

Finansavtaleloven § 60(2)

Långivers frarådningsplikt overfor private kausjonister

Kandidatnr: 138755

Veileder: Søren Wiig

Til sammen: 14580 ord

Dato: 16.12.2007

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	TEMA OG AVGRENSNING	3
1.2	FORMÅL OG HENSYN	3
2	RETTSKILDEBILDET	4
3	VIRKEOMRÅDE	5
3.1	PARTSFORHOLD	5
3.2	KAUSJONSAVTALE	6
3.3	LÅN ELLER ANNEN KREDITT	7
4	OM FRARÅDNINGSPLIKTEN	7
4.1	AVTALEMESSIGE FORUTSETNINGER	7
4.2	NÅR GJELDER FRARÅDNINGSPLIKTEN?	7
4.3	FORHOLDET TIL OPPLYSNINGSPLIKTEN I § 59	8
4.4	VURDERINGSPLIKT	8
5	GRUNNLAGET FOR FRARÅDNINGSPLIKTEN	9
5.1	INNLEDNING	9
5.2	MOMENTER	9
5.3	FORHOLD PÅ KAUSJONISTENS SIDE	11
5.3.1	Økonomisk evne og andre forhold	11
5.3.2	”Alvorlig bør overveie”	12
5.3.3	Tidspunkt	13
5.4	FORHOLD PÅ LÅNTAKERENS SIDE	13
5.4.1	Momenter og terskel	13
5.4.2	Tidspunkt	14
5.5	”MÅ ANTA”	14

6 GJENNOMFØRING AV FRARÅDNINGEN **15**

6.1	INNLEDNING	15
6.2	FORM	15
6.3	INNHold	15
6.4	TID OG STED	16

7 VIRKNINGENE DERSOM FRARÅDNINGSPLIKTEN ER BRUTT **16**

7.1	RIMELIGHETSVURDERING	16
7.2	TIDSPUNKT	17
7.3	MOMENTER	18
7.3.1	Innledning	18
7.3.2	Øvrige forsømmelser fra långivers side	18
7.3.3	Brudd på opplysningsplikten i § 59	18
7.3.4	Betydningen av långivers imøtekommenhet	19
7.3.5	Forhold på kausjonistens side	19
7.3.5.1	Innledning	19
7.3.5.2	Kausjonisten gir uriktige eller ufullstendige opplysninger	19
7.3.5.3	Kausjonistens kunnskap	20
7.3.5.4	Manglende aktivitet fra kausjonisten	20
7.3.5.5	Kausjonisten har en egeninteresse i låneforholdet	20
7.4	ÅRSAKSSAMMENHENG	21
7.5	OMFANGET AV LEMPINGEN	22

8 AVSLUTNING **22**

8.1	FORHOLDET TIL AVTALELOVEN § 36	22
8.2	VURDERING	23

1 Innledning

1.1 Tema og avgrensning

Kausjon er og har alltid vært et viktig instrument i kredittlivet som gir långiver mulighet til å yte kreditt til personer som normalt ikke ville ha fått. Dette gjelder både unge i etableringsfasen og for næringsvirksomhet i oppstartsfasen organisert som eget rettssubjekt. Den kraftige boligomsetningen med tilhørende økt utlånsvekst og de mange nyetableringene av virksomheter i næringslivet, gir grunn til å tro at antall kausjonister også har økt de siste årene.

Med finansavtaleloven ble det innført en lovfestet frarådningsplikt for långivere overfor kausjonister i § 60(2).¹

Loven er et resultat av Banklovkomisjonens arbeid, som blant annet hadde som mandat å foreslå en samlet lovregulering av kausjonsavtalene der privatkausjonistenes stilling skulle styrkes i samsvar med kontraktsrettslige tendenser om økt forbrukervern. Som følge av bankkrisen på slutten av 1980-tallet og Bankklagenemdas praksis, var oppfatningen at disse tidligere hadde blitt for strengt behandlet.² Behovet for å styrke kausjonistens stilling må også ses i lys av at långiver stadig har fått en sterkere økonomisk egeninteresse overfor sine kunder, noe som har gitt seg utslag i økt utlånsvirksomhet og større fokus på inntjening og sikkerhet.

Mitt mål med denne oppgaven er å gi en fremstilling av finansavtaleloven § 60(2) og det vernet bestemmelsen oppstiller for kausjonistene. Her vil jeg følge den fremgangsmåte som lovteksten legger opp til ved først å redegjøre for innholdet i og grunnlaget for frarådningsplikten, og deretter redegjøre for hvilke virkninger et eventuelt brudd på frarådningsplikten skal få. Underveis vil jeg ha særlig fokus på de tolkningsspørsmål lovteksten reiser, og å drøfte disse ut i fra de rettskilder som foreligger. Avslutningsvis vil jeg foreta en vurdering av frarådningsplikten opp mot de formål den tar sikte på å fremme.

Långiver har også en opplysningsplikt overfor kausjonisten i § 59. Bestemmelsen gir en detaljert regulering av hva långiver av eget tiltak plikter å opplyse kausjonisten om, men er ikke uttømmende jf. § 59(1) bokstav h). Videre pålegger § 60(1) långiver en plikt til å underrette kausjonisten dersom långiver har frarådet låntakeren å ta opp lånet jf. § 47. Noen nærmere redegjørelse for disse bestemmelsene faller utenfor oppgavens tema, men jeg vil likevel trekke inn disse bestemmelsene der det kan kaste lys over tolkningen av § 60(2).

Paragraf 60(2) gjelder kun i forbrukerforhold og kan ikke fravikes ved avtale jf. finansavtaleloven § 2(1). Forbrukerbegrepet er behandlet nedenfor under pkt. 3.1.

1.2 Formål og hensyn

Et overordnet formål med frarådningsplikten er å hindre forbrukeren i å påta seg en forpliktelse han ikke er i stand til eller vil ha vesentlige problemer med å oppfylle. Dette kan sies å være et utslag av en stadig sterkere offentlig interesse i forhold til borgernes evne til å oppfylle sine økonomiske forpliktelser. Begrunnelsen for en slik interesse er at økonomiske problemer ikke bare får konsekvenser for den det gjelder, men også kan være medvirkende årsak til andre problemer som faller innunder det offentliges ansvar å ta tak i og som koster samfunnet mye ressurser.

Det er i samfunnets interesse at personer med gjeldsproblemer kan komme seg på fote igjen slik at de kan fungere i arbeidslivet og ha rimelig med midler til å livsopphold. Dette var bakgrunnen for gjeldsordningsloven som har til formål å gi personer med alvorlige gjeldsproblemer en mulighet til å få kontroll over sin økonomi jf.

¹ Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) 25. juni 1999 nr. 46.

² NOU 1994:19 s. 32-34.

§ 1-1. Med frarådningsplikten har lovgiver flyttet fokus fra å gjøre folk i stand til å leve med store gjeldsbyrder og over til å hindre at de oppstår. Frarådningsplikten har dermed et klart preventivt formål.³

I det konkrete kausjonsforhold vil formålet med frarådningsplikten være å opplyse om risikoen og å advare om motforestillingene. Den skal forsikre at kausjonisten er fullt ut innforstått med hva kausjonsforpliktelsen innebærer for ham, og at det er på bakgrunn av en slik forståelse han velger å inngå kausjonsavtalen. Praksis har vist at mange kausjonister ikke har vært klar over hva som egentlig kan kreves av dem. Grunnen kan være kausjonsavtalens karakter, og at det er en avtaletype forbrukere ikke har befatning med til daglig. Kausjonisten skal heller ikke prestere noe ved avtaleinngåelsen, og han får heller ingen motytelse han kan vurdere sin ytelse opp mot. I tillegg vil kausjonsavtalen kunne medføre store konsekvenser for forbrukeren. Behovet for vern er derfor større enn for andre avtaletyper.

Frarådningsplikten er et utslag av et økt fokus på og ytterligere vektlegging av hensynet til lojalitet i kontraktsforhold. Lojalitetshensyn tilsier at en part i en viss grad også har plikt til å ivareta den andre partens interesser.⁴ Dette gjelder særlig der styrkeforholdet mellom partene er forskjellig. Långiver er den profesjonelle part med særlig kunnskap og erfaring i å vurdere personers evne til å bære økonomiske forpliktelser. I følge forarbeidene bør denne fagkunnskapen komme kausjonisten til gode ved at långiver pålegges en plikt til å reagere dersom kausjonisten vil kunne få betydelige problemer om kausjonsansvaret må innfris.⁵ Frarådningsplikten vil også kunne disiplinere bankenes utlånsvirksomhet ved at de i vurderingen av kausjonens verdi som sidesikkerhet, også må ta hensyn til kausjonistens interesser.⁶

Ofte er det nær tilknytning mellom låntaker og kausjonist. Ønsket om å hjelpe en nærstående kan her komme i konflikt med det som egentlig må anses å være i kausjonistens egen interesse. En frarådning fra långiver kan derfor bidra til at kausjonisten selv foretar en mer realistisk vurdering av sin egen økonomi og situasjon.

For låntakeren, som har en naturlig interesse i at lånet blir gitt, er det viktig å få nødvendig sikkerhet på plass når långiver krever det. Selv om det ikke er tilstrekkelig i forhold til avtalerettslige ugyldighetsregler, kan kausjonisten likevel oppleve et visst press om å stille opp som kausjonist.⁷ I denne sammenheng kan en frarådning fra långiver være et nøytralt og tungtveiende argument kausjonisten kan benytte overfor låntakeren.

2 Rettskildebildet

Finansavtaleloven § 60(2) har fått en utforming som tar høyde for at innholdet i kausjonsavtalene varierer sterkt med tanke på kausjonsforpliktelsens omfang og kausjonistens stilling. Ordlyden vil være den primære rettskilde når innholdet i og rekkevidden av frarådningsplikten skal drøftes. Den gir uttrykk for en overordnet hensynsavveining og prioritering fra lovgivers side, men hvilke utslag dette skal gi i den enkelte sak beror på en konkret vurdering. Bestemmelsen inviterer også til at praksis etter hvert kan bidra til å fastsette regelens nærmere innhold.

For en bestemmelse som § 60(2), vil forarbeidene kunne gi viktige tolkningsbidrag. Kvaliteten beror på selve lovgivningsprosessen, men her preges forarbeidene av at det var et omstridt spørsmål om det skulle innføres en lovfestet frarådningsplikt. Etter forslag fra to medlemmer av Banklovkommissjonen, kom § 60(2) først inn i finansavtaleloven under behandlingen i Stortinget.⁸ Forarbeidene preges for det første av diskusjonen om hvorvidt en regel om frarådningsplikt skulle foreslås i stedet for drøftelser av materielle spørsmål. For det andre fokuserer forarbeidene i stor grad på regelen om frarådningsplikten overfor selve låntakeren i § 47. En del spørsmål drøftes her forholdsvis grundig, og for kausjonistens del vises det i stor grad til det som er skrevet i den forbindelse.⁹ Likhetsstrekkene mellom de to regelsettene tilsier at dette er relevant, men uttalelsene må nødvendigvis tolkes i lys av at det er tale om et annet partsforhold og en annen type forpliktelse.

³ NOU 1994:19 s. 54 og 57.

⁴ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 6. utgave, Oslo 2006, s. 326.

⁵ NOU 1994:19 s. 57.

⁶ NOU 1994:19 s. 57.

⁷ For eksempel avtaleloven §§ 29, 33 og 36.

⁸ Innst.O. nr.84 (1998-1999) s. 19.

⁹ NOU 1994:19 s. 57.

Det foreligger enda ingen Høyesterettsavgjørelse der frarådningsplikten i § 60(2) har vært tema. Rekkevidden av finansavtaleloven kapittel 4 om kausjon er drøftet i Rt. 2006 s. 1. Ellers er § 60(2) kun omtalt i noen få underrettsavgjørelser.

Bankklagenemnda har derimot kommet med en rekke uttalelser i saker der spørsmålet har vært om långiver burde ha frarådet kausjonisten etter § 60(2). Bankklagenemnda er et klageorgan opprettet etter en avtale (Hovedavtalen) mellom finansnæringen og forbrukermyndighetene, og har senere fått en ytterligere autorisasjon igjennom godkjenning jf. finansavtaleloven § 4(2). For forbrukere utgjør Bankklagenemnda et tilgjengelig tvisteløsningsalternativ jf. finansavtaleloven § 4 (3). Nemnda har en bred faglig sammensetning og skal basere sine avgjørelser på gjeldende rett jf. Hovedavtalen § 2-3. Selv om nemndas uttalelser ikke er bindende, blir de fleste likevel fulgt opp av finansinstitusjonene.¹⁰

Siden det først og fremst er igjennom Bankklagenemnda praksis at det har vist seg hvilke tolkningsproblemer og subsumsjonsproblemer som kan oppstå, vil denne i stor grad være relevant ved en fremstilling av § 60(2).¹¹ Hvilken vekt nemndas praksis skal tillegges vil i tillegg til rettskildebildet for øvrig bero på om praksisen er langvarig, konsekvent og dens kvalitet. For saker som skal opp til behandling i Bankklagenemnda er det også av betydning at nemnda bygger sine avgjørelser på sin egen tidligere praksis. At praksis fra slike tvisteløsningsorganer kan være relevant og tillegges vekt viser også høyesterettspraksis. I HR-2007-01592-A kom Høyesterett til at reklamasjonstiden for mobiltelefoner var fem år jf. forbrukerkjøpsloven § 27(2). I begrunnelsen ble det lagt "...en viss vekt på at Forbrukertvistutvalget siden 1999 i en rekke avgjørelser har lagt til grunn en fem års reklamasjonstid for mobiltelefoner."

Siden finansavtaleloven § 60(2) er forholdsvis ny, er den utover noen få artikler lite omtalt i juridisk teori.

3 Virkeområde

3.1 Partsforhold

Finansavtaleloven § 60(2) pålegger "långiver" en frarådningsplikt der kausjonisten er "forbruker."

I følge § 57(1) gjelder kapittel 4 når "en finansinstitusjon, en lignende institusjon som nevnt i § 1 annet ledd, eller en kommune eller fylkeskommune er kreditor etter kausjon." Långiveren må være en slik institusjon som nevnt i § 1. Begrepet "finansinstitusjon" omfatter forretningsbanker, sparebanker, forsikringsselskaper og finansieringsforetak.¹² Med "lignende institusjoner" vises det til finansavtaleloven § 1(2). I hovedsak vil alle institusjoner det er praktisk for en privatperson å inngå kausjonsavtale med være omfattet.

Om kausjonisten er forbruker beror på en objektiv vurdering på avtaletidspunktet. Det understrekes i forarbeidene at det ikke er noe krav om at det skulle være synbart for långiver at det dreier seg om et forbrukerforhold. Forbrukerdefinisjon ville i så fall blitt snevrere enn det som følger av EUs rådsdirektiv 87/102 om forbrukerkreditt.¹³ Låntakerens status, eller hans formål med låneopptaket, har ingen betydning for vurderingen av om kausjonisten er forbruker.

Finansavtalelovens kapittel om kausjon har en egen definisjon av forbrukerbegrepet i § 57 (3) og (4). Kun "fysiske personer" kan være forbrukere. Juridiske personer, som for eksempel aksjeselskaper og stiftelser, vil motsetningsvis ikke være omfattet. Det samme gjelder offentlig institusjoner. I følge ordlyden omfatter forbrukerbegrepet heller ikke juridiske personer som i realiteten fremstår som en samling av fysiske personer, som for eksempel borettslag, boligsameier eller idrettslag.

¹⁰ Årsberetning for Bankklagenemnda 2006 på www.bankklagenemnda.no.

¹¹ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 57-58.

¹² Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 16.

¹³ NOU 1994:19 s. 95-96.

En kausjonist er forbruker dersom ”kausjonens formål for kausjonisten ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet” jf. § 57(3) bokstav a). En kausjonist som stiller kausjon som ledd i næringsvirksomhet han utøver gjennom et enkeltpersonforetak eller som deltaker i et ansvarlig selskap faller utenfor forbrukerbegrepet.¹⁴ Dersom virksomheten utøves igjennom et selskap med begrenset ansvar, blir spørsmålet om det kan foretas identifikasjon slik at næringsvirksomheten til et slikt selskap må anses som en del av kausjonistens næringsvirksomhet. Finansavtaleloven § 57(4) tilsier at det må trekkes et skille. Det er ikke nok at kausjonisten eier aksjer i det selskapet han kausjonerer for, ei heller at han har bestemmende innflytelse i selskapet.¹⁵ Dette følger forutsetningsvis av § 57(4) 2.pkt. som ikke nevner § 60. Vernebehovet er også tilstede der en fysisk person kausjonerer for gjeld der et aksjeselskap er låntaker, selv om han skulle ha nær tilknytning til aksjeselskapet, gjennom eierandeler eller å være ansatt.¹⁶

I Rt. 2006 s.1 hadde tre personer stilt kausjon for lån til et aksjeselskap. De tre utgjorde selskapets styre og var også de eneste som stod for virksomheten i selskapet. Sammen hadde de bestemmende innflytelse siden de direkte eller indirekte hadde en eierandel på 83% av aksjene. Førstvoterende sa at ”[I]oven går etter min mening svært langt om kausjonistene også i et tilfelle som dette skal regnes som forbrukere. Skillet mellom selskapets og kausjonistens næringsvirksomhet er i slike tilfeller vanskelig å trekke. Lovens ordbruk og uttalelser i lovforarbeidene viser likevel at også en kausjon for denne virksomhet ikke skal anses for å gjelde kausjonistens næringsvirksomhet. Jeg har under tvil kommet til at kausjonistene må regnes som forbrukere.” Paragraf 57(4) innebærer dermed at en fysisk person som kausjonerer for gjeld som et aksjeselskap tar opp, normalt blir å anse som forbruker.¹⁷

Kausjonisten vil også være forbruker dersom ”kausjonen består i pant i formuesgode som ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet” jf. § 57(3) bokstav b). Avgjørende blir hva slags formuesgode det er tale om og hvordan det blir benyttet. Mest praktisk vil være en fast eiendom som tjener som kausjonisten egen bolig. Bestemmelsen vil i mange tilfeller gjøre det unødvendig å drøfte § 57(3) bokstav a) og § 57(4).¹⁸

I følge forarbeidene var det bare kausjoner som stilles av private overfor finansinstitusjoner man tok sikte på å regulere.¹⁹ Garantier som er stilt av en finansinstitusjon (bankgarantier) faller utenfor.²⁰ Det samme gjelder der en kommune eller fylkeskommune stiller kausjon, og der både långiver og kausjonist er forbrukere. Hensynene bak frarådningsplikten slår ikke til her siden det ikke er noen antatt styrkeforskjell mellom partene.

3.2 Kausjonsavtale

Frarådningsplikten gjelder forut for inngåelsen av en ”kausjonsavtale.” Uttrykket er ikke definert i loven, men i forarbeidene vises det til Carsten Smith, Garantikrav og garantistvern, Oslo 1981, s. 50-51 der det pekes på ulike momenter som kjennetegner en kausjon.²¹ Det er hverken nødvendig eller påkrevet at avtalen er omtalt som en kausjonsavtale. Det avgjørende er om avtalen etter en konkret vurdering reelt sett har slike kjennetegn.

For det første må det være en avtale mellom en person og en annens långiver, nettopp i dennes egenskap av å være långiver i et annet avtaleforhold. Det oppstår et slags trepartsforhold der låntaker og kausjonist er knyttet til långiver igjennom to separate avtaler. At låntaker og kausjonist må være forskjellige personer følger også av formuleringen ”noen annens gjeld” i finansavtaleloven § 57(3).

For det andre må det være en avtale om at kausjonisten skal være ansvarlig sammen med låntakeren i hovedforholdet. I motsetning til et ordinært samskyldnerforhold der forpliktelsen springer ut i fra samme avtale og fordringshaveren står fritt til å velge hvem han vil søke dekning hos, er kausjonistens ansvar betinget. Långiver kan først kreve betaling av kausjonisten når mulighetene for å ta dekning i de formuesgoder som finnes hos låntakeren er uttømt (simpler kausjon) jf. finansavtaleloven § 71(1).

¹⁴ Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 66.

¹⁵ I Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 115 vises det til aksjeloven § 1-3.

¹⁶ Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 66.

¹⁷ Forbrukerbegrepet er behandlet og kritisert av Eirik H Vinje, Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven, Lov og Rett 2006 s. 298-316.

¹⁸ BKN-04164 og BKN-04071.

¹⁹ Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 64.

²⁰ Finansavtaleloven § 1(3).

²¹ NOU 1994:19 s. 174 og Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 63.

For det tredje må avtalen ha som formål å gi kreditor sikkerhet utover den låntakeren selv kan tilby. Kausjonisten garanterer at hoveddebitor oppfyller sin forpliktelse. Dette sikringsformålet skiller kausjonsforhold fra andre solidarforhold.

Momentene overfor henspeiler på tilfeller der kausjonisten er personlig ansvarlig og hefter med hele sin ubeheftede formue. Men begrepet kausjonsavtale er i loven utvidet til også å gjelde "pant stilt av en tredjeperson (realkausjon)" jf. finansavtaleloven § 57(2). Banklovkommisjonens mente det var naturlig at realkausjonister fikk det samme vern som kausjonister med personlig ansvar.²² Formålet vil fortsatt være å gi långiver større sikkerhet, men han får her i stedet en særskilt rett til å kreve dekning for gjelden i et bestemt formuesgode tilhørende kausjonisten. For realkausjonisten vil pantelovens regler gjelde i tillegg. En kombinasjon av personlig ansvar og realkausjon kan også forekomme.

3.3 Lån eller annen kreditt

For at frarådningsplikten i § 60(2) skal komme til anvendelse, må det være tale om kausjon stilt for "lån eller annen kreditt" jf. finansavtaleloven § 57(1) 1.pkt. Alle låneavtaler som faller innunder finansavtaleloven kapittel 3 vil klart omfattes. Annen kreditt vil i følge forarbeidene omfatte avtaler om kredittkjøp og leiefinansiering.²³ I motsetning til ved frarådningsplikten overfor låntakeren i § 47, er det ikke nødvendig å trekke grensen mot kredittkjøpsloven.²⁴ Også andre kausjoner og garantier vil omfattes, herunder etterkausjoner og kontragarantier.²⁵ Etterkausjon er kausjon for en annens kausjonsforpliktelse mens med kontragaranti menes kausjon for det regresskravet en kausjonist vil ha overfor hoveddebitor.

4 Om frarådningsplikten

4.1 Avtalemessige forutsetninger

For at frarådningsplikten skal bli aktuell, må långiver for det første være positivt innstilt til hoveddebitoren i den underliggende låneavtale og at hans forpliktelser sikres igjennom kausjon. Videre må långiver, ut i fra sin egeninteresse i forhold til risiko, kunne godta den aktuelle personen som kausjonist. På den annen side må kausjonisten i utgangspunktet være villig til å påta seg kausjonsansvaret. Dersom han fremdeles er villig etter å ha blitt forespurt, og fått de nødvendige opplysninger etter § 59, oppstår spørsmålet om det er aktuelt med frarådning etter § 60(2).

Frarådningsplikten bygger på forutsetningen om at det kan være motsetning mellom långivers og kausjonistens "interesse" i å inngå kausjonsavtalen. Dette gjelder selv om kausjonisten er aldri så innstilt på å påta seg kausjonsforpliktelsen. Hvis det alltid hadde vært samsvar mellom disse, ville en regel om frarådningsplikt vært unødvendig. Långivers interesse vil normalt være ivaretatt ved realkausjon, men frarådningsplikten inntreier i følge forarbeidene uavhengig av dette.²⁶

4.2 Når gjelder frarådningsplikten?

Ut over at det må ha vært en viss kontakt mellom partene og en aktuell utsikt til at en kausjonsavtale kan komme i stand, er det ikke mulig å fastslå nærmere når frarådningsplikten oppstår. Frarådningsplikten gjelder derimot frem til "før kausjonsavtale inngås," og det avgjørende er at en eventuell frarådningsplikt er oppfylt i dette øyeblikk. Når kausjonsavtale anses inngått beror på finansavtaleloven § 61(1), som stiller krav til kausjonsavtalens form og innhold, supplert med tredje ledd og ulovfestede regler om når det foreligger avtalerettslig binding.

²² NOU 1994:19 side 175.

²³ NOU 1994:19 s. 174.

²⁴ Her går det riktignok mot en lovendring jf. NOU 2007: 5 om frarådningsplikt i kredittkjøp.

²⁵ NOU 1994:19 s. 174.

²⁶ NOU 1994:19 s. 55.

4.3 Forholdet til opplysningsplikten i § 59

Ved inngåelse av avtaler kan det sondres mellom de opplysninger, forutsetninger og omstendigheter som danner grunnlag for en parts vurdering, og deretter selve vurderingen som parten foretar seg. Denne vurderingen munner ut i et standpunkt til om han skal inngå avtalen eller ikke.

Når det gjelder det første er utgangspunktet at kausjonisten selv bærer risikoen for at disse er fullstendige og korrekte. Dette modifieres riktignok av hensynet til lojalitet i kontraktsforhold. Opplysningsplikten i § 59 er et utslag av dette og pålegger långiver aktivt å opplyse om forhold lovgiver har ansett det som vesentlig for kausjonisten å ha kunnskap om før han tar stilling til om han skal inngå kausjonsavtalen. Når det gjelder vurderingen av dette grunnlaget, er utgangspunktet også her at dette er noe kausjonisten selv må stå for og noe som han selv bærer risikoen for. Han er den nærmeste til å vurdere hensiktsmessigheten ved disposisjonen og om han vil være i stand til å innfri kausjonsforpliktelsen ved fremtidig mislighold fra låntakers side. Høyesterett har i Rt. 1959 s. 248, Rt. 1959 s. 1048 og i Rt. 2003 s. 1252 understreket at henholdsvis en kjøper og en låntaker selv må vurdere sin egen evne til å oppfylle kontrakten og at det må gå ut over ham selv om han tar feil. Det samme må gjelde for kausjonister.

Frarådningsplikten innebærer derimot at långiver også har fått et ansvar for kausjonistens vurdering. Lovgiver har med § 60(2) uttrykt at det ikke er likegyldig for långiver hvordan kausjonisten vurderer dette selv. Långiveren skal vurdere om "denne," det vil si kausjonisten, alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon. Dette innebærer et krav om opptreden som kan illustreres som en plikt til å reise seg og sette seg ned på den andre siden av bordet og "kvalitetssikre" kausjonistens egen vurdering av situasjonen, sin økonomi og de opplysninger han har fått etter § 59. En frarådningsplikt er dermed noe prinsipielt annet enn en opplysningsplikt.

4.4 Vurderingsplikt

En frarådning fra långiver må bygge på en forutgående vurdering av kausjonistens muligheter til å bære den aktuelle økonomiske forpliktelsen, gjerne omtalt som kredittvurdering. En plikt til å foreta en slik kredittvurdering følger ikke direkte av lovteksten.

Banklovkommisjonen drøftet om det skulle lovfestes en slik plikt for långiveren, men det var enighet om å komme tilbake til dette i en senere utredning. Med bankkrisen friskt i minne ble det uttalt at en slik plikt først og fremst ville ha som formål å hindre at långiveren lider tap på sine utlån, men at det også ville kunne hindre at låntakere (og for så vidt også kausjonister) får økonomiske problemer.²⁷ I motivene til frarådningsplikten i § 47 forutsettes det riktig nok at institusjonene i egen interesse har rutiner som sikrer at forsvarlig kredittvurdering foretas, i tillegg til at kredittvurdering må anses å følge av alminnelige krav til god bankpraksis.²⁸ Dette kan forstås dithen at det kun var selve lovfestingen man ville komme tilbake til senere.

Det ulovfestede grunnlaget for en vurderingsplikt må uansett anses styrket siden lovfestingen av frarådningsplikten forutsetter at en kredittvurdering foretas. I følge juridisk teori kan ikke långiveren etter vedtakelsen av finansavtaleloven betinge seg sikkerhet i form av kausjon fra en forbruker uten å foreta en kredittvurdering også i forhold til kausjonisten.²⁹

I BKN-06054 uttalte nemnda at det skal foretas en selvstendig vurdering av forhold på kausjonistens side jf. finansavtaleloven § 60(2) og i BKN-07039 ble det sagt uttrykkelig at § 60(2) medfører en plikt til å foreta en kredittvurdering av kausjonistens egen økonomi. En tilsvarende plikt til å foreta kredittvurdering vil långiver måtte ha overfor låntakeren jf. § 47.

Det er ikke særskilte sanksjonsmuligheter for tilfellene der långiver ikke har foretatt en kredittvurdering. I BKN-03136 hadde ikke långiver foretatt noen vurdering av kausjonistens økonomi, men dette var uten betydning siden långiver uansett ikke ville ha hatt en frarådningsplikt. Men der vurderingen har uteblitt eller er mangelfull, har som oftest långiver heller ikke oppfylt en eventuell frarådningsplikt. Banken bærer da også risikoen som følge av at vurderingen ikke er foretatt, selv om det er bruddet på frarådningsplikten som sanksjoneres.

²⁷ NOU 1994:19 s. 53.

²⁸ NOU 1994:19 s. 55.

²⁹ Espen Bergh, Finansavtaleloven – Forbrukervern for bankkunder og nye regler i pengekravsretten, Lov og Rett 2000 s. 323-337, på s. 336.

En eventuell frarådning må være reell og basert på en individuell vurdering. Långiver kan ikke rutinemessig fraråde på forhånd utvalgte grupper aktuelle kausjonister. På den annen side vil dette kunne slå tilbake på långiver selv ved at kausjonister det egentlig ikke er grunn til å fraråde trekker seg, noe som fører til ytterligere arbeid med å få nødvendig sikkerhet på plass.

5 Grunnlaget for frarådningsplikten

5.1 Innledning

Et trekk ved finansavtaleloven § 60 er at den pålegger långiver en frarådningsplikt uten samtidig å oppstille noen form for krav til kausjonisten. Dette må innebære at kausjonistens kunnskap, erfaring eller opptreden er uten betydning i selve vurderingen av om det foreligger en frarådningsplikt. I første omgang er det dermed tilstrekkelig å konstatere at kausjonisten er forbruker uten å måtte ta hensyn til at betegnelsen omfatter en svært uensartet gruppe. Lovgiver har her uttrykt at hovedfokus skal være på den profesjonelle part i kausjonsforholdet, og at innholdet i og rekkevidden av frarådningsplikten bør være konstant og ikke bero på hvem som er kausjonist.

Denne metode har likheter med den Høyesterett bygger på i Rt. 2000 s. 679 der en bank ble kjent erstatningsansvarlig på grunn av uaktsomhet ved finansiell rådgivning. Banken hevdet at kundens erfaring med hensyn til verdipapirer måtte få betydning for aktsomhetsvurderingen, men i følge Høyesterett kunne man ikke på denne måten relativisere bankens plikter ved utføringen av rådgivningstjenesten. Med mindre det har kommet til uttrykk ved avtaleinngåelsen eller senere at kunden på grunn av egne kunnskaper ikke kommer til å legge vesentlig vekt på bankens råd, måtte kravet til bankens aktsomhet i prinsippet gjelde uavhengig av den enkelte kundes kunnskapsnivå.

På den annen side bør det ikke være irrelevant hvilke kunnskaper kausjonisten besitter eller hvordan han har opptrådt i forbindelse med avtaleinngåelsen. Kausjonistens kunnskap og oppreden kan avvike i positiv forstand fra det man normalt kan forvente av en forbruker slik at den hensynsavveiningen som ligger bak § 60(2) ikke slår til. Virkningene ved brudd på frarådningsplikten skal fastsettes etter en rimelighetsvurdering.³⁰ I forhold til § 60(2) inviterer denne vurderingen til at slike forhold kan trekkes inn her, på samme måte som i erstatningsretten der skadelidtes medvirkning kan føre til avkortning i erstatningens størrelse. Forarbeidene bygger også på en slik metode der ulike forhold knyttet til kausjonisten trekkes inn i rimelighetsvurderingen.³¹ Det samme gjør en konsekvent praksis fra Bankklagenemnda.³²

Frarådningsplikten gjelder både når en kausjonsavtale inngås for første gang og hvis det senere avtales at kausjonsbeløpet i et eksisterende kausjonsforhold skal økes. Dette følger av ordlyden siden kausjonisten i begge tilfeller må anses for "å stille kausjon." Ved en senere utvidelse må långiver foreta en ny og oppdatert vurdering siden kausjonistens situasjon kan ha endret slik at en økning av ansvaret ikke er tilrådelig.³³

Finansavtaleloven fastsetter i visse tilfeller grensen for hvilket tidsperspektiv vurderingen skal ha. Et personlig kausjonsansvar som ikke sikret med pant vil bortfalle etter 10 år jf. § 67(4) første punktum. Er det stilt kausjon for "kassakreditt og lignende rammekreditt samt lån uten fastsatt tilbakebetalingstidspunkt" er ansvaret likevel begrenset til 5 år. Tidsbegrensningene gjelder ikke ved realkausjon jf. § 67(4) siste punktum.

5.2 Momenter

For å kunne ta stilling til om långiver har en frarådningsplikt, må det som sagt foretas en vurdering av kausjonisten. Dersom ektefeller stiller kausjon sammen, vurderes deres økonomi under ett.³⁴ I følge § 60(2)

³⁰ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 168.

³¹ NOU 1994: 19 s. 56.

³² BKN-04071, BKN-05118, BKN-06021, BKN-06114, BKN-07105.

³³ BKN-06054.

³⁴ BKN-07017.

inntreer frarådningsplikten når långiver må anta at "økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at han alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon."

Slik § 60 er bygget opp synes det som om det må trekkes et skille mellom forhold knyttet til låntakeren og den underliggende låneavtale på den ene side, og forholdet knyttet til kausjonisten og kausjonsavtalen på den andre. En naturlig språklig forståelse av "kausjonistens side" kan tyde på at det kun er det siste som kan utløse frarådningsplikten etter annet ledd, mens det første synes bare å være relevant i relasjon til første ledd. Første ledd pålegger långiver en plikt til å underrette kausjonisten dersom han har frarådet låntaker å oppta lånet jf. § 47. At låntakeren er frarådet er kun en faktisk omstendighet. Långiver trenger ikke foreta noen vurdering av kausjonisten her, ei heller av låntaker ut over det som kreves etter § 47.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om forhold knyttet til låntakeren og låneavtalen også kan være relevant i vurderingen etter § 60(2). I praksis kan dette være aktuelt der slike forhold i seg selv ikke er tilstrekkelig til å utløse en frarådningsplikt overfor låntakeren etter § 47 og dermed også underrettningsplikten etter § 60(1). I tillegg kan det tenkes at heller ikke forhold på kausjonistens side i seg selv er tilstrekkelig til å utløse frarådningsplikten etter annet ledd, men at forholdene samlet sett tilsier at kausjonisten likevel alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.

Bestemmelsens oppbygning, og slutninger fra ordlyden, kan som nevnt tale i mot en slik tolkning. På den annen side var det nettopp lovgivers mening at långiver skulle ha en frarådningsplikt både "...på grunn av låntakers dårlige muligheter til å oppfylle sine forpliktelser..." og "...på grunn av antatt dårlig økonomisk evne hos kausjonisten selv."³⁵ Siden lovgiver tidligere hadde gått inn for å lovfeste en frarådningsplikt overfor låntaker, virket det sannsynligvis naturlig å koble § 60(1) til § 47.

For det første er det i seg selv uheldig at långivers plikter overfor en kausjonist som er forbruker beror på hvilken status låntakeren har. Paragraf 60(1) gjelder kun der långiveren frarår en "forbruker" å oppta lånet, jf. § 47. For det andre innebærer § 60(1) at kausjonisten har et dårligere vern der låntakeren ikke er forbruker. Ut i fra ordlyden kan långiver etter § 60 aldri ha en frarådningsplikt som følge av låntakerens dårlige muligheter til å oppfylle sine forpliktelser i slike tilfeller. Her vil det kun være annet ledd og eventuelt andre avtalerettslige regler som kommer til anvendelse. Formålet med frarådningsplikten er å forsikre om at kausjonisten er klar over risikoen og innforstått med hva kausjonsansvaret innebærer. Det er vanskelig å se at det skal være lettere for en kausjonist som er forbruker å vurdere risikoen ved å kausjonere for et lån til en næringsdrivende enn det er for et boliglån til en privatperson. Ved slike lån vil også kausjonisten ofte ha en mer utsatt posisjon og dermed større behov for å dra nytte av långivers fagkunnskap.

Det kan også bemerkes at § 60(1) har gitt kausjonisten et dårligere vern enn det han ville ha hatt etter departementets forslag til tilsvarende regel i § 59(2).³⁶ Forslaget var basert på at det ikke skulle lovfestes en frarådningsplikt overfor låntakeren, og långivers plikt ville her ikke være begrenset til der låntaker var forbruker. Lovgiver må ha oversett dette da de valgte en annen formulering på grunn av § 47. Det kan derfor hevdes at regelen som § 60 skal uttrykke har fått et snevrere innhold enn det lovgivers mening skulle tilsi.

Bankklagenemnda synes også gradvis å ha stilt seg forholdsvis fritt til grensedragningen mellom forhold på låntakerens og kausjonistens side. I BKN-04071 var spørsmålet om frarådningsplikten etter § 60(2) kom til anvendelse. Selskapet det ble stilt sikkerhet for gikk med underskudd og egenkapitalen var tapt. Banken friga samtidig flere andre sikkerheter slik at kausjonisten fikk en enda mer utsatt posisjon. Bankklagenemnda kom til at "[d]isse omstendighetene må samlet sett føre til at det må sies å foreligge "andre forhold" på kausjonistens side..." Samme fremgangsmåte og samme uttalelse ble gjentatt i BKN-04072. Det kan virke som om nemnda her forsøker å trekke fokus vekk fra det hinderet som kan ligge i "kausjonistens side" ved å forankre drøftelsen i "andre forhold." "Andre forhold" kan etter sin ordlyd omfatte det meste og kan derfor være et argument mot å legge den grensedragningen som vilkåret "kausjonistens side" henspeiler på absolutt til grunn. Senere synes Bankklagenemnda ikke å legge skjul på at dette vilkåret tolkes utvidende. I BKN-07105 sies det uttrykkelig at "[n]emnda vil for øvrig bemerke at det i dette tilfellet klart må sies å ha foreligget en frarådnings situasjon ut fra så vel hoveddebitors som klagernes økonomiske forhold, selv om det i denne saken selvsagt ikke var aktuelt å fraråde hoveddebitor en slik refinansiering." Låntakeren var her forbruker.

Ved både å kunne se hen til forhold på kausjonistens og låntakerens side, kan man også unngå vanskelige tolkningsspørsmål. Det er ikke alltid er like lett å trekke en grense mellom disse to, spesielt der kausjonisten har

³⁵ Innst.O. nr. 84 (1998-1999) pkt. 10.4.

³⁶ Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 71.

en nær tilknytning til låntakeren for eksempel ved å være ektefelle eller aksjonær. Det får heller ingen betydning for vurderingen av rettsvirkningene siden det i alle tilfeller må foretas en rimelighetsvurdering.

Etter dette må vilkåret ”kausjonistens side” tolkes utvidende slik at forhold knyttet til låntakeren og låneavtalen, som ellers bare ville ha vært relevant etter § 47, også omfattes. Paragraf 60 (2) fremstår dermed som en svært skjønsmessig bestemmelse som legger opp til en totalvurdering der rammene for hva som kan være relevant er vide. Fremstillingsmessig velger jeg i det følgende å behandle forhold på kausjonistens og låntakerens side hver for seg.

5.3 Forhold på kausjonistens side

5.3.1 Økonomisk evne og andre forhold

Spørsmålet her blir hva som nærmere ligger i ”økonomisk evne” eller ”andre forhold” på kausjonistens side. Dette er to alternative vilkår. Frarådningsplikt kan oppstå både på grunn av den økonomiske evnen alene, de to vilkårene i kombinasjon eller utelukkende på grunn av andre forhold. Frarådningsplikt kan dermed tenkes selv om kausjonistens økonomi kan bære kausjonsansvaret. Sistnevnte medfører at det ikke er nødvendig å foreta en nøyaktig avgrensning av hva som faller innunder ”økonomisk evne.”

Uttrykket ”økonomisk evne” er ikke benyttet i lovgivningen for øvrig og skiller seg fra begreper som insolvens og insuffisiens fra konkursretten. Ordlyden tilsier at det er kausjonistens økonomiske forutsetninger for å kunne bære kausjonsansvaret som må vurderes. Bestemmelsen oppstiller ikke konkrete krav til hvor sterk kausjonistens økonomi må være. Vurderingen av kausjonistens økonomi må heller relateres til omfanget av den aktuelle kausjonsforpliktelse. Den vil relativt sett bli sterkere jo mindre omfang forpliktelsen har slik at långiver unngår frarådningsplikten ved å justere kausjonsbeløpet langt nok ned.

På grunn av forpliktelsens art blir tolkningen av uttrykket ”økonomisk evne” noe forskjellig fra § 47. I følge forarbeidene er det her mulighetene til å betjene lånet på vanlig måte som er avgjørende.³⁷ Låneforpliktelse skal normalt oppfylles gradvis igjennom betaling av avdrag og renter, noe som medfører at det må stilles strengere krav til låntakerens løpende inntekter. For kausjonsforpliktelsen kan man derimot i større grad se på kausjonistens formue. At han har liten eller ingen inntekt utløser dermed ikke i seg selv en frarådningsplikt siden han fortsatt kan anses å ha tilstrekkelig økonomisk evne på grunn av sin formue.

Det som kan kaste lys over kausjonistens økonomisk evne vil først og fremst være opplysninger om inntekter, formue, gjeldsforpliktelser og forsørgerbyrder. Også omstendigheter som har en mer indirekte betydning for kausjonistens økonomiske evne omfattes. Sykdom, arbeidssituasjon og alder kan si noe om hvordan utsiktene for kausjonistens økonomiske evne er.³⁸ Dersom kausjonisten er pensjonist eller uføretrygdet, vil mulighetene for å bedre den økonomiske evnen være begrenset.³⁹

Forarbeidene gir ingen eksempler på hva som kan utgjøre ”andre forhold” på kausjonistens side. Ordlyden er svært vid og innebærer at långiver må foreta en bredere vurdering enn kun å se på rene økonomiske forhold hos kausjonisten.

Som nevnt over er det normalforventningene til den gjennomsnittlige forbruker man må ta utgangspunkt ved spørsmålet om långiver har frarådningsplikt. Derimot kan det være et moment at kausjonistens forutsetninger til å vurdere risikoen og rekkevidden av kausjonsforpliktelsen ligger under dette. Her gjør hensynene seg gjeldende i enda større grad. I BKN-04066 var kausjonisten ”lettere/moderat mentalt retardert” og kausjonsansvaret utvidet syv ganger over en periode på 2,5 år. Dette måtte i følge Bankklagenemnda aktualisere spørsmålet om ikke långiver hadde en frarådningsplikt etter § 60(2), selv om kausjonen her ble satt til side etter avtaleloven § 36. Det samme gjelder der forbrukeren kan ha vanskeligheter med å vurdere risikoen ved kausjon for lån til næringsdrivende.⁴⁰

I BKN-04071 ble det stilt sikkerhet for lån til et restaurantselskap. En av forutsetningene var at kausjonisten skulle gå inn på eiersiden. Nemnda la vekt på at eierandelen (30%) var betydelig mindre enn den gjelden (50%)

³⁷ NOU 1994:19 s. 54.

³⁸ BKN-05133 og BKN-06114.

³⁹ BKN-02024 og BKN-06021.

⁴⁰ BKN-05118.

han garanterte for og at flere andre sikkerheter samtidig ble frigitt av banken. I BKN-05155 var panteobjektets karakter et moment. Realkausjon var stilt i en bolig som var spesialtilpasset et handikappet barn.

Det er i teorien hevdet at det kan være et moment hvilken relasjon kausjonisten har til låntakeren. Hagstrøm mener at frarådningsplikten kan utløses der den ene av et ungt par kausjonerer for den andres langvarige lån ”og livets regel tilsier at gjeldsforholdet vil vare lenger enn kjærligheten.”⁴¹ Etter min mening er det å trekke det for langt dersom långiver skal måtte vurdere kausjonistens personlige motiver og eventuelt kvaliteten på de personlige relasjonene kausjonisten måtte ha til låntakeren.⁴²

Frarådningsplikten er begrunnet ut i fra långivers fagkunnskap og erfaring i å vurdere forholdet mellom forpliktelser og økonomi. ”Andre forhold” bør derfor kunne tolkes innskrenkende slik at forhold som långiver ikke har særlige forutsetninger for å vurdere faller utenfor. I teorien er det antatt at bestemmelsen ikke pålegger långiver en plikt til å drive utstrakt privatøkonomisk rådgivning.⁴³ Kausjonisten må selv vurdere det å påta seg et kausjonsansvar opp mot eventuelle andre måter å disponere sin inntekt eller formue på. Det er riktignok ikke lett å finne eksempler på en slik innskrenkning i praksis. Et eksempel kan derfor være der kausjonisten sitter i uskiftet bo og kausjon for lån til en av arvingene kan anses som en gave jf. arveloven § 19. At det kan skape faktiske og rettslige problemer for kausjonisten i forhold til øvrige arvinger, kan ikke långiver ha en plikt til å vurdere.

5.3.2 ”Alvorlig bør overveie”

Etter å ha sammenholdt kausjonsforpliktelsen opp mot økonomisk evne og andre forhold på kausjonistens side, skal långiver fraråde dersom utfallet av denne vurderingen tilsier at kausjonisten ”alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.”

Ordlyden sier lite om når en slik situasjon foreligger, men synes å henseile på at långiver må vurdere hvilke konsekvenser det kan få for kausjonisten dersom kausjonsansvaret må innfris. Praksis fra Bankklagenemnda tilsier også at det er dette som må vurderes.⁴⁴ Det kan derimot ikke utledes et krav om at konsekvensene for kausjonisten må være alvorlige, men jo større konsekvenser innfrielse vil få jo større grunn har han til å overveie om han skal avstå fra å stille kausjon. Frarådningsplikt kan dermed tenkes selv om kausjonisten strengt tatt har mulighet til å oppfylle kausjonsforpliktelsen. I følge forarbeidene skulle långiver ha en plikt til å reagere dersom kausjonisten vil kunne få betydelige problemer om kausjonsansvaret må innfris.⁴⁵

Spørsmålet blir dermed ved hvilke konsekvenser kausjonisten alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.

I følge forarbeidene skal kausjonisten frarådes dersom ”...forholdet mellom løpende inntømter og kausjonsbeløpet gjør det klart at vedkommende ikke vil klare eventuelle forpliktelser.”⁴⁶ Kausjonisten kan innfri ved å ta opp et lån tilsvarende kausjonsbeløpet, og testen kan her være om långiver under denne forutsetningen vil ha en frarådningsplikt etter § 47. I så fall vil han måtte frarådes ut i fra § 60(2).⁴⁷ I forhold til § 47 har Bankklagenemnda godtatt at låntakerens økonomi kan bli noe stram uten at frarådningsplikten utløses av den grunn.

At kausjonisten må realisere formuesobjekter kan heller ikke i seg selv være tilstrekkelig. Ved realkausjon er dette det sentrale i forhold til den sikringsfunksjonen kausjon skal ha jf. Rt. 1995 s. 245. Det er heller ikke tilstrekkelig hvis kausjonisten kan dekke forpliktelsen med bankinnskudd eller ved å realisere aksjer eller verdipapirer.⁴⁸

⁴¹ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 167.

⁴² Relasjonen mellom disse kan likevel få betydning for långiver jf. avtaleloven § 28 og § 36. Se BKN-91001 og BKN-92090.

⁴³ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 167.

⁴⁴ BKN-04071 og BKN-04072.

⁴⁵ NOU 1994:19 s. 57.

⁴⁶ NOU 1004:19 s. 57.

⁴⁷ Espen Bergh, Finansavtaleloven – Forbrukervern for bankkunder og nye regler i pengekravsretten, Lov og Rett 2000 s. 323-337, på s. 336.

⁴⁸ Harald Sætermo, Finansavtalelovens regler om kausjon, Tidsskrift for Forretningsjus nr. 1-2005, side 37-67, på s. 47.

Dersom kausjonisten må realisere fast eiendom vil det bero på hva slags eiendom er det tale om og hvordan denne benyttes. I BKN-05118 ble det i vurderingen av om långiver hadde frarådningsplikt lagt betydelig vekt på at det var pantsatt en fritidseiendom. Realisasjon kunne dermed skje uten at kausjonistens daglige økonomi ble påvirket. Bankklagenemnda har vært konsekvent i tilfeller der kausjonistens eneste alternativ vil være å selge sin egen bolig som han selv bor i.⁴⁹ For alle vil dette kunne få betydelige økonomiske og faktiske konsekvenser i tillegg til selve følelsen av å måtte forlate sin bolig for å betale en annens gjeld.⁵⁰

På den annen side vil kausjonistens muligheter for å skaffe seg en ny bolig kunne begrense konsekvensene av et eventuelt salg. Kausjonisten kan derfor måtte finne seg i å måtte bytte ut boligen med noe mindre eller å flytte til et mindre attraktivt strøk, men dette vil neppe være aktuelt dersom boligen allerede er av en nøktern standard.⁵¹

Situasjonen kan bli en annen dersom kausjonisten ikke bor i boligen selv. I BKN-03136 hadde ikke långiver frarådningsplikt siden kausjonisten kunne innfri uten å måtte skifte bopel, og i BKN-06066 levde realkausjonist og låntaker som samboere på låntakerens gård. I vurderingen av hvilke konsekvenser et kausjonsansvar vil kunne få, må det etter min mening her legges vekt på årsaken til hvorfor kausjonisten ikke bor i sin egen bolig, tilknytning til og rettigheter i forhold til den boligen han bor i nå og utsiktene til at han vil kunne bli boende der i fremtiden.

Selv om konsekvensene ikke blir så store, kan långiver likevel ha en frarådningsplikt på grunn av "andre forhold." I BKN-05118 kunne kausjonsansvaret innfris ved å realisere en fritidseiendom, men långiver burde likevel ha frarådet på grunn av kausjonistens manglende evner og erfaring til å vurdere risikoen ved å kausjonere for næringsvirksomhet.

5.3.3 Tidspunkt

Formuleringen "før kausjonsavtale inngås" i § 60 (2) markerer skjæringspunktet for hva som er relevant i vurderingen av forholdene på kausjonistens side. I følge forarbeidene kan fremtidige forhold også måtte anses som relevante. Kjente og sannsynlige regelendringer eller endringer i kausjonistens situasjon må långiver ta hensyn til i vurderingen av om kausjonisten skal frarådes.⁵² Formålet med frarådningsplikten tilsier derimot at man bør være forsiktig med å legge vekt på angivelige positive endringer som vil føre til en bedring av kausjonistens økonomiske evne.

5.4 Forhold på låntakerens side

5.4.1 Momenter og terskel

I denne relasjon må terskelen for når kausjonisten alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon bero på en vurdering av sannsynligheten for mislighold i det underliggende låneforhold. Større sannsynlighet for mislighold innebærer også en større risiko for at kausjonisten må innfri. Jo større risiko, jo i større grad bør kausjonisten vurdere å avstå fra å stille kausjon. På samme måte som at konsekvensene vil kunne bli store selv om risikoen er liten, kan risikoen være stor selv om konsekvensene blir små. Om kausjonisten bør overveie å avstå fra å stille kausjon beror dermed på en totalvurdering der det må tas hensyn til både konsekvenser for kausjonisten og risikoen ved låneforholdet.

Det er den konkrete risiko det er tale om her. Paragraf 59(1) bokstav a) pålegger kun långiver å redegjøre generelt for hva det innebærer å stille kausjon.⁵³ Isolert sett må risikoen i tilknytning til § 60(2) være lavere enn den som utløser frarådningsplikten i § 47. At låntaker er frarådet er et uttrykk for at långiver anser risikoen ved låneopptaket for høyere enn normalt. Ansvar for långiver kan her bygges på § 60(1) dersom kausjonisten ikke er underrettet om dette. Men selv om kausjonisten er underrettet etter § 60(1), kan den samme risikoen i kombinasjon med forhold på kausjonistens side også utløse en frarådningsplikt etter § 60(2).⁵⁴ Långiver vil neppe ha en frarådningsplikt overfor låntaker etter § 47 dersom låneopptaket skjer til refinansiering av

⁴⁹ BKN-04066, BKN-07017, BKN-07039.

⁵⁰ BKN-06021.

⁵¹ BKN-07105.

⁵² NOU 1994:19 s. 55.

⁵³ NOU 1994:19 s. 176.

⁵⁴ BKN-05155.

eksisterende gjeld og forutsetningen er at dette skal gi gunstigere betingelser,⁵⁵ men den risiko som fortsatt foreligger vil derimot måtte hensyntas etter § 60(2).

Spørsmålet blir videre hvilke omstendigheter som kan si noe om at den konkrete risikoen i det aktuelle tilfellet.

Risikoen må anses større enn ellers der det kausjoneres for eldre gjeld eller gjelden er misligholdt. At långiver har innvilget henstand med betalingen må likestilles med mislighold siden dette i realiteten innebærer at låntakeren har økonomiske problemer.⁵⁶ Selv om kausjonisten skal opplyses om dette jf. § 59(1) bokstav g), vil det også være relevant i vurderingen etter § 60(2). Ved eldre gjeld dreier det ofte ikke om å garantere for en fremtidig risiko, men å velte et tap som allerede har oppstått over på kausjonisten. Selv om det er en forutsetning for låneopptaket at det bli stilt kausjon, skal ikke långiver bruke refinansieringen til å få en bedre stilling på kausjonistens bekostning. Når man ikke lenger befinner seg på risikostadiet, bør långiver ut i fra lojalitetshensyn ha en plikt til å fraråde.

Ulike forhold knyttet til låntakerens økonomi kan si noe om risikoen. I BKN-05132 innebar blant annet låntakerens tidligere økonomiske problemer, og usikre fremtidige jobbinntekter, at risikoen for tap fremstod som relativt høy. I BKN-04072 hadde låntakeren hatt problemer med å skaffe seg arbeid og han hadde heller ikke klart å betjene sine tidligere lån, noe hyppige refinansieringer var et tegn på. Lånet fremstod dermed som risikoutsatt. I tillegg til lånesummen kan øvrige lånevilkår gi et bilde på risikoen, for eksempel renteforpliktelse, nedbetalingstid og avdragsprofil.⁵⁷

Der låntakeren er aksjeselskap vil selskapets egenkapital og inntekter være avgjørende. At selskapet hadde gått med underskudd de to siste årene og at egenkapitalen var tapt, tilsa at kausjonisten garanterte for et spesielt risikoutsatt prosjekt i BKN-04071.

5.4.2 Tidspunkt

Etter § 60(1) har långiver plikt til å underrette kausjonisten om låntaker er frarådet etter § 47, ikke bare ved inngåelsen av kausjonsavtalen men også frem til "lånet utbetales." Forhold som oppstår eller blir kjent i dette tidsrommet er dermed relevant. Spørsmålet blir hvordan dette stiller seg for § 60(2) når forhold på låntakers side ikke er tilstrekkelig til å utløse en underretningsplikt etter § 60(1) jf. § 47, men som sammen med slike forhold på kausjonistens side vil føre til at kausjonistens alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.

Ordlyden regulerer strengt tatt ikke denne situasjonen siden den kun har forhold på kausjonistens side for øye. Men siden § 60(2) er tolket slik at forhold på låntakerens side også inngår i vurderingen, kan det hevdes at det burde være samsvar mellom første og andre ledd når det gjelder frarådningspliktens utstrekning i tid. En slik tolkning vil også gi kausjonisten et vern etter annet ledd selv der låntakeren ikke er forbruker.

5.5 "Må anta"

Spørsmålet her blir hvilke krav som kan stilles til långiverens oppfatning og vurdering av det grunnlaget som kan utløse en frarådningsplikt. I følge § 60(2) skal långiveren fraråde dersom han "må anta" at økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.

Kravene til långiver må fastsettes ut i fra at det her er tale om å vurdere risikoen på vegne av kausjonisten og om det er tilrådelig for ham å stille kausjon. Ordlyden kan tilsi at det ikke er långivers subjektive skjønn som er avgjørende. Frarådningsplikten ville ha blitt illusorisk dersom det var overlatt til långiveren selv å fastsette innholdet i og terskelen for frarådningsplikten. Forarbeidene gir ingen veiledning. Formålet med frarådningsplikten tilsier at det må være mulig for domstolene å overprøve lånegiverens vurderinger.

I følge rettspraksis vil det i en naturlig språklig forståelse av de noe tilsvarende formuleringene, "måtte forstå" eller "måtte vite," ligge at man har for seg en situasjon som ut fra en normal bedømmelse gjør en mulig uvitenhet uforståelig.⁵⁸ Etter § 60(2) er det riktignok tale om en vurdering og ikke kunnskap, i tillegg til at perspektivet er fremadskuende. Overført til § 60(2) skulle det kunne kreves for å ilegge långiver ansvar at det er uforståelig, ut i

⁵⁵ Rt. 2003 s. 1252 (31) og BKN-05118.

⁵⁶ BKN-05118.

⁵⁷ NOU 1994:19 s. 55.

⁵⁸ Rt. 1978 s. 321 om bilansvarsloven § 7.

fra forholdene på kausjonistens og låntakerens side, at han ikke har vurdert det slik at kausjonisten alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.

I BKN-07039 vurderte långiver kausjonisten som meget solid og at han ikke vil ha problemer med å betjene gjelden hvis det skulle bli aktuelt. Etter Bankklagenemndas oppfatning ga ikke den vurderingen långiver hadde foretatt grunnlag for å trekke en slik konklusjon siden kausjonisten etter nemndas syn neppe hadde hatt muligheter til å betjene kausjonsansvaret på andre måter enn ved å selge sin egen bolig. Långiver burde derfor ha frarådet.

6 Gjennomføring av frarådningen

6.1 Innledning

Når det foreligger en frarådningssplikt, blir spørsmålet hvordan selve frarådningen skal skje. En forutsetning for at frarådningssplikten skal kunne fungere etter sin hensikt er at kausjonisten på en forsvarlig måte blir underrettet om utfallet av långivers vurdering. Frarådningssplikten innebærer at långiver har plikt til å komme med et utsagn som utgjør selve frarådningen. Dette utsagnet må være rettet mot kausjonisten.

6.2 Form

Frarådningen skal skje skriftlig jf. § 60(2) 1.pkt. Skriftlighetskravet ivaretar for det første bevis hensyn. En eventuell tvist om hvorvidt frarådningssplikten er oppfylt kan oppstå lenge etter at kausjonsavtalen ble inngått, og det kan da være vanskelig å bevise hva som i sin ble sagt og utvekslet mellom partene. Skriftlighetskravet gjør det lettere å ta stilling til både om långiver har kommet med et utsagn overfor kausjonisten, og om dette var så klart og tydelig at det kan kalles frarådning i lovens forstand. I tillegg til at skriftlighetskravet utelukker muntlig frarådning, fungerer det også som en bevisregel i favør av kausjonisten ved at frarådning ikke anses for å ha funnet sted med mindre den har skjedd skriftlig.

For det andre vil skriftlighetskravet bidra til at frarådningen blir formidlet på en tydelige måte, samt gi kausjonisten et bedre grunnlag for å overveie om han skal følge långivers frarådning. Lovgiver har her forutsatt at det vil være lettere for kausjonisten å forholde seg til en skriftlig frarådning enn til en muntlig frarådning.⁵⁹ Långivers utsagn må anses som en "melding" etter finansavtaleloven § 8(1) og kan dermed skje via elektronisk kommunikasjon.

6.3 Innhold

Frarådningssplikten er ikke nødvendigvis oppfylt selv om långivers utsagn er gitt skriftlig. Selv om lovteksten er taus, tilsier formålet med frarådningssplikten at det må stilles krav til frarådningens innhold. Uttalelser i forarbeidene bygger også på en slik forutsetning. I forbindelse med lempingsadgangen er det uttalt at frarådningssplikten ikke kan anses oppfylt dersom långiver har frarådet, men på en altfor vag måte ut i fra hva forholdene burde ha tilsagt.⁶⁰ Når det gjelder innholdet må det oppstilles en kobling mellom frarådningens innhold og lovens kriterium for når kausjonisten skal frarådes. Frarådningen må uttrykke at kausjonisten alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.⁶¹ Han må forstå at han blir frarådet, og dersom han likevel velger å påta seg kausjonsforpliktelsen skal han ha forstått at dette skjer på tross av långivers råd og anbefaling. For å oppnå dette vil långiver derfor også måtte gi en begrunnelse for hvorfor kausjonisten er frarådet.

Forarbeidene tilsier videre at kravet til selve frarådningen vil kunne variere fra sak til sak. Det er dermed ikke sikkert at eventuelle standardformularer långiverne benytter seg av alltid vil være tilstrekkelig. Overfor noen

⁵⁹ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 165.

⁶⁰ NOU 1994:19 s. 56.

⁶¹ Espen Bergh, Finansavtaleloven – Forbrukervern for bankkunder og nye regler i pengekravsretten, Lov og Rett 2000 s. 323-337, på s. 336.

kausjonister vil det kunne kreves mer ut i fra for eksempel størrelsen på kausjonsforpliktelsen og kausjonistens personlige forutsetninger.

6.4 Tid og sted

Kausjonisten må ha blitt underrettet om at han er frarådet før kausjonsavtale inngås. På lik linje med opplysningsplikten i §59 er det derimot ikke krav om at dette må ha skjedd en nærmere bestemt tid i forkant. Det er likevel fremhevet i forarbeidene at opplysningene fra långiver bør gis på et så tidlig tidspunkt at kausjonisten får mulighet til å vurdere dem grundig før han bestemmer seg for om kausjonsløftet skal avgis.⁶²

I BKN-07105 stilte foreldrene realkausjon i sin bolig i forbindelse med refinansiering av sønnens gjeld. Kontakten mellom kausjonistene og långiver begrenset seg til ett møte hos långiver. Bankklagenemnda uttalte at formålet med § 60(2) er at kausjonisten skal bli konkret frarådet på en slik måte at han gis en reell mulighet til å tenke igjennom situasjonen før kausjon blir stilt. Møtet med långiver var kortvarig og kausjonistene møtte uforberedt. I et dokument som kausjonistene undertegnet på, stod det at "[k]ausjonistene er informert om konsekvensene med å stille sikkerhet og er frarådet å påta seg ansvaret." Bankklagenemnda kom til at frarådningsplikten ikke innebar at långiver hadde oppfylt sin frarådningsplikt siden kausjonistene ikke kunne anses å ha fått anledning til å områ seg.

Ut i fra dette kan det være tvilsomt om frarådningsplikten er oppfylt i tilfeller der kausjonisten blir frarådet umiddelbart før eller samtidig som han blir bedt om å underskrive kausjonsavtalen. Kort tidsrom mellom frarådning og avtaleinngåelsen vil utad kunne være en indikasjon på at kausjonisten ikke har foretatt de overveielser som loven forutsetter at han skal.

Kausjonsavtale kan også tenkes å være bindende inngått før gjelden er stiftet, og dermed også før kausjonisten blir klar over at långiver har frarådet låntakeren å oppta lånet. Paragraf 60(1) har samme formulering som § 47, og i følge forarbeidene burde låntakeren før lånet utbetales, etter å ha bli underrettet om frarådningsplikten, ha anledning til å meddele at lånet likevel ikke ønskes tatt opp etter en analogisk tankegang basert på § 53 som gir rett til å betale tilbake lånet før forfalltid.⁶³ En slik rett til å være ubundet av avtalen må også gjelde for kausjonisten etter § 60(1) for at dette alternativet i det hele tatt skal ha betydning. Tilsvarende må gjelde for § 60(2) jf. pkt. 5.4.2.

7 Virkningene dersom frarådningsplikten er brutt

7.1 Rimelighetsvurdering

I tilfeller hvor långiver har en frarådningsplikt, kan man tenke seg to situasjoner. For det første kan långiver oppfylle denne ved å fraråde. Kausjonisten vil da enten følge rådet og avstå fra å inngå kausjonsavtalen, eller han vil se bort i fra frarådningsplikten og påta seg kausjonsforpliktelsen likevel. Dersom kausjonisten har fått de opplysninger han har krav på og blitt frarådet, kan man i relasjon til § 60(2) legge til grunn at han er innforstått med kausjonsansvaret.

Frarådningsplikten innebærer ikke noe forbud mot at långiver inngår kausjonsavtale med en kausjonist han nettopp har frarådet. Forutsetningen er jo som nevnt at långiver er villig, og han har ingen plikt etter finansavtaleloven § 60(2) til i noen tilfeller å avstå fra å inngå kausjonsavtalen.⁶⁴ Kausjonisten har heller ingen plikt til å følge frarådningsplikten. Han blir i så fall bundet av kausjonsavtalen slik den er inngått og må forholde seg til den. I forarbeidene er det i forbindelse med lovforslaget uttalt at selv om frarådningsplikten "...vil bedre

⁶² Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 69.

⁶³ NOU 1994:19 s. 55.

⁶⁴ Se Innst.S. nr. 36 (2004-2005) pkt. 1.4 der noen av medlemmene i Finanskomiteen synes å ha en annen oppfatning.

kausjonistens stilling på sentrale punkter, må en stadig forvente at mange private kausjonsforpliktelser også fremover vil bli undertegnet på grunnlag av personlige bånd og av ren velvillighet.”⁶⁵

For det andre kan det skje at långiver misligholder frarådningsplikten og at kausjonisten påtar seg kausjonsforpliktelsen uten å ha blitt frarådet. Rettsvirkningene skal i slike tilfeller i følge § 60(2) 2.pkt. fastsettes etter § 60(1) 2.pkt. der det står at dersom långiver ikke har oppfylt frarådningsplikten ”kan kausjonistens ansvar nedsettes for så vidt lemping finnes rimelig.”

Det er adgangen til å lempe kausjonistens ansvar som først og fremst vil sørge for den preventive effekten lovgiver har forutsatt at frarådningsplikten skal ha.⁶⁶ Sanksjonselementet i lempingsadgangen taler for at lemping må skje i en viss grad i alle tilfeller der frarådningsplikten er brutt, men i følge ordlyden er ikke brudd på frarådningsplikten nødvendigvis i seg selv er tilstrekkelig for å kunne nedsette kausjonistens ansvar. Kausjonisten har ikke automatisk krav på lemping. Formuleringen forutsetter at det kan være omstendigheter som tilsier at brudd på frarådningsplikten ikke bør medføre lemping overhodet, eller at lemping bare skjer i mindre grad.⁶⁷ Men siden det allerede foreligger et pliktbrudd fra långiver, bør det kreves noe før lemping ikke blir resultatet.

Det beror på en rimelighetsvurdering både om lemping skal skje og i så fall hvor mye. Domstolene skal foreta en individuell og konkret vurdering for å fastsette den rettsvirkningen som vil være rimelig og hensiktsmessig i det konkrete tilfelle Etter paragraf 60(2) er det ikke avtalens gyldighet men reaksjonen på et konkret pliktbrudd som skal vurderes og fastsettes. Paragraf 60(2) bygger dermed på en forutsetning om at selve avtalen står seg, selv om resultatet i tilfeller der kausjonistens ansvar lempes fullstendig kan bli det samme som ved ugyldighet etter for eksempel avtaleloven § 33.

7.2 Tidspunkt

En problemstilling kan være hvilket tidspunkt rimelighetsvurderingen skal knyttes til. Spørsmålet om lemping kommer naturlig nok opp et kortere eller lengre tidsrom etter at kausjonsavtalen ble inngått. I mellomtiden kan forholdene ha endret seg. Senere inntrådte forhold kan ha ført til endringer som det ikke var mulig å forutse på avtaletidspunktet. Kausjonisten har for eksempel bedret sin økonomiske evne igjennom ny arbeidssituasjon, arv eller gevinst, og har plutselig blitt i stand til å bære kausjonsansvaret på en forsvarlig måte. Kausjonistens situasjon kan også ha blitt forverret. Siden forutsetningen for rimelighetsvurderingen er at långiver hadde en frarådningsplikt, kan en slik forverring eventuelt tale for en større lemping av kausjonsansvaret enn det forholdene på avtaletidspunktet kan tilsa. Hvilket tidspunkt man legger til grunn har dermed stor betydning for hvilke momenter som er relevante i vurderingen, noe som igjen kan være utslagsgivende for om det vil være rimelig å nedsette kausjonistens ansvar.

Ordlyden sier ikke direkte hvilket tidspunkt rimelighetsvurderingen skal knyttes til. Formuleringen ”for så vidt rimelig” stenger likevel ikke for at senere forhold kan være relevante. På den annen side kan forarbeidene forstås slik at det er forholdene på avtaletidspunktet som må legges til grunn. De momenter forarbeidene lister opp som relevant i rimelighetsvurderingen knytter seg nettopp til dette tidspunktet eller tiden før.⁶⁸

Hensikten med rimelighetsvurderingen er å fastsette en reaksjon for brudd på en plikt som skulle ha vært oppfylt når kausjonsavtale ble inngått. Når vurderingen av om det foreligger frarådningsplikt er knyttet til dette tidspunktet, bør også vurderingen av rettsvirkningene ved brudd på frarådningsplikten være det. Dessuten er formålet med lempingsadgangen å sanksjonere frarådningsplikten, ikke å sørge for balanse i avtaleforholdet. Etterfølgende forhold kan føre til at det vil virke urimelig etter avtaleloven § 36 å gjøre en avtale gjeldende, men slike forhold kan også fjerne en opprinnelige ubalanse slik at vilkårene for lemping etter § 36 ikke lenger er tilstede. Høyesterett har derimot understreket at etterfølgende betalingsproblemer i seg selv ikke er tilstrekkelig til at § 36 kommer til anvendelse og at slike tilfeller skal løses etter gjeldsordningsloven.⁶⁹ Det vil også kunne innebære en tilfeldig fordel for långiver dersom reaksjonen mot han blir mildere som følge av bedret økonomisk evne hos kausjonisten. På samme måte som det vil være en tilfeldig fordel for kausjonisten dersom en forverring av økonomien han selv er skyld i, skulle medføre lemping i større grad enn forholdene ved avtaleinngåelsen skulle tilsa. Rimelighetsvurderingen må etter dette knyttes til tidspunktet kausjonsavtalen ble inngått.

⁶⁵ NOU 1994:19 s. 57.

⁶⁶ NOU 1994:19 s. 54.

⁶⁷ I BKN-05133 var frarådningsplikten brutt uten at dette førte til lemping.

⁶⁸ NOU 1994: 19 s. 56.

⁶⁹ Rt. 2003 s. 1252 (39) og Rt. 2004 s. 156 (14).

I praksis vil vel spørsmålet om frarådningsplikten er brutt og om kausjonistens ansvar kan nedsettes, bli reist ved låntakers mislighold. Det er når långiver gir uttrykk for at en realisasjon av kausjonsansvaret kan bli aktuelt at kausjonisten blir bevisst på og undersøker om lånegiveren har oppfylt sine plikter overfor ham. Men det kan stilles spørsmål om kausjonisten kan fremsette et krav om lemping på grunn av brudd på frarådningsplikten på et tidligere tidspunkt, uavhengig av hvordan forholdene i den underliggende låneavtale utvikler seg. Kausjonisten kan ha en interesse av dette. For det første har det en verdi i seg selv å ha full oversikt over innholdet i og rekkevidden av de forpliktelser man har påtatt seg. I tillegg vil en eventuell reduksjon av kausjonistens ansvar kunne gi kausjonisten større økonomisk handlefrihet. Det er også fullt mulig å foreta disse vurderingene på ethvert tidspunkt etter avtaleinngåelsen siden rimelighetsvurderingen knytter seg til forholdene på avtaletidspunktet. Lånegivers forsømmelse har dessuten allerede skjedd. Når lemping av kausjonsansvaret skal fungere som et sanksjonsmiddel, må det være uten betydning når lempingen skjer. Tvert i mot bør forsømmelser sanksjoneres så tidlig som mulig for å oppnå størst mulig preventiv effekt.

7.3 Momenter

7.3.1 Innledning

Brudd på frarådningsplikten er naturlig nok i seg selv et argument for lemping av kausjonistens ansvar vil være rimelig, og det er ikke alltid mulig å trekke et vanntett skille mellom vurderingen av om det foreligger en frarådningsplikt og selve rimelighetsvurderingen. Omstendigheter som har utløst frarådningsplikten vil derfor også kunne trekkes inn her. Verken § 60(2) eller forarbeidene til denne bestemmelsen lister opp momenter som kan være relevante i rimelighetsvurderingen. Gjennomgangen videre er derfor basert på hvilke momenter som har blitt fremhevet i forarbeidene for øvrig og vektlagt i praksis, og som særlig har blitt knyttet til den etterfølgende rimelighetsvurderingen. Hvilke vekt de ulike momentene har beror på en konkret vurdering.

7.3.2 Øvrige forsømmelser fra långivers side

I utgangspunktet er rimelighetsvurderingen objektiv når det først er konstatert at frarådningsplikten er brutt, men som ved all reaksjonsfastsettelse vil graden av forsømmelse kunne være et moment i rimelighetsvurderingen. I følge forarbeidene kan det legges vekt på hvor grov overtredelsen av frarådningsplikten er.⁷⁰ Det kan bli vektlagt i skjerpene dersom långiver har kommet til at kausjonisten bør frarådes men bevisst unnlater å gjøre det.

Mangler ved långivers saksbehandling kan også være et moment. I BKN-06054 ble en utvidelse av kausjonsansvaret avtalt over telefon mens kausjonisten var på jobb og dokumentene senere sendt i posten til signering. I følge Bankklagenemnda burde långiver ha innkalt til møte, både for å forsikre seg om at kausjonisten var innforstått med den økende risiko hun påtok seg og for å kunne vurdere om det hadde skjedd endringer i kausjonistens økonomiske og helsemessige situasjon som kunne tilsi at utvidelse av ansvaret ikke var tilrådelig.

Som nevnt tidligere innebærer finansavtaleloven § 60(2) at långiver har en plikt til å foreta en vurdering av kausjonistens økonomi. Siden det er en forutsetning for at frarådningsplikten kan oppfylles at långiver foretar grundige vurderinger, tilsier hensynet til frarådningspliktens preventive effekt at det kan være et moment i seg selv at dette ikke har skjedd. Bankklagenemnda har i flere uttalelser særskilt bemerket at långivers innsats i forkant av inngåelsen av kausjonsavtalen ikke har vært tilstrekkelig.⁷¹

7.3.3 Brudd på opplysningsplikten i § 59

Långivers opplysningsplikt overfor kausjonisten er regulert i § 59. Hvilke virkninger brudd på opplysningsplikten skal få fremgår derimot ikke av bestemmelsen, men har tradisjonelt sett ført til at hele kausjonsavtalen blir kjent ugyldig. I forarbeidene vises det til de generelle ugyldighetsreglene i avtaleloven §§ 30, 33 og 36, samtidig som det sies at det vil være urimelig om et hvert brudd på opplysningsplikten skulle innebære ugyldighet for kausjonsavtalen. Det vil i alle tilfeller være behov for en helhetsavveining.⁷² Det får med andre ord ikke alltid konsekvenser for långiver at han har forsømt opplysningsplikten i § 59.

Finansavtalelovens oppbygning, sammenholdt med ordlyden i § 60(2), kan tale for at opplysningsplikten og frarådningsplikten må holdes atskilt og at spørsmålet om långiver har oppfylt disse to pliktene, og eventuelt

⁷⁰ NOU 1994:19 s. 56.

⁷¹ For eksempel BKN-04071, BKN-04072 og BKN-07017.

⁷² Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 70.

virksomheter ved pliktbrudd, beror på to forskjellige vurderinger. Der brudd på opplysningsplikten ikke i seg selv er tilstrekkelig til nedsettelse av kausjonistens ansvar, har Bankklagenemnda likevel trukket inn som et moment i rimelighetsvurderingen etter § 60(2) at kausjonistens ikke har fått de opplysningene han hadde krav på å få.

I BKN-05155 påpekte Bankklagenemnda, i forbindelse med vurderingen av hvor mye kausjonistens ansvar skulle nedsettes, at långiver ikke hadde opplyst om at lånet det ble stilt kausjon for delvis skulle gå til dekning av eldre gjeld jf. § 59(1) bokstav g). I BKN-07105 innebar ikke overlevering av skrevet "Orientering om kausjon" til kausjonisten at långiver hadde oppfylt sin opplysningsplikt etter § 59(1) bokstav g) og h). Kausjonisten hadde da krav på at ansvaret ble lempet "...i henhold til fil § 60, jf § 59." I BKN-07135 fant nemnda at det fremstod som rimelig at kausjonen ble lempet i sin helhet etter en "samlet vurdering" jf. finansavtaleloven § 59(1) bokstav h) og § 60(2).

Det er interessant ut i fra et metodisk synspunkt at Bankklagenemnda i disse tilfellene synes å vurdere opplysningsplikten og frarådningsplikten under ett og at § 60(2) også benyttes som rettslig grunnlag for rettsvirkninger ved brudd på § 59. Flere forhold tilsier likevel at dette kan være en fornuftig tolkning og anvendelse av §§ 59 og 60. For det første vil det styrke argumentasjonen i rimelighetsvurdering til fordel for kausjonisten. At långiver også har brutt opplysningsplikten vil i større grad legitimere at kausjonistens ansvar settes ned i det konkrete tilfellet. For det andre bygger opplysningsplikten og frarådningsplikten på mange av de samme hensynene. Det er ingenting som tilsier at følgene ved brudd på opplysningsplikten ikke også skal kunne fastsettes etter en rimelighetsvurdering, noe som vil åpne muligheten for å fastsette mer fleksible løsninger. For det tredje får man på denne måten også større muligheter til å sanksjonere brudd på opplysningsplikten. Dette vil kunne ha en preventiv effekt og gjøre långiverne mer skjerpet i forhold til å gi kausjonisten de opplysninger han har krav på å få.

7.3.4 Betydningen av långivers imøtekommenhet

Spørsmålet her er om långiver kan unngå lemping av kausjonsansvaret ved på ulike måter å redusere virkningen av kausjonen for kausjonisten. Hvis kausjonisten er nødt til å selge egen bolig, kan långiver for eksempel enten foreslå at denne overtar boligen mot at kausjonisten får en boret, eller å tilby seg å vente med å realisere kausjonsansvaret til etter kausjonistens død. Begge alternativer innebærer at kausjonisten ikke behøver å selge sin egen bolig, men kan bo der så lenge han ønsker eller har behov for det. I BKN-04123 hadde långiver tilbudt en løsning med boret for kausjonisten. Dette ble implisitt godtatt av Bankklagenemnda siden lemping av bankens ansvar ut over dette uansett ikke ville ha fremstått som rimelig.

På den ene side er det problematisk i forhold til sanksjonshensynet som lempingsregelen skal ivareta at långiver kan unngå konsekvenser som følge av et pliktbrudd bare ved å utsette pågangen mot kausjonisten. Selv om långiver må vente, vil han fortsatt få full dekning etter kausjonen til slutt. Det vil også kunne innebære en begrensning i kausjonistens økonomiske handlefrihet at kausjonsansvaret ikke blir nedsatt med en gang. På den annen side bør slike løsninger kunne godtas i samsvar med synet i BKN-03140. Saken gjaldt lemping overfor låntakeren etter § 47. Frarådningsplikten var ikke overholdt, men fikk ingen rettslige følger. Det ble ikke ansett rimelig at det ville være arvingene som ville nyte godt av eventuell gjeldsnedsettelse siden låntakeren var død.

7.3.5 Forhold på kausjonistens side

7.3.5.1 Innledning

Ut i fra den fremgangsmåte som § 60(2) legger opp til og som også er fulgt i Bankklagenemndas praksis, vil ulike forhold knyttet til kausjonisten være relevante i rimelighetsvurderingen. Disse vil redusere betydningen av långivers forsømmelse av frarådningsplikten, og gjøre det mer rimelig i større eller mindre grad å falle tilbake til utgangspunktet om at kausjonisten selv må bære ansvaret for å oppfylle den forpliktelse han har påtatt seg. Forpliktelsens art og størrelse tilsier også at kausjonisten må være mer aktsom enn ved inngåelsen av andre typer avtaler, men det er i utgangspunktet begrenset hvilke krav som kan stilles til han som forbruker.

7.3.5.2 Kausjonisten gir uriktige eller ufullstendige opplysninger

At det blir gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger er nevnt i forarbeidene som et relevant moment.⁷³ Problemstillingen er ikke like aktuelt for kausjonsavtaler som ved låneavtaler. Låntakeren får i motsetning til

⁷³ NOU 1994:19 s. 56.

kausjonisten en reell ytelse tilbake i form av et lån, og det er av gjennomgående større betydning for låntakeren å få lånet enn det er for kausjonisten å stille kausjon. Det er også grunn til å tro at långivers interesse i å kreve kausjonsavtalen ugyldig ikke er like stor i som for ved en låneavtale. Siden forutsetningen er at långiver er villig og kausjonisten har siste ord, kan kausjonisten dersom han blir frarådet uansett velge å se bort i fra hele frarådingen.

7.3.5.3 Kausjonistens kunnskap

Til tross for manglende frarådning, kan kausjonisten likevel ha kunnskap om forhold som innebar at det var en økt risiko ved å påta seg kausjonsansvaret. Slik kunnskap kan han ha fått som følge av en nær tilknytning til låntakeren eller igjennom kontakten med långiver. Formålet med frarådningssplikten er å opplyse om risiko og å gjøre kausjonisten innforstått med hva kausjonsstillelse innebærer i det konkrete tilfelle. Der kausjonisten på annen måte er kjent med risikoen eller forhold som tilsier en økt risiko, er dette formålet delvis oppnådd uavhengig av om långiver har frarådet. Når kausjonisten likevel velger å inngå kausjonsavtalen, er det grunn til å anta at han har valgt å gjøre det ut i fra denne kunnskapen. Dette reduserer betydningen av långivers forsømmelse og gjør det mer rimelig å la kausjonisten selv bære ansvaret for den forpliktelse han har påtatt seg.

I BKN-05132 var kausjonisten låntakerens ektefelle. Frarådningssplikten var brutt og kausjonsansvaret ble etter rimelighetsvurderingen redusert med en tredjedel. I følge Bankklagenemnda måtte det legges til grunn at kausjonisten ikke var ukjent med gjeldssituasjonen i ektefellens næringsvirksomhet. Hun var også informert av långiver om at den korte nedbetalingstiden for lånet, som innebar en økt risiko for mislighold, syntes å være vel hard. I BKN-05133 var frarådningssplikten brutt uten at Bankklagenemnda fant det rimelig å lempe kausjonistens ansvar. Kausjonistene var låntakers foreldre. De var kjent med låntakers økonomiske stilling og den korte nedbetalingstiden på lånet etter som de hadde vært aktive og sentrale i arbeidet med refinansieringen. I BKN-06114 fant Bankklagenemnda det rimelig å halvere kausjonistens ansvar siden kausjonisten måtte ha kjent til låntakerens svake økonomiske stilling og at det var tale om å stille kausjon for eldre gjeld.

7.3.5.4 Manglende aktivitet fra kausjonisten

Det er ikke alltid rimelig at ansvaret for å ivareta kausjonistens interesser legges i långivers hender. At kausjonisten etter omstendigheten kan ha en undersøkelsesplikt følger av utgangspunktet som er at kausjonisten selv bærer ansvaret for de forpliktelsene han påtar seg. Selv om det er begrenset hva som kan kreves, vil han likevel kunne ha en oppfordring til å foreta nærmere undersøkelser og vurderinger på egen hånd og således selv bidra til å få klarlagt risikoen ved å kausjonere i det konkrete tilfellet. Hvis han hadde fulgt oppfordringen, ville han ha fått kunnskap av betydning for hans beslutning om å inngå kausjonsavtalen. I BKN-06021 var kausjonisten samboer med låntaker. Den nære tilknytningen ga kausjonisten en oppfordring og mulighet til å vurdere risikoen ved prosjektet og drøfte dette med låntakeren selv. Ved ikke å gjøre dette hadde kausjonisten opptrådt uforsiktig slik at ansvaret kun ble nedsatt med 50%.

Det stilles større krav til kausjonisten dersom han beveger seg inn på et område han ikke har kunnskap om. Særlig ved kausjonsansvar for næringsdrivende bør en forbruker være klar over at det kan være vanskeligere å få oversikt over den reelle risikoen. I BKN-05118 visste kausjonistene at låntakeren hadde oppstartsproblemer i sin nye virksomhet, men påtok seg kausjonsansvaret uten å utvise aktivitet ovenfor banken for å få forholdene ytterligere belyst. I BKN-04071 ble det stilt kausjon for lån til et restaurantselskap. Bankklagenemnda uttalte at kausjonisten må være særlig aktsom når han engasjerer seg i næringsvirksomhet. Han burde selv ha kjent til den alminnelige risiko knyttet til kausjon for denne type virksomheter og selv foretatt undersøkelser og vurderinger av selskapets økonomiske situasjon.

7.3.5.5 Kausjonisten har en egeninteresse i låneforholdet

Låneavtalen og kausjonsavtalen er to avtaleforhold med forskjellige parter, men reelt sett kan kausjonisten ha en interesse i forhold til at lånet blir innvilget og til hva låntakeren skal benytte lånebeløpet til. Slike interesser kan være et tegn på at kausjonisten selv har vært en pådriver for at låneopptaket skulle kunne skje, eller at han i hvert fall har vært villig til å strekke seg noe lenger med tanke på å akseptere og å påta seg den risiko kausjonsansvaret innebærer. En slik innstilling i forkant av avtaleinngåelsen vil gjøre det mindre rimelig å lempe kausjonsansvaret.

Kausjonistens interesse kan oppstå ved at låneopptaket kommer han direkte til gode i form av en fordel. I BKN-03136 kausjonerte en mor for sønnen og svigerdatterens boliglån. Det ble lagt vekt på at det ved inngåelsen av låne- og kausjonsavtalen var meningen at kausjonisten skulle flytte inn og bo i husets utleiedel.

Ved kausjon for lån til et aksjeselskap, kan kausjonisten ha en interesse igjennom eierskap eller ledende stilling. I slike tilfeller vil kausjonistens økonomi i stor grad være avhengig av den økonomiske situasjonen i selskapet. Der selskapet har økonomiske problemer, kan det derfor totalt sett være fornuftig å stille sikkerhet for ytterligere kapitaltilførsel i et forsøk på å få selskapet på fote igjen og dermed hindre konkurs. I rimelighetsvurderingen må det også tas hensyn til at kausjonisten som alternativ kan ta opp lån selv for så å skyte disse midlene inn som egenkapital.⁷⁴

Kausjonisten kan også ha en mer ideell interesse i at låntakeren får innvilget lånet som følge av et ønske om å hjelpe som er sterkere enn det som kausjonister vanligvis må antas å ha.⁷⁵ Dette gjelder særlig ved refinansiering av eldre gjeld der kausjonsstillelsen skjer for å bedre låntakerens muligheter til å mestre sin økonomiske situasjon. I BKN-04072 hadde kausjonisten flere ganger stilt kausjon og var øyensynlig innstilt på å hjelpe låntakeren. I BKN-05118 hadde A påtatt seg en kausjonsforpliktelse på kr.212.000,- i forbindelse med sønnens kjøp av en rimeligere bolig for å få kontroll over økonomien. Bankklagenemnda uttalte at A var kjent med sønnens økonomiske situasjon og at hun ønsket å medvirke til at disse ble løst. Boligskiftet måtte anses som fornuftig og karakteriserte det hele som en felles redningsoperasjon. Det vil også være av betydning om långiver selv bidrar og hvilken sannsynlighet det er for at refinansieringen vil lykkes.

7.4 Årsakssammenheng

Selv om kausjonisten skulle ha vært frarådet, blir spørsmålet om lemping likevel er utelukket dersom den manglende frarådningsen ikke har hatt betydning for kausjonistens beslutning om å inngå kausjonsavtalen. Fra en annen synsvinkel blir spørsmålet om långiver kan unnlate å fraråde fordi den vurderer det slik på avtaletidspunktet at en frarådning ikke vil påvirke kausjonistens beslutning.

Et krav om årsakssammenheng kan ikke utledes direkte fra ordlyden i § 60(2). Spørsmålet er ikke drøftet direkte i forarbeidene, men uttalelser her forutsetter likevel at et slikt krav må oppstilles. Her fremgår det at det bør "...kreves tilstrekkelig sammenheng mellom institusjonens manglende frarådning og de inntrådte betalingsproblemer."⁷⁶ Verken i relasjon til kausjonsavtalene, eller til låneavtalene som uttalelsen primært gjelder for, virker dette helt treffende. Det avgjørende må etter min mening være om det er sammenheng mellom den manglende frarådningsen og avgivelsen av det aktuelle kausjonsløftet.

For å knytte ansvar til forsømmelsen av frarådningssplikten er det rimelig å kreve at den alternative handlemåte, det vil si at långiver hadde frarådet, ville ha ført til at kausjonsløftet ikke ville ha blitt gitt eller hadde fått et annet innhold. Problemstillingen blir da hvor stor sannsynlighet det hadde vært for at kausjonisten hadde tatt hensyn til en eventuell frarådning forut for inngåelsen av kausjonsavtalen.

Dette er et spørsmål om det hypotetiske hendelsesforløp og om hvordan utviklingen ville ha vært hvis man legger til grunn at långiver hadde frarådet. Bevistemaet er vanskelig i seg selv, men også fordi det kan ha gått lang tid mellom avtaleinngåelsen og tidspunktet kravet om lemping gjøres gjeldende på. I følge rettspraksis skal eventuell tvil her gå ut over långiver. Saken i Rt. 2000 s. 679 gjaldt erstatningsansvar ved finansiell rådgivning. Høyesterett kom til at banken ikke hadde vært tilstrekkelig aktsom. Særlig ble det fremhevet at banken hadde utvist manglende aktivitet ved ikke å foreta egne analyser av det selskapet de anbefalte kunden å investere i. Banken hevdet derimot at slike analyser uansett ikke ville ha frembragt noe som kunne skape tvil om selskapets kredittverdighet. Til det uttalte Høyesterett at "[v]i står her overfor den type hypotetiske begivenhetsforløp der banken må bære bevisbyrden for den usikkerhet som knytter seg til det alternative forløpet, jf. Rt 1996 1718." Høyesterett kom til at banken ikke hadde oppfylt en slik bevisbyrde. Slike analyser ville avdekket at selskapet ikke lenger tilfredsstilte de krav til sikkerhet kunden hadde for sine investeringer, og det måtte legges til grunn at kunden ville ha trukket sine investeringer som følge av dette.

Bankklagenemnda har lagt dette til grunn ved tilsvarende problemstilling etter § 59.⁷⁷ Det samme må gjelde for § 60(2).⁷⁸ Momenter i bevisvurderingen vil være personlige forutsetninger hos kausjonisten, kausjonistens tilknytning til låntakeren, og forhold rundt kausjonsstillelsen.

⁷⁴ Frarådningssplikten må i så fall vurderes etter § 47.

⁷⁵ BKN-04072.

⁷⁶ NOU 1994:19 s. 56.

⁷⁷ BKN-02101.

⁷⁸ BKN-05118.

Et krav om årsakssammenheng kan rettslig sett plasseres på to måter. For det første kan det oppstilles som et absolutt vilkår slik som i avtaleloven §§ 28-33 og dermed være en nødvendig forutsetning for vurderingen av om lemping av kausjonistens ansvar vil være rimelig. For det andre kan årsakssammenheng tenkes kun å være et moment i denne vurderingen. Avtaleloven § 36 kan etter sin ordlyd også ramme tilblivelsesmangler, men oppstiller på sin side ingen krav at det må foreligge årsakssammenheng. Selv om det skal mye til, er det ikke utelukket at det kan bli ansett for å urimelig å gjøre avtalen gjeldende som følge av en tilblivelsesmangel selv om årsakssammenheng ikke er tilstede.

Ordlyden i finansavtaleloven § 60(2) kan sies å åpne for at bestemmelsen kan forstås på tilsvarende måte som avtaleloven § 36. Ved å gjøre spørsmålet om årsakssammenheng til et moment i rimelighetsvurderingen, får man en mer fleksibel bestemmelse som i større grad åpner opp for lemping. Formålet bak lempingsregelen, som er å sørge for at frarådningsplikten etterleves, gjør seg gjeldende også her og kan ha særlig betydning der frarådningsplikten var sterk og det var stor grunn til å bebreide lånegiveren for ikke å ha frarådet. Det kan også bidra til å tone ned betydningen av de vanskelige bevissspørsmål som oppstår når det hypotetiske hendelsesforløp skal fastsettes. I tillegg vil man fremdeles ha mulighet til å unnlate å lempe i de klare tilfeller der frarådningsplikten uansett ikke ville ha hatt betydning.⁷⁹

Etter min mening støtter også praksis fra Bankklagenemnda en slik tolkning. At kausjonisten hadde en egeninteresse i låneopptaket eller hadde kunnskap om risikoen fra før, er momenter som har en side til spørsmålet om årsakssammenheng og som i den bevisvurderingen som må foretas jf. Rt. 2000 s. 679, også kan fungere som argumenter for at kausjonisten ville ha inngått kausjonsavtalen selv om långiver hadde frarådet. Det samme gjelder der kausjonisten bevisst har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger.

7.5 Omfanget av lempingen

Kausjonsbeløpets størrelse eller det høyeste beløp kausjonisten skal sikre skal fremgå av kausjonsavtalen i form av et beløp jf. § 61(1). At kausjonistens ansvar nedsettes innebærer at man foretar en reduksjon i dette beløpet. Ordlyden sier ikke uttrykkelig at kausjonistens ansvar kan falle helt bort, men det kan likevel bli resultatet av en fullstendig nedsettelse.⁸⁰

Hvor mye kausjonistens ansvar skal nedsettes har nær sammenheng med drøftelsen om ansvaret i det hele tatt skal settes ned. I den konkrete fastsettelsen kan det likevel være grunn til å trekke inn prinsippene om at avtaler bør oppfylles etter sitt innhold så langt det er mulig, og at ugyldighet ikke får virkning lenger enn formålet bak ugyldighetsgrunnen skulle tilsi.⁸¹ Lemping etter avtaleloven § 36 skal for eksempel ikke skje i større utstrekning enn det som er nødvendig for å gjøre at det ikke lenger vil virke urimelig å gjøre avtalen gjeldende. Grunnlaget for å kunne lempe etter finansavtaleloven § 60(2) er at det forelå en frarådningsplikt som långiver har brutt. Ut i fra dette kan det hevdes at det ikke vil være rimelig å nedsette kausjonistens ansvar utover det beløp som med sikkerhet kan sies å ikke ville ha utløst en frarådningsplikt for långiver. Nå vil det være vanskelig å fastsette en slik nøyaktig grense, men en viss veiledning vil prinsippet likevel kunne gi. Praksis fra Bankklagenemnda viser at kausjonistens ansvar nedsettes med store brøker eller med runde beløp etter en meget konkret vurdering.

8 Avslutning

8.1 Forholdet til avtaleloven § 36

Finansavtaleloven § 60(2) og avtaleloven § 36 vil ved siden av hverandre fungere som to selvstendig rettslige grunnlag. Bestemmelsene bygger som nevnt på ulike hensyn. Videre fokuserer finansavtaleloven § 60(2) på tiden frem til avtaleinngåelsen, mens avtaleloven § 36 forutsetter at avtale har kommet i stand og åpner for et mer tilbakeskuende perspektiv sett i fra tidspunktet da avtalen skal oppfylles. Som følge av dette er også

⁷⁹ I BKN-05118 ble ikke frarådningsplikten drøftet siden den uansett ikke ville ha hatt noen reell betydning for kausjonistens valg om å påta seg kausjonsforpliktelsen.

⁸⁰ BKN-07017.

⁸¹ Geir Woxholth, Avtalerett, 6. utgave, Oslo 2006, s. 380.

vurderingstemaet forskjellig. Etter finansavtaleloven § 60(2) er spørsmålet om långiver har oppfylt en konkret plikt, mens det etter avtaleloven § 36 på et mer overordnet nivå må vurderes om det vil virke urimelig å gjøre kausjonsavtalen gjeldende. Selv om långivers opptreden ved avtaleinngåelsen også vil være relevant i denne vurderingen, vil man i tillegg kunne se hen til andre faser i avtaleforholdet jf. § 36(2) som blant annet nevner avtalens innhold, partenes stilling, etterfølgende forhold og omstendighetene for øvrig.

Avtaleloven § 36 vil derfor kunne overlape finansavtaleloven § 60(2) der det foreligger forhold utover avtaleinngåelsen og som ikke kan knyttes opp mot spørsmålet om långiver har en frarådningsplikt. Forutsatt at finansavtaleloven § 60(2) kommer til anvendelse, kan det her være hensiktsmessig å henføre tilfellet under avtaleloven § 36 nettopp for å kunne markere ved slike forhold. I Rt. 1995 s. 1540 ble en kausjonserklæring satt til side etter avtaleloven § 36 som følge av sinnslidelse hos kausjonisten, långivers opptreden i forbindelse med låneopptak og kausjonsstillelse, og at boligen som eventuelt måtte selges for å innfri kausjonsansvaret hadde særlig betydning for kausjonisten som følge av helsesituasjonen. I følge Høyesterett fremstod ikke lånet som ordinært, blant annet som følge av at lånesummen oversteg kjøpesummen. Dette tilsa at långiver burde ha foretatt nærmere undersøkelser og eventuelt tatt kontakt med kausjonisten for å undersøke hennes kunnskap om lånsøkernes økonomiske forhold og hennes muligheter til å innfri i tilfelle mislighold. Etter min mening ville långiver i dette tilfellet også hatt en frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 60(2). Resultatet av rimelighetsvurderingen ville også ha måtte ha ført til en fullstendig lemping av kausjonsforpliktelsen.

Finansavtaleloven § 60(2) vil på sitt område også kunne ha en lenger rekkevidde enn avtaleloven § 36 i forhold til å beskytte kausjonistens manglende forståelse for risikoen knyttet til det underliggende låneforhold og av konsekvensene av kausjonsansvaret. En frarådningsplikt kan tenkes selv om det ikke senere kan anses urimelig å gjøre kausjonserklæringen gjeldende. For eksempel ville resultatet i Rt. 1995 s. 1540 etter min mening neppe ha blitt det samme dersom man hadde sett bort fra kausjonistens sinnslidelse og boligens betydning. Derimot ville det faktum at kausjonisten var tvunget til å selge sin bolig for å innfri kausjonsansvaret i seg selv ha vært tilstrekkelig til å utløse frarådningsplikten i § 60(2).

Finansavtaleloven § 60(2) kommuniserer også på en tydeligere måte viktigheten av långivers opptreden i forkant av inngåelsen av en kausjonsavtale enn det avtaleloven § 36 gjør. I tillegg er den for en forbruker en noe mer håndgripelig bestemmelse enn den svært så skjønnsmessige § 36.

8.2 Vurdering

Selv om utformingen av § 60 kan fremstå som noe uheldig, har de problemer som lovteksten reiser vist seg å kunne løses igjennom tolkning. Bestemmelsen fremstår langt på vei som en generell lempingsregel for kausjonsavtaler, særlig på grunn av at forhold på låntakerens side er funnet relevant og at brudd på opplysningsplikten er trukket inn i rimelighetsvurderingen. Ut i fra Bankklagenemdas praksis kan det synes som om frarådningsplikten er i ferd må å overta den rolle som opplysningsplikten tidligere har hatt i kausjonsforhold med forbrukere. Det kan derimot stilles spørsmål ved om frarådningsplikten er veien å gå for å oppnå de formål som er drøftet innledningsvis.⁸²

Frarådningsplikten kan sies å komme långiverne særlig i møte. Den gjør det klart for långiver hva som skal til for å unngå at kausjonisten ansvar må reduseres med mulig tap for långiverne som konsekvens. I dette ligger en fristelse til å gardere seg ved å praktisere frarådningsplikten i videre utstrekning enn nødvendig. I tillegg kan frarådningsplikten legitimerer inngåelse av tvilsomme kausjonsavtaler. Kausjonistens økonomiske evne blir ikke bedre av at han trosser långivers frarådning, men frarådningsplikten vil likevel langt på vei gi långiver god samvittighet i slike tilfeller.

Frarådningsplikten forutsetter at kausjonisten foretar økonomisk sett rasjonelle valg. Da spiller det heller ingen rolle at han har siste ord i forhold til § 60(2). Det er derimot grunn til å mistenke lovgiver for å ha hatt for stor tillit til forbrukeren på dette punkt, eller at oppfatningen er at en frarådning innebærer at kausjon ikke blir stilt. Frarådningsplikten fungerer der kausjonisten faktisk ombestemmer seg og unnlater å kausjonere, men de som kanskje har størst behov for vern er de som kanskje er mest tilbøyelig til å trosse långivers frarådning. Dette kan skje bevisst eller fordi de fortsatt ikke forstår hva kausjonsansvaret reellt sett innebærer. Selv om det er hevdet at § 60 vil åpne for en rettsutvikling, fremstår bestemmelsen i denne sammenheng som statisk. En svakhet ved

⁸² Lovgiver har i hvert fall stor tro på dette jf. NOU 2007: 5 om frarådningsplikt i kredittkjøp.

forbrukervernet her har også begynt å vise seg i praksis.⁸³ Spørsmålet blir om og i så fall hvordan disse skal vernes.

Det bør kunne hevdes at ikke alle bør få lov til å kausjonere for andres gjeld og at det å påta seg en kausjonsforpliktelse bør være et overskuddsfenomen i den personlige økonomi. Mot dette kan det argumenteres med at det vil svekke kausjonen som kredittskapende instrument, noe som særlig vil kunne ramme unge i etableringsfasen. Men hvis hensynet til låntaker må settes opp mot hensynet til kausjonisten, må sistnevnte etter min mening gå foran. Det er i utgangspunktet ikke kausjonistens problem at låntaker er avhengig av tilleggssikkerhet. Dessuten vil majoriteten fortsatt kunne være potensielle kausjonister selv etter en slik innsnevring. Alternativt kan flere kausjonister stille kausjon for et lavere beløp hver.

Siden en frarådningsplikt, eller en lavere terskel for denne, ikke vil være tilstrekkelig overfor denne gruppen kausjonister, må långiver pålegges en plikt til å nekte å kontrahere. Dette stiller ytterligere krav til långiverens rolle siden forutsetningen for hele situasjonen er at han i utgangspunktet er villig til å inngå kausjonsavtalen. En slik plikt vil også reelt sett innebære et inngrep i avtalefriheten, men det bør kunne forsvares for de yttertilfellene det vil være aktuelt for ut i fra de lojalitets- og omsorgshensyn som gjør seg gjeldende.

I Rt. 1959 s. 1048 hadde kjøperen av en landbrukseiendom tenkt å finansiere en stor del av kjøpesummen ved å hugge og selge tømmer fra eiendommen han skulle kjøpe. Hugstmulighetene var derimot betydelig mindre enn han hadde lagt til grunn, og ved å legge avgjørende vekt på dette hadde han innlatt seg på et håpløst foretagende. I følge Høyesterett var dette noe selgeren forsto, og viste til at selgeren var den mest forretningskyndige av de to og at kjøperen hadde vist liten evne til å ivareta egne interesser igjennom avtaleforholdet. Høyesterett understreket at det var en kontrakt av stor betydning for kjøperen. Dersom den ble opprettholdt ville han miste sitt småbruk og samtidig ikke ha noen muligheter til å erverve den nye eiendommen. Avtalen ble derfor kjent ugyldig etter avtaleloven § 33.

Slik jeg tolker dommen, kunne ikke selgeren ha gjort annet for å unngå ugyldighet enn å avstå fra å inngå avtalen.⁸⁴ En plikt til å nekte å kontrahere må derfor sies å kunne utledes fra § 33, selv om terskelen må være høyere enn for frarådningsplikten i finansavtaleloven § 60(2). Både fordi det er en mer vidtgående plikt som pålegges långiver, men også fordi konsekvensen av at § 33 kommer til anvendelse er at hele kausjonsavtalen blir kjent ugyldig. På den annen side vil § 60 og den hensynsavveiningen lovgiver her har foretatt, være en betydelig faktor ved tolkningen av § 33 slik at terskelen må anses betydelig lavere i dag enn i 1959. En slik regel vil også gjøre det unødvendig å drøfte det hypotetiske hendelsesforløp knyttet til spørsmålet om årsakssammenheng.

Etter min mening vil det derfor også være rom for avtaleloven § 33 ved siden av finansavtaleloven § 60 i tiden fremover. På den annen side er det et paradoks at ytterligere vektlegging av forbrukervernet må komme til uttrykk igjennom tolking av eksisterende generelle avtalerettslige regler.

⁸³ Se BKN-07105 der nemnda kom til at frarådningsplikten ikke var oppfylt i lovens forstand, til tross for at långiver hadde frarådet skriftlig.

⁸⁴ En frarådningsplikt er også utledet fra avtaleloven § 33 som følge av denne avgjørelsen jf. Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 166.