fordringen kan låntaker overfor erververen gjøre gjeldende de samme innsigelser etter låneavtalen som overfor den opprinnelige kreditor, jf. finansavtaleloven § 55 første ledd. Med andre ord kan låntaker gjøre gjeldende manglende fraråding overfor en ny kreditor som ikke er finansinstitusjon eller lignende institusjon. I forbrukerforhold kreves likevel låntakers samtykke hvis fordringen skal overdras til andre enn en finansinstitusjon eller lignende institusjon, jf. §46 første ledd.<sup>32</sup>

Kredittytelse fra andre enn dem som er angitt i § 44a første ledd bokstav e og § 47 andre ledd, faller etter dette utenfor finansavtalelovens virkeområde, jf. § 44. Dette innebærer at disse kredittlånene reguleres av andre alminnelig avtalerettslige regler, og det vil således ikke bli snakk om noen frarådingsplikt etter § 47 i disse tilfellene.

---

<sup>29</sup> Lov av 10.06.1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner

<sup>30</sup> Grøttjord og Rosén (2013) s. 41

<sup>31</sup> Krüger (2015) Rettsdata note nr. 290, Finansavtaleloven

<sup>32</sup> Hansen (2005)

### 3.3.2 Rettighetssubjektet

#### 3.3.2.1 Generelt

Finansavtaleloven kapittel tre får i utgangspunktet anvendelse på alle "kredittavtaler" mellom en "kredittgiver" og "en kredittkunde", jf. § 44. Fra dette utgangspunktet gjør § 47 et unntak, da frarådingsplikten kun gjelder overfor "forbrukeren" og således ikke overfor profesjonelle. I redegjørelsen for når det gjelder en frarådingsplikt er det således viktig at man klargjør hvem som er å anse som forbruker i finansavtalelovens forstand. Det skal i denne sammenheng påpekes at finansavtaleloven bruker termen "kredittkunde". Dette er ikke helt passende, da det på tidspunktet for fraråding enda ikke er blitt etablert noe kundeforhold. Mer presist ville det således vært om loven brukte "kreditsøker", men da den ikke gjør det vil lovens term "kredittkunde" bli benyttet i det neste.

Finansavtaleloven § 2 annet ledd første setning inneholder en legaldefinisjon av hva som menes med forbruker i henhold til loven. Denne tilsvarer definisjonen som man finner i annen kontraktlovgivning, se eksempelvis forbrukerkjøpsloven § 1 tredje ledd.<sup>33</sup> Forbrukerdefinisjonen i finansavtaleloven er et resultat av en uttrykt målsetning om enhetlig begrepsbruk i norsk forbrukervernlovgivning.<sup>34</sup> Legaldefinisjonen oppstiller to kumulative vilkår som må foreligge for at noen anses å være forbruker i finansavtalelovens forstand.

#### 3.3.2.2 "Fysisk person"

Det første vilkåret loven oppstiller et at kredittaker må være en "fysisk person". Det følger av en naturlig forståelse av ordlyden at forbrukere avgrenses mot juridiske personer. Dette innebærer at selskaper, stiftelser, foreninger og lignende således aldri kan sies å være forbrukere etter finansavtaleloven. Videre gir ordlyden et inntrykk av at kun enkeltindivider er å anse som forbrukere, jf. bestemmelsens bruk av enkelt bestemt form.

Frarådingsplikten er mest praktisk i tilfeller for inngåelse av låneavtale til boligformål. Svært ofte inngås låneavtale av ektefeller og samboere i fellesskap. Disse utgjør da to fysiske personer, men bestemmelsen kommer etter praksis til anvendelse på disse i fellesskap, men det må i de aktuelle tilfellene frarådes overfor hver enkelt av dem.

---

<sup>33</sup> Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34.

<sup>34</sup> NOU 1994: 19 s. 96

Et svært praktisk spørsmål når det kommer til fraråding på bakgrunn av den foreliggende informasjonen er tilfelle hvor to stykker inngår kredittavtale som solidariske samskyldnere. I utgangspunktet må frarådingsplikten gjelde overfor den enkelte kunden også i samskyldnerforhold, uavhengig av at lånet inngås sammen. Dette utgangspunktet kan være vanskelig å opprettholde, da samskyldnernes økonomi ofte vil henge så tett sammen at det er vanskelig å skille dem fra hverandre. Det kan tenkes at det i slike tilfeller vil være riktigere ved vurderingen av frarådingsplikten, å se på skyldnernes samlede økonomi.

I forarbeidene er det gjort en liten modifikasjon fra utgangspunktet om at det kun er individer som kan være forbrukere. Forarbeidene forutsetter at forbrukerbegrepet også omfatter enhver fysisk person som representerer en organisert gruppe<sup>35</sup>, eksempelvis syklubber og foreldregrupper.

### 3.3.2.3 "Ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet"

Det andre kumulative vilkåret for at man skal være å anse som forbruker er at kredittaker "ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet". Dette reiser to spørsmål av rettslig interesse, nemlig hva som ligger i begrepene "hovedsakelig" og "næringsvirksomhet".

Finansavtaleloven avgrenser naturligvis forbrukerbegrepet mot "næringsvirksomhet". I de fleste tilfeller vil det ikke være noe tvil om kredittaker er en profesjonell part eller ikke, men det kan tenkes tvilstilfeller. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at "næringsvirksomhet" innebærer at det drives aktivitet av økonomisk art. I dette ligger det at i de tilfeller hvor kredittaker driver en aktivitet som går ut på å skape verdier, vil han som regel måtte anses å være en profesjonell aktør, som ikke omfattes av forbrukerbegrepet og derfor ikke har krav på fraråding. Med andre ord kan man si at "økonomisk virksomhet" trekker grensen mot forbrukerforhold.

På skatterettens område foreligger det mye praksis rundt begrepet "økonomisk virksomhet". Et spørsmål av særlig interesse er om man kan bruke kildene som foreligger på skatterettens område som relaterer seg til dette begrepet, når man skal tolke finansavtaleloven. Det foreligger ingen faste holdepunkter for at det som er uttalt på skatterettens område får direkte anvendelse på § 47, men gode grunner taler for denne kan tjene som verktøy i tolkningen av forbrukerbegrepet i relasjon til denne. Forbrukerdefinisjonen i finansavtaleloven er som sagt et produkt av at man ønsker en enhetlig terminologi i norsk kontraktsrett. Enhetlig terminologi er hensiktsmessig for å få en klar og forutberegnende rettsstilstand, og dette gjelder også for skat-

---

<sup>35</sup> Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 19

teretten. Innholdet i begreper på skatterettens område burde tillegges det samme innholdet på andre rettsområder, spesielt da det er snakk om rettsområder som ikke-profesjonelle i stor grad berøres av. På denne bakgrunnen kan man bruke skatteretten som kilde når man skal tolke finansavtalelovens forbrukerbegrep.

Det er særlig to dommer som har dannet grunnlag for innholdet i begrepet "økonomisk virksomhet", de såkalte Ringnes-<sup>36</sup> og Visterdommene.<sup>37</sup> I den første dommen var spørsmålet om Ringnes kunne få underskuddet fra en liten jordbrukseiendom i hans eie, fradratt i hans øvrige inntekt, jf. daværende skattelov §45 (nå skatteloven §6-3<sup>38</sup>).<sup>39</sup> Avgjørende for spørsmålet var at landbruket var å anse som "økonomisk virksomhet" og ikke som hobbyvirksomhet. Da driften av eiendommen hadde gått kraftig med underskudd i mange år kom høyesterett frem til at eiendommen ikke var egnet til å gå med overskudd og således ikke var å anse som "økonomisk virksomhet".<sup>40</sup> I denne sammenhengen uttalte høyesterett at;

*"det sentrale i virksomhetsbegrepet (...), er at virksomheten objektivt sett må være egnet for å gi overskudd, om ikke det året ligningen gjelder, så iallfall på noe lenger sikt"*<sup>41</sup>.

Av dette kan man utlede mye. For det første er det ikke kredittakers subjektive oppfattelse av om han er forbruker eller profesjonell som er avgjørende, men hvordan han ut i fra objektive holdepunkter oppfattes.<sup>42</sup> For det andre skal den aktiviteten som drives, vurderes som virksomhet hvis den er egnet til å gå med overskudd.<sup>43</sup> Er virksomheten egnet til å gå med overskudd er man etter forholdene å regne som næringsdrivende, og således ikke en forbruker. På dette punktet kommer høyesterett med flere uttalelse i Visterdommen.<sup>44</sup> Retten uttalte at i vurderingen av om man er forbruker eller næringsdrivende skal man ha utviklingen over en årrekke for øye, og man skal således vurdere all aktiviteten som foreligger, samlet.<sup>45</sup>

I forarbeidene behandles tilfellet hvor to ektefelle inngår kredittavtale i fellesskap i anledning den ene ektefellens næringsvirksomhet.<sup>46</sup> Det fremgår av disse at i slike tilfeller skal forholdet

---

<sup>36</sup> Jf. Rt. 1985 s. 319

<sup>37</sup> Jf. Rt. 1965 s. 1159

<sup>38</sup> Se Lov av 26.03.1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt

<sup>39</sup> Se Zimmer (2014) s. 140

<sup>40</sup> Se Zimmer (2014) s. 141

<sup>41</sup> Jf. Rt. 1985 s. 319

<sup>42</sup> Se Zimmer (2014) s. 142

<sup>43</sup> Se Zimmer (2014) s. 141

<sup>44</sup> Jf. Rt. 1965 s. 1159

<sup>45</sup> Se Zimmer (2014) s. 141

<sup>46</sup> Se NOU 1994: 19 s. 95-96

mellom den andre ektefellen og kredittgiver anses som et forbrukerforhold. Dette gjelder bare så lenge denne ikke har noen annen tilknytning til den aktuelle næringsvirksomheten. Det skal således ikke foretas noen identifikasjon mellom ektefellene.

Videre sier § 47 at frarådingsplikten kun foreligger der kredittavtalen ikke "hovedsakelig" er motivert av forretningsmessige årsaker.

Bestemmelsens ordlyd trekker i retning av at hvorvidt det foreligger et forbrukerforhold må avgjøres etter en konkret vurdering av kredittkundens formål med lånet.<sup>47</sup> Med dette menes at det må foretas en vurdering av hva som anses å være den største motivasjonen for avtaleinngåelse. Hvis private forhold utgjør over 50 prosent av motivasjonen for å inngå avtale om kreditt er vedkommende å anse som forbruker, og det foreligger således en plikt for kreditt- yter å utøve frarådingsplikt, om de øvrige vilkårene i § 47 foreligger.

I visse tilfeller vil det derimot ikke være tilstrekkelig for å vurdere om man står ovenfor en forbruker eller en profesjonell part kun basert på motivasjonsmomentet. Bankklagenemdas uttalelse fra 2010 s. 51<sup>48</sup> oppstiller et eksempel på et grensetilfelle hvor nemnda valgte å vektlegge særegne saksforhold i bedømmelsen av om man stod ovenfor et forbrukertilfelle. Faktum i saken var at A og B, som var ektefeller, hadde tatt opp et lån på kroner 1.000.000 for å kjøpe aksjene i et renseriselskap. Klagerne, låntakerne, påberopte seg at det forelå forsømt frarådingsplikt i saken. Nemdas flertall fant det på bakgrunn av ordlyden tvilsomt om kredittkundene var å anse som forbrukere. I uttalelsen la man likevel avgjørende vekt på at det var benyttet gjeldsbrev og pantsettelseserklæring for forbrukere og kom etter dette frem til at det forelå et forbrukerforhold. Her ser vi at nemda anser andre momenter enn en motivasjonsvurdering å være avgjørende etter en helhetsvurdering.

I blant kan det forekomme at forbrukere inngår kredittavtale med siktemål på å starte næringsvirksomhet på sikt. I denne sammenheng kan det tenkes at man må reise spørsmålet om når man går fra å være forbruker og over til å være profesjonell part. Svaret vil bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. I relasjon til om det foreligger frarådingsplikt vil likevel det avgjørende vurderingstema bli hva den overhengende motivasjonen var på tidspunktet for inngåelse av den aktuelle kredittavtalen.

---

<sup>47</sup> Hansen (2005)

<sup>48</sup> BKN-2010-51



I forbindelse med forbrukerdefinisjonen i finansavtaleloven skal det knyttes noen bemerkninger til "Forbrukerkredittdirektivet".<sup>49</sup> EU-direktivet inneholder også en definisjon på hvem som er å anse som forbruker i henholdt til dette.<sup>50</sup> Direktivets forbrukerdefinisjon inneholder ikke noe hovedsakelighetskrav og er således snevrere enn den vi finner i finansavtaleloven. Om det var adgang til å oppstille en videre definisjon i norsk rett enn den direktivet oppstilte, ble nøye drøftet i finansavtalelovens forarbeider.<sup>51</sup> Denne drøftelsen vil det ikke være anledning til å gå inn på her. Det viktige i denne sammenhengen er lovgivers konklusjon, som sa at det ikke ville innebære et brudd med EU-direktivet å angi en videre definisjon av forbrukerbegrepet i norsk lov. Dette begrunnet man med at de som ville være å anse som forbrukere etter den norske definisjonen, men ikke etter EU-direktivets, falt utenfor direktivets virkeområde. Utenfor direktivets virkeområde står hver stat fritt til å oppstille de reglene de selv måtte ønske, så lenge disse ikke strider med øvrige EØS-rettslige regler.

I noen tilfeller vil en kredittkunde sin status som profesjonell eller forbruker være vanskelig å avklare og således vil det være vanskelig å bedømme om det foreligger en plikt etter §47 eller ikke. Disse tilfellene er behandlet i forarbeidene.<sup>52</sup> Her pekes det på at forbrukerdefinisjonen i §2 ikke oppstiller et vilkår om synbarhet for institusjonene med hensyn til om kunden er forbruker, noe heller ikke forbrukerdirektivet gjør. Kommisjonen forutsetter at det ved anvendelse av forbrukerbegrepet i finansavtaleloven ikke kreves at det skal være synbart at kunden er forbruker.

#### *3.3.2.4 Følgene av at noen er å anse som "forbruker"*

Finansavtaleloven oppstiller tre viktige virkninger av at en kredittkunde er å anse som en forbruker. For det første vil finansrådgiveren ha en plikt til å vurdere om det er grunnlag for å fraråde kunden å inngå den aktuelle kredittavtalen. Videre fastslår § 2 at finansavtaleloven ikke kan fravikes til ugunst for forbrukeren. Kunden nyter således et preseptorisk vern. Den siste virkningen er av prosessuell art, da eventuelle tvister vil kunne bli brakt inn til behandling for Finansklagenemda. Nemda har kun kompetanse til å behandle forbrukersaker.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> EU Dir. 2008/48

<sup>50</sup> EU Dir. 2008/48 art. 2 bokstav a

<sup>51</sup> Prop. L nr. 65 (2009-2010) s. 37 flg.

<sup>52</sup> NOU 1994: 19 s. 96

<sup>53</sup> Se "Saksbehandlingsreglene for Finansklagenemda" punkt 2

### 3.4 Utvidelse av § 47 sitt virkeområde?

Finansavtaleloven §2 andre ledd tredje punktum sier at reglene i kapittel tre i loven "*ikke fravikes til skade for kredittkunden dersom kredittkunden er en fysisk person, og lån eller lignende kreditt er sikret ved pant i et formuesgode som tilhører kredittkunden uten at godet hovedsakelig er knyttet til kredittkundens næringsvirksomhet*". Man kan da spørre om denne bestemmelsen utviderplikten til å fraråde alle som omfattes av denne bestemmelsen og ikke bare forbrukere etter definisjonen i bestemmelsens første ledd. Ordlyden i § 2 andre ledd tredje punktum tilsier denne løsningen. På den andre siden har Høyesterett inntatt et motsatte standpunkt.<sup>54</sup> I Rt. 2004 s. 156 var spørsmålet om § 2 andre ledd tredje punktum utvidet § 47 sitt virkeområdet. Saken gjaldt et låneopptak i forretningshensikt med sikkerhet i låntakers egen bolig. Lånet var etter inngåelsen blitt misligholdt og det ble reist sak om at banken skulle ha frarådet låntaker i å inngå kredittavtalen. Høyesterett mente at slik plikt ikke forelå, og la avgjørende vekt på §47 sin klare ordlyden som tydelig sa at frarådingsplikten kun foreligger i forbrukerforhold, en tolking som gir grunn til å tro at Høyesterett anser § 47 som en slags *lex specialis*.<sup>55</sup> Etter dette kan § 2 andre ledd tredje punktum ikke innebære noen utvidelse av virkeområde til § 47.

---

<sup>54</sup> Se Rt. 2004 s. 156

<sup>55</sup> Andenæs (2009) s. 161

## 4 Formål og hensyn bak § 47

### 4.1 Innledningsvis

Finansavtaleloven bygger, som all annen lovgivning, på en avveining mellom ulike legislative hensyn og kryssende interesser. For frarådingsplikten er det først og fremst hensynet til låntakere og finansinstitusjonene som er aktuelle. Utfordringen ligger i å finne en hensiktsmessig og balansert avveining mellom disse interessene. Det er i tillegg knyttet bredere samfunnsmessige interesser til denne avveiningen.

Finansavtaleloven § 47 kan til dels anses å være et unntak fra utgangspunktet i norsk rett om at hver av kontraktspartene selv bærer risikoen for sine egne kontraktsforpliktelser. Bestemmelsen pålegger kredittgiver en preseptorisk plikt til å vurdere om kontraktspartens vil klare å etterleve sine kontraktsforpliktelser, og ikke bare sine egne. Bestemmelsen gir et vern til forbrukeren, og setter strengere krav til aktsomhet på den ene partens side, enn det som følger av utgangspunktet.

Formålene bak bestemmelsen fremgår i all hovedsak av banklovkomisjonens mindretallsforslag<sup>56</sup>, kommisjonens generelle mandat, samt *Forbrukerdirektivet*.<sup>57</sup>

I det følgende vil det redegjøres for de aktuelle formålene og hensynene bak frarådingsplikten. Dette gjøres med to siktemål. For det første vil disse hensynene og formålene tjene som tolkningsmoment når det skal redegjøres for gjeldene rett. For det andre vil disse bidra til å besvare spørsmålet om frarådingsplikten oppfyller sine intensjoner og tilsiktede formål.

### 4.2 Forbrukervern

Det viktigste og mest tungtveiende hensynet bak frarådingsplikten er forbrukervern. Det er på denne bakgrunnen mindretallet i banklovkomisjonen uttaler i forarbeidene at;

*"Hovedformålet med bestemmelsen er å hindre at kredittkunden tar opp kreditt som denne sannsynligvis ikke vil makte å betjene på vanlig måte, og slik unngå de vanskeligheter som kreditten ville ha medført".*<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Se NOU 1994: 19 s. 54 flg.

<sup>57</sup> EU Dir. 08/48

<sup>58</sup> Se NOU 1994: 19 s. 55

I tilblivelsen av § 47 ønsket man å utforme en regel som skulle verne forbrukeren, ved at man unngår at uheldige låneopptak finner sted. Kredittakers interesse ved å inngå en kredittavtale er i all hovedsak å øke sin kapitaltilgang for å gjøre investeringer og kjøp vedkommende ikke hadde hatt anledning til ellers. Forutsetningen for å inngå en slik avtale er at kredittaker skal tilbakebetale kredittlånet på et senere tidspunkt. Dette krever at kunden er kredittverdig, altså kapabel til å etterleve sine kontraktsforpliktelser.

Som vi ser, innebærer forbrukervernet at kredittgiver må foreta flere vurderinger av den andre kontraktspartens potensielle forpliktelser som følge av frarådingsplikten. Med andre ord kan man si at kravet til kredittgivers aktsomhet vedrørende avtalens godhet blir skjerpet gjennom § 47.

Hensynet til forbrukervernet bidrar også til at andre grunnleggende hensyn ivaretas gjennom regelen om frarådingsplikten, da spesielt lojalitetsprinsippet. Lojalitetsplikten oppstiller et "krav til aktsom og lojal opptreden", både før avtaleinngåelse, men også så lenge avtaleforholdet består.<sup>59</sup> Frarådingsplikten kan på mange måter betraktes som en skjerpelse av prinsippet, da kredittgiver er pålagt en plikt til å vurdere og fraråde kunder som kan komme til å få problemer med å etterleve sine forpliktelser.

Skriftlighetskravet (mer om dette i punkt 4.3.2) er et eksempel på hvordan forbrukervernet er kommet til uttrykk i § 47;

*"Regler som bidrar til klarhet og forutberegnelighet for [de som etterspør] finanstjenester, vil bidra til mer bevisste kunder (...). Økt bevissthetsgrad vil føre til at kundene som gruppe vil opptre mer rasjonelt og være viktig for å oppnå effektiv konkurranse".<sup>60</sup>*

Skriftlighetskravet kan etter dette sies å være et virkemiddel for å sørge for at forbrukerhensynet styrkes og får sitt fulle gjennomslag.

### 4.3 Prevensjonshensynet

Frarådingsplikten er langt på vei begrunnet i preventive hensyn, og skal forhindre for uheldige situasjoner hvor kunder låner over evne. Dette hensynet er ment å ivareta begge avtalepartenes interesser. Kundene skal slippe å havne i vanskelige situasjoner og kredittgiver skal slippe

---

<sup>59</sup> Se Rt. 1988 s. 1078

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 12

å tape penger på sin utlånsvirksomhet. En frarådingsplikt vil ved første øyekast fremstå som utelukkende i kredittakers interesse, men kan på mange måter også komme kredittgiver til gode. Ved å bli pålagt en slik lovbestemt fraråding vil dette kunne bevisstgjøre kredittgiver ytterligere til å kun inngå forsvarlige kredittavtaler og på denne måten sikre seg økonomisk avkastning i samtlige avtaleforhold om kreditt, og på denne måten unngå problematiske kundeforhold. Dette vil gi en mer effektiv drift av virksomheten.

Mindretallet i banklovkommisjonen som fremsatte forslaget om frarådingsplikten viser i NOU 1994: 19 til at en lempningsregel ville ha en preventiv funksjon, som igjen ville bidra til å fremme de øvrige hensynene bak regelen om fraråding.<sup>61</sup> Ved å innta en slik sivilrettslig sanksjonsregel mente utvalget at finansinstitusjonene ville få et incentiv til å etterleve den lovpålagte plikten som fremgår av § 47 første ledd. En trussel om at deres økonomiske avkastning kan bli redusert er således ment å gi motivasjon til å foreta gode vurderinger og fraråde forbrukeren i de tilfellene det er ansett nødvendig.

#### 4.4 Reparerende hensyn

Lempningsregelen i § 47 tredje ledd innebærer også en reparerende funksjon.<sup>62</sup> I forarbeidene påpekes det at det likevel må regnes med at normene i enkelte tilfelle vil kunne bli brutt. I slike tilfeller vil noen forbrukere påberope seg bestemmelsens sanksjonsregel. Banklovkommisjonen anså det derfor som viktig å utforme en slik regel på en måte som var rimelig og adekvat i forhold til det pliktbruddet som hadde funnet sted.

#### 4.5 Finansinstitusjonens kunnskap og erfaring

Mindretallets forslag til å pålegge finansinstitusjonene en frarådingsplikt bygger på en tanke om at forbrukerne bør nyte godt av institusjonens sakkunnskap og erfaring.<sup>63</sup> Dersom det viser seg å være et misforhold mellom det aktuelle kredittlånet og kundens økonomi eller andre omstendigheter, mener mindretallet at institusjonen burde pålegges en plikt om å advare mot slike kredittavtaler.

#### 4.6 Samfunnsinteresser

Til tross for at frarådingsplikten hovedsakelig berører partene i en kredittavtale, er den også begrunnet i mer generelle og allmenne hensyn, Regelen kan bidra til å virke kostnadsbespa-

---

<sup>61</sup> Se NOU 1994:19 s. 55

<sup>62</sup> Se NOU 1994: 19 s. 38

<sup>63</sup> Se NOU 1994: 19 s. 54

rende for samfunnet da det er et samfunnsmessig mål å unngå høye lån som ikke lar seg betjene.<sup>64</sup> Misligholdte låne koster det offentlige dyrt, da staten blir tvunget til å opptre som tvisteløser i slike situasjoner. Dette vil svært ofte føre til at det påløper mange kostnader i forbindelse med økonomisk rådgivning, gjeldsordninger og økonomiske støttetiltak, noe man helst ønsker å unngå.

Videre er målet om å unngå uheldige låneopptak begrunnet i et ønske om å sikre en stabil samfunnsøkonomi<sup>65</sup>. I Norge har vi de senere årene sett en betydelig inntektsøkning hos befolkningen. Dette har likevel ikke forhindre at gjeldsveksten i norske husstander stadig har økt.<sup>66</sup> Fraråding har som formål å forhindre at kundene påtar seg så store lån at de ikke vil klare å betjene disse om det skulle skje endringer i økonomien.

Frarådingsplikten er også ment for å legge til rette for at det skal vokse frem et velfungerende indre marked for forbrukerkreditt, felles harmoniserende bestemmelser innad i EU/EØS.<sup>67</sup> Det er viktig at markedet tilbyr en tilstrekkelig grad av forbrukervern for å sikre forbrukernes tillit.

Frarådingsplikten er også begrunnet i hensynet til rettferdighet mellom kreditorene. Regelen bidrar til å sikre at en bank som gir et usikret lån på et tidspunkt hvor det er fullt forsvarlig, ikke blir likestilt med en annen finansinstitusjon som gir et usikret lån på et senere tidspunkt hvor kunden ikke har økonomi til å bære kreditten.<sup>68</sup>

## 5 Frarådingsplikten

### 5.1 Generelt

Utgangspunktet i norsk rett er at i et hvert avtaleforhold bærer hver av partene ansvaret for de forpliktelser de selv påtar seg. Partene har således et eget ansvar for å undersøke innholdet av de forpliktelsene de påtar seg før de inngår kontrakt. Det er avtalepartene som best vet hva de ønsker å oppnå med avtalen, og det må være deres ansvar å sørge for at avtalen fremmer deres interesser.<sup>69</sup> Dersom en part kommer dårligere ut av en avtale enn forespeilet er det vedkommende selv som er nærmest til å bære risikoen for dette.

---

<sup>64</sup> Se Prp. 65 L (2009-2010) s. 92-93

<sup>65</sup> Se Ot.prp.nr. 41 (1998-1999) s. 58

<sup>66</sup> Se Finanstilsynet "Finansielle utviklingstrekk" (2011)

<sup>67</sup> Se NOU 1994: 19 s. 24

<sup>68</sup> Se NOU 1994: 19 s. 55

<sup>69</sup> Se Hov (2002) s. 180

Fra dette utgangspunktet har lovgiver i noen tilfeller funnet det nødvendig å gjøre visse unntak. Disse unntakene kan forekomme på ulike måter, enten som prekontraktuelle plikter, eller i form av sanksjonsregler, eksempelvis ugyldighets- og lempningsregler. Finansavtaleloven § 47 inneholder begge type regler. I det foreliggende er det rekkevidden og innholdet i den preventive regelen, frarådingsplikten, som skal gjøres rede for. Bestemmelsen innebærer at noe av ansvaret til den ene parten, forbrukeren, er flyttet over på den andre part, kredittgiveren. Problemstillingen blir etter dette hvilke forhold som må foreligge for at frarådingsplikten skal utløses, samt når og hvordan denne plikten skal gjennomføres.

Finansavtaleloven § 47 er kun en pliktregel, og inneholder således ikke noe forbud mot å yte den aktuelle kreditten, forutsatt at plikten utøves i henhold til loven. Når kredittkunden er advart om motforestillingene, vil begge partene være klar over den betydelige risiko for mislighold som foreligger.<sup>70</sup> Det fremgår av lovteksten i hvilke tilfeller slik frarådingsplikt foreligger. Hvis vilkårene foreligger "skal" fraråding finne sted. Hvis fraråding ikke finner sted innebærer dette en lovovertrødelse, som vil kunne medføre nærmere bestemte rettsvirkninger. Hvilke vilkår som må foreligge for at disse inntre vil det redegjøres for under punkt 5.

## 5.2 Vilråårene for frarådingsplikten

For å kunne avgjøre om det foreligger en plikt for kredittgiver til å fraråde fra å inngå kredittavtale, må det foretas en vurdering av kredittkunden. Loven sier at denne vurderingen skal ta utgangspunkt i "økonomisk evne eller andre forhold på forbrukerens side". Ordlyden oppstiller således to mulige omstendigheter som kan utløse frarådingsplikten. Denne delen av ordlyden gir på den andre siden lite nærmere anvisning på hvilke informasjon som skal inngå i vurderingen og når denne er av en slik art at frarådingsplikten inntre. Dette vil være problemstillingen i det neste.

Det kan reises spørsmål om de to momentene loven drar frem er alternative, eller om det kan foretas en konkret vurdering i de tilfellene hvor begge momentene gjør seg gjeldende, men ingen av de slår igjennom alene. Ordlyden benytter seg av "eller", noe som taler for at de er alternative og man således ikke kan foreta en sammensatt vurderingen av de to momentene. På den andre siden taler hensynene og formålet med bestemmelsen for det motsatte. Hvis kunden, eksempelvis, har en vakkende økonomi og sterke avhengighetsforhold til andre, kan disse to forholdene samlet sett tale for at fraråding skal finne sted. I praksis har man også valgt en slik tilnærming.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> NOU 1994: 19 s. 54.

<sup>71</sup> Se BKN 2010-131

## *Fraråding grunnet kredittakers "økonomiske evne"*

Det første og mest praktiske forholdet som vil kunne utløse frarådingsplikten for kredittgiver er forbrukerens "økonomiske evne". For å kunne vurdere om det foreligger en plikt til å fraråde kredittkunden er det nødvendig for kredittgiver å skaffe seg oversikt over situasjonen til den konkrete kunden, og da spesielt over dennes økonomiske forhold. Spørsmålet av interesse er hvilke informasjon som skal vurderes i forbindelse med kredittakers "økonomiske evne" og i hvilke tilfeller denne informasjonen er av en slik art at den utløser en frarådingsplikt for kredittgiver.

Det finnes hensiktsmessig å begynne med å se på hvilken informasjon som skal legges til grunn i kredittgivers vurdering av kunden.

Finansavtaleloven § 47 sin ordlyd kan gi en viss veiledning om hvilken informasjon som skal inngå i vurderingsgrunnlaget for frarådingsplikten. En naturlig språklig forståelse av ordlyden "økonomisk evne" tilsier at kredittgiver er pålagt å vurdere om kredittkundens økonomi vil være tilstrekkelig for denne til å klare å oppfylle sine avtalerettslige forpliktelser. Bestemmelsen ordlyden sier ikke noe om at kredittgiver er pålagt en undersøkelsesplikt, noe som taler for at vurderingen av kundens økonomi skal foretas på bakgrunn av de opplysningene kunden har fremlagt. Dette er også forutsatt i forarbeidene.<sup>72</sup> Utgangspunktet må etter dette bli at vurderingen må foretas på bakgrunn av de opplysningene som kredittaker selv fremlegger for kredittinstitusjonen. Finansklagenemnda har i sin praksis lagt til grunn at finansinstitusjoner ved sin kredittvurdering må kunne legge til grunn de opplysninger en kunde fremlegger om sin økonomiske situasjon, dersom opplysningene ikke fremstår som urealistiske.<sup>73</sup> Dette utgangspunktet kan være uheldig, da det lett kan resultere i at lån som skulle vært unngått, blir gitt, og effektiviteten av frarådingsregelen således ikke blir slik man hadde forespeilet.

Begrepet "økonomiske evne" har en vid ordlyd, som taler for at svært mange ulike momenter kan inngå i dette vurderingsgrunnlaget. Det er en lang rekke momenter som banken skal vurdere. Typiske eksempler på relevante momenter som inngår i vurderingen er kundens jobb og hvor sikker denne er, kundens likviditet, andre inntekter og kapital.

Da det ikke oppstilles noen plikt for finansinstitusjonene til å innhente informasjon om kundene etter § 47 har dette sammenheng med at en slik plikt følger av finansavtaleloven § 46b.<sup>74</sup> Bestemmelsen pålegger kredittgiver en plikt til å vurdere kredittkundens kredittverdighet "på

---

<sup>72</sup> Jf. NOU 1994: 19 s. 55

<sup>73</sup> Jf. FinKN-2012-616

<sup>74</sup> Bestemmelsen gjennomfører Dir. 48/08 art. 8 nr. 1



grunnlag av fyllestgjørende opplysninger innhentet hos forbrukeren og om nødvendig fra relevant database", før kredittavtale inngås.<sup>75</sup> Ordlyden til § 46b gir alene ingen særlige holdpunkter for hvilke omfang av opplysninger som er påkrevd å innhente når kunden skal kredittvurderes. I sammenheng med § 47 skal derimot kredittvurderingen danne grunnlaget for om kunden burde frarådes på grunnlag av "økonomisk evne" og "andre forhold" og rammen for hvilke informasjon som skal innhentes må således gå her. Som en følge av dette vil omfanget av informasjon som skal innhentes, variere fra tilfelle til tilfelle.<sup>76</sup> Opplysningene som skal innhentes vil i stor grad stamme fra forbrukeren selv, men loven åpner også for bruk av nødvendig database. Informasjonen som innhentes må være av relevans for den vurderingen som skal foretas.<sup>77</sup>

Finansklagenemda og den tidligere Bankklagenemdas praksis gir god veiledning i hva som er å anse som relevant informasjon som skal innhentes i forbindelse med vurderingen av om det foreligger en frarådingsplikt for kredittgiver<sup>78</sup>. Det naturlige utgangspunktet for nemda har vært å ta utgangspunkt i kredittkundens arbeidsinntekt. Videre har nemda tatt i betraktning eventuelle leieinntekter, kapitalinntekter og andre potensielle inntekter. Kundens øvrige låneforpliktelser, samt faste utgifter, eksempelvis barnebidrag, har også være gjenstand for vurdering i de tilfellene hvor kundene har fremlagt disse opplysningene.

Finansklagenemda har i en av sine uttalelser trukket en grense mot informasjon som vil komme til å ha innvirkning på kundens økonomi, men som ikke skal inngå i vurderingsgrunnlaget av kundens "økonomiske evne". Saken dreide seg om et valutalån og et av spørsmålene som ble behandlet dreide seg om klager skulle ha vært frarådet låneopptaket etter finansavtaleloven § 47. Det fremgikk av valutalånavtalen at banken hadde tre reaksjonsmuligheter dersom kursen utviklet seg slik at motverdien av lånet i norske kroner oversteg det opprinnelige lånebeløpet med mer enn 10%. I forbindelse med spørsmålet om klager skulle ha vært frarådet lånet kom nemda til at bankens vilkår i låneavtalen ikke var relevant for vurderingen av om det forelå frarådingsplikt, altså inngikk ikke dette som et moment i kundens "økonomiske evne" og således ikke hadde krav på fraråding etter § 47.<sup>79</sup> Det kan stilles spørsmålstegn ved om dette burde stå seg, eller om dette er informasjon som det kan tenkes at burde inntas i vurderingen av om det skal frarådes.

---

<sup>75</sup> Se Krüger, Note 310 på Rettsdata til finansavtaleloven

<sup>76</sup> Se Taubøll (2011) s. 28

<sup>77</sup> Se NOU 2009:11 side 59

<sup>78</sup> Se for eksempel BKN-2003-108

<sup>79</sup> Se FinKN-2013-396

I forarbeidene knytter Banklovkommisjonen bemerkninger til de tilfeller hvor banken sitter på informasjon om kundens økonomi som følge av et annet kundeforhold, eksempelvis en nærstående konkurs hos kundens arbeidsgiver.<sup>80</sup> I disse tilfellene vil ofte lovpålagt taushetsplikt stå i veien for at fraråding kan skje på en forsvarlig måte. Forarbeidene løser denne typen tilfeller med at en slik kredittøkning må avvises, dersom den grunnet taushetsplikt ikke kan oppfylle frarådingsplikten. Dette anses således som relevant informasjon som forhindrer banken i oppfylle sine plikter. Dette må således føre til avvisning av kredittøkning. Dette gjør seg kun gjeldende såfremt lånsøker er avhengig av disse inntektene for å kunne betjene lånet.

Vurderingen av kundens "økonomiske evne" må ta utgangspunkt i situasjonen som foreligger på tidspunktet for vurderingen av om fraråding skal finne sted. I forarbeidene er det pekt på at dette bare utgjøre et utgangspunkt og at det er plass for visse modifikasjoner.<sup>81</sup> Blant annet taler gode reelle hensyn for at kredittgiver må inkludere kjente og sannsynlige regelendringer som vil få betydning for kundens situasjon, eksempelvis nye skatte- og renteregler.

Når det er klart hvilke informasjon som skal inngå i vurderingen for om fraråding skal finne sted, oppstår problemstillingen om når denne informasjonen er av en slik art at fraråding må finne sted.

Fraråding skal skje i de tilfeller hvor det på bakgrunn av kundens "økonomiske evne" antas at det foreligger en overhengende sannsynlighet for at kunden ikke vil klare å etterleve sine kontraktsforpliktelser. Ordlyden tilsier således at vurderingen vil måtte gjøres konkret og knytte seg til om det fremstår som realistisk at kundens forpliktelser vil bli oppfylt kontraktmessig.

I forarbeidene listes det opp en rekke faktorer som Banklovkommisjonen mener vil være viktige i vurderingen av om fraråding skal finne sted.<sup>82</sup> Blant annet vil lånets størrelse og renteforpliktelsene være viktige, samt lånets avdragsprofil og da spesielt om denne fremstår som overkommelig eller urealistisk.<sup>83</sup> Hvis kunden kan stille god sikkerhet for kredittlånet som ønskes å tas opp vil dette til vanlig være et positivt moment i bedømmelsen av kredittakers "økonomiske evne". Hvis kundens øvrige økonomi derimot er svak, og faktum tilsier at låneforpliktelsene vil måtte betjenes ved at sikkerheten realiseres, kan dette neppe anses å være å betjene lånet på "vanlig måte". Således inngår ikke sikkerhet som et veldig viktig moment i kundens "økonomiske evne".

---

<sup>80</sup> Se NOU 1994: 19 s. 55

<sup>81</sup> Se NOU 1994: 19 s. 55

<sup>82</sup> Se NOU 1994: 19 s. 54

<sup>83</sup> Se NOU 1994: 19 s. 55

Akkurat som forarbeidene forutsetter, har vi sett at domstolene tar utgangspunkt i lånsøker sin løpende inntekt når de skal vurdere om banken har foretatt en forsvarlig vurdering. Eidsivating Lagmannsrett behandlet i 2003 en sak om finansavtaleloven § 47 hvor spørsmålet var om banken hadde forsømt sin frarådingsplikt. Retten startet sin vurdering med å ta utgangspunkt i kredittkundernes lånegrad, altså deres inntekt sammenlignet med det lånte beløpet, og konkluderte med at lånegraden var forsvarlig. I tilknytning til denne vurderingen ble det også knyttet visse bemerkninger til kundenes tidligere betalingsanmerkninger. Det ble uttalt at disse betalingsanmerkningene ikke var relevante for saken, da disse knyttet seg til fortiden og således ikke var avgjørende for om kundene ville klare å etterleve sine fremtidige forpliktelser.<sup>84</sup> Det kan nok være grunn til å stille visse betenknninger til denne uttalelsen, da den gir grunn til å tro at lagmannsretten har lagt noe stor vekt på fremtidig utvikling. Gode grunner taler for å legge en viss vekt på kundens tidligere økonomiske atferdsmønster, da denne kan si noe om vedkommende reelle evner til å skikke sin økonomi og til nedbetaling.

Praksis vedrørende § 47 kan gi veiledning på hvordan kredittgiver skal vurdere den foreliggende informasjonen for å avgjøre spørsmålet om fraråding<sup>85</sup>. Det er da særlig informasjon om andre ekstrainntekter enn de kunden har på avtaleinngåelsestidspunktet som har vært drøftet av nemda, og i det neste vil relevant praksis på dette punktet belyses. Uttalelsen i BKN-2010-076 dreide seg om et tilfelle hvor kredittkunden hadde en lavere arbeidsinntekt enn det låne- og renteforpliktelsene utgjorde. Dette førte til at kunden var helt avhengig av potensielle leieinntekter for å få sin personlige økonomi til å gå rundt. Nemda falt ned på at dette, sammenholdt med informasjon om at kunden var svært dårlig til å styre sin egen økonomi, måtte føre til at kredittgiver skulle ha frarådet kunden fra å inngå kredittavtale.

I BKN-2002-024 gjaldt saken en uføretrygdet med inntekt på i underkant av 100.000 som hadde fått innvilget et kredittkort med rammelån på 50.000,-. Kredittkunden hadde i sin søknad vist til fremtidige ekstrainntekter fra programmeringsvirksomhet i Ukraina. Nemda la til grunn at denne informasjonen fremstod som så løs og usikker at den ikke kunne tillegges vekt og at kunden således burde vært frarådet å ta opp lånet. BKN-2003-108 tar også for seg tilfelle hvor kredittkunden vil inngå lån med sikte på fremtidige mulige inntekter. Saken dreide seg om innvilgelse av diverse lån til oppussing av kredittkundens barndomshjem. Informasjon om fremtidige arbeidsinntekt og leieinntekter ble av nemda ansett å være svært usikker og kunden burde på dette grunnlaget ha blitt frarådet å ta opp lånene.

---

<sup>84</sup> Se LE-2003-05641

<sup>85</sup> Se eksempelvis BKN-2003-108

Etter dette kan vi se at informasjon av usikker art ofte vil føre til at det foreligger en plikt til å fraråde. Dette passer godt sammen med de legislative hensynene bak regelen. Da kredittkunden anses å være den svake part er det lagt mer ansvar på kredittgiver som skal bevisstgjøre kunden i de situasjonene hvor det kan reises spørsmål om vedkommende vil klare å etterleve sine kontraktsforpliktelser.

### *5.2.1 Fraråding grunnet "andre forhold" ved kredittkunden*

Det er ikke bare kredittkundens "økonomiske evne" som kan føre til at frarådingsplikten inntreffer. "Andre forhold" på kredittkundens side kan også danne grunnlag for frarådingsplikten. Spørsmålet i det neste er hva som inngår i begrepet "andre forhold". Dette er det viktig å ha klart for seg for å kunne vurdere om det foreligger en plikt til å fraråde.

Ordlyd gir lite veiledning på hva som omfattes av dette uttrykket, men det fremgår av sammenhengen at dette omfatter alle andre forhold og faktorer som kan tenkes å være avgjørende for om kredittkunde vil komme til å misligholde en eventuell kredittlåneavtale. Med andre ord kan man si at ordlyden åpner for et frarådingsansvar som favner vidt basert på en lang rekke omstendigheter knyttet til den enkelte låntakeren.<sup>86</sup> Typiske eksempler kan tenkes å være om kunden har forsørger ansvar, sykdomshistorie, vanskeligheter for å håndtere egen økonomi. På den andre siden må det trekkes en grense mot forhold som ikke vil være av relevans til vurderingen av om kunden vil klare å etterleve sine låneforpliktelser, eksempelvis kundens omgangskrets, hobbyer osv.

Det vil ikke alltid være enkelt å trekke grensen mellom låntakers "økonomiske evne" og "andre forhold". Mange omstendigheter som det ville være naturlig å betrakte som "andre forhold" vil svært ofte virke inn på kundens "økonomiske evne". Det vil i praksis ikke være nødvendig å dra noe nøyaktig skille, da disse omstendighetene vil måtte vurderes opp mot frarådingsplikten uavhengig av hvilke alternativ dette vil inngå i.

Av forarbeidene fremgår det at en rekke ulike momenter kan tenkes å inngå i betegnelsen "andre forhold". På samme måte som ved vurderingen av kundens økonomiske evne, må det tas utgangspunkt i situasjonen på tidspunktet for låneavtalens inngåelse. I denne sammenheng vil regelverk og rammebetingelser for aktiviteten kreditten skal bidra til være av særlig viktighet. Et annet eksempel på "andre forhold" på kredittkundens side kan være at institusjonen i forbindelse med finansiering av kjøp av en leilighet oppdager at kunden er i ferd med å betale

---

<sup>86</sup> Se Hansen (2005)

betydelig mer enn markedspris for leiligheten.<sup>87</sup> Videre pekes det også på at i en del tilfeller vil ikke finansinstitusjonene ha kunnskap om hva kreditten skal brukes til. Dette gjør seg spesielt gjeldende i kredittavtale i forbindelse med kredittkort. I slike tilfeller sier forarbeidene at kredittyster svært sjeldent vil ha kunnskap om andre forhold som kan utløse en plikt til å fraråde, og dette må være greit.<sup>88</sup> Kredittgiver må da ta utgangspunkt i den øvrige opplysningene som foreligger når det skal vurderes om kunden skal frarådes. Dette innebærer at i de tilfellene hvor kredittgiver har kunnskap om kundens behov for kreditt, foreligger det en frarådingsplikt hvis kunden låner utover sitt aktuelle behov sammenholdt med kredittverdigheten deres.<sup>89</sup>

På den andre siden tilsier reelle hensyn at man må være noe forsiktig med å ta lovens ordlyd helt bokstavelig, da dette vil kunne slå urimelig ut overfor kredittgiver. Selv om § 47 oppstiller et forbrukervern, kan ikke dette trekkes for langt av hensyn til finansinstitusjonene. Deres adgang til å drive effektiv og god virksomhet må trekke opp yttergrensene for hvilke andre forhold som kan komme i betraktning for frarådingsplikten. Dette synspunktet får støtte av Viggo Hagstrøm, som mener at man ikke må trekke rådgivningsplikten for langt.<sup>90</sup>

Praksis fra domstolen og Finansklagenemda kan gi visse holdepunkter på hva som kan anses som "andre forhold på kredittkundens side". I en uttalelse fra Finansklagenemda gjaldt saken en kredittvurderingen foretatt av banken i forbindelse med et lånefinansiert kjøp av en obligasjonsleilighet i februar 2001. Spørsmålet i saken var om ny husleielov fra 1. januar som berørte beboere i obligasjonsleiligheter burde ha ført til at banken frarådet kunden fra å ta opp lånet. Nemda la til grunn at utgangspunktet for vurderingen måtte bli at det er den som kjøper et objekt som selv må ta ansvaret for å sette seg inn i hva det er man kjøper, og at ansvaret således ikke tilfalt kredittgiver. Videre vurderte nemda om endringene som ny husleielov innebar og anså disse å være av en slik art at de ikke ble omfattet av "andre forhold" som kan lede til frarådingsplikt. I sin begrunnelsen viste nemda til at den prisen som ble betalt for leiligheten måtte anses å være markedspris på kjøpstidspunktet, basert på leilighetens størrelse og beliggenhet.<sup>91</sup> Nemda betraktet både endret regelsett, pris og det aktuelle markedet som "andre forhold" som kunne gi grunnlag for frarådingsplikt, men var etter omstendighetene i den konkrete saken ikke avgjørende, og fraråding var således ikke nødvendig.

---

<sup>87</sup> Se NOU 1994: 19 s. 55

<sup>88</sup> Se Ot. prp. nr. 22 (2007-2008) s. 61

<sup>89</sup> Se NOU 2007: 5 s. 59

<sup>90</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 167

<sup>91</sup> Jf. FinKN-2011-640

Det følger av forarbeidene at hvilke "andre forhold" som kan utløse en plikt til å fraråde, må bero på en konkret vurdering av den enkelte kunden. Nyere praksis kan kaste lys over hvordan denne vurderingen skal foretas. I FinKn-2016-098 gjaldt saken fraråding etter § 47 og generelle krav til bankenes rådgivning overfor kundene sine. Kredittkunden hadde gjennom banken inngått avtale om valutalån. I saken var det ingenting ved kundens "økonomiske evne" som tilsa at det burde ha vært frarådet. Spørsmålet ble således om det forelå "andre forhold" som gjorde fraråding påkrevd. Klagerne, anførte at deres manglende forståelse av risikoen ved valutalån, måtte utgjøre slike "andre forhold" slik at banken skulle ha frarådet låneopptaket. Nemda drøftet dette og kom frem til at dokumentene i saken tilstrekkelig opplyste kundene om hvilke risiko som var knyttet til lånet. Uttalelsen kan tolkes dithen at dårlig informasjon fra banken overfor en uvitende kunde kan utgjøre "andre forhold" etter finansavtaleloven § 47.<sup>92</sup>

Sykdom som kan lede til manglende personlige forutsetninger kan i visse tilfeller representere "andre forhold" som vil kunne utløse en frarådingsplikt. Dette har flere ganger vært drøftet i praksis. I en av Finansklagenemdas uttalelser fra 2011 var spørsmålet om banken skulle ha frarådet kredittkunden å inngå lånet fordi hun led av spilleavhengighet. Det fremgår av nemda sin vurdering at spilleavhengighet kan utgjøre slike "andre forhold". I den aktuelle tvisten fant derimot ikke nemda det bevist at kundens spilleavhengighet hadde vært synlig for banken og således forelå det ikke brudd på frarådingsplikten.<sup>93</sup> Den samme konklusjon kom nemda til i en annen sak, som gjaldt diverse lån på tilsammen 550.000 kroner som skulle brukes til å finansiere salg av bolig. Lånene ble mislighold. Kredittkunden led av spiseforstyrrelser, som medførte overspising, og størsteparten av det lånte beløpet var gått med til å betale for maten. I saken var banken klar over at kredittkunden var sykemeldt, men visste ikke hva årsaken var. Nemda kom frem til at det ikke forelå brudd på frarådingsplikten, da banken ikke hadde noen forutsetning for å vite om dette. Gode grunner taler for at banken hadde hatt en frarådingsplikt, dersom de hadde hatt kunnskap til hva sykdommen gjaldt.<sup>94</sup> Som vi ser er det oppstilt ganske høye krav til når slike forhold anses å utløse en plikt til å fraråde, da dette kun blir aktuelt i de tilfellene det er synbart for banken og forholdene tilsier at disse må være egnet til å virke inn på kundens evne til å oppfylle sine forpliktelser. Et tilfelle hvor disse vilkårene ansås oppfylt har vi uttalelse BKN-2004-66.

Avslutningsvis har det i litteraturen vært påpekt at låntakeren ikke kan ha berettigede forventninger til at kredittgiver sitter inne med omfattende faglig ekspertise i alle tilfeller. En forbruker kan for eksempel ikke forvente at kredittgiver har kunnskaper om byggetekniske forhold

---

<sup>92</sup> Se FinKN-2016-097 hvor nemda foretar tilsvarende vurdering og kommer til samme resultat.

<sup>93</sup> Jf. FinKN-2011-420

<sup>94</sup> Jf. BKN-2009-10

knyttet til eiendom eller tendenser i teknologiske bransjer utover det som er alminnelig kjent.<sup>95</sup> Slike forhold vil således falle utenfor "andre forhold" og ikke utløse en frarådingsplikt.

### 5.2.2 *Uriktige opplysninger som stammer fra kunden*

Et spørsmål som har vært av praktisk betydning er hva som skjer i de tilfellene hvor kunden har oppgitt uriktig informasjon til kredittgiver. Det finnes flere eksempler på tvister om frarådingsplikt hvor kunden har lagt frem uriktig opplysninger som har ført til at fraråding ikke har funnet sted, men hvor fraråding skulle funnet sted på bakgrunn av de faktiske omstendighetene. Problemstillingen blir da om rettsvirkningene av forsømt frarådingsplikt kan inntreffe. Slike typetilfeller har blitt behandlet av Bankklagenemda. Praksis viser at man i en rekke uttalelser har tatt utgangspunkt i den informasjonen som er blitt fremlagt av kunden. Nemda slår videre fast at hvis denne skulle vise seg å være uriktig, må kredittkunden selv bære risikoen av dette.<sup>96</sup> Dette stemmer godt med utgangspunktet i norsk rett om at hver part selv er ansvarlig for sine forpliktelser. Selv om finansavtaleloven utgjør et avvik fra dette utgangspunktet, viser praksis således at forbrukervernet likevel ikke skal trekkes for langt.

## 5.3 Grensen for fraråding

Når man har kartlagt hvilke forhold som kan utløse en frarådingsplikt blir det neste steget å se hvor finansavtaleloven setter terskelen for når frarådingsplikten inntreffer.

Finansavtaleloven § 47 første ledd sier at frarådingsplikten foreligger når forbrukeren, på bakgrunn av de overnevnte momentene "*må anta*" at forbrukeren "*alvorlig må overveie å avstå fra å ta opp kreditten eller fra å gjennomføre kredittavtalen*".

Det avgjørende for om det foreligger en frarådingsplikt er om kredittgiver må anta at forbrukeren "*alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten*". Etter ordlyden ligger terskelen høyt, jf. "*alvorlig*". Det er etter ordlyden således ikke nok at man kan knytte visse løse betenknninger til låneopptaket. For at finansrådgiveren skal få en plikt til å fraråde følger det av ordlyden at det etter en skjønnsmessig vurdering må foreligge klare holdepunkter for at kredittkunden burde tenke nøye over å inngå avtale, før det blir snakk om en frarådingsplikt.

---

<sup>95</sup> Se Hansen (2005)

<sup>96</sup> Se FinKN-2013-396

I forarbeidene knyttet det visse bemerkninger til den skjønnsmessige vurderingen som skal foretas. Mindretallet som foreslo frarådingsplikten viser til alminnelige prinsipper om redelighet og god tro i sin begrunnelse for forslaget. De uttaler i denne sammenhengen at disse prinsippene, etter deres mening, vil tilsi at långiver som må anta at det foreligger forhold som vil gjøre avtaleforholdet vanskelig, har en plikt til å si klart ifra om dette.<sup>97</sup> Dette taler for at terskelen kan ligge noe lavere enn det lovteksten vil gi indikasjon på i første omgang.

Da det skulle innføres en frarådingsplikt i den gamle kredittkjøpsloven § 9a, som senere ble slått sammen med finansavtaleloven, ble det i forarbeidene diskutert om man skulle senke grensen for når fraråding skal finne sted.<sup>98</sup> Det ble foreslått å stryke alvorlig, slik at fraråding skulle finne sted i tilfellene hvor kredittkunden kun burde *"overveie å avstå fra å ta opp kreditten eller å gjennomføre kredittavtalen"*. Dette forslaget ble ikke fulgt opp senere, noe som taler for at terskelen er ment å ligge ganske høyt.<sup>99</sup>

Det er hovedsakelig Finansklagenemda og den tidligere bankklagenemda som har behandlet de fleste tvister i forbindelse med frarådingsplikten i § 47. Av praksis herfra fremgår det at vurderingsstandarden vil bero på en rekke ulike momenter, og må tilpasses den enkelte kredittsituasjonen.

Bestemmelsens ordlyden tilsier at terskelen for frarådingsplikten etter finansavtaleloven § 47 er noe lavere enn den som fulgte av den tidligere ulovfestede frarådingsplikten som var blitt utviklet i rettspraksis. Den tidligere ulovfestede frarådingsplikten hadde sitt utspring i Rt. 1959 s. 1048 hvor et salg av fast eiendom ble kjent ugyldig på bakgrunn av avtaleloven § 33. Dette ble begrunnet med at det for selgeren av eiendommen måtte ha være klart at kjøperen hadde inngått i et "håpløst foretagende". Denne dommen ble senere vist til i Rt. 2003 s. 1252. Denne saken dreide seg om fraråding ved en avtale inngått før §47 ble vedtatt. Høyesterett viser til utgangspunktet om at hver avtalepart er ansvarlig for sine egne kontraktsforpliktelser, men går så videre til å drøfte at det i visse tilfeller vil være aktuelt å gjøre unntak fra dette utgangspunktet. Slike unntak vil kun være aktuelle i "særlige tilfeller", altså var unntaket snevert, men likevel et faktum.

Man kan etter dette slå fast at lovfestingen av frarådingsplikten har ført til terskelen for frarådingsplikten er blitt senket, jf. ordlyden "alvorlig må overveie". Dette innebærer at i kredittforhold som omfattes av finansavtaleloven er det ikke lenger nødvendig at det fremstår som "håpløst foretagende" at kredittaker vil misligholde kontrakten før det foreligger en frarå-

---

<sup>97</sup> Se NOU 1994: 19 s. 55

<sup>98</sup> Se NOU 2007: 5 s. 59

<sup>99</sup> Se Ot. prp. nr. 22 (2007-2008) s. 60



dingsplikt. Det er nå tilstrekkelig at man må anta at forbrukeren "alvorlig må overveie", noe som taler for at det kreves vesentlig mindre overbevisning og tydelighet før en frarådingsplikt materialiserer seg etter § 47.

Det kan stilles spørsmålsteget om det var meningen at terskelen for frarådingsplikt skal være så høy, da bestemmelsens forbrukervern ikke blir like sterkt som det kunne vært. På den andre siden så vi under redegjørelsen for de legislative hensynene at finansinstitusjonenes effektive drift også skulle ivaretas. Da det av lovgiver har vært drøftet om man skulle fjerne alvorlighetskravet, men dette ikke fikk gjennomslag, taler gode grunner for å fraråding kun skal finne sted i de tilfellene hvor det er et konkret behov for det, og terskelen derfor er satt nokså høyt.

## 5.4 Gjennomføringen av frarådingsplikten

### 5.4.1 Innledning

Finansavtaleloven § 47 oppstiller en rekke krav til formidlingen av frarådingen ovenfor kunden. Frarådingen kan sies å være underlagt en rekke formkrav og disse skal være tema i det neste.

### 5.4.2 Formkrav

Det følger av ordlyden i finansavtaleloven § 47 at frarådingsplikten er underlagt visse formkrav for at finansrådgiver anses å ha oppfylt sin plikt. Disse skal det gjøres nærmere rede for i det neste.

Hvis de øvrige vilkårene for fraråding foreligger må kredittgiver "underrette forbrukeren om dette". I de tilfeller hvor kredittgiver er pålagt å fraråde, må dette naturligvis formidles til kunden.

Finansavtaleloven § 47 stiller krav om at underrettelse om fraråding "skal skje skriftlig". En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at fraråding skal skje i skriftform, men gir lite veiledning utover dette i hva som ligger i skriftlighetskravet.

Finansavtaleloven forutsetter i § 8 at den store hovedregelen for skriftlighet er at dette skal gjøres i papirform, jf. ordlyden "*krav i eller i medhold av denne loven om at opplysninger eller meldinger skal gis skriftlig, er ikke til hinder for bruk av elektronisk kommunikasjon dersom kunden ønsker dette*". En alminnelig tolking av denne bestemmelsen innebærer at skrift-

lig fraråding skal skje på papir, men kan foretas skriftlig i elektronisk format hvis kunden har et ønske om dette.

Loven åpner for at skriftlig fraråding kan skje elektronisk hvis "kunden ønsker dette". I denne sammenhengen må en reise spørsmål om hva som skal til for at man kan si at kunden ønsker elektronisk kommunikasjon. De helt klare tilfellene vil være der kunden uttrykkelig har bedt om at kommunikasjon skal foregå elektronisk. Fra dette klare utgangspunktet vil også de tilfeller hvor kunden selv har kontaktet banken gjennom elektroniske kommunikasjonskanaler, falle innenfor lovens krav og banken vil således kunne gi skriftlig fraråding gjennom samme kommunikasjonskanal uten å bryte med lovens krav.<sup>100</sup>

Uansett om den skriftlige frarådingen skjer på papir eller elektronisk er siktemålet å gjøre frarådingen mer tydelig overfor kunden.<sup>101</sup> Et nødvendig krav til frarådingen er således at denne formidles på en tydelig og klar måte, slik at kunden oppfatter alvoret av situasjonen. En skriftlig fraråding som ikke i tilstrekkelig grad tydeliggjør hva grunnlaget for frarådingen er, vil således ikke oppfylle lovens krav til skriftlighet.<sup>102</sup>

I tillegg til skriftlighetskravet sier loven at fraråding "så vidt mulig også skal gis muntlig". Den store hovedregel er således at fraråding skal skje både skriftlig og muntlig. Spørsmålet av interesse i denne sammenhengen er hva som ligger i kravet "så vidt som mulig".

Ordlyden tilsier at i de tilfellene det er mulig og ikke vil kreve urimelig mye av kredittgiveren å formidle frarådingen muntlig, skal han også gjøre det. Denne muntlige frarådingen kan for eksempel skje gjennom personlig møte i banken eller via telefon. Forarbeidene kan tjene til hjelpemiddel for å besvare hva som ligger i dette kravet. Her fremgår det at reservasjonen "så vidt mulig" kun skal anvendes i de tilfellene hvor muntlig kommunikasjon har blitt forsøkt, men ikke ført frem, og forholdene for øvrig tilsier at avtaleinngåelse ikke bør utsettes.<sup>103</sup> I denne vurderingen tilsier rimelighetsvurderinger at momenter som kostnader, tid og størrelsen på den aktuelle kreditten vil være avgjørende for vurderingen.

Videre må det stilles spørsmål om loven oppstiller noe innholds krav til frarådingen som gis kunden. Ordlyden gir liten veiledning, da den kun sier at man "skal underrette forbrukeren" om at det foreligger grunner til å fraråde. Forarbeidene kaster derimot lys over hva som skal inngå i den skriftlige og muntlige frarådingen. Her sies det at plikten er oppfylt hvis frarå-

---

<sup>100</sup> Se Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 24

<sup>101</sup> Se Prop. 65 L (2009-2010) s. 219

<sup>102</sup> Se NOU 2007: 5 s. 59

<sup>103</sup> Jf. Prop. 65 L (2009-2010) s. 219

dingen er utformet konkret i forhold til den enkelte kunden. Således vil ikke fraråding kunne gjennomføres på bakgrunn av en standardformulering i avtaledokumentet. Slik standardformulering vil ikke anses tilstrekkelig.<sup>104</sup> Det foreslås også at hele lovteksten i § 47 inntas i en slik fraråding.

Da loven oppstiller diverse formkrav kan man stille spørsmål om hvilke følger eventuelle brudd på disse får. Disse formkravene må anses å være absolutte, noe som betyr at hvis kredittgiver ikke har etterlevd disse, anses fraråding som ikke å ha funnet sted.<sup>105</sup> Det vil da kunne bli snakk om lemping, se punkt 6.2 nedenfor. I denne sammenheng skal det kort nevnes at om fraråding har funnet sted, men kun muntlig og dette anses tilstrekkelig dokumentert av kredittgiver, kan det bli vanskeligere å få kredittavtalen lempet etter bestemmelsens tredje ledd.

Avslutningsvis skal det nevnes at hvis korrekt fraråding finner sted, men forbrukeren likevel velger å inngå kredittavtale, stiller loven krav til at kredittkunden må bekrefte dette med skriftlig signatur, jf. § 47 første ledd, fjerde punktum. Dette er enda et virkemiddel for å fremheve alvoret av situasjonen. Signaturkravet er derimot ikke en ugyldighetsregel, og derfor ikke et moment ved vurderingen av eventuell lemping.<sup>106</sup>

## 5.5 Tidspunktet for frarådingsplikten

I det neste vil tidspunktet for fraråding bli behandlet. Det rettslige spørsmålet er på hvilke tidspunkt fraråding skal finne sted for å oppfylle lovens krav.

Utgangspunkt fremgår av ordlyden i § 47 som sier at fraråding skal finne sted innen "låneavtalen inngås". Da kredittgiver må vurdere kundens økonomiske evner og situasjon forøvrig vil fraråding således kunne skje fra tidspunktet denne vurderingen foretas, og frem til inngåelse av kredittavtalen, som er fra det tidspunktet hvor partene er bundet av avtalen.

Fra dette utgangspunktet gjør loven en viss utvidelse av tidsrommet for når frarådingsplikten skal finne sted, da et alternativt skjæringstidspunkt fremgår av ordlyden. Denne sier at fraråding dessuten skal finne sted før "kreditten utbetales eller salgstingen overgis til forbrukeren", hvis vilkårene for fraråding foreligger. Hva som menes med dette fremgår av forarbeidene, som forutsetter at i tilfelle forbrukerens situasjon skulle tilsi det, vil denne ha rett til å slippe å pådra seg den avtalte gjelden inntil kreditten er utbetalt.

---

<sup>104</sup> Jf. NOU 2007: 5 s. 59

<sup>105</sup> Se Ot. prp. nr. 22 (2007-2008) s. 56

<sup>106</sup> Se NOU 2009: 11 s. 157.

Videre skal det påpekes at frarådingsplikten ikke er begrenset til førstegangsinngåelse av kredittavtale, men gjelder hver gang kreditten økes eller fornyes. Dette innebærer at bestemmelsen kommer til anvendelse i de situasjonene hvor kredittkunden foretar en refinansiering av sin tidligere gjeld.<sup>107</sup> Dette gjelder kun i de tilfellene hvor de øvrige vilkårene for fraråding foreligger.

Praksis viser at tidspunktet for når fraråding skal finne sted, kan bero på omstendighetene i den konkrete sak, hvor rimelighetshensyn vil veie mer i forhold til ordlyden. En uttalelse fra Bankklagenemda vedrørende utstedelse av et finansieringsbevis i forbindelse med kjøp av tre borettslagsleiligheter kan virke som illustrasjon<sup>108</sup>. Da kredittavtale skulle inngås var kredittkundens økonomiske situasjon svært forandret siden finansieringsbeviset ble utstedt og banken fant grunn til å fraråde å inngå avtalen. Bankklagenemda anså frarådingen å ha funnet sted for sent, da kredittkunden allerede var bundet av kjøpekontrakten av leiligheten det enkelte finansieringsbeviset gjaldt. Nemda begrunnet dette med at frarådingsklausulen banken hadde presentert for kunden var uten reelt innhold og således for sent fremsatt. Kunden fikk likevel ikke medhold i saken, da vilkårene ellers for fraråding ikke forelå på tidspunktet for utstedelse av finansieringsbeviset.

## **6 Følgende av forsømt frarådingsplikt**

### **6.1 Hjemmel**

Finansavtaleloven § 47 tredje ledd regulerer rettsvirkningene av forsømt frarådingsplikt. Derksom kredittgiver skulle ha frarådet, men av ulike årsaker har forsømt denne plikten, fremgår det av tredje ledd at forbrukerens forpliktelser i visse tilfeller kan lempes.

### **6.2 Lemping**

#### **6.2.1 Generelt**

Finansavtaleloven § 47 tredje ledd hjemler en adgang for forbrukeren til å få sine avtalerettslige forpliktelser i tilknytning til kredittavtalen lempet, så vidt dette finnes "rimelig". Med lemping menes at man foretar en reduksjon av en avtaleparts plikt, som ellers følger av avta-

---

<sup>107</sup> Jf. NOU 1994: 19 s. 55

<sup>108</sup> Se BKN-2010-096

len. Forpliktelsene som følger av en avtale kan således reduseres i omfang og art ved at lemping foretas.

Rettsvirkningene av forsømt frarådingsplikt er underlagt diskresjonært skjønn, jf. ordlyden "kan". Lemping kan således unnlates når skjønnsvurderingen tilsier dette. Banklovkommisjonens mindretall som foreslo forslaget om frarådingsplikten la også frem et forslag om en sivilrettslig reaksjonsregel for tilfellene hvor finansrådgiver har forsømt sin plikt.<sup>109</sup> Dette var ment som et incentiv for å sikre at fraråding fant sted når det skulle.

### 6.2.2 Rimelighetsvurderingen

Grunnvilkår for at lemping skal finne sted er at dette finnes "rimelig". Problemstillingen blir etter dette hva som skal til for at lemping anses "rimelig".

Ordlyd taler for at det skal foretas en konkret vurdering av om forholdene tilsier at det er rettferdig at avtalen lempes i det konkrete tilfellet. Finansinstitusjonenes ansvar ved overtredelse av frarådingsplikten er i utgangspunktet objektiv<sup>110</sup>, men i og med at lempingen bare skal skje etter en rimelighetsvurdering, vil finansinstitusjonenes aktsomhet og opptreden i forbindelse med behandlingen av lånesøknaden være et viktig moment.

Av forarbeidene fremgår det at denne vurderingen er tilsvarende den som skal foretas etter avtalelovens lempingsregler.<sup>111</sup> Videre kaster forarbeidene lys over hvilke momenter som kan gjøre seg gjeldende i den konkrete vurderingen. Blant annet trekker mindretallet frem overtredelsens art og graden av bebreidelse som kan rettes mot kontraktspartene. Hvis forbrukeren selv burde forstått at han eller hun kom til å få problemer med å etterleve sine forpliktelser taler dette mot at lemping skal finne sted.<sup>112</sup> Det fremgår også av forarbeidene at hvis kunden bevisst har gitt uriktige opplysninger til finansinstitusjonen og dette har resultert i et galt inntrykk av låntakers økonomiske evner, vil lemping være utelukket.<sup>113</sup> På den andre siden sier forarbeidene også at om det har funnet sted fraråding, men denne ikke har vært tilstrekkelig klar, er dette et moment som taler for at lemping kan finne sted.<sup>114</sup>

---

<sup>109</sup> Se NOU 1994: 19 s. 55-56

<sup>110</sup> Nyhus og Hveem (2013)

<sup>111</sup> Jf. Lov av 31.5.1919 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer

<sup>112</sup> Se NOU 1994: 19 s. 56

<sup>113</sup> Se NOU 1994: 19 s. 56

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

Praksis fra Finansklagenemda gir god veiledning i hva som skal tas med i rimelighetsvurderingen. Nemda har ved flere anledninger vurdert om lemping skal finne sted og uttalt at dette vil bero på en sammensatt vurdering.<sup>115</sup> I en uttalelse fra Finansklagenemda Bank fikk forbrukeren lånet lempet i sin helhet, da nemda etter en totalvurdering fant at dette var rimelig. I begrunnelsen trekkes en rekke momenter frem som avgjørende. Blant annet vises det til klagers økonomi, lånets størrelse, at sikkerheten som var stilt var svært liten og at formålet med lånet var refinansiering av tidligere gjeld. Med andre ord er dette momenter som kan inngå i vurderingen av om en kredittavtale kan og burde lempes.<sup>116</sup> I uttalelsen BKN-2010-096 fikk låntaker også medhold i at lånet måtte lempes. Saken gjaldt kjøp av to borettslagsleiligheter, hvorav den ene skulle finansieres med egenkapital og den andre med finansieringsbevis fra banken ovenfor utbygger. Senere nektet banken å utbetale lånet, da en gjennomført kredittsjekk avslørte svak økonomi hos kunden. Bankklagenemda anså finansieringsbeviset som å være bindende ovenfor utbygger og kom således til at kundens lån måtte lempes på denne bakgrunn.<sup>117</sup>

I juridisk teori har det også vært fremhevet at det også vil være relevant å ta i betraktning institusjonens opptreden i forkant av låneopptaket, for eksempel svært aggressiv markedsføring, og saksbehandlingen for øvrig".<sup>118</sup>

I noen tilfeller vil det knytte seg usikkerhet til om fraråding har funnet sted eller ikke i det hele tatt. Dette vil innebære at formkravene (se punkt 5.4.2) ikke er etterlevd, da skriftlighetskravet vil utelukke de fleste tvilssituasjoner. Dette er først og fremst et spørsmål om bevis, men det skal knyttes visse andre kommentarer til situasjonen. I juridisk teori har det vært uttalt at overtredelse av skriftlighetskravet antageligvis ikke vil utløse en rett til lemping, såfremt låntaker er blitt tilstrekkelig frarådet på andre måter.<sup>119</sup> Med andre ord anses brudd på skriftlighetskravet at frarådingsplikten anses forsømt, men lemping vil bero på en nærmere vurdering, hvor de gjennomgåtte momentene vil være avgjørende.

### 6.2.3 Årsakssammenheng

Et ytterligere vilkår for at lemping skal være aktuelt, er at det foreligger årsakssammenheng mellom finansinstitusjonens manglende fraråding og at lånet ble tatt opp.<sup>120</sup> Spørsmålet blir

---

<sup>115</sup> Se BKN-02-024 og BKN-03-140

<sup>116</sup> Jf. FinKN-2011-274

<sup>117</sup> Jf. BKN-2010-096

<sup>118</sup> Se Hansen (2015)

<sup>119</sup> Se Hansen (2005)

<sup>120</sup> Se NOU 1994: 19s. 56

etter dette hva som skal til for at det anses å være tilstrekkelig sammenheng mellom manglende fraråding og inngåelse av bindende kredittavtale. Kravet til årsakssammenheng fremgår ikke selvstendig av lovens ordlyd, men kan sies å være et utslag av "rimelighetskravet" for når lemping kan finne sted.

For å kunne besvare spørsmålet om det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng må det foretas en vurdering av hvor stor sannsynlighet det var for at låntakeren ville tatt hensyn til en eventuell fraråding dersom denne hadde vært lovmessig utført.<sup>121</sup> Dette innebærer således en vurdering av et hypotetisk hendelsesforløp, altså er bevisemaet hva man hadde skjedd, dersom riktig fraråding hadde funnet sted.<sup>122</sup> I denne vurderingen må man blant annet ta hensyn til låntakerens personlige forutsetninger og kunnskap, samt omstendighetene rundt låneopptaket. Som utgangspunkt taler gode grunner for at det er finansinstitusjonene som sitter med bevisbyrden når dette hypotetiske hendelsesforløpet skal vurderes.

### 6.3 Gjennomføringen av lemping

Rimelighetsvurderingen som ble beskrevet i punkt 6.2.2, vil i noen tilfeller føre til at lemping skal finne sted. Det neste spørsmål som da oppstår er i hvilken grad lemping skal finne sted, og hvilke kontraktsforpliktelser som skal berøres av denne.

Formålet med lemping er at en kontraktspart som er blitt stilt urimelig dårlig etter inngåelse av en kontrakt, skal få rettet opp i de vanskelige følgene som kontrakten har hatt for vedkommende. Hvor mye som skal til for å rette opp i kontraktsforholdet vil variere fra tilfelle til tilfelle, og det må derfor foretas en konkret vurdering for å komme frem til hvordan lemping skal finne sted.

Lovens ordlyd er vid og sier bare at kredittavtalen kan "lempes". Dette taler for at lemping skal kunne skje på ulike måter. Praxis innebærer en rekke ulike eksempler på hvordan lemping har funnet sted, blant annet ved at restfordringen reduseres, rentene reduseres eller bortfaller, ny betalingsplan avtales eller, lån lempes i sin helhet eller i en kombinasjon av disse.<sup>123</sup>

Bestemmelsens tredje ledd om lemping skal være et virkemiddel for å bidra til å få skyldneren ut av sine problemer. Dette er en sanksjonsregel, som er inntatt i loven for å effektivisere den forebyggende regelen i § 47 første ledd.<sup>124</sup> Da enkle modifikasjoner ofte vil være tilstrekkelig

---

<sup>121</sup> Se Hansen (2015)

<sup>122</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 169

<sup>123</sup> Se RG 2008 side 1508, BKN-2009-76, BKN-2011-136.

<sup>124</sup> Jf. NOU 1994: 19 s. 56

for å hjelpe skyldnerne med å håndtere sine kontraktsforpliktelser, gir også hensynsbetraktninger støtte for at lemping vil kunne skje på ulike måter, avhengig av situasjonen.

I forarbeidene sies det klart at graden av lemping kan varieres, slik at man i hvert konkrete tilfelle kan velge den løsningen som er mest hensiktsmessig og rimelig.<sup>125</sup> Etter en konkret vurdering vil man eksempelvis komme frem til at det mest hensiktsmessige er å lette på renteforpliktelsene, utsette nedbetalingsplanen, eller sette ned hovedstolen av restgjelden. Praksis viser også at i visse tilfeller er det adgang til å få kredittavtalen lempet i sin helhet.<sup>126</sup>

Et annet spørsmål er om forbrukeren kan kreve dekket eventuelle økonomisk tap som ikke kan repareres gjennom lemping av forpliktelsene i låneforholdet. Dette beror på om det kan oppstilles erstatningsansvar ved overtredelse av frarådingsreglene, men det skal ikke berøres i denne sammenheng.<sup>127</sup>

#### 6.4 Ugyldighet etter avtaleloven §§ 30, 33 og 36

Som vi skal se under punkt 6 velger de fleste kredittkunder som blir frarådet å inngå kredittavtale til tross for denne. Man befinner seg da utenfor § 47 tredje ledds virkeområde. Hvis slik kredittavtale i etterkant skulle bli mislighold er spørsmålet om forbrukeren kan påberope seg avtalerettens øvrige lemping- og ugyldighetsregler. Disse bestemmelsene har i flere tvister blitt påberopt av forbrukere.

Det er forutsatt i forarbeidene at slike avtaler i visse tilfeller kan rammes av andre avtalerettslige revisjons- og ugyldighetsregler.<sup>128</sup> Mest aktuell vil avtaleloven § 36 da være. Bestemmelsen utgjør et unntak fra utgangspunktet om at avtaler skal holdes. Om bestemmelsen kommer til anvendelse beror på en konkret, skjønnsmessig vurdering. Denne vurderingen er den samme som skal skje etter §47 tredje ledd. Skulle vilkårene i avtalelovens ugyldighets- og lempningsregler foreligge, kan avtalen enten settes helt til side, endres eller justeres.

Forarbeidene og rettspraksis legger til grunn at det må en betydelig grad av urimelighet til for at en avtale helt eller delvis skal kunne settes til side, idet hensynet til forutberegnelighet, avtalefrihet og prinsippet om at avtaler skal holdes står sterkt i norsk rett.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Jf. NOU 1994: 19 s. 56

<sup>126</sup> Se eksempelvis FinKN-2014-154

<sup>127</sup> Se Hansen (2005)

<sup>128</sup> Se Prop. L 65 (2009-2010) s. 84

<sup>129</sup> Se Prop. L 65 (2009-2010) s. 84



I bankklagenemda har avtalelovens regler ofte blitt påberopt, men forbrukeren blir svært sjeldent hørt med dette.<sup>130</sup> Gode grunner taler for at det skal mye til før en kredittavtale kan tilsettes på dette grunnlaget, da situasjonen vil være at kunden før avtaleinngåelse er blitt frarådet å inngå avtalen. Dette momentet vil være svært viktig i rimelighetsvurderingen som følger av §36, og listen for lemping vil således være høy.

## 7 Vurdering av frarådingspliktens effektivitet

### 7.1 Generelt

I det neste vil tema være å undersøke om de legislative formålene som begrunner § 47, oppfylles og ivaretas i praksis. Det vil i denne sammenheng knyttes visse retts sosiologiske bemerkninger til frarådingsplikten og praksisen rundt denne. For å kunne besvare spørsmålet om hvorvidt regel er egnet til nå de aktuelle formål og hensyn vil noen retts sosiologiske undersøkelser bli gjennomgått . Oppgaven vil således på noen punkter gå lenger enn bare å vurdere om reglene i et rent rettslig perspektiv er egnet til å fremme de aktuelle legislative hensynene. Dette fører medfører at juridisk metode til dels vil bli avløst av den retts sosiologiske metoden, som i stor grad bygger på empiri.

### 7.2 Frarådingspliktens faktiske virkninger

#### 7.2.1 Undersøkelsene

Finansavtaleloven § 47 har vært gjenstand for en rekke studier og undersøkelser, foretatt i ulike sammenhenger. I det neste vil det redegjøres for et utvalg aktuelle undersøkelser. Det vil tas utgangspunkt i Nyhus og Hveem sin undersøkelse fra 2013<sup>131</sup>, som er den mest omfattende undersøkelsen som er blitt foretatt i forbindelse med § 47. Videre vil de suppleres med relevante funn fra diverse andre studentundersøkelser. Funn fra disse vil kort gjengis i det neste, før det skal knyttes visse bemerkninger og analyser til disse.

---

<sup>130</sup> Jf. FinKN-2012-616

<sup>131</sup> Se Nyhus og Hveem (2013)

### 7.2.1.1 Funnene i undersøkelsene

Nyhus og Hveem foretok i 2013 et studie av frarådingsplikten gjennom en rekke intervjuer av rådgivere ansatt i banker, fordelt over hele landet<sup>132</sup>. Spørsmålene som ble stilt de 26 intervjuobjektene knyttet seg til praksisen rundt frarådingsplikten, avveininger mellom avslag og fraråding og effekten av frarådingen som finner sted. I analyse av intervjuene peker Nyhus og Hveem på likheter og ulikheter i praktiseringen av frarådingsplikten, samt syn og holdninger til plikten.

Et av de viktigste funnene Nyhus og Hveem gjør i sin undersøkelse knytter seg til prosedyren for fraråding og hvordan rådgiverne konkret går frem når de skal fraråde.<sup>133</sup> I forbindelse med dette gjorde de flere viktige oppdagelser.

En gjennomgang av intervjuene i undersøkelsen viser at de fleste bankene har en svært lik rådgivningsprosess i tilknytning til prosessen vedrørende frarådingsplikten. Med dette menes det at bankene legger den samme informasjonen til grunn for kredittvurderingen som danner grunnlaget for vurderingen av om det foreligger frarådingsplikt (se punkt 5.2).<sup>134</sup> De fleste bankene benytter et dataprogram for å komme frem til kredittlånsøkers betjeningsevner. Nyhus og Hveem forteller i denne sammenheng at mange av forbrukerne selv innser i forbindelse med denne kredittvurderingen at de ikke burde inngå avtale om kredittlån. Videre avdekkes det at samtlige banker har et system som klassifiserer kundene, basert på deres betalingsevne, og plasserer dem i ulike risikogrupper. Listen for hvilke risikoer som skal til for at det frarådes variere derimot fra bank til bank.

En annen viktig oppdagelse undersøkelsen avdekket var at formidlingen av frarådingen ovenfor kredittkundene foretas på svært ulikt vis, fra rådgiver til rådgiver. Det fremgår av undersøkelsen at den skriftlige frarådingen som regel kommer som en standardisert tekst i lånetilbudet, og svært ofte blir den ikke fremlagt for kredittaker før på slutten av låneprosessen, på et tidspunkt da avgjørelsen om å inngå lånet allerede er tatt.

Videre viser undersøkelsen at den muntlige frarådingen praktiseres på ulikt vis, både i forhold til tidspunktet og innholdet av denne. Forskjellene viste seg å være merkbare både fra bank til bank, samt fra rådgiver til rådgiver. Som en følge av at denne gis på bakgrunn av kredittvurderingen av kunden, vil også den muntlige frarådingen komme nokså sent i prosessen, og

---

<sup>132</sup> Artikkelen er skrevet i forbindelse med forskningsprosjektet "Financialization of social welfare. The role of credit and financial counselling for social inclusion and exclusion".

<sup>133</sup> Se Nyhus og Hveem (2013)

<sup>134</sup> Se Nyhus og Hveem (2013)

svært ofte gis den samtidig som den skriftlige. Undersøkelsen viser at innholdet i den muntlige frarådingen kan variere voldsomt. Noen rådgivere forklarer hva grunnlaget for frarådingen er, mens andre nærmest bortforklarer frarådingen med at det er en «formalitet» uten noe egentlig innhold. Dette mener Nyhus og Hveem kan ha sammenheng med kredittgivers egen oppfatning av frarådingsplikten.

Nyhus og Hveem mener at den ulike praktiseringen av frarådingsplikten kan forklares på bakgrunn av kredittgivers egne oppfatninger av plikten, basert på funn fra undersøkelsen sin.<sup>135</sup> På dette punktet varierte svarene fra undersøkelsen, noe som kan bidra med å forklare den svært varierende praktiseringen. Eksempelvis innrømmet en leder som ble intervjuet at plikten svært ofte ble tonet ned, og at man i forbindelse med frarådingen ofte heller la fokus på hvorfor lånet var blitt godkjent, og dysset ned begrunnelsen bak frarådingen. Andre kredittrådgivere uttalte at de anså plikten for å være "teoretisk", "formalistisk" eller "lite logisk". Videre var det flere av kredittgiverne som opplevde at kundene ble svært fornærmet over eventuelle frarådingen. Rådgiverne beskrev dette som en opplevelse av at de uttrykket mistillit ovenfor kundene. Dette gjorde seg spesielt gjeldende blant rådgiverne på mindre steder, som hadde tettere bånd med kundene sine. En studentundersøkelse foretatt i 2011, viser noen litt annerledes funn på dette punktet.<sup>136</sup> I den aktuelle undersøkelsen var det kun to banker som besvarte et elektronisk spørreskjema. På spørsmål om hvordan disse bankene oppfattet frarådingsplikten ble dette besvart med at man ikke anså frarådingsplikten å være en belastning eller hinder for god drift av banken. De anså frarådingsplikten å fungere godt etter sin hensikt på dette punktet.

Avslutningsvis ble det også stilt spørsmål til finansrådgiverne angående hvor hyppig fraråding finner sted etter § 47. Det ble avdekket et stort sprik, da noen svarte at fraråding forekom «sjeldent», mens andre svarte «ofte». Noen svarte med tallfrekvens som varierte fra fem til ti prosent. Det samme spørsmålet stilte Taubøll i sin undersøkelse, som fikk svaret at henholdsvis fem prosent og en prosent ble frarådet fra å ta opp kredittlån.<sup>137</sup> Mange av rådgiverne fortalte også at de oppfatter det slik at reglene om fraråding er blitt strengere, uten at de sa noe om hvorfor.

Nyhus og Hveem avdekker også en del viktige funn i forbindelse med effekten av frarådingsplikten. De færreste av rådgiverne har opplevd at kredittkundene etterlever frarådingen og låneavtale inngås i de aller fleste tilfellene. Tilsvarende svar fikk Taubøll i sin undersøkelse-

---

<sup>135</sup> Se Nyhus og Hveem (2013)

<sup>136</sup> Se Taubøll (2011) s. 57

<sup>137</sup> Se Taubøll (2011) s. 56

se.<sup>138</sup> Rådgiverne antok at dette skyldtes at frarådingen ikke ble oppfattet av forbrukerne, samt at de fleste kundene er overbeviste over at de vil klare å betjene lånet de er i ferd med å ta opp.

### 7.2.2 *Praksis fra Finansklagenemda*

De fleste tvister i tilknytning til frarådingsplikten blir behandlet av finansklagenemda og den tidligere bankklagenemda, noe som gjør det nødvendig å ta for seg denne praksisen i søken på svar om frarådingsplikten fungerer etter sin hensikt. En gjennomgang av praksis fra nemda vil gi et bilde på hvordan regelen praktiseres.

Da det er nemdas praksis vedrørende § 47 som er av interesse, vil det ikke gis noen nærmere oversikt over nemdas totale saksbehandling, men kun praksis vedrørende frarådingsplikten.

De siste årene er det blitt behandlet et betydelig antall tvister vedrørende finansavtaleloven § 47, se tabell<sup>139</sup>:

	<b>2016 (hittil)</b>	<b>2015</b>	<b>2014</b>	<b>2013</b>
<b>Antall saker</b>	5	13	21	11
<b>Saker i forbrukerens favør</b>	0	1	4	1

Av statistikken fremgår det at antall saker er ganske høyt, men at få forbrukere får medhold i sitt fremsatte krav. En mulig forklaring på dette kan være at listen for fraråding ligger nokså høyt. På den andre siden er det lav risiko ved å prøve saken sin for nemda, slik at forbrukerne som velger å ta inn saken sin dit, kan tenkes å ikke ha en særlig god sak, noe som kan være forklaringen bak hvorfor et så lavt antall får medhold av nemda.

Det er i denne sammenheng viktig å påpeke at en gjennomgang av Finansklagenemda sin praksis alene ikke er tilstrekkelig for å besvare spørsmålet om frarådingspliktens effektivitet. I svært mange saker er kunden blitt frarådet, slik at den ikke vil kunne påberope seg manglende fraråding. Saken kommer således ikke inn til nemda. Praksisen vil kun gi svar på om grensen for fraråding går der lovgiver mente den skulle, men vil derimot ikke kunne gi noe videre innsyn i om den frarådingen som faktisk finner sted, skjer på den måten lovgiver så for seg.

---

<sup>138</sup> Se Taubøll (2011) s. 56

<sup>139</sup> Se Finansklagenemdas hjemmeside

### 7.2.3 Analyse og vurdering av frarådingsplikten effektivitet

Det skal nå knyttes noen bemerkninger og tanker til de funnene som ble presentert i det forrige. Den aktuelle problemstillingen vil være hva disse funnene forteller oss om effektiviteten av frarådingsplikten.

Undersøkelsene og praksis fra Finansklagenemda gjør det klart at denne problemstillingen ikke kan besvares på noen enkel måte. Det er derfor nødvendig å nyansere og gå nærmere inn på de ulike tilfellene. Det vil være hensiktsmessig å fordele analysen i to grupper, for det først der fraråding har funnet sted, men kredittavtale er blitt inngått til tross for denne, og for det andre, de tilfellene hvor fraråding ikke har funnet sted overhode.

Flere av funnene gir grunn til å tro at effektiviteten av frarådingsplikten varierer fra tilfelle til tilfelle. Som vi har sett må det foretas en individuell vurdering av den enkelte kredittsøkeren for å kunne fastslå at det foreligger en frarådingsplikt. Som funnene fra undersøkelsene viser, er det mange av kundene som i løpet av denne kredittvurderingsprosessen selv innser at de vil få vanskeligheter med å betjene det aktuelle kredittlånet. På dette grunnlaget taler gode grunner for å si at frarådingsplikten oppfyller sitt tilsiktede mål. Dette kan sies å skje på en litt annen måte enn lovgiver hadde forespeilet, men resultatet er hva man ønsket. Da vurderingen bidrar til at kundene selv innser at de er i ferd med å låne over evne og videre avstår fra dette, kan hovedmålet med frarådingsplikten langt på vei sies å være oppfylt, da man dermed unngår låneopptak kunden senere vil kunne få problemer med å betjene. På den andre siden følger det selvstendig plikt til å kredittvurdere kunden av finansavtaleloven § 46b. Dette innebærer at de kundene som selv innser at de vil være ute av stand til å etterleve sine kontraktsforpliktelser ville innsett dette uavhengig av § 47. På dette punktet kan man således anse frarådingsplikten som overflødig, da man uansett vil unngå disse uheldige kredittlånene.

Et av de mest interessante funnene, som forteller mye om effektiviteten av frarådingsplikten, knytter seg til den skriftlige frarådingen og hvordan denne praktiseres. Rådgiverne opplyser at frarådingen ofte kommer som en standardisert tekst i det endelige lånetilbudet<sup>140</sup>. Standardisert tekst om fraråding bryter imidlertid med hva forarbeidene setter som innholds krav til fraråding.<sup>141</sup> Samtlige undersøkelser viser at de færreste kundene lytter til frarådingen, men velger å ta opp lån til tross for denne. Gode grunner taler for at dette henger sammen med innholdet i den aktuelle frarådingen. En standardisert tekst uten spesiell tilknytning til den aktuelle kredittsøkeren fører antagelig til at få vil anse frarådingen som spesielt myntet på dem. Det-

---

<sup>140</sup> Se Nyhus og Hveem (2013)

<sup>141</sup> Se Ot.prp. nr. 22 (2007-2008) s. 56

te funnet kan tenkes å indikere at bankene egentlig ikke reelt oppfyller den plikten som følger av § 47. Dette kan være en mulig forklaring på hvorfor så få forbrukere etterlever den frarådingen bankene gir.

Undersøkelsene viser også at det er grunn til å vurdere om tidspunktet for frarådingen kan være en årsak til at få kunder velger å etterleve frarådingen. Da denne fremlegges svært sent i låneprosessen taler gode grunner for at beslutningen om å inngå kredittavtale allerede er tatt, og frarådingen således ikke blir like effektiv som den kunne vært om kunden ble frarådet på et tidligere tidspunkt. Forbrukervernet og bevisstgjøring av kunden oppnås således ikke. På tidspunktet fraråding nå finner sted blir kunden fremlagt en hel rekke dokumenter som vedkommende må sette seg inn i. Dette er lite heldig, da det for en uerfaren forbruker vil være vanskelig å skaffe seg oversikt over samtlige dokumenter og innholdet i disse.

Funnene gjort i relasjon til den muntlige frarådingsplikten taler for at frarådingspliktens effektivitet varierer fra tilfelle til tilfelle. Som de ulike undersøkelsene viser, praktiseres denne svært ulikt, noe som gjør det vanskelig å si noe generelt om effektiviteten. Noen rådgivere uttaler at de opplever at kundene oppfatter innholdet av frarådingen godt og vurderte låneopptaket på denne bakgrunnen. Så langt kan man si at frarådingsplikten fungerer etter sin hensikt, da disse kundene blir bevisstgjort. På den andre siden er det noen rådgiverne som sier frarådingen legges frem som en "formalitet" og at de heller fokuserer på hvorfor lånet er blitt innvilget. Dette er kritikkverdig og gir grunn til å tro at frarådingen fungerer svært lite effektivt i disse tilfellene. Da fraråding har funnet sted uten at kundene oppfatter betydningen av dette vil en slik fraråding være ineffektiv ved at mulige uheldige låneopptak finner sted og samtidig fratras kundene mulighet til senere å få lånet lempet. En kan spørre om dette er uheldig, eller om det er grenser for hvor langt man skal dra forbrukervernet. En kan på mange måter si at slik frarådingen nå praktiseres, fungerer den på mange måter som en forskyvning av risiko, fra finansinstitusjonene og over på forbrukeren.<sup>142</sup> Dette kan være et holdepunkt for å si at bankene formelt oppfyller sin plikt til å fraråde, men at plikten ikke reelt er oppfylt. Dermed fungerer plikten mot sin hensikt ved at den egentlig beskytter banken og ikke kunden, da bevisstema i ettertid vil være svært vanskelig for kundene.

Finansrådgivernes uttalelser om arbeidsmengden rundt frarådingsplikten er verdt å merke seg, da disse uttalte at de ikke anså frarådingsplikten som hemmende for den daglige driften, noe som kan gi inntrykk av at lovgivers avveining mellom disse hensynene kanskje kan ha vært litt moderat.

---

<sup>142</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 167

I undersøkelsene ble det også stilt spørsmål om sammenhengen mellom frarådede kunder og mislighold av kredittlån. De fleste av rådgiverne sa at det var en lav sammenheng mellom disse to, noe som taler for at frarådingsplikten kanskje ikke er av stor praktisk viktighet. Dette er spesielt interessant da de fleste kundene som blir frarådet likevel velger å ta opp kredittlån. Det faktum at få av disse senere misligholder sine låneforpliktelser kan gi inntrykk av at fraråding ikke er av særlig viktighet.

På bakgrunnen av denne analysen kan vi si at frarådingsplikten til dels oppfyller sin tiltenkte hensikt, men at gode grunner taler for at visse endringer ville gjøre regelen vesentlig mer effektivt.

## **8 Forslag til effektivisering av frarådingsplikten**

### **8.1 Generelt**

Da banklovkommisjonens mindretall foreslo en egen bestemmelse om frarådingsplikt mente de dette var nødvendig for å sikre at man unngikk uheldige låneopptak. Slik vi har sett i det forrige, er det mye som tyder på at en slik regel kan være hensiktsmessig, da det ligger viktige hensyn bak regelen, men at det er rom for forbedring av gjeldende rett. Regelen praktiseres i dag på en måte hvor forbrukeren ikke oppfatter innholdet i frarådingen, og de legislative hensynene ivaretas ikke så godt som det synes mulig. Dette fører til at regelen til dels fungerer som et vern for kredittgiver. Nedenfor er temaet hvilke tiltak som kan tenkes å bedre effekten av fraråding slik at man unngår denne og andre uheldige følger. Da praksis vedrørende § 47 gir lite grunnlag for å si noe om lempningsregelen i tredje ledd fungerer etter sin hensikt, vil dette ikke bli nærmere behandlet i det neste.

### **8.2 Mulige endringer i § 47**

Analysen av funnene fra undersøkelsene som det er redegjort for under punkt 7.2.2, taler for at bedre saksbehandlingsregler i forbindelse med frarådingsplikten ville øke effekten av den frarådingen som finner sted. Mye tyder som nevnt på at uheldige regler om saksbehandlingen under frarådingen påvirker kundene i deres beslutning om å inngå kredittavtale.<sup>143</sup> I det neste vil vi se til hvilke endringer i den nåværende frarådingsplikten som vil kunne motvirke dette.

Funnene fra undersøkelsene som er blitt gjennomgått ovenfor tilsier tidspunktet for frarådingen etter nåværende rett utgjør mye av grunnen for at frarådingsplikten ikke fungerer slik man

---

<sup>143</sup> Se Hagstrøm (2010) s. 62

ønsker. Finansavtaleloven § 47 sier kun at fraråding må skje før inngåelse av kredittavtale. Et aktuelt tiltak for å effektivisere frarådingen ville være å flytte tidspunktet for fraråding, for å sikre at kundene har tilstrekkelig tid til å sette seg inn i hva en slik fraråding innebærer. Det går eksempelvis an å innføre en frist for fraråding, at denne må skje to uker, alternativt oppstille et krav til "tilstrekkelig betenkningstid", før bindende kredittavtale foreligger. En slik regel ville ikke være noe mer kostandstyngende enn hva frarådingsplikten allerede er, samtidig som kundene ville få klare signaler om at betenkningstiden skal benyttes til å overveie den aktuelle frarådingsplikten tilstrekkelig. Dette ville også bli ytterligere forsterket om kredittgiver var pålagt å opplyse om hvorfor det finner sted en betenkningstid.

På den andre siden vil dette føre til en mindre effektivitet i forbindelse med innvilgelse av kredittlån, da prosessen vil ta lenger tid med slike krav. Dette var noe man ønsket å unngå ved vedtakelsen av § 47.<sup>144</sup> På den andre siden vil kun de lån som det kan knyttes overhengende betenkninger til bli rammet av en slik frist, og en slik regel vil således ikke legge en veldig stor demper på finansinstitusjonenes daglige virksomhet knyttet til kredittlån avtaler.

Videre kan det tenkes at saksbehandlingsregler med strengere krav til innhold i frarådingen ville gjøre at flere kunder oppfattet realiteten av denne bedre. Undersøkelsene gjennomgått i punkt 7.2.2 avdekket at kredittgiver bruker tid både på å begrunne frarådingen, samt å begrunne hvorfor det i visse tilfeller ikke frarådes. Samtidig var det ingen av rådgiverne som oppfattet dette som tidskrevende eller som et hinder for å utføre jobben sin effektivt. Dette taler for at ytterligere krav til en begrunnelse, som kan hjelpe kredittkundene i å oppfatte betydningen av fraråding som gis, ikke ville hindre finansinstitusjonene i noen særlig grad i å drive effektiv drift og opprettholde en sunn økonomi.

Strengere krav til den muntlige frarådingen er enda et virkemiddel som ville gjøre effektiviteten av frarådingen bedre. Viggo Hagstrøm har reist spørsmålsteget ved den skriftlige frarådingsplikten og peker på at plikten med stor fordel heller burde gjøres i muntlig form.<sup>145</sup>

I sin begrunnelse for dette viser han til at loven stiller krav til at omfattende informasjon skal med i den skriftlige frarådingen og mener dette er uheldig, da de kundene som har krav på fraråding ofte er de som er minst tilbøyelige til å sette seg inn i den informasjonen som følger av den skriftlige frarådingen.

---

<sup>144</sup> Se NOU 1994: 19 s. 12

<sup>145</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 165



Det kan late til at Hagstrøm, med rette, mener at det burde legges mer vekt på en grundig muntlig fraråding, slik at man er sikker på at kundene oppfatter betydningen av frarådingen. Det kan stilles spørsmål ved om dette er en god løsning, både basert på uttalelsene fra de intervjuede rådgiverne, samt på grunn av hensynet til bevis og dokumentasjon. Det vil lett oppstå tvil om hvilken fraråding som er gitt og mangel på dokumentasjon kan føre til øket antall tvister i etterkant av avtaleinngåelse. På en annen side vil en grundig muntlig fraråding forhåpentligvis føre til at usikre lån unngås, slik at man ikke kommer opp i tvist på et senere tidspunkt. Med andre ord vil en sikker, grundig muntlig fraråding kunne virke godt preventivt. En klar svakhet ved muntlige råd er imidlertid at det blir svært vanskelig i ettertid å avklare om det faktisk ble gitt fraråding, hvordan og frarådingens innhold.

Som vi ser er det ulike aktuelle tiltak i tilknytning til den nåværende frarådingsplikten som antagelig ville bidra til bedre å ivareta de legislative hensynene bak regelen. Gode grunner taler for at hvert av disse tiltakene vil være effektive, både individuelt og i samspill med hverandre.

### 8.3 "God bankskikk" - aktuelle endringer eller etablering av et lovfestet krav til god forretningsskikk

Flertallet i banklovkommissjonen uttalte i forarbeidene at de anså en selvstendig frarådingsplikt som overflødig og at den i visse tilfeller ville kunne virke negativ.<sup>146</sup> Mye tyder på at flertallet hadde rett i sine antagelser, jf. punkt 7.2.2, hvor flere av funnene tilsier at frarådingsplikten ikke virker helt som ønsket. På en annen side kan det hevdes at mindretallet hadde rett i at visse lovpålagte plikter er et godt verktøy for å sikre at viktige hensyn ivaretas, ettersom det kan hevdes at bestemmelsen kan ha en positiv funksjon.

Man kan stille spørsmål ved om andre plikter eller regler vil kunne ivareta de samme legislative hensynene på en bedre måte. Et alternativ som kan tenkes kan være å oppstille et krav til "god forretningsskikk" eller "god bankskikk". En lovfesting, hvis slik norm kan påvises, vil kunne ha en positiv funksjon for å fremheve innholdet i en slik regel.

§47 synes ikke helt å fremme sitt formål, ettersom få av forbrukerne velger å rette seg etter frarådingen og at mange ikke oppfatter eller forstår innholdet av denne. Dette utgjør en stor svakhet knyttet til reglene om frarådingsplikt. I noen tilfeller unngår man ikke uheldige låneopptak, og når således ikke målet med fraråding. En uheldig virkning av regelen er at finansinstitusjonene i henhold til dokumentasjon kan anføre at lovens krav er oppfylt. Bankene an-

---

<sup>146</sup> Se NOU 1994: 19 s. 53

ses å ha gitt tilstrekkelig informasjon og således har gjort det som er påkrevd av dem, uten at de legislative hensynene bak reglene oppfylles.<sup>147</sup> Det er på denne måten en mer generell regel, vil kunne tenkes å regulere flere ulike typetilfeller og vil være fordelaktig.

Rettslige standarder har på flere andre rettsområdet blitt brukt i stor utstrekning. Disse finner vi lovfestet i en rekke bestemmelser spredt i lovgivningen, og det kan også hevdes at en slik plikt på noen området gjelder på ulovfestet grunnlag. Det kan nevnes at Finansbankklagenemda i flere uttalelser vært vist til "god bankskikk". Det er usikkert om det i norsk rett foreligger et ulovfestet krav til norsk bankskikk, men man kan spørre seg om det ville være hensiktsmessig å innføre en slik standard. Rettslige standarder har på flere andre rettsområdet vist seg å være hensiktsmessig. Det er usikkert om det i norsk rett foreligger et ulovfestet krav til norsk bankskikk

Avtaleloven §36 er en lempings- og ugyldighetsregel som viser til den rettslige standarden "god forretningsskikk" når det skal vurderes om bestemmelsen kommer til anvendelse på en konkret avtale. "God forretningsskikk" som § 36 viser til, kan antas i stor grad å samsvare med det som følger av eventuelle krav til "god bankskikk". I de tilfellene hvor en avtalepart ikke har handlet i tråd med "god forretningsskikk" vil avtalen således kunne kjøennes ugyldig eller endres, såfremt dette finnes "rimelig". Det samme kan tenkes å gjelde en finansinstitusjon som ikke har handlet i tråd med god bankskikk.

I det neste vil spørsmålet være om det ville være hensiktsmessig å erstatte den någjeldende regelen om frarådingsplikt med en mer generell plikt "god bankskikk", eventuelt "god forretningsskikk". Som nevnt er det tvilsomt om det finnes et ulovfestet regel om "god bankskikk", men om det skulle vise seg at man har en slik regel, kan man stille spørsmålstejn ved om det er nødvendig eller hensiktsmessig å lovfeste denne.

Det kan være vanskelige å fastslå innholdet av rettslige standarder, og om en frarådingsplikt inngår i denne. Et slik krav vil nødvendigvis måtte følge av standarden, hvis man skal klare å ivareta de aktuelle hensynene.

Problematikken ved å oppstille en generell regel til "god bankskikk" eller "god forretningsskikk" fremfor en særregel om frarådingsplikt, vil hovedsakelig være av bevismessig art. Det følger av praksis følger det at den store hovedregelen er at bevisbyrden for om rådgivningen har vært god hovedsakelig ligger hos finansinstitusjonene, jf. "Fearnley Fonds".<sup>148</sup> Det vil

---

<sup>147</sup> Se Hagstrøm (2003) s. 165

<sup>148</sup> Se Rt. 2003 s. 400

kunne kreve mye arbeid for bankene å skulle sikre all informasjon i tilfelle eventuelle tvister. På en annen side følger slike beviskrav allerede av regelen om frarådingsplikt, slik at hensynet til effektiv drift ikke ville bli noe særlig mindre belastet enn etter gjeldende rett.

Rettslige standarder har den fordelen at innholdet av regelen hele tiden vil være betinget av samfunnet den praktiseres i. Dette taler for at en norm om "god bankskikk" vil være en god løsning, da den hele tiden vil utvikle seg i tråd med samfunnet. Dette betyr at frarådingspliktens innhold kan endres etter hvert som markedet og utvikling tilsier at normen burde endres. På den andre siden viser funnene fra undersøkelsene at saksbehandlingen vedrørende fraråding burde ha ganske strenge krav, som kan tenkes vanskelig å sikre gjennom en slik norm.

Til forskjell fra § 47 ville en regel om "god bankskikk" være mer generell, noe som ville gjort at kravene til den individuelle frarådingen ville bli mer personavhengig. I stedet for en regel som oppstiller at på visse vilkår vil en bestemt rettsvirkning inntreffe, vil en god bankskikk-norm kreve at rådgiveren heller ville måttet se an den enkelte kunden og på dette grunnlaget vurdere hvor klar fraråding det enkelte tilfelle påkrever. På denne måten ville realiteten av hver fraråding bli bedre formidlet og kanskje flere kunder ville vurdert å inngå kredittavtale med enda større varsomhet.

Dette taler for at de legislative hensynene bak frarådingsplikten ville kunne bli ivaretatt gjennom en norm om "god bankskikk". En forutsetning for dette ville være at en slik norm inkluderer en plikt til å fraråde i de tilfellene hvor dette er påkrevd.

## Litteraturliste

### Norske lover

Finansavtaleloven finansoppdrag	Lov av 25.06.1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag
Avtaleloven	Lov av 31.05.1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
Finansieringsvirksomhetsloven	Lov av 10.06.1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner
Forbrukerkjøpsloven	Lov av 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp
Kredittkjøpsloven	Lov av 21. juni 1985 nr. 82 om kredittkjøp (Opphevet)
Skatteloven	Lov av 26.03.1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt
Finansforetaksloven	Lov av 10.04.2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern

### Forarbeider

NOU 1994: 19	NOU 1994: 19 om Finansavtaler og finansoppdrag
NOU 2007: 5	NOU 2007: 5 om Frarådningsplikt i kredittkjøp
NOU 2009: 11	NOU 2009: 11 om Kredittavtaler

Ot. prp. nr. 22 (2007-2008)

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

Ot. prp. nr. 41 (1998-1999)

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

Prop. L 65 (2009-2010)

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

Innst. O. nr. 84 (1998-1999)

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

## Direktiver

EU Dir. 2008/48/EF

EU Dir. 2008/48/EF "*Forbrukerkredittdirektivet*"

## Litteratur

Hov (2002)

Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet: Kontraktsrett 1*, 3. utgave, 2002

Hagstrøm/Aarbakke (2003)

Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*, 2003

Sejersted, Arnesen mf. (2004)

Fredrik Sejersted, Finn Arnesen mf., *EØS-rett*, 2. utgave, 2004

Hansen (2005)

Hansen, Bjørn Eirik, *Finansinstitusjonenes frarådningssplikt – noen utviklingslinjer*, *Tidsskrift for forretningsjus*, 2005, side 234-259.

Andenæs (2009)

Andenæs "Rettskildelære", 2. utgave, 2009

Engh (2009)

Jone Engh, *Finansrådgivers ansvar og plikter*, 2009

- Hagstrøm (2009) Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett 2. utgave*, 2009
- Hagstrøm (2010) Viggo Hagstrøm, *Bankens ansvar for finansiell rådgivning, særlig ved formidling av spareprodukter til forbrukere*, i Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år, 2010
- Taubøll (2011) Henrik Rudene Taubøll, *Kredittgivers frarådningsplikt etter finansavtaleloven §47*, Masteroppgave Universitet i Oslo, 2011
- Grøttjord og Rosén (2013) Børge Grøttjord og Karl Rosén, *Finansavtaleloven med kommentarer*, 2013
- Nyhus og Hveem (2013) Ellen K Nyhus og Dag Jørgen Hveem, *Frarådningsplikten: Til bankens eller forbrukerens beste?* Praktisk økonomi og finans, s. 53 - 65
- Zimmer (2014) Fredrik Zimmer, *Lærebok I Skatterett*, 7. utgave, 2014
- Krüger (2015) Kai Krüger, *Rettsdatanoter til finansavtaleloven*, 2015

### **Rapporter og diverse**

Finanstilsynet finansielle utviklings-  
trekk (2015)

Finanstilsynets boligundersøkelsen (2015)

Saksbehandlingsreglene for Finansklagenemnda av 21. januar 2011

Avtale for Finansklagenemnda

### **Rettsavgjørelser**

Høyesterettspraksis

Rt. 1959 s. 1048

Rt, 1965 s. 1159

Rt. 1984 s. 248

Rt. 2003 s. 400

Rt. 2003 s. 1252

Rt. 2004 s. 156

Underrettspraksis

LE-2003-05641

RG-2003-400

Nemdspraksis

BKN-2002-024

BKN-2003-108

BKN-2003-140

BKN-2004-066

BKN-2009-10

BKN-2010-051

BKN-2010-067

BKN-2010-076

BKN-2010-096

BKN-2010-098

BKN-2010-131

FinKN-2011-274

FinKN-2011-420

FinKN-2011-640

FinKN-2012-616

FinKN-2013-396

FinKN-2014-154

FinKN-2016-097

FinKN-2016-098

