

# **Bankenes frarådningsplikt overfor låntakere – blir formålet oppfylt?**

av Stine Eliassen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap  
Ved Universitetet i Tromsø  
Det juridiske fakultet  
Våren 2009

## Innholdsfortegnelse

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1. Innledning</b>  | <b>5</b>  |
| 1.1 <i>Bakgrunn og aktualitet</i>   | 5         |
| 1.2 <i>Metode og rettskildebilde</i>                                      | 6         |
| 1.2.1 Rettskildebilde/materialet  | 6         |
| 1.2.2 Metodiske utfordringer  | 7         |
| 1.3 <i>Gangen videre</i>  | 7         |
| <br>  |           |
| <b>2. Frarådningsplikts forhistorie</b>                                   | <b>8</b>  |
| 2.1 <i>Ulovfestet frarådningsplikt</i>                                    | 8         |
| 2.1.1 Frarådningsplikten etter avtaleloven                                | 8         |
| 2.1.2 Frarådningsplikten etter de ulovfestede regler om lojalitetsplikt   | 10        |
| 2.1.3 Prinsippet om "god bankskikk"                                       | 11        |
| 2.1.4 Terskelen for frarådningsplikt etter ulovfestet rett                | 11        |
| 2.1.5 Rettsvirkningene av manglende frarådning etter ulovfestet rett      | 12        |
| 2.2 <i>Lovfesting av frarådningsplikten</i>                               | 12        |
| 2.2.1 Bakgrunn for lovfestingen   | 12        |
| 2.2.2 Lovgivningsprosessen  | 13        |
| 2.2.3 Er finansavtaleloven § 47 kodifisering av tidligere gjeldende rett? | 14        |
| 2.3 <i>Frarådningsplikts formål</i>                                       | 15        |
| 2.3.1 Prevensjonshensynet   | 15        |
| 2.3.2 Finansinstitusjonen som den profesjonelle part                      | 16        |
| 2.3.3 Sidevirkninger  | 16        |
| 2.3.4 Formålet med lempingsregelen  | 16        |
| <br>  |           |
| <b>3. Frarådningsplikts nærmere innhold</b>                               | <b>17</b> |
| 3.1 <i>Noen utgangspunkter</i>  | 17        |
| 3.2 <i>Hvem omfattes av frarådningsplikten?</i>                           | 18        |

|           |  |           |
|-----------|--|-----------|
| 3.2.1     | Finansavtalelovens långiver-begrep                         | 18        |
| 3.2.2     | Finansavtalelovens forbruker-begrep                        | 18        |
| 3.3       | <i>Avtaletypen</i>   | 20        |
| 3.4       | <i>Frarådningsplikts beslutningsgrunnlag</i>               | 20        |
| 3.4.1     | Frarådningsplikt på bakgrunn av manglende økonomisk evne   | 20        |
| 3.4.1.1   | Hvilken informasjon skal legges til grunn?                 | 21        |
| 3.4.1.2   | Vurdering av informasjonen                                 | 22        |
| 3.4.2     | Frarådning på bakgrunn av andre forhold                    | 23        |
| 3.4.3     | Tidspunkt for vurderingen                                  | 25        |
| 3.5       | <i>Terskelen for frarådningsplikt</i>                      | 25        |
| 3.5.1     | "Må anta" – Aktsomhetsvurderingen                          | 25        |
| 3.5.1.1   | Låntakers opplysningsplikt                                 | 26        |
| 3.5.1.2   | Långivers undersøkelsesplikt                               | 26        |
| 3.5.1.3   | Taushetsbelagte opplysninger                               | 27        |
| 3.5.2     | Alvorlighetskravet   | 27        |
| 3.6       | <i>Skjæringstidspunkt – Når inntreer frarådningsplikt?</i> | 28        |
| 3.7       | <i>Rettsvirkningene av manglende frarådning – lemping</i>  | 28        |
| 3.7.1     | Rimelighetsvurderingen                                     | 29        |
| 3.7.2     | Lempingen  | 29        |
| 3.7.3     | Forholdet til krav om erstatning                           | 30        |
| <b>4.</b> | <b>Frarådningsplikten i praksis</b>                        | <b>30</b> |
| 4.1       | <i>Praktiseringen av frarådningsplikten</i>                | 31        |
| 4.1.1     | Kredittilsynets undersøkelser                              | 31        |
| 4.1.1.1   | Gjennomføringen av undersøkelsene                          | 32        |
| 4.1.1.2   | Resultatet av undersøkelsene                               | 32        |
| 4.1.2     | Egne undersøkelser   | 33        |
| 4.1.2.1   | Første spørsmål: Antall frarådningstilfeller               | 33        |
| 4.1.2.2   | Annet spørsmål: Opptak av lån til tross for frarådning     | 34        |
| 4.1.2.3   | Tredje spørsmål: Omfanget av mislighold                    | 34        |
| 4.1.2.4   | Fjerde spørsmål: Selve frarådningsplikt                    | 34        |

|   |           |
|---|-----------|
| 4.1.3 Oppsummering  | 34        |
| 4.2 Brudd på frarådningsplikten – Bankklagenemndas praksis            | 35        |
| <b>5. Har frarådningsplikten oppfylt sitt formål?</b>                 | <b>36</b> |
| 5.1 Frarådningspliktens betydning for kredittvurderingen              | 36        |
| 5.2 Er et økt forbrukervern oppnådd ved lovfestingen?                 | 37        |
| 5.3 Tjener frarådningsplikten som en ansvarsfraskrivelse for bankene? | 38        |
| 5.4 Har frarådningsplikten virket konfliktskapende?                   | 38        |
| 5.5 Har frarådningsplikten hindret uheldige låneopptak?               | 38        |
| <b>6. Rettspolitisk vurdering av frarådningsplikten</b>               | <b>39</b> |
| 6.1 Årsaker til at bestemmelsen ikke har oppfylt sitt formål          | 40        |
| 6.2 Forslag til tiltak for å effektivisere frarådningsplikten         | 40        |
| <b>7. Litteraturliste</b>   | <b>42</b> |

# 1. Innledning

## 1.1 Bakgrunn og aktualitet

Lov om finansavtaler og finansoppdrag, heretter kalt finansavtaleloven, trådte i kraft 1. juli 2000. <sup>1</sup> Bakgrunnen for finansavtaleloven var først og fremst behovet for å skape en klarere og mer oversiktlig rettstilstand. Bruken av finanstjenester hadde på dette tidspunkt økt kraftig, samtidig som antall klagesaker gikk opp.<sup>2</sup>

Det fremgår av Justiskomiteens merknader at man ved den nye loven ønsket å sette forbrukeren i sentrum, da forbrukeren ofte er den svake part i slike sammenhenger. Dette ble blant annet illustrert gjennom fremveksten av standardkontrakter, der vilkår og premisser blir lagt av finansinstitusjonen.<sup>3</sup>

Forbrukerhensynet har ved utformingen av finansavtaleloven fått stor, men ikke ensidig vekt. Hensynet til forbrukeren er veid opp mot hensynet til en effektiv drift hos finansinstitusjonene, og Banklovkommisjonen har søkt å utforme loven slik at den fremstår rimelig for begge parter.<sup>4</sup>

I tillegg til klargjøring av rettstilstand og økt fokus på forbrukervern, har det oppstått et behov for regler som sikrer effektiv konkurranse. Dette behovet har bakgrunn i større konkurranse på markedet og mer internasjonalisering.<sup>5</sup>

I finansavtaleloven § 47 fastslås det at en finansinstitusjon har plikt til å fraråde forbruker låneopptak i visse tilfeller. Dersom denne plikten ikke overholdes, kan det medføre at låntakers forpliktelser ovenfor långiver lempes helt eller delvis.

Bestemmelsen lyder slik:

### *§ 47. Plikt til å fraråde*

*Dersom långiveren før låneavtale inngås med en forbruker <sup>1</sup> eller lånet utbetales til denne, må anta at økonomisk evne eller andre forhold på låntakerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet, skal långiveren skriftlig <sup>2</sup> underrette låntakeren om dette. <sup>3</sup> Gjør långiveren ikke det, kan låntakerens forpliktelser lempes for så vidt dette finnes rimelig.*

Problemstillingen knyttet til frarådningsplikten kan illustreres som følgende:

Peder Ås søker et lån på til sammen kr 2 mill for å finansiere et boligkjøp. Ås har et vikariat på et sykehus med en lønnsinntekt på kr 430.000,-, og stiller med sin mor som kausjonist for lånet. Moren er uførepensjonist med en inntekt (pensjon) på cirka kr 98.000,-. Etter en kredittvurdering fra lånegivers side, får Peder Ås et lånetilbud pålydende beløpet han søkte på.

---

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

<sup>2</sup> Se Innst.O.Nr 84 (1998-1999). Innstilling fra justiskomiteen. Innstillingens punkt 3.

<sup>3</sup> Se fotnote nr 2.

<sup>4</sup> Se NOU 1994:19 kapittel 2 om kommisjonens mandat, side 24-26.

<sup>5</sup> Se Innst.O.Nr. 84 (1998-1999). Innstilling fra justiskomiteen, se innstillingens punkt 3 om komiteens merknader.

I tilbudsbrevet står det imidlertid noen setninger om at banken fraråder Peder Ås til å ta opp lånet, da lønnsinntekten i forhold til lånets størrelse innebærer at finansavtaleloven § 47 kommer til anvendelse.

Realiteten i dette tilfellet er at banken gir låntaker et tilbud, men fraråder låntaker til å benytte seg av tilbudet. Låntaker får således et motstridende signal fra banken hvor tilbudet fremstår som en blanding av innvilgelse og avslag. Meningen er at man ved denne frarådningsanmodningen anmoder låntakeren om å tenke seg ekstra nøye om før lånetilbudet aksepteres.

Det overordnede formål med finansavtaleloven § 47 er å hindre at forbrukere foretar uforsvarlige låneopptak.<sup>6</sup> Norge har frem til noen år tilbake opplevd flere år med økonomisk medgangstid. Renten har vært historisk lav og boligmarkedet har gått av seg selv, med en påfølgende finanskrisen. I en slik medgangstid med stort kjøpepress for forbrukerne, er det desto viktigere at frarådningsplikten praktiseres slik den skal.

Formålet med denne avhandlingen er derfor å vurdere hvorvidt bestemmelsen har oppfylt sitt formål.

## 1.2 Metode og rettskildebilde

### 1.2.1 Rettskildebilde/materialet

I og med at finansavtaleloven § 47 er et resultat av Banklovkomisjonens mindretallsforslag, er det merknadene til dette forslaget som hovedsakelig gir veiledning til forståelsen av, og bakgrunnen for bestemmelsen. Merknadene følger av lovforslagets forarbeider.<sup>7</sup> Det følger videre av forarbeidene hvem Banklovkomisjonens mindretall består av.<sup>8</sup>

Høyesterett har så langt ikke tatt stilling til selve innholdet av frarådningsplikten og det foreligger ingen dommer fra Høyesterett om frarådningsplikten fra lånesaker etter finansavtaleloven trådte i kraft. Bestemmelsen er imidlertid omhandlet i Rt 2003 side 1252, samt noe underrettspraksis.

Det sentrale tvisteløsningsorgan i denne sammenheng er Bankklagenemnda. Bankklagenemnda ble etablert 1. oktober 1988 ved en avtale mellom Finansnæringens Hovedorganisasjon, Sparebankforeningen, Finansieringsselskapenes Forening, Verdipapirfondenes Forening og Forbrukerrådet. Nemnda kan behandle tvister som springer ut av kontraktsforhold mellom forbruker og finansinstitusjon, og behandlingen i nemnda skjer hovedsakelig på grunnlag av klage fra forbruker. Nemnda har ingen domsmyndighet, men avgir rådgivende uttalelser.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Se NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag. Kapittel 8 side 54.

<sup>7</sup> Se NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag, kapittel 8.

<sup>8</sup> Se NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag, side 54.

<sup>9</sup> Se NOU 2002:14 Finansforetakenes virksomhet, punkt 4.3 side 31-32.

Det foreligger flere uttalelser fra Bankklagenemnda hvor bankenes frarådningsplikt er blitt behandlet og disse vil få stor vekt i avhandlingen for å belyse hvordan bestemmelsen har blitt praktisert.

Da problemstillingen i avhandlingen er hvorvidt bestemmelsen har oppfylt sitt formål, vil lovens forarbeider og egne undersøkelser stå sentralt rettskildemessig på grunn av mangel på andre rettskilder.

## 1.2.2 Metodiske utfordringer

Store deler av avhandlingen vil omfatte behandling av nemndpraksis og egne undersøkelser, hvilket ikke er opplagte juridiske rettskilder.

Bankklagenemnda har som tidligere nevnt ingen domsmyndighet og kan således ikke avsi bindende uttalelser. Etterlevelsescraten har imidlertid vært høy over tid.<sup>10</sup> At avgjørelsene respekteres i høy grad, kan ha flere grunner. For det første kan bankenes aksept skyldes at man er tilstrekkelig overbevist over uttalelsen. Videre viser bankene en viss lojalitet ovenfor nemndsystemet, hvilket er en forutsetning for at systemet skal fungere. I tillegg er behandlingen enkel og kostnadsfri, hvor uttalelsen avsies hurtig.<sup>11</sup>

Av hensyn til den høye etterlevelsescraten og mangel på rettskilder ellers, må nemndas praksis få vekt til tross for at uttalelsene i seg selv ikke har bindende virkning. I tillegg vil det faktum at nemnda er tildelt kompetansen som tvisteløsningsorgan i seg selv tale for å gi dens praksis vekt.

Når det gjelder de undersøkelser som er foretatt for å belyse praktiseringen av frarådningsplikten, er den gjort hos tre store banker i Nord-Norge. Til sammen ti rådgivere har blitt intervjuet, og alle rådgivere fikk presentert spørsmålene på forhånd. Resultatet av undersøkelsene vil presenteres anonymt i avhandlingens del 4.

## 1.3 Gangen videre

Utgangspunktet for avhandlingens drøftelse er ordlyden i finansavtaleloven § 47 sammenholdt med praksis. Det avgrenses dermed mot frarådningsplikten ovenfor kausjonister etter finansavtaleloven § 60.

Først vil jeg gjøre rede for bestemmelsens bakgrunn og formål, deretter det nærmere innhold av frarådningsplikten. Hovedvekten vil imidlertid ligge på en vurdering av hvorvidt bestemmelsen har oppfylt sitt formål belyst ut fra praksis. Avslutningsvis vil jeg gjøre en rettspolitisk vurdering av bestemmelsen.

---

<sup>10</sup>Hansen, Bjørn Erik: "Finansinstitusjoners frarådningsplikt noen utviklingslinjer." Publisert i Tidsskrift for Forretningsjuss – 2005- nr 02, side 240 fotnote 17.

<sup>11</sup> Se Hagstrøm Viggo: "Obligasjonsrett". Utgitt av Universitetsforlaget 2003. 3.utgave, side 57 flg.

## 2. Frarådningspliktens forhistorie

### 2.1 Ulovfestet frarådningsplikt

Et klart utgangspunkt innenfor kontraktsretten er prinsippet om privat autonomi, det vil si kompetansen til å binde seg selv. Videre er det klart at inngåtte avtaler skal holdes av hensyn til forutberegnelighet og kontraktssikkerhet.

Før bestemmelsen om frarådningsplikt trådte i kraft, ble det utviklet en frarådningsplikt for långiver på ulovfestet grunnlag. Begrunnelsen for en slik ulovfestet regel er prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold og regulering av styrkeforholdet mellom kontraktspartene.<sup>12</sup> På bakgrunn av dette kunne en låneavtale helt eller delvis ugyldiggjøres på ulovfestet grunnlag, hvilket strider i mot prinsippet om at avtaler skal holdes.

Den ulovfestede frarådningsplikten kan enten påberopes etter avtalelovens regler eller etter de ulovfestede rettsregler om lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Det må imidlertid påpekes at reglene henger sammen og på mange måter flyter i hverandre, slik at de sjelden kan skilles klart fra hverandre slik de vil bli gjort i følgende fremstilling.

#### 2.1.1 Frarådningsplikt etter avtaleloven

Det fremgår av forarbeidene at det eksisterer en frarådningsplikt etter avtaleloven §§ 30, 33 og 36, hvor meningen var at frarådningsplikten etter finansavtaleloven skulle være en kodifisering av det som følger av avtalelovens bestemmelser.<sup>13</sup>

Reglene bygger på et prinsipp om redelighet og god tro som tilsier at banken har en plikt til å si i fra. Banken er i kontraktsforholdet å anse som den profesjonelle part og må forutsettes å ha kunnskaper og erfaringer på dette området. Formålet med ugyldighetsbestemmelsene er således å beskytte den svake avtalepart mot at avtalefriheten misbrukes.

Avtaleloven § 30, også omtalt som svikregelen da den rammer avtaler oppstått ved svik, har liten praktisk betydning i denne sammenheng. Årsaken er at det ved innføringen av avtaleloven § 33, var ment å være uttømmende i forhold til lovens ugyldighetsgrunner. Anvendelsesområdet til § 30 faller dermed innenfor § 33, og vil derfor ikke bli nærmere behandlet i denne avhandlingen.

Avtaleloven § 33 er læren om uriktige forutsetninger, hvor meningen er at bestemmelsen skal virke preventivt. Dersom det foreligger en mangel ved løftegivers vilje, her låntaker, som gjør det uredelig av løftemottaker å gjøre løftet gjeldende etter sitt innhold, kan avtalen kjennes ugyldig. Med mangel i denne sammenheng siktes det til "omstendigheter som forelå".

Det avgjørende for vurderingen av om avtaleloven § 33 kan komme til anvendelse, er hvorvidt det er noe i veien med måten avtalen har blitt til på. Videre er det et krav at

---

<sup>12</sup> Se NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag, side 54.

<sup>13</sup> Se NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54.



løftemottaker er klar over omstendigheten, og unnlater å gjøre den andre part oppmerksom på dette.

I dette tilfellet vil det gjelde dersom en låntaker eksempelvis ikke er klar over at han låner over egen evne, og banken unnlater å gjøre han oppmerksom på dette.

I praksis har avtaleloven § 33 ved flere anledninger blitt påberopt som grunnlag for ugyldighet, se eksempelvis Rt.1959 side 1048 og Rt.1984 side 28 ("Tromsø Sparebankdommen").

Avtaleloven § 36 må også antas og hatt betydning for den ulovfestede frarådningsplikten. Etter avtaleloven § 36 kan en avtale helt eller delvis settes til side dersom det vil virke urimelig eller være i strid med "god forretningsskikk" å gjøre den gjeldende. Den går lenger enn § 33 da den ikke bare kan påberopes på grunn av omstendigheter ved avtaleinngåelsen, men også hvis senere inntrådte forhold har gjort den urimelig. I tillegg er den ulik § 33 på den måten at bestemmelsen ikke stiller krav om at långiver må være i god tro.

I en dom fra Gulating lagmannsrett hadde en låntaker flyttet et boliglån på kr 1,5 mill til en annen bank og senere fått innvilget et lån på kr 500.000,- til kjøp av fondsandeler. Deretter fikk han innvilget kr 500.000,- til kjøp av ny boligeiendom. Han ønsket lånet lempet, men fikk ikke medhold. Da vedkommende ikke fikk medhold, var det begrunnet med at han visste hva han gjorde og at banken da ikke hadde forsømt seg i forhold til sin frarådningsplikt.<sup>14</sup>

Frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 kunne ikke her anvendes da regelen ikke var trådt i kraft da lånene ble innvilget og betalt. Lagmannsretten uttalte imidlertid at

*"Også lagmannsretten ser det imidlertid slik at de plikter bestemmelsen legger på långiver, må anses som en kodifisering av krav som tidligere kunne utledes på annet grunnlag, særlig avtaleloven § 36".*

Også i en dom fra Høyesterett er avtaleloven § 36 påberopt som grunnlag for lemping av lån. Saken gjaldt et gjeldsbrev som var undertegnet av to daværende ektefeller som samskyldnere i forbindelse med refinansiering av den ene ektefellens særgjeld. Ved å undertegne gjeldsbrevet fikk hustruen i tillegg et personlig gjeldsansvar på kr 850.000,-. Banken stilte ingen spørsmålstegn ved hennes dårlige økonomi. Hun gikk til sak og hevdet at banken ikke hadde oppfylt sin frarådningsplikt. Om det ikke forelå manglende frarådningsplikt, måtte bestemmelsen i avtaleloven § 36 føre frem. Hun fikk ikke medhold.<sup>15</sup>

Når det gjaldt anvendelsen av § 36 uttalte Høyesterett i premiss 39 følgende:

*"Ved avtalelova § 36 vil det kunne komme inn flere omstendigheter enn etter reglene om frarådningsplikt. For min del kan jeg likevel ikke se at det er plass til avtaleloven § 36 i denne saken. Som lagmannsretten mener jeg at etterfølgende betalingsvansker av dette slaget må løses innen rammen av gjeldsordningsloven".*

---

<sup>14</sup> Se LG-2006-35260.

<sup>15</sup> Se Rt.2003 side 1252.

At etterfølgende betalingsvansker må løses ved reglene etter gjeldsordningsloven og ikke avtaleloven § 36, blir senere gjentatt i Rt.2004 side 156.

I en dom fra Høyesterett uttaler flertallet på generelt grunnlag at denne bestemmelsen kal brukes med varsomhet. Det skal dermed ikke være noen kurant sak å få en avtale lempet etter § 36.<sup>16</sup>

### 2.1.2 Frarådningsplikt etter de ulovfestede regler om lojalitetsplikt

Innenfor norsk rett bygger man på prinsippet om kontraktsfrihet. Dette prinsippet begrenses blant annet av kravet til lojalitet i kontraktsforhold. Hvor langt prinsippet om lojalitet strekker seg, avhenger av kontraktsforholdet. Jo mer markert styrkeforholdet er, jo større krav stilles det til lojalitet hos den sterke part.

I et avtaleforhold bestående av en forbruker og en bank, vil det være banken som er den sterke avtalepart av hensyn til erfaring og kunnskap. Dette taler for å stille strenge krav til lojalitet fra banken som avtalepart. Et slikt krav til banken om lojalitet, er også fremhevet av Banklovkommisjonens mindretall.<sup>17</sup>

Ut fra prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold, er det i teorien videreutviklet en passivitetstankegang. Hvis den ene part kan avverge tap for den annen ved å si i fra, er det ofte grunn til å la tapet gå ut over han om han lar unnlater å si i fra.<sup>18</sup>

Prinsippet om lojalitetsplikt har i rettspraksis blitt påberopt som grunnlag for ugyldiggjøring av avtale. I en dom fra Høyesterett hadde tre søsken undertegnet et gjeldsbrev for å hjelpe moren økonomisk.<sup>19</sup> Senere hevdet de å ikke hefte for restgjelden blant annet på grunnlag av at banken hadde forsømt sin opplysningsplikt.<sup>20</sup>

Her uttaler Høyesterett på side 1293 at

*"Jeg er enig i det og antar at en bank etter omstendighetene har plikt til å opplyse om forhold som banken kjenner til, og som har betydning for kundenes risiko".*

Prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold har ved utviklingen av forbrukervern fått økt betydning. Dette understrekes blant annet av Høyesterett i Rt.2003 side 1252. Der uttaler førstvoterende i premiss 29 at det har utviklet seg til en økt vektlegging rent allment av lojalitet og samarbeid mellom kontraktspartene.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Se Rt.1990 side 284, uttalt på side 296.

<sup>17</sup> Se NOU 1994:19 side 54.

<sup>18</sup> Se Hagstrøm Viggo: "Obligasjonsrett". Utgitt av Universitetsforlaget 2003. 3.utgave, side 76.

<sup>19</sup> Se Rt.1994 side 1288.

<sup>20</sup> Opplysningsplikten er en del av lojalitetskravet, se mer om dette i Hagstrøm, Viggo "Obligasjonsrett" side 72 flg.

<sup>21</sup> Se mer om lojalitetsprinsippet: Nazarian, Henriette. "Lojalitetsplikt i kontraktsforhold". Utgitt av J. W Cappelens Forlag AS, Oslo 2007.

### 2.1.3 Prinsippet om "god bankskikk"

I forarbeidene til finansavtaleloven fremholdt både mindre – og flertallet at det følger av "god bankpraksis" å ikke innvilge lån der det er usikkert om låntaker er i stand til å betjene lånet. "God bankskikk" anses mer som en bransjestandard enn et eget rettsgrunnlag. Ordet er av skjønsmessig karakter, og sier lite om hvilke krav som stilles.

Slik jeg ser det, er standarden mer en del av bankenes opplysnings- og informasjonsplikt. Eller man kan trekke paralleller til rimelighetskravet i avtaleloven § 36 jfr. "god forretningsskikk".

### 2.1.4 Terskelen for frarådningsplikt etter ulovfestet rett

Grensen for hvor mye som skal til for at banken stilles ansvarlig for manglende frarådning, har flyttet seg de siste førti årene.

En sentral dom i denne sammenheng er Rt.1959 side 1048 hvor en selger krevde et kjøp av fast eiendom kjent ugyldig etter avtaleloven § 33. Her fikk kjøper medhold av Høyesterett da det for selgeren måtte ha vært "åpenbart" at kjøperen ikke var i stand til å oppfylle kontrakten. Kjøpet ble av førstvoterende omtalt som et "håpløst foretagende".

Førstvoterende uttalte videre at utgangspunktet er at kjøper selv må vurdere sin betalingsevne, og at det må gå utover han selv om han tar feil.

Det ble i denne dommen således statuert en høy terskel for når frarådningsplikt inntreffer. Hovedregelen etter denne dommen ble at låntaker selv må ta ansvar for egen vurdering, men at det kan gjøres unntak. Dommen sier ingenting om hvor grensen for å gjøre unntak går, men etter ordlyden "håpløst foretagende" må det være klart at unntak kun kan gjøres i helt særskilte situasjoner.

I Rt.2003 side 1252 gjentas regelen som ble fastlått i dommen fra 1959. Prinsippet om "håpløst foretagende" modifiseres imidlertid ved førstvoterendes uttalelse om at

*"Det må likevel her komme inn at det i årene fra 1959 var en rettsutvikling med sterkere vern av forbrukerinteressene og en økt vektlegging rent allment av lojalitet og samarbeid mellom kontraktpartene. En långivers frarådningsplikt var derfor mer omfattende i 1994 enn i 1959".*

Det er imidlertid heller ikke helt klart etter denne dommen hvor grensen for bankenes frarådningsplikt etter ulovfestet rett går.

I en uttalelse fra Bankklagenemnda ble det vurdert om det på lånetidspunktet forelå en "markert risiko" for fremtidig mislighold av låneavtalen. Det ble allikevel uttalt videre at det ikke var *umulig* for lånetakeren å betjene lånet. Lånet ble på bakgrunn av dette ikke lempet. <sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Se BKN-95 063.

Det er dermed vanskelig å si hvor terskelen for frarådningsplikt på ulovfestet grunnlag lå da finansavtaleloven trådte i kraft. Det er imidlertid utvilsomt på bakgrunn av Høyesterett og Bankklagenemndas uttalelser, at terskelen har blitt lavere siden 1959.

### **2.1.5 Rettsvirkningene av manglende frarådning etter ulovfestet rett**

Prinsippet om lojalitet og avtaleloven §§ 33 og 36 har i praksis blitt påberopt for å statuere ugyldighet. Avtaleloven § 36 gir imidlertid hjemmel for lemping etter en rimelighetsvurdering, slik at avtalen ikke nødvendigvis må settes helt til side slik den vil etter § 33.

Avtaleloven gir således rom for en mer individuell vurdering der frarådningsplikten ikke er oppfylt, ved at avtalen delvis kan lempes. Dette på samme måte som vurderingen etter finansavtaleloven § 47.

Forskjellen er imidlertid at rimelighetsvilkåret i de ulike bestemmelsene skal vurderes forskjellig. I finansavtaleloven § 47 er rimelighetsbegrensningen knyttet til selve lempingen. I avtaleloven § 36 er manglende rimelighet derimot et vilkår for selve lempingen.

## **2.2 Lovfesting av frarådningsplikten**

Lovfestingen av finansavtaleloven § 47 bygger på et forslag fra Banklovkomisjonens mindretall, og innføringen var svært omstridt. Hva uenigheten gikk ut på vil jeg komme nærmere inn på i pkt 2.2.2.

### **2.2.1 Bakgrunn for lovfestingen**

Noe av bakgrunnen for den lovfestede frarådningsplikten var bank – og gjeldskrisen på slutten av 1980-tallet og første del av 1990-tallet.

I grove trekk var det økonomisk oppgangstid i Norge på midten av 1980-tallet. Dette førte til økt forbruk, både privat og offentlig. Også pengeutlån fra bankene steg med cirka 20 prosent fra 1983 til 1987, og store deler av privat forbruk var lånefinansiert. I 1986 falt oljeprisen drastisk, med en påfølgende bankkrise.<sup>23</sup>

I 1992 ble gjeldsordningsloven for privatpersoner vedtatt. Den gjorde det mulig for privatpersoner i gjeldskrise å få slettet sin gjeld ved utløpet av en gjeldsordningsperiode på normalt fem år.<sup>24</sup>

Formålet med gjeldsordningsloven var å redusere de negative konsekvensene av gjeldskrisen, altså et reparerende formål.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Se NOU 1992:30: En rapport om bankkrisen.

<sup>24</sup> Se Lov nr. 99 av 17. juli 1992 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner.

<sup>25</sup> Se NOU 1991:16 punkt 1.3 om umiddelbare tiltak.

Frarådningspliktens sentrale formål er imidlertid av preventiv karakter, nemlig å redusere risikoen for at en slik gjeldskrise oppstår igjen.

I tillegg var behovet for klargjøring av rettsreglene, samt økende fokus på forbrukervern med på å begrunne en lovfestet frarådningsplikt. Fra før er frarådningsplikten lovfestet på andre områder hvor en forbruker er avtalepart, eksempelvis ved løsørekjøp og kjøp av fast eiendom.

## 2.2.2 Lovgivningsprosessen

I Banklovkommisjonens delutredning (NOU 1994:19) gikk flertallet mot å innføre en lovfestet frarådningsplikt ved innføringen av finansavtaleloven.<sup>26</sup>

Flertallet mente at en lovfesting både var unødvendig og uheldig. Grunnen til at de ikke fant en slik lovfesting nødvendig, var at en slik plikt allerede følger av avtalelovens bestemmelser og ulovfestede regler om lojalitetsplikt. På den måten ville eksisterende regler dekke behovet for å regulere bankens forsømmelser i slike tilfeller. I tillegg vil det stride mot god bankskikk å gå inn i et låneforhold hvor omstendighetene tilsier frarådning.

At en lovfesting også ville virke uheldig, begrunnes med at bestemmelsen ville by på tvilsspørsmål. Hva disse tvilsspørsmålene nærmere går ut på, sies det ingenting om. Flertallet nøyde seg i denne anledning med å vise til mindretallets forslag til lovtekst.

Justisdepartementet sluttet seg til flertallet i Banklovkommisjonen. Mange høringsinstanser uttalte seg om spørsmålet og meningene var delte.<sup>27</sup>

Finansinstitusjonene var stort sett negative til lovfesting. Bakgrunnen for det var at de ikke kunne se noe praktisk behov for en slik lovfesting da bankene ved alvorlig tvil normalt vil avslå lånesøknaden. Videre mente de at en overprøving av bankens vurdering ville være vanskelig å gjennomføre da den bærer preg av skjønn.

Forbrukerombudet med flere støttet imidlertid mindretallets forslag da en slik regel vil kunne effektivisere frarådningsplikten, og således styrke dens forebyggende virkning. I tillegg ville en slik regel kunne føre til større rettferdighet mellom kreditorene.<sup>28</sup>

Kredittilsynet ønsket derimot å vente med en lovfesting for å la diskusjonen løpe over lengre tid.

Etter Justisdepartementets vurdering fikk faren for økende konfliktantall avgjørende vekt, selv om de så bestemmelsen som et egnet virkemiddel for å tvinge institusjonene til å være mer restriktive.

Da en slik regel ville måtte inneholde skjønnsmessige begreper, ville det kunne føre til at bestemmelsen ble påberopt i et høyt antall tilfeller. I tillegg ville bestemmelsen

---

<sup>26</sup> Flertallets begrunnelse for å gå mot frarådningspliktene følger av delutredningen side 53 og 54

<sup>27</sup> Se Ot.prp.nr.41 (1998-1999) Finansavtaler og finansoppdrag, side 56 flg.

<sup>28</sup> Se Ot.prp.nr.41 (1998-1999) Finansavtaler og finansoppdrag, side 57.

kunne være fristende å påberope for å lempe låneforpliktelser, slik at bestemmelsen ville kunne bli en ansvarsfraskrivelse fra låntakers side.

Til tross for dette gikk Stortingets flertall inn for å lovfeste frarådningsplikten, i samsvar med Banklovkommisjonens mindretall. Stortingets flertall begrunnet dette med at finansinstitusjonene satt inne med en kunnskap og erfaring som de færreste låntakere selv har. Da det allerede eksisterer en frarådningsplikt på ulovfestet grunnlag, fant Stortingets flertall det naturlig å lovfeste denne plikten.<sup>29</sup>

Stortingets mindretall begrunnet sitt standpunkt med at det allerede eksisterer en slik plikt, og at en lovfesting ikke nødvendigvis ville føre med seg realitetsendringer.

Loven ble på bakgrunn av dette vedtatt 25. juni 1999, og trådte i kraft 1. juli 2000.

### 2.2.3 Er finansavtaleloven § 47 kodifisering av tidligere gjeldende rett?

Etter forarbeidene til finansavtaleloven ble det uttalt som nevnt at den foreslåtte lovbestemmelsen i hovedsak må anses å være en kodifisering av gjeldende rett.<sup>30</sup>

I en uttalelse fra Bankklagenemnda legges det imidlertid til grunn at finansavtaleloven § 47 innebærer en større forpliktelse for bankene enn før loven trådte i kraft.<sup>31</sup> Dette må være riktig selv om det er uklart hvor grensen gikk på ulovfestet grunnlag, se pkt 2.1.4.

Videre uttales det fra nemnda at prinsippet om "håpløst foretagende" dannet grunnlaget for vurderingen før loven trådte i kraft. Dette er ikke i samsvar med dommen fra Rt.2003 side 1252 hvor Høyesterett uttalte at det har skjedd en rettsutvikling, og at frarådningsplikten var mer omfattende i 1994 enn i 1959.

Etter ordlyden å dømme, vil det være riktig å si at lovbestemmelsen går lengre enn tidligere gjeldende rett på den måten at ansvaret har flyttet seg mer over på bankene. I teorien blir det uttalt slik at *tyngdepunktet* har flyttet seg med tanke på hvem som skal ha risikoen for uansvarlig kredittgivning.<sup>32</sup>

Dette synspunktet støttes videre av Hagstrøm hvor han uttaler at det neppe er dekkende at bestemmelsen kodifiserer tidligere gjeldende rett.<sup>33</sup> Bestemmelsen skiller seg fra eldre rett hovedsakelig på to måter. For det første antas det at terskelen for når plikten inntreffer er lavere. Utgangspunktet har ved lovgivningen gått fra "håpløst foretagende" til "*alvorlig bør overveie å avstå fra*" å ta opp lånet. For det annet taler lovteksten for at banken er pliktig til å foreta en bredere vurdering av låntaker med tanke på at ikke bare "*økonomisk evne*" men og "*andre forhold*" skal tas med i vurderingen.

---

<sup>29</sup> Se Innst.O.nr. 84 (1998-1999). Innstilling fra justiskomiteen, pkt. 9.4.

<sup>30</sup> Se NOU 1994:19 side 54.

<sup>31</sup> Se BKN-03140.

<sup>32</sup> Se Hveem, Dag Jørgen: "Bankenes frarådningsplikt etter den norske finansavtaleloven", side 110 publisert i "8 perspektiver på finansiell rådgivning" av Lennart Lyngne Andersen.

<sup>33</sup> Se Hagstrøm Viggo: "Obligasjonsrett". Utgitt av Universitetsforlaget 2003. 3.utgave, side 76.

Ut fra dette kan man si at lovt teksten legger til grunn en strengere frarådningsplikt.

Selv om den tidligere ulovfestede frarådningsplikten nå er kommet i lovs form, antas det i teorien at det fortsatt er plass for avtalelovens ugyldighetsbestemmelser.<sup>34</sup> Denne adgangen må imidlertid regnes som liten, se eksempelvis Rt.2003 side 1253 hvor Høyesterett uttalte at etterfølgende betalingsvansker må løses gjennom reglene i gjeldsordningsloven.

Man kan tenke seg at avtalelovens bestemmelser og de ulovfestede regler om lojalitet kan få betydning der man påberoper uansvarlig kredittgivning til tross for frarådning. Denne problematikken vil bli behandlet nærmere senere i avhandlingen under punkt 5.

## 2.3 Frarådningspliktens formål

Det overordnede formål bak finansavtaleloven § 47 er som tidligere nevnt å unngå at uheldige låneopptak tas. Bestemmelsen skal først og fremst søke å verne forbruker på grunn av det økende fokus på forbrukervern. De øvrige formål fremgår av forarbeidene, og da mindretallet i Banklovkommisjonens votum.<sup>35</sup>

### 2.3.1 Prevensjonshensynet

Finansinstitusjonene pålegges som den profesjonelle part i et slikt avtaleforhold å foreta en grundig vurdering før det gis tilbud om lån. Reglene skal således søke å virke preventivt gjennom å tvinge bankene til å være mer restriktive. Det fremgår av Justisdepartementets vurdering at finansinstitusjonene på 1980-tallet i en god del tilfeller ga ut lån som ikke burde vært gitt ut fra lånetakers betalingsevne.<sup>36</sup> Departementet så videre faren for at bankene i de senere år har falt tilbake til en liberal utlånspraksis, blant annet gjennom fullfinansiering av boligkjøp. En mer restriktiv utlånspraksis ble derfor ansett nødvendig.

Selv om forpliktelsene til en forbruker med gjeldsproblemer vil kunne bli redusert etter gjeldsordningsloven, skilte forslaget om frarådningsplikt seg ut med at regelen vil ha et forebyggende formål.

Bestemmelsen skulle ikke bare virke preventivt ovenfor banken, men også overfor forbrukeren da den skulle hindre opptak av lån som forbrukeren ikke makter å betjene på normal måte.

---

<sup>34</sup> Se Hveem, Dag Jørgen: "Bankenes frarådningsplikt etter den norske finansavtaleloven", side 111 publisert i "8 perspektiver på finansiell rådgivning" av Lennart Lyngje Andersen.

<sup>35</sup> Se NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag, side 54 flg.

<sup>36</sup> Ot.prp.nr. 41 (1998-1999) Om lov om finansavtaler og finansoppdrag, side 58.

### 2.3.2 Finansinstitusjonen som den profesjonelle part

Finansinstitusjonen forutsettes å ha den nødvendige kunnskap for å avdekke om et lånetilbud er forsvarlig i forhold til forbrukers økonomi. Etter mindretallets mening bør en slik kunnskap komme forbrukeren til gode slik at banken har en plikt til å fraråde dersom forholdet fremstår som tvilsomt.<sup>37</sup> Dette synspunkt støttes opp av det alminnelige prinsipp om redelighet i kontraktsforhold.

Selv om formålet er å hindre uheldige låneopptak, innebærer ikke bestemmelsen et forbud mot å yte lån. Hovedpoenget er at begge parter skal ha anledning til å tenke seg om, og være klar over risikoen med å ta opp lånet.

### 2.3.3 Sidevirkninger

I forarbeidene pekes det på to sidevirkninger ved frarådningsplikten. For det første ble det ønsket at regelen skulle gi en ytterligere incentiv til finansinstitusjonene for å hindre kredittgivning til forbrukere som ikke har innsikt i egen økonomi. Regelen ville her kunne bidra til at institusjonene på sikt får en økt bevissthet rundt frarådningsplikten, samt et bedre system for kredittvurderingen.<sup>38</sup>

På lang sikt vil ikke reglene bare ha betydning for utviklingen av finansinstitusjonenes egne system, men også en samfunnsøkonomisk betydning ved å prøve og hindre en ny bankkrise.

For det annet vil frarådningsplikten kunne føre til større rettferdighet blant kreditorene. Gjeldsordningsloven og dekningsloven bygger på et generelt prinsipp om at kreditorene skal vurderes likt innenfor de ulike prioritetsgruppene, se eksempelvis dekningsloven § 9-6.

Etter gjeldsordningsloven § 4-8 første ledd bokstav i) kan en fordring i forbindelse med inngåelse av gjeldsordning gis dårligere dekning dersom frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 "åpenbart" ikke er overholdt. Da kravet er at plikten "åpenbart" ikke er overholdt, vil ikke et brudd på frarådningsplikten automatisk føre til at denne bestemmelsen kommer til anvendelse, da terskelen i finansavtaleloven § 47 er lavere.

Denne bestemmelsen utgjør således et unntak fra prinsippet om at midler i en gjeldsordning skal fordeles forholdsmessig.

### 2.3.4 Formålet med lempingsregelen

Etter mindretallets oppfatning bør et brudd på denne frarådningsplikten sanksjoneres sivilrettslig.

---

<sup>37</sup> Se NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag, side 54.

<sup>38</sup> Se NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag, side 55.



Dersom finansinstitusjonen ikke har frarådet lånetakeren mot å ta opp lån til tross for at en slik plikt forelå, mener mindretallet at lånet bør lempes dersom det finnes rimelig.<sup>39</sup>

Adgangen til å redusere lånebeløpet, vil dermed ha som hovedformål å effektivisere selve frarådningsplikten i første punktum. Forslaget om sanksjon er rettet mot den enkelte kreditor, og omfatter dermed ikke alle kreditorer slik reduksjon etter gjeldsordningsloven gjør.

Formålet med mindretallets forslag til lempingsplikt, er også av hensyn til låntakeren ved å berge vedkommende ut av sine problemer. Da lånet kan lempes etter frarådningsplikten, har den således et reparerende formål i forhold til den enkelte kreditor. Dette formålet er ikke like sentralt som ved gjeldsordningsloven.

### 3. Frarådningspliktens nærmere innhold

#### 3.1 Noen utgangspunkter

Utgangspunktet for bestemmelsen er at finansinstitusjonen skriftlig skal fraråde en forbruker fra et aktuelt låneopptak når den må anta at økonomisk evne eller andre forhold på lånetakers side, tilsier at man alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lån.

I overskriften til bestemmelsen står det "*plikt til å frarå*". Selve bestemmelsen inneholder imidlertid ikke begrepet "fraråde". Lånegivers plikt etter ordlyden er å be lånetaker "*alvorlig overveie fra å avstå*". Hvorvidt dette er en svakere anmodning enn overskriften tilsier kan diskuteres, men den har ikke ført til problemer i praksis da den konsekvent har blitt tolket som en frarådningsplikt. Også i forarbeidene har lovgiver benyttet ordet "fraråding". Bestemmelsen inneholder ingen *forbud* mot å yte lån.

Det stilles krav til at frarådnningen skjer skriftlig, hvilket følger direkte av ordlyden. Etter finansavtelloven § 8 første ledd er imidlertid ikke skriftlighetskravet til hinder for at opplysninger og meldinger gis i elektronisk form, "*dersom kunden ønsker dette*".

Skriftlighetskravet antas å bygge på en forutsetning om at alvoret markeres klarere enn om man skulle frarådet muntlig. I tillegg fører skriftlighetskravet til at notoriteten sikres, samt en lettere gjennomføring av eventuell kontroll. Dersom låntaker hevder at frarådnningen har skjedd muntlig, og låntaker bestrider dette, vil bevisbyrden ligge hos banken.<sup>40</sup>

Utenom skriftlighetskravet stiller loven ingen øvrige krav til saksbehandlingen, men ytterligere krav kan utledes av kravet til god bankskikk.

---

<sup>39</sup> Se NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag, side 56.

<sup>40</sup> Hveem, Dag Jørgen: "Bankenes frarådningsplikt etter den norske finansavtalloven", side 115 publisert i "8 perspektiver på finansiell rådgivning" av Lennart Lyng Andersen.

## 3.2 Hvem omfattes av frarådningsplikten?

Partene i finansavtaleloven § 47 er "*låntaker*" og "*långiver*". Spørsmålet er da hva det nærmere innholdet i disse to begrepene er.

### 3.2.1 Finansavtalelovens långiver-begrep

Det følger av § 44 at det er "*finansinstitusjoner eller lignende institusjoner*" som har en plikt til å fraråde etter finansavtaleloven § 47. De er således lovens pliktsubjekter.

I forarbeidene er det uttalt at man med "*finansinstitusjon*" mener spare- og forretningsbanker, forsikringsselskaper og finansieringsforetak. Hva som menes med "*lignende institusjoner*" er regulert i § 1 annet ledd. Det kan eksempelvis gjelde postbanker og ved lovendring i 2005 også kommuner og fylkeskommuner. Dette innebærer at en kommune som yter lån fra Husbanken eller gir sosiallån må forholde seg til lovens frarådningsplikt.

Spørsmålet blir så om denne oppregningen i annet ledd kan anses uttømmende. Begrepet er i utgangspunktet vidt, men lovgiver har valgt å oppregne det i flere alternativer. Dette taler for at bestemmelsen er uttømmende. Lovteksten kan imidlertid utvides ved forskrift, jfr. § 1 femte ledd.

### 3.2.2 Finansavtalelovens forbruker-begrep

Rettighetssubjektet i bestemmelsen er låntakere som er "*forbrukere*". Forbrukerbegrepet er videre definert i § 2 første ledd annet punktum som "*en fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet*".

Det følger av forarbeidene at denne forbrukerdefinisjonen i hovedsak svarer til forbrukerbegrepet i rådsdirektiv 87/102/EØF om forbrukerkreditt.<sup>41</sup>

For det første inneholder begrepet en personell begrensning med at lånetakeren må være en "*fysisk person*". En "*fysisk person*" omfattes klart av de tilfeller hvor en fysisk person handler på vegne av seg selv. Det er fastslått i forarbeidene at også tilfeller der vedkommende opptre på vegne av en sosial gruppe, eksempelvis en syforening, også omfattes.

Det er ut fra ordlyden klart at juridiske personer i utgangspunktet ikke omfattes. Spørsmålet blir da om juridiske personer som fremstår som en samling forbrukere kan omfattes av loven. Dette kan for eksempel være borettslag og boligsameiere.

Denne problemstillingen ble behandlet i forarbeidene av Banklovkommisjonen.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Se NOU 1994:19 side 96.

<sup>42</sup> Se NOU 1994 19 side 96 flg.

Flertallet gikk mot at slike samlinger skulle omfattes av loven av hensyn til harmonisering av regelverket, samt ønsket et enhetlig forbrukerbegrep nært opp mot forbrukerbegrepet i rådsdirektivet om forbrukerkreditt.

Mindretallet i kommisjonen mente imidlertid at reelle hensyn taler for å la slike grupperinger omfattes av forbrukerbegrepet. Mindretallet uttaler dette på side 96:

*"Det kan slå tilfeldig ut dersom det skal være av betydning om « kjøpersiden » har partsevne eller ikke. For beboere i et borettslag vil det som regel være slik at disse må opptre samlet, i motsetning til en eier av en enebolig. Det vil være urimelig om beboerne i borettslag skulle ha dårligere vern. Reelle hensyn tilsier derfor at det ikke foretas en forskjellsbehandling i slike tilfelle."*

I tillegg viser mindretallet til andre lover hvor borettslag er omfattet av forbrukerbegrepet.

Det foreligger foreløpig ingen holdepunkter for å tolke ordlyden utvidende til å eksempelvis omfatte juridiske personer som fremstår som en samling forbrukere.

I tillegg til kravet om "fysisk person" er det et vilkår at "avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet". Hvorvidt det foreligger forbrukerforhold må altså vurderes konkret ut fra lånetakers formål med lånet. Det vil si at § 47 ikke kommer til anvendelse når formålet hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet, selv om lånetaker kan anses som en forbruker. Unntaket foreligger imidlertid dersom en fysisk person har et enkeltmannsforetak. Et enkeltmannsforetak vil fremstå som en fysisk person, og således omfattes av ordlyden.

Akkurat hvor grensen går er ikke trukket opp, men ordlyden krever at formålet må være "knyttet til" næringsvirksomheten. I forhold til en låneavtale betyr det i praksis at det objektet som lånet finansierer skal benyttes i næringsvirksomhet. Dersom gjenstanden i hovedsak benyttes i næringsvirksomhet, faller den utenfor forbrukerbegrepet.

Hovedregelen er altså at lån med formål som hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet, faller utenfor. Det er imidlertid oppstilt unntak for regelen i § 2 annet ledd tredje punktum. Unntaket omfatter de tilfellene hvor næringsdrivende velger å stille pant i et formuesgode som hovedsakelig ikke er knyttet til næringsvirksomhet, eksempelvis bolig eller bil. Låntaker må fortsatt være en "fysisk person". Bakgrunnen for dette unntaket er behovet for forbrukervern.<sup>43</sup>

Dersom flere tar opp lån sammen, eksempelvis et ektepar som søker boliglån, må det legges til grunn at finansinstitusjonen har frarådningsplikt i forhold til hver enkelt låntaker. Fra dette utgangspunktet kan det stilles unntak dersom det er vanskelig å skille vedkommendes økonomi slik at man må vurdere dem sammen. I Rt.2003 side 1252 som omhandlet et ektepars refinansiering, ble det lagt til grunn ektefellenes *samlede økonomi* ved vurderingen av om banken burde ha frarådet.

---

<sup>43</sup> Se Ot.prp.nr 41 (1998-1999) side 20-21.

### 3.3 Avtaletypen

Etter ordlyden får frarådningsplikten anvendelse ved "låneavtaler". Etter en ordlydsfortolkning vil alle former for låneavtaler falle innenfor.

En låneavtale er en avtale som regulerer forholdet mellom forbruker og finansinstitusjon, og går ut på at institusjonen på visse vilkår stiller en sum penger til rådighet for så å kreve pengene tilbake. Også "*lignende kreditt*", jf § 44 annet ledd og rammekreditter inngår, eksempelvis kredittkort.

Kredittkjøp etter kredittkjøpsloven er imidlertid ikke omfattet av bestemmelsen, og frarådningsplikten i § 47 kan ikke påberopes ved slike kredittkjøpstilfeller. Det har vært omdiskutert hvorvidt kredittkjøp bør være integrert i loven, men bakgrunnen for at lovgiver valgte å utelukke slike tilfeller var at det ville føre til forsinkelser ved lovgivningsprosessen. I tillegg ble kredittkjøpsloven ansett å være bedre tilpasset slike lån, slik at det var mer naturlig å lovfeste en frarådningsplikt der.<sup>44</sup> Heller ikke ved Bankklagenemndas praksis har § 47 fått direkte anvendelse overfor kredittkjøp. 1. januar 2009 trådte det imidlertid i kraft en egen bestemmelse om frarådningsplikt i kredittkjøpsloven.<sup>45</sup> Jeg vil imidlertid ikke gå nærmere inn på denne bestemmelsen.

Utgangspunktet er da at alle former for lån, og enkelte kreditter omfattes. Noen unntak fremgår imidlertid av § 44 annet ledd uten at jeg vil gå nærmere inn på dette.

Det følger av praksis fra Høyesterett<sup>46</sup> og Bankklagenemnda at også låneavtaler som omfatter refinansiering faller innenfor frarådningsplikten.<sup>47</sup>

Dette innebærer at selv om det ikke forelå forhold som begrunnet frarådningsplikt ved første låneopptak, må långiver ved ny avtale om økning på nytt vurdere kreditten og forholdene ellers for å avdekke om en økning er forsvarlig.

### 3.4 Frarådningspliktens beslutningsgrunnlag

I følge ordlyden i finansavtaleloven § 47 kan frarådningsplikten inntre på to grunnlag basert på forhold på lånetakers side; Finansinstitusjonen skal enten bakgrunn av informasjon om "*økonomisk evne*" eller "*andre forhold*" vurdere hvorvidt et låneopptak bør frarådes.

#### 3.4.1 Frarådningsplikt på bakgrunn av manglende økonomisk evne

Både praksis i Bankklagenemnda og uttalelser fra banker i henhold til egne undersøkelser viser at frarådning hovedsakelig er begrunnet i lånetakers økonomiske forhold. Problemstillingen er således *hvilken* informasjon som skal legges til grunn for kredittvurderingen, og *når* vurderingen kan føre til at frarådningsplikten inntre.

---

<sup>44</sup> Se NOU 1994:19 side 156.

<sup>45</sup> Se Lov om kredittkjøp nr. 82 av 21. juni 1985.

<sup>46</sup> Rt.2003 side 1252.

<sup>47</sup> Se eksempelvis BKN-03 140.

En naturlig forståelse av "økonomisk evne" vil si at man har evne til å betale de løpende utgiftene etter hvert som de forfaller. Altså at vedkommende har tilstrekkelige likvide midler.

#### 3.4.1.1 Hvilken informasjon skal legges til grunn?

I utgangspunktet er grunnlaget for kredittvurderingen av låntakers økonomiske evne, opplysningene låntaker selv gir. Når det gjelder de nærmere krav til bankens undersøkelses- og låntakers opplysningsplikt, vil det gjøres rede for under punkt 3.5.

Når det gjelder hvilken informasjon som normalt hentes inn for å kartlegge låntakers økonomiske evne, er det typisk oversikt over inntekt og formue. I en dom fra Høyesterett la flertallet til grunn at skattbar inntekt og utleggsforretninger måtte innhentes informasjon om. Det ble videre uttalt at dette var "*.. vesentlige forhold for bedømmelse av lånesøkernes økonomi*".<sup>48</sup>

Da dommen gjaldt frarådning på grunn av forhold på kausjonistens side, vil ikke dommens faktum ha nærmere relevans på dette punkt.

I en dom fra Eidsivating lagmannsrett som gjaldt et lån tatt opp av to ektefeller til fullfinansiering av bolig, ble det konkret tatt stilling til bankens vurdering av lånetakernes økonomi.<sup>49</sup> I denne sammenheng er det kun rettens vurdering av hvorvidt lemping på bakgrunn av manglende frarådning som er relevant. I forbindelse med lånetakernes betjeningsevne uttaler retten følgende:

*"Lagmannsretten vil peke på at finansieringsinstitusjonene rutinemessig må vurdere hvor stort lån forbrukeren har realistisk mulighet til å betjene. Dette følger av frarådningsplikten som blant annet er nedfelt i finansavtaleloven § 47. Til hjelp for den vurderingen er det utarbeidet normer for hvor stort lån en låntaker kan forventes å tåle. Det er grunn til å presisere at dette kun gir et veiledende svar - den enkelte låntaker kan ikke utlede rettigheter av bankenes kredittvurderinger."*

Videre uttalte retten at betalingsanmerkninger ikke har betydning for saken da slike opplysninger sier noe om hvordan vedkommende tidligere har skjøtet sine forpliktelser. Frarådningsplikten skal etter rettens vurdering knytte seg til om vedkommende i *fremtiden* har økonomisk evne til å betjene lånet.

Etter min oppfatning er lagmannsrettens uttalelse i strid med både Bankklagenemndas - og bankenes egen praksis. I følge utbredt praksis fremgår det at ikke bare opplysninger om inntekt og formue hentes inn, men også eventuelle betalingsanmerkninger skal tas i betraktning. En slik snever vurdering vil også stride mot lovens ordlyd og forarbeider, da disse tilsier at det må foretas en bredere vurdering.

Selv om det ikke skulle forekomme betalingsanmerkninger hos låntaker, kan informasjon om pengeforbruk i form av forbrukslån og overtrekk av konto, være relevant informasjon for kredittvurderingen. Det er imidlertid tvilsomt ut fra Bankklagenemndas praksis at overtrekk og forbrukslån alene kan begrunne en

---

<sup>48</sup> Se Rt 1995 side 1540.

<sup>49</sup> Se LE-2003-5641 vedrørende klage over utleggstrekk.

frarådningsplikt.<sup>50</sup> Man må i så fall tenke seg at det gjelder helt ekstraordinære tilfeller.

Når bankene skal foreta kalkyle over lånetakers betjeningsevne, opereres det ofte med normer for hvor mye man skal ha igjen til livsopphold etter at boutgifter er betalt. Det er disse normene/lånegradsfaktorene retten siktet til i nevnte dom fra Eidsivating lagmannsrett.

Det er her vanlig praksis at bankene da benytter seg av SIFO-modellen.<sup>51</sup> Denne normen gir en viss pekepinn på hvor mye hver enkelt må ut med i måneden hva gjelder mat, strøm, telefon og lignende. I tillegg må bankene legg inn en tenkt renteøkning, på eksempelvis 3 prosentpoeng, for å vurdere om kunden har tilstrekkelige midler til å takle endringer i rentenivået. Hvor mange prosentpoeng som er forsvarlig å ta i betraktning, vil variere. Eksempelvis bør finansinstitusjonen med dagens lave rentenivå, legge til grunn en betraktelig høyere rente enn for et år tilbake.

Dersom låntaker sitter igjen med mindre enn SIFO-normen, er det et moment som taler for frarådning. Det fremgår imidlertid av bankenes praksis at det kan gjøres unntak etter en mer individuell vurdering av låntakers forbruk.

### 3.4.1.2 Vurdering av informasjonen

Vurderingen av *når* den innhentede informasjonen tilsier frarådning av lånet, må bedømmes konkret i hvert enkelt tilfelle. Mindretallet i Banklovkommisjonen har imidlertid lagt noen føringer for hvordan vurderingen skal foretas:

Dersom långiveren må anta at låntakeren ikke vil ha økonomisk evne til å betjene lånet i henhold til de vilkår som avtales, bør frarådningsplikt inntre. Her skal ikke bare lånets størrelse og renter inngå i vurderingen, men også hvorvidt nedbetalingsplanen er realistisk. Årsaken til at nedbetalingsplanen må tas i betraktning, er at mislighold av avdrag vil kunne være oppsigelsesgrunn og føre til ytterlige betalingsproblemer for låntaker og lignende.<sup>52</sup>

Det avgjørende er hvorvidt låntaker har mulighet til å betale ned lånet på vanlig måte.<sup>53</sup> Under henvisning til "*økonomisk evne*" betyr dette at låntaker skal kunne betale ned lånet basert på løpende inntekter. Man kan etter omstendighetene også tenke seg at likvide formuesgoder bør tas med i vurderingen av låntakers økonomiske evne, slik at ikke nødvendigvis inntekt alene er avgjørende.

Dersom låntaker har betryggende sikkerhet for lånet, hindrer ikke det at det kan foreligge frarådningsplikt for bankene.

Man må anta at terskelen for når den økonomiske evnen danner grunnlag for frarådningsplikt, har blitt lavere ved lovfestingen. Etter den ulovfestede

---

<sup>50</sup> Se eksempelvis BKN-93079 og BKN-93022 hvor uttak og flere smålån ble beropt som grunnlag for bankenes frarådningsplikt. Saksøkerne ble imidlertid ikke gitt medhold.

<sup>51</sup> Statens institutt for forbruksforskning, se [www.sifo.no](http://www.sifo.no)

<sup>52</sup> Se NOU 1994:19 side 55.

<sup>53</sup> Se NOU 1994:19 side 54.

frarådningssplikten la Bankklagenemnda til grunn at det må anses tilnærmet sikkert at lånetaker vil komme til å misligholde låneavtalen.<sup>54</sup> Dette var riktignok en uttalelse fra Bankklagenemnda, og ikke Høyesterett. Man kan allikevel si at terskelen er lavere i dag da det etter finansavtaleloven § 47 er det tilstrekkelig at man "*alvorlig bør overveie å avstå*".

Frarådning på bakgrunn av tvilsom økonomisk evne ligger altså midt i sjiktet mellom de tilfellene hvor bankene avslår og de klare tilfeller der låntaker har tilstrekkelig økonomisk evne til å få lånet innvilget.

### 3.4.2 Frarådningssplikt på bakgrunn av "*andre forhold*"

Ikke bare økonomisk evne, men også "*andre forhold på låntakers side*" kan være grunnlag for frarådningssplikt.

Etter ordlyden er dette et vidt begrep som kan omfatte de fleste omstendigheter rundt låntaker. Om man ser begrepet i sammenheng med lovens formål, det vil si å hindre uheldige låneopptak, bør "*andre forhold*" relatere seg til betalingsevnen enten direkte eller indirekte.

Lovens forarbeider sier lite om det nærmere innhold av begrepet, men illustrerer det med at betaling av en leilighet betydelig over markedspris kan være et slikt forhold.<sup>55</sup> I den forbindelse viser mindretallets Banklovkommisjon til en avgjørelse fra fransk høyesterett hvor gjelden ble lempet på grunn av at banken kjente til misforholdet mellom lånet og låneobjektets (boligens) verdi.

Det har gjennom bankundersøkelsene kommet frem at slike forhold kan være av betydning, da banken helst ikke vil gi lån til dårlige investeringer. Men bankene understreker at dette sjelden forekommer og at det vil være vanskelig for dem å vurdere markedspris, da det krever betydelig større undersøkelser og kunnskap.

Manglende betalingsvilje er et slikt "*annet forhold*" som har vært av betydning for bankenes vurdering. Manglende betalingsvilje avdekkes gjerne ved gjentatte purringer og betalingsanmerkninger. Man har her økonomiske evne til å gjøre opp for seg, men mangler vilje av ulike årsaker, til å gjøre det.

Betalingsviljen trenger ikke ha noen sammenheng med låntakers økonomiske evne. Det fremgår av undersøkelser foretatt hos ulike banker at de har møtt tilfeller hvor betalingsevnen er tilstrekkelig, men at de har måttet avslå eller fraråde da betalingsviljen ikke var tilstede.

Dersom låntaker kan komme med en fornuftig forklaring på manglende betalingsvilje, kan utgangspunktet om frarådningssplikt ved manglende betalingsvilje fravikes. Dette kan være dersom man for en kort periode hadde økonomiske vansker eksempelvis på grunn av arbeidsledighet eller samlivsbrudd.

---

<sup>54</sup> Se BKN-95 063

<sup>55</sup> Se NOU 1994:19 side 55.

Finansinstitusjonene vurderer lånetakers forhold gjennom et kredittscoresystem hvor ikke bare betalingsevnen, men også andre forhold inngår.<sup>56</sup> Slike momenter er blant annet betjeningsevne, inkassosaker og anmerkninger, sikkerhet, SIFO-normen og lignende. I tillegg vurderes kundens atferd som da vil si sosiale forhold og eventuelle kundeforhold. Kunden blir etter en slik vurdering satt i en risikokategori som tilsier hvorvidt lånet bør frarådes eller ikke.

Det har vært diskutert i teorien hvorvidt såkalt plasseringsrådgivning eller lånefinansiering av spareprodukter bør falle innenfor bankenes frarådningsplikt.<sup>57</sup> En særlig frarådningsplikt i slike tilfeller er per i dag ikke lovfestet.

Slike forhold kan eksempelvis være om banken låner ut penger til en kunde for å gjennomføre aksjekjøp eller plassering av penger i fond. Ved lånefinansiering til sammensatte produkter betyr det at banken låner ut penger til en kunde, som kunden igjen bruker til investering i form av innskudd med garantert avkastning. Dette blir gjerne gjort etter en anbefaling av banken selv.

Slik lånefinansiering av spareprodukter og plasseringsrådgivning har blitt gitt med stort omfang. Det fremgår imidlertid fra en rapport fra Kredittilsynet slike investeringer generelt har hatt negativ avkastning og gjennomgående vært en dårlig investering.<sup>58</sup> Det fremheves i rapporten at dersom det er tatt opp lån for å finansiere kjøpet, er det mange av produktene som samlet sett har ført til tap for kundene. Årlig avkastning har gjennomsnittlig vært på cirka to prosent.

Den mest kjente saken i dette tilfellet, er DnB-saken.<sup>59</sup> Her hadde klager investert i aksjeindeksobligasjoner finansiert med lån. Han hevdet senere at banken ikke hadde opplyst han om at forventet avkastning var negativ. Klageren fikk her medhold da en slik avtale var i strid med god bankskikk.

Dersom investeringen er dårlig, har banken etter forarbeidende en plikt til å fraråde, selv om ikke slik lånefinansiering er eksplisitt uttrykt.<sup>60</sup> Også i undersøkelsene har bankene uttalt at dårlig investering er en av flere grunner til å fraråde låneopptak. Unntaket er imidlertid ved såkalte "risikoprojekter" hvor låntaker går inn i prosjektet fullt vitende om den risikoen som tas. Frarådningsplikten i § 47 har allikevel ikke blitt brukt som grunnlag for lemping etter Bankklagenemndas praksis ved slike typer låneopptak.

Da lån ved slike tilfeller er et resultat av bankens egen anbefaling, vil det være motstridende om de skal være pliktig til å fraråde. Da burde produktet ikke vært anbefalt i utgangspunktet. Selv om det teoretisk sett kunne kommet under "*andre forhold*" i § 47 dersom det ikke er lønnsomt, vil det virke ulogisk. Således er det mer fornuftig å basere slike lempingskrav på bankenes rådgivningsansvar. Men at det finnes en frarådningsplikt av hensyn til forbrukeren, tilsier at dette rådgivningsansvaret bør være strengt.

---

<sup>56</sup> Dette fremgår av egne undersøkelser, hvor alle banker uttalte at de la til grunn et slikt system for vurderingen.

<sup>57</sup> Se Jørgensen, Tanja: "Frarådningsplikt – inspiration til dansk ret", side 151. Publisert i "Kapitalmarked og kunderelationer – hilsener til Lars Gorton. Forlaget Thomson A/S, København 2007.

<sup>58</sup> Se Kredittilsynets rapport av 3. januar 2008, nr 2/2008. "Moderat avkastning for sammensatte produkter – stor risiko ved lånefinansiering".

<sup>59</sup> Se BKN-2009-1

<sup>60</sup> Se NOU 1994:19 side 54-55.



### 3.4.3 Tidspunkt for vurderingen

I følge forarbeidene skal man ved praktiseringen av en frarådningsplikt ta utgangspunkt i situasjonen på tidspunktet for avtalens inngåelse.<sup>61</sup> Problemstillingen blir så om man kan ta hensyn til forhold som vil påvirke den økonomiske evnen i fremtiden.

I forarbeidene legges det opp til at finansinstitusjonene til en viss grad er pliktig til å vurdere framtidige forhold. Dette forutsetter imidlertid at forholdene er kjente og sannsynlige endringer og vil påvirke låntaker. Hypotetiske endringer kan ikke legges til grunn.

Framtidige endringer som kan sies å påvirke den økonomiske evnen, kan typisk være regelendringer i forhold til skatt. Det følger av forarbeidene at slike forhold skal tas hensyn til dersom det representerer en *markert risiko* for låntaker.<sup>62</sup>

### 3.5 Terskelen for frarådningsplikt

Spørsmålet blir videre *når* en eventuell frarådningsplikt inntreffer. Etter lovens krav er det når banken "*må anta*" at låntaker alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet at et lånetilbud skal frarådes.

#### 3.5.1 "Må anta" – aktsomhetsvurderingen

Problemstillingen er hva som ligger i begrepet "*må anta*", og hvilke krav som deretter stilles til bankens aktsomhet ved vurdering av lånetilbud.

Ut fra lovens ord kan det ikke stilles krav til konkret kunnskap, men man kan heller ikke tolke begrepet så utvidende at synsing og ubegrunnede antagelser omfattes. Skulle det så være ville frarådningsplikten ha mistet sin hensikt, da bankene kunne ha frarådet på generelt grunnlag for å ha "ryggen fri". Dette tilsier at vurderingen må baseres på konkrete holdepunkter.

At helt klare tilfeller, for eksempel ved klart misforhold mellom lån og inntekt, rammes er ikke tvilsomt. I disse tilfellene fremgår det av intervjurundene som er foretatt, at bankene heller velger å avslå fremfor å innvilge med frarådning.

Det klare utgangspunkt er at långiver baserer sin vurdering på de opplysninger låntaker gir, med mindre disse er åpenbart urealistisk. I en uttalelse fra Bankklagenemnda ble kundenes feilopplysninger lagt til grunn ved et lånetilbud, hvor risikoen i dette tilfellet ble lagt på kunden selv.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Se NOU 1994:19 side 55

<sup>62</sup> Se NOU 1994:19 side 55.

<sup>63</sup> Se BKN-03097

I en annen avgjørelse ble risikoen lagt på banken, da banken burde ha forstått at anslaget over framtidig inntekt var urealistisk.<sup>64</sup> I dette tilfellet ville den anslåtte inntekten stride i mot folketrygdreglene, noe banken burde ha vært klar over.

Ut fra Bankklagenemndas praksis kan man utlede at låntaker har risikoen for egne opplysninger, med mindre disse fremstår som åpenbart urealistisk. Det betyr at banken ikke kan unnskyldes seg med at de ikke kjente til forhold, eksempelvis regelverk.

### 3.5.1.1 Låntakers opplysningsplikt

At långiver skal basere sin vurdering på låntakers opplysninger, tilsier en viss opplysningsplikt for låntaker. En slik opplysningsplikt fremgår imidlertid ikke direkte av lovens ordlyd.

Det vil allikevel følge av kravet til lojalitet i kontraktsforhold og prinsippet om redelighet og god tro, at lånetaker kommer med de opplysninger han anser relevant. Dersom låntaker bevisst har latt være å komme med relevante opplysninger, vil det kunne få betydning ved et eventuelt lempingskrav.

Dersom det hadde vært slik at låntaker bevisst kunne holdt tilbake informasjon, eller ikke deltatt aktivt i låneprosessen, kunne det fort ført til en utnyttelse av reglene og et for vidtgående forbrukervern.

Opplysningsplikt i forhold til låntaker er således en uegentlig opplysningsplikt på den måten at den knytter seg til *risikoen*. Låntaker har på den måten ikke en lovpålagt plikt til å komme med opplysninger, men må selv ta risikoen dersom noe holdes tilbake.

### 3.5.1.2 Långivers undersøkelsesplikt

Selv om bankene i utgangspunktet skal basere sin vurdering på de opplysninger låntaker selv gir, tilsier hensynet til forsvarlig kredittvurdering og god bankskikk at det foreligger en viss undersøkelsesplikt fra bankenes side. Spørsmålet er hvor langt denne plikten strekker seg.

I en dom fra Høyesterett fastslås det at låneinstitusjonen har en viss undersøkelsesplikt hva angår lånetakers økonomiske forhold.<sup>65</sup> Da forholdet i dommen gjaldt ikke-ordinær kredittytelse, tilsier det at det skal en del til før en undersøkelsesplikt inntre. Ikke ethvert tilfelle tilsier undersøkelsesplikt.

Dette var imidlertid en uttalelse før frarådningsplikten ble lovfestet.

Ved lovfestingen har risikoen for forsvarlig kredittvurdering blitt flyttet lenger over på finansinstitusjonen. Etter forarbeidene pålegges ikke finansinstitusjonene aktivt å innhente opplysninger for å undersøke om lånetakeren har økonomi til å klare å

---

<sup>64</sup> Se BKN-02024

<sup>65</sup> Se Rt.1995 side 1540

betjene lånet.<sup>66</sup> Det antas videre at institusjonen av egen interesse har rutiner for en forsvarlig kredittvurdering. En forsvarlig kredittvurdering følger imidlertid av kravet til god bankskikk, samt formålet med bestemmelsen om å opplyse om risiko.

Dette tilsier at banken av hensyn til god bankskikk og forsvarlig vurdering bør foreta visse undersøkelser. Det er imidlertid vanlig etter bankenes egen praksis at de innhenter den informasjon de finner nødvendig for å foreta en vurdering, se punkt 3.4.1. At en plikt til undersøkelse og opplysninger foreligger, er klart. Hvor langt plikten strekker seg må vurderes konkrete i det enkelte tilfelle hvor man blant annet veier hensyn til forbrukervern og effektiv bankrådgivning opp mot hverandre.

Både låntaker og långiver gir opplysninger og evt. foretar undersøkelser på egen risiko, hvilket kan få betydning for et eventuelt lempingskrav.

### **3.5.1.3 Taushetsbelagte opplysninger**

Det kan forekomme tilfeller hvor saksbehandleren i vedkommende finansinstitusjon sitter inne med taushetsbelagte opplysninger av betydning for låntakers økonomiske evne. Dette kan eksempelvis være dersom banken vet at bedriften låntaker er ansatt, er utsatt for en nedskjæringsprosess og vedkommende vil komme til å miste jobben.

Spørsmålet blir da om saksbehandleren skal bryte taushetsplikten eller frarådningsplikten.

Dette problemet er diskutert i forarbeidene hvor Banklovkommisjonens mindretall uttaler at i slike tilfeller må institusjonen enten innhente samtykke til å gi opplysninger eller avslå fra å yte lån, dersom den ikke kan oppfylle frarådningsplikten uten å benytte den taushetsbelagte informasjonen.<sup>67</sup>

Et videre spørsmål er hvor langt undersøkelsesplikten strekker seg ved slike tilfeller. Man kan enten tolke undersøkelsesplikten til å omfatte den enkelte saksbehandler, eller banken i sin helhet. Skulle sistnevnte være tilfellet, vil den tilfeldige saksbehandler måtte foreta omfattende undersøkelser i egen finansinstitusjon for å avdekke slike opplysninger. En slik omfattende undersøkelsesplikt kan ikke være lovgivers mening.

### **3.5.2 Alvorlighetskravet**

Det fremgår av punkt 3.5.1 at banken er pliktig til å frarå dersom det foreligger konkrete holdepunkter for at låntaker "alvorlig" bør overveie å avstå fra å ta opp lån. Spørsmålet blir her hvordan man skal tolke dette begrepet.

Ved første øyeblikk kan det se ut som at frarådningsplikten kun inntreffer dersom forholdene anses "alvorlige". Dette er imidlertid ikke i samsvar med tidligere nevnte praksis eller formålet om å hindre uheldige låneopptak.

---

<sup>66</sup> Se NOU 1994:19 side 55

<sup>67</sup> Se NOU 1994:19 side 55.

Bruken av begrepet "alvorlig" er kun ment å understreke alvorret med bankens kommunikasjon overfor låntaker, med den hensikt å få låntaker til å tenke seg nøye om.

### 3.6 Skjæringstidspunkt – Når inntreer frarådningsplikt?

Det følger av lovens ordlyd at en frarådningsplikt foreligger før avtale inngås med en forbruker og strekker seg helt til lånet er utbetalt.

Det vil si at banken kan ha en plikt til å fraråde selv når bindende avtale om lån er inngått. Dette strider i utgangspunktet mot prinsippet om at inngåtte avtaler er bindende. Dette kan være tilfellet der det dukker opp nye opplysninger mellom avtaleinngåelse og før lånet utbetales. Eksempelvis dersom banken får kunnskap om at låntaker kan komme til å bli sagt opp.

Konsekvensen er nemlig den at låntaker som hovedregel har rett til å meddele at lånet allikevel ikke ønskes tatt opp.<sup>68</sup> Hvor praktisk denne regelen er, vil imidlertid avhenge av lånets formål. Dersom lånet skal brukes til boligkjøp, viser praksis at låntaker ofte har inngått bindende avtale om boligkjøp før lånet utbetales. Man vil derfor neppe trekke seg fra avtalen i slike tilfeller.

I tillegg vil den neppe være praktisk da man ved låneopptak har mulighet til å frigjøre seg fra avtalen. Når frigjøringstidspunktet er, vil bero på nærmere vilkår. Mot å trekke seg fra låneavtalen, må låntaker betale visse omkostninger. Størrelsen på omkostningene avhenger av hvor langt man har kommet i avtalen.

### 3.7 Rettsvirkningene av manglende frarådning – lemping

Etter finansavtaleloven § 47 annet punktum kan låntakers forpliktelser lempes "for så vidt dette finnes rimelig" dersom det foreligger brudd på frarådningsplikten.

Denne sanksjonsregelen skal anvendes dersom finansinstitusjonen har unnlatt å fraråde der det burde vært frarådet. Men også i de tilfeller hvor institusjonen har frarådet, men på en altfor vag måte i forhold til hva som burde vært tilsagt.<sup>69</sup>

I tillegg til at det må foreligge et brudd på plikten, kreves det i samsvar med alminnelig erstatningsrett at det foreligger årsakssammenheng mellom manglende frarådning og betalingsproblemer.<sup>70</sup> For å avdekke om det foreligger årsakssammenheng, må sannsynligheten for at låntakeren ville tatt hensyn til en eventuell frarådning dersom dette hadde blitt gjort vurderes.<sup>71</sup> Her må man legge vekt på personlige forutsetninger hos låntaker, samt hvilke signaler finansinstitusjonen har gitt.

---

<sup>68</sup> Se NOU 1994:19 side 55

<sup>69</sup> Se NOU 1994:19 side 56

<sup>70</sup> Se NOU 1994:19 side 56

<sup>71</sup> Se Hansen, Bjørn Erik: "Finansinstitusjoners frarådningsplikt noen utviklingslinjer." Publisert i Tidsskrift for Forretningsjuss – 2005- nr 02, side 249.

Manglende skriftlighet i seg selv tilsier ikke nødvendigvis lemping, men dette vil i første rekke være et spørsmål om bevis. I en uttalelse fra Bankklagenemnda ble det uttalt at selv om ikke det var gitt skriftlig frarådning, hadde allikevel banken gitt et sterkt signal om frarådning gjennom et krav om undertegning av salgsmakt. Det fremgår videre av Bankklagenemndas praksis at banken har bevisbyrden.<sup>72</sup>

### 3.7.1 Rimelighetsvurderingen

Finansinstitusjonens ansvar ved overtredelse av frarådningssplikten er som hovedregel objektiv. Men da det må foretas en rimelighetsvurdering, vil allikevel subjektive forhold spille inn.

Ordlyden er altomfattende og tilsier en skjønnsmessig vurdering. Det vil si at hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret, og kan føre til at manglende frarådning ikke får rettsvirkning overhodet. Bakgrunnen for bestemmelsens formulering, er at den gir spillerom for å kunne finne passende reaksjoner i det enkelte tilfelle.<sup>73</sup>

Problemstillingen i forhold til rimelighetsvurderingen, er hvilke momenter som kan vektlegges i en slik helhetsvurdering for å fastslå en eventuell lempingsplikt. Gjennom forarbeidene har Bankklagenemndas mindretall kommet med noen føringer i forhold til hva som kan vektlegges.

For det første vil det være relevant å legge vekt på hvor grov overtredelsen er. Overtredelsen kan innebære alt fra totalt manglende frarådning til der frarådning har funnet sted, men ikke på en tilstrekkelig forsvarlig måte. Også institusjonens saksbehandling for øvrig kan få betydning, deriblant hvorvidt det er hentet inn opplysninger.

For det annet vil forhold på låntakers side være av betydning for rimelighetsvurderingen. Man må blant annet vurdere i hvilken grad låntaker selv kan bebreides for det uheldige låneopptaket. Dette kan eksempelvis være om låntaker burde ha forstått at han ikke var i stand til å betjene lånet. Dersom kunden har gitt uriktige opplysninger bevisst, vil lemping være utelukket.

At spørsmålet om lemping beror på en sammensatt og skjønnsmessig vurdering fremgår av Bankklagenemndas praksis. I en uttalelse ble lånetakers forpliktelser lempet med 50 prosent på bakgrunn av en kritikkverdig kredittvurdering fra bankens side. Samtidig valgte nemnda å ikke lempe med 100 prosent da lånetakeren selv ikke kunne fritas for et lettsindig valg.<sup>74</sup>

### 3.7.2 Lempingen

Dersom det finnes rimelig, skal låntakers forpliktelser lempes. Finansavtaleloven § 47 sier imidlertid ingenting om graden av lemping.

---

<sup>72</sup> Se BKN-03108.

<sup>73</sup> Se NOU 1994:19 side 56.

<sup>74</sup> Se BKN-02024.

Etter forarbeidene kan selve lempingen skje på flere måter; Restfordring kan reduseres, renten kan reduseres eller bortfalle, nedbetalingsplanen kan forlenges eller det kan skje gjennom en kombinasjon av flere slike lempinger.

Det vanligste etter Bankklagenemndas praksis er å redusere restfordringen. Hvor mye som reduseres har blitt vurdert ut fra grad av bebreidelse på begge sider. Full lemping har imidlertid bare blitt gitt ved ekstraordinære tilfeller. Dette blir nærmere gjort rede for under punkt 4.

### **3.7.3 Forholdet til krav om erstatning**

Problemstillingen er her om låntaker i tillegg til lemping kan kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse. Dette vil kunne ha betydning i de tilfeller hvor låntaker er påført et økonomisk tap som ikke kan repareres gjennom lempingsadgangen. Eksempelvis med å selge eiendeler med tap for å betjene gjelden.<sup>75</sup>

Vilkåret for erstatning er at finansinstitusjonen har opptrådt culpøst, hvilket vil bero på en aktsomhetsvurdering. Da lemping etter finansavtaleloven § 47 er objektiv, vil terskelen for erstatning etter de alminnelige regler være høyere. Selv om overtredelse av frarådningsplikten vil utgjøre en del av culpa-grunnlaget, vil det i tillegg måtte foretas en mer omfattende vurdering.

Så langt har ikke spørsmålet blitt berørt i praksis, men man kan allikevel ikke utelukke et erstatningsansvar i de tilfeller lemping ikke dekker tapet.

## **4. Frarådningsplikten i praksis**

For å avdekke hvorvidt frarådningsplikten har virket i praksis, må man se på både selve praktiseringen og hvorvidt frarådningsplikten har blitt brutt.

### **4.1 Praktiseringen av frarådningsplikten**

Når det gjelder selve praktiseringen av frarådningsplikten, er informasjonen hovedsakelig basert på egne undersøkelser. I tillegg er det hentet informasjon fra Kredittilsynets undersøkelser.

Formålet har for det første vært å avdekke hvor mange låntakere som blir frarådet å ta opp lån, og hvor mange av disse som eventuelt tar opp lån til tross for fraråding. For det annet er det ønskelig å belyse hvordan selve frarådingen foregår.

---

<sup>75</sup> Se Hansen, Bjørn Erik: "Finansinstitusjoners frarådningsplikt noen utviklingslinjer." Publisert i Tidsskrift for Forretningsjuss – 2005- nr 02, side 237.

#### 4.1.1 Kredittilsynets undersøkelser

Kredittilsynet har gjennomført flere undersøkelser for å kartlegge bankenes utlånspraksis, både ved å intervjuere banker og gjennom kundeundersøkelser.

Kredittilsynet har som oppgave å se til at foretakene innen finans- og forsikringsmarkedet, verdipapirmarkedet, eiendomsmegling, inkasso og regnskaps- og revisjonsvirksomhet virker på en hensiktsmessig og betryggende måte.

Det er særlig to undersøkelser som er av interesse for vurdere praktiseringen av bankenes frarådningsplikt.

Den ene er "Tematilsyn om boligfinansiering" fra november 2007 hvor formålet blant annet var å kartlegge bankenes praktisering av frarådningsplikten iht. finansavtaleloven.<sup>76</sup>

Den andre undersøkelsen av interesse er boliglånsundersøkelsen utført årlig av Kredittilsynet. Formålet med undersøkelsen er å vurdere bankenes utlånspolitikk overfor husholdningene, blant annet bankenes frarådningsplikt. Undersøkelsen ble gjennomført for første gang i 2004 og har blitt utført årlig til og med 2008. Den er imidlertid kun publisert i 2004, slik at tall fra etterfølgende år er innhentet gjennom intervju utført av Kredittilsynet.<sup>77</sup>

##### 4.1.1.1 Gjennomføringen av undersøkelsene

Rapporten "Tematilsyn om boligfinansiering" ble gjennomført i 2007 hos 8 banker. I forhold til bankenes frarådningsplikt ønsket Kredittilsynet hovedsakelig å avdekke hvordan kredittvurderingene foretas og hvorvidt de anses forsvarlig.

Kredittilsynets rapport "Utlån til husholdninger" er en del av den årlige boliglånsundersøkelsen som består av en kundeundersøkelse med kunder fra ulike banker. Den ble første gang gjennomført i 2004 etter anmodning fra Finansdepartementet og er gjennomført i samarbeid med Forbrukerrådet. Gjennom kundeundersøkelsen ønsker Kredittilsynet å kartlegge hvilken informasjon lånetaker får av banken i forbindelse med søknad om boliglån hvor blant annet frarådningsplikten er omfattet.

Det må imidlertid nevnes at begge rapportene kun gjelder utlån til bolig, slik at det totale antall frarådningstilfeller kan tenkes å være høyere.

---

<sup>76</sup> Kredittilsynets rapport av november 2007: "Tematilsyn om boligfinansiering". Lagt ut på Kredittilsynets hjemmesiden 14. november 2007. Se <http://www.kredittilsynet.no/wbch3.exe?d=6412>

<sup>77</sup> Kredittilsynets rapport av 2004: "Angående utlån til husholdninger". Lagt ut på Kredittilsynets hjemmeside 21. desember 2004. Se <http://www.kredittilsynet.no/wbch3.exe?ce=13879>

#### 4.1.1.2 Resultater av undersøkelsene

Da undersøkelsene er svært omfattende og ikke bare gjelder frarådningsplikten, vil kun hovedtrekkene med betydning for frarådningsplikten i finansavtaleloven § 47 presenteres.

Jeg vil først ta for meg resultatene i "Tematilsyn om boligfinansiering".

For det første konkluderte Kredittilsynet med at syv av åtte banker oppgir å ha modeller for å beregne den økonomiske evnen. Kredittilsynet avdekket imidlertid gjennom undersøkelsen at ved fem av bankene ble betalingsevnen overvurdert etter utredningsmodellen. Det innbar at kundene fikk bedre økonomi og betjeningsevne, enn hva realiteten var.

Videre kom det frem av undersøkelsen at samtlige banker vurderer kundenes gjeldsgrad for å avdekke den økonomiske evnen, det vil si forholdet mellom den totale gjeld og inntekt. En del banker tok imidlertid ikke med kundenes andel av fellesgjelden ved kjøp av borettslagsleiligheter med i beregningen. Etter Kredittilsynets mening er dette uheldig da det vil gi et riktigere bilde av betjeningsevnen dersom dette tas med.

Ved flere banker fikk kunder med gjeldsgrad høyere enn hva retningslinjene tillot, altså manglende betjeningsevne, innvilget lån. På bakgrunn av dette mente Kredittilsynet at en innstramning av utlånspraksisen er nødvendig. Dette er i samsvar med egne undersøkelser hvor bankene uttalte å ha gjennomført innstramning på bakgrunn av Kredittilsynets rapporter.

Når det spesifikt gjaldt praktisering av frarådningsplikten manglet tre av åtte banker klare retningslinjer for når frarådning skal gis. For de fem bankene som hadde slike retningslinjer, forelå det imidlertid uklar etterlevelse av retningslinjene.

Tilslutt fremgår det av undersøkelsen at kun en av åtte banker fører statistikk over antall frarådningstilfeller forhold til totalt bevilgede saker.

De årlige rapportene fra boliglånsundersøkelsene fokuserer mer på omfanget frarådnings, fremfor måten det blir praktisert på.

I undersøkelsen fra 2004 rapporten fremkom det at bankene frarådet i cirka 1,6 prosent av tilfellene, mens 7 prosent i kundeundersøkelsen oppga at de var blitt frarådet å ta opp lån. Kredittilsynet påpeker at forskjellen i omfang av frarådning i undersøkelsene kan skyldes ulik oppfatning av frarådningsbegrepet.

Da boliglånsundersøkelsene fra senere år ikke er publisert, har jeg kun fått tallene for frarådning fra kundeundersøkelsene.

I 2005 oppga 6 prosent av kundene at de ble frarådet, i 2006 var tallet på 8 prosent, i 2007 var det en markant oppgang hvor 10 prosent ble frarådet, mens tallet gikk ned til 7 prosent i 2008. Gjennomsnittlig har frarådningstallet i henhold til kundeundersøkelsene vært på cirka 7-8 prosent fra 2004 t.o.m. 2008.



#### **4.1.2 Egne undersøkelser**

Undersøkelsene ble foretatt i februar/mars 2009 hos tre banker med til sammen ti rådgivere. De ble gjennomført hovedsakelig gjennom telefonintervju, hvor spørsmålene ble tilsendt på forhånd av hensyn til best mulig forberedelse. Samtlige rådgivere har vært ansatt som rådgiver fra før frarådningssplikten trådte i kraft. Bankene har sitt virkeområde innenfor Nord-Norge.

Undersøkelsen bestod av fire hovedspørsmål: Hvor mange blir frarådet, hvor mange tar opp lån til tross for frarådning, hvor stort er omfanget av mislighold og hvordan foregår frarådningen.

Resultatene vil bli presentert for hvert enkelt spørsmål. Da bankene ikke fører statistikk vedrørende frarådning, er resultatene presentert i prosentvis anslag.

Det må imidlertid påpekes at grunnlaget for undersøkelsen er såpass tynn at man ikke kan trekke sikre slutninger. Imidlertid peker svarene i entydig retning, hvilket gjør at undersøkelsene allikevel er av interesse.

##### **4.1.2.1 Første spørsmål: Antall frarådningstilfeller**

Når det gjelder antall tilfeller som blir frarådet, varierte antallet fra 1 – 4 prosent. Gjennomsnittlig blir cirka 2-3 prosent av kundene frarådet å ta opp lån. Samtlige banker opplyser at det er manglende betjeningsevne som vanligvis begrunner en frarådning, men at de heller avslår lånesøknaden enn å fraråde dersom de er i tvil.

Når det gjelder utvikling av antall tilfeller fra bestemmelsen trådte i kraft i 2000 til 2008, opplyser tre rådgivere at det var en markant økning med frarådningstilfeller fra 2006 til 2007, men at tallet deretter gikk ned. Dette er i samsvar med tallene fra Kredittilsynets kundeundersøkelse.

De øvrige rådgivere uttaler at det ikke har vært noen markant utvikling, men at de har blitt flinkere til å praktisere regelen i løpet av de åtte årene.

Fire rådgivere ved to forskjellige banker sier at de burde ha frarådet ved flere tilfeller, men at manglende frarådning har skyldtes uforutsette forhold eller opplysninger om kundens betjeningsevne som de ikke har klart å fange opp gjennom systemet.

##### **4.1.2.2 Annet spørsmål: Opptak av lån tiltross for frarådning**

Ved spørsmålet om hvor mange som tar opp lån tiltross for frarådning, svarte samtlige rådgivere at de fleste, opp mot 100 prosent, tok opp lån. Dette ble begrunnet med at låntakerne allerede har bestemt seg i forhold til investeringen når de søker lån, slik at lånesøknaden kommer sent i prosessen.

Bankene opplyser imidlertid at noen låntakere trekker seg før et eventuelt lånetilbud gis. Dette skjer gjerne på grunn av samtaler med banken hvor låntaker selv innser at det økonomisk kan bli vanskelig. Det er slike tilfeller som kan være årsaken til at

omfanget av frarådninger viser seg å være forskjellig alt ettersom det er kunden eller banken som uttaler seg, se pkt 4.1.1.2. Mens kunden gjerne anser rådgivers skepsis uttrykt muntlig som frarådning, vil det ikke etter bankens syn foreligge frarådning før dette gjøres skriftlig.

#### **4.1.2.3 Tredje spørsmål: Omfanget av mislighold**

Ettersom opp mot 100 prosent av lånetakerne tar opp lån til tross for frarådning, blir det naturlig å spørre om det foreligger mislighold blant disse.

Samtlige banker uttaler at det foreligger lite mislighold, og i alle tilfeller ingenting markant. Bankene begrunner dette med at lånetakere med dårlig betjeningsevne ofte har en større interesse og vilje til å betale. Det fremgår i tillegg gjennomgående at disse lånetakerne ved lånesøknad har en gjennomtenkt plan for hvordan de skal klare å betjene lånet.

Ved disse uttalelsene må man imidlertid ta i betraktning at Norge har vært i gjennom en økonomisk medgangstid med generelt lavt mislighold. Hvorvidt uttalelsene holder mål fremover, er for tidlig å si.

#### **4.1.2.4 Fjerde spørsmål: Selve frarådningen**

Ved spørsmål om hvordan frarådningen ble praktisert, ble det blant annet pekt på hvor konkretisert begrunnelsen for frarådning er og hvor lang tid kunden får til overveielse.

Fire av ti rådgivere uttaler at frarådningen skjer konkret med en individuell tilbakemelding på hvorfor banken ber dem overveie å avstå fra å ta opp lånet. Seks rådgivere uttaler at frarådningen blir presentert gjennom en generell standardtekst.

Samtlige banker hevder å holde to kundemøter hvor frarådningen helst blir presentert på første møte, avhengig av om bankene har fått de papirene som trengs. I de fleste tilfeller ble imidlertid frarådningen presentert samtidig med lånetilbudet. Bankene opplyser selv at de helst ønsker at frarådningen gis på et tidligere tidspunkt.

Alle ti rådgivere oppgir at ingen kunder bruker lang tid til overveielse. Gjennomsnittlig bruker kunden alt fra en til tre dager fra tilbud med frarådning er gitt, til papirene blir signert.

#### **4.1.3 Oppsummering**

Kort oppsummert blir 2-3 prosent av låntakerne frarådet, mens bankene oppgir at de heller avslår dersom de er i tvil.

Opp mot 100 prosent tar opp lån tiltross for frarådningen, men det foreligger ingen markant mislighold blant disse.

I de fleste tilfeller kommer frarådningsplikten sent i prosessen og fremstår ofte som en formalitet både av hensyn til tidspunkt og måten den kommer til uttrykk på.

## 4.2 Brudd på frarådningsplikten – Bankklagenemndas praksis

Informasjon om brudd på frarådningsplikten er hentet fra Bankklagenemndas praksis. Formålet er å avdekke hvor mange brudd som foreligger på frarådningsplikten, og eventuelle rettsvirkninger av disse.

Bankklagenemnda har per april 2009 avsagt seksten uttalelser om frarådningsplikt overfor låntaker etter finansavtalelovens ikrafttredelse.

I syv av uttalelsene fant Bankklagenemnda at banken ikke hadde plikt til å fraråde.<sup>78</sup> Begrunnelsen for å ikke gi kunden medhold var varierende, eksempelvis fordi kredittvurderingen var forsvarlig, det forelå kritikkverdige forhold på låntakers side eller det manglet økonomisk tap.

I åtte av uttalelsene fikk kunden medhold i at banken burde ha frarådet. I to av uttalelsene fikk manglende frarådning ingen rettsvirkninger.<sup>79</sup> I BKN-03108 mente Bankklagenemnda at banken tiltross for manglende skriftlig frarådning hadde gitt klare signaler om vanskelighetene ved å betjene lånet. I BKN-03140 ble ikke lånet lempet til tross for brutt frarådningsplikt da lånetaker var død og lempingen utelukkende ville komme arvingene til gode.

I fire av de seks øvrige uttalelsene ble lånetakers forpliktelser lempet, men kun med cirka halvparten da kunden i noen grad måtte lastes for det uheldige låneopptaket.<sup>80</sup>

I de resterende to uttalelsene ble lånetakers forpliktelser lempet 100 prosent.<sup>81</sup> BKN-07155 gjaldt lån i forbindelse med kjøp av borettslagsleilighet. Bakgrunnen for at lånet ble lempet helt, var for det første misforholdet mellom lånetakers forpliktelser og inntekt. Og for det annet på grunn av sen frarådning. Nemnda uttalte

*“.. at frarådning skal være skriftlig, og gis på en måte som gir lånsøkerne en mulighet til å overveie låneopptaket.”*

I BKN-08044 ble lånet lempet helt på grunn av uforsvarlig kredittvurdering fra bankens side. Banken hadde vurdert betjeningsevnen ved en eventuell renteøkning, men det ble ikke tatt i betraktning at fellesgjelden kunne stige. Banken tok heller ikke med i vurderingen at kundene hadde annen gjeld på kr 300.000,-.

De to sistnevnte tilfellene er tilfeller hvor det klart er misforhold mellom låntakers økonomiske evne og samlede forpliktelser. Ved slike tilfeller, er det tvilsomt om frarådning er tilstrekkelig. Etter min mening tilsier forholdene at dette er lån som ikke burde vært gitt.

---

<sup>78</sup> Se BKN-03097, BKN-06092, BKN-07082, BKN-05104, BKN-05122, BKN-09010 og BKN-08091.

<sup>79</sup> Se BKN-03108 og BKN-03140.

<sup>80</sup> Se BKN-02024, BKN-04108, BKN-07060 og BKN-08054.

<sup>81</sup> Se BKN-08044 og BKN-07155

Selv om långiver etter loven kan bli stilt ansvarlig til tross for at lånet er frarådet, foreligger det per i dag ingen tilfeller hvor dette er gjort. Kun ved ett tilfelle har kunden krevet lemping tiltross for at banken har frarådet dem å ta opp lånet.<sup>82</sup> Låntaker ble ikke gitt medhold da han gjennom sin datter hadde gitt banken feil opplysninger vedrørende sin egen økonomi.

## 5. Har frarådningsplikten oppfylt sitt formål?

Ved lovfestingen av bankenes frarådningsplikt, er tyngdepunktet for hvem som skal ha risikoen for uansvarlig kredittgivning flyttet lenger mot långiver.

Frarådningsplikten forbyr ikke banken å yte lån, men fremstår som en mellomting mellom avslag og innvilgelse, hvilket skal plante en usikkerhet hos låntaker med den hensikt å få han til å tenke seg om.

### 5.1 Frarådningspliktens betydning for kredittvurderingen

Da det har blitt påvist en noe liberal utlånspraksis hos bankene, ønsket man gjennom frarådningsplikten å tvinge bankene til å bli mer restriktive i sin kredittvurdering. Siktemålet er preventivt da man ønsker å hindre at uforsvarlige lånetilbud gis.

I henhold til egne undersøkelser, se pkt 4.1.2, uttaler samtlige banker at frarådningsplikten har ført til en skjerpet kredittvurdering. Lovfestingen har tvunget bankene til å bli mer bevisste rundt betydningen av frarådningsplikten. Blant annet har bankene måtte utvikle et bedre kredittvurderingssystem.

Hos åtte av ti rådgivere fremgår det imidlertid at de har måttet gjøre endringer i forhold til kredittvurderingen de siste to årene i form av innskjerpinger. Denne innskjerpingen har sin bakgrunn i finanskrisen og svingninger i markedet.

Kredittilsynets rapporter viser at bankene ikke er like restriktive i kredittvurderingen som de burde. Mange banker mangler fortsatt faste retningslinjer og så godt som ingen har oversikt over antall frarådnings. I tillegg etterlyser Kredittilsynet en større konkretisering rundt retningslinjene, da de fremstår litt for generelle.

Gjennom kravet om mer restriktiv kredittvurdering, skal bankene søke å opplyse om risikoen slik at begge parter har anledning til å tenke seg om. Da undersøkelser allikevel viser at frarådningsplikten ofte kommer sent, og gjerne i standardisert form, kan ikke formålet om opplysning anses å være ivaretatt på en tilstrekkelig god måte.

På bakgrunn av dette kan man konkludere med at lovfestingen har tvunget bankene til å gjennomføre en mer restriktiv kredittvurdering enn tidligere, men at det enda er et stykke igjen før kredittvurderingen er tilstrekkelig god for å ivareta lovens formål.

---

<sup>82</sup> Se BKN-06101

## 5.2 Er et økt forbrukervern oppnådd ved lovfestingen?

Banklovkommisjonens mindretall uttalte i forarbeidene at økt forbrukervern var et sentralt formål med lovfestingen. Da banken er å anse som den sterke part i henhold til kunnskap og erfaring, burde det komme forbrukeren til gode i et låneforhold. Som en konsekvens av økt forbrukervern, vil også banken bli tildelt et større ansvar.

Hvorvidt dette forbrukervernet er oppnådd gjennom lovfestingen, avhenger av om det er frarådet eller ikke i det konkrete tilfellet. Teoretisk sett har forbrukeren oppnådd sterkere rettigheter ved at et ansvar kan lempes over til banken, dersom de ikke har gjort det de skulle.

Dersom det har blitt frarådet, viser praksis at det skal mye til for at banken blir stilt ansvarlig selv om forarbeidene teoretisk sett åpner for det. Dermed kan man si at risikoen for uheldige låneopptak er flyttet til forbrukeren i de tilfeller hvor det er frarådet. Det som i praksis skjer ved slike tilfeller er at kunden blir opplyst av banken om risikoen ved lånet. Dersom kunden da likevel velger å takke ja til lånetilbudet, er risikoen skjøvet over på han fremfor å ligge hos banken.

Dersom kunden *ikke* har blitt frarådet låneopptak, men omstendigheter tilsier at det burde blitt gjort, ligger fortsatt risikoen hos lånegiver. Det vil si at lånegiver kan bli stilt ansvarlig for uforsvarlig låneopptak. Dette ansvaret virker imidlertid å ha begrenset rekkevidde da kun seks av seksten uttalelser fra Bankklagenemnda har ført til lemping. Både i de ti tilfellene hvor banken ikke ble stilt ansvarlig, og i fire av de seks tilfellene hvor banken ble det, har forhold på lånetakers side spilt en vesentlig rolle.

Forhold på lånetakers side har ført til manglende rettsvirkninger ved brudd, eller redusert lemping der banken er stilt ansvarlig. Slike forhold har eksempelvis vært manglende informasjon vedrørende økonomiske forhold, eller lånetakers kunnskap om risikoen ved låneopptaket.

Til tross for at man ved lovfestingen ønsket å gi banken et større ansvar på grunn av dens kunnskap og erfaring, ligger fortsatt en betydelig del av risikoen på låntakers egen vurdering. Tre rådgivere uttaler i forbindelse med dette at de opplever lovfestingen som et større vern av bankens interesser enn forbrukerens interesser.

Spørsmålet blir videre hvor langt forbrukervernet bør strekkes. Det bør eksempelvis ikke være slik at lånetaker skal kunne slippe å tenke seg om og begi seg ut på risikofylte prosjekter, hvor man senere skyver ansvaret over på banken. I egne undersøkelser uttaler blant annet to rådgivere at privatkunder generelt har et stort potensial til å øke innsikten i egen økonomi.

## 5.3 Tjener frarådningsplikten som en ansvarsfraskrivelse for bankene?

Det fremgår av tidligere presentert praksis, at det per i dag ikke foreligger tilfeller hvor banken har frarådet for så å bli stilt ansvarlig.

Så fremt banken legger inn en frarådning i tilbudsbrevet, vil man fort kunne tillate seg å være litt mer dristig i kredittvurderingen. Etter Kredittilsynets undersøkelser fremgår det nemlig flere tilfeller hvor bankene har gitt lån selv om det forelå manglende betjeningsevne. Det skal da mye til før lånetakers forpliktelser lempes. Man kan ved ekstreme tilfeller tenke seg at avtalelovens ugyldighetsbestemmelser kommer til anvendelse, men der er terskelen høy.

I tillegg taler det faktum at frarådningen ofte kommer sent i prosessen, samt fremgår som en formalitet for at den i praksis fungerer som en ansvarsfraskrivelse. Imidlertid uttaler bankene selv at de heller avslår lån, enn å fraråde ved tvilstilfeller.

#### **5.4 Har frarådningsplikten virket konfliktskapende?**

I lovgivningsprosessen fryktet Justisdepartementet at bestemmelsen ville virke konfliktskapende på grunn av skjønnsmessig begrepsbruk.<sup>83</sup>

At denne frykten har medført riktighet, finnes det foreløpig ingen holdepunkter for da bestemmelsen har fått snever rekkevidde gjennom Bankklagenemndas praksis. De tilfellene som har blitt klagt inn for nemnda, viser imidlertid at det er behov for at en slik regel er skjønnsmessig. På den måten kan man ta mer individuelle og konkrete hensyn og foreta en bredere vurdering. Ulempen er igjen fra lånetakers ståsted at rettsvirkningene blir lite forutsigbar.

I kun to tilfeller har hele ansvaret blitt lempet over på banken. Hvorvidt det taler for at det er et økt forbrukervern, er for tidlig å si da dette gjaldt to svært kritikkverdige kredittvurderinger.

#### **5.5 Har frarådningsplikten hindret uheldige låneopptak?**

Hovedformålet med lovfestingen av bankenes frarådningsplikt, er å hindre at uheldige låneopptak tas.

Frarådningsprosenten på anslagsvis 2-3 prosent er lav. Imidlertid tar de fleste kundene opp lån tross for å ha blitt frarådet.

Dette taler for at bestemmelsens hovedformål ikke har blitt oppfylt, heller tvert i mot. I de tilfeller banken har frarådet, virker det ikke som frarådningen har ført til at kunden har tenkt seg om. Mange av disse tilfellene begrunnes med at kunden allerede har bestemt seg for å investere, slik at kunden ikke lytter til banken.

Selv om bestemmelsen således ikke har virket etter sitt formål, har man ingen holdepunkter for å si at den har ført til uheldige låneopptak.

Det faktum at samtlige banker oppgir å avslå fremfor å fraråde ved tvilstilfeller, er i samsvar med det Banklovkommisjonens flertall hevdet om at bestemmelsen vil virke upraktisk.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Se Ot.prp.nr 41 (1998-99) side 58, første spalte.

<sup>84</sup> Se NOU 1994:19 side 53.

Man ser også de heldige virkningene av at borettslag ikke er omfattet av forbrukerbegrepet da antall tvangssalg ved borettslag har hatt en markant økning. Tall fra Nord-Troms tingrett viser at antall tvangssalg av borettslagsleiligheter har økt fra 50 tilfeller i 2005 til totalt 192 tilfeller i 2008.

Banken som finansierer innskuddet til hver enkel andelshaver, er pliktig til ta hensyn til fellesgjelda når kundens betjeningsevne vurderes. Dette fremgår av Bankklagenemndas praksis.

Problemet oppstår imidlertid ved såkalte lavinnskuddsleiligheter, hvor andelshaveren gjerne ikke tar opp lån. Dermed blir det ikke foretatt kredittsjekk og heller ingen som kan stilles ansvarlig for manglende frarådning.

Hvorvidt det økende antall tvangssalg skyldes manglende frarådning, er imidlertid vanskelig å fastslå. Årsakene til tvangssalg kan være mange, blant annet samlivsbrudd, økt rente, tap av inntekter og lignende. Kundens betjeningsevne kan dermed ha vært forsvarlig ved låneopptak.

Tidligere nevnte praksis fra Bankklagenemnda viser allikevel tilfeller hvor banken som finansierer innskuddet ikke har foretatt en tilstrekkelig forsvarlig kredittvurdering med tanke på fellesgjelden. Man kan heller ikke utelukke at en frarådningssplikt ovenfor banken som finansierer fellesgjelda kunne forhindre tilfeller av tvangssalg, da kjøpere av lavinnskuddsleiligheter da ville blitt kredittvurdert.

I tillegg vil det faktum at flere banker innrømmer manglende frarådning i tilfeller hvor det burde vært frarådet, tale for at lovfestingen ikke har hindret uheldige låneopptak i tilstrekkelig grad.

## **6. Rettspolitisk vurdering av frarådningssplikten**

Det er grunn til å tro at lovfestingen av frarådningssplikten har ført til økt bevissthet rundt kredittvurdering og pliktens omfang. Praktiseringen har imidlertid vist seg å være utilstrekkelig, hvilket har ført til tilfeller hvor det ikke har blitt frarådet.

I tillegg har et stort antall boliglån, da hovedsakelig med tanke på lavinnskuddsleiligheter, falt utenfor bestemmelsen i finansavtaleloven § 47, hvilket har ført til at uheldige låneopptak har blitt tatt.

### **6.1 Årsaker til at bestemmelsen ikke har virket etter sitt formål**

Med tanke på bankens utøvelse av frarådningssplikten, ser det ut som manglende retningslinjer er en del av årsaken til at bestemmelsen ikke har virket slik den skal. Frarådningen kommer for sent og fremstår ovenfor kunden ofte som en formalitet slik at den i enkelte tilfeller ikke blir oppfattet så alvorlig som den burde.

Men ikke alt ansvar kan legges på bankene da kunden ikke ser ut til å benytte seg av bankens erfaring og kunnskap. Kundene viser liten vilje til å tenke seg om etter å ha mottatt en anmodning om frarådning.

I tillegg fremgår det at lånetaker og lånegiver oppfatter frarådningssplikten forskjellig, hvilket kan være en konsekvens av skjønsmessig bestemmelse og uklare krav til praktisering. I forbindelse med dette uttalte to av rådgiverne i undersøkelsen at de fant det vanskelig å skille de tilfeller der de burde fraråde fra avslagstilfellene.

Tilslutt kan det lave antall av lempingstilfeller ha ført til at selve frarådningssplikten ikke har blitt så effektiv som ønsket. Meningen var nemlig at lempingsadgang skulle ha som formål å effektivisere frarådningssregelen.

## 6.2 Forslag til tiltak for å effektivisere frarådningssplikten

For det første bør det gis klarere retningslinjer overfor finansinstitusjonene for *når* frarådningssplikten inntreffer, slik at bestemmelsen får mindre grad av skjønn. Også nærmere retningslinjer med hensyn til selve praktiseringen og *når* i prosessen frarådningen bør gjøres, kan føre til at bestemmelsen virket mer effektivt. Man kan eksempelvis gjennom rundskriv fra Kredittilsynet gi veiledning til hvilke momenter som bør være med i vurdering av låntaker.

For å unngå at kredittvurderingen blir basert på feil eller mangelfull informasjon, har det blitt foreslått å etablere et gjeldsregister i Norge. Et slikt gjeldsregister reiser imidlertid en del spørsmål, blant annet hensyn til personvern, og det foreslås derfor ingen slike tiltak per i dag. Tiltaket er vurdert av en arbeidsgruppe nedsatt av Forbrukerrådet.<sup>85</sup>

Per i dag krever lovens ordlyd at frarådningen skjer skriftlig. Dette virker å ha ført til en formalisert frarådning, gjerne uttrykt gjennom en standardtekst. Gjennom egne undersøkelser uttalte imidlertid flere rådgivere at det forelå tilfeller hvor kunden trakk lånesøknaden etter første rådgivningsmøte, altså *før* det ble fremlagt en skriftlig frarådning. Årsaken til dette var at kunden gjennom samtale med banken selv innså at risikoen ble for stor.

Dette viser at ikke nødvendigvis skriftlig frarådning er mest effektivt, selv om kontrollmulighetene da er enklere i ettertid.

For å få en større prevensjonseffekt hos bankene kan strengere sanksjon ved brutt frarådning være et virkemiddel som tvinger bankene til en forsvarlig vurdering både av hensyn til forbruker og for egen skyld.

Det er derimot ikke bare tiltak i forhold til krav rundt lovbestemmelsen som kan hindre uheldige låneopptak i større grad. For at samtlige kjøp av borettslagsleiligheter skal falle innenfor frarådningssplikten, har det blitt foreslått

---

<sup>85</sup> Se rapport av 18.08.2004. "Tiltak for å bedre informasjonstilbudet til sluttbrukere i finansmarkedet", side 51. Publisert på Forbrukerrådets hjemmeside:

[http://forbrukerportalen.no/Artikler/2007/finansportalen\\_no\\_beslutningsgrunnlag\\_for\\_videre\\_utvikling](http://forbrukerportalen.no/Artikler/2007/finansportalen_no_beslutningsgrunnlag_for_videre_utvikling)



lovbestemt maksimumsgrense på fellesgjeld.<sup>86</sup> Gjennom forslaget vil kjøperne normalt få behov for å ta opp lån til innskudd, slik at de blir kredittvurdert og omfattet av bankenes frarådningsplikt i finansavtaleloven § 47.

I en dom fra Oslo tingrett ble megler dømt til å betale erstatning på bakgrunn av manglende frarådning.<sup>87</sup> Kjøperen hadde uttrykkelig spurt om det var et trygt kjøp og videre informert om økonomien sin. Dommen slo fast at en megler har frarådningsplikt i likhet med en finansinstitusjon dersom han innehar positiv kunnskap om kjøpers økonomiske forhold.

Dommen er imidlertid anket, og det er etter min mening tvilsomt hvorvidt meglers ansvar vil strekkes like langt etter en vurdering av lagmannsretten.

Dommen fra Oslo tingrett illustrerer en eventuell konsekvens ved at finansavtaleloven § 47 ikke omfatter alle de tilfeller den burde for å hindre uheldige låneopptak. Om meglers ansvar skulle omfatte en frarådningsplikt og dermed kreve vurdering av kjøpers betalingsevne, må man først stille strengere krav til meglers kunnskap og kompetanse. Hvis ikke vil en slik frarådningsplikt hos megler kunne få tilfeldige utfall.

Det som avslutningsvis kan slås fast, er at loven ikke oppfyller hele sitt formål. Banken gjør i utgangspunktet det de skal i henhold til de krav som loven stiller per i dag. Dette innebærer at det er nødvendig med lovendringer, eventuelt nærmere presiseringer av loven, for at bestemmelsen skal virke optimalt.

**Antall ord i besvarelsen: 14 125**

---

<sup>86</sup> Se artikkel ”Vil forby skyhøy fellesgjeld” på hjemmesiden til Din Side. Publisert 20.02.2009.  
<http://www.dinside.no/805384/vil-forby-skyhoy-fellesgjeld>

<sup>87</sup> Se TOSLO-2008-62244.

## 7. Litteraturliste

### Lover:

|                            |  |
|----------------------------|--|
| <b>Finansavtaleloven</b>   | Lov av 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag.                           |
| <b>Gjeldsordningsloven</b> | Se Lov nr. 99 av 17. juli 1992 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner. |
| <b>Kredittkjøpsloven</b>   | Lov om kredittkjøp nr. 82 av 21. juni 1985.  |

### Forarbeider:

|                                  |   |
|----------------------------------|---|
| <b>NOU 1991:16</b>               | Gjeldsordning for personer med betalingsvansker |
| <b>NOU 1992:30</b>               | En rapport om bankkrisen                        |
| <b>NOU 1994:19</b>               | Finansavtaler og finansoppdrag.                 |
| <b>Innst.O.Nr. 84 (1998-99).</b> | Innstilling fra justiskomiteen                  |
| <b>Se Ot.prp.nr.41 (1998-99)</b> | Finansavtaler og finansoppdrag,                 |

### Rettspraksis:

LE-2003-5641  
LG-2006-35260  
Rt.1959 side 1048  
Rt.1990 side 284  
Rt.1994 side 1288  
Rt.1995 side 1540  
Rt.2003 side 1252

### Bankklagenemndas praksis:

BKN-93022  
BKN-93079  
BKN-95063  
BKN-02024  
BKN-03097  
BKN-03108  
BKN-03140  
BKN-04108  
BKN-05104  
BKN-05122  
BKN-06092  
BKN-06101  
BKN-07060  
BKN-07082  
BKN-07155

BKN-08044  
BKN-08054  
BKN-08091  
BKN-09010

### **Litteratur:**

**Hagstrøm Viggo:** "Obligasjonsrett". Utgitt av Universitetsforlaget 2003. 3.utgave

**Hansen, Bjørn Erik:** "Finansinstitusjoners frarådningsplikt noen utviklingslinjer." Publisert i Tidsskrift for Forretningsjuss – 2005- nr 02

**Hveem, Dag Jørgen:** "Bankenes frarådningsplikt etter den norske finansavtalen", side 115 publisert i "8 perspektiver på finansiell rådgivning" av Lennart Lyng Andersen

**Jørgensen, Tanja:** "Frarådningsplikt – inspiration til dansk ret", side 151. Publisert i "Kapitalmarked og kunderelationer – hilsener til Lars Gorton. Forlaget Thomson A/S, København 2007.

**Nazarian, Henriette:** "Lojalitetsplikt i kontraktsforhold". Utgitt av J. W Cappelens Forlag AS, Oslo 2007.

### **Rapporter:**

Kredittilsynets rapport av 2004: "Angående utlån til husholdninger". Lagt ut på Kredittilsynets hjemmeside 21. desember 2004. Se <http://www.kredittilsynet.no/wbch3.exe?ce=13879>

Kredittilsynets rapport av november 2007: "Tematilsyn om boligfinansiering". Lagt ut på Kredittilsynets hjemmesiden 14. november 2007. Se <http://www.kredittilsynet.no/wbch3.exe?d=6412>

Kredittilsynets rapport av 3. januar 2008, nr 2/2008. "Moderat avkastning for sammensatte produkter – stor risiko ved lånefinansiering".

### **Artikler:**

Artikkelen: "Vil forby skyhøy fellesgjeld" på hjemmesiden til Din Side. Publisert 20.02.2009. <http://www.dinside.no/805384/vil-forby-skyhoy-fellesgjeld>