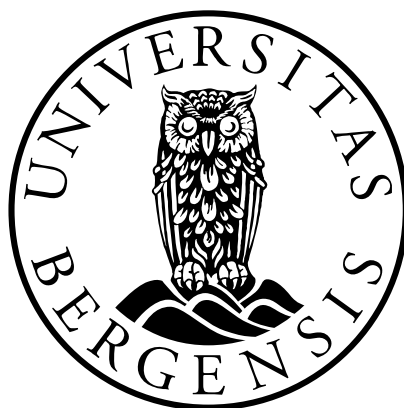


Långivers hevingsrett av låneavtaler etter finansavtaleloven

Særlig når kunden er forbruker

Kandidatnummer: 106

Antall ord: 13 911



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Presentasjon av problemstilling	3
1.2 Avgrensninger	4
1.3 Kort om problemstillingens aktualitet	5
1.4 Generelle metodiske bemerkninger	5
1.5 Praksis fra Finansklagenemnda som "rettskilde"	7
2 Kort om heving generelt	9
2.1 Heving som alminnelig kontraktsrettslig prinsipp.....	9
2.2 Hensyn bak en hevingsrett.....	10
3 Når er en låneavtale misligholdt?	12
3.1 Tidspunktet som skal legges til grunn for misligholdsvurderingen	12
3.1.1 Tolkning av avtalen	12
3.1.2 Bakgrunnsretten	12
3.2 Utgangspunktet for hva som utgjør mislighold av en låneavtale	13
3.3 Forhold som gjør at en oppfyllelsssvikt ikke anses som mislighold dersom låntaker er forbruker.....	14
3.3.1 Forhåndsutformede avtalevilkår.....	14
3.3.2 Betydelig skjevhet til skade for forbrukeren	15
3.3.3 Uklare avtalevilkår	17
3.4 Forhold som gjør at en oppfyllelsssvikt ikke anses som mislighold dersom låntaker er næringsdrivende	18
3.5 Forhold på kreditors side	19
3.5.1 Mangelfull kredittvurdering som "begrunnelse" for hevingen.....	20
3.5.2 Om hevingsretten avskjæres dersom kredittvurderingen er mangelfull.....	21
3.5.3 Om hevingsretten avskjæres dersom det gis kreditt i strid med avslagsplikten.	22
3.6 Oppsummering	24
4 Når kan långiver heve en låneavtale?.....	26
4.1 Avtalt hevingsrett	26
4.2 Heving etter finansavtaleloven	27
4.2.1 Relevante momenter i vesentlighetsvurderingen	28

4.2.2	Tilleggsmomenter oppstilt av EU-Domstolen når låntakeren er forbruker.....	28
4.3	Betydningen av størrelsen på det misligholdte beløpet	30
4.3.1	Problemstillingen	30
4.3.2	Kort om reglene ved kredittkjøp	31
4.3.3	Om reglene for kredittkjøp kan anvendes ved låneavtaler	31
4.3.4	Reglene i svensk rett	33
4.3.5	Bemerkninger knyttet til størrelsen på det misligholdte beløp	34
4.4	Varigheten av betalingsforsinkelsen.....	35
4.4.1	Hvordan varigheten av betalingsmislighold er vektlagt i norsk rett	35
4.4.2	Praktiseres vurderingsmomentet i strid med EU/EØS-retten?.....	36
4.4.3	Kort om reglene i svensk rett	37
4.4.4	Forbigående betalingsvansker	38
4.5	Betydning av tidligere mislighold	40
4.5.1	Betydningen av tidligere mislighold når disse er rettet før den nye finansavtaleloven.....	40
4.5.2	Om det tidligere utgangspunktet er i samsvar med den nye finansavtaleloven .	41
4.5.3	Dersom kreditor har fått kompensasjon for mislighold	42
4.6	Andre momenter	43
4.7	Betydningen for låntakeren	43
5	Korte avsluttende bemerkninger	45
6	Bibliografi	46
6.1	Norske lover	46
6.2	Lovforarbeider	46
6.3	Rettspraksis.....	46
6.3.1	Underrettspraksis.....	47
6.4	Kilder fra EU/EØS-retten	47
6.4.1	Praksis fra EU-domstolen.....	48
6.5	Praksis fra Finansklagenemnda	48
6.6	Juridisk litteratur.....	48
6.7	Utenlandske lover	49
6.8	Andre kilder	49

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstilling

Tidligere i år, den 01.01.2023, trådte en ny finansavtalelov i kraft.¹ Loven erstatter den forrige, nå opphevede, finansavtaleloven fra 1999.² I tillegg gjennomfører loven de privatrettslige delene av EU-Direktivene (EU) 2015/2366 (betalingstjenestedirektivet), direktiv 2014/92/EU (betalingskontodirektivet) samt direktiv 2014/17/EU (boliglånsdirektivet).³

Med loven følger en bestemmelse som regulerer "tjenesteyters" rett til å heve en avtale, jf. Finansavtaleloven § 3-51. Det overordnede utgangspunktet i norsk avtale- og kontraktsrett er at kontrakter og avtaler skal oppfylles korrekt i henhold til kontraktens innhold og det som er avtalt. I kontraktsforhold kan det imidlertid oppstå situasjoner og årsaker som fører til at en kontraktspart ikke er i stand til å overholde sin kontraktsforpliktelse, slik at det oppstår et eller flere kontraktsbrudd. Heving er i denne forbindelse en sanksjon eller reaksjon som kan gjøres gjeldende ved motpartens kontraktsbrudd, forutsatt at vilkårene for heving er oppfylt. I korte trekk gir en hevingsadgang en avtalepart muligheten til å oppheve partenes inngåtte avtale på nærmere angitte vilkår eller bestemmelser om mislighold fra motpartens side, noe som innebærer at partene stilles i en tilsvarende posisjon som om avtalen ikke hadde vært inngått.⁴ Dette følger implisitt av finansavtaleloven § 3-52 (1) som fastslår at "ved tjenesteyterens heving faller partenes plikt til å oppfylle avtalen bort". For kredittavtaler følger det særskilt av § 3-52 (2) at dersom en kredittavtale er delvis oppfylt, kan det som er mottatt kreves tilbakeført så langt det etter forholdene lar seg gjøre.

Det alminnelige kriteriet for å kunne heve en avtale har i lang tid vært at det må foreligge et "vesentlig mislighold" av avtalen. Kravet om "vesentlig mislighold" som hevingsvilkår er både inntatt i øvrige sentrale kontraktslover på obligasjonsrettens område⁵, samt at det er sikker rett at dette er det generelle vilkåret for å kunne heve etter ulovfestet kontraktsrett. I

¹Lov 18.12.2020 nr. 146 om finansavtaler (Finansavtaleloven.) § 8-1.

² Lov 25.06.1999 nr. 46.

³ Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 9.

⁴ Hagstrøm (2021) s. 446.

⁵ At kundens/kjøpers kontraktsbrudd må være «vesentlig» er også et vilkår i Kjøpsloven §§ 54 og 55, Forbrukerkjøpsloven § 45, Avhendingslova § 5-3 og Bustadoppføringslova § 57.

den nye finansavtaleloven er det dermed blant annet oppstilt et vilkår om "vesentlig mislighold" for at heving skal kunne gjøres gjeldende, jf. Finansavtaleloven § 3-51 (1).

For å vurdere hva som ligger i "vesentlig mislighold" av en låneavtale er det for det første en sentral problemstilling å undersøke hva som i det hele tatt utgjør "mislighold" av en låneavtale. Deretter er det sentralt å drøfte hva som skal til for at disse misligholdene skal kvalifiseres som "vesentlige". I tillegg vil det undersøkes om forhold ved EU/EØS-retten som påvirker disse spørsmålene, særlig i forbindelse med låneavtaler til forbrukere.

1.2 Avgrensninger

Finansavtaleloven og bestemmelsen i § 3-51 gjelder generelt for alle avtaler om "finansielle tjenester" etter loven jf. § 1-2 (2). Ordlyden "finansielle tjenester" omfatter alle avtaler om "banktjenester", "kredittjenester", "betalingstjenester" og alle "tjenester som gjelder investering og individuelle pensjoner."⁶

Oppgaven vil kun omhandle "kredittavtaler" slik at det vil avgrenses mot de øvrige avtaletypene om finansielle tjenester. Videre blir kredittavtaler definert som avtaler om kreditt i form av "betalingsutsettelse", "lån", "rammekreditt" eller "annen tilsvarende form for kreditt."⁷ Oppgaven vil begrenses til kun å gjelde kredittavtaler i form av utlån av penger i henhold til finansavtaleloven, og følgelig avgrense mot øvrige former for kreditt.

Bakgrunnen for denne avgrensningen er at kredittavtaler i form av låneavtaler ofte er sammensatte og komplekse, noe som gjør hevingsretten særlig aktuell ved slike avtaler. Dette er i korte trekk fordi en låneavtale ofte inneholder flere momenter enn kun den konkrete avtalen om beløpet som lånes, herunder en avtale eller plan om nedbetaling, rentebetalinger, eventuell kausjon med mer. Dette medfører at det er flere momenter som kan inngå i vurderingen av, og påvirke, om et mislighold av en låneavtale kan anses som vesentlig.

Da oppgaven vil fokusere på "vesentlig mislighold" fra kundens side, vil det også naturlig avgrenses mot de alternative hevingsvilkårene i § 3-51 (1) bokstav a-d som blant annet regulerer tjenesteyters hevingsrett der det åpnes konkurs hos kunden etter konkursloven

⁶ Finansavtaleloven § 1-3 (2).

⁷ finansavtaleloven § 1-7 (1).

(bokstav b), eller at kunden avgår med døden uten at det blir stilt betryggende sikkerhet for oppfyllelsen (bokstav c).

Sist vil det også særlig fokuseres på låneavtaler der låntakeren er forbruker, men likevel slik at nyanser ved der låntakeren er næringsdrivende også vil kunne påpekes. Det vil derfor ikke avgrenses helt mot låneavtaler i næringsforhold.

1.3 Kort om problemstillingens aktualitet

Det vil bli knyttet noen korte bemerkninger til hvorfor problemstillingen er aktuell og relevant. For det første har hverken spørsmålet om bankens hevingsrett av låneavtaler eller hva som utgjør "vesentlig mislighold" av en låneavtale, blitt vurdert av Høyesterett. Med en helt ny finansavtalelov er det derfor på tide at innholdet av bankens hevingsrett, eventuelt begrensinger i denne, blir klarlagt. For det andre bygger problemstillingens aktualitet på at bankens hevingsrett og problemstillinger i relasjon til dette har blitt behandlet i internasjonal rett, som EU-domstolen. Det er derfor særlig aktuelt å undersøke om rettstilstanden ved bankens hevingsrett og slik den praktiseres i norsk rett gjenmo norske domstoler, er i samsvar med de utgangspunkter og "prinsipper" som er oppstilt i EU-retten. I tillegg er det det hovedhensyn bak finansavtaleloven at loven skal "styrke forbrukervern[et]" samt "forebygge gjeldsproblemer."⁸ Dette er momenter som også gjør det relevant å undersøke långivers hevingsrett av låneavtaler, og særlig dersom låntakeren er forbruker.

1.4 Generelle metodiske bemerkninger

Ettersom finansavtaleloven er ny, er det hverken rettspraksis eller særlig teori direkte knyttet til lovens bestemmelser. Et spørsmål er dermed i hvilken utstrekning rettspraksis og teori knyttet til den gamle finansavtaleloven kan anvendes ved tolkningen bestemmelsen i § 3-51. Vilkåret om at det kreves "vesentlig mislighold" i någjeldende § 3-51 var tilsvarende i den forrige finansavtaleloven av 1999 § 52. Bestemmelsenes ordlyd sett i sammenheng tilsier etter en alminnelig språklig forståelse at vilkåret og innholdet er det samme i de ulike bestemmelsene. Dette indikerer at praksis og tolkninger knyttet til dagjeldende § 52 kan være relevante ved anvendelsen av finansavtaleloven § 3-51.

⁸ Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 23.

En slik tolkning støttes også av at det er presisert i forarbeidene til den nye finansavtaleloven at bestemmelsen om tjenesteyters hevingsrett i § 3-51 "i hovedsak bygger på hevingsreglene i gjeldende § 52 for kredittavtaler (..)",⁹ mens bestemmelsen i den forrige lovens § 52 var en kodifisering av tilsvarende regler om hevingsrett på "ulovfestede områder".¹⁰ At den nye bestemmelsen bygger på den lignende gamle bestemmelsen taler for at tolkninger knyttet til den gamle § 52 også kan legges til grunn ved anvendelsen av § 3-51.

En viss støtte for dette synspunktet kan også finnes i LH-2022-40248, hvor lagmannsretten brukte den opphevede kredittkjøpsloven¹¹ § 12 ved tolkningen vilkåret "vesentlig mislighold" i finansavtaleloven § 52, ettersom § 52 bygde på den gamle krkjl. § 12.¹²

Samlet tilsier dette at praksis og teori tilknyttet tolkning av den gamle finansavtaleloven § 52 kan legges til grunn ved anvendelsen av § 3-51. Dette gjelder særlig inntil det foreligger rettskilder direkte knyttet til og basert finansavtaleloven § 3-51.

Det må også bemerkes at heving etter dagjeldende § 52 ikke har vært behandlet av Høyesterett. Det vil dermed kun være underrettspraksis og en del saker fra Finansklagenemda¹³ som danner et overordnet utgangspunktet for hvordan bestemmelsen er anvendt. Til tross for få kilder direkte knyttet til heving av låneavtaler, er det imidlertid et rikt tilfang på kilder om heving generelt, og om vesentlighetsvurderingen i alminnelig obligasjonsrett.

Når det gjelder fremgangsmåten i oppgaven vil det for det første bli anvendt alminnelig juridisk metode ved tolkningen av långivers hevingsrett av låneavtaler. Det vil også vurderes om EU/EØS-retten påvirker spørsmålet, og eventuelt om norsk praksis er i samsvar med dette. Som følge av EØS-avtalen¹⁴ artikkel 7 er "rettsakter" som er inntatt som vedlegg til EØS-avtalen, bindende for avtalepartene og skal være del av deres interne rettsorden. Ettersom Norge er part i EØS-avtalen vil følgelig blant annet EU-direktiver som vedtas om vedlegg til avtalen, være bindende for Norge.

⁹ Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 221.

¹⁰ NOU 1994: 19 *Finansavtaler og Finansoppdrag* s. 166.

¹¹ Lov 21.06.1985 nr. 82 [Opphevet]

¹² LH-2022-40248 med videre henvisninger.

¹³ Rettskildevekten til praksis fra Finansklagenemda behandles i neste punkt.

¹⁴ Avtale 2. mai 1994 om Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde.

I tillegg vil oppgaven bære preg av at heving skal vurderes konkret og at det ikke kan oppstilles faste krav til en hevingsadgang med generell anvendelse. Dermed vil drøftelsen av oppgavens problemstilling og konklusjonen bli en analyse som kan fungere som en veiledende indikasjon på når kredittavtaler er "vesentlig mislighold", i større grad enn et håndfast, konkret "fasitsvar".

1.5 Praksis fra Finansklagenemnda som "rettskilde"

Til tross for et beskjedent omfang av rettspraksis direkte knyttet til bankers hevingsrett av låneavtaler, finnes det et betydelig antall saker fra Finansklagenemnda. Spørsmålet i dette avsnittet er hvilken betydning denne praksisen kan ha for rettskildebildet når det gjelder heving av låneavtaler. I korte trekk er Finansklagenemnda en "uavhengig tvisteløser" der hovedoppgaven er å løse innklagde tvister mellom finansinstitusjoner og deres kunder ved å gi rådgivende, ikke-bindende avgjørelser.¹⁵

På den ene siden er det klart at nemdpraksis ikke anses som en rettskildefaktor av relevans i henhold til tradisjonell rettskildelære.¹⁶ Dette følger også implisitt av at Nemndas uttalelser kun er rådgivende, og følgelig ikke er bindende for hverken partene eller de alminnelige domstolene som skal vurdere spørsmålene.

På den andre siden finnes det flere saker fra Høyesterett der uttalelser og konklusjoner fra Finansklagenemnda blir brukt i høyesteretts argumentasjon. Et eksempel er HR-2021-822-A hvor Høyesterett viste til Finansklagenemnda sin tolkning av vilkåret "fråsegsett" i bilansvarslova § 2¹⁷ som støtte for sin forståelse av vilkåret.¹⁸ Et annet eksempel fremkommer i HR-2020-2021-A hvor Høyesterett, i en sak om erstatningsansvar på grunnlag av misbruk av BankID, viste til Finansklagenemnda sin uttalelse om at det "ikke vil være grovt uaktsomt å oppbevare brikken hjemme, heller ikke om den ligger åpent tilgjengelig."¹⁹

Annet enn slike saker hvor Høyesterett bruker uttalelser og praksis fra Finansklagenemnda i sin argumentasjon, finnes det ikke Høyesterettspraksis hvor det konkret eller prinsipielt blir

¹⁵ Avtale om Finansklagenemnda (2023) punkt 3 bokstav k).

¹⁶ Eckhoff & Helgesen (2001) s. 23 og Boe (2010) s. 154

¹⁷ Lov 03.02.1961 (bal.)

¹⁸ HR-2021-822-A avsnitt 108.

¹⁹ HR-2020-2021-A avsnitt 99.

tatt stilling til den rettskildemessige verdien av Finansklagenemnda sine saker. Når det gjelder nemndspraksis generelt har imidlertid Høyesterett i Rt. 1984 s. 248 uttalt at "De responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurransutvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt."²⁰ Næringslivets Konkurransutvalg gir uttalelser i tvister mellom næringsdrivende om anvendelsen av markedsføringsloven,²¹ og i likhet med Finansklagenemnda er deres avgjørelser kun rådgivende.²²

Når Høyesterett uttaler at "et organ *som* Næringslivets Konkurransutvalg (..)" er dette en sterk indikasjon på at uttalelsen ikke kun gjelder dette organet, men også lignende organer, slik som for eksempel Finansklagenemnda. Også Hagstrøm argumenterer for en slik tolkning, og har uttalt at "Det er grunn til å tro at domstolene vil innta samme grunnholdning til Finansklagenemnda Banks praksis."²³ Videre argumenterer Hagstrøm for at dette særlig gjelder for spørsmål med begrenset rettskildemateriale eller hvor "nemdas uttalelser har dannet grunnlag for en omforent praksis som berører hele bransjen".²⁴

Til tross for at Finansklagenemnda sine avgjørelser ikke er bindende, blir det bindende for foretaket dersom dette innen 21 dager etter avgjørelsen ikke gir en begrunnet tilbakemelding om at avgjørelsen ikke vil bli fulgt.²⁵ Dette medfører, ifølge Hagstrøm, at det kan "slås fast at bankene i de alt overveiende antall saker respekterer nemndas avgjørelser."²⁶

Ettersom bankene i det overveiende respekterer nemndas avgjørelser og uttalelser, og at Høyesterett ved flere tilfeller viser til nemndspraksis i sin argumentasjon, er det etter dette holdepunkter for at praksis fra Finansklagenemnda kan ha rettskildemessig betydning. Dette gjelder særlig, for et tilfelle som heving av låneavtaler, hvor det foreligger begrenset rettspraksis fra ordinære domstoler samt øvrige rettskilder.

²⁰ Rt. 1984 s. 248 s. 258.

²¹ Vedtekter for Næringslivets Konkurransutvalg § 1.

²² Vedtekter for Næringslivets Konkurransutvalg § 1.

²³ Hagstrøm mfl. (2021) s. 62.

²⁴ Hagstrøm mfl. (2021) s. 62 flg.

²⁵ Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda (2023) punkt 11.

²⁶ Hagstrøm (2021) s. 61.

2 Kort om heving generelt

2.1 Heving som alminnelig kontraktsrettslig prinsipp

I relasjon til heving av låneavtaler er det i forarbeidene til den nye finansavtaleloven uttalt i merknadene til hevingsbestemmelsen at "bestemmelsen er utslag av et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp i norsk rett".²⁷ Det er derfor hensiktsmessig å undersøke hva som ligger i heving som et generelt "kontraktsrettslig prinsipp", før heving av kredittavtaler behandles særskilt. Innledningsvis ble det påpekt at heving er et unntak fra det grunnleggende avtalerettslige utgangspunktet om at avtaler oppfylles i samsvar med det som er avtalt, ettersom en hevingsadgang medfører at hele avtalen termineres. Heving er i den utstrekning en misligholdssanksjon som kan gjøres gjeldende der motparten i et avtaleforhold ikke overholder sin plikt i tråd med det nevnte utgangspunktet, men derimot misligholder sine forpliktelser etter avtalen slik at det oppstår et eller flere kontraktsbrudd. I litteraturen blir heving omtalt som den alvorligste eller mest inngripende misligholdsbeføyelsen ettersom det kan ramme motparten særlig hardt, slik at det må oppstilles "strenge vilkår for når en hevingsadgang kan gjøres gjeldende."²⁸

Høyesterett har i flere saker tatt stilling til hevingsprinsippet og innholdet av dette. Eksempelvis var det i Rt. 1999 s. 408 et spørsmål om kjøperen av en borettslagsleilighet som ble solgt med garasje plass var berettiget til å heve avtalen da det viste seg at det ikke fulgte med noen garasje plass likevel. Høyesterett uttalte på s. 421 at "svaret beror etter alminnelige kontraktsrettslige regler på om kontraktsbruddet etter en helhetsvurdering må betegnes som *vesentlig*" (min kursivering). På bakgrunn av en slik helhetsvurdering kom Høyesterett til at hevingen var uberettiget. Ved vurderingen av om et kontraktsbrudd er vesentlig har det i rettspraksis ofte blitt oppstilt et spørsmål om kontraktsbruddet gir kreditor "*rimelig grunn* til å si seg fri fra kontrakten" (min kursivering) jf. Blant annet Rt. 2010 s. 710 (avsnitt 43) og Rt. 2006 s. 522 (avsnitt 33).

Videre er det overordnede utgangspunktet for vurderingen av om et mislighold er vesentlig, det "objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse", slik Høyesterett formulerte det i Rt. 1998 s. 1510 (s. 1518). Setter man disse uttalelsene i sammenheng, kan en hevingsadgang i

²⁷ Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 372.

²⁸ Hagstrøm (2021) s. 447 og Haaskjold (2018) s. 152.

korte trekk oppsummeres som at det må foretas en helhetsvurdering hvor utgangspunktet er om det objektive avviket mellom avtalt og faktisk oppfyllelse gir kreditor rimelig grunn til å si seg fri fra kontrakten.

2.2 Hensyn bak en hevingsrett

Før det blir klarlagt hva som kreves for å kunne heve en låneavtale er det hensiktsmessig å undersøke hvilke hensyn som ligger bak en hevingsrett generelt. I de ovennevnte dommene i henholdsvis Rt. 2010 s. 710 og Rt. 2006 s. 522 ble det som nevnt reist spørsmål om misligholdene ga kreditor en "rimelig grunn" til å si seg løs fra kontrakten. En slik problemstilling synes å være utformet basert på hensynet til å ivareta interessene til kontraktsparten som ikke har misligholdt, slik at denne skal slippe å overholde sin forpliktelse når motparten gjennom vesentlige kontraktsbrudd har forsømt sine forpliktelser.

Vurderingstemaet synes dermed å bygge på hensynet til likevekt og særlig gjensidighet i kontraktsforholdet. Et slikt gjensidighetshensyn kommer til uttrykk i blant annet utredningen til en potensiell lov om forbrukertjenester, som skulle styrke forbrukeres rettsstilling i norsk rett, hvor ble det uttalt at: "hevning av avtalen er utslag av det *gjensidighetsprinsipp* gjensidig tyngende kontrakter hviler på, og kan settes i verk når den annen part objektivt sett ikke har prestert riktig oppfyllelse (..)"²⁹ (min kursivering). Utredningen førte til den någjeldende håndverkertjenesteloven³⁰ som riktignok gjelder særskilte avtaleforhold om bestemte tjenester, men uttalelsen er likevel relevant ettersom den omhandler hensyn bak en hevingsrett generelt.

For å gjenopprette gjensidigheten i misligholdte kontraktsforhold, blir hevingsfunksjonen i litteraturen omtalt som en "reparasjon"³¹ eller "restitusjon"³², og bygger på at ytelsen som er levert skal tilbakeføres for å gjenopprette eller "reparere" gjensidigheten i kontraktsforholdet. Den ene parten skal altså ikke måtte yte kontraktsmessig dersom motparten misligholder sine forpliktelser.³³ Derav blir heving også omtalt som en "gjensidighetsvirkning."³⁴ Det er klart at hensynet til gjensidighet også gjør seg gjeldende i låneforhold i den forstand at en långiver ikke skal måtte stille et beløp som kreditt, dersom mottakeren ikke tilbakebetaler lånet i

²⁹ NOU 1979: 42 Forbrukertjenester Delinnstilling I på s. 110

³⁰ Lov 16.06.1989 nr. 63 (hvtjl.)

³¹ Hagstrøm (2021) s. 447

³² Haaskjold (2017) s. 158

³³ Hallsteinsen (2018) s. 134

³⁴ Hov (2002) s. 153

henhold til avtalen. I slike tilfeller tilsier dermed gjensidighetsprinsippet at avtaleforholdet skal kunne "repareres" gjennom en full innfrielse av kredittbeløpet, forutsatt at låntaker har "vesentlig misligholder" sine forpliktelser i henhold til låneavtalen.

I tillegg er det et hensyn bak en hevingsadgang at en potensiell hevingsrett skal virke preventivt mot alvorlige kontraktsbrudd.³⁵ I dette ligger det at "frykten" for at medkontrahenten skal kunne heve avtalen skal virke som et incentiv for å yte kontraktsmessig.³⁶ Som påpekt vil en hevingsadgang kunne ramme motparten særlig hardt slik at det må oppstilles en høy terskel for heving. I relasjon til det preventive aspektet kan det imidlertid være essensielt at det ikke oppstilles en *for* høy terskel før kreditor kan heve avtalen. Motsetningsvis kunne eksempelvis enkelte låntakere få en lavere motivasjon eller følt et mindre "press" til å yte kontraktsmessig gjennom hele låneperioden dersom de visste at långiver "uansett" ikke hadde anledning til å heve. I et slikt scenario kunne det preventive aspektet dermed mistet noe av sin legitimitet.

³⁵ Krüger (1987) s. 273

³⁶ Hagstrøm (2021) s. 448

3 Når er en låneavtale misligholdt?

3.1 Tidspunktet som skal legges til grunn for misligholdsvurderingen

3.1.1 Tolkning av avtalen

Før det kan bli vurdert om ett eller flere kontraktsbrudd kvalifiseres som "vesentlig mislighold", er det nødvendig å vurdere når en låneavtale i det hele tatt er misligholdt. Det første som må undersøkes er hvilket tidspunkt et eventuelt mislighold av tilbakebetalingen skal vurderes ut ifra. I henhold til alminnelig avtalerett beror spørsmålet hovedsakelig på en tolkning av avtalen, samt utfylling med eventuell deklarasjonsrett.³⁷

Når det gjelder låneavtaler etter finansavtaleloven, blir det i praksis oftest avtalt særskilte forfallstidspunkter for tilbakebetalingen av kreditten gjennom eksempelvis månedlige nedbetalinger. Det er følgelig den konkrete avtalen som, etter en tolkning av innholdet, angir når lånet skal tilbakebetales, og som dermed også danner utgangspunktet for misligholdsvurderingen.

3.1.2 Bakgrunnsretten

For det tilfellet at forfallstidspunkter ikke følger av avtalen, eller at avtalen må utfylles med bakgrunnsretten, er det nødvendig å undersøke hva bakgrunnsretten innebærer ved låneavtaler. Hovedregelen i norsk rett er den såkalte påkravsregelen, som går ut på at debitor plikter å innfri betalingsforpliktelsen når kreditoren for kravet anmoder om det. Regelen bygger på ulovfestet rett, men kommer til uttrykk i eksempelvis gjeldsbrevlova³⁸ § 5 (1) annet punktum. Gjeldsbrevlova er generell og kodifiserer sentrale prinsipper, men for låneavtaler er det en lex specialis-bestemmelse i finansavtaleloven § 2-9 (2) som fastslår at «når ikke noe annet er særskilt bestemt, skal kredittbeløpet, påløpte renter og andre kredittkostnader tilbakebetales når kreditor krever det».

Ordlyden «når ikke noe annet særskilt bestemt» gir anvisning på det allerede påpekte; at påkravsregelen kun kommer til anvendelse når det ikke er særskilt avtalt en betalingsfrist. Forarbeidene presiserer at bestemmelsen i stor grad er «i samsvar med alminnelige

³⁷ Giertsen (2021) s. 152

³⁸ Lov 17.02.1939 nr. 1 (gbl)

pengekravsrettslige prinsipper» og at bestemmelsen «lovfester den alminnelige påkravsregelen».³⁹

Etter dette er tidspunktet som skal legges til grunn for misligholdsvurderingen den avtalte nedbetalingsplanen som følger av avtalen. Dersom slike forfallsvilkår ikke er avtalt, er det tidspunktet når «kreditor krever det» som er avgjørende. Ettersom kredittavtaler med avtalte forfallstidspunkter gjennom en bestemt nedbetalingsplan eller avdragsordning er det mest praktiske, er det disse som det vil bli tatt utgangspunkt i den videre fremstillingen.

Påkravsregelen vil i slike tilfeller i stedet fungere som sentral bakgrunnsrett.

3.2 Utgangspunktet for hva som utgjør mislighold av en låneavtale

Den neste sentrale problemstillingen er å vurdere hva som konkret kan utgjøre mislighold av den avtalte nedbetalingsplanen. I tråd med den alminnelige kontraktsbruddslæren er utgangspunktet for vurderingen om det kan konstateres et objektivt avvik mellom avtalt og faktisk oppfyllelse, og at dette avviket eller "oppfyllelssvikten" ikke skyldes forhold på kreditors side.⁴⁰ Det er påpekt at det i låneavtaler vanligvis avtalt fastsatte forfallstidspunkter for nedbetalingen, eksempelvis gjennom månedlige betalingsterminer. I utgangspunktet vil derfor enhver oversittelse (som ikke skyldes kreditor) av de fastsatte forfallstidspunktene være et objektivt avvik mellom avtalt og faktisk oppfyllelse, og dermed utgjøre mislighold i henhold til den ovennevnte kontraktsbruddslæren. Dette er også lagt til grunn i samstemt praksis knyttet til mislighold av kredittavtaler hvor det er tilstrekkelig å vise til en nyere sak nedfelt i LB-2021-116487. Saken gjaldt i utgangspunktet bankens lovfestede varslingsplikt ovenfor kausjonisten i en låneavtale, om mislighold fra låntakers side, etter dagjeldende finansavtalelov § 63. Det ble i forbindelse med misligholdet uttalt at "Varslingsplikten inntreffer ved *ethvert mislighold, som i praksis kan være kortvarige brudd på nedbetalingsplanen*"⁴¹ (min kursivering). Etter dette vil tilsynelatende ethvert avvik fra avtalt nedbetalingsplan og faktisk betaling utgjøre mislighold i henhold til norsk kontraktsrett, forutsatt at avviket som påpekt "ikke skyldes kreditor".

³⁹ Prop. 92 LS (2019–2020) s. 347

⁴⁰ Hagstrøm (2021) s. 342 og eksempelvis Rt. 1998 s. 1510 (s. 1518).

⁴¹ LB-2021-116487

Spørsmålet som oppstår etter dette er imidlertid om det finnes andre momenter som fører til at oppfyllelessvikter eller avvik mellom avtalt og faktisk oppfyllelse, likevel ikke anses som mislighold.

3.3 Forhold som gjør at en oppfyllelessvikt ikke anses som mislighold dersom låntaker er forbruker

3.3.1 Forhåndsutformede avtalevilkår

En aktuell problemstilling er om EU-Direktivet EU 1993/13 (Forbrukeravtaledirektivet), som har som formål å regulere urimelige kontraktsvilkår i avtaler mellom næringsdrivende og forbrukere,⁴² kan legge føringer for om debtors oppfyllelessvikt ikke anses som mislighold, dersom denne er forbruker. Direktivet fastslår at et kontraktsvilkår som ikke har vært gjenstand for individuell forhandling, anses som "urimeligt" hvis det til tross for kravene til god tro medfører en "betydelig skævhed" i partenes rettigheter og plikter, til ugunst for forbrukeren.⁴³ Videre følger det av artikkel 3 (2) at et vilkår "alltid" anses for ikke å ha vært gjenstand for individuell forhandling når det er utarbeidet på forhånd og forbrukeren dermed ikke har hatt noen innflytelse på innholdet. Begrunnelsen for denne begrensningen i partenes avtalefrihet bygger etter EU-domstolen på at den "økonomiske magt er ulige fordelt i standardkontrakter", i den forstand at kontraktene er utarbeidet på forhånd av den næringsdrivende og "påtvinges forbrukeren, uden at denne har mulighed for at forhandle betingelserne i disse kontrakter individuelt".⁴⁴

Når det gjelder låneavtaler i forbrukerforhold i praksis, blir disse vanligvis inngått ved at den eller de som har behov for lån tar kontakt med en kredittøyer med forespørsel om å låne et nødvendig eller ønsket beløp. Dersom lånet innvilges, får låntakeren deretter oversendt en låneavtale med vilkår for lånet, rentesats, forfallsdato(er) og så videre. Det er altså sjeldent at vilkårene i en låneavtale til en forbruker blir "individuell forhandlet".

I tillegg fordrer direktivet at de aktuelle kontraktsvilkårene, til tross for kravene om "god tro", medfører en "betydelig skævhed" til skade for forbrukeren jf. artikkel 3. Ordlyden indikerer at vilkårene både må gå på bekostning av kravet om "god tro", samt medføre en "betydelig

⁴² Direktiv 1993/13/EU om forbrukeravtaler artikkel 1.

⁴³ Direktivet 1993/13/ EU artikkel 3 (1).

⁴⁴ *Caja* C-484/08 avsnitt 39.

skjevhet". Det er imidlertid antatt av EU-domstolen at det er tilstrekkelig å kun konstatere en "betydelig skjevhet" jf. *Kiss* C-621/17 hvor det blir uttalt at "En betydelig skævhed kan således *alene* være en følge af et tilstrækkeligt alvorligt indgreb i den retsstilling (...)"⁴⁵ (min kursivering).

I lys av direktivet vil dermed blant annet de avtalte forfallsvilkårene i låneavtaler kunne være gjenstand for urimelighet, dersom de er utarbeidet av kredittgiveren forut for avtaleinngåelsen, såfremt de aktuelle vilkårene faktisk er urimelige. Virkningen blir at disse vilkårene "ikke binder forbrukeren" jf. artikkel 6. Dette tilsier at også forfallstidspunkter i henhold til nedbetalingsplanen som kredittgiveren har fastsatt på forhånd, ikke nødvendigvis er bindende for låntakere som er forbrukere, i henhold til direktivet. Den påfølgende virkningen av dette igjen blir at en oppfyllelssvikt av disse forfallstidspunktene ikke vil anses som "mislighold" i kontraktsrettslig forstand, nettopp fordi forfallsvilkårene ikke vil være gyldige.

Dermed kan heller ikke kredittgiveren anvende de nevnte oppfyllelssviktene som grunnlag for sin hevingsrett, til tross for at avvikene forutsetningsvis eventuelt kvalifiseres som "vesentlige".

3.3.2 Betydelig skjevhet til skade for forbrukeren

Den neste sentrale problemstillingen er dermed å undersøke hva som ligger vilkåret om at ett eller flere vilkår fører til en "betydelig skjevhet" til skade for forbrukeren. I denne forbindelse er det uttalt av EU-domstolen at det må vurderes om avtalen stiller forbrukeren i "en mindre gunstig retsstilling end den, der følger af den gældende nationale lovgivning".⁴⁶ Spørsmålet som må vurderes blir altså om låntakeren kommer i en mindre gunstig posisjon etter låneavtalen slik at det blir en "betydelig skjevhet", sammenlignet med låntakers retsstilling dersom avtaleforholdet hadde blitt regulert av bakgrunns retten i henhold til nasjonal rett i stedet.⁴⁷ Det avgjørende må følgelig være om skjevheten er "betydelig".

Når det gjelder mislighold av forfallsdatoer i låneforhold er det klart at norsk rett ikke inneholder konkrete regler eller krav til hvordan kredittavtaler skal nedbetales. Som veiledning kan det derfor vises til EU-domstolen hvor det er uttalt at det ved vurderingen av

⁴⁵ *Kiss* Sak C-621/17 avsnitt 51.

⁴⁶ *Aziz* Sak C-415/11 avsnitt 68.

⁴⁷ Giertsen (2021) s. 276.

en "betydelig skjevhet" blant annet skal tas i betraktning om de aktuelle vilkårene er "typiske, dvs. ofte anvendes i lignende aftaler, eller om de er overraskende".⁴⁸ I den relasjon må det kunne legges til grunn at eksempelvis månedlige nedbetalinger forholdsvis "ofte anvendes" i låneavtaler ettersom dette er det vanligste, og på den måten er "typiske". Selv om en eventuell urimelighet av forfallsvilkårene må vurderes konkret gir dette likevel en sterk indikasjon på at en avtalt nedbetalingsplan i seg selv neppe vil være urimelig etter direktivet.

Det er imidlertid klart at det ikke kun er betalingsplanen som kan være gjenstand for rimelighetsprøving etter direktivet. Et relevant eksempel fra EU-Domstolen fremkommer i sak C-415/11 hvor det i en låneavtale til en forbruker var avtalt en forsinkelsesrente på 18,75% per år for misligholdte betalingsterminer. Domstolen la deretter til grunn at den avtalte rentesatsen måtte vurderes «i forhold til den lovbestemte rente, for at kontrollere, at renten er egnet til at sikre oppfylldelsen af de forfulgte mål i den pågældende medlemsstat, og at den ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målene.»⁴⁹

Det ble altså oppstilt et forholdsmessighetsvilkår jf. uttalelsen om ikke å tillate en høyere rente enn hva som er «nødvendig» for å nå «målene». Når det gjelder «målene» med forsinkelsesrente skal denne virke kompenserende ovenfor motparten som følge av forsinket betaling, samt virke preventivt mot nettopp forsinkede betalinger.⁵⁰ I Norge er forsinkelsesrenten per dags dato på 10,75 %⁵¹ og det er utvilsomt at en slik rentesats både er kompenserende og avskrekkende. Det er derfor nærliggende å legge til grunn at dersom det i en låneavtale med en forbruker avtales en høyere forsinkelsesrente vil dette vanskelig kunne sies å være «nødvendig» for å nå de nevnte formålene, og dermed være ugyldig i samsvar med forbrukeravtaledirektivet.⁵² Dommen er også illustrerende for hvordan urimelighet helt konkret vurderes utifra avviket mellom hva som er avtalt og hva som følger av nasjonal rett.

Etter dette skal dermed «betydelig skjevhet» tolkes i lys av låntakerens rettsstilling etter avtaleforholdet, kontra hvilken stilling denne hadde hatt dersom forholdet ble regulert av nasjonal rett. Når det gjelder rentevilkår følger det eksplisitt av uttalelsen i sak C-415/11 at det må vurderes om avvik fra den lovbestemte renten er forholdsmessige («nødvendigt (..)»).

⁴⁸ Aziz Sak C-415/11 avsnitt 75.

⁴⁹ Aziz Sak C-415/11 (avsnitt 74).

⁵⁰ Giertsen (2021) s. 322.

⁵¹ Finansdepartementet (2023) Artikkel om "Forsinkelsesrente".

⁵² Begrensningsregler om adgangen til å avtale høyere forsinkelsesrenter følger også av forsinkelsesrenteloven, men disse vil ikke behandles her.

For å sikre forbrukervernet best mulig kan det imidlertid argumenteres for at en slik regel kan gjelde ved øvrige avtalevilkår der låntakeren er forbruker, og ikke kun ved spørsmålet om ugyldig rentesats.

3.3.3 Uklare avtalevilkår

Et annet moment det er sentralt å drøfte er forbrukeravtaledirektivets krav til klare avtalevilkår. Det følger av direktivets artikkel 5 at de vilkår som forelegges forbrukeren "alltid må formuleres på en klar og forståelig måte". Når det gjelder avtalevilkår om nedbetaling, renter og så videre er det etter forbrukerkredittdirektivet utarbeidet og vedlagt et standardisert opplysningsskjema om vilkår, ved forbrukerkreditt.⁵³ Det må dermed det kunne presumeres at slike vilkår, i de aller fleste tilfeller, er formulert i henhold til vedlegget og på en "klar og forståelig måte". Det er imidlertid ikke kun kontraktsvilkårene i seg selv som må være utformet på en klar og forståelig måte. Det er lagt til grunn av EU-domstolen at dette også gjelder "konsekvenserne af denne indgåelse".⁵⁴ Altså må også "konsekvensene" av kontraktsvilkårene være utformet på en klar og forståelig måte. Når det gjelder heving innebærer dette et vilkår om "vesentlig mislighold", og konsekvensene er at hele lånet forfaller til betaling. Et aktuelt spørsmål er derfor om konsekvensene av heving er "klare og forståelige", når det kun oppstilles et generelt, lite konkret og uforutsigbart vilkår om "vesentlig mislighold" for å heve.

Det er særdeles begrensede rettskilder som belyser spørsmålet. I teorien har det likevel blitt påpekt at "klausuler som regulerer virkningene av forbrukerens mislighold" er et eksempel på "hva slags vilkår som kan rammes"⁵⁵ i forbindelse med klarhetskravet. Det må nevnes at uttalelsen for det første er meget vag og generell, samt at den i utgangspunktet tar sikte på markedsføringsloven § 22⁵⁶ om "urimelige avtalevilkår", men denne bestemmelsen bygger på og gjennomfører deler av forbrukeravtaledirektivet.⁵⁷

Dette er likevel ikke tilstrekkelig rettskildemessige holdepunkter for å legge til grunn at konsekvensene av heving ikke er "klare og forståelige" ved at det kun oppstilles som hevingsvilkår et krav om "vesentlig mislighold". Problemstillingen i seg selv illustrerer

⁵³ Undervedlegg 2 til direktiv 2008/48 (forbrukerkredittdirektivet).

⁵⁴ *Vertrieb* Sak C-92/11 avsnitt 44.

⁵⁵ Huser (1984) s. 87 og 93.

⁵⁶ Lov av 09.01.2009 nr. 2 (mfl.).

⁵⁷ Ot.prp.nr. 55 (2007 – 2008) s. 9.

likevel at det kan argumenteres for at det kan være behov for et klarere og mer presist hevingsvilkår ved låneavtaler, når kunden er forbruker.

Når det gjelder virkningene av at et vilkår ikke oppfyller kravhetskravet i direktivet har EU-domstolen uttalt at dette kan "medføre, at en sådan klausul er urimelig."⁵⁸ Dersom det skulle vise seg at virkningene av heving og hva som skal til ikke er "klart og forståelig" ved et vilkår om "vesentlig mislighold", vil altså konsekvensene kunne være at hevingsadgangen blir kjent ugyldig og ikke kan gjøres gjeldende. Det er imidlertid, per nå, som nevnt ikke rettskildemessige holdepunkter for å trekke en slik slutning.

3.4 Forhold som gjør at en oppfyllelesssvikt ikke anses som mislighold dersom låntaker er næringsdrivende

Spørsmålet i dette avsnittet er om noen tilsvarende begrensinger for når låntakerens oppfyllelesssvikt ikke anses som mislighold, eksisterer når låntaker er næringsdrivende. For det første er det klart at de tidligere behandlede EU-direktivene ikke får anvendelse når låntaker er næringsdrivende, ettersom disse er forbrukerdirektiver.

For det andre veier hensynet til forutberegnelighet særlig tungt i avtaleforhold mellom næringsdrivende, profesjonelle parter, fordi det både forventes og antas at partene i større grad ivaretar sine interesser i forbindelse med avtaleinngåelsen.⁵⁹ Dette harmonerer også med det avtalerettslige utgangspunktet i norsk rett om at hver part bærer risikoen for egne forutsetninger, utviklinger og endringer i avtaleforholdet, «og at det er endringer i dette utgangspunktet som krever særskilt begrunnelse.»⁶⁰ En slik «særskilt begrunnelse» foreligger som redegjort for i forbrukerforhold nettopp for å verne forbrukere som den svakere parten. Også dette taler for at det i næringsforhold ikke kan oppstilles en lignende form for begrensning for når låntakerens oppfyllelesssvikt ikke anses som mislighold gjennom eksempelvis sensur av uklare vilkår, i likhet med hva det kan i forbrukerforhold.

For det tredje kan det reises spørsmål om det i det hele tatt er behov for slike begrensninger. I motsetning til låneavtaler til forbrukere er det i næringsforhold mye større rom for

⁵⁸ Amazon Sak C-191/15 avsnitt 68.

⁵⁹ Giertsen (2021) s. 301.

⁶⁰ Prop. 92 LS (2019 – 20202) s. 318.

individuelle forhandlinger og tilpasninger av avtaleinnholdet basert på blant annet formålet med låneavtalen. Når profesjonelle aktører får delta i utarbeidelsen av avtalevilkårene kan det vanskelig argumenteres for at de har behov for et tilsvarende "vern" i forbindelse med skjevheter som følge av avtalen eller uklare avtalevilkår, dersom det oppstår oppfyllelsssvikt-situasjoner.

Etter dette må næringsdrivende i mye større grad bære risikoen og ansvaret for egen oppfyllelsssvikt av låneavtalen, forutsatt at svikten som nevnt ikke skyldes «forhold på kreditors side».

3.5 Forhold på kreditors side

For å konstatere et mislighold i henhold til alminnelige kontraktsbruddslære er det som redegjort for både et krav om en "oppfyllelsssvikt", og at denne ikke skyldes "forhold på kreditors side". Den neste problemstillingen blir dermed å vurdere hvilke slike forhold på kreditors side som kan gjøre seg gjeldende for låneavtaler, slik at låntakers eventuelle oppfyllelsssvikter likevel ikke vil anses som mislighold. Det er i denne forbindelse særlig aktuelt å påpeke de særegne trekkene ved låneavtaler som i stor grad skiller disse fra øvrige avtaleforhold, eksempelvis kjøpsforhold. Tar man for eksempel utgangspunkt i et bilkjøp etter forbrukerkjøpsloven vil "forhold på selgers side" blant annet kunne være at selger leverer bilen i en annen farge eller et annet merke enn avtalt. Det kan også være funksjonelle feil ved bilen i form av at den har defekte deler. Dersom kjøperen i slike tilfeller holder tilbake noe av kjøpesummen vil ikke dette nødvendigvis bli ansett som "mislighold", nettopp fordi betalingssvikten skyldes "forhold hos selgeren", i form av feil levering.

For låneavtalers vedkommende er långivers ytelse nærmest utelukkende å stille det avtalte lånebeløpet til disposisjon for kredittakeren. Det er følgelig en begrensning i hvilke "feil" en kredittaker kan påføre denne ytelsen, som kan medføre at kredittakeren ikke betaler tidsnok i henhold til nedbetalingsplanen. Eksempelvis må det være forholdsvis klart at dersom kredittakeren ikke stiller det avtalte kredittbeløpet til disposisjon for låntaker, vil dennes manglende oppfyllelse av for eksempel rentebetalinger, anses som "forhold på kreditors side". Det sentrale videre blir imidlertid å vurdere hvilke andre eventuelle forhold kreditor hefter for ved låneavtaler.

3.5.1 Mangelfull kredittvurdering som "begrunnelse" for hevingen

Et første relevant moment når det gjelder forhold på kreditors side er at det ved forbrukeravtaler følger av finansavtaleloven § 5-5 (3) at kredittysteren ikke kan heve en kredittavtale med den "begrunnelse" at "kredittvurderingen" ikke er gjennomført korrekt. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 18 nr. 4 i boliglånsdirektivet. Problemstillingen blir dermed hva som ligger i formuleringen "med den begrunnelse at kredittvurderingen ikke er gjennomført korrekt". Det vil først bli tatt stilling til spørsmålet i forbrukerforhold.

En alminnelig språklig forståelse av ordlyden "den *begrunnelse* at kredittvurderingen ikke er gjennomført korrekt" indikerer at bestemmelsen kun kommer til anvendelse der banken eksplisitt eller uttrykkelig begrunner hevingsadgangen i den forestående, mangelfulle kredittvurderingen, og dette gjøres uavhengig av om låntakeren har misligholdt.

Når det gjelder "kredittvurdering" sikter denne ordlyden til en "grundig vurdering av kundens kredittevene" som kredittysteren skal foreta før det inngås en kredittavtale⁶¹, samt plikten til å avslå kredittsøknaden dersom det ikke er "sannsynlig at kunden har tilstrekkelig kredittevene til å oppfylle forpliktelsene på den måten som kreves etter de tilbudte vilkårene".⁶²

Kredittvurderingsplikten gjennomfører direktiv 2008/48/EF (forbrukerkredittdirektivet) artikkel 8.

Det ovennevnte tilsier at långivers forsømmelse av kredittvurderingsplikten ved tilblivelsen av lånet avskjærer dennes hevingsadgang i ettertid, dersom hevingen begrunnes med den mangelfulle kredittvurderingen, og kunden er forbruker. Eksempelvis dersom långiveren etter at avtalen er inngått blir oppmerksom på at kredittakeren ikke har tilstrekkelig kredittevene til å betjene lånet, uavhengig av om låntakeren faktisk har misligholdt, og dette ikke ble oppdaget tidligere grunnet den mangelfulle kredittvurderingen. Bestemmelsen kan derfor virke motiverende for banken til å gjennomføre korrekte og grundige kredittvurderinger i forkant av låneavtaler, noe som kan bidra til å forebygge for uheldige gjeldsopptak, som er et overordnet hensyn bak den nye finansavtaleloven.⁶³

Deretter blir spørsmålet om noe tilsvarende også gjelder dersom låntakeren er næringsdrivende. Det er et sentralt moment at plikten til å gjennomføre en grundig

⁶¹ Finansavtaleloven § 5-2 (1).

⁶² Finansavtaleloven § 5-4 (1).

⁶³ Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 22.

kredittvurdering heller ikke i næringsforhold er fravikelig, i motsetning til bestemmelsen i § 5-5 (3).⁶⁴ I næringsforhold er det altså mulig å særskilt avtale seg vekk fra regelen om at banken ikke kan heve avtalen med den «begrunnelse» at kredittvurderingen ikke er gjennomført korrekt. Det er ikke uvanlig at det ved låneavtaler i næringsforhold avtales en såkalt «waiver» eller fraskrivelse av alle fravikelige regler i finansavtaleloven, slik det for eksempel kommer til uttrykk i HR-2012-01649-A. Saken gjald tre lån på til sammen 179 millioner dollar, og det var avtalt å «waive» alle rettighetene etter den forrige finansavtaleloven så langt dette lot seg gjøre - «(..) to the extent applicable.»⁶⁵

For å vurdere om banken kan begrunne en hevingsrett i sin mangelfulle kredittvurdering, uavhengig av låntakerens eventuelle mislighold, er det derfor essensielt å se hen til hva som er avtalt, dersom låntakeren er næringsdrivende.

Det må påpekes at det ovennevnte kun gjelder der den mangelfulle kredittvurderingen ikke skyldes "forhold på kundens side"⁶⁶, for eksempel ved at kunden bevisst har tilbakeholdt eller gitt uriktige opplysninger.

3.5.2 Om hevingsretten avskjæres dersom kredittvurderingen er mangelfull

Den etterfølgende problemstillingen blir hvordan det foranstående stiller seg der banken ikke har gjennomført kredittvurderingen korrekt forut for låneavtalen, og hvor det også forekommer oppfyllelessvikt(er) fra låntaker. Eksempelvis der en låntaker misligholder deler av nedbetalingen på lånet, men anfører at dette kunne vært forutsett dersom det var gjennomført en korrekt kredittvurdering, og at misligholdet dermed "skyldes" kredittvurderingen.

Det er i forrige punkt konstatert at bestemmelsen gjelder der banken begrunner hevingen i den mangelfulle kredittvurderingen. Spørsmålet er dermed hvordan det siller seg dersom det i tillegg forekommer en oppfyllelessvikt fra låntaker. Kredittyteren vil da naturligvis vise til dette forholdet som "begrunnelse" for hevingen – og ikke begrunne hevingen i sin mangelfulle kredittvurdering. Rent språklig faller altså tilfeller der det både foreligger en

⁶⁴Finansavtaleloven § 1-9 (2).

⁶⁵ HR-2012-01649-A (avsnitt 8).

⁶⁶ Finansavtaleloven § 5-5 (3).

mangelfull kredittvurdering, samt en oppfyllelsssvikt fra debitor og hevingen begrunnes i denne, utenfor ordlyden. Forarbeidene kaster ingen ytterligere lys over problemstillingen, og ettersom bestemmelsen er ny av 2023-loven foreligger det heller ikke rettspraksis knyttet til den.

Heller ikke direktiv 2008/48/EF (forbrukerkredittdirektivet) regulerer eventuelle virkninger av en mangelfull kredittvurdering. Det oppstilles kun en generell bestemmelse om at "Medlemsstaterne bør fastsætte sanksjoner for overtrædelse af de nationale bestemmelser, der vedtages i medfør af dette direktiv, og sikre, at de iværksettes."⁶⁷

Det er etter dette ikke tilstrekkelige holdepunkter for å legge til grunn hverken i forbrukeravtaler eller i næringsforhold at kredittyter mister sin hevingsrett, kun basert på at denne har foretatt en mangelfull kredittvurdering av låntakeren, og det i ettertid forekommer en oppfyllelsssvikt fra låntakerens side, og långiveren begrunnet hevingsretten i oppfyllelsssvikten.

3.5.3 Om hevingsretten avskjæres dersom det gis kreditt i strid med avslagsplikten

Det neste som er relevant å undersøke er om långiveren må gi slipp på hevingsretten dersom det kan konstateres at den mangelfulle kredittvurderingen, dersom den ble gjennomført korrekt, ville avdekket at låntakeren trolig ikke ville være i stand til å betjene lånet.

Det er påpekt i punkt 3.5.1 at banken etter § 5-4 har en plikt til å avslå kredittsøknaden dersom det «på grunnlag av kredittvurderingen» ikke er "sannsynlig at kunden har tilstrekkelig kreditteвне til å oppfylle forpliktelsene på den måten som kreves etter de tilbudte vilkårene». Bestemmelsen avløser den tidligere frarådingsplikten i forrige finansavtalelov § 47 og er fravikelig i næringsforhold, og følgelig mest aktuell der låntakeren er forbruker. Videre blir det fastslått at dersom kredittyteren gir kreditt «i strid med § 5-4, kan kundens forpliktelser etter avtalen lempes så langt det er rimelig».⁶⁸

Det er klart at bestemmelsen gjelder når kredittvurderingen er korrekt gjennomført og hvor resultatet tilsier at kreditten ikke skal innvilges, men långiveren likevel velger å gjøre det, slik

⁶⁷ Direktiv 2008/48/EF om forbrukerkredittavtaler artikkel 23.

⁶⁸ Finansavtaleloven § 5-5 (3).

at kreditten er gitt «i strid med § 5-4». Problemstillingen er imidlertid om lemping av forbrukerens forpliktelser ved brudd på avslagsplikten også gjelder når avslagsplikten *ville* ha inntruffet, dersom kredittvurderingen ble gjennomført korrekt.

Tidligere, før finansavtalelovens tid, var rettstilstanden slik den blir beskrevet i Rt. 2003 s. 1252 om at «Utgangspunktet for vurderinga måtte då vere at ein låntakar måtte vurdere si eiga betalingsevne, og at det gjekk ut over han sjølv om han tok feil». ⁶⁹ Det ble videre uttalt det i norsk rett var «ei rettsutvikling med sterkare vern av forbrukarinteressene og ei auka vektlegging reint allment av lojalitet og samarbeid mellom kontraktspartar». ⁷⁰ Dette sterkere forbrukervernet ved låneavtaler som i dag kommer til uttrykk gjennom forbrukerdirektiv og ufravikelig finansavtalelov må følgelig tas i betraktning ved drøftelsen av problemstillingen.

Når det gjelder rettstilstanden i dag må denne naturligvis løses i lys av den nye finansavtaleloven. En alminnelig språklig forståelse av ordlyden i § 5-4 om at avslagsplikten inntre «på grunnlag av kredittvurderingen», kan indikere at den kun inntre når kredittvurderingen er gjennomført og korrekt. I forarbeidene uttales det imidlertid at «Hvis den økonomiske risikoen for ikke utført kredittvurdering skulle bæres av kunden, ville kredittysterer miste noe av incentivet til å sørge for at kredittvurderingen er tilstrekkelig grundig og forsvarlig». ⁷¹ Motsetningsvis ville det kunne føre til omgåelser av reglene om avslagsplikten ved å gjennomføre mangelfulle kredittvurderinger. Dette taler for at lempningsregelen ved manglende utførelse av avslagsplikten også gjelder der banken *burde* oppdaget kundens manglende kredittevene gjennom en korrekt kredittvurdering.

Videre blir det i forarbeidene uttalt at «Departementet legger til grunn at terskelen for avslagsplikten sammenfaller med frarådingsplikten» og viser til den tidligere frarådingsplikten i den forrige § 47. ⁷² Det finnes betydelig praksis fra Finansklagenemnda knyttet til § 47, og det er tilstrekkelig å vise til en rekke nyere saker der det generelt blir oppsummert at «en etterfølgende vurdering av plikt til å frarå [vil] avhenge av hva banken *burde* ha skaffet seg av opplysninger i kraft av en forsvarlig kredittvurdering.» ⁷³ (min kursivering). I samtlige av disse sakene ble låntakerens forpliktelser av restgjelden lempet. Dette tilsier at virkningene av brudd på frarådingsplikten etter den forrige § 47 ikke bare kom

⁶⁹ Rt. 2003 s. 1252 avsnitt 28.

⁷⁰ Rt. 2003 s. 1252 avsnitt 39.

⁷¹ Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 390.

⁷² Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 319.

⁷³ FinKN-2022-1008, FinKN-2022-883 og FinKN-2022-686.

til anvendelse der banken faktisk oppdaget en sviktende kredittevene etter en kredittvurdering, men også der banken «burde» ha skaffet disse opplysningene i kraft av en forsvarlig kredittvurdering.

Det er allerede påpekt at terskelen for bestemmelsen om avslagsplikt i den någjeldende § 5-4 er «sammenfallende med frarådingsplikten»⁷⁴. Dette er dermed et tungtveiende argument for at også virkningene av avslagsplikten kan gjøres gjeldende dersom banken, hvis den hadde gjennomført en korrekt kredittvurdering, ville oppdaget at låntakeren neppe kunne ha betjent lånet. Dermed må forbrukerens forpliktelser også i slike tilfeller kunne lempes i medhold av § 5-5 (2). Resultatet av at forpliktelsene lempes blir følgelig at banken ikke kan gjøre et hevingskrav gjeldende på grunnlag av forbrukerens eventuelle brudd på de (lempede) forpliktelsene. Konklusjonen blir dermed at bankens hevingsrett indirekte avskjæres, ved at låntakerens forpliktelser lempes, dersom det er foretatt en mangelfull kredittvurdering, og en korrekt vurdering burde avdekket kundens manglende kredittevene, slik at avslagsplikten ville inntruffet.

3.6 Oppsummering

Det er nå konstatert hva som kreves for at en låneavtale skal anses misligholdt, samt påpekt enkelte forhold som legger føringer/begrensninger for dette. I korte trekk kreves det at låntaker ikke oppfyller i henhold til den avtalte nedbetalingsplanen, og at dette ikke skyldes forhold på kreditors side, for at en låneavtale skal anses misligholdt. I tillegg oppstilles det i forbrukerforhold enkelte bestemmelser som medfører at sviktende oppfyllelser likevel ikke vil anses som misligholdt, fordi avtalevilkårene basert på hvordan de har blitt til, vil kjennes urimelig og dermed ugyldige, særlig i henhold til EU-retten. Et slikt vern mot urimelighet eksisterer ikke i tilsvarende grad der låntakeren er næringsdrivende ettersom disse i større grad må bære risikoen for ansvaret for å vareta egne interesser. Som det har blitt drøftet er det heller ikke nødvendigvis slik at det er behov for et slikt vern ved låneavtaler til næringsdrivende, ettersom avtalevilkårene i slike avtaler oftere er individuelt utformet og forhandlet, enn hva som gjelder ved forbrukeravtaler.

⁷⁴ Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 319.

Det sentrale videre blir å vurdere når slike mislighold kvalifiseres som «vesentlige», slik at långiveren kan heve avtalen.

4 Når kan långiver heve en låneavtale?

4.1 Avtalt hevingsrett

Det første som er sentralt å undersøke, er partenes adgang til å avtale den nærmere reguleringen av långivers hevingsrett, når låntakeren er forbruker. Ettersom norsk rett bygger på avtalefrihet står partene i utgangspunktet fritt til å avtale hva som skal danne grunnlaget for kredittytters hevingsrett. Dette kan eksempelvis være at det avtales at et bestemt antall misligholdte terminer skal kunne utløse bankens hevingsadgang. Slike klausuler kan skape forutsigbarhet i avtaleforholdet, og er ikke uvanlig i kredittlivet.⁷⁵ Finansavtaleloven kan imidlertid ikke fravikes til "skade for en forbruker" jf. § 1-9 (1). Dette medfører at klausuler om at et bestemt antall misligholdte terminer skal utløse en hevingsrett ikke er bindende i forbrukerforhold dersom de er strengere enn hevingsvilkårene som følger av loven.

Finansavtaleloven oppstiller som nevnt et vilkår for å heve at låntakeren er i "vesentlig mislighold". Dersom det skal avtales en hevingsrett mellom en kredittyster og en låntaker som er forbruker kan denne hevingsretten altså ikke ha en lavere terskel enn hva som ligger i "vesentlig mislighold", ettersom hevingsretten da vil være til "skade" for forbrukeren. Siden vurderingen av "vesentlig mislighold" innebærer en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle er det følgelig vanskelig å forutse, og avtale konkret hvilke forhold som kan utløse bankens hevingsrett, og samtidig være i samsvar med loven, i forbrukerforhold. Det mest hensiktsmessige er derfor å utforme avtalene i henhold til lovens ordlyd om at det kreves "vesentlig mislighold" for at tjenesteyteren kan heve, eller kun henvide direkte til lovens hevingsbestemmelse.

Det neste spørsmålet er hvilken adgang partene har til å avtale hevingsretten når låntakeren er næringsdrivende. Dersom kunden ikke er forbruker vil lovens krav om "vesentlig mislighold" ikke være for avtale, etablert praksis mellom partene eller annen sedvane som anses bindende mellom partene jf. finansavtaleloven § 1-9 (2). Låntakere som ikke er forbrukere, står altså fritt til å avtale andre hevingsvilkår enn det som følger av loven. Dette kan både for eksempel være at mislighold av en eller flere terminer kan utløse bankens hevingsrett, eller det kan være

⁷⁵ Bergsåker (2011) s. 41 og Andersen & Werluff (2000) s. 49.

at bankens hevingsrett inntreffer dersom bedriftens egenkapital eller likviditet kommer under et visst nivå.

4.2 Heving etter finansavtaleloven

Ettersom det spesielt i forbrukerforhold kan være problematisk å avtale innholdet av bankens hevingsrett som fraviker det som følger av finansavtaleloven, er det hensiktsmessig å undersøke hva som kan utgjøre "vesentlig mislighold" av en låneavtale. Finansavtaleloven § 3-51 (1) fastslår at: *"Tjenesteyteren kan på vilkår som nevnt i denne paragrafen heve en avtale ved vesentlig mislighold fra kundens side."* I tillegg oppstilles det i første ledd bokstav a) til e) ulike alternative hevingsgrunnlag, for eksempel at det åpnes konkurs eller gjeldsforhandling hos skyldneren jf. bokstav b). En første problemstilling som må klarlegges er hva som ligger i betegnelsen at tjenesteyteren kan "på vilkår som nevnt i denne paragrafen" heve en avtale ved vesentlig mislighold fra kundens side.

En alminnelig ordlydstolkning av "på vilkår som nevnt i denne paragrafen heve ved vesentlig mislighold (..)" kan indikere at det både ett av de alternative vilkårene i bokstav a – e må være oppfylt, og at dette alternativet må innebære et vesentlig mislighold. Forarbeidene presiserer imidlertid at det ikke er noen sammenheng mellom vilkåret om «vesentlig mislighold», og de alternative hevingsvilkårene i bokstav a - e. Det blir uttalt at: «Paragrafen kodifiserer i første ledd første punktum tjenesteyterens alminnelige rett til å heve avtalen ved vesentlig mislighold fra kundens side. (...) Omfattes forholdet av bokstav a til e, gir dette med andre ord grunnlag for heving uten at tjenesteyteren i tillegg må vise at omstendighetene utgjør et vesentlig mislighold, noe som har til hensikt å virke prosessdempende».⁷⁶

Långivers hevingsadgang beror etter dette på om det enten kan påvises et vesentlig mislighold fra kundens side, eller om et av alternativene i bokstav a til e har inntruffet. Som nevnt i avgrensningsdelen er det vesentlighetsvurderingen som vil bli behandlet her. Slik det er påpekt i punkt 4.1 har næringsdrivende låntakere en mye større fleksibilitet og større forhandlingsrom når det gjelder å avtale innholdet av en hevingsrett. Den videre fremstillingen av hva som utgjør «vesentlig mislighold» vil derfor hovedsakelig fokusere på

⁷⁶ Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 372.

låneavtaler der låntaker er forbruker, ettersom vilkåret er ufravikelig til skade for låntakeren i disse avtaleforholdene, noe som medfører et enda større behov for å kartlegge rettstilstanden.

4.2.1 Relevante momenter i vesentlighetsvurderingen

For å gjøre det klarere hva som ligger i «vesentlig mislighold» av låneavtaler er det hensiktsmessig å undersøke hvilke momenter som er sentrale i denne vurderingen. Det første spørsmålet er hvilke momenter av betydning som er oppstilt i norsk rett. Ettersom forarbeidene til den nye finansavtaleloven presiserer at bestemmelsen bygger på den lignende bestemmelsen i § 52 i den opphevede finansavtaleloven, kan forarbeidene til den tidligere § 52 danne et overordnet utgangspunkt for vesentlighetsvurderingen etter § 3-51. I disse forarbeidene blir det uttalt at: «Av betydning for vesentlighetsbedømmelsen er først og fremst *størrelsen på det misligholdte beløp* (absolutt og i forhold til det totale lån og restgjelden), *betalingsforsinkelsens varighet*, om også *tidligere terminer er blitt betalt for sent*, og *hvilken sikkerhet banken har for sin fordring*»⁷⁷ (Mine kursiveringer). At det for vesentlighetsvurderingen blir tatt et overordnet utgangspunkt i disse momentene er også fremgangsmåten i rettspraksis.⁷⁸

Selv om det ved en hevingsadgang altså må foretas en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle, vil disse forholdene ha særlig betydning ved vurderingen og på den måten oppstille et utgangspunkt for vurderingen. Det er derfor hensiktsmessig at disse forholdene og momentene analyseres og at det vurderes nærmere hvilken betydning disse momentene har.

4.2.2 Tilleggsmomenter oppstilt av EU-Domstolen når låntakeren er forbruker

En annen relevant problemstilling er om rettskilder fra EU-retten kan legge føringer for vurderingen av hva som utgjør «vesentlig mislighold» av en låneavtale, dersom låntakeren er forbruker. Det er allerede påpekt at det i EU-direktiver ikke oppstilles en lignende bestemmelse om "vesentlig mislighold", som kan legge føringer for tolkningen av vilkåret. Spørsmålet om heving av låneavtaler har likevel vært til behandling i EU-domstolen, og det kan derfor være hensiktsmessig å undersøke hvordan EU-domstolen har tatt stilling til det.

⁷⁷ NOU 1994:19 s. 167

⁷⁸ Jf. blant annet LB-2010-163630 og LH-2021-167040 hvor begge dommene viste til momentene i forarbeidene.

Særlig aktuelle er de forente sakene *Valencia C-537/12* og *C-116/13* hvor domstolen oppstilte noen generelle utgangspunkter for vurderingen av når et misligholdt lån kan gi banken rett til å heve hele låneavtalen. Det ble oppstilt fire sentrale vurderingsmomenter som vil bli gjennomgått.

Det første momentet er at långivers hevingsrett avhenger av at forbrukerens manglende oppfyllelse av en forpliktelse er av «avgjørende betydning i det pågældende kontraktforhold».⁷⁹ Uttalelsen indikerer at spørsmålet om for eksempel et visst antall misligholdte terminer kan utgjøre et «vesentlig mislighold» i norsk rett, må bero på om de misligholdte terminene er av «avgjørende betydning» i det konkrete kontraktsforholdet.

I eksempelvis *LE-2015-3370* utgjorde det misligholdte beløpet på 107 072 kr omkring 3,75% av det totale kravet på 2 853 393 kr. Lånet ble ansett for å være «vesentlig misligholdt». Selv om misligholdet må vurderes konkret er det ikke utenkelig at konklusjonen ville blitt en annen dersom lagmannsretten så hen til EU-retten og kravet om at misligholdet må være av «avgjørende betydning», da det vanskelig, på generelt grunnlag, kan sies at et mislighold på noen få prosent i et langvarig låneforhold er av "avgjørende betydning".

Det neste vurderingsmomentet som er oppstilt av EU-domstolen er om hevingsretten fastsettes basert på om misligholdet er «tilstrækkelig alvorlig i forhold til lånets varighet og størrelse»⁸⁰. EU-domstolen legger altså føringer om at misligholdet må være tilstrekkelig «alvorlig» i forhold til lånets varighet og størrelse, for å kunne heve. I norsk rett blir det, som vist til, kun oppstilt at lånets størrelse generelt må tas i betraktning ved vurderingen.

EU-domstolens tredje vurderingsmoment er om hevingsretten fraviker gjeldende regler slik at det «gøres vanskeligere for forbrukeren, henset til de proceduremessige midler, han har til rådighet, at få til adgang til domstolene og udøve sin ret til forsvar».⁸¹ Dersom en slik klausul avtales i forbindelse med kredittgivers hevingsrett er det nærliggende å anta at klausulen vil kunne tilsidesettes.⁸² Et eksempel på dette i praksis kommer til uttrykk i *Ottília C-34/18* hvor det var avtalt en innskrenkning av forbrukerens rett til å få vurdert restgjelden i forbindelse med tvangsfullbyrdelse, av en domstol. I stedet for en domstolsprøving var det avtalt at långvieren ensidig kunne «bringe enhver tvist til ophør, idet det resterende skyldige beløb

⁷⁹ Forente saker *Valencia C-537/12* og *C-116/13* avsnitt 71.

⁸⁰ Forente saker *Valencia C-537/12* og *C-116/13* avsnitt 71

⁸¹ Forente saker *Valencia C-537/12* og *C-116/13* avsnitt 71

⁸² Dette følger også av Vedlegget til forbrukeravtaledirektivet bokstav q).

herefter fastlægges på grundlag af bankkonti ved et notardokument».⁸³ Dette innebar en innskrenking i låntakerens adgang til å få adgang til domstolene og ble ansett som urimelig.

Det fjerde og siste vurderingsmomentet som er oppstilt av EU-retten er om det etter nasjonal rett er fastsatt egnede og effektive midler som kan gi forbrukeren «mulighed for at afhjælpe virkningerne af den ensidige ophævelse af lånet.»⁸⁴ Dette innebærer at dersom det etter norsk rett finnes øvrige reaksjonsformer, eksempelvis erstatning, som kan gjøres gjeldende mot forbrukeren, slik at denne kan «avhjelpe» virkningene av bankens heving, skal dette tas i betraktning ved vurderingen av hevingsretten.

Disse vurderingsmomentene må altså inngå i vurderingen av bankens hevingsrett, dersom låntakeren er forbruker. Dette innebærer, i henhold til norsk rett, at om det foreligger et «vesentlig mislighold» av en låneavtale blant annet må vurderes i lys av de ovennevnte vurderingsmomentene, for at ikke hevingsretten skal komme i strid med EU-retten.

4.3 Betydningen av størrelsen på det misligholdte beløpet

4.3.1 Problemstillingen

Det første momentet som oppstilles i forarbeidene til finansavtaleloven er "størrelsen på det misligholdte beløpet". Etersom tilbakebetalingen av lånet er låntakerens hovedforpliktelse i en låneavtale er det derfor også naturlig at størrelsen på det misligholdte beløp er det mest sentrale vurderingsmomentet. Problemstillingen er imidlertid hva som skal til for at det misligholdte beløpet fører til at betalingsmislighold skal anses som "vesentlig". Det påpekes i forarbeidene at størrelsen både må vurderes absolutt, og i forhold til det totale lån og restgjelden. Noen nærmere generelle retningslinjer oppstilles ikke. Som illustrasjon for hvordan størrelsen på det misligholdte beløpet skal vurderes i forbrukerforhold kan det derfor være hensiktsmessig å se hen til hva dette innebærer for andre, lignende kredittavtaler, eksempelvis ved kredittkjøp.

⁸³ *Ottília* Sak C-34/18 avsnitt 57.

⁸⁴ Forente saker *Valencia* C-537/12 og C-116/13 avsnitt 71.

4.3.2 Kort om reglene ved kredittkjøp

For spørsmålet om kjøp av varer og løsøre på kreditt ble det tidligere regulert av den nå opphevede kredittkjøploven § 12 (1)⁸⁵ at en kredittyter kunne kreve hele gjelden betalt før avtalt forfall dersom minst 1/10 av kredittkjøpsprisen (...) ikke var blitt betalt en måned etter forfall jf. bokstav a). I forarbeidene til endringsloven til den gamle finansavtaleloven ble det uttalt at vilkåret om "vesentlig mislighold" for kredittavtaler som tidligere ble regulert av krkjl. § 12, fremdeles "normalt må forstås på samme måte som etter kredittkjøpsloven § 12 første ledd bokstav a)."⁸⁶ Dette betyr at det for kredittkjøpsavtaler fremdeles kan heves ved mislighold av minst 1/10 av kredittkjøpsprisen, men nå basert på ulovfestet rett i stedet for en lovhjemmel. Dette er også fulgt opp og lagt til grunn i blant annet LH-2022-40248.

Ettersom denne regelen kun regulerer kredittkjøp, altså kjøp av varer og løsøre på kreditt, er spørsmålet imidlertid om den ovennevnte regelen kan ha overføringsverdi eller danne utgangspunktet for vurderingen der det i stedet dreier seg om kreditt i form av rene låneavtaler. Basert på at regelen innebærer at kredittyter i kredittkjøpsavtaler kan heve kredittgjelden dersom minst 1/10 av prisen er misligholdt, tilsier dette at det måtte blitt krevd et mislighold av terminer tilsvarende minimum 10% av lånebeløpet, dersom regelen skulle blitt anvendt i låneavtaler. Det ville vært unaturlig å forsøke å oppstille et "absolutt" krav om 10 % mislighold ettersom vesentlighetskriteriet som nevnt innebærer en samlet helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Den sentrale problemstillingen på dette punktet blir heller å vurdere om mislighold på omkring 10% av låneavtalen kan utgjøre et tungtveiende moment i helhetsvurderingen, basert på en nærmest "analogisk" anvendelse av reglene for kredittkjøp.

4.3.3 Om reglene for kredittkjøp kan anvendes ved låneavtaler

Problemstillingen er altså det er rettslige holdepunkter for at regelen om 10% mislighold i kredittkjøp kan anvendes "analogisk" for låneavtaler, slik at et mislighold på omkring 10% i så fall vil utgjøre et tungtveiende moment i vesentlighetsvurderingen.

⁸⁵ Lov 21.06.1985 nr. 82 (Krkjl.).

⁸⁶ Prop.65 L (2009-2010) s. 184.

På den ene siden har Høyesterett lagt til grunn at det ikke er grunnlag for å knytte en hevingsrett til en "prosentlære" jf. Rt. 2015 s. 321 (avsnitt 56) og Rt. 2010 s. 710 (avsnitt 45). På den andre siden ble det ved utarbeidelsen av den dagjeldende kredittkjøpsloven uttalt i forarbeidene at: «*Spørsmålet om eventuell tilsvarende anvendelse av enkelte av utkastets regler på frittstående lån drøftes overhodet ikke nærmere*»⁸⁷ (min kursivering).

Muligheten for å anvende enkelte av reglene ved låneavtaler var altså ikke helt fjerntliggende, selv om det ikke ble drøftet. Det foreligger følgelig ingen uttrykkelige begrunnelser for hvorfor reglene eventuelt *ikke* skal kunne anvendes også for låneavtaler, annet enn Høyesteretts uttalelser om å ikke knytte hevingsretten til en "prosentlære". Uttalelsene fra disse dommene knytter seg imidlertid til det å eventuelt oppstille en prosentlære på ulovfestet grunnlag. Slike tilfeller stiller seg nokså annerledes fra der det, slik som ved kredittkjøp, allerede eksisterer en hjemmel for en slik "prosentlære", og spørsmålet er om å eventuelt anvende denne analogisk.

Videre er det sentralt å påpeke de klare likhetstrekkene mellom alminnelige låneavtaler og kredittkjøp. I korte trekk innebærer begge avtaletypene at kredittyster stiller deler av sin formue til disposisjon for kredittaker, som skal tilbakebetale ytelsen i ettertid, vanligvis gjennom delbetalinger og mot et vederlag i form av renter. I tillegg har eksempelvis Forbrukerrådet, som jobber for å "påvirke samfunnet i en forbrukervennlig retning"⁸⁸, argumentert for at reglene om forfallsklausuler ved mislighold av kredittkjøp «også bør få anvendelse på *frittstående banklån*»⁸⁹ (min kursivering). Dette kan tilsi at likhetstrekkene mellom disse kredittypene kan utgjøre et argument for at reglene som gjelder for kredittkjøp både kan og burde ha en viss overføringsverdi til låneavtaler.

På den andre siden er det likevel noe relevant at den tidligere kredittkjøpsloven kun eksplisitt regulerte kjøp av varer på kreditt, og at kravet om 1/10 mislighold for heving gjaldt hele «kredittkjøpsprisen».⁹⁰ Misligholdsvurderingen ble altså både knyttet til delen av kjøpesummen som eventuelt ble betalt på ervervstidspunktet, samt den utestående kreditten.⁹¹

⁸⁷ Ot.prp.nr.34 (1980-1981) s. 36.

⁸⁸ Vedtekter for Forbrukerrådet (2022) punkt 1.

⁸⁹ Ot.prp.nr.34 (1980-1981) s. 68 jf. s. 35.

⁹⁰ Kredittkjøpsloven § 12.

⁹¹ Kredittkjøpsloven § 4 bokstav d.

Dette skiller seg fra låneavtaler der heving primært knytter seg til den utestående gjelden.⁹² At misligholdsvurderingen i henholdsvis kredittkjøp og låneavtaler tilsynelatende skal vurderes på ulikt grunnlag, kan dermed motsetningsvis tale i retning av at reglene ikke kan anvendes "analogisk".

Til tross for de enkelte likhetstrekkene som kan påvises mellom de nevnte kredittypene må det kunne legges til grunn at det ikke finnes tilstrekkelige rettslige holdepunkter til å kunne anvende misligholdsreglene ved kredittkjøp "analogisk" på låneavtaler.

4.3.4 Reglene i svensk rett

Det kan gis en indikasjon om hva som ligger i "vesentlig mislighold" basert på hva en lignende regel innebærer i for eksempel svensk rett. I likhet med i norsk rett er det i Sverige en bestemmelse om kredittytters alminnelige hevingsrett når forbrukeren er i «väsentligt dröjsmål» med betaling.⁹³ Bestemmelsen fremgår av den nyere konsumentkreditlag fra 2011 som gjelder alle former for kreditt til forbruker, herunder låneavtaler.⁹⁴ I tillegg til vilkåret om vesentlig mislighold blir det også oppstilt et selvstendig hevingsvilkår som innebærer at kredittytteren kan heve en avtale dersom forbrukeren har misligholdt «ett belopp som överstiger tio procent av kreditfordran».⁹⁵

Hevingsadgangen etter svensk rett skiller seg fra norsk rett hvor det kun for kredittkjøp kan oppstilles en hevingsrett ved 10% mislighold, mens det for øvrige kredittavtaler krever «vesentlig mislighold». Til tross for at vilkåret om 10% mislighold oppstilles ved siden av kravet til vesentlig mislighold, er det nærliggende å anta at det etter svensk rett vil anses som at 10% mislighold nærmest *uansett* er vesentlig. Det må likevel nevnes at hva som utgjør «väsentligt dröjsmål» heller ikke er behandlet av den svenske Högsta domstolen.

⁹² Prop. 92 LS (2019-2020) s. 221 hvor det uttales: «*Departementet antar det ikke er behov for regler om en adgang til å heve for det som allerede er «levert» til kunden. For kredittavtaler vil det si en adgang til å heve for den delen av kredittbeløpet som kunden har tilbakebetalt*»

⁹³ Konsumentkreditlag (2010:1846) 19. desember 2010 § 33 (3).

⁹⁴ Jf. Lovens § 1.

⁹⁵ Konsumentkreditlag (2010:1846) § 33 (1).

4.3.5 Bemerkninger knyttet til størrelsen på det misligholdte beløp

Før de neste vurderingsmomentene vil bli behandlet er det aktuelt å knytte noen bemerkninger til hvordan størrelsen på det misligholdte beløp, i lys av det foranstående, *burde* kunne tolkes i norsk rett for å harmonere med EU-retten, basert på de lege ferenda-betraktninger.

For det første vil en slik regel om heving ved 10% mislighold i større grad synes å være i samsvar med EU-Retten, ettersom at det, ved en overskridelse av mislighold på 10%, kan være større grunnlag for å anta at det misligholdte utgjør en «avgjørende betydning». Selv om det er vanskelig å oppstille noe konkret også i relasjon til hva som er "avgjørende betydning", er det utvilsomt at et mislighold på 10% vil ha høyere betydning enn etter dagens rettstilstand hvor det i domstolene som vist, tidvis har blitt akseptert heving ved kun mislighold av et par prosent.⁹⁶

For det andre vil en slik regel øke forutberegneligheten for både långivere og lånemottakere ettersom partene vil få et håndfast beløp å forholde seg til, i tillegg til det mer uforutsigbare vilkåret om "vesentlig mislighold". For det tredje vil et slikt vilkår føre til økt koherens for kredittavtaler ettersom en slik regel allerede eksisterer for kredittkjøp på ulovfestet grunnlag. Økt koherens og særlig økt forutsigbarhet om hva bestemmelsen innebærer vil også gjøre at den lettere vil være i samsvar med klarhetskravet i forbrukeravtaledirektivet. For det fjerde kan det også nevnes at et hensyn bak finansavtaleloven § 3-51 som nevnt var at utformingen av bestemmelsen skulle virke prosessdempende. Det må i den forbindelse være forholdsvis klart at et "fast" vilkår vil kunne være mer prosessdempende enn et vilkår som innebærer en generell, skjønnsmessig helhetsvurdering.

Samlet utgjør disse momentene gode argumenter for at det også i norsk rett burde oppstilles en veiledende hevingsrett ved 10% mislighold, låneavtaler, i allefall som et tungtveiende moment i vesentlighetsvurderingen. Dette gjelder hovedsakelig der låntakeren er forbruker.

⁹⁶ Eksempelvis LE-2015-3370, som er behandlet under 4.2.2.

4.4 Varigheten av betalingsforsinkelsen

Det andre momentet som blir oppstilt i forarbeidene til den gamle finansavtaleloven § 52 og som dermed er sentralt ved vurderingen av "vesentlig mislighold" av kredittavtaler etter § 3-51, er varigheten av eventuelle betalingsforsinkelser. En relevant problemstilling er dermed å vurdere hvilken betydning varigheten av betalingsforsinkelser har for vesentlighetsvurderingen. Mer konkret blir spørsmålet om hvor mange terminer som kan misligholdes, før det etter norsk rett blir ansett som "vesentlig".

Det er først og fremst sentralt å påpeke at varigheten av betalingsmislighold må vurderes ut ifra hva slags lån det dreier seg om. Eksempelvis vil fem misligholdte terminer i et forbrukslån med ett eller to års nedbetalingstid kunne fremstå som mer "alvorlig" enn fem misligholdte terminer i et boliglån med opptil flere titalls års nedbetaling, dersom man vurderer varigheten av misligholdet opp mot den totale varigheten av lånet. Et annet eksempel er at to misligholdte terminer i et lån med terminbetalinger hvert halvår være over dobbelt så lenge som fem misligholdte terminer i et lån med månedlige nedbetalinger. Slike ulikheter ved låneavtalene kan gjøre det problematisk å skulle vektlegge et annet bestemt antall misligholdte terminer som et tungtveiende moment i den ene eller andre retningen.

4.4.1 Hvordan varigheten av betalingsmislighold er vektlagt i norsk rett

Det første relevante spørsmålet er å undersøke hvordan varigheten av betalingsmislighold er vektlagt i norsk rett. Som et overordnet utgangspunkt er det lagt til grunn i samstemt praksis fra Finansklagenemda at to misligholdte terminer "i utgangspunktet ikke [er] nok til at det foreligger vesentlig mislighold".⁹⁷ Dette er av nemnda lagt til grunn både ved boliglån⁹⁸ samt forbrukslån.⁹⁹ Fellesnevneren for lånene i disse sakene er at det dreide seg om månedlige betalingsterminer og en nedbetalingsplan på minimum 10 år.¹⁰⁰ Det må dermed kunne oppstilles et veiledende utgangspunkt om at to misligholdte terminer ikke er tilstrekkelig til å

⁹⁷ FinKN-2021-542 med videre henvisninger. FinKN-2017-130, FinKN-2017-135

⁹⁸ Blant annet FinKN-2021-11.

⁹⁹ Blant annet FinKN-2021-588, FinKN-2017-130 og FinKN-2017-135.

¹⁰⁰ Lånet i FinKN-2017-130 hadde en nedbetalingstid på 10 år.

utgjøre et tungtveiende moment i vesentlighetsvurderingen, når det gjelder langvarige låneavtaler med månedlige nedbetalinger.

At samstemt Finansklagenemndspraksis gir uttrykk for at to misligholdte terminer ikke kvalifiseres som "vesentlig mislighold", bidrar i liten grad til å klarlegge hva som faktisk gjør det. I eksempelvis LH-2012-128502 ble mislighold av fem terminer pålydende 37 150kr av en hovedstol på 8 600 000kr ansett som "vesentlig". Også i FinKN-2021-790 fikk banken medhold i sitt hevingskrav ved forbrukerens mislighold av fem terminer. At rettsstilstanden synes nokså uklar kommer særlig på spissen ved at nemnda i FinKN-2020-226 aksepterte et hevingskrav ved kun tre misligholdte terminer. Det er klart at forskjellen på to og fem mislighold ikke er betydelig, og hvert fall ikke forskjellen på to og tre misligholdte terminer. Siden heving må vurderes konkret tas det forbehold om at det kan finnes saker fra praksis hvor et tilsvarende eller flere antall misligholdte beløp ikke kvalifiserte til vesentlig mislighold. De nevnte sakene er likevel illustrerende for hvordan varigheten av betalingsmislighold tidvis blir vektlagt i norsk rett, og at dette gjøres nokså lite konsekvent og nærmest inkonsistent.

4.4.2 Praktiseres vurderingsmomentet i strid med EU/EØS-retten?

En særlig relevant problemstilling er basert på det foranstående om det kan legges til grunn at "varigheten av betalingsmisligholdet", slik det praktiseres i blant annet de nevnte sakene, er i strid med EU/EØS-retten.

Sentrale momenter i henhold til EU-retten er som nevnt om misligholdet er av "avgjørende betydning i det pågældende kontraktforhold" og om misligholdet er "tilstrækkeligt alvorlig i forhold til lånets varighed og størrelse".¹⁰¹

Det må være nokså klart at tre misligholdte terminer på 3 500, slik som i FinKN-2020-226, vanskelig vil kunne anses som "tilstrækkeligt alvorlig" hverken i forhold til varigheten på 15 år, eller størrelsen på 260 000 kroner. Dette underbygges også av at de misligholdte beløpene til sammen utgjorde 4% av det totale lånet.

¹⁰¹ Se punkt 4.2.2.

Tilsvarende må kunne legges til grunn for saksforholdet i FinKN-2021-790 der lånets løpetid var 25 år og lånet var 628 384 kr. Forbrukerens mislighold av fem terminer à 2700 kr utgjorde dermed kun litt over 2% av lånebeløpet.

Disse sakene alene er tilstrekkelige til å konstatere at bankens hevingsrett i norsk rett tidvis praktiseres i strid med EU-retten både når det gjelder å vurdere om misligholdet er av "avgjørende betydning i det pågældende kontraktforhold" og om misligholdet er "tilstrækkelig alvorlig i forhold til lånets varighet og størrelse". Det er nærliggende å legge til grunn at resultatet ville blitt annerledes dersom disse momentene ble tatt i betraktning ved vesentlighetsvurderingen.

4.4.3 Kort om reglene i svensk rett

I svensk rett er "problematikken" knyttet til en varierende vektlegging av misligholdenes varighet løst ved at det er oppstilt en regel om at kredittytteren kan heve en kredittavtale dersom forbrukeren *både* har misligholdt to eller flere terminer med ulik forfalltid, *og* det misligholdte beløpet overstiger 5 % av kredittfordringen.¹⁰² I likhet med hevingsretten ved 10 % mislighold oppstilles også dette som et selvstendig vilkår ved siden av vesentlighetsvurderingen, i svensk rett. Virkningen av den svenske regelen blir følgelig at lånebeløpets størrelse, nedbetalingstid samt de månedlige terminbeløpene vil ha større innvirkning på når varigheten av betalingsmisligholdet gir grunnlag for å heve, enn når man kun skal ta stilling til "varigheten av misligholdet".

Basert på en slik regel ville eksempelvis saken i FinKN-2021-790 måtte bli misligholdt i ytterligere syv terminer før långiveren ville vært berettiget til å heve. Dette er over dobbelt så lenge som i norsk rett, hvor banken som nevnt ble ansett berettiget allerede ved fem mislighold. Den svenske regelen må derfor i større grad, basert på et overordnet plan, kunne synes å være i samsvar med EU-retten enn hvordan vurderingsmomentet tidvis praktiseres i norsk rett.

¹⁰² Konsumentkreditlag § 33 (2).

4.4.4 Forbigående betalingsvansker

Som nevnt oppstilles det generelt en høy terskel for å kunne heve en avtale. Den høye terskelen sett i sammenheng med at "betalingsforsinkelsens varighet" er et sentralt moment i helhetsvurderingen, medfører at det kan reises spørsmål om mislighold som skyldes forbigående betalingsvansker kan utgjøre et argument mot at det foreligger vesentlig mislighold. Det første spørsmålet blir i så fall hva som skal anses som "forbigående" betalingsvansker. I tvangsfullbyrdelsesloven¹⁰³ § 5-12 er det en bestemmelse som fastslår at saksøkte i en sak om tvangsdekning som på nærmere angitte vilkår kommer i "forbigående betalingsvansker", kan få begjæring om utsettelse av tvangsdekningssaken. Hvordan "forbigående betalingsvansker" er tolket i relasjon til denne bestemmelsen kan være relevant som veiledning for hvor terskelen for "vesentlig mislighold" ligger etter finansavtaleloven § 3-51.

Ordlyden av "forbigående betalingsvansker" indikerer at betalingsvanskene kun må være av midlertidig karakter, men gir ikke anvisning på den konkrete varigheten. Forarbeidene til tvangsfullbyrdelsesloven kaster ikke lys over spørsmålet. Høyesterett har imidlertid i Rt. 2003 s. 1012 avsnitt 18 uttalt at "Det foreligger avgjørelser fra lagmannsrettene og tingrettene som viser at mislighold over flere år ikke har vært ansett som forbigående. Det avgjørende må være om skyldnerens økonomiske situasjon er slik at den avdragsvise tilbakebetaling vil kunne avsluttes i overskuelig framtid"

Uttalelsen er senere fulgt opp i blant annet LA-2016-30490 hvor et sammenhengende mislighold på 6-7 måneder (fra august til mars) ikke var "så lang at det er til hinder for at betalingsvanskene må anses å være forbigående". I LE-2017-174665 ble et lån som hadde vært ubetjent i litt over ett år ansett å være "innenfor den ytre rammen som er lagt til grunn i Rt-2003-1023". Det avgjørende for begge sakene var i imidlertid i likhet med uttalelsen i dommen fra Høyesterett, at skyldnerne kunne dokumentere at deres økonomiske situasjon tilsa at den «avdragsvise betalingen vil kunne avsluttes innen rimelig tid.»¹⁰⁴

På den ene siden er det klart nok at det ikke er noen direkte sammenheng mellom bestemmelsen i tvangsloven § 5-12 om forbigående betalingsvansker, og vesentlig mislighold av låneavtaler.

¹⁰³ Lov 26.06.1992 nr. 86 (tvangsloven).

¹⁰⁴ LA-2016-30490.

På den andre siden er det likevel slik at EU-domstolen som nevnt har oppstilt som et vurderingsmoment om at det skal legges vekt på om forbrukeren kan, ved hjelp av egnede og effektive midler, «afhjælpe virkningerne af den ensidige ophævelse af lånet.»¹⁰⁵ Det vil derfor være i samsvar med EU-retten dersom det i låneavtaler, særlig når låntakeren er forbruker, oppstilles et «prinsipp» om at forbrukeren kan anses kun å være i «forbigående betalingsvansker» dersom denne dokumenterer at misligholdet vil kunne avsluttes innen rimelig tid.

Det må også kunne legges til grunn at en slik konstatering av at eventuelle betalingsvansker kun er «forbigående», og dermed avskjære kredittytters hevingsrett som følge av mislighold i denne perioden, vil være både et «egnet» og «effektivt» middel for forbrukeren til å avhjelpe virkningene av kredittytters ensidige hevingsrett av lånet.

Spørsmålet er om dette også gjelder i næringsforhold. Momentene fra EU-retten om å "avhjelpe virkningene" av hevingen gjennom andre midler gjelder kun når låntakeren er forbruker. Høyesterett har imidlertid i Rt. 1998 s. 1510 uttalt at "Ved helhetsvurderingen må det etter min mening legges vekt på om et prisavslag, som alternativ til heving, vil kunne gjenopprette de økonomiske konsekvensene av kontraktsbruddet" (s. 1518). At det må vektlegges om kontraktsbruddet kan "kompenseres" gjennom andre reaksjoner synes imidlertid i norsk rett å gjelde generelt.¹⁰⁶ Dette tilsier at også næringskunder, dersom det kan påvises at disse er i "forbigående betalingsvansker" ved at de dokumenterer at den "avdragsvise betalingen vil kunne avsluttes innen rimelig tid", samt at de kompenserer kontraktsbruddet gjennom eksempelvis forsinkelsesrenter, kan avskjære bankens hevingsrett.

Når lagmannsretten i LG-2016-161419 uttaler i forbindelse med tvangssalg og heving av en låneavtale til en forbruker at «*At A opplyser å være i stand til å betjene lånet fremover, får heller ikke betydning for vilkårene for tvangssalg*» synes derfor ikke å være i samsvar med hva EU-Domstolen har oppstilt som vurderingsmoment. Dette gir gode holdepunkter for å legge til grunn at Høyesterett hadde vurdert spørsmålet annerledes, dersom saken hadde blitt anket, og Høyesterett tok EU-retten i betraktning.

¹⁰⁵ Se punkt 4.2.2.

¹⁰⁶ Haaskjold (2017) s. 155.

4.5 Betydning av tidligere mislighold

Det siste momentet som oppstilles i forarbeidene som særlig betydningsfullt for vesentlighetsvurderingen, er forekomsten av tidligere misligholdte terminer.

Problemstillingen også på dette punktet blir dermed å vurdere hvilken betydning eventuelle tidligere mislighold kan ha. I forarbeidene ble dette ytterligere presisert som at "selv en liten betalingsforsinkelse kan være vesentlig (...) dersom mislighold har forekommet før".¹⁰⁷

Lignende uttalelser og synspunkter har også blitt utviklet i rettspraksis på andre områder enn finansavtaler, jf. blant annet Rt. 1980 s. 901. I denne saken hadde kjøperen av en eiendom både misligholdt betalingsplikten, samt urettmessig flyttet inn i huset, ettersom det ikke var avholdt overtakelsesforretning. Høyesterett fant at dette var å anses som vesentlig mislighold fra kjøperens side, og uttalte "og ganske særlig når man ser disse forhold i sammenheng".¹⁰⁸ Også i juridisk litteratur er det lagt til grunn at dersom det foreligger flere mislighold eller kontraktsbrudd kan den samlede effekten av disse "kumuleres, slik at det avgjørende er om de samlet sett utgjør et vesentlig avvik."¹⁰⁹ Sist oppsummerer Hagstrøm rettstilstanden slik at det er den «samlete effekten» av kontraktsbruddene som må vurderes.¹¹⁰

På generelt grunnlag vil altså tidligere mislighold av låneavtaler kunne «kumuleres» med eventuelle pågående mislighold, slik at den samlede effekten blir det avgjørende.

4.5.1 Betydningen av tidligere mislighold når disse er rettet før den nye finansavtaleloven

En relevant problemstilling som oppstår i relasjon til tidligere mislighold, er om det i låneavtaler får betydning om disse er rettet. Den nevnte dommen og uttalelsen fra litteraturen omhandler tilfeller der det er flere *pågående* kontraktsbrudd. Det er allerede konstatert at flere pågående betalingsmislighold er relevante for vesentlighetsvurderingen jf. drøftelsen om flere misligholdte terminer. Spørsmålet er i midlertidig hvordan det stiller seg dersom tidligere mislighold har blitt rettet, og om dette påvirker hvilken betydning de tidligere misligholdene får, i vesentlighetsvurderingen. Dette gjelder eksempelvis der terminbeløp blir betalt, men at

¹⁰⁷ NOU:1994:19 s. 167.

¹⁰⁸ Rt. 1980 s. 901 (s. 910).

¹⁰⁹ Hagstrøm (2021) s. 451.

¹¹⁰ Hagstrøm (2021) s. 451.

dette gjøres etter betalingsfristen, slik at det i tiden mellom utløpet av betalingsfristen til betalingen skjer, foreligger et mislighold.

Uttalelsen i forarbeidene om at "dersom mislighold *har* forekommet før" (min kursivering) gir anvisning på at det er tilstrekkelig at mislighold "har" forekommet for at det kan vektlegges i vesentlighetsvurderingen, og at dette gjelder selv om det eventuelt er rettet. Også i rettspraksis synes dette å være utgangspunktet jf. eksempelvis LH-2022-40248 samt LG-2016-161419. I begge sakene ble det lagt til grunn at innbetalinger i ettertid av omfattende mislighold "*hindrer ikke at lånet er forfalt i sin helhet*".¹¹¹

4.5.2 Om det tidligere utgangspunktet er i samsvar med den nye finansavtaleloven

Det første som må vurderes er dermed om dette utgangspunktet samsvarer med den nye finansavtaleloven.

Når låntakeren er forbruker følger det eksplisitt av finansavtaleloven § 3-51 (4) at heving bare kan skje "dersom kunden er gitt en frist på to uker til å rette forholdet". Bestemmelsen har sammenheng med § 3-52 (3) annet punktum som fastslår at for forbrukere vil det først løpe forsinkelsesrenter fra utløpet av den nevnte toukersfristen i § 3-51 (4). Bakgrunnen for at forsinkelsesrentene først løper fra utløpet av denne fristen blir i forarbeidene beskrevet som at "forbrukeren innen denne fristen nettopp kan avskjære hevingen".¹¹² Dette kan tilsi at tidligere mislighold må tillegges begrenset vekt i vesentlighetsvurderingen, i alle fall når kunden er forbruker. Motsetningsvis ville det hatt formodningen mot seg at forbrukeren i én sammenheng kan avskjære kredittytters hevingsadgang ved å rette opp i forholdet, mens det samme forholdet i en annen sammenheng skal inngå som et moment i vurderingen av om låntakeren har "vesentlig misligholdt" låneavtalen.

Videre blir det i forarbeidene til den nye finansavtaleloven uttalt at "et vilkår for å heve ved vesentlig avtalebrudd er gjerne at avtalebruddet ikke blir utbedret eller brakt i orden".¹¹³ Ved en forsinket betaling er tilfellet nettopp at avtalebruddet "blir brakt i orden", etter at det har foreligget et mislighold mellom terminforfall og betaling. Isolert sett kan også dette tale for at

¹¹¹ Uttalelsen hentet fra LH.2022-40248 men synspunktet ble også lagt til grunn i LG-2016-161419.

¹¹² Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 222-223.

¹¹³ Prop. 92 LS (2019 – 2020) s. 372.

tidligere mislighold som har blitt brakt i orden må tillegges begrenset vekt i den senere vesentlighetsvurderingen.

Samlet tilsier dette at forarbeidsuttalelsen samt anvendelsen av denne i eksempelvis LH-2022-40248 og LG-2016-161419, ikke samsvarer med det som følger av den nye finansavtaleloven.

En slik tolkning kan også ha støtte i at det overordnede vurderingstemaet for en hevingsadgang er om kreditor har "rimelig grunn" til å si seg løs fra kontrakten,¹¹⁴ ettersom det vanskelig kan argumenteres for at tidligere mislighold, som har blitt rettet, er tilstrekkelige tungtveiende momenter som gir kreditor slik "rimelig grunn".

I tillegg vil en slik tolkning lettere være i samsvar med de generelle uttalelsene fra EU-domstolen.¹¹⁵ Dette fordi, for det første, det vanskelig kan sies at forsinkede betalinger som har blitt rettet utgjør et mislighold av «avgjørende betydning». Tidligere betalingsmislighold i en låneavtale, som blir rettet i ettertid, vil også vanskelig kunne bli ansett som tilstrekkelig «alvorlig», hverken i relasjon til lånets varighet eller størrelse.

4.5.3 Dersom kreditor har fått kompensasjon for mislighold

Den neste problemstillingen er betydningen av tidligere mislighold når kreditor har fått kompensasjon for disse. Igjen blir det relevant å se hvordan spørsmålet foreløpig er løst i norsk rett, for deretter å se om dette samsvarer med momentene fra EU-retten.

I likhet med de øvrige spørsmålene knyttet til heving av låneavtaler finnes det begrenset rettspraksis. Problemstillingen var imidlertid temaet i en nyere kjennelse fra lagmannsretten.¹¹⁶ I saken ble det anført at ettersom fem tidligere betalingsforsinkelser under en låneavtale hadde medført økte renter for disse betalingsforpliktelsene, hadde banken fått tilstrekkelig "kompensasjon" for de tidligere misligholdene, slik at disse ikke kunne tillegges vekt i vesentlighetsvurderingen. Lagmannsretten uttalte i denne forbindelse at det ikke er "riktig som anført av ankende parter at den økte renten misligholdet medførte, gjør at tidligere mislighold ikke bør tillegges vekt".

¹¹⁴ Se punkt 2.1.

¹¹⁵ Se Punkt 4.2.2.

¹¹⁶ LH-2022-40248.

Det er klart at dette kun er en lagmannsrettsavgjørelse, og at det kun er snakk om én enkelt dom, slik at det ikke er holdepunkter for å konstatere at denne gir uttrykk for rettstilstanden. Uttalelsen er likevel relevant fordi den indikerer hvordan spørsmålet både kan bli, og beviselig tidvis blir, anvendt i rettspraksis.

Spørsmålet er imidlertid om den gir uttrykk for "riktig" gjeldende rett. I punkt 4.4.4 ble det redegjort for at dersom kontraktsbrudd kan avhjelpes gjennom øvrige misligholdssanksjoner, har dette betydning for vesentlighetsvurderingen både når låntakeren er forbruker og næringsdrivende. Det kan i all hovedsak vises til denne drøftelsen ettersom det er nokså klart at erstatning i form av økte renter for tidligere mislighold, er en tilstrekkelig "kompensasjon" som kan tillegges vekt i vesentlighetsvurderingen. Særlig i forbrukerforhold må det kunne være utvilsomt at kompensasjon av tidligere mislighold gjennom økte renter er et "egnet" og effektivt" middel som kan gi forbrukeren «mulighet for at afhjælpe virkningerne af den ensidige ophævelse af lånet.»¹¹⁷ Men det må også kunne legges til grunn at dette gjelder for næringsdrivende, med mindre noe annet er avtalt.

4.6 Andre momenter

4.7 Betydningen for låntakeren

Sett i lys av den alvorlige innvirkningen heving av en låneavtale kan ha for låntakerens økonomi, kan det reises spørsmål om betydningen for låntakeren kan virke inn på bankens hevingsrett. I næringsforhold er det som nevnt et utgangspunkt om at kunden selv må bære risikoen for eventuelle virkninger av hevingen. Problemstillingen er derfor mest aktuell der låntakeren er forbrukeren.

Til illustrasjon består mange låneforhold av en økonomisk sterk og stabil finansinstitusjon på den ene siden, og en privatperson i en slik økonomisk situasjon at han eller hun har behov for finansiell bistand i form av lån, på den andre siden. I slike tilfeller kan det være naturlig å vurdere hvor sterkt gjensidighetshensynet som ligger en hevingsadgang faktisk gjør seg gjeldende, slik at det eventuelt blir en høyere terskel for når kreditor har en "rimelig grunn" til å si seg løs fra kontrakten. Dette kommer særlig på spissen dersom man tar i betraktning den

¹¹⁷ Forente saker *Valencia* C-537/12 og C-116/13 avsnitt 71.

alvorlige innvirkningen heving av en låneavtale kan ha for låntakeren dersom vedkommende er nødt til å innfri hele lånebeløpet på én gang, i stedet for gjennom delbetalinger.

Gjennom avansert søk på lovdata gir det resultater i praksis hvor betydning for låntakeren eksplisitt er vektlagt eller hensyntatt i relasjon til heving av låneavtaler. I litteraturen har det imidlertid blitt uttalt at det man ved vesentlighetsvurderingen kan ta hensyn til de "konsekvensene som full og umiddelbar innfrielse vil få for skyldneren og andre, f.eks. hans familie".¹¹⁸ Som en viss støtte kan det også vises til Boliglånsdirektivet artikkel 28 hvor det fastsettes at medlemstatene skal treffe tiltak for å oppmuntre kredittgivere til "at udvise rimelig tilbageholdenhed, inden der indledes en tvangsauktion". Ved heving av boliglån skal altså långivere utvise en "rimelig" tilbakeholdenhed før boligen tvangsrealiseres etter vesentlig mislighold av låneavtalen. I fortalen til direktivet blir det ytterligere uttalt at "I betragtning af de betydelige konsekvenser for (..) forbrugere (..) er det hensigtsmæssigt, at (..) at kredittgivere udviser rimelig tilbageholdenhed og gør rimelige forsøg på at løse situationen ved hjælp af andre midler, inden der indledes en procedure for tvangsauktion."¹¹⁹

Artikkel 28 og den tilhørende fortalen er kun direkte gjeldende for boliglån.¹²⁰ Det er likevel ikke tvilsomt at de samme hensynene vil gjøre seg gjeldende også ved andre kredittavtaler til forbrukere.

Samlet tilsier dette at også betydningen for låntakeren kan virke inn ved vesentlighetsvurderingen, i forbindelse med heving av låneavtaler, særlig dersom denne er forbruker.

¹¹⁸ Bergsåker (2015) s. 41.

¹¹⁹ Fortalen til boliglånsdirektivet punkt 27.

¹²⁰ Direktiv 2014/17/EU (boliglånsdirektivet artikkel 1).

5 Korte avsluttende bemerkninger

Oppgaven har for det første belyst hva som skal til at en låneavtale anses misligholdt både når låntakeren er forbruker, og når denne er næringsdrivende. Det er også redegjort for ulike forhold som kan medføre at låntakere som er forbrukere sin manglende betaling likevel ikke vil bli ansett som mislighold, særlig i lys av EU-retten. Dette kan eksempelvis være at lånevilkårene, når disse er utarbeidet av banken forut for avtaleinngåelsen, ikke er tilstrekkelige "klare", eller at de vil føre til en "skjevhet" i forbrukerens rettstilstand.

I tillegg er det forsøkt å analysere hva som ligger i "vesentlig mislighold" av en låneavtale. Slik det er redegjort for blir vilkåret praktisert svært varierende i ulike saker, selv om det riktignok må gjøres en konkret helhetsvurdering i hvert tilfelle. En konsekvent fellesnevner ved samtlige domstolsavgjørelser vedrørende spørsmålet er imidlertid at utgangspunktene og vurderingsmomentene som er oppstilt av EU-domstolen, ikke blir tatt i betraktning. Det er i denne forbindelse argumentert for at de fleste sakene hvor banken ble tilkjent en hevingsrett ovenfor forbrukeren, sannsynligvis ville fått et annet resultat, dersom spørsmålet hadde blitt tolket i lys av EU-retten. Det kan derfor legges til grunn at forbrukeres rettstilstand er svakere etter norsk rett enn etter EU-retten, når det gjelder heving av låneavtaler.

Videre er det redegjort for at de samme hensynene ikke gjør seg gjeldende når låntakeren er næringsdrivende, slik at spørsmålet om "vesentlig mislighold" er mest relevant dersom låntakeren er forbruker.

For at rettstilstanden ved heving av låneavtaler både skal være i samsvar med EU-retten, samt for å oppfylle den nye finansavtalelovens hensyn om et styrket forbrukervern, er det derfor gode holdepunkter for å konkludere med at norske domstoler i betydelig mye større grad må se hen til EU-retten ved vurderingen av bankens hevingsrett av en låneavtale, dersom låntakeren er forbruker.

6 Bibliografi

6.1 Norske lover

Lov 18.12.2020 nr. 146 om finansavtaler (Finansavtaleloven).

Lov 13.05.1998 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven).

Lov 21.06.2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Lov 03.07.1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova

Lov 13.06.1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.
(bustadoppføringslova).

Lov 25.06.1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) [OPPHEVET].

Lov 03.02.1961 om ansvar for skade som motorvogner gjer (bilansvarslova).

Lov 16.06.1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven).

Lov 17.07.1939 nr. 1 om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova).

Lov 09.01.2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
(markedsføringsloven).

Lov 21.06.1985 nr. 82 om kredittkjøp m.m [OPPHEVET].

Lov 26.06.1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)

6.2 Lovforarbeider

Prop. 92. LS (2019 – 2020) Finansavtaleloven, lovendr. og EØS-komiteens beslutning

NOU: 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag

NOU 1979: 42 Forbrukertjenester Delinnstilling I

Ot.prp.nr.55 (2007–2008) Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
(markedsføringsloven).

Prop.65 L (2009-2010) Endringer i finansavtaleloven mv.

Ot.prp.nr.34 (1980–1981) Om lov om kredittkjøp mm.

6.3 Rettspraksis

HR-2021-822-A.

HR-2020-2021-A.

HR-2012-01649-A.

Rt. 1984 s. 248.
Rt. 1999 s. 408.
Rt. 2010 s. 710.
Rt. 2006 s. 522.
Rt. 1998 s. 1510.
Rt. 2003 s. 1252.
Rt. 2015 s. 321
Rt. 2003 s. 1023
Rt. 1980 s. 901.

6.3.1 Underrettspraksis

LH-2022-40248.
LB-2021-116487.
LB-2010-163630.
LH-2021-167040.
LE-2015-3370.
LH-2012-128502.
LA-2016-30490.
LE-2017-174665.
LG-2016-161419.

6.4 Kilder fra EU/EØS-retten

Avtale 2. mai 1994 om Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-Avtalen).

Europaparlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2366 av 25. november 2015 om
Betalingstjenester i det indre marked.

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/92/EU av 23. juli 2014 om Sammenlignbarheten
av gebyrer forbundet med betalingskontoer, bytte av betalingskontoer og tilgang til
betalingskontoer med grunnleggende funksjoner.

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/17/EU av 4. februar 2014 om kredittavtaler for
forbrukere i forbindelse med fast eiendom til boligformål.

Rådets direktiv EU 1993/13 av 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrukeravtale.

Vedlegget til direktiv EU 1993/13.

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2008/48/EF av 23. april 2008 om forbrukerkredittavtaler.

Vedlegg II til direktiv 2008/48/EF.

6.4.1 Praksis fra EU-domstolen

Dom av 3. juni 2010, *Caja*, Sak C-484/08.

Dom av 3. oktober 2019, *Kiss*, Sak C-621/17.

Dom av 14. mars 2013, *Aziz*, Sak C-415/1.

Dom av 21. mars 2013, *Vertrieb*, Sak C-92/11.

Dom av 28. juli 2016, *Amazon*, Sak C-191/15.

Dom av 14. november 2013, forente saker, *Valencia*, C-537/12 og C-116/13.

Dom av 19. september 2019 *Ottília*, Sak C-34/18.

6.5 Praksis fra Finansklagenemnda

FinKN-2022-1008

FinKN-2022-883

FinKN-2022-686.

FinKN-2021-542.

FinKN-2017-130.

FinKN-2017-135.

FinKN-2021-11.

FinKN-2021-588.

FinKN-2021-790.

FinKN-2020-226.

6.6 Juridisk litteratur

Eckhoff, Torstein & Helgesen, Jan E., *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget 2001.

Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utg., Universitetsforlaget 2010.

Hagstrøm, Viggo mfl., *Obligasjonsrett*, 3. utg., Universitetsforlaget 2021.

Haaskjold, Erlend, *Obligasjonsrett: En innføring*, 1. utg., Universitetsforlaget 2017.

Hallsteinsen, Peter, *Alminnelig obligasjonsrett*, 1. utg., Gyldendal 2018.

Hov, Jo, *Avtalebrudd og partsskifte: Kontraktsrett II*, 2. utg., Papinian 2002.
Krüger, Kai, *Hovedpunkter i kredittretten*, 2. utg., Juul Møller 1987.
Giertsen, Johan, *Avtaler*, 4. utg., Universitetsforlaget 2021.
Huser, Kristian, *Avtalesensur*, 1. utg., Reklametrykk 1984.
Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 3.utg., Gyldendal 2015.
Andersen, Lennart Lyng & Werlauff, Erik, *Kredittretten*, 3. utg., Forlaget Thomson 2000.

6.7 Utenlandske lover

Konsumentkreditlag (2010:1846) 19. desember 2010

6.8 Andre kilder

Finansklagenemnda (02.09.2021) *Avtale om Finansklagenemnda* (Sist endret 28.03.2023),
Finkn.no hentet 26.04.2023 fra: <https://www.finkn.no/Om-oss/Regelverk/Avtale-om-Finansklagenemnda>.

Næringslivets Konkurranssutvalg (09.08.2022), *Vedtekter for Næringslivets Konkurranssutvalg*, Konkurranssutvalget.no, hentet 17.04.2023 fra:
<http://konkurranssutvalget.no/vedtekter/>.

Finansklagenemnda (21.01.2017) *Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda* (Sist endret 21.03.2023), Finkn.no, hentet 26.04.2023 fra: <https://www.finkn.no/Om-oss/Regelverk/Saksbehandlingsregler-for-Finansklagenemnda>.

Finansdepartementet (20.04.2023) *Forsinkelsesrente*, Regjeringen.no hentet 24.04.2023 fra:
<https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/renter/forsinkelsesrente-/id429404/>.

Forbrukerrådet (01.07.2020), *Vedtekter for Forbrukerrådet*, Forbrukerrådet.no, hentet 17.04.2023 fra: <https://www.forbrukerradet.no/side/vedtekter-for-forbrukerradet/>.

