



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Bankens plikt til å avslå kredittavtale med forbruker etter
finansavtaleloven § 5-4**

Magnus Johannesen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, vår 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet og hensyn bak lovgivningen.....	3
1.3	Metode og rettskildebruk	4
1.3.1	Metodiske utfordringer.....	4
1.3.2	Lovgivning og forarbeider	5
1.3.3	Forholdet til EØS/EU-retten.....	5
1.3.4	Forholdet til praksis fra Finansklagenemda Bank.....	6
1.4	Avgrensninger og terminologi	8
1.5	Videre fremstilling	9
2	Avslagspliktens bakgrunn og virkeområde	9
2.1	Innledning.....	9
2.2	Avslagspliktens tilblivelse.....	9
2.2.1	Innledning.....	9
2.2.2	Ulovfestet frarådningsplikt.....	10
2.2.3	Lovfestet frarådningsplikt i finansavtaleloven (1999) § 47	11
2.2.4	Avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4	12
2.3	Avslagspliktens virkeområde	13
2.3.1	Innledning.....	13
2.3.2	Kredittavtaler.....	13
2.3.3	Rettighetssubjektet	14
2.3.4	Pliktsubjektet	17
3	Vurderingsgrunnlaget for avslagsplikten – bankens plikt til å kredittvurdere forbruker.....	18

3.1	Kredittvurderingsplikten etter finansavtaleloven § 5-2.....	18
3.2	Kredittytters plikt til å sørge for verdivurdering av sikkerhet.....	19
3.3	Nærmere om plikten til å kredittvurdere forbruker.....	19
3.4	Hvilke opplysninger skal inngå i kredittvurderingen?.....	20
3.4.1	Innledning.....	20
3.5	Når er det innhentet tilstrekkelige opplysninger?.....	21
3.5.1	Innledning.....	21
3.5.2	Bruken av forenklete kredittvurderinger.....	21
4	Avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4.....	23
4.1	Noen utgangspunkter.....	23
4.2	Kjernen for avslagsplikten – forbrukers kredittevne.....	24
4.2.1	«Tilstrekkelig kredittevne».....	24
4.2.2	Hvilken betydning sikkerhet har for forbrukers kredittevne.....	26
4.3	Vurdering av forbrukers kredittevne.....	27
4.3.1	Inntekt og utgifter.....	27
4.3.2	Formue.....	29
4.3.3	Gjeld.....	29
4.3.4	Lånets egenskaper.....	30
4.4	Andre forhold av betydning for kredittevnen.....	31
4.4.1	Innledning.....	31
4.4.2	Erfaring med forbruker som kunde.....	32
4.4.3	Sykdom.....	32
4.4.4	Forbrukers alder.....	33
4.4.5	Lånets formål.....	34
4.5	Tidspunktet avslagsplikten inntreer.....	35
4.5.1	Sannsynlige fremtidige endringer ved avtaleinngåelse.....	36

4.5.2	Forhold som inntrer etter inngått avtale	36
4.6	Terskelen for avslagsplikten.....	37
5	Rettsvirkningen av misligholdt avslagsplikt	40
5.1	Innledning.....	40
5.2	Bortfall av forbrukers tapsbegrensningsplikt	40
5.3	Lemping av forbrukers forpliktelser	41
5.3.1	Innledning.....	41
5.3.2	Krav om årsakssammenheng.....	43
5.3.3	Hvordan resultatet av kredittvurderingen er formidlet til kunden.....	43
5.3.4	Hvordan forklaringsplikten etter finansavtaleloven § 5-1 er oppfylt.....	45
5.3.5	Forbrukers grad av aktsomhet	46
5.3.6	Kredittytters grad av aktsomhet	47
5.3.7	Lempingsadgangen ved refinansiering.....	48
6	Avslutning	50
	Referanseliste	52

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er bankens avslagsplikt som følge av manglende kredittverdne hos forbrukeren, regulert i finansavtaleloven § 5-4.¹

Oppgaven søker først å gi en oversiktlig redegjørelse av finansavtaleloven § 5-4. Dette innebærer en fastleggelse av avslagspliktens materielle innhold og hvilke rettsvirkninger som oppstår ved brudd på bestemmelsen. For det andre søker oppgaven å undersøke hvilke praktiske konsekvenser innføringen av avslagsplikt medfører, herunder hvorvidt terskelen for å inngå kredittavtaler har endret seg ved overgangen fra frarådningsplikt til avslagsplikt.

Finansavtaleloven § 5-4 (1) lyder slik:

(1) Kredittytteren kan inngå kredittavtale med en kunde som er forbruker, bare dersom det på grunnlag av kredittvurderingen er sannsynlig at kunden har tilstrekkelig kredittverdne til å oppfylle forpliktelsene på den måten som kreves etter de tilbudte vilkårene. Herunder kan det vektlegges at kundens kredittverdne vurderes som tilstrekkelig på grunnlag av tilbudte vilkår om

- a. mellomfinansiering*
- b. kapitalfrigjøringslån*
- c. refinansiering*
- d. rente- eller avdragsfrie perioder*
- e. andre forhold av betydning for kredittverdnen.*

Avslagsplikten innebærer at kredittyster bare kan inngå kredittavtale med forbruker dersom det på bakgrunn av kredittvurderingen er sannsynlig at vedkommende har tilstrekkelig kredittverdne til å oppfylle forpliktelsene i avtalen. Avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4 erstatter den tidligere frarådningsplikten i finansavtaleloven (1999) § 47.² Da sistnevnte lov

¹ Lov 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (finansavtaleloven).

² Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven (1999)).

ble vedtatt ble den omtalt som en «lenge etterlengtet lovregulering av bankavtaler og et utvidet forbrukervern for bankkunder».³

Finansavtaleloven (1999) § 47 (1) lyder slik:

(1) Dersom kredittgiveren, før kredittavtale inngås med en forbruker eller kreditten utbetales eller salgning overgis til forbrukeren, må anta at økonomisk evne eller andre forhold på forbrukerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten eller fra å gjennomføre kredittavtalen, skal kredittgiveren underrette forbrukeren om dette.

Bestemmelsen oppstiller en plikt for kredittgiver til å fraråde forbruker før en kredittavtale blir inngått. Frarådningsplikten har vært gjenstand for kritikk. I de tilfeller banken faktisk gir lån med fraråding, fraskriver de seg mye av ansvaret og flytter dette over til forbrukeren.⁴ Ved innføring av avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4 er den endelige beslutningen om inngåelse av kredittavtale lagt til kredittyster. Lovgiver har ansett det som et nødvendig tiltak for å styrke hensynet til forbruker, som i møte med banken er underlegen hva gjelder ressurser og kompetanse innenfor kreditt.

Et velfungerende kredittmarked er en viktig forutsetning for å sikre finansiell stabilitet. Gode kredittvurderinger og forsvarlig utlånspraksis ivaretar både kundenes interesser og sikrer bankene mot mislighold i låneporteføljen. Bankene i Norge driver under omfattende regulering. Strenge kapitalkrav skal sørge for solide banker og motvirke tilbakeslag i økonomien som følge av bankenes kredittpraksis.⁵ For forbrukere på den andre siden, kan betalingsproblemer og påfølgende mislighold av lån være svært ødeleggende. Finansavtaleloven, og innføringen av avslagsplikten, tar sikte på å forhindre dette ved å forebygge gjeldsproblemer i befolkningen.⁶

³ Bergh (2000) s. 323.

⁴ Hveem (2020) s. 449.

⁵ Se CRR/CRD IV-forskriften.

⁶ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 22.

1.2 Aktualitet og hensyn bak lovgivningen

Oppgavens problemstilling er særlig aktuell som følge av finansavtalelovens ikrafttredelse 1. januar 2023. I et allerede presset kredittmarked som følge av stigende renter og inngripende krav til bankenes utlånspraksis i form av utlånsforskriften,⁷ har enkelte bransjeorganisasjoner gitt uttrykk for at finansavtaleloven vil utgjøre en ytterligere begrensning på tilgangen til kreditt.⁸

En økt prisvekst sammen med en stigende styringsrente vil for de fleste forbrukere bety økte kostnader. For mange kan opptak av usikret kreditt på kort sikt være løsningen for å dekke kostnadsøkningen. Norske husholdninger har allerede en historisk høy gjeldsgrad, og Finanstilsynet angir høy gjeld som en av de viktigste sårbarhetene i det norske finansielle systemet.⁹ Dette tydeliggjør viktigheten av å ha en velfungerende regulering av kredittmarkedet som avverger at forbrukere havner i alvorlige betalingsvansker.

Finansavtaleloven søker å avveie en rekke ulike hensyn og kryssende interesser. Utfordringen for lovgiver er altså å finne en hensiktsmessig og balansert avveining mellom disse interessene. Oppgaven vil i det følgende belyse hvilke prinsipper og hensyn som begrunner avslagsplikten. Dette er prinsipper og hensyn som alltid vil ligge til grunn for tolkningen og anvendelsen av avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4.

Et viktig formål for finansavtaleloven er å balansere forholdet mellom kredittyter og kunde i form av et styrket forbrukervern. Innføring av en plikt for banken til å avslå kredittavtale med forbruker er en viktig del av dette formålet.¹⁰ Rettsutviklingen har vært preget av økt vektlegging av lojalitet i forholdet mellom forbruker og den profesjonelle part,¹¹ ved et større fokus på at særlig ressurssterke parter i noen grad forventes å ivareta den ressursvake parts

⁷ Forskrift 09. Desember 2020 nr. 2648 om finansforetakenes utlånspraksis (Utlånsforskriften). Se punkt 4.2 for redegjørelse.

⁸ Eiendom Norge: <https://eiendomnorge.no/nyheter/boligmarkedet-i-vedums-hender-article2339-919.html> og Finans Norge: <https://www.finansavisen.no/nyheter/makro/2022/10/16/7945910/finansavtaleloven-palegger-bankene-a-nekte-lan>.

⁹ Finanstilsynet (2022) s. 2.

¹⁰ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 22.

¹¹ Benestad Anderssen (2014) s. 37 flg.

interesser.¹² Begrepet «forbrukervern» favner vidt, men er i teorien definert som «enhver regel eller handling som direkte eller indirekte har som virkning at forbrukeren oppnår beskyttelse mot den andre parten i et avtaleforhold».¹³ Ved inngåelse av kreditt mellom kredittgiver og forbruker er det klart at det foreligger et ujevnt styrkeforhold mellom partene. En slik ubalanse i partsforholdet er forsøkt utjevnet ved at ansvaret for kredittgivingen, og den endelige beslutningen er flyttet til kredittgiver.

Behovet for å forebygge gjeldsproblemer er også et viktig formål ved innføringen av avslagsplikten.¹⁴ Avtale om kreditt er et kompetansekrevende fagfelt, styrt av vurderinger som forbruker selv må antas å ha begrenset kunnskap om. En slik ujevn balanse i partsforholdet setter krav til lojalitet fra kredittgiver, og en regulering som ivaretar forbruker. Realiteten er at mange forbrukere sliter med oversikten over egen økonomi og har ofte et overoptimistisk syn på egen betjeningsevne. Avslagsplikten bidrar ikke bare til å forhindre uheldige låneopptak, men gir forbruker et bedre beslutningsgrunnlag før vedkommende tar stilling til låneopptaket.¹⁵ Bankens kompetanse innenfor kreditt vil komme forbrukeren til gode ved at banken skal gjøre forsvarlige vurderinger og på bakgrunn av dette fatte endelig beslutning om inngåelse av kredittavtale.

1.3 Metode og rettskildebruk

1.3.1 Metodiske utfordringer

Formålet med oppgaven er å fastlegge innholdet av avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4 i samsvar med alminnelig juridisk metode. Innholdet i avslagsplikten vil sammenlignes med frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 (1999) der det er relevant. Analysen vil bli gjort ved bruk av rettsdogmatisk metode.¹⁶

Rettskildebildet i relasjon til avslagsplikten er snevert, en naturlig konsekvens som følge av ny lovgivning. Oppgaven reiser enkelte metodiske utfordringer, særlig bruken av nemndspraksis som ikke er en opplagt rettskilde. Jeg vil i det følgende knytte noen

¹² Giertsen (2017) s. 11.

¹³ Benestad Anderssen (2014) s. 36.

¹⁴ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 23.

¹⁵ Hveem s. 391.

¹⁶ Skoghøy (2018) s. 25.

bemerkninger til rettskildene oppgaven bygger på, spesielt den rettskildemessige verdien av nemndspraksis på finansavtalelovens område.

1.3.2 Lovgivning og forarbeider

Finansavtaleloven er den sentrale loven når det nærmere innholdet av avslagsplikten skal klarlegges. At gjeldende bestemmelse er ny taler for at ordlyden og forarbeid vil være av særlig betydning når innholdet av finansavtaleloven § 5-4 skal fastlegges.¹⁷ De sentrale forarbeider til finansavtaleloven er Innst. 104 L (2020-2021) og Prop. 92 LS (2019-2020). Proposisjonen er relativt utfyllende som følge av et omfattende høringsvar.

Finansavtaleloven § 5-4 erstatter finansavtaleloven (1999) § 47. Der ny finansavtalelov § 5-4 samsvarer med finansavtaleloven (1999) § 47, vil praksis, forarbeider og teori i tilknytning eldre lovgivning også være relevant for analysen av avslagsplikten. Der bestemmelsene skiller seg fra hverandre vil rettskilder få mindre vekt. Forholdet til finansavtaleloven (1999) vil kommenteres fortløpende i oppgaven.

1.3.3 Forholdet til EØS/EU-retten

Finansavtaleloven § 5-4 gjennomfører boliglånsdirektivet art. 18 nr. 5 bokstav a i norsk rett.¹⁸ Norges medlemskap i EØS medfører at Norge er forpliktet til å gjennomføre direktiver og forordninger inntatt i EØS- avtalen jf. EØS-avtalen art. 3.¹⁹ Ved tolkingen av norsk rett oppstår spørsmålet hvordan EU/EØS-direktiver skal vektlegges.

Norsk rett presumeres å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser etter presumsjonsprinsippet.²⁰ Direktivene som er gjennomført i norsk rett må som et resultat av dette tolkes i samsvar med EU-retten slik den utvikles av EU-domstolene.²¹

Reglene om avslagsplikt i finansavtaleloven § 5-4 gjennomfører boliglånsdirektivet art. 18 nr. 5 bokstav a. Bestemmelsen går noe lengere enn direktivet som kun omfatter boliglån. Avslagsplikten etter § 5-4 gjelder «kredittavtaler» og har et videre anvendelsesområde enn det

¹⁷ Skoghøy (2018) s. 78.

¹⁸ 2014/17/EU.

¹⁹ Sejersted mfl. (2014) s. 195.

²⁰ Rt. 2000 s. 1811 s. 1826

²¹ Sejersted mfl. (2014) s. 252.

som følger av direktivet. Kredittvurderingsplikten i § 5-2 gjennomfører forbrukerkredittdirektivet art. 8 nr. 1, og boliglånsdirektivets art. 18 nr. 1.²²

1.3.4 Forholdet til praksis fra Finansklagenemnda Bank

På nåværende tidspunkt foreligger det ingen rettsavgjørelser fra de alminnelige domstolene som behandler finansavtaleloven § 5-4. Det er også begrenset med praksis fra domstolene i tilknytning til finansavtaleloven (1999) § 47.²³ Det er imidlertid en rekke avgjørelser fra Finansklagenemnda Bank i relasjon til finansavtaleloven (1999). Hvilken rettskildemessig vekt nemndas avgjørelser skal tillegges vil drøftes i det følgende.

Finansklagenemnda er et godkjent utenrettslig tvisteløsningsorgan som behandler klagesaker mellom finansselskap og deres kunder.²⁴ En naturlig konsekvens av å være et utenrettslig organ medfører at nemnda mangler domsmyndighet. Avgjørelser som Finansklagenemnda fatter har ikke bindende virkning for partene. Uttalelser fra nemnda har i så måte en rådgivende karakter. I 2022 var det 175 avgjørelser fra Finansklagenemnda Bank. Etterlevelsesgraden for avgjørelser nemnda fatter er høy. Bare 20 % av avgjørelsene ble ikke respektert av bankene i 2022.²⁵

Høyesterett har ikke tatt stilling til den rettskildemessige vekten av praksis fra Finansklagenemnda. Hagstrøm har imidlertid dratt paralleller mellom praksis fra Finansklagenemnda og Næringslivets Konkurransutvalg. I den sammenheng viser Hagstrøm til Rt. 1984 s. 248 der Høyesterett – på s. 258 – behandlet spørsmålet om vektleggelsen av nemndspraksis. Førstvoterende uttaler at «det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt».²⁶ Dommen gjelder riktignok Næringslivets konkurranseutvalg, men Hagstrøm mener

²² 2008/48/EF.

²³ Frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 er påberopt i Rt. 2004 s. 156, Rt. 2012 s. 355 og Rt. 2013 s. 388 men bestemmelsens nærmere innhold behandles ikke. I Rt. 2003 s. 1252 nevnes frarådningsplikten og dets forhold til tidligere rettsregler.

²⁴ Finansavtaleloven § 3-54, jf. lov 17. juni 2017 nr. 29 om godkjenning av klageorganer for forbrukersaker § 3.

²⁵ Årsrapport Finansklagenemnda (2022) s. 17.

²⁶ Hagstrøm mfl. (2021) s. 62. med videre henvisning til Rt. 1984 s. 248 (s. 258).

uttalelsen fra Høyesterett tilsier at domstolene vil innta samme standpunkt til finansklagenemndas avgjørelser.²⁷

Det er stor enighet i teorien om at praksis fra klagenemnda vil være en relevant rettskildefaktor, Bergsåker uttaler at relevansen kan knyttes til nemndenes antatte kyndighet og upartiskhet.²⁸ Rettskildeværdien av nemndas avgjørelser vil imidlertid bero på en rekke omstendigheter. Vekten av nemndspraksis er gjerne større der det foreligger en fast praksis i flere saker, enn der det foreligger enkeltstående uttalelser.²⁹ Bergsåker viser til en avgjørelse fra Høyesterett inntatt i Rt. 2005 s. 1757. Saken gjaldt krav om erstatning etter yrkesskadeforsikringsloven. Ved tolkningen av begrepet «arbeidsulykke» tok Høyesterett utgangspunkt i omfattende praksis fra Trygderetten. I dommens avsnitt 45 besvarte førstvoterende spørsmålet om den rettskildemessige verdien av avgjørelser fra Trygderetten slik:

Etter mitt syn må avgjørelser av Trygderetten tillegges vekt i den utstrekning de kan tas som uttrykk for eller har gitt seg utslag i en fast og konsistent praksis. Det som måtte være uttalt i den enkelte avgjørelse, kan derimot ikke tillegges selvstendig rettskildemessig betydning.

Høyesteretts avgjørelse er med på å utdype hvordan den rettskildemessige verdien av nemndspraksis vil variere.³⁰ Bergsåker viser videre til en rekke andre momenter som vil ha betydning for den rettskildemessige verdien av nemndspraksis. Dissens er her et moment som kan være med på å svekke den rettskildemessige verdien av avgjørelsen. Mens publisering av uttalelser og tilstrekkelige juridiske begrunnelser for avgjørelser vil på en den andre siden være med på å styrke den rettskildemessige verdien. Det er altså en rekke faktorer som vil ha innvirkning på rettskildeværdien.³¹

²⁷ Hagstrøm mfl. (2021) s. 62.

²⁸ Bergsåker (2010) s. 31.

²⁹ Bergsåker (2010) s. 31.

³⁰ Bergsåker (2010) s. 31.

³¹ Se Bergsåker (2010) s. 31 flg. for utførlig drøftelse av klagenemnders betydning for tolkningen, anvendelsen og utviklingen av retten i forbrukersektoren.

Hvilken rettskildemessig vekt Finansklagenemndas avgjørelser skal tillegges vil bero på den konkrete avgjørelsen. Det kan trygt legges til grunn at Nemndspraksis vil utgjøre en *relevant* rettskilde for oppgaven. Det er imidlertid viktig å huske at uttalelser fra finansklagenemnda ikke er bindende for hvordan bestemmelsene er å forstå. Der det har skjedd en endring i rettstilstanden bør det utvises varsomhet med å tillegge eldre praksis vesentlig vekt.³² Men i mangel av praksis fra de alminnelige domstoler vil nemndspraksis likevel utgjøre et godt verktøy når det nærmere innholdet i finansavtaleloven § 5-4 skal fastlegges. Særlig der avgjørelsene gir grunnlag for en fast praksis som i stor grad respekteres av partene taler innrettelsehensyn for at det skal sterke grunner til for at retten kan avvike fra nemndas praksis.³³

1.4 Avgrensninger og terminologi

Tilsvarende som overfor låntaker, oppstiller finansavtaleloven § 6-1 en avslagsplikt ovenfor kausjonist. Det er avslagsplikten ved inngåelse av kredittavtaler etter finansavtaleloven § 5-4 som er gjenstand for en nærmere redegjørelse og oppgaven avgrenses derfor mot avslagsplikten ved inngåelse av kausjonsavtaler i § 6-1.

Oppgaven tar for seg banken som kredittyter ved redegjørelse av innholdet i avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4. Finansavtaleloven har valgt å gå bort fra «finansinstitusjon» i finansavtaleloven (1999) § 1 og innfører begrepet «tjenesteyter» i finansavtaleloven § 1-4 (3). Oppgaven omhandler bank som tjenesteytere og avgrenses mot øvrige tjenesteytere etter finansavtaleloven § 1-4 (3). Der oppgaven benytter «bank», «finansinstitusjon» og «långiver», skal dette forstås med samme betydning som kredittyter.

Virkeområdet for kredittvurderingsplikten etter finansavtaleloven § 5-2 gjelder både forbrukere og næringsdrivende.³⁴ Plikten til å gjennomføre kredittvurdering etter finansavtaleloven § 5-2 utvider med det virkeområdet i forhold til finansavtaleloven (1999) § 46b der kredittvurderingsplikten kun omfattet kredittvurdering av forbruker.

³² Se Bergsåker (2010) s. 31.

³³ Hagstrøm mfl. (2021) s. 62.

³⁴ Finansavtaleloven § 1-4 (2).

Tolkningen av finansavtaleloven § 5-2 avgrenses til å omfatte de tilfellene der kunden er forbruker. Der oppgaven benytter seg av «låntaker» og «kunde» skal dette forstås som «forbruker» ettersom oppgaven vil fokusere på forbruker som kunde.

1.5 Videre fremstilling

Oppgaven vil ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd og problematisere der det er rom for dette. Det vil først være naturlig å redegjøre for avslagsplikts bakgrunn og virkeområde i kapittel to. I oppgavens kapittel tre behandles kredittvurderingsplikten etter finansavtaleloven § 5-2. Videre vil oppgaven i kapittel fire analysere det nærmere innholdet av avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4. I kapittel fem vil oppgaven ta for seg rettsvirkninger ved brudd på avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-5. Noen avsluttende kommentarer vil bli gitt i kapittel seks.

2 Avslagsplikts bakgrunn og virkeområde

2.1 Innledning

Avslagsplikten er et resultat av lengre tids rettsutvikling og et behov for å iverksette tiltak som skal forebygge gjeldsproblemer.³⁵ Før avslagsplikts materielle vilkår behandles, kan det være grunn til å gi en kort oversikt over bestemmelsens bakgrunn og virkeområde. Kapittelet vil bidra til å sette drøftelser av senere problemstillinger inn i en større kontekst.

2.2 Avslagsplikts tilblivelse

2.2.1 Innledning

Rettsutviklingen frem til avslagsplikten har vært preget av et økende fokus på forbrukervern og lojalitet, der den ressurssterke part til en viss grad forventes å ivareta den svake part.³⁶ I takt med rettsutviklingen har også terskelen for hvor mye som skal til for at banken stilles ansvarlig ved manglende fraråding – nå avslag – flyttet seg de siste seksti årene.

³⁵ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 23.

³⁶ Benestad Anderssen (2014) s. 36.

2.2.2 Ulovfestet frarådningsplikt

Før finansavtalelovens (1999) ikrafttredelse forelå det en frarådningsplikt på ulovfestet grunnlag.³⁷ Plikten ble utledet av avtalelovens bestemmelser om ugyldighet,³⁸ samt prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold.³⁹

I Rt. 1959 s. 1048 påberopte kjøper seg avtl. § 33 i forbindelse med kjøpet av en større jordbrukseiendom. Høyesterett fant at «det må være i strid med avtalelovens § 33 å kreve kontrakten opprettholdt overfor [kjøperen]». ⁴⁰ Dommen gir anvisning på en høy terskel for fraråding, formulert som et «håpløst foretagende» der selger forsto at kjøper «åpenbart ikke kunne oppfylle kontrakten». Utgangspunktet var at kjøper selv måtte vurdere egen betalingsevne, slik det ble lagt til grunn i Rt. 1959 s. 248 og plikten til å frarå ble ansett å utgjøre en snever unntaksregel.⁴¹

I Rt. 2003 s. 1252 slutter Høyesterett seg til utgangspunktet slik det fulgte av dommene fra 1959, førstvoterende uttalte imidlertid at det i årene fra 1959 fant sted en rettsutvikling med sterkere vern av forbrukerinteressene og en økt vektlegging av lojalitet og samarbeid mellom kontraktsparter.⁴² Utviklingen som Høyesterett ga uttrykk for innebar en skjerpelse av långivers frarådningsplikt og prinsippet om «håpløs foretagende» modifiseres.

I tiden mellom de to avgjørelsene var blant annet revisjonen av ordlyden i avtl. § 36 en sentral del av den nevnte rettsutviklingen. Endringen innebar et utvidet omfang hva gjaldt avtalesensur sammenlignet med avtl. § 33 og anvendelsen av lojalitetsprinsippet. Regelen ga også rom for delvis lemping, noe som kan ha fått betydning for finansavtaleloven (1999) regler ved misligholdt frarådningsplikt.⁴³

³⁷ Rt. 1959 s. 1048.

³⁸ Lov 31. mai nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

³⁹ NOU 1994: 19 s. 56.

⁴⁰ Rt. 1959 s. 1048 s. 1053.

⁴¹ Hagstrøm mfl. (2021) s. 183.

⁴² Rt. 2003 s. 1252 avsnitt 29. Se Benestad Anderssen s. 31 for rettsutviklingen.

⁴³ Finansavtaleloven (1999) § 47 (3).

2.2.3 Lovfestet frarådningsplikt i finansavtaleloven (1999) § 47

Finansavtaleloven (1999) trådte i kraft 1. juli 2000 og mindretallet i Banklovkommissjonens forslag om å lovfeste en regel om fraråding ble vedtatt. Frarådningsplikten ble av mindretallet ansett å være en kodifisering av gjeldende rett.⁴⁴ Hvorvidt dette var tilfellet ble berørt av Høyesterett i Rt. 2003 s. 1252. Førstvoterende tok imidlertid ikke stilling til forholdet mellom finansavtaleloven (1999) § 47 og den ulovfestede frarådningsplikten.⁴⁵

Hagstrøm hevder imidlertid at finansavtaleloven § 47 endret rettstilstanden etter Rt. 2003 s. 1252.⁴⁶ Frarådningsplikten etter finansavtaleloven (1999) skiller seg på flere områder fra den ulovfestede frarådningsplikten. For det første senket frarådningsplikten i finansavtaleloven (1999) § 47 terskelen for når plikten inntrådte sammenlignet med den ulovfestede frarådningsplikten. For det andre indikerte ordlyden «andre forhold» en bredere prøving ved vurderingen av forbrukers økonomiske evne.⁴⁷ Selv om terskelen etter den ulovfestede regelen ikke var klar, innebar frarådningsplikten i finansavtaleloven (1999) en større forpliktelse enn før loven trådte i kraft.⁴⁸ Den lovfestede frarådningsplikten utgjorde en betydelig utvidelse av bankenes plikter.

Som nevnt i oppgavens punkt 1.1 var ikke frarådningsplikten skjermet for kritikk. Hveem hevder at det *ikke* finnes holdepunkter for at frarådningsplikten har ført til ønskede resultater, nemlig å hindre uheldige låneopptak. Adgangen til å legge inn en fraråding ved låneavtaler tillater bankene å være mer dristig i kredittvurderingen samtidig som de minimerer risikoen for å havne i ansvar.⁴⁹ I en undersøkelse gjort ved tre store banker i Nord-Norge viste resultatene at kunden opp mot 100 % av tilfellene valgte å ta opp lånet selv om det var gitt fraråding.⁵⁰

⁴⁴ NOU 1994: 19 side 54.

⁴⁵ Rt. 2003 s. 1252 avsnitt 30. Se Benestad s. 31 for ytterligere om rettsutviklingen.

⁴⁶ Hagstrøm mfl. (2021) s. 183.

⁴⁷ Hagstrøm mfl. (2021) s. 183.

⁴⁸ Hagstrøm mfl. (2021) s. 183.

⁴⁹ Hveem s. 448.

⁵⁰ Stine Lettrem «Bankenes frarådningsplikt overfor låntakere – blir formålet oppfylt?» (UiT 2009).

2.2.4 Avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4

Frarådningsplikten ble erstattet ved avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4. Departementet så det som hensiktsmessig å innføre en avslagsplikt ved inngåelse av kredittavtaler som ledd i arbeidet med å forebygge gjeldsproblemer.⁵¹ Ved innføringen av avslagsplikten gikk en bort fra det paradokset som frarådningsplikten resulterte i: Banken fant det forsvarlig å gi et lånetilbud, samtidig som de frarådet kunden å benytte seg av lånetilbudet.⁵² Ved overgangen til avslagsplikt er ansvaret for uansvarlig kredittgivning i større grad flyttet over til kredittyter, med klare sanksjoner for brudd på reglene.⁵³ Avslagsplikten er dermed en sentral del av arbeidet med å styrke forbrukervernet i finansavtaleloven.

En lovfestet avslagsplikt er ny i norsk rett, men det finnes imidlertid holdepunkter for at en tilsvarende plikt for långiver til å avstå fra å inngå avtale har eksistert på ulovfestet grunnlag tidligere. Selv om det i Rt. 1959 s. 1048 ikke fremkommer uttrykkelig, mener Sæbø at løftemottaker, altså selgeren i dommen ikke bare hadde plikt til å frarå avtaleinngåelse, men en plikt til å avstå fra å kontrahere dersom kjøper på tross av rådet holdt fast ved å kjøpe eiendommen.⁵⁴ Dette synspunktet har fått sin tilslutning fra departementet i forarbeidene til finansavtaleloven § 5-4 som langt på vei slutter seg til det Sæbø skriver.⁵⁵

Særegent for Rt. 1959 s. 1048 var at kjøpet måtte anses som et «håpløst foretagende» og når selgeren forsto dette burde selger avstått fra å inngå avtale. Terskelen for en slik plikt må imidlertid sies å være svært høy basert på Høyesteretts uttalelse om et «håpløst foretagende». Det er bare i de ytterst håpløse tilfellene en slik plikt kan oppstilles for partene ved avtaleinngåelsen. Terskelen for avslagsplikten etter gjeldende lovgivning vil på bakgrunn av dette ikke sies å være lik den terskel som ble oppstilt i Rt. 1959 s. 1048. Rettsutviklingen frem til avslagsplikten har vist at terskelen er senket, blant annet ved innføringen av finansavtaleloven (1999). I forarbeidene legger departementet til grunn at terskelen for avslagsplikten sammenfaller med frarådningsplikten.⁵⁶

⁵¹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 23.

⁵² Hveem s. 378.

⁵³ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 306.

⁵⁴ Sæbø (2005) s. 333.

⁵⁵ Prop. 92. LS (2019-2020) s. 319.

⁵⁶ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 319.

2.3 Avslagsplikten virkeområde

2.3.1 Innledning

I det følgende vil oppgaven først ta for seg hvilke kredittavtaler avslagsplikten omfatter. Deretter skal det redegjøres for finansavtaleloven § 5-4 rettighets- og pliktsubjekt. Altså hvem som utleder sine rettigheter etter bestemmelsen.

2.3.2 Kredittavtaler

Avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4 gjør seg gjeldende ved inngåelse av «kredittavtale» mellom kredittyrer og forbruker. Kredittavtale er legaldefinert i § 1-7 (1) som «avtale om kreditt i form av betalingsutsettelse, lån, rammekreditt eller annen tilsvarende form for kreditt». Finansavtalelovens forarbeider i relasjon til § 1-7 (1) uttaler seg ikke ytterligere om innholdet.

Legaldefinisjonen i finansavtaleloven § 1-7 (1) samsvarer med det som fremgår av finansavtaleloven (1999) § 44a definisjon av kredittavtale. Det nærmere innholdet i legaldefinisjonen er gjennomgått i forarbeidene til finansavtalelov (1999),⁵⁷ og vil dermed fungere som tolkningsmoment ved fastleggelsen av innholdet av kredittavtale etter § 1-7 (1).

Finansavtaleloven § 1-7 (1) opplyser betalingsutsettelse, lån og rammekreditt som konkrete eksempler på avtaler om kreditt. Ordlyden tilsier at avslagsplikten ikke bare omfatter førstegangsstiftelse av kredittavtaler, men også refinansiering av opprinnelig lån, herunder økning av rammekreditt. Formuleringen «annen tilsvarende form for kreditt» favner vidt og gjør lovreguleringen i stand til å holde følge med næringen som stadig utvikler nye former for kreditt.⁵⁸

Hvorvidt banken har en plikt til å avstå fra inngåelse av kredittavtale vil bero på en konkret vurdering som i stor grad baserer seg på de tilbudte vilkårene i kredittavtalen. For å illustrere hvilke avtaler som faller inn under lovens definisjon, kan det være hensiktsmessig å gi en oversikt over de viktigste former for kredittavtaler til forbrukere.

Låneavtaler kan deles inn i lån med sikkerhet og lån uten sikkerhet.

⁵⁷ Prop. 65 L (2009-2010) s. 30.

⁵⁸ Prop. 65 L (2009-2010) s. 30.

Boliglån er undergitt egen legaldefinisjon i finansavtaleloven § 1-7 (3). Boliglån omfatter enhver kredittavtale «sikret ved pant eller tilsvarende sikkerhetsstillelse som benyttes i en EØS-stat, i fast eiendom som benyttes til boligformål eller hovedsakelig ikke benyttes til næringsformål, eller i rettighet knyttet til slik eiendom».⁵⁹ For forbrukere vil boliglån ofte være en forutsetning for kjøp av egen bolig, og har som regel gunstigere rentevilkår som følge av sikkerhet. Boliglån utgjør rundt 60 % av bankenes totale utlån.⁶⁰ Videre i kategorien lån med sikkerhet finner vi *salgspantlån*, som kort fortalt omfatter lån sikret med pant i annet enn fast eiendom, herunder lån til kjøp av kjøretøy, utstyr og maskiner.

For forbrukere utgjør forbrukslån og kredittkort den viktigste gruppen av lån uten sikkerhet. Sammen med salgspantlån utgjør dette rundt 3-4 % av de totale utlån i Norge.⁶¹ For departementet var særlig veksten i markedet for forbrukslån en viktig del av arbeidet med ny lovgivning.⁶² Det er særlig andelen mislighold av disse type lån som skiller seg fra lån med sikkerhet. Andelen mislighold for banker som spesialiserer seg på forbrukslån var på 14,7 % i 2022 ifølge Finanstilsynet.⁶³ Nye tall fra mars 2023 viser at veksten i forbruksgjeld igjen tiltar etter en periode med nedgang, med en økning på 2,1 milliard kroner medfører dette en samlet gjeld på 153,4 milliard kroner.⁶⁴

2.3.3 Rettighetssubjektet

Et grunnleggende skille i finansavtaleloven går mellom forbrukerkunder og kunder som faller utenfor denne gruppen. For avslagsplikten er anvendelsesområdet uttrykkelig begrenset til å gjelde forbrukere. Sondringen mellom forbrukerkunder og andre kunder er av betydning ettersom enkelte bestemmelser ikke kan fravikes til skade for forbruker, jf. finansavtaleloven § 1-9 (1).

Forbrukerbegrepet er definert i finansavtaleloven § 1-4 (1) som en:

⁵⁹ Finansavtaleloven § 1-7 (3) bokstav a.

⁶⁰ Finansiell stabilitet (2022) s. 17.

⁶¹ Finansiell stabilitet (2022) s. 17.

⁶² Prop. 92 LS (2019-2020) s. 23.

⁶³ Utviklingen i forbruksgjeld (2022) s. 3.

⁶⁴ Nøkkeltall fra Gjeldsregisteret: <https://www.gjeldsregisteret.com/pages/nokkeltall>.

fysisk person når avtalen har et formål som hovedsakelig ligger utenfor personens forretnings- eller yrkesvirksomhet. En fysisk person regnes også som forbruker etter første punktum ved avtale om kreditt eller kausjon som er sikret ved pant eller tilsvarende sikkerhet i et formuesgode som tilhører personen, når formuesgodet ikke hovedsakelig er knyttet til personens næringsvirksomhet.

Forbrukerbegrepet samsvarer langt på vei med det som fremkommer av annen norsk lovgivning, som eksempelvis forsikringsavtaleloven, markedsføringsloven og forbrukerkjøpsloven.⁶⁵ Forbrukerdefinisjonen i finansavtaleloven § 1-4 (1) baserer seg på definisjonen i PSD2 artikkel 4 nr. 20⁶⁶, som igjen har sitt grunnlag i andre EU-direktiver om forbrukervern.

Finansavtaleloven § 1-4 (1) oppstiller to kumulative vilkår som må være oppfylt for å kunne anses som forbruker, det må være en «fysisk person» der avtalen har et formål som «hovedsakelig ligger utenfor personens forretnings- eller yrkesvirksomhet».

Første punktum er en videreføring av finansavtaleloven (1999) § 2 (1) annet punktum.⁶⁷ Ordlyden er klar, og juridiske personer vil ikke omfattes av forbrukerbegrepet.⁶⁸ Hvilket innebærer at aksjeselskap, stiftelser, foreninger og lignende ikke er forbrukere. Sammenslutninger av forbrukere, slik som borettslag, boligsameier og idrettslag anses som juridiske personer og faller utenfor lovens definisjon.⁶⁹

Det andre vilkåret for at en fysisk person skal anses som forbruker er at formålet med avtalen hovedsakelig ligger utenfor personens forretnings- eller yrkesvirksomhet. Vilkåret reiser to spørsmål av interesse, hva ligger i begrepene «hovedsakelig» og «forretnings- eller yrkesvirksomhet».

Selv om ordlyden «forretnings- eller yrkesvirksomhet» skiller seg fra det som fremgår av finansavtaleloven (1999) § 2 (1) «næringsvirksomhet» er innholdet ment å ha samme

⁶⁵ Se forsikringsavtaleloven § 1-2. bokstav a, markedsføringsloven § 5 bokstav a og forbrukerkjøpsloven § 1 (3).

⁶⁶ Direktiv 2015/2366/EU

⁶⁷ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 341

⁶⁸ Prop.65 L (2009-2010) s. 35

⁶⁹ Vinje (2005).

betydning.⁷⁰ Forarbeidene gir ikke nærmere anvisning på hva som ligger i «forretnings- eller yrkesvirksomhet». Ordlyden tilsier imidlertid at det må foreligge en virksomhet av økonomisk art.

Kravet om at formålet «hovedsakelig» må ligge utenfor personens forretnings- eller yrkesvirksomhet, er omtalt som hovedsakelighetskriteriet i forarbeidene til finansavtaleloven (1999).⁷¹ Hovedsakelighetskravet avviker fra definisjonen i forbrukerkredittdirektivet.⁷² Begrunnelsen for å beholde hovedsakelighetskriteriet var en enhetlig bruk av forbrukerdefinisjonen i norsk rett, og ordlyden ble ikke ansett å være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.⁷³

Personer som ikke driver forretnings- eller yrkesvirksomhet, faller naturlig nok inn under forbrukerbegrepet. Ordlyden av «hovedsakelig» tilsier at det må foreligge simpel overvekt, altså et krav om at mer enn 50 % av avtalens formål må ligge utenfor personens forretnings- eller yrkesvirksomhet.

Hvorvidt formålet er knyttet til personens forretnings- eller yrkesvirksomhet vil bero på en konkret vurdering. Det avgjørende vil være hva som utgjør det overveiende formålet med inngåelse av kredittavtalen. Dersom formålet med kredittavtalen hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet kommer avslagsplikten ikke til anvendelse, selv om låntaker har et kundeforhold som forbruker i banken.

Finansavtaleloven § 1-4 (1) andre punktum gjør lovens regler ufravikelige for forbrukere ved boliglån og kausjon.⁷⁴ Loven er ufravikelig for fysiske personer der avtalen er sikret med pant eller tilsvarende sikkerhet i et formuesgode som ikke hovedsakelig er knyttet til personens næringsvirksomhet.

⁷⁰ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 341

⁷¹ Prop.65 L (2009-2010) s. 35.

⁷² I Forbrukerkredittdirektivet artikkel 3 bokstav a. blir forbruker definert som «en fysisk person, der i forbindelse med transaksjoner, som er omfattet af dette direktiv, ikke handler som led i sin erhvervsmæssige virksomhed».

⁷³ NOU 2009: 11 s. 37.

⁷⁴ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 341.

Regelen ivaretar forbrukere som tar opp kreditt til bruk i næringsvirksomhet, dersom sikkerheten knytter seg til et formuesgode som ikke er knyttet til næringsvirksomheten. Dette kan illustreres ved en fisker som tar opp lån til ny sjark, og benytter egen bolig som sikkerhet for lånet. Ettersom lånet har sikkerhet i et formuesgode som ikke er tilknyttet næringsvirksomhet nyter fiskeren samme vernet som en forbruker.

2.3.4 Pliktsubjektet

Finansavtaleloven § 5-4 (1) angir *kredittyster* som pliktsubjektet. Kredittyster er legaldefinert i finansavtaleloven § 1-7 (4) som «en tjenesteyter som tilbyr finansielle tjenester som er omfattet av kapittel 5 og 6». Tjenesteyter er legaldefinert i § 1-4 (3) første punktum som «fysisk eller juridisk person som tilbyr finansielle tjenester eller finansoppdrag som ledd i næringsvirksomhet».

Det sentrale er altså at kredittjenesten⁷⁵ må tilbys som «ledd i næringsvirksomhet». En naturlig konsekvens av dette er at personer – både fysiske og juridiske – som yter rene private lån ikke omfattes av begrepet kredittyster.⁷⁶ Ordlyden av «i næringsvirksomhet» er skjønnspreget. Forarbeidene gir ikke nærmere anvisning på hva som inngår i ordlyden, departementet nøyer seg med å gi uttrykk for at det vil bero på en konkret vurdering.⁷⁷ Det henvises imidlertid til at begrepet er velkjent fra annen norsk lovgivning. Departementet viser til finansavtaleloven (1999) og legger til grunn at begrepet skal tolkes på tilsvarende måte.

Det er ikke tvilsomt at banker som yter lån til forbrukere, tilbyr lånet som «ledd i næringsvirksomhet» etter finansavtaleloven § 1-4 (3) første punktum og vil være «kredittyster», jf. finansavtaleloven § 5-4.

⁷⁵ Finansavtaleloven § 1-3 (2)

⁷⁶ Prop. 65 L (2009-2010) s. 209.

⁷⁷ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 342

3 Vurderingsgrunnlaget for avslagsplikten – bankens plikt til å kredittvurdere forbruker

3.1 Kredittvurderingsplikten etter finansavtaleloven § 5-2

I det følgende vil oppgaven redegjøre kort for bankens plikt til å kredittvurdere forbruker etter finansavtaleloven § 5-2. Redegjørelsen er viktig for å belyse hva som utgjør vurderingsgrunnlaget for avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4.

I praksis vil det i forkant av inngåelse av kredittavtale være nødvendig å innhente en rekke opplysninger om forbruker, for å vurdere vedkommendes kredittverdne. Hva som skal inngå i den enkelte kredittvurderingen vil bero på en rekke faktorer, herunder størrelse på kreditt, bankens kjennskap til forbruker eller livssituasjonen til forbruker for å nevne noe.

Kredittytters avslagsplikt må på bakgrunn av dette ses i sammenheng med plikten til å gjennomføre en forsvarlig kredittvurdering etter finansavtaleloven § 5-2. Bestemmelsen lyder slik:

(1) Før det inngås en kredittavtale, herunder avtale om en vesentlig økning av tilgjengelig kredittbeløp, skal kredittysteren foreta en grundig vurdering av kundens kredittverdne. Kredittysteren skal også sørge for en verdivurdering av eventuell sikkerhet som inngår i kredittvurderingen.

(2) Kredittvurderingen skal foretas på grunnlag av tilstrekkelige og relevante opplysninger som er tilgjengelige om kundens inntekt, eiendeler, utgifter og andre økonomiske forpliktelser. Kredittysteren skal om nødvendig innhente opplysningene fra gjeldsinformasjonsforetak, kunden selv, relevant databasesøk eller annen relevant kilde.

(3) Når kredittvurderingen er gjennomført på forsvarlig vis i samsvar med første og annet ledd, kan det ikke gjøres gjeldende som innsigelse at forutsetninger senere avviker fra det kredittysteren la til grunn ved kredittvurderingen, med mindre det er avtalt at kredittysteren skal ha risikoen for slike forutsetninger.

Kredittyteren kan bare inngå kredittavtale med forbruker dersom det «på bakgrunn av kredittvurderingen» ikke er sannsynlig at forbruker har «tilstrekkelig kredittevne» til å oppfylle forpliktelsene etter de tilbudte vilkårene etter finansavtaleloven § 5-4 (1). Hvorvidt kunden har tilstrekkelig kredittevne, vil i stor grad bero på den forutgående kredittvurderingen.

Kravet om kredittvurdering er begrunnet i hensynet til forbruker og søker å beskytte forbruker mot uforsvarlig kredittgivning ved å gi best mulig beslutningsgrunnlag for den vurderingen som kreves etter avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4 (1).⁷⁸

3.2 Kredittyters plikt til å sørge for verdivurdering av sikkerhet

Kredittyteren er også pålagt en plikt til å sørge for en verdivurdering av eventuell sikkerhet som inngår i kredittvurderingen.⁷⁹ Ved boliglån vil verdivurderingen av sikringsobjektet være sentralt. Plikten til å sørge for verdivurdering av sikringsobjektet må ses i sammenheng med boliglånsdirektivets formål, som er å unngå at kundene, bankene og stater havner i gjeldskrise som følge av uforsvarlige verdivurderinger.⁸⁰ Det sentrale for verdivurderingen, sett i sammenheng med bestemmelsens øvrige plikter er at den er gjennomført på en «grundig» måte som gir et «forsvarlig» resultat.

3.3 Nærmere om plikten til å kredittvurdere forbruker

Etter finansavtaleloven § 5-2 (1) har banken en plikt til å foreta en «grundig vurdering» av kundens kredittevne før inngåelse av kredittavtale, eller vesentlig økning av kreditten. Hvorvidt kravet om «grundig vurdering» oppstiller en plikt som går utenfor rent passive undersøkelser vil problematiseres under punkt. 3.4.2. der bruken av forenklede kredittvurderinger drøftes.

Videre er det avgjørende for kredittvurderingen hvorvidt den er gjennomført på «forsvarlig vis» i samsvar med første og andre ledd, jf. finansavtaleloven § 5-2 (3). Dersom dette er tilfellet kan det ikke gjøres gjeldende som innsigelse at forutsetninger senere avviker fra det kredittyteren la til grunn ved kredittvurderingen, med mindre det er avtalt at kredittyteren skal ha risikoen for slike forutsetninger. I forarbeidene er det presisert at avvikende forutsetninger

⁷⁸ Grøttjord og Rosén (2014) s. 280.

⁷⁹ Finansavtaleloven § 5-2 (1) siste punktum.

⁸⁰ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 305.

som ble lagt til grunn i en forsvarlig gjennomført kredittvurdering ikke er å anse som mislighold av kredittvurderingsplikten.⁸¹

3.4 Hvilke opplysninger skal inngå i kredittvurderingen?

3.4.1 Innledning

I utgangspunktet er grunnlaget for kredittvurderingen «relevante» opplysninger om kundens inntekt, eiendeler, utgifter og andre økonomiske forpliktelser etter finansavtaleloven § 5-2 (2). Bestemmelsen presiserer hvilke faktorer som kan være relevante for kredittvurderingen, men listen er ikke uttømmende og andre faktorer kan dermed også være av betydning for vurderingen.⁸²

Vurderingsgrunnlaget for kredittvurderingen er «tilstrekkelige og relevante opplysninger som er tilgjengelige om kundens inntekt, eiendeler, utgifter og andre økonomiske forpliktelser» jf. finansavtaleloven § 5-2 (2). Kravet om «relevante opplysninger» innebærer et relevanskrav for kredittyter. Opplysningene som innhentes må være nødvendige opplysninger for kredittavtalen. Basert på opplysningene skal banken kunne foreta en kontroll av kundens opplysninger og vurdere avvik.

Dersom kredittyteren på grunnlag av egne opplysninger avslår søknad om kreditt, kreves det ikke at kredittyter bruker ressurser på å innhente ytterligere informasjon om kunden. Det foreligger ingen kontraheringsplikt ved kredittavtaler.

Det er ikke mulig å foreta en generell oppstilling av alle relevante forhold som skal inngå i kredittvurderingen. Det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak om hvilke opplysninger som skal innhentes, der kredittens størrelse vil fungere som et godt utgangspunkt.⁸³ Det sentrale for kredittyter vil imidlertid være å innhente tilstrekkelig med opplysninger for å sikre at kredittvurderingen er forsvarlig gjennomført. I det følgende skal oppgaven ta for seg de relevante forhold som er opplistet i bestemmelsen, og andre forhold som kan antas å være av interesse ved kredittvurderingen.

⁸¹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 389.

⁸² Prop. 92 LS (2019-2020) s. 389.

⁸³ NOU 2009: 11 s. 153.

3.5 Når er det innhentet tilstrekkelige opplysninger?

3.5.1 Innledning

Kredittvurderingen bygger på et krav om at opplysningene som innhentes er «tilstrekkelige». En naturlig språklig forståelse av «tilstrekkelig» tilsier at de opplysninger som innhentes må gi et grunnlag til å kunne si noe om kundens kredittverdne. Hva som er tilstrekkelig vil bero på det konkrete tilfellet, der forbrukers økonomiske situasjon og den aktuelle låneavtalen vil være sentral. I forarbeidene til finansavtaleloven (1999) antydes det fra departementet at ligningsopplysninger etter omstendighetene ofte vil være tilstrekkelig informasjon, men det skal likevel skje en totalvurdering av hvilke opplysninger som i det konkrete tilfellet fremstår som tilstrekkelige.⁸⁴ Det er grunn til å anta at i vilkåret om «tilstrekkelig» ligger det et krav om at opplysningene må være av en viss kvalitet.

Utgangspunktet vil være opplysninger fra kunden selv. Dette medfører at kreditttakeren skal angi hvilke opplysninger kunden skal gi, og fristen for å gi opplysningene skal være rimelig. Opplysningene skal ikke være mer omfattende enn det som er nødvendig for å gjennomføre kredittvurderingen.⁸⁵

For kreditttaker vil det å basere kredittvurderingen utelukkende på opplysninger fra kunden selv harmonere dårlig med lovens krav om en «grundig» vurdering etter finansavtaleloven § 5-2 (1). Kreditttaker er også gitt en plikt om «nødvendig» å innhente opplysninger fra andre relevante kilder etter finansavtaleloven § 5-2 (2) annet punktum. Ordlyden tilsier at opplysninger fra kunden må kontrolleres opp mot andre kilder slik som gjeldsregisteret og skatteopplysninger fra Altinn. Særlig betydning får dette ved beregning av gjeldsgrad etter utlånsforskriften.

3.5.2 Bruken av forenklede kredittvurderinger

En problemstilling som oppstår i relasjon til kravet om tilstrekkelig og grundige vurderinger er bankenes bruk av forenklede kredittvurderinger. Slike forenklede kredittvurderinger er særlig vanlig ved mindre låneopptak og er som oftest resultat av en fullautomatisert elektronisk prosess.⁸⁶ Informasjonen som innhentes er fra kredittopplysningsforetak, og består

⁸⁴ Prop.65 L (2009–2010) s. 90.

⁸⁵ Finansavtaleforskriften § 5-1 (1).

⁸⁶ Høringsnotat til gjeldsregisterloven s. 26.

hovedsakelig av eventuelle negative betalingsanmerkninger og såkalt creditscore.⁸⁷ Dette skiller seg fra de ordinære kredittvurderingene som gjerne forekommer ved større lån. Der innhentes en rekke opplysninger om låntakeren for å fastlegge vedkommendes økonomiske situasjon. Disse opplysningene blir verifisert og den løpende dialogen mellom långiver og låntaker er mer omfattende enn med de mindre kreditter.⁸⁸

Forenklete kredittvurderinger er av bankene ansett å være en forutsetning, da en for inngående prosess anses som uforholdsmessig ressurskrevende særlig ved mindre kreditter. Det er imidlertid slik at selv små kreditter kan ha stor innvirkning på en forbrukers økonomi. Spørsmålet som oppstår i den sammenheng er hvordan praksisen med forenklete kredittvurderinger stiller seg til innhenting av «tilstrekkelige» opplysninger og gjennomføringen av en «grundig» kredittvurdering etter finansavtaleloven §§ 5-2 (1) og 5-2 (2).

Utgangspunktet etter finansavtaleloven § 5-2 (1) er at kredittvurderingsplikten gjelder uansett kredittstørrelse.

Det foreligger noe underrettspraksis og nemndspraksis som kan være med på å belyse problemstillingen. I en dom fra Jæren tingrett⁸⁹ fikk saksøker innvilget en rekke mindre kreditter og økning av eksisterende kreditt. Ved innvilgelsen av kredittene baserte banken seg på scoringsmodeller uten å innhente gjeldsopplysninger. Retten viser til en avgjørelse fra Högsta Forvaltningsdomstol av 15.11.2017 der det ble lagt til grunn at det var tilstrekkelig for kredittforetaket å bygge på opplysninger fra forbrukeren om egen økonomiske situasjon når det gjelder kreditter på inntil SEK 10.000. Så lenge vurderingen var støttet av en automatisert kredittvurdering, mente Högsta Forvaltningsdomstol at dette var i samsvar med forbrukerkredittdirektivet og en avgjørelse fra EU-retten.⁹⁰ Tingretten konkluderte med at aktsomhetskravet er lempeligere ved de mindre kredittene, men tok ikke stilling til spørsmålet om frarådningsplikten var brutt. Det gjeldende saksforholdet var oppe for Finansklagenemnda i avgjørelse 2017-281. Klager fikk medhold i den nevnte avgjørelsen. Nemnda la til grunn at

⁸⁷ Høringsnotat til gjeldsregisterloven s. 26.

⁸⁸ Høringsnotat til gjeldsregisterloven s. 26.

⁸⁹ TJARE-2017-146062.

⁹⁰ Forbrukerkredittdirektivet artikkel 8 nr. 1 og EU-domstolens dom i sak C-449/13 CA Consumer Finance SA avsnitt 36-39.

banken må foreta en individuell vurdering av hver enkelt kredittsøker. Hvorfor nemnda konkluderer med brudd når det siterte fra Högsta Forvaltningsdomstol synes å ikke være det, er trolig fordi banken i saken for nemnda ikke innhentet opplysninger om gjeld for kunden. Dersom dette var tilfellet kan det tenkes at saksutfallet ville vært annerledes.

Oppfatningen er fulgt opp av nemnda i FinKN 2022-1008 der nemnda langt på vei gir uttrykk for det samme som i ovennevnte sak. I saken ble kredittene innvilget etter forenklet kredittvurdering. I den sammenheng uttaler nemnda at kredittvurdering som ikke tar hensyn til tidligere gjeld, ikke kan anses som forsvarlig, uavhengig av om kredittene hver for seg anses som små.

Hverken ordlyden eller nemndas uttalelser gir grunnlag til å stenge for bruken av forenklete kredittvurderinger i sin helhet. Men i tilfeller der sentrale opplysninger som kan si noe om kundens kredittvevne ikke tas med i kredittvurderingen viser nemndspraksis at forenklete kredittvurderinger ikke oppfyller kravene til kredittvurderingsplikten.

Det er grunn til å anta at det samme må gjelde for plikten etter finansavtaleloven § 5-2 som krever en «grundig» kredittvurdering. Hvorvidt kredittvurderingen er forsvarlig gjennomført ved forenklete kredittvurderinger, vil bero på om kredittvurderingen inneholder tilstrekkelige opplysninger om inntekt, gjeld og utgifter slik at grunnlaget for vurderingen etter § 5-4 anses tilstrekkelig opplyst. Dersom dette er tilfellet er det gode grunner for at mindre kreditter innvilget med forenklete kredittvurderinger anses «forsvarlig» etter finansavtaleloven § 5-2.

4 Avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4

4.1 Noen utgangspunkter

Det tradisjonelle ulovfestede utgangspunktet i norsk rett er at låntaker selv må vurdere sin betalingsevne, og han må selv bære risikoen for tap ved feilaktig vurdering.⁹¹ Avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4 utgjør til dels et unntak fra dette, ved at kredittyter er pålagt en plikt til å avslå avtale om kreditt som følge av manglende kredittvevne hos forbrukeren etter finansavtaleloven § 5-4.

⁹¹ Rt. 2003 s. 1252 og Rt. 1959 s. 1048.

Kjernen for avslagsplikten og et vilkår for å inngå kredittavtale med forbruker er om det er sannsynlig at forbruker har «tilstrekkelig kredittevne» til å oppfylle forpliktelsene på den måten som kreves etter de tilbudte vilkår, jf. finansavtaleloven § 5-4 (1).⁹² Ved vurdering av om kredittevnen er tilstrekkelig må det ses hen til utfallet av kredittvurderingen og låneproduktet det er aktuelt å inngå avtale om.

Det oppstår en rekke spørsmål i tilknytning til ordlyden i finansavtaleloven § 5-4. Oppgaven vil i det følgende redegjøre nærmere for de enkelte vilkår i bestemmelsen. Først vil vurderingen av «tilstrekkelig kredittevne» hos forbrukeren behandles. Deretter vil det redegjøres for vilkåret om «andre forhold av betydning for kredittevnen». Videre vil tidspunktet for når avslagsplikten inntreffer behandles. Til slutt – under punkt 4.5. – vil spørsmålet om terskelen for å inngå kredittavtaler har endret seg ved overgangen fra frarådningsplikt til avslagsplikt behandles.

4.2 Kjernen for avslagsplikten – forbrukers kredittevne

4.2.1 «Tilstrekkelig kredittevne»

Kredittyter kan bare inngå avtale med forbruker dersom det er sannsynlig at forbruker har «tilstrekkelig kredittevne» til å oppfylle forpliktelsene på den måten som kreves etter de tilbudte vilkårene.

Ordlyden «kredittevne» har klare likhetstrekk med begrepet betalingsevne. Noe nærmere veiledning i hva som ligger i begrepet «kredittevne» fremkommer ikke av forarbeidene til finansavtaleloven § 5-4.. Ved å se hen til annen lovgivning kan forarbeidene til konkursloven⁹³ gi støtte til hva som er innholdet i begrepet «kredittevne». Betalingsevne gir uttrykk for en persons likviditet og dette er definert som en skyldners evne til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller.⁹⁴ Hvorvidt en skyldner har evne til å oppfylle sine forpliktelser vil bero på en rekke omstendigheter. Det sentrale må imidlertid være om det er sannsynlig at forbruker på bakgrunn av sin kredittevne kan oppfylle sine forpliktelser.

⁹² Se Hveem (2020) s. 390 låntakerens økonomiske evne fremstilles som kjernen for frarådningsplikten etter finansavtaleloven (1999) § 47. Samme gjør seg gjeldende ved avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4.

⁹³ Lov 08. juni 2020 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

⁹⁴ NOU 1972:20 s. 121.

Begrepet kreditteevne sier noe om en persons betalingsevne, men lite om en persons betalingsvilje. En person kan ha evne til å betale sine forpliktelser ved forfall, men på tross av dette velge å bruke pengene på andre ting. Departementet så det som hensiktsmessig å gå bort i fra ordet kredittverdighet som var det opprinnelige forslaget, og erstatte dette med kreditteevne.⁹⁵ Begrunnelsen for dette var at ordet verdighet gjerne benyttes for å beskrive iboende kvaliteter ved mennesker.⁹⁶ Dette utelukker ikke at kredittyster kan ta hensyn til kundens betalingsvilje ved vurderingen av forbrukers kreditteevne etter finansavtaleloven § 5-4. Dette vil utgjøre et moment etter finansavtaleloven § 5-4 (1) andre punktum bokstav e, der «andre forhold av betydning for kreditteevnen» kan vektlegges.⁹⁷ Manglende vilje til å betale sine forpliktelser vil være et forhold som har en negativ innvirkning på kundens kreditteevne og må kunne vektlegges ved vurderingen av «tilstrekkelig kreditteevne».

Kredittyster skal påse at forbruker har «tilstrekkelig kreditteevne» etter finansavtaleloven § 5-4 (1). Hva som ligger i begrepet «tilstrekkelig» vil bero på en rekke omstendigheter, et viktig aspekt i denne vurderingen er hvilken type kredittavtale det er aktuelt å inngå avtale om. Banken har et selvstendig ansvar for at vurderingen etter § 5-4 er forsvarlig, men et godt utgangspunkt for vurderingen av om forbruker har «tilstrekkelig kreditteevne» vil være de retningslinjer som fremgår av utlånsforskriften.

Med hjemmel i finansforetaksloven § 1-7 har Finansdepartementet fastsatt krav til bankenes utlånspraksis gjennom utlånsforskriften.⁹⁸ Formålet med utlånsforskriften er å bidra til finansiell stabilitet, jf. utlånsforskriften § 1.

I utlånsforskriften § 6 fremgår det at kundens samlede gjeld ikke kan overstige fem ganger årsinntekt. Dette tydeliggjør at gjeldsgrad alltid vil være et relevant moment ved vurderingen av forbrukers kreditteevne. Videre stiller forskriftens § 5 krav til kundens betjeningsevne.

Finansforetaket skal ikke yte lån dersom kunden ikke vil ha tilstrekkelige midler til å dekke normale utgifter til livsopphold ved en renteøkning på 3 prosentpoeng på

⁹⁵ Se finansavtaleloven (1999) § 46b (1).

⁹⁶ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 306.

⁹⁷ Se oppgavens punkt 4.3.2.

⁹⁸ Lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven).

kundens samlede gjeld, men slik at finansforetaket uansett skal legge til grunn en rente på minst 7 prosent.

Banken må ved vurderingen av «tilstrekkelig kredittevne» etter finansavtaleloven § 5-4 (1) ta hensyn til en tenkt renteøkning tilsvarende 3 prosentpoeng på samlet gjeld. Utlånsforskriften oppstiller nokså rigide krav for finansinstitusjonene. Banken har imidlertid en viss adgang til å utvise skjønn ved bruk av den såkalte «fleksibilitetskvoten» i §§ 12, 15 og 17.

Fleksibilitetskvoten gir bankene mulighet til å fravike kravene i utlånsforskriften om betjeningsevne og gjeldsgrad for en viss andel av det totale utlånsvolumet. Dette gir rom for vurderinger løsrevet fra kravene i forskriften, men kredittyter må fortsatt sørge for at vilkårene i finansavtaleloven § 5-4 er overholdt.

Videre gir finansavtaleloven § 5-4 (1) eksempler på lånevilkår som kan gis særlig betydning i vurderingen av om forbrukers kredittevne er tilstrekkelig. Kundens kredittevne kan vurderes som tilstrekkelig på grunnlag av tilbudte vilkår om mellomfinansiering, kapitalfrigjøringslån, refinansiering og rente- eller avdragsfrie perioder. Listen er ikke uttømmende, men fungerer som en liste over praktiske eksempler som kan få særlig betydning i vurderingen av forbrukers kredittevne.⁹⁹

Et illustrerende eksempel for hvordan kundens kredittevne kan vurderes som tilstrekkelig på grunnlag av tilbudte vilkår er bruken av mellomfinansiering. Ved mellomfinansiering har forbruker i en periode lån på to boliger. I denne perioden vil kunden både ha høy gjeldsgrad og manglende kapital som isolert sett skulle tilsi at kunden ikke har tilstrekkelig kredittevne. Ved mellomfinansiering tar banken imidlertid utgangspunkt i at kundens bolig vil bli solgt, som medfører at det gamle lånet vil innfris og kapital frigjøres. Salget av boligen anses da som en forutsetning for at kunden har «tilstrekkelig kredittevne».

4.2.2 Hvilken betydning sikkerhet har for forbrukers kredittevne

Ved vurderingen av om forbruker har «tilstrekkelig kredittevne» er det i finansavtaleloven § 5-4 (2) innført en begrensning ved sikkerhetstillegg. Det fremgår av bestemmelsen:

Tilstrekkelig kredittevne kan ikke utelukkende begrunnes med at den nåværende verdien av sikkerhet som stilles, overstiger eller vil overstige kredittbeløpet, med

⁹⁹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 390.

mindre kredittavtalen er et boliglån med formål å finansiere renovering eller oppføring av fast eiendom til boligformål. Det samme må gjelde for anslag om sikkerhetens fremtidige verdi.

Dette innebærer for lån med sikkerhet at det ikke vil være mulig å se bort i fra manglende kredittvne hos kunden dersom sikkerheten er god. Dersom forbruker med svak kredittvne søker lån på 2 millioner i en bank med sikkerhet i bolig på 2,5 millioner så vil ikke dette være nok for å begrunne «tilstrekkelig kredittvne». Det avgjørende må fortsatt være at kunden skal kunne betjene kreditten i henhold til tilbudte vilkår.

Unntak fra dette finner vi i § 5-2 (2) som gir adgang til å gi byggelån til oppføring eller renovering av bolig, uten at det etter loven foreligger en plikt til å gi et automatisk avslag ved alvorlig tvil om kredittvne. Unntaket bygger på boliglånsdirektivet som tar sikte på å støtte oppføring eller renovering av boliger uten trusselen om plikt til å avslå kredittavtale.¹⁰⁰

4.3 Vurdering av forbrukers kredittvne

4.3.1 Inntekt og utgifter

Utgangspunktet for kundens «kredittvne» vil naturligvis være den ordinære lønnsinntekten.¹⁰¹ Dette følger blant annet av utlånsforskriften § 5 (1) der kunden skal ha tilstrekkelige midler til å dekke normale utgifter til livsopphold ved en renteøkning på 3 prosentpoeng. Dette medfører at et dokumentert likviditetsunderskudd med hensyntatt renteøkning normalt vil resultere i avslag basert på utlånsforskriften § 5 (1) ettersom kunden ikke har «tilstrekkelig kredittvne».¹⁰² Et likviditetsunderskudd vil si at forbruker ikke har tilstrekkelig inntekt til å betjene gjeld og andre utgifter. I vurderingen av hva som vil utgjøre tilstrekkelig kredittvne oppstår spørsmålet hvilken type inntekt kredittyter kan legge til grunn for vurderingen.

I oppgaven vil jeg særlig se på bruken av bonus og overtid som grunnlag for forbrukers inntekt. Bruken av denne type inntekt er ikke opplagt ettersom både bonus og overtid til dels kan være knyttet til en del usikkerhet.

¹⁰⁰ Boliglånsdirektivet art. 18 nr. 3.

¹⁰¹ Hveem (2020) s. 399.

¹⁰² NOU 2007: 5 s. 31.

I FinKN 2016-373 var spørsmålet hvilken inntekt banken kunne legge til grunn for vurderingen av låntakers økonomiske evne. I forbindelse med kredittvurderingen viste dokumentasjon og låntakers egne opplysninger at en del av den siste inntekten de siste årene var bonus. Nemnda mente banken burde utvist forsiktighet med å tillegge historisk bonus særlig vekt i en kredittvurdering. Spesielt gjaldt dette når kredittvurderingen ikke viste en god økonomisk margin til betjening av lån utover det forbrukeren hadde fra før. Bankens regnestykke som viste tilstrekkelig kreditteevne, forutsatte utbetaling av fremtidig bonus på samme nivå som tidligere. Selv om det ikke var påregnelig at bonusordningen skulle avvikles i sin helhet, la nemnda til grunn banken ikke utviste tilstrekkelig forsiktighet ved å stole på historiske tall for bonus til å fortsette i tid fremover.

Bruken av bonus som inntekt kan ikke utelukkes selv om banken i avgjørelsen ble ansett for å ha brutt frarådningsplikten. Særlig når det er tvil om kundens betjeningsevne vil en forutsetning for bruk av bonus som inntektsgrunnlag være at kredittyter ikke utelukkende støtter seg på tidligere tall slik nemnda uttaler. Det må foreligge klare indikasjoner på at bonusordningen opprettholdes ettersom bonus i sin natur er en usikker ordning.

Særlig der det oppstår tvil om forbrukers betjeningsevne bør kredittyter utvise varsomhet ved å bruke bonus som grunnlag for en «tilstrekkelig kreditteevne» etter finansavtaleloven § 5-4. Det vil imidlertid bero på en konkret vurdering der andre forhold vil kunne få betydning. Sentralt for hvilke inntekter som kan inngå i beregningen av forbrukers kreditteevnen må være at de fremstår som stabile.¹⁰³

Ved vurderingen av forbrukers kreditteevne vil også utgifter få betydning. SIFO-normen er et godt utgangspunkt for hvilke alminnelige forbruksutgifter en forbruker har.¹⁰⁴ Normen omtales gjerne som en livsoppholdnorm. Utgangspunktet er at forbruker bør sitte igjen med et beløp på nivå med SIFO-normen, pluss et realistisk tillegg som tar hensyn til feriereiser, gaver eller lignende.¹⁰⁵ Terskelen for å fravike SIFO-normen er ifølge Hveem høy. Dette er fordi utlånsforskriftens § 5 gir anvisning på at forbruker må ha tilstrekkelige midler til å betjene «normale utgifter til livsopphold» ved en renteøkning på 3 prosentpoeng. Et illustrerende eksempel på en likviditetsbegrensning som ikke ble ansett som forsvarlig

¹⁰³ Hveem (2020) s. 399.

¹⁰⁴ SIFOs side om Referansebudsjettet: <https://www.oslomet.no/om/sifo/referansebudsjettet>.

¹⁰⁵ Hveem (2020) s. 391 og 392.

fremkommer av FinKN 2020-451. Her fant nemnda at et likviditetsoverskudd på kr 1 918, før et låneopptak som ville medføre terminbeløp på ca kr 1 500 ikke var tilstrekkelig. Et moment i saken var også forbrukers gjeldsgrad som var på mer enn syv ganger årlig inntekt.

4.3.2 Formue

Av videre betydning for kredittevnene til forbruker vil også den samlede formue kunne få betydning. I en dom for Asker og Bærum tingrett¹⁰⁶ tok et ektepar – uten inntekt – opp kreditt som skulle fungere som rene likviditetslån. Forutsetning for inngåelse av kreditten var et salg av eiendom med betydelig verdi, eventuelt utbetaling av et større erstatningsoppgjør.

Manglende likviditet i dette tilfellet, ble sett opp imot låntakers mulighet til å bli likvid ved salg av aktiva og retten fant at dette utgjorde viktige moment ved vurdering av kredittevnene. Dommen viser at formue kan ha betydning for kredittevnene til forbruker, ved at det på sikt kan frigjøres likvide midler for betjening av lånet.

Det er ingenting i veien for at en kredittavtale inngås med en forutsetning om at formuesgoder skal selges for å frigjøre likvide midler. I vurderingen er det viktig å se hen til hva formuen består av. Det som er viktig å sørge for i slike situasjoner er at de «tilbudte vilkårene» etter kredittavtalen er utformet slik at kunden har «tilstrekkelig kredittevne» til å oppfylle forpliktelsene etter avtalen når formuesgodene selges. Ved å utsette forfall på lån, eller gi avdragsfrihet til salget er gjennomført kan kunden fortsatt ha tilstrekkelig kredittevne selv om inntekten isolert sett ikke tilsier dette. Det må da inngå i vurderingen om formuen er bundet (typisk eiendom) eller lett omsettelig (bankinnskudd). Dersom huset må selges for å forsvare en «tilstrekkelig kredittevne» vil det være grunn til å anta at kreditten må avslås. Salg av bil for å

4.3.3 Gjeld

Forbrukers samlede gjeld vil også få betydning for kredittevnene. Det er kundens totalgjeld som skal inngå i vurderingen, ikke bare bankgjelden.¹⁰⁷ Dette medfører at eventuell fellesgjeld på bolig også må hensyntas i gjeldsvurderingen. Gjeldsgraden kan ha betydning både for forbrukers likviditet og utlånsforskiftens § 6 om samlet gjeldsgrad. Etter

¹⁰⁶ TAHER-2011-129567

¹⁰⁷ Hveem (2020) s. 392.

utlånsforskriften § 6 skal ikke kundens samlede gjeld overstige fem ganger årsinntekt.¹⁰⁸ En gjeldsgrad innenfor fem ganger inntekt er et godt utgangspunkt, men Finansklagenemnda har uttalt at dette ikke er ensbetydende med at lånetilsagnet vil være forsvarlig.¹⁰⁹

I LG-2010-102752 ble lånet lempet som følge av manglende betjeningsevne hos forbruker. Lagmannsretten la til grunn at høy gjeld, sammenholdt med en relativt lav lønn var et moment som talte for at lånet skulle vært frarådet. Avgjørelsen er med på å belyse at en høy gjeldsgrad og lav inntekt kan utgjøre et moment som tilsier at forbruker ikke har «tilstrekkelig kredittevne».

I vurderingen av kundens gjeld vil type gjeld kunne få betydning for kredittevnen. Eventuell usikret gjeld, i form av forbrukslån og kredittkort vil være vanskeligere å nedbetale i motsetning til sikret gjeld som boliglån eller billån. I FinKN 2017-133 uttalte nemnda at forbrukslån i 8 forskjellige banker burde ført til at klageren ble frarådet ytterligere lån da dette var en indikator på en vanskelig økonomi.

4.3.4 Lånets egenskaper

Et sentralt element i vurderingen av forbrukerens «kredittevne» vil være lånets egenskaper. Dette er blant annet presisert ved oppstillingen av aktuelle typer kredittavtaler i § 5-4 (1) og at vurderingen av tilstrekkelig kredittevne skal ses opp imot de «tilbudte vilkårene». Her vil både lånets størrelse og avdragsprofil være viktige momenter i vurderingen av om forbruker har «tilstrekkelig kredittevne».¹¹⁰

I forarbeidene til frarådningsplikten etter finansavtaleloven (1999) § 47 er særlig betydningen av en urealistisk nedbetalingsplan trukket frem som moment i vurderingen av økonomisk evne.¹¹¹ Det samme må kunne sies å gjelde for avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4. Begrunnelsen for dette er at eventuelle mislighold av avdrag kan utgjøre oppsigelsesgrunn og føre til ytterligere betalingsproblemer for forbruker.¹¹² For boliglån er lengre nedbetalingsplaner en forutsetning som følge av størrelsen på lånet. Utlånsforskriften har også

¹⁰⁸ Utlånsforskriften § 6.

¹⁰⁹ FinKN 2022-686.

¹¹⁰ NOU 1994:19 s. 55.

¹¹¹ NOU 1994: 19 s. 55.

¹¹² Grøttjord og Rosén (2014) s. 288.

regler om nedbetalingstid for forbrukslån som tilsier at den type lån ikke bør ha nedbetalingstid lengere enn 5 år.¹¹³

Utgangspunktet bør være at en urealistisk nedbetalingsplan – isolert sett – tilsier at banken har en plikt til å avslå avtale om kreditt med forbruker. Nemndspraksis viser at regelen ikke er unntaksfri, og i vurderingen må det inngå hva lånet skal brukes til og om kunden har lett omsettelige aktiva.¹¹⁴ Det kan også tenkes situasjoner der lånets egenskaper er en forutsetning for at forbruker anses å ha «tilstrekkelig kreditteвне». Dette kan illustreres ved bruken av såkalte «seniorlån». Der vil en sikkerhet som er antatt å dekke lånet forsvare manglende kreditteвне. Her vil lånets avdragsprofil, gjerne ved at dette gjøres avdragsfritt tilsi at kunden har tilstrekkelig kreditteвне til å betjene lånet.

4.4 Andre forhold av betydning for kreditteвне

4.4.1 Innledning

Ved vurderingen av om forbruker har «tilstrekkelig kreditteвне» kan også «andre forhold av betydning for kreditteвне» vektlegges etter finansavtaleloven § 5-4 (1) annet punktum bokstav e. Ordlyden av «andre forhold» gir anvisning på en bred vurdering. En slik forståelse må imidlertid modifieres ettersom forholdene må være av «betydning for kreditteвне». Bestemmelsen skiller seg fra frarådningsplikten etter finansavtaleloven (1999) § 47 der ordlyden omfatter «andre forhold på forbrukerens side». Ordlyden var ikke begrenset til å kun gjelde «andre forhold» av betydning for forbrukers kreditteвне.

Forarbeidene til finansavtaleloven § 5-4 gir lite veiledning i hvilke momenter som kan inngå i vurderingen av «andre forhold». Det er imidlertid omfattende nemndspraksis i relasjon til frarådningsplikten i finansavtaleloven (1999) § 47 som kan gi en pekepinn på viktige momenter i vurderingen av forbrukers «kreditteвне» etter finansavtaleloven § 5-4 (1). En gjennomgang av alle «andre forhold» vil ikke være mulig ettersom dette i stor grad vil bero på det konkrete saksforholdet. I det følgende vil det gis en oversikt over enkelte momenter som vil kunne utgjøre «andre forhold av betydning for kreditteвне» etter finansavtaleloven § 5-4 (1).

¹¹³ Utlånsforskriften § 13.

¹¹⁴ FinKN 2014-540.

4.4.2 Erfaring med forbruker som kunde

Et første moment som man kan legge vekt på blant «andre forhold av betydning for kredittevenen» er eventuelle erfaringer kredittyster har med kunde. Her kan eventuelle betalingsanmerkninger, perioder med mislighold, overtrekk på konto eller manglende spareevne være indikatorer på manglende betalingsevne, eller betalingsvilje. I FinKN 2017-281 la banken vekt på klagers betalingshistorikk ved økning av to kreditter. Nemnda la til grunn at det ikke var nok å utelukkende støtte seg på en forbrukers betalingshistorikk for å dokumentere fremtidig kredittevne hos forbruker. Dette viser at eventuelle erfaringer ikke på selvstendig grunnlag kan begrunne «tilstrekkelig kredittevne» hos forbrukeren. Men det vil være et moment som kan inngå i vurderingen av «tilstrekkelig kredittevne» etter finansavtaleloven § 5-4.

For forbrukere som har fått orden i en økonomi som tidligere har vært preget av dårlig betalingshistorikk vil det være viktig for kredittyster å kreve dokumentert betjening. Dette kan for eksempel være at forbruker blir bedt om å fremlegge dokumentasjon for å godtgjøre at det faktisk har skjedd en atferdsendring. Dersom dette er tilfellet må kredittyster kunne legge til grunn at dette vil kunne ha positiv betydning for forbrukers kredittevne.

4.4.3 Sykdom

Et annet moment som vil kunne vektlegges i vurderingen av «andre forhold av betydning for kredittevenen» kan være sykdom som svekker en forbrukers evne til å forstå betydningen av kredittopptaket. En gjenganger i nemndspraksis er kunder som lider av spilleavhengighet.

I en nyere uttalelse fra Finansklagenemnda var spørsmålet i saken om banken skulle unnlatt å gi klageren kreditt på grunn av hans spilleproblemer.¹¹⁵ I forkant av kredittopptaket spurte banken om formålet med lånet var for å bruke det på nettspill, men kunde svarte avkrefteende på dette og banken foretok ingen ytterligere undersøkelse. I den aktuelle saken var det etter nemndas syn ikke akseptabelt at banken på et senere tidspunkt innvilget kreditter uten å komme tilbake til spørsmålet om pengespill. Forsvarlige rutiner etter nemndas oppfatning ville vært en form for flagging av kunden ettersom han tidligere var spurt om nettspill. Spilleproblemer arter seg slik at en bank ikke uten videre kan legge til grunn kundens benektende svar på spørsmål om pengespill. Nemnda la til grunn at ytterligere spørsmål og

¹¹⁵ FinKN 2022-402.

undersøkelser kunne avdekket kundens spilleproblemer. Nemnda uttalte videre at fraråding i et slikt tilfelle ikke var tilstrekkelig, banken hadde etter sin alminnelige lojalitets og omsorgsplikt overfor forbrukere en plikt til å avslå kreditten. Avgjørelsen viser hvordan banken må forholde seg dersom det foreligger mistanke om at forbruker med spilleproblemer skal benytte kreditten til spill. Det er imidlertid grunn til å anta at spilleavhengigheten må være synlig for banken for at det skal foreligge brudd på bankens plikter. Dette var ikke tilfelle i FinkKN 2011-420 der spilleavhengigheten ikke var synlig for banken og frarådningsplikten ble ansett som overholdt.

Det er lite tvil om at spilleproblemer vil være et moment av «andre forhold med betydning for kredittvevnen». I tilfeller der banken har konkret mistanke, eller tidligere erfaringer med forbruker som tilsier at kreditten vil benyttes på spill bør dette føre til avslag. Det bør i alle tilfeller kreves av det det foretas ytterligere undersøkelser av kredittyter.

4.4.4 Forbrukers alder

Praksis fra Finansklagenemnda viser at forbrukerens alder vil kunne utgjøre et moment som i vurderingen av «andre forhold av betydning for kredittvevnen til forbruker». Dette gjelder særlig for de to ytterpunktene hva gjelder alder, svært unge og eldre forbrukere. Som ung kan blant annet mangel på buffer, egenkapital og lite økonomisk erfaring være momenter som gir anvisning på et sterkere vern. I FinKN 2016-094 var klageren 20 år gammel. Nemnda la til grunn at klagerens alder i saken ikke fikk noe selvstendig betydning for frarådningsplikten ettersom han måtte anses som myndig. Nemnda bemerket imidlertid at alderen i seg selv kan «veie tungt i vurderingen av bankenes frarådningsplikt». I en annen avgjørelse uttalte Finansklagenemnda at en forbrukers relativt høye alder på 71 år ikke i seg selv gir grunn til å pålegge banken en frarådningsplikt.¹¹⁶ Nemndas uttalelse gir grunn til å anta at forbrukers alder kan komme inn som et moment i vurderingen.

I FinKN 2016-060 var forbruker 19 år på tidspunkt for låneopptaket. Nemnda la til grunn at Lånebeløpets størrelse var beskjedent, og kunne ikke se at banken burde ha trukket inn alderen i vurderingen. Nemnda uttalte imidlertid at banken hadde en særlig oppfordring til god rådgivning i tilfeller av felles låneopptak for unge mennesker som nylig har etablert samboerforhold. Avgjørelsen viser at alder kan vektlegges i vurderingen, men det må ses i

¹¹⁶ FinKN 2011-635.

sammenheng med kredittens størrelse. Unge forbrukere er som nevnt i avsnittet over gjerne uerfarne hva gjelder kreditt og økonomi.

Hvorvidt mindre kreditter kan begrunne at forbrukers alder ikke kan vektlegges er ikke opplagt. Særlig for unge forbrukere kan konsekvenser av betalingsvansker få stor betydning, eventuelle betalingsanmerkninger kan få innvirkning på forbrukers fremtidige økonomiske forhold. Dette tilsier at forbrukers alder alltid bør vektlegges ved vurderingen av «andre forhold av betydning for kredittvevnen» etter finansavtaleloven § 5-4, men det vil neppe være avgjørende i seg selv. For kredittyter kan forklaringsplikten etter finansavtaleloven § 5-1 være et viktig virkemiddel for å kommunisere risiko ved opptaket for unge og eldre forbrukere.

4.4.5 Lånets formål

Et videre moment som er vektlagt i nemndspraksis er formålet med lånet.¹¹⁷ Som vist til under punkt 4.3 omfattet vurderingen etter frarådningsplikten i finansavtaleloven (1999) § 47 «andre forhold». Spørsmålet som oppstår i den sammenheng er om det er mulig å vektlegge formålet med lånet etter finansavtaleloven § 5-4 (1) bokstav e i all den tid ordlyden er «andre forhold av betydning for kredittvevnen». Formålet med lånet vil ikke nødvendigvis ha en innvirkning på forbrukers kredittvevne. Det er imidlertid lite grunn til å anta at endringen av ordlyden har tatt sikte på å endre rettstilstanden til å ikke omfatte lånets formål. Det sentrale må være slik nemnda har uttalt hvorvidt formålet anses som fornuftig.¹¹⁸ Problemstillingen blir gjerne satt på spissen der lånets formål kan ha sammenheng med svindel, et økende problem for forbrukere.

Dersom formålet med lånet ikke skal kunne vektlegges ved vurderingen av «andre forhold med betydning for kredittvevnen» vil det kunne oppstå tilfeller der kredittyter innvilger lån som vil være skadelig for forbruker. I FinKN 2017-131 var banken kjent med formålet, som fremsto tvilsomt. Det var mistanke om at forbruker kom til å tape pengene på grunn av svindel. Banken gjorde dette klart for forbruker som så bort i fra advarselen og ville ha lånet utbetalt. Nemnda tok ikke stilling til hvorvidt formålet med kredittopptaket påla banken plikt til å fraråde forbruker ettersom det ikke var grunnlag for å lempe forbrukers forpliktelser.

¹¹⁷ Se NOU 2009: 11 s. 63.

¹¹⁸ FinKN-2017-24.

HR-2020-2021-A omhandler kundens ansvar for tap som følge av misbruk av BankID til låneopptak. I avsnitt 104 uttaler førstvoterende at banken med stor sannsynlighet kunne unngått misbruk av BankID, ved å innføre ytterligere kontrolltiltak og dermed «bevisst har valgt en handlemåte som innebar en klar risiko for tap».¹¹⁹ Selv om saken gjaldt kontrolltiltak før utbetaling av lånebeløp vil mye av det samme gjelde for bankens plikter etter §§ 5-2 og 5-4. Saken er med på å belyse en rettsutvikling som setter større krav til bankene. Det er dermed naturlig at banken ved konkret mistanke strekker seg langt for å iverksette kontrolltiltak i form av avslag før det inngås kredittavtale. Ved innføring av avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-2 er det grunn til å anta at avslag ville vært det rette ovenfor forbruker i et slikt tilfelle. Det er vanskelig å se hvordan banker som inngår kredittavtaler der formålet med lånet fremstår direkte skadelig for forbruker skal unngå å bære ansvaret for dette uten å fatte riktige kontrolltiltak.

4.5 Tidspunktet avslagsplikten inntre

Oppgaven vil nå ta for seg tidspunktet for når avslagsplikten inntre. Etter ordlyden i finansavtaleloven § 5-4 (1) inntre avslagsplikten før inngåelse av kredittavtale, altså den prekontraktuelle fasen. Kredittyter kan «bare dersom det på grunnlag av kredittvurderingen» inngå kredittavtale med forbruker, jf. § 5-4 (1). Ordlyden «bare» tilsier at inngåelse av kredittavtale avskjæres dersom resultatet av kredittvurderingen ikke påviser tilstrekkelig kredittevene. I all den tid kredittvurderingen utføres i forkant av avtaleinngåelse vil banken ha en plikt til å avslå etter kredittvurderingen. Dette innebærer at forholdene ved avtaleinngåelse som utgangspunkt skal legges til grunn i vurderingen av om banken har anledning til å inngå avtale eller ikke.

Det samme utgangspunktet gjaldt for frarådningsplikten i finansavtaleloven (1999) § 47,¹²⁰ der situasjonen på tidspunktet forut for inngåelse av kredittavtale var avgjørende.

Hvorvidt det er mulig å gjøre unntak fra dette utgangspunktet er ikke belyst i forarbeidene til finansavtaleloven § 5-4. Spørsmålet om frarådningsplikten inntreden etter finansavtaleloven (1999) § 47 imidlertid behandlet i forarbeidene til loven fra 1999 Rettskilder i relasjon til den tidligere bestemmelsen vil kunne gi veiledning i spørsmålet om når avslagsplikten vil inntre.

¹¹⁹ HR-2020-2021-A avsnitt 104.

¹²⁰ NOU 1994:19 s. 55.

Spørsmålet som reiser seg, er hvordan sannsynlige fremtidige endringer skal behandles og om det er mulig å utvide avslagsplikten til også å gjelde etter inngåelse av kredittavtale med forbruker. Dette vil behandles i det følgende.

4.5.1 Sannsynlige fremtidige endringer ved avtaleinngåelse

Utgangspunktet for vurdering av forbrukers kredittevnne etter finansavtaleloven § 5-4 er situasjonen på tidspunktet for låneavtalens inngåelse. Det må imidlertid kunne tas hensyn til kjente og sannsynlige fremtidige regelendringer eller endringer i låntakerens situasjon.¹²¹ Eksempler fra forarbeidene i tilknytning til frarådningsplikten i finansavtaleloven (1999) § 47 er varslede innstramminger i skattereglene eller endringer i rammebetingelsene for næringsutøvelse forbrukeren driver. For at slike forhold skal hensyntas må de representere en markert risiko sett fra låntakers side. Hveem gir i sin avhandling et eksempel som kan illustrere problemstillingen. Hjørnesteinsbedriften i en bygd har planer om å flytte deler av virksomheten til utlandet, med den konsekvens at visse grupper ansatte kan miste jobben. Dersom banken har konkret kunnskap om dette, og dette vil berøre forbruker i form av tapt inntekt bør dette få betydning for vurderingen etter finansavtaleloven § 5-4.¹²²

En markert risiko gir anvisning på en høy terskel. For kredittyter kan det være vanskelig å forutse endringer i låntakerens situasjon og man bør utvise varsomhet ved hvilke tilfeller banken må ta hensyn til. Det sentrale for kredittyter vil imidlertid være å gi forbruker et realistisk fremtidsbilde av forbrukerens økonomiske forhold.

4.5.2 Forhold som inntreffer etter inngått avtale

Endringer som inntreffer etter inngått avtale kan også forekomme. Tiden fra avtaleinngåelse til utbetaling kan la vente på seg. Det kan tenkes tilfeller der banken og forbruker er enig om finansiering, men utbetaling skal først skje en stund etter det er inngått bindende avtale.

For frarådningsplikt etter finansavtaleloven (1999) § 47 var endringer i tiden mellom inngått avtale, men før utbetaling av lånet en omstendighet som kunne utløse bankens frarådningsplikt etter finansavtaleloven (1999) § 47. Dersom kredittyter fikk informasjon om endringer i forbrukers kredittevnne eller forhold som kunne være av betydning for avtalen så

¹²¹ NOU 1994: 19 s. 55.

¹²² Hveem (2020) s. 415.

ville frarådningsplikten kunne inntre etter inngått avtale.¹²³ Dette var ment å omfatte opplysninger kredittyster fikk kunnskap om i forkant av utbetaling, men etter avtaleinngåelse og som kunne medføre svekket økonomisk evne for forbruker.¹²⁴ I et slikt tilfelle må låntaker også ha samme rett til å meddele at lånet ikke skal tas opp.¹²⁵

Det samme bør gjelde for avslagsplikten. Dersom banken får kunnskap om opplysninger som tilsier at forbruker ikke har «tilstrekkelig kredittevne etter finansavtaleloven § 5-4 (1) så er det grunn til å anta at det vil inntre en plikt for kredittyster til å avslå lånet. Selv om det er inngått avtale.

Et neste spørsmål er hvordan konsekvenser av endrede forhold hos forbruker etter utbetaling av kreditten stiller seg til avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4. Dersom bindende avtale er inngått og kreditten er utbetalt vil det være lite rom for kredittyster å avslå lånet. I Rt. 2003 s. 1252 avsnitt 39 er det lagt til grunn at etterfølgende betalingsvansker må løses innen rammen av gjeldsordningsloven. Nemndspraksis viser også at en forverring av økonomien for forbruker som kredittyster ikke kunne forutse, må løses innen rammen av gjeldsordningsloven.¹²⁶

4.6 Terskelen for avslagsplikten

Oppgaven har til nå tatt for seg hvilke forhold på forbrukerens side som har betydning for avslagsplikten i Finansavtaleloven § 5-4. Et viktig spørsmål som behandles i det følgende er hvor terskelen for avslagspliktens inntreden synes å ligge, altså hva som skal til for at avslagsplikten aktualiserer seg. Som nevnt i oppgavens innledning punkt 1.1 vil dette kunne si noe om hvorvidt terskelen har endret seg ved innføring av avslagsplikten. Noe generell fastleggelse av terskelen vil være vanskelig ettersom vurderingen avhenger av en rekke forhold. Det sentrale er imidlertid om det er «sannsynlig» at forbruker har tilstrekkelig kredittevne til å til å oppfylle forpliktelsene på den måten som kreves etter de tilbudte vilkårene etter finansavtaleloven § 5-4 (1).

¹²³ NOU 1994: 19 s. 55.

¹²⁴ NOU 1994: 19 s. 55.

¹²⁵ NOU 1994: 19 s. 55.

¹²⁶ BKN 2010-156 og FinKN 2022-1014.

Hva som ligger i «sannsynlig» vil ha betydning for hva som skal til for at avslagsplikten inntreffer. Departementet valgte å gå bort i fra begrepet «trolig» som var det opprinnelige forslaget i høringsnotatet. Begrunnelsen for dette var at ordlyden av «sannsynlig» bedre reflekterte at kreditttakeren har en viss skjønnsmargin ved vurderingen av om forbruker har tilstrekkelig kredittvevne til å oppfylle forpliktelsene etter låneavtalen.¹²⁷ Bruken av «sannsynlig» samsvarer også med direktivets ordlyd, der den danske versjonen benytter seg av «sandsynligvis».¹²⁸

I mangel av rettskilder i relasjon til finansavtaleloven som gir anvisning på hva som ligger i beviskravet er det naturlig at ordlyden «sannsynlig», tilsier at det må foreligge sannsynlighetsovervekt. Støtte for en slik forståelse kan utledes av departementets endring fra «trolig» til «sannsynlig». I en høringsuttalelse hevder Finans Norge at bruken av «trolig» vil føre til uklarhet om sannsynlighetsovervekt vil være tilstrekkelig og foreslår at «sannsynligvis» må benyttes. Når departementet endrer ordlyden etter høringsrunden er det naturlig at sannsynlighetsovervekt gir en god anvisning på hva som ligger i begrepet.

For vurderingen av hvor mye som skal til for at kravet til "sannsynlig" etter finansavtaleloven § 5-4 (1) skal være oppfylt er det naturlig å ta utgangspunkt i beviskravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt som gjør seg gjeldende i sivile saker.¹²⁹ Tallmessig oppfylles beviskravet der det er mer enn 50 % sannsynlig for å kunne legge til grunn et bestemt faktum. Sagt på en annen måte, for at kreditttaker skal kunne inngå kredittavtale med forbruker må det være mer enn 50 % sannsynlighet for at vedkommende har tilstrekkelig evne til å oppfylle forpliktelsene på den måten som kreves etter de tilbudte vilkårene.

Grensen for frarådningsplikten etter finansavtaleloven (1999) § 47 har ikke vært en sikker og fast grense. Det samme vil trolig gjelde for avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4 ettersom begge bestemmelsene tar utgangspunkt i en konkret vurdering der en rekke momenter vil få betydning for hvorvidt kreditttaker kan inngå avtale om kreditt med forbruker. Avslagsplikten vil imidlertid innebære et større inngrep i den private autonomien ettersom kreditttaker avslår kredittavtale. Avslagsplikten representerer en ytterligere innstramming av

¹²⁷ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 390.

¹²⁸ boliglåndirektivet artikkel 18 nr. 5 bokstav a, nr. 3 og nr. 6.

¹²⁹ Skoghøy og Pedersen (2020) s. 289.

kredittytters utlånspraksis. Dette skiller seg markant fra frarådningsplikten der den endelige beslutningen er lagt til forbruker med en klar oppfordring om at lånet ikke bør inngås.

Departementet legger til grunn at terskelen for avslagsplikten sammenfaller med frarådningsplikten.¹³⁰ Uttalelsen tilsier at i de tilfeller der det ble gitt lån med fraråding, vil det ved innføringen av avslagsplikten måtte gis avslag i samme tilfeller.

Etter finansavtaleloven (1999) § 47 (1) er det et vilkår at kredittgiver «må anta» at forbrukeren ikke har økonomisk evne, og at denne derfor «alvorlig bør overveie» å avstå fra kredittopptaket. Begrepet «sannsynlig» har omtrent samme meningsinnhold som begrepet antakelig. Det er derfor nærliggende at terskelen for avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4 (1) inntreden – slik departementet uttaler – er ment å tilsvare terskelen for frarådningsplikten i finansavtaleloven (1999) § 47 (1) inntreden.

En sammenfallende terskel skapte bekymring for høringsinstansene. Det ble pekt på muligheten for å gi lån i krevende perioder for forbruker, herunder samlivsbrudd eller oppsigelse. Avslagsplikten er ifølge departementet ikke til hinder for at slike kredittavtaler fortsatt kan inngås, dersom vilkårene de gis på, er utformet slik at det er sannsynlig at kreditten vil kunne tilbakebetales.¹³¹ I forlengelsen av dette legger departementet til grunn at det uansett vil innebære en ekstra byrde i en allerede vanskelig situasjon dersom det gis kreditt der det er sannsynlig at kunden ikke vil kunne tilbakebetale lånet.

Det er grunn til å anta at terskelen for hva som skal til for at avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4 er slik departementet uttaler, sammenfallende med det som fulgte av frarådningsplikten i finansavtaleloven (1999) § 47. Ettersom det ble gitt lån med fraråding i svært liten grad, rundt 3 % av bankens utlån¹³² er det lite som tyder på at lovendringen vil medføre noe særlig begrensning i tilgangen på kreditt.

¹³⁰ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 319

¹³¹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 319.

¹³² Hveem og Nyhus (2013) s. 8-9.

5 Rettsvirkningen av misligholdt avslagsplikt

5.1 Innledning

Rettsvirkningene ved misligholdt avslagsplikt er regulert i finansavtaleloven § 5-5. Dersom banken ikke oppfyller sine plikter etter loven, vil forbrukerens forpliktelser kunne lempes. Ved manglende etterleving av reglene kan bankene påføres økonomiske tap. Dermed fungerer avslagsplikten og lempningsregelen som et ytterligere incentiv for bankene til å føre en forsvarlig utlånspraksis.¹³³

Innledningsvis kan det være hensiktsmessig å knytte noen kommentarer til nemndas behandling av saker etter finansavtaleloven (1999) § 47 (3). Praksis fra finansklagenemnda viser at terskelen ved å nå frem med et krav overfor banken er relativt høy.¹³⁴ Lemping har vært den dominerende virkningen ved mislighold av frarådningsplikten basert på Finansklagenemndas vurdering av hva som «finnes rimelig».¹³⁵

I de tilfeller der det faktisk ble gitt fraråding ved inngåelse av låneavtale etter finansavtaleloven (1999) § 47 viser praksis at låntaker ikke får medhold i sine krav om lemping. Grunnen for dette er at banken allerede har lagt inn en fraråding, og dermed oppfylt sine plikter etter finansavtaleloven § 47. Kunden er ved fraråding advart om risikoen ved lånet og frarådningsplikten er overholdt. Ettersom avslagsplikten medfører et endelig avslag, vil denne problemstillingen være mindre aktuell.

Misligholdt avslagsplikt reguleres av finansavtaleloven § 5-5. Bestemmelsens første ledd gir regler om tapsbegrensningspliktens bortfall etter finansavtaleloven § 3-49 som følge av manglende kredittvurdering eller kreditt gitt i strid med avslagsplikten. Andre ledd fastslår konsekvensene av kreditt gitt i strid med finansavtaleloven § 5-4.

5.2 Bortfall av forbrukers tapsbegrensningsplikt

Manglende kredittvurdering av kunde etter finansavtaleloven § 5-2 eller misligholdt avslagsplikt etter § 5-4 medfører at tapsbegrensningsplikten ikke kan gjøres gjeldende ovenfor forbruker.

¹³³ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 318.

¹³⁴ Hveem (2020) s. 490.

¹³⁵ Hveem (2020) s. 490.

Tapsbegrensningsplikten i finansavtaleloven § 3-49 (4) bygger på det alminnelige kontraktsrettslige prinsippet, og skadeerstatningsloven § 5-1 om skadelidtes medvirkning.¹³⁶ Bestemmelsens første ledd første punktum lyder slik:

(1) Har kredittysteren ikke vurdert kundens kredittevene etter § 5-2 eller gitt kreditt i strid med § 5-4, kan tapsbegrensningsplikten etter § 3-49 fjerde ledd annet punktum ikke gjøres gjeldende til ulempe for en kunde som er forbruker.

Utgangspunktet er at erstatningen kan settes ned eller falle bort som følge av skadelidtes medvirkning til tapet eller manglende begrensning av tapet. Lovgiver har imidlertid ansett det som nødvendig å lovfeste regler som ivaretar forbruker ved kredittytters manglende kredittvurdering eller misligholdt avslagsplikt.¹³⁷ Bortfall av tapsbegrensningsplikten ble ansett som nødvendig for å oppnå den beskyttelsen forbrukeren har etter boliglånsdirektivet art. 18 nr. 4.

Ansvarsfordelingen etter bestemmelsen er en konsekvens av at kredittyster ikke har overholdt sine plikter.¹³⁸ Forbruker skal ikke måtte bære den økonomiske risikoen for dette. Dersom dette var tilfellet, ville kredittyster mistet mye av incentivet til å sørge for en tilstrekkelig grundig og forsvarlig kredittvurdering.¹³⁹

5.3 Lemping av forbrukers forpliktelser

5.3.1 Innledning

Rettsvirkningen av kreditt innvilget i strid med avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4 reguleres av finansavtaleloven § 5-5 (2):

(2) Har kredittysteren gitt kreditt i strid med § 5-4, kan kundens forpliktelser etter avtalen lempes så langt det er rimelig. I vurderingen av om forpliktelsene skal lempes, kan det legges vekt på hvordan resultatet av kredittvurderingen er formidlet til kunden, og hvordan kredittysteren for øvrig har oppfylt forklaringsplikten etter § 5-1.

¹³⁶ Lov 13. juni 1969 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

¹³⁷ Finansavtaleloven § 3-1 (1) og Prop. 92 LS (2019-2020) s. 390.

¹³⁸ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 313.

¹³⁹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 315.

Bestemmelsen opplister to sentrale momenter som kan ha betydning i rimelighetsvurderingen. Listen er ikke uttømmende jf. ordlyden «kan det legges vekt på», og andre momenter kan ha betydning for lempingsadgangen.

Bruken av «kan», medfører at retten ikke er pliktig til å lempe kundens ansvar i tilfeller hvor banken har brutt avslagsplikten. Ordlyden gir anvisning på en konkret helhetsvurdering der en rekke momenter vil kunne vektlegges. Lempingsadgangen er begrenset «så vidt det er rimelig». Dette innebærer at lemping kun kan skje i den utstrekning det anses rimelig. Det er opp til retten, som har en vid skjønnsmessig margin til å velge hvorvidt forpliktelsen skal lempes fullt ut, delvis eller ikke i det hele tatt.¹⁴⁰

Lempingsadgangen etter finansavtaleloven § 5-5 (2) er en videreføring av det som gjaldt tidligere i finansavtaleloven (1999) § 47 (3).¹⁴¹ Formålet bak bestemmelsen i finansavtaleloven (1999) § 47 (3) er todelt. Et reparativt element som søker å ivareta forbrukeren ved å hjelpe vedkommende ut av sine problemer, og et pønalt element for å sanksjonere kredittgiver.¹⁴² I mangel av andre klare holdepunkter vil det være nærliggende å søke veiledning i forarbeider og praksis etter finansavtaleloven (1999) ved fastleggelsen av innholdet i rimelighetsvurderingen etter finansavtaleloven § 5-5 (2).

Lovteksten er preget av skjønnsmessige vurderinger og gir domstolene et spillerom for å kunne finne passende reaksjoner i det enkelte tilfelle.¹⁴³ Utgangspunktet for fastsettelse av lemping er hva som er rimelig. I rimelighetsvurderingen er det som nevnt en rekke forhold som kan begrunne lemping.

Tidligere var både mangel på fraråding og for «svak» fraråding noe som kunne begrunne lemping. Ved overgangen til avslagsplikt vil tilfellene der fraråding var gitt, men ikke på en klar nok måte kunne unngås. Et avslag er endelig, det er vanskelig å se for seg at det vil oppstå tvilstilfeller ettersom lånet ikke vil bli utbetalt til forbrukeren.

I det følgende vil det redegjøres for momenter som inngår i rimelighetsvurderingen, herunder det som fremgår av bestemmelsen og momenter som var relevant i relasjon til

¹⁴⁰ NOU 1994: 19 s. 56.

¹⁴¹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 390.

¹⁴² NOU 1994: 19 s. 56.

¹⁴³ NOU 1994: 19 s. 56.

frarådningsplikten i finansavtaleloven (1999) § 47. Hovedvekten vil ligge på momenter departementet anså som relevant i forarbeidene til tidligere finansavtalelov.¹⁴⁴ Det vil dermed være hensiktsmessig å se på hvordan betydning disse vil få for avslagsplikten.

5.3.2 Krav om årsakssammenheng

Et grunnvilkår for at det vil kunne bli tale om lemping etter finansavtaleloven (1999) § 47 (3) er årsakssammenheng mellom manglende fraråding og forbrukers betalingsproblemer.¹⁴⁵ En slik forståelse av vilkåret om årsakssammenheng vil ikke være treffende for avslagsplikten etter finansavtaleloven § 5-4. Det vil ikke være plass til en vurdering av hvor stor sannsynligheten var for at låntakeren ville tatt hensyn til en eventuell fraråding dersom det ble gitt.¹⁴⁶ Avslaget er endelig etter finansavtaleloven § 5-4. Et slikt hypotetisk hendelsesforløp med de bevismessige spørsmål det reiser vil ikke aktualisere seg ved et endelig avslag. For avslagsplikten er det mer hensiktsmessig å innfortolke et kausalitetskrav i tilfeller der kredittyster ikke har gitt avslag etter finansavtaleloven § 5-4. Dersom banken har avslått avtale om kreditt vil forbrukeren ikke ha noen mulighet til å inngå kredittavtale på tross av avslaget.

Eventuelle tilbakebetalingsproblemer må ha sammenheng med bankens mislighold av avslagsplikten. En forbruker kan ikke kreve lemping etter finansavtaleloven § 5-5 (2) dersom plutselig interesse for risikofylte aksjeinvesteringer prioriteres foran avdrag på lånet og dette er årsaken til misligholdet. Selv om banken gir kreditten med forbehold om ventet lønnsøkning hos forbruker og det på avtaletidspunktet eksisterer et mindre likviditetsunderskudd. På tidspunkt for avtaleinngåelse er det ingen indikatorer som tilsier at kunden har utvist manglende betalingsvilje. Et slikt tenkt tilfelle vil ikke være tilstrekkelig for å konstatere tilstrekkelig årsakssammenheng. Det vil utgjøre et moment i rimelighetsvurderingen som taler for at lånet ikke lempes.

5.3.3 Hvordan resultatet av kredittvurderingen er formidlet til kunden

Etter finansavtaleloven § 5-2 (2) andre punktum kan det som et moment i rimelighetsvurderingen få betydning hvordan resultatet av kredittvurderingen er formidlet til kunden.

¹⁴⁴ NOU 1994: 19 s. 56.

¹⁴⁵ NOU 1994: 19 s. 56.

¹⁴⁶ Hansen (2005) s. 20.

Med hjemmel i finansavtaleloven § 5-3 (4) er det gitt forskrift om hvordan resultatet av kredittvurderingen skal formidles. I finansavtalesforskriften¹⁴⁷ § 5-1 (5) som trer i kraft 01.07.2023 er innføres det et trafikklyssystem. På denne måten skal forbruker og kredittgiver kunne gjøre seg opp en mening om resultatet av kredittvurderingen før lånet utbetales. Formålet med trafikklyssystemet er å innføre en ordning som skal hjelpe forbrukeren til å forstå hvilken risiko de påtar seg ved å inngå kredittavtale.¹⁴⁸

Finansavtalesforskriften § 5-1 (1) lyder slik:

(5) Når kredittgiveren informerer kunden om resultatet av kredittvurderingen, skal resultatet klassifiseres og presenteres på følgende måte:

- 1. grønn kategori: risikoen for at kunden ikke overholder sine forpliktelser etter avtalen, er vurdert som liten, samtidig som at kunden antas godt å kunne håndtere en vesentlig økning av renten*
- 2. gul kategori: risikoen for at kunden ikke kan overholde sine forpliktelser etter avtalen, er vurdert som liten eller akseptabel, samtidig som at kunden antas å kunne håndtere en vesentlig økning av renten, eventuelt med moderate økonomiske omdisponeringer*
- 3. rød kategori: risikoen for at kunden ikke kan overholde sine forpliktelser etter avtalen, er vurdert som ikke akseptabel, eller kunden antas å ikke kunne håndtere en vesentlig økning av renten, eventuelt ikke uten vesentlige økonomiske omdisponeringer.*

For forbrukere vil trafikklysmodellen være et verktøy som sier noe om hvilken risikokategori kunden befinner seg i etter kredittvurderingen. Det er imidlertid slik at andre forhold enn avslagsplikten kan begrunne et avslag, banken har ingen kontraheringsplikt ved ytelse av kreditt. Eksempler på dette kan være manglende kundekontroll eller manglende tilhørighet til bankens vedtektsfestede område eller verdisyn. På den måten vil plassering i grønn kategori og avslag kunne fremstå ulogisk overfor kunden.

¹⁴⁷ Forskrift 19. september 2022 nr. 1612 om finansavtaler (finansavtalesforskriften).

¹⁴⁸ Prop. 92 LS (2019–2020) s. 306.

I lys av avslagsplikten to alternativer, enten avslå låneavtale eller inngå låneavtale kan nødvendigheten av en gul kategori diskuteres. For forbruker vil gul kategori gi assosiasjoner til en viss fare ved inngåelse av kredittavtalen. Frarådningsplikten ble ofte omtalt som bankens måte å gi «gult kort». En bekymring for enkelte interesseorganisasjoner har vært at gul kategori kan gi grunnlag for forbrukere å rette krav som følge av etterfølgende forhold.¹⁴⁹ Kunden får inntrykk av en viss risiko ved gul kategori, og vil dermed ha en oppfordring til å kreve lemping som følge av etterfølgende forhold.

Det er partene selv som bærer risikoen for egne forutsetninger, og så lenge kredittvurderingen er utført på en faglig forsvarlig måte har ikke kredittyter risikoen for at forutsetningene senere avviker fra det som kredittyter la til grunn i kredittvurderingen.¹⁵⁰ Ved en gul kategori vil også den forhøyede risikoen bli synlig for forbrukeren uten at det vil føre til avslag. For banken kan gul kategori også gi anvisning på en grundigere vurdering, der forsvarligheten av den konkrete låneavtalen vurderes ytterligere. I slike tilfeller kan det tenkes at kredittyters forklaringsplikt etter § 5-1 vil kunne ivareta forbruker ved tilstrekkelige forklaringer der risikoen ved avtalen gjennomgås i samråd med forbruker. En slik løsning vil gi forbrukeren ytterligere grunnlag for å vurdere om kredittavtalen passer. Rød kategori må - i de fleste tilfeller - anses å omfatte de klare avslagstilfellene, selv om dette ikke alltid vil være tilfellet.

Hvordan banken har formidlet resultatet vil være et moment i rimelighetsvurderingen. For banken vil det å være tilstrekkelig klar i formidlingen av kredittvurderingen til kunden være særlig viktig. Ved gul kategori bør kredittyter påse at den risikoen låneopptaket innebærer kommuniseres på en tilstrekkelig måte. En ren omgåelse i gul kategori ved å gi inntrykk av en kredittevene som er bedre enn det som fremgår av kredittvurderingen vil tale for at lemping fremstår rimelig. Dokumentering av kommunikasjonen i forkant av låneopptaket kan bli sentralt for kredittyter.

5.3.4 Hvordan forklaringsplikten etter finansavtaleloven § 5-1 er oppfylt

I finansavtaleloven § 5-1 er det innført en forklaringsplikt, som avløser veiledningsplikten i finansavtaleloven (1999) § 46c. Det sentrale er at forklaringsplikten skal sette kunden i stand

¹⁴⁹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 318.

¹⁵⁰ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 318.

til å vurdere om den foreslåtte kredittavtalen passer for ham eller henne.¹⁵¹ For øvrig må forklaringsplikten innhold fastlegges konkret ut fra kredittavtalens innhold og kompleksitet, kundens evne til å vurdere mottatte opplysninger og hvor stor betydning kredittavtalen kan antas å få for kundens økonomiske situasjon.¹⁵²

Forklaringsplikten må ses i sammenheng med resultatet av kredittvurderingen. Særlig vil bruken av forklaringsplikten når kunder havner i gul kategori kunne gi tilstrekkelig forklaring. Et spørsmål som oppstår i relasjon til forklaringsplikten er hvordan kredittyter kan forsikre seg om at kunden forstår det som blir forklart. Departementet legger til grunn at kontrollspørsmål, med eller uten svaralternativer, vil være godt egnet for å dokumentere at disse pliktene er oppfylt.¹⁵³ Manglede oppfyllelse av forklaringsplikten i § 5-1 vil utgjøre et moment som taler for lemping. Tilstrekkelige forklaringer som oppfyller forklaringsplikten etter § 5-1 overfor forbruker vil derimot være et moment som taler mot lemping i rimelighetsvurderingen. Hvorvidt dette kan begrunne at lemping ikke skal finne sted i tilfeller der avslagsplikten ikke er overholdt harmonerer dårlig med avslagspliktens preseptoriske vern. Kredittyter kan ikke påberope seg inngående forklaringer ovenfor forbruker ved kreditt med særlig forhøyet risiko som begrunnelse for at lemping ikke skal finne sted.

I relasjon til forklaringsplikten etter finansavtaleloven § 5-1 kan det i praksis være viktig for kredittyter å dokumentere dialogen med forbruker i forkant av låneopptaket. Dette kan være avgjørende for utfallet av rimelighetsvurderingen etter finansavtaleloven § 5-5 (2).

5.3.5 Forbrukers grad av aktsomhet

I forarbeidene til finansavtaleloven § 47 (3) er det gitt en rekke eksempler på momenter som kan inngå i rimelighetsvurderingen. Her er blant annet i hvilken grad låntaker selv er å bebreide nevnt som et moment i rimelighetsvurderingen.¹⁵⁴

Dersom låntaker selv må ha forstått at hun ikke ville makte å betjene lånet kan dette i rimelighetsvurderingen redusere betydningen av kredittyters forsømmelse og tale mot

¹⁵¹ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 388.

¹⁵² Prop. 92 LS (2019-2020) s. 389.

¹⁵³ Prop. 92 LS (2019-2020) s. 317.

¹⁵⁴ NOU 1994:19 s. 56.

lemping.¹⁵⁵ Dette henger nøye sammen med synspunktet om at låntaker har kjennskap til egen økonomi, og selv står nærmest til å vurdere egen betjeningsevne.

Lemping vil være utelukket i de tilfeller der låntaker bevisst har gitt uriktige opplysninger om egne økonomiske forhold, som har gitt banken galt inntrykk av låntakers evne.¹⁵⁶

Det er imidlertid slik at en forbruker som har til hensikt å bevisst gi uriktige opplysninger vil være et moment i rimelighetsvurderingen etter § 5-5 som vil tale mot lemping.

I en dom fra Øvre Romerike tingrett¹⁵⁷ fant retten at låntaker var å bebreide for å ha et for lettvint forhold til avtaledokumentene, selv om vedkommende hadde gode forutsetninger for å sette seg inn i dokumentene. Her ble også betydningen av egne helseproblemer hos låntaker og hvilken innvirkning dette kunne få for hans økonomiske situasjon av betydning for rimelighetsvurderingen. Rettstilstanden etter innføring av forklaringsplikten i finansavtaleloven § 5-1 kan få betydning for et slikt tilfelle. Dersom kredittyster hadde spurt de riktige spørsmål med påfølgende svar kan risikoen for kredittopptaket blitt avdekket på en bedre måte.

Etter frarådningsplikten var lemping utelukket, der kunden bevisst hadde gitt uriktige opplysninger til kredittyster om egne økonomiske forhold som ga et feilaktig inntrykk av låntakers evne.¹⁵⁸ Hvorvidt dette vil være utelukket etter finansavtaleloven er mer usikkert basert på kredittysters krav som følge av kredittvurderingsplikten i § 5-2.

5.3.6 Kredittysters grad av aktsomhet

I rimelighetsvurderingen vil bankens gjennomføring av kredittvurderingsplikten utgjøre et viktig moment. Hvorvidt banken er å bebreide for det uheldige låneopptaket må ses i lys av bankens plikt til å gjennomføre en grundig og forsvarlig kredittvurdering. Ved innføringen av kravet om «grundig» kredittvurderingsplikt er det grunn til å tro at kravene til kredittysters aktsomhet skjerpes. Hvor langt denne plikten strekker seg vil bero på det konkrete tilfellet, som oppgavens punkt 3.4.2 har vist vil kravene være lempeligere på de mindre kreditter.

¹⁵⁵ NOU 1994:19 s. 56.

¹⁵⁶ NOU 1994:19 s. 56.

¹⁵⁷ TOVRO-2015-73514

¹⁵⁸ NOU 1994: 19 s. 56.

Det er lagt til grunn at grovheten av overtredelsen etter finansavtaleloven (1999) § 47 (3) kan vektlegges i rimelighetsvurderingen.¹⁵⁹ Grovheten av manglende avslag fra banken i relasjon til avslagsplikten må også kunne utgjøre et moment i rimelighetsvurderingen. Det er rimelig å anta at grove overtredelser av avslagsplikten vil være et tungtveiende moment i rimelighetsvurderingen, som vil kunne få betydning for hvordan lempingen skal skje.

I FinKN 2023-133 fikk klager innvilget et lån på kr 950 000 som skulle benyttes til å innfri et lån på kr 360 622. Resterende ble brukt til å innfri medskylder og sønnens forbruksgjeld. Lånet var i hovedsak motivert av et ønske fra klager om å hjelpe medskylder og sønnen til å refinansiere usikret gjeld. Flertallet konkluderte med at fraråding ikke var tilstrekkelig i denne saken, banken hadde en plikt til å avstå fra å inngå avtale om lån. Nemndas flertall fant at banken hadde opptrådt i strid med sin omsorgs- og lojalitetsplikt overfor klageren. Rådgiver i banken beroliget en engstelig og motvillig låntaker med at medskyldneren ville kunne overta lånet gjennom refinansiering. Motviljen til klager baserte seg på egne tanker om betjeningsevne som følge av en beskjeden pensjon. Muligheten for refinansiering var for banken – med de opplysninger som forelå – en urealistisk mulighet. Klager ble fritatt for ansvar ut over et beløp tilsvarende det tidligere boliglånet.

Avgjørelsen er med på å belyse at et sentralt moment i rimelighetsvurderingen vil være bankens opptreden i forkant av låneopptaket. Dersom kunden har uttrykt reelle bekymringer i forkant av lånet og banken avfeier dette vil det kunne tilsi at kredittyter ikke har opptrådt aktsomt. Der det skjer grove overtredelser kan dette begrunne fullt bortfall av forpliktelsen, det må imidlertid bero på det konkrete tilfellet.

5.3.7 Lempingsadgangen ved refinansiering

I en rekke saker for Finansklagenemnda har spørsmålet oppstått om det er adgang for å lempe en forpliktelse som er innfridd ved refinansiering.

Problemstillingen kan illustreres slik: Låntaker tar opp et lån i bank A. Etter en tid får låntaker tilbud om å refinansiere lånet på bedre vilkår i bank B. Når lånet er flyttet til bank B viser det seg at låntaker ikke klarer å betjene lånet. Låntaker retter krav mot bank A om at lånet skulle vært avslått. Da oppstår spørsmålet om lemping kan skje når lånet er innfridd i bank A.

¹⁵⁹ NOU 1994: 19 s. 56.

Praksis viser at nemnda konsekvent ser ut til å dele seg i et flertall og mindretall ved konklusjonen, flertallet legger til grunn at lemping kan skje selv om lånet er innfridd.

Etter ordlyden i finansavtaleloven § 5-5 (2) kan kundens «forpliktelser» etter avtalen lempes så langt det er rimelig. En naturlig språklig forståelse av «forpliktelser» tilsier at kunden må være bundet til å gjøre noe. Ved kredittavtaler er tilbakebetaling en sentral del av låneavtalen, og utgjør forbrukers forpliktelse overfor kredittyter.

Problemstillingen har vært berørt i en rekke avgjørelser for finansklagenemnda¹⁶⁰, blant annet i FinKN 2022-204. En mann fikk innvilget tre lån på samme dag til sammen kr 514 243.

Klager anførte at lånene burde vært frarådet som følge av psykisk ubalanse på tidspunktet for låneopptaket. Nemnda var enig i at lånene burde vært frarådet, uten at de tok stilling til klagers mentale tilstand. Nemnda delte seg i et flertall og et mindretall hva gjaldt konsekvensen av manglende fraråding. Flertallet la til grunn av lemping måtte kunne finne sted selv om lånet var innfridd ved refinansiering i annen bank, uten å gå noe nærmere inn på begrunnelsen for dette. Under henvisning til lovens ordlyd og formål mente mindretallet at lemping ikke kunne finne sted. Mindretallets argumentasjon i FinKN 2022-204 samsvarer langt på vei med det som ble lagt til grunn i TJARE-2017-146062.

Saken for tingretten gjaldt krav om lemping av kredittavtaler som følge av brudd på frarådningsplikten. Tingretten frifant långiver for brudd på frarådningsplikten, og lemping var utelukket. Problemstillingen i relasjon til lempingsadgangen av innfridd gjeld ble omtalt av retten i en uttalelse uten betydning for resultatet i saken. Det ble i all hovedsak lagt vekt på ordlyden i finansavtaleloven (1999) § 47 (3) som taler for lemping av forbrukerens forpliktelser, ikke tilbakebetaling. Videre ble det uttalt at formålet med bestemmelsen som er å berge skyldnerens betalingsproblemer var lite treffende når forpliktelsen faktisk er innfridd. Et slikt tilbakebetalingskrav måtte ifølge retten ha et annet pengerettslig krav enn det som følger av finansavtaleloven § 47 (3). Uttalelsen strider imot flertallet i nemndas praksis og dennes tolkning av bestemmelsen. Resultatet ifølge tingretten taler for at lemping ikke kan finne sted der innfrielse har skjedd ved refinansiering.

Ordlyden i finansavtaleloven § 5-5 (2) er lik det som fremkommer av finansavtaleloven (1999) § 47 (3). Det er grunn til å anta at resultatet vil bli det samme etter finansavtaleloven §

¹⁶⁰ Se FinKN, 2022-758 og FinKN 2022-224.

5-5 (2). Basert utelukkende på ordlyden i finansavtaleloven § 5-5 (2) fremstår det som at lemping bare kan finne sted der forbruker har en «forpliktelse» ovenfor kredittyster som har gitt kreditt i strid med § 5-4. På den andre siden er formålet med bestemmelsen å sanksjonere banken for brudd på avslagsplikten. Det er vanskelig å se at kunden ikke skal kunne nå frem med sitt krav som følge av ordlyden. Gode grunner tilsier at løsningen etter finansavtaleloven § 5-5, blir den samme som flertallets praksis i nemnda. En eventuell refinansiering vil ikke kunne frita banken for ansvar som følge av innfrielse. Tingretten hevder løsningen harmonerer dårlig med lovens formål om å berge skyldneren ut av sine betalingsproblemer, men ser ikke ut til å nevne lovens formål om å sanksjonere kredittyster for brudd på sine plikter. Lovgiver har gitt retten stor valgfrihet til hvordan selve lempingen skal skje.¹⁶¹

Når loven tar sikte på å styrke forbrukervernet, fremstår det som lite effektivt at forbruker skal måtte rette krav med grunnlag i andre pengerettslige krav.¹⁶² Det vil i så fall bety ytterligere rettslige prosesser for forbruker. For mange vil refinansiering nettopp være et viktig tiltak for å komme seg ut av betalingsproblemer og kredittyster som har misligholdt avslagsplikten bør kunne sanksjoneres i medhold av § 5-5 (2). Regelens reparative funksjon bør vektlegges i slike tilfeller, den som har voldt skaden må som et klart utgangspunkt ha plikt til å gjøre opp for seg.¹⁶³

6 Avslutning

Avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4 representerer en betydelig rettsutvikling, fra en rettstilstand der forbruker selv var ansvarlig for egen betalingsevne etter Rt. 1959 s. 1048 til en omfattende plikt for kredittyster til å vurdere kredittevene og avslå dersom denne ikke er tilstrekkelig. Avslagsplikten medfører også et betydelig ansvar for bankene og en styrking av forbrukervernet i norsk rett. Det er grunn til å anta at overgangen fra frarådningsplikt etter finansavtaleloven (1999) § 47 til avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4 vil være et effektivt tiltak for å forebygge gjeldsproblemer i befolkningen. Tiden der bankene har adgang til å fraskrive seg ansvaret ved å benytte seg av fraråding er forbi. Videre sikrer avslagspliktens skjønnsmessige karakter et fortsatt rom for gode vurderinger av forbrukers kredittevene, noe som er helt nødvendig ved ytelse av kreditt til forbrukere. Det ser fortsatt ut til at

¹⁶¹ NOU 1994: 19 s. 56.

¹⁶² TJARE-2017-146062.

¹⁶³ Hveem (2020) s. 441.

utlånsforskriften vil utgjøre den største begrensningen for bankenes utlånspraksis. Hvorvidt utlånsforskriften er moden for å utfases som følge av et normalisert rentenivå og innføringen av finansavtaleloven er vanskelig å si.

Hva den viktigste virkningen av misligholdt avslagsplikt etter finansavtaleloven § 5-5 vil bli er vanskelig å forutse. Videreføring av lempingsbestemmelsens skjønnsmessige natur gir viktig spillerom for retten som må ta hensyn til de konkrete omstendighetene i saken. I all den tid avslagsplikten faktisk søker å styrke hensynet til forbruker ved i større grad å ansvarliggjøre kredittyster ved inngåelse av kredittavtalen kan dette tilsi at banken i større grad blir ansvarlig ved misligholdt avslagsplikt. Når kredittyster nå yter lån og avslagsplikten anses misligholdt, er dette et lån forbruker ikke skulle fått. Spørsmålet er da om nemnda kommer til å legge seg på en linje med strengere rimelighetsvurderinger og påfølgende strengere lemping. Tendenser til dette ser vi allerede i nyere nemndspraksis ved fullt bortfall av låneopptak i et tilfelle banken burde avslått å inngå låneavtale. Dette var riktignok ikke etter avslagsplikten i finansavtaleloven § 5-4, og flertallet anså det som et noe grovere tilfelle.¹⁶⁴ En for streng lempingsadgang kan medføre at bankene strammer inn tilgangen på kreditt noe som ikke har vært en uttalt målsetning med loven.

¹⁶⁴ FinKN 2023-133.

Referanseliste

Norske rettskilder:

Lover:

- | | |
|------|---|
| 1918 | Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeseerklæringer (avtaleloven). |
| 1969 | Lov 13. juni 1969 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven). |
| 1984 | Lov 08. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven). |
| 1999 | Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven (1999)). |
| 2015 | Lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven). |
| 2017 | Lov 17. juni 2017 nr. 29 om godkjenning av klageorganer for forbrukersaker (godkjenningsloven). |
| 2020 | Lov 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (finansavtaleloven). |

Forskrifter:

- | | |
|------|--|
| 2014 | Forskrift om kapitalkrav og nasjonal tilpasning av CRR/CRD IV (CRR/CRD IV-forskriften) |
|------|--|

- 2020 Forskrift 09. Desember 2020 nr. 2648 om finansforetakenes utlånspraksis (Utlånsforskriften).
- 2022 Forskrift 19. september 2022 nr. 1612 om finansavtaler (finansavtaleforskriften).

Forarbeider:

- NOU 1972: 20 *Gjeldsforhandling og konkurs.*
- NOU 1994: 19 *Finansavtaler og finansoppdrag. Delutredning nr. 1.*
- NOU 2007: 5 *Frarådningsplikt i kredittkjøp. Utredning nr. 17 fra Banklovkommisjonen.*
- NOU 2009: 11 *Kredittavtaler. Gjennomføring i norsk rett av forbrukerkredittdirektivet (2008/48/EF) m.m.*
- Prop. 65 L (2009-2010) *Endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.)*
- Prop. 92 LS (2019-2020) *Lov om finansavtaler (finansavtaleloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutninger nr. 125/2019 og 130/2019 av 8. mai 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2014/17/EU om kredittavtaler for forbrukere i forbindelse med fast eiendom til boligformål (boliglåndirektivet) og delegert kommisjonsforordning (EU) nr. 1125/2014.*

Rettspraksis:

Rt. 1959 s. 248
Rt. 1959 s. 1048
Rt. 1984 s. 248
Rt. 2000 s. 1811
Rt. 2003 s. 1252
Rt. 2004 s. 156
Rt. 2010 s. 1345
Rt. 2012 s. 355
Rt. 2013 s. 388
HR-2020-401-A

Underrettspraksis:

TAHER-2011-129567.
TOVRO-2015-73514.
TJARE-2017-146062.
LG-2010-102752.

Nemndspraksis:

BKN-03140
BKN 2010-156

FinKN 2014-540.
FinKN 2016-373
FinKN 2017-133
FinKN 2017-281.
FinKN 2020-451.
FinKN 2022-204.

FinKN 2022-224.

FinKN 2022-402.

FinKN 2022-686

FinKN, 2022-758.

FinKN 2022-1008.

FinKN 2022 1014.

FinKN 2023-133.

Internasjonale rettskilder:

Traktater og EU-direktiver:

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, Oporto, 2. mai 1992.

Direktiv 2008/48/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/48/EF av 23. april 2008 om forbrukerkredittavtaler og om oppheving av rådsdirektiv 87/102/EØF (Forbrukerkredittdirektive).

Direktiv 2014/17/EU

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/17/EU av 4. februar 2014 om kredittavtaler for forbrukere i forbindelse med fast eiendom til boligformål og om endring av direktiv 2008/48/EF og 2013/36/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010 (Boliglånsdirektivet).

Direktiv 2015/2366/EU

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/2366 av 25. november 2015 om betalingstjenester i det indre marked, om endring av direktiv 2002/65/EF,

2009/110/EF og 2013/36/EU og forordning
(EU) nr. 1093/2010 og om oppheving av
direktiv 2007/64/EF
(Betalingstjenestedirektivet 2015 (PSD2)).

EU-domstolen:

Dom av 18. desember 2014, CA Consumer Finance SA mot Ingrid Bakkaus, C-449/13,
ECLI:EU:C:2014:2464

Juridisk teori:

Litteratur:

- | | |
|---------------------------|--|
| Benestad Anderssen (2014) | Harald Benestad Anderssen, <i>Fordeling av mangelsrisiko ved omsetning av brukte boliger mellom privatpersoner</i> , Universitetet i Tromsø 2014 |
| Bergsåker (2010) | Trygve Bergsåker, <i>Eiendomsmegling – omsorgsplikt og god meglerskikk</i> , Norges Eiendomsmeglerforbund 2010 |
| Giertsen (2017) | Johan Giertsen, <i>Avtaler</i> , 3. utgave, Universitetsforlaget 2017. |
| Grøttjord og Rosén (2014) | Børge Grøttjord, Karl Rosén, <i>Finansavtaleloven med kommentarer</i> , 1. utgave, Gyldendal Juridisk 2014. |
| Hagstrøm (2021) | Viggo Hagstrøm, Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen, Inger Berg Ørstavik, <i>Obligasjonsrett</i> , 3. utgave, Universitetsforlaget 2021. |

- Hveem (2020) Dag Jørgen Hveem, *Bankers rådgivningsansvar overfor forbrukere – aktsomhetsnormen*, Universitetet i Bergen 2020.
- Sejersted mfl. (2014) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave 2. opplag, Universitetsforlaget 2014.
- Pedersen og Skoghøy (2020) Jussi Erik Pedersen og Jens Edvin A. Skoghøy, *grunnleggende sivilprosess*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2020.
- Skoghøy (2018) Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2018.
- Sæbø (2005) Boel Flodgren, Lars Gorton, Eva Lindell-Frantz. Per Samuelsson (red.), *Avtalslagen 90 år Aktuell nordisk rättspraxis*, Norstedts Juridik AB 2005.

Artikler:

- Berg (2000) Espen Bergh, *Finansavtaleloven – forbrukervern for bankkunder og nye regler i pengekravsretten*, Lov og Rett, Vol. 39, Utg. 6, 2000, s. 323-337.
- Hansen (2005) Bjørn Erik Hansen, *Finansinstitusjoners frarådningsplikt – noen utviklingslinjer*, Tidsskrift for forretningsjus, Vol. 11, utg. 2, 2005, s. 233-258.

- Hveem og Nyhus (2013) Dag Jørgen Hveem og Ellen Katrine Nyhus, *Frarådingsplikten: Til bankens eller forbrukerens beste?*, Universitetet i Agder 2013.
- Lettrem (2009) Stine Lettrem, «*Bankenes frarådningsplikt overfor låntakere – blir formålet oppfylt?*», Universitetet i Tromsø 2009.
- Vinje (2005) Eirik H. Vinje, *Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven*, Lov og Rett, Vol. 45, Utg. 5, 2005, s. 298-316.

Rapporter og nettsteder:

- Finanstilsynet (2022) Finanstilsynet, *Finansielt utsyn*, Oslo 2022.
- Årsrapport Finansklagenemnda (2022) Finansklagenemnda, *Den som har rett, skal få rett!*, Årsrapport, Oslo 2022.
- Utviklingen i forbruksgjeld (2022) Finanstilsynet, *Rapport om utviklinga i forbruksgjeld*, 2022.
- SIFOs side om Referansebudsjettet. Hentet 3. Mai 2023
<https://www.oslomet.no/om/sifo/referansebudsjettet>.
- Høringsnotat til gjeldsregisterloven. Hentet 25. april 2023.
<https://www.regjeringen.no/contentassets/4cb1770efdd0437298987f84c668ed27/horingsnotat.pdf>
- Nøkkeltall fra Gjeldsregisteret: Gjeldsregisteret AS. Hentet 18. april 2023.
<https://www.gjeldsregisteret.com/pages/nokkeltall>
- Boligmarkedet i Vedums hender: Eiendom Norge. Hentet 20. mars 2023.
<https://eiendommnorge.no/nyheter/boligmarkedet-i-vedums-hender-article2339-919.html>

Vil ramme bankenes kvotekunder: Finans Norge. Hentet 20. mars 2023.

<https://www.finansavisen.no/nyheter/makro/2022/10/16/7945910/finansavtaleloven-palegger-bankene-a-nekte-lan>.

