

# **BOLIGLÅN**

## **LÅNEAVTALEN OG FINANSAVTALELOVENS PRISENDRINGSREGLER**

**Reglenes anvendelse på boliglån med avtale om flytende  
rente**

Kandidatnummer: 123

Veileder: Trygve Bergsåker

Leveringsfrist: 15. januar 2007

Til sammen 37035 ord

19.06.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Hva skal behandles	1
1.2	Hvorfor dette tema	2
1.3	Fremstillingen	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>METODE</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	Rettskilder og vekt	6
2.2	Faktakilder	12
<b><u>3</u></b>	<b><u>LÅNEAVTALEN</u></b>	<b><u>12</u></b>
3.1	Avtalegjensstanden	12
3.2	Utvikling i standardvilkårene	14
3.3	Gjeldende Låneavtale	16
3.4	Gjeldsbrevsavtalen som rettsgrunnlag	18
3.4.1	Den samfunnsmessige siden	19
3.4.2	Den privatrettslige siden	21
3.5	Delkonklusjon	27
<b><u>4</u></b>	<b><u>FINANSAVTALELOVENS ENDRINGSREGLER</u></b>	<b><u>28</u></b>
4.1	§ 49, første ledd - Hovedregelen om enighet	28
4.1.1	Den kvantitative siden	29
4.1.2	Den kvalitative siden	31

4.1.2.1	Er det enighet...	32
4.1.2.2	...gjelder §§ 46 og 48 tilsvarende så langt de passer	38
4.1.3	Den endrede Låneavtalen	42
<b>4.2</b>	<b>§ 49, andre ledd</b>	<b>43</b>
4.2.1	Vilkår: Renter, gebyrer og andre kostnader	44
4.2.2	Vilkår: Lånevilkår	45
4.2.3	Vilkår: Saklig begrunnelse	49
4.2.4	Vilkår: Til skade for forbrukeren	77
<b>4.3</b>	<b>§ 49, tredje ledd</b>	<b>79</b>
4.3.1	Vilkår: Fastsetting	79
4.3.1.1	Konkretisering	83
4.3.1.2	Oppsummering	84
4.3.2	Vilkår: ...mellom institusjonens kunder...	85
4.3.3	Vilkår: Forskjellsbehandling	86
4.3.4	Vilkår: Urimelig forskjellsbehandling	89
4.3.4.1	Konkretisering	92
4.3.4.2	Oppsummering	95
<b>4.4</b>	<b>§ 49, andre og tredje ledd sett i sammenheng</b>	<b>96</b>
<b>4.5</b>	<b>§ 50, første ledd</b>	<b>97</b>
4.5.1	Vilkår: ...hva endringen går ut på,..	98
4.5.2	Vilkår: ...hva som er begrunnelsen for endringen...	99
<b>4.6</b>	<b>§ 50, tredje ledd</b>	<b>102</b>
<b>5</b>	<b><u>REKLAMASJON</u></b>	<b>104</b>
<b>5.1</b>	<b>Preklusiv virkning av enighet</b>	<b>105</b>
<b>5.2</b>	<b>Materielle reklamasjonsgrunnlag</b>	<b>106</b>
5.2.1	Manglende saklighet	106
5.2.2	Urimelig forskjellsbehandling	106
5.2.3	Avtalen	106
5.2.4	Avtaleloven	107

<b>5.3</b>	<b>Formelle reklamasjonsgrunnlag</b>	<b>107</b>
<b>5.4</b>	<b>Reklamasjonsfrist</b>	<b>108</b>
5.4.1	Konkretisering	109
5.4.1.1	Varsel er ikke sendt	109
5.4.1.2	Varsel er sendt, men er uriktig eller mangelfullt	110
5.4.1.3	Varslet er sendt og korrekt, men grunnlaget er ikke saklig	110
5.4.2	Oppsummering	110
<b>5.5</b>	<b>Foreldelse</b>	<b>111</b>
5.5.1	Den alminnelige foreldelsesfrist	111
5.5.2	Foreldelseslovens § 5, andre ledd, første setning	113
5.5.3	Foreldelseslovens § 5, første ledd - renteproblematikk	115
5.5.4	Morarenter	117
5.5.5	Oppsummering	119
<b>5.6</b>	<b>Fristens utgangspunkt</b>	<b>119</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>FUNGERER LOVEN?</u></b>	<b><u>120</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Banken, boliglåntageren og loven</b>	<b>120</b>
<b>6.2</b>	<b>Preventive aspekter</b>	<b>122</b>
<b>6.3</b>	<b>Reparative aspekter</b>	<b>123</b>
6.3.1	Tvisteløsning	124
6.3.2.1	Bankklagenemnda	124
6.3.1.2	Domstolene	125
6.3.2	Oppsummert	126
<b>6.4</b>	<b>Delkonklusjon</b>	<b>127</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>KONKLUSJON</u></b>	<b><u>127</u></b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>DE LEGE FERENDA BETRAKTNINGER</u></b>	<b><u>128</u></b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>130</u></b>



# 1 Innledning

## 1.1 Hva skal behandles

Hovedfokus for oppgaven er å behandle reglene om lånyters (bankens) adgang til ensidig å endre prisen på boliglån med flytende rente.

Det kreves to rettslige grunnlag for at banken skal kunne gjennomføre ensidige prisendringer: Avtale og lov.

Følgelig inngås alltid en Låneavtale mellom bank og låntager, som inneholder prisendringsregler utformet som standardvilkår.

Den lovmessige siden av endringsadgangen reguleres hovedsakelig av følgende paragrafer i Lov 25. juni 1999, Nr. 46, Finansavtaleloven, som er ufravikelige i forbrukerforhold, jfr. § 2, første ledd:

- |                    |  |
|--------------------|--|
| § 49, første ledd: | Hovedregelen om enighet ved endringer                    |
| § 49, andre ledd:  | Bankens rett til å foreta ensidige prisendringer         |
| § 49, tredje ledd: | Kundens rett til ikke å bli urimelig forskjellsbehandlet |
| § 50, første ledd: | Bankens plikt til varslings og begrunnelse               |
| § 50, tredje ledd: | Frister  |

Idet loven er preseptorisk, blir det å undersøke om Låneavtalen går ut over lovens regler, evt. i hvilken grad, en sentral målsetting for oppgaven.

Andre forhold som skal tas opp er:

Reklamasjon : Hvilke regler og hvilke frister?

Deretter vil det bli drøftet om loven fungerer etter sitt formål, dvs. om den gir forbrukeren et reelt kontrollinstrument og vern mot overskridelser av endringsvilkårene i lånets driftsfase.

## 1.2 Hvorfor dette tema

Begrunnelsen for å skrive oppgaven, er generell interesse for forbrukerlovgivning, særlig i relasjon til finansnæringen.

Det framgår av Statistisk Sentralbyrås tabell "Boligtype og eierform for husholdninger, etter husholdningstype av 2004<sup>1</sup>, at ca. 75 % prosent av den norske befolkning er eiere (i en eller annen form) av sine egne boliger. Noen av disse boligene vil være gjeldfrie og noen vil ha fastrente lån som ikke blir utsatt for rentefluktasjoner i fastperioden.

Bankene vil tillate at også lån til andre formål blir gitt med sikkerhet i boligen. Slike lån vil kategoriseres som boliglån og følge de samme regler. Fastrente lån er, på sin side, bare faste for en viss periode. Mange varierer mellom de to lånetypene, alt etter hva som forekommer mest lønnsomt på et gitt tidspunkt.

Dette betyr at om ikke hele 75 % av norske husholdninger har avtale om boliglån med flytende rente samtidig, så vil antagelig hver og en av dem få det på ett eller annet tidspunkt.

---

<sup>1</sup> <http://www.ssb.no/emner/05/03/bo/tab-2005-06-14-03.html>

En boliglånsavtale med flytende rente, hvor det reelle formålet er bolig, er en svært langsiktig kontraktstype. Avtalt varighet er ofte 25 - 30 år. Når avtale først er inngått og kunden ikke misligholder, er banken forpliktet til å drifte lånet helt fram til avtalt termin. Låntageren står det derimot fritt å tilbakebetale lånet på et hvilket som helst tidspunkt, jfr. Finansavtaleloven § 53. Med dagens omsetningshastighet i boligmarkedet og nåtidens generelt hyppige livsløpsendringer, vil det nok høre med til de meget sjeldne tilfeller at en låneavtale når full løpetid

Prisen er selvfølgelig en hovedfaktor ved valg av långiver i utgangspunktet, likefullt som den vil være det ved en eventuell beslutning om å innfri lånet med egen kapital eller bytte långiver i driftsfasen. Dersom markedskreftene hadde fungert på fullkomment vis, ville det formodentlig ikke ha vært behov for noe lovregulering av renteendringsadgangen i driftsfasen.

Det er imidlertid flere forhold som begrenser markedseffektiviteten. En viktig faktor er bindingsmekanismer som bankene utvikler på individuelt nivå, så som forskjellige typer gebyrer, terskel- og differensieringsmekanismer, samt produktpakker. Priser kan være både horisontalt, vertikalt og diagonalt avhengig av hverandre innenfor en kundekategori eller produktpakke, noe som gjør tilbudene svært vanskelige å sammenligne, hvorved også konsekvensene ved å bytte bank blir svært uoversiktlige. Dette betyr at selv den "frie" kunde allerede er bevegelsehemmet. En annen viktig faktor er at låntagerne vil være utsatte for økonomiske "up's and down's" og til tider ikke representere noen tiltrekkende forretning for en ny bank. Bankene har ingen kontraheringsplikt og resultatet vil være at kundene blir innelåst hos den eksisterende långiver.

Slike bindingsmekanismer, som i riktig innpakning også utgjør en del av bankenes markedsføring, omgjøres og videreutvikles kontinuerlig. Et spørsmål blir følgelig i hvilken grad f.eks. en omsegmentering av kunder kan tillates å få følger for prisen på de eksisterende engasjementer. Kan en rabatt som ble avtalt ved etablering, "bli borte" underveis, osv.



Sentralt hos det norske folk, står retten til å eie sin egen bolig. I det øvrige Europa, har forholdet lenge vært det omvendte: Relativt få husholdninger har eid sine egne boliger. Men dette bildet er i ferd med å snu også i landene rundt oss. Pr. i dag er ca. 50 % av husholdningene i Sverige og Danmark<sup>2</sup> eiere av sine egne boliger.

Boliglån er dessuten et produkt som er godt egnet for individuelle tilpasninger, særlig i vår dataalder, hvor fleksibilitet er blitt ett mye mindre problem å håndtere administrativt, og inntrykket er at valgmulighetene i utlandet allerede større enn hos oss, samtidig som risikoen mht. "flytende rente" later til å være bedre avdekket. Det vil bli gitt eksempler etter hvert.

På dette stadium i fremstillingen må det være nok å si følgende: I Norge oppgis renten som en helhetlig størrelse, uten noen spesifisering mht. hvilke elementer den består av. Det avtales heller ikke noen indeks eller objektiv referanse å kontrollere endringer opp i mot. Samtidig er fagkunnskapen er i stor grad monopolisert hos institusjonene. Dette gjør det nødvendigvis vanskelig for låntageren å verifisere grunnlaget for endringer.

I tillegg er snakk om en avtale som er forbundet med en livsnødvendighet. Etterspørselskurven for boliglån er derfor svært bratt og toleransen for endringer og stigninger i kapitalkostnadene blir tilsvarende stor.

En målsetting med lovgivningen bør da i alle fall være å sette forbrukeren i stand til å ivareta sine interesser uten å måtte ha omfattende kunnskaper om motpartens fagområde.

På denne bakgrunn blir svært interessant å finne ut hva loven sier, og om den representerer noen støtte for forbrukeren.

---

<sup>2</sup> Opplyst i debattprogrammet Redaksjon 1, NRK 30.05.06

### 1.3 Fremstillingen

Kontraktsrett er utfordrende fordi kontrakten er en funksjon av det fagområdet den skal regulere. Lovregulering må også ta sitt utgangspunkt i dette.

Gjeldsbrevsavtalen gir den grunnleggende hjemmel for bankens rett til å foreta ensidige endringer i driftsfasen. Materielle grunnlag som *ikke* er nevnt i avtalen, kan ikke uten videre brukes som endringsgrunnlag, jfr. Finansavtaleloven § 48, femte ledd. Det oppstilles med andre ord et krav om dobbelthjemmel.

Det synes derfor hensiktsmessig å gi en generell oversikt over avtalen, dens utvikling, innhold og særtrekk som rettslig grunnlag, før lovens innhold drøftes.

Bruken av bank- og finansfaglige begreper skal begrenses til det nødvendige og forklaringer og definisjoner vil bli flettet inn der behovet for dem naturlig oppstår.

Av praktiske hensyn gjengis lovteksten for den enkelte paragraf, hhv. ledd, forut for hver drøftelse. De sentrale vilkårene vil bli behandlet i den orden som virker mest rasjonell med hensyn til å unngå gjentakelser.

Fra og med kapittel 4, vil paragrafer i Finansavtaleloven oppgis med § nr, dvs. uten ytterligere benevnelse.

## 2 Metode

Oppgaven følger juridisk metode.

Det er to rettslige grunnlag å fortolke. For avtalen vil kontraktsrettslige tolkningsprinsipper bli lagt til grunn, samt relevant bakgrunnsrett. Hva gjelder lovtolkningen, sies følgende:

### 2.1 Rettskilder og vekt

Hovedrettskilden i denne drøftelsen er de innledningsvis nevnte paragrafer i Finansavtaleloven. Disse er imidlertid avhengige av lovverket rundt seg, slik at også andre paragrafer i Finansavtaleloven vil bli drøftet. Finansavtaleloven representerer spesiallovgivning, dvs. at "lex specialis"-prinsippet kommer til anvendelse. Den generelle bakgrunnsretten utgjøres hovedsakelig av Kong Christian Den Femtis Norske Lov 16. april 1687 ("NL") og Lov 31. mai 1918, Nr. 4 ("Avtaleloven" eller "Avtl.").

Fordi det dreier seg om forbrukerlovgivning, må det legges særlig vekt på ordlyden.

Lovteknisk sett har utviklingen gått i retning av større bevissthet og presisjon i ordvalg og tydeligere struktur i lovoppbyggingen. Det dreier seg her om en relativt ny lov og dersom en mer bokstavelig fortolkning er utslagsgivende med hensyn til å definere og avgrense det enkelte paragrafs eller ledds virkeområde og funksjon, vil en slik fortolkning bli tillagt større vekt enn det som kan være den "allmene oppfatning" av ordlydens betydning.

### *Forarbeider*

Av forarbeider finnes NOU-1994-19 ("NOU") hvor det utdrag som er relevant for oppgaven ("Til § 3-5 Endring av lånevilkårene) er vedlagt oppgaven (Vedlegg C). Dernest Ot.prp.nr.41 (1998-1999) ("Ot.prp.") hvor kapittel "9 Låneavtaler m.v." er vedlagt (Vedlegg D). Til slutt Innst.O.nr.84 (1998-1999) ("Innst.O.") hvor kapittel "9. Låneavtaler m.v." er vedlagt (Vedlegg E). Forsåvidt det ikke finnes rettspraksis og loven er relativt ny, vil forarbeidene få stor vekt.

### *Rettspraksis*

Som nevnt over, finnes de ingen rettspraksis mht. prisendringsadgangen på boliglån, hverken fra før eller etter loven kom. Årsaken er nok ikke at det ikke finnes grunnlag for tvister, men heller at de omtvistede beløp sjelden blir så store at det blir økonomisk forsvarlig å engasjere rettsapparatet. Å bringe saker av foreliggende type høyere opp i domstolshierarkiet enn Tingretten, i alle fall ved krav om fullbyrdsdom, vil dessuten kunne bli vanskelig på grunn av ankesumsreglene i Tvistemålsloven (Lov 13. august 1915, Nr. 6).

Bankklagenemda, som den primære prøvingsinstans, har derfor mye makt allerede på grunnlag av saksområdets natur. Den vekt publikum legger på nemndas uttalelser, vil i seg selv kunne virke som en sperre mot rettslig prøving.

### *Eu's forbrukerkredittdirektiv*

Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 ifm. "consumer credits" er referert til i forarbeidene, slik at direktivet er tatt hensyn til. Direktivet krever ikke formell lovgivning, men i alle fall en form for regulering, samt prøvingsadgang, slik at forbrukeren har midler å gjøre sin rett gjeldende etter. Primært ble direktivet etterkommet ved at det ble utformet en rentereguleringsnorm mellom finansnæringen og forbrukerombudet, samt ved opprettelsen av Bankklagenemda. Deretter ble området lovregulert.

Direktivets artikler er i seg selv for generelt utformet til å gi konkrete lovtolkningsbidrag. Et *hensyn* bak direktivet er imidlertid å oppnå en så omforent utlånspraksis som mulig i EU-området, i det dette vil være tjenlig både for forbrukere og långivere og i tillegg ha direkte innflytelse på "fri flyt"-målsettingen, følgelig også på fellesmarkedets effektivitet.

#### *Rettsstilstanden før loven kom og praksis mellom partene i ettertid*

Om Finansavtalelovens prisendringsregler representerer et brudd med, eller en kodifisering av rettsstilstanden forut for 1999, er ikke umiddelbart opplagt. Rettsstilstanden den gang ble representert ved den daværende standardavtale og to uttalelser (BKN-97009 og BKN-96054) fra Bankklagenemnda. Standardavtalen var basert på den ovenfor nevnte rentereguleringsnorm som ble utarbeidet mellom bankene og Forbrukerombudet i 1988. Normen er gjengitt i NOU-1994-19 (Vedlegg C), hvor den rettslige betydningen av den ble beskrevet som "noe uklar". Dette er en indikasjon på at loven ikke representerer noen kodifisering av forutgående norm og avtaleverk. På den annen side henvises det i NOU til de nevnte nemndsuttalelser, men da først og fremst i forbindelse med at det ble lovfestet en regel om kundens rett til ikke å bli urimelig forskjellsbehandlet (Finansavtaleloven § 49, tredje ledd). Uttalelsene har ikke nødvendigvis fått direkte følger for utformingen av ordlyden.

Noe signifikant brudd med forutgående rettsstilstand, synes imidlertid ikke å foreligge - i alle fall ikke ved første øyekast. Det må en grundigere tolkning til for å kunne slå fast hva lovgiver har villet.

Når en lov gjøres ufravikelig på kontraktsrettens område, jfr. Finansavtaleloven § 2, første ledd, betyr dette at i alle fall at lovgiver ønsker å begrense avtalefriheten og samtykkekompetansen i den hensikt å beskytte den svakere part. Fast og langvarig praksis mellom avtaleparter, som normalt vil være et relevant argument ved lovtolkning, må det følgelig utvises forsiktighet med å tillegge vekt. Det vil jo helst være slik at den faste praksisen er etablert og styrt av den sterkere part og at formålet med lovreguleringen nettopp er å modifisere eller bringe en bestående handlemåte til opphør.

Eventuelle forskjeller i standardavtalen *etter* at loven kom, som kan tas til inntekt for at bankene selv har tolket loven dit hen at den legger større restriksjoner på bankenes endringsadgang enn det som var tilfelle før, bør derimot kunne tillegges en viss vekt ved tolkningen av lovteksten.

Jeg holder meg uansett til hovedregelen om forsiktighet hva gjelder å vektlegge praksis ved tolkningen av ufravikelige regler. Dette også fordi Bankklagenemda i realiteten er eneste kilde mht. å finne ut hva praksis under standardavtalen er. Her har det for det første vært for få saker til å kunne dra noen slutninger mht. om handlemåter *er* generelle og faste. For det andre er det jo slik at handlemåter nettopp blir påklagd i Bankklagenemda og nemndas uttalelser om hva praksis *bør* være blir en litt annen type rettskilde for såvidt uttalelsene ikke nødvendigvis blir etterlevd av banken.

#### *Uttalelser fra Bankklagenemda*

Antallet klagesaker ifm. prisendringer for Bankklagenemda (BKN), er ikke overveldende. Det foreligger fem uttalelser i forbindelse med for høyt prisnivå. BKN-95054, BKN-97009, BKN-01008, BKN-02082 og BKN-05048 er alle vedlagt. To av uttalelsene (BKN-97009 og BKN-96054) ble avsagt før Finansavtaleloven kom i 1999 og baserer seg i hovedsak på Avtalelovens § 36 og ulovfestede regler om rimelighet og lojalitet i kontraktsforhold. De tre øvrige sakene kom etter at Finansavtaleloven var innført og dersom vekt skal tillegges, må det legges mer vekt på de siste enn på de to første.

I egenskap av å være nemnd, melder imidlertid følgende spørsmål seg: Hvilken rettskildemessige vekt kan generelt legges på BKN-uttalelser?

I retning liten eller ingen vekt trekker det at BKN er et tvisteløsningsorgan med fokus på forlik. Jfr. Finansavtaleloven § 4, femte ledd, ligger BKN på samme nivå som forliksrådet i rettshierarkiet. En avgjørelse fra forliksrådet, har tradisjonelt minimal betydning ved etterfølgende instanser.

Som spesialistorgan på et bestemt kontraktsområde, kan det sies at nemnda i tillegg har mye til felles med en voldgiftsdomstol. Voldgiftsdommer har imidlertid også generelt liten betydning som rettskilde<sup>3</sup>.

Som ved rettsforlik, eller også voldgiftsdom, kan nemnda komme fram til løsninger som ikke trenger å være strengt juridisk tuftet og begrunnet. Uttalelsene fra nemnda er i tillegg bare suspensivt bindende, og det går ikke fram av de tilgjengelige registrene om nemndas avgjørelser faktisk er blitt fulgt.

Tradisjonelt bør avgjørelser ved særdomstoler og nemnder være både mange og konsekvente og ikke minst være blitt fulgt, slik at en kan si at det er blitt etablert en fast praksis, før de tillegges vekt. I RT 2005 s. 1757, som omhandler en avgjørelse i Trygderetten, kom dette til uttrykk på følgende måte i punkt 45:

"Partene har i denne saken i tillegg til avgjørelser av Trygderetten før vedtakelsen av folketrygdloven av 1997, også fremlagt et stort antall senere avgjørelser. Dette reiser spørsmål om hvilken rettskildemessig verdi avgjørelser av Trygderetten skal tillegges. Etter mitt syn må avgjørelser av Trygderetten tillegges vekt i den utstrekning de kan tas som uttrykk for eller har gitt seg utslag i en fast og konsistent praksis. Det som måtte være uttalt i den enkelte avgjørelse, kan derimot ikke tillegges selvstendig rettskildemessig betydning"

RT 1993, s. 1482 er et eksempel på at en avgjørelse i Forsikringskadenemnda ikke ble tillagt vekt og av samme karakter er RT 2000, s. 70 hvor Forsikringskadenemndas avgjørelse ikke en gang ble kommentert.

I BKN er forbrukeren kun tilstede ved oppnevnt - ikke selvvalgt - representasjon når saken tas opp til behandling. Saksfremstillingen er skriftlig. Jfr. nemndas Hovedavtale, punkt 4<sup>4</sup>,

---

<sup>3</sup> Eckhoff, Thorstein. Rettskildelære. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo 2001. Side 163.

<sup>4</sup> <http://www.bankklagenemnda.no/Hovedavtale>

kan nemndas eget sekretariat sågar lage et sammendrag av saken. Dersom hele saken har vært forelagt nemnda, vil dette framgå av uttalelsen ved at den inneholder en dokumentliste. Hvis ikke, vil slik liste mangle.

I positiv retning mht. vektlegging, trekker imidlertid det faktum at nemnda nettopp er et spesialistorgan med fagkunnskap. Videre vil det være et moment i positiv retning at nemnda har vært forelagt hele saken - ikke bare et sammendrag - og at uttalelsen er enstemmig. Det som imidlertid vil telle mer enn noe annet, er om uttalelsen(e) er godt juridisk begrunnet.

Foreløpig er det slik at nemnda til nå ikke har vurdert Finansavtaleloven § 49, annet ledd (saklighetsvilkåret), men bare har forholdt seg til Finansavtaleloven § 49, tredje ledd (forskjellsbehandlingsvernet).

Hva gjelder juridiske begrunnelser mht. forskjellsbehandlingsvernet, var disse mer omfattende i de to sakene som forelå før loven ble innført enn i de tre etterfølgende. Det kan derfor se ut som om nemnda anser at loven - i alle fall Finansavtaleloven § 49, tredje ledd - representerte en kodifisering av dens egen tidligere praksis og at det følgelig ikke var behov for noen inngående tolkning av ordlyden i den nye loven. I så tilfelle er dette etter mitt skjønn en stor svakhet ved verdien av de normalt sett mest tungtveiende sakene, dvs. de som kom etter lovens inntreden.

Slik jeg ser det, henger endringsreglene i tillegg sammen på en slik måte, at en og samme pristvist kan, evt. må, behandles ut i fra flere mulige hjemmelsgrunnlag.

Til forskjell fra hva som kan være tilfelle fra andre bankmessige områder som nemnda befatter seg med (f.eks. kort-relaterte saker), vil nemndas uttalelser i pris- og renteendrings-sammenheng, som utgangspunkt, ikke kunne tillegges særlig vekt. Hvilken vekt som skal gis, vil være avhengig av en konkret vurdering av den enkelte uttalelse.



### *Litteratur*

Fakultetsbiblioteket opplyser at professor Olav Torvund er i ferd med å skrive en bok om Finansavtaleloven, men den er ikke publisert enda. Han har i tillegg skrevet en artikkel om Finansavtaleloven, men denne var for generell til å gi tolkningshjelp til oppgaven. Annen teori rundt endringsreglene, har det ikke lyktes meg å finne.

## 2.2 Faktakilder

Uansett rettskildemessig vekt, vil utdrag av BKN-saker vil bli aktivt brukt som faktakilder i fremstillingen, både i konkretiserings- og drøftelsesøyemed. Nemnda har også lagt enkelte forklaringer og definisjoner til grunn i sine saker, som gir gode fundamentet å bygge drøftelser på.

Det er lagt vekt på å være konkret, derfor blir det gjort flittig bruk av eksempler.

Det er videre tatt inn eksempler fra boliglånstilbudet utenfor Norge. Dette i form av at det kan være henvist til nettsteder eller at det er tatt utskrift til vedlegg eller at teksten er gjengitt i oversatt form i fremstillingen.

## 3 Låneavtalen

### 3.1 Avtalegjensstanden

Et boliglån er en vare kombinert med en formidlingstjeneste. Bankens funksjon er ikke særlig forskjellig fra kjøpmannens, dersom en tenker store volumer: Først tar kjøpmannen imot bestilling på et tonn appelsiner, deretter må de nødvendige appelsiner skaffes til veie.

Den likviditeten som trengs til yte et lån (enten det dreier seg om egenkapital eller innlånte midler) kalles i bankterminologi for funding. For forbrukerkunden ser det ut som om banken skaffer penger til lånet bare en gang, dvs. ved utbetalingen. Hovedregelen - og det økonomiske prinsippet - er imidlertid at lånet re-fundes ved hver avdragsbetaling.

Som eksempel kan brukes et lån på 1.000 000 hvor hvert avdrag er på 100.000 og hvor lånet i sin helhet er fundet i NIBOR-markedet. Dette er ikke helt realistisk, men det er det prinsipielle som er viktig: Før utbetalingen låner banken opp 1 000 000. Ved første avdrag betaler banken imidlertid ikke avdraget tilbake til pengemarkedet, men derimot 1 000 000 i sin helhet. Deretter låner den opp igjen 900 000 fra den samme eller en annen långiver i pengemarkedet og setter det nye beløpet inn på låntagers konto. Ved neste forfall betaler den tilbake 900 000 til markedet og låner opp igjen 800 000 osv.

Herav går det fram at boliglånskontrakten i realiteten dekker et forhold som det ikke ligger fjernt å sammenligne med andre abonnementsforhold. Ferske penger i avtalt kvantum til avtalt tid for en avtalt periode har mye til felles med fersk fruktkurv levert til kontoret en gang i måneden - med betaling etterskuddsvis.

Til forskjell fra f.eks. et fruktkurvabonnement, vil det ikke forekomme kvalitative forskjeller mellom leveransene. Tillike med f.eks. et strømabonnement er det, på den annen side, snakk om en 100 % generisk ytelse.

Som produkt betraktet, er det antagelig mest nærliggende å sammenligne et boliglån nettopp med et el-abonement, eksklusive nettleidelen.

Å trekke paralleller til EI-klagenemndssaker er i angjeldende forbindelse er imidlertid ikke særlig relevant, idet rene prisspørsmål ikke kan påklages<sup>5</sup> for denne nemnda. Saker for denne nemnda dreier det seg stort sett om uteblivelse av strøm.

Forsikringsskadenemndssaker er heller ikke særlig relevante i sammenligningsøyemed: Der dreier det seg også om uteblivelse, dvs. manglende skadeutbetalinger, ikke hva selve forsikringen koster.

Sammenligninger med begge typer saker kunne vært gjort dersom spørsmålet hadde dreid seg om manglende utbetaling av kapital under et lånetilsagn, eller - som tilfellet er - manglende "re-utbetaling" ved et forfall.

### 3.2 Utvikling i standardvilkårene

Det er lagt ved utdrag av gjeldsbrevsavtale, dvs. standardbetingelsene, fra 1997 (Vedlegg B) som reflekterer rettstilstanden basert på normen av 1988, samt tilsvarende for den Gjeldsbrevsavtalen som er utarbeidet etter at loven kom, dvs. gyldig i 2006 (Vedlegg A) . Den siste inneholder et nytt punkt om varsling og frist for gjennomføring av endring (punkt 3.4) samt et nytt punkt om at låntager skal gjøres oppmerksom på sin rett til førtidig innfrielse (punkt 3.6)

Når det gjelder hvilke materielle grunnlag som kan gjøres gjeldende for en endring, er disse omfattet hovedsakelig av punkt 3.1 og 3.2 og 3.3 i begge avtaler. Her kan bemerkes følgende forskjell mellom gammel og ny avtale:

I den gamle standardavtalen kunne renten settes opp dersom det skjedde endringer i renten på statspapirer - formodentlig ment til å bety statsobligasjoner. I den nye avtalen kan renten settes opp dersom det skjer endring i renten på obligasjoner generelt. Obligasjoner

---

<sup>5</sup> <http://www.ebl.no/Elklagenemnda/Årsrapporter>

kan være både egne utstedte obligasjoner (innlån, høyresiden) og eide obligasjoner (investeringer, venstresiden), dvs. obligasjoner utstedt av andre. "Andre" må følgelig bety "alle" i den nye avtalen, dvs. også obligasjonslån på venstresiden av balansen utstedt av andre enn staten, f.eks. andre banker eller store bedrifter.

Følgelig ser det ut til at standardavtalene som kom etter Finansavtaleloven representerer en utvidelse av endringsadgangen med hensyn til lønnsomhets- og inntjeningsforhold på venstresiden av balansen, dvs. hovedsakelig bankinterne forhold, sammenlignet med hva som var tilfelle før loven kom.

I den gamle avtalen fantes ikke noe krav til saklighet for endringer med grunnlag i bankeksterne forhold. Den hadde kun et krav til saklighet hva gjaldt bankinterne forhold. I den nye avtalen er det derimot oppstilt et krav til saklighet både for bankinterne og bankeksterne forhold.

Sammenholdt har det skjedd en utvidelse på rent generelt nivå mht. hva som er godtagbare endringsgrunnlag, men en innskrenkning forsåvidt alle grunnlagene må kvalifisere til kravet om saklighet.

Videre hjemlet den gamle avtalen kostnadsøkninger begrunnet i "bankens inntjeningssevne på sikt". Slik er det ikke i den nye.

Allerede før loven kom, inneholdt Gjeldsbrevsavtalene en restriksjon hva gjaldt usaklig forskjellsbehandling mellom kunder. Denne klausulen (punkt 3.4 i den gamle avtalen) gjorde Bankklagenemnda bruk av i kundens favør ved to anledninger før Finansavtaleloven kom, i sakene BKN 96054 og BKN 97009.

Lovens inntreden representerte en endring forsåvidt saklighetskravet ble generelt og saklighet ble krevd også for endringer med bankeksternt grunnlag, jfr. § 49, annet ledd. Samtidig ble § 49, tredje ledd sett på som samsvarende med BKN-praksis hva angår

forskjelsbehandling, jfr. Ot.prp.nr.41 Isolert sett kan dette medføre riktighet. Dog gjør innføringen av § 49, annet ledd, at det kan ha oppstått en sammenheng mellom regler som ikke var der før, og som kan føre til andre resultater enn dem Bankklagenemda kom fram til før loven trådte i kraft.

Forholdet mellom gammel og ny standardavtale, dvs. om loven får tilbakevirkende kraft på avtaler som ble inngått før 1999, er ivarettatt ved overgangsbestemmelsene i § 93: For forbrukere gjelder både Finansavtalelovens § 49 og § 50 med tilbakevirkende kraft.

### 3.3 Gjeldende Låneavtale

Gjeldsbrevsavtalen inneholder både individuelle betingelser som gjelder for den enkelte kunde (fylles ut på forsiden), samt den allerede nevnte standarddel som omfatter vilkårene for at banken kan foreta ensidige endringer underveis i lånets løpetid (trykt på baksiden).

Gjeldsbrevsavtalen i seg selv er imidlertid ufullstendig dokumentasjon for den kontrakt som i realiteten er inngått, og vil derfor bare utgjøre en del av den totale Låneavtalen. I denne forbindelsen nevnes kontraktselementer som er prisrelaterte:

Det vil f.eks. ikke fremgå av Gjeldsbrevsavtalen hvilken kundekategori låntageren tilhørte ved inngåelsen av lånet, slik at også bankens markedsføringsdokumentasjon på etableringstidspunktet (Standardtilbudet) vil måtte utgjøre en del av Låneavtalen. Standardtilbudet skrives ikke ut og signeres heller ikke av kunden.

Andre elementer som hverken Gjeldsbrevsavtalen eller Standardtilbudet vil si noe om, er følgende:

- Det konkrete grunnlaget for at kunden får en rabatt og rabattens størrelse dersom rabatten er gitt av særlige årsaker som ikke framgår av Standardtilbudets prislistor etc.

- Spesielle betingelser som banken har stilt for å innvilge lånet, som f.eks. at lønnskonto må holdes i samme bank og/eller at gjeldsbetjeningen skal skje ved autotrekk fra lønnskonto. Eller om det kreves inngått gjeldsforsikringsavtale, etc.

Vesentlige deler av Låneavtalen vil derfor ikke være signert. Samtidig vil den også bestå av faktorer det bare foreligger muntlig enighet om. Dette På tross av § 48, første ledd, første punktum, som sier at Låneavtalen - forutsetningsvis *hele* Låneavtalen - skal være skriftlig.

Andre viktige elementer gjøres det *ingen* avtale om: Hvilken renteberegningsmetode banken skal bruke? Og ved annuitetslån, hvilken formel bruker banken? Som nevnt innledningsvis, blir renten som sådan heller ikke nærmere spesifisert. I motsetning til hva som gjelder for næringskunder og særlig viktige og økonomisk interessante privatkunder, blir det med den vanlige forbrukerkunde ikke avtalt noen målestokk eller utenforliggende, objektiv og generell prisreferanse (indeks), som rente- og/eller prisjusteringer kan kontrolleres opp i mot. Derfor blir det ikke noe skille ut mot boliglåntageren mellom hva banken må betale for sine innlån (eksternkostnader) og alle andre typer kostnader som banken påløper (internkostnader).

Når det kreves både avtale og lov som rettslig grunnlag for prisendringer, er det logisk at bankene søker å formulere endringsadgangen i Gjeldsbrevsavtalen på en slik måte at ingen endringsmuligheter utelukkes.

Av punktene i Gjeldsbrevsavtalen går det da også fram at det ikke bare er rentenivået for bankens innlån som kan influere på boliglånsprisen til enhver tid, men også svært mange andre forhold, f.eks. endringer i bankens generelle kostnader, jfr. 3.3. Også bankens ønske om å likebehandle kunder (jfr. pkt. 3.1), eventuelt ulikebehandle dem (jfr. pkt. 3.5 siste setning) kan føre til prisendringer. Sogar til "enhver tid". Det vil med andre ord være mulig for banken å si f.eks. følgende:

"Banken innførte da en differensieringsmekanisme, som innebar en større renteforskjell."

På bakgrunn av Gjeldsbrevsavtalens endringsklausuler isolert sett, må det vel kunne sies at det ikke er stort bankene *ikke* kan påberope seg som gyldige grunnlag for prisøkninger. Forholdet mellom Standardtilbudet og Gjeldsbrevsavtalen, som i utgangspunktet er at tilbudet er standard for den enkelte bank (etableringsrisiko), mens Gjeldsbrevsavtalen er standard for hele bransjen (driftsrisiko), blir på denne måten visket ut. Banken kan f.eks. si følgende:

"Kundens ble innvilget en rabatt slik at prisen på lånet var 0,10 %-poeng lavere enn normalrenten for lån under kr. 500 000 fra det ble etablert. Ved rentjusteringen ble renten oppjustert til *vanlig* rente for lån under kr. 500 000."

Den avtalte rabatt på 0,10 % kan på denne måten annulleres, noe det kan se ut som om bankene har hjemmel for i Gjeldsbrevsavtalen.

Jo videre endringsadgang, jo mindre betydning vil avtalens innhold ved etablering ha. Under disse omstendigheter, vil den reelle konkurransen mellom bankene enkelt kunne flyttes fra etablering til drift, dvs. fra åpen til skjult konkurranse - og fra frivillighet til tvang, spesielt når kunden er innelåst. Nok et eksempel på mulig uttalelse fra banken:

"Under enhver omstendighet har kunden akseptert renten ved at kunden ikke har protestert i forbindelse med varsling eller benyttet seg av den mulighet som enhver låntager har til å flytte lånet til en annen långiver dersom han er misfornøyd med vilkårene."

### 3.4 Gjeldsbrevsavtalen som rettsgrunnlag

En første forutsetning for at Gjeldsbrevsavtalen skal utgjøre et rettsgrunnlag, er at avtalen er gyldig. En standardavtale med et anvendelsesomfang som det her er snakk om, som

omfatter en hel bransje, kan være ulovlig/ugyldig i en samfunnsmessig sammenheng, likesom den kan være det i en privatrettslig sammenheng.

### 3.4.1 Den samfunnsmessige siden

I dette perspektivet vil Lov 16. juni 1972, Nr. 47 ("Markedsføringsloven" eller "Mfl.") § 9a kunne komme til anvendelse: Vilkår som næringsdrivende stiller, kan forbys når de finnes urimelig vis á vis forbrukere, samt når et forbud vil tjene allmenne hensyn. I henhold til paragrafens annet ledd og også jfr. Markedsrådets saker MR-2004-12 og MR-1997-18, er følgende momenter i rimelighets- og samfunnsskadelighetsvurderingen særlig viktige: Det skal legges vekt på balanse mellom partenes rettigheter og plikter, samt på hensynet til klarhet i kontraktsforholdet. Markedsrådet mener i tillegg at vilkåret ikke må stride mot preseptorisk lovgivning og at det skal legges til grunn et sannhetsprinsipp i slike avtaleforhold.

De alminnelige lånevilkår for gjeldsbrev innledes med en definisjon av forbrukerbegrepet og en henvisning til Finansavtalelovens § 2. Deretter står følgende rammevilkår uthevet på egen linje:

"Utover de regler som følger av Finansavtaleloven og forskriftene etter loven, gjelder følgende alminnelige vilkår i avtaleforholdet:"

Ordet "utover" skaper det inntrykk at vilkårene i avtalen gjelder i tillegg til lov og forskrifter. Det gjør avtalen bare når tilleggene går i låntagerens favør. I rammevilkåret skilles det imidlertid ikke mellom favør og ufavør, slik at låntager kan sitte igjen med det inntrykk at avtalen også kan gå utover lovens regler i hans ufavør, dvs. hva gjelder adgangen til å sette opp prisen på lånet.



Eksempel: Dersom loven sier at prisen kan settes opp når grunnlaget er saklig, mens avtalen sier - eller skaper det inntrykk - at prisen kan settes opp når banken mener det er saklig, så vil loven være overskredet.

Bankene vil formodentlig kunne argumentere med at når at det stilles et krav til dobbelt-hjemmel og at avtalen derfor må dekke (gå ut over) lovreglene, så er "Utover de regler.." en informativ ordlyd. Dobbelt hjemmelskravets begrunnelse, slik poengtert i Ot.prp. ifm. utformingen av § 48, femte ledd, er imidlertid å forhindre at banken "smugler" inn nye vilkår. Dette må også gjelde fra start av, jfr. § 48, tredje ledd, ved at avtalen ikke skaper noen tvil mht. omfanget av bankenes endringsadgang. Et lojalt utformet rammevilkår, jfr. sannhetsprinsippet, ville gjøre låntageren oppmerksom på at det er lovens endringsregler som representerer maksimumsgrensen for prisendringer.

Bokstavfortolkningsmessig kan det nok vanskelig sies at vilkåret strider mot Finansavtalelovens § 2, første ledd, dog er ordvalget egnet til å skape et inntrykk hos forbrukeren som er i strid med denne regelen. Det å "gjennomskue" et slikt ordvalg, vil ligge utenfor de krav som med rimelighet kan stilles til en forbruker.

Den oppfatningen låntageren får, er at Gjeldsbrevsavtalen er det primære rettslige grunnlag og at dette faktum er i overenstemmelse med loven. Pr. implikasjon blir loven da fremstilt som deklatorisk. Iht. til Jo Hov<sup>6</sup> er en slik motstrid nok i seg selv til å anse vilkåret som urimelig iht. Mfl. § 9a. Forutsatt at lovens ord (ufravikeligheten i dette tilfellet) er rimelig, vil motstrid være urimelig. Både ortografiske og typografiske virkemidler er i tillegg egnet til å fordekke eksistensen av det viktigste innholdet i Finansavtalelovens § 2, nemlig ufravikeligheten. Dette gjør kontraktsforholdet uklart, for ikke å si usant i premissene. Dette må representere en samfunnsmessig uakseptabel mulighet for makttildragelse og stride mot lovgivers intensjon. Nok et moment i retning ulovlighet, er at rammevilkåret ble utformet etter at Finansavtaleloven trådte i kraft og er derfor ikke et resultat av

---

<sup>6</sup> Hov, Jo. Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett 1. 3. utg. 2002, Papinian, Oslo. Side 315

samarbeid mellom forbrukerombudet og bankene. Det er i alle fall ikke mulig å se hvordan rammevilkåret også skulle kunne være tjenlig for forbrukeren og det viktigste momentet må da bli å legge vekt på det preventive aspektet, dvs. klarhet, i forbrukerforhold.

Det ligger selvfølgelig ikke utenfor allmenne interessert at bankene tjener penger og at man har et økonomisk stabilt kredittvesen. Men det er like selvfølgelig meningen at bankene skal generere sine inntekter på rene og tydelige premisser - ikke ved å anvende finurlig utformede vilkår. Muligheten for å tilegne seg midler på denne måten, vil bidra til å svekke den faglige kompetansen i bankene og følgelig også den effektiviteten som samfunnet på lang sikt er best tjent med.

Etter mitt skjønn er vilkårene for å underkjenne rammevilkåret tilfredsstillt.

### 3.4.2 Den privatrettslige siden

Dersom vilkårene i Mfl § 9a kan tilfredsstilltes, vil dette også utgjøre relevante og vektige argumenter i en ugyldighetsvurdering i medhold av Avtaleloven.

En forutsetning for påstand om ugyldighet i privatrettslig sammenheng, er imidlertid at forbrukeren har rettslig interesse i avgjørelsen. Å få kjent avtalen ugyldig ville kunne være et krav, dersom forbrukeren ved inngåelsen hadde finansieringsalternativer som totalt sett var bedre og konkret har tapt penger ved å inngå angjeldende avtale. Ellers vil vedkommende kunne få annullert endringer som går utover det som er rimelig under en låneavtale om flytende rente. Situasjonen må da være at endringen er i tråd med reglene i Finansavtaleloven, men allikevel i strid med Avtaleloven.

Å anvende de subjektive reglene i Avtaleloven, dvs. Avtl. §§ 30 eller 33, er avhengig av at en vet noe om motpartens bakenforliggende motiver. Å snakke om den enkelte banks motiver, vil imidlertid bli svært vanskelig i og med at det gjelder en bransjestandard. I tillegg vil det også være slik at det står banken fritt til ikke å følge bransjestandarden

dersom den strider mot bedre vitende på bankens side. Disse reglernes anvendelighet vil mao. være helt avhengige av det konkrete faktum til enhver tid og derfor lite egnet for drøfting på generelt grunnlag i denne sammenhengen.

Konstatert ugyldighet i medhold av Avtl. § 36, ville føre til en revisjon av selve rammevilkåret, men ikke få følger for utformingen av de avtalefestede endringsreglene. Oppgaven til endringsreglene i standardavtalen er jo bare å skaffe dobbelthjemmel, evt. gi kunden bedre betingelser enn det loven sier. Ordlyden i de avtalefestede reglene vil med andre ord aldri kunne få blitt urimelig iht. Avtl. § 36. Og når en har et dobbelthjemmelskrav, vil det jo nødvendigvis bli slik at avtalen utformes for å sikre at det er dekning for det loven tillater - med god margin. (At et dobbelthjemmelskrav kan skape mer forvirring enn tydelighet er svært uheldig og formodentlig en utiltenkt effekt fra lovgivers side.)

For anvendelse av Avtl. § 36 på en enkelt transaksjon som er foretatt i medhold av standardavtalen, gjelder som forutsatt innledningsvis: At transaksjonen er foretatt i overensstemmelse med Finansavtaleloven, men allikevel er i strid med Avtl. § 36. En slik vurdering vil følgelig også være avhengig av det enkelte, konkrete faktum

Men nok en forutsetning for at endringsvilkårene skal utgjøre et rettsgrunnlag, er at de er vedtatt. Dette etter slutning fra Avtaleloven generelt, samt allmenne, kontraktsrettslige prinsipper.

Det formelle krav til vedtak er i alle fall at vilkårene, som hovedregel, skal være skriftlige, jfr. § 48 annet ledd, hhv. § 46, første ledd, litra d. Et vilkår som ikke er tatt inn skriftlig, kan ikke uten videre gjøres gjeldende til skade for forbrukeren, jfr. § 46, tredje ledd, jfr. § 2, første ledd: Banken har da bevisbyrden for å godtgjøre at aksept foreligger.

For standardavtaler er det sterkere presumsjon for at det foreligger vedtakelse enn ved individuelt utformede avtaler. Presumsjonen blir enda sterkere jo mer aktivt avtaleområdet er, dvs. jo mer kjent standarden er.

I henhold til lovkommissjonens uttalelse i NOU, er avtalen allikevel ikke bindende før låntageren har hatt rimelig tid til å sette seg inn i dokumentene. Kravet er altså ikke at kunden faktisk har lest dokumentasjonen og skjønt innhold og konsekvenser, men at han skal ha hatt muligheten til det, ved å ha fått tilfredsstillende tid på seg. Ettersom det er banken som forfatter dokumentasjonen, synes det fornuftig å legge ansvaret for at kunden får rimelig tid på banken. På den annen side oppstilles det ikke noe krav om at banken insisterer på at kunden tar seg tid. Hva som er rimelig tid, må da avgjøres ved å legge hovedvekt på hva som generelt vil utgjøre rimelig tid, omstendighetene tatt i betraktning. Samtidig kan den enkeltes konkrete behov og forutsetninger også komme inn i bildet, selv om det at enhver låntager skal få nok tid vel ikke alltid vil være rimelig. Det vil jo gå en grense mot hvor lenge banken kan forventes å holde lånetilsagnet åpent, dersom en frist ikke konkret er avtalt.

Vanlig praksis synes å være at Gjeldsbrevsavtalen ikke presenteres kunden før i det øyeblikk samtlige dokumenter skal signeres. I det generelle kan det også stadfestes at renteendringsbetingelsene ikke utgjør noen del av bankenes markedsføring. Avtalen er heller ikke offentliggjort på annen måte.

Kunden kan derfor ikke gjøre seg kjent med avtalen på forhånd. Det betyr at Gjeldsbrevsavtalens innhold ikke er familiært stoff, særlig ikke for førstegangslåntagere. Dersom en skal kunne si at en annen gangs låntager er bedre rustet, er betingelsen at avtalen ikke har gjennomgått endringer i mellomtiden, men da vil det i sin tur trenge tid til å verifisere dette faktum.

Avtalemonopoliseringen betyr imidlertid at kunden settes i en dokumentasjonsmessig "take it and leave it"-situasjon uansett hvilken långiver som velges, så av den grunn kan det jo argumenteres for at "ingen tid" faktisk er rimelig tid.

Også det faktum at maksimumsgrensen for ufavorable endringer fastsettes av loven, gjør at det i realiteten ikke er noe stort poeng for kunden i å sette seg inn i Gjeldsbrevsavtalens særskilte endringsvilkår. Vedkommende er bedre tjent med å sette seg inn i loven, noe som, som utgangspunkt, vil være kundens eget ansvarsområde. Å orientere seg i loven er jo også noe som kan gjøres på forhånd. Banken vil antagelig forsøke å gjøre gjeldende, ved en eventuell aksepttvist, at låntageren burde ha satt seg inn i loven av eget tiltak, *før* avtale ble inngått. Det vanlige utgangspunkt er jo å legge til grunn at "rettslig villfarelse" ikke teller, dvs. at det å ikke vite om lovens eksistens eller innhold, ikke er noen unnskyldning. Dette prinsipp må imidlertid anvendes på plikt- eller forbudssubjektet selv, dvs. den part loven kan gjøres gjeldende overfor, som er banken - og ikke på den som avleder en rettighet og som i tillegg kan ha blitt forledet til å tro at loven er deklarasjonsakt. Begge deler må være utslagsgivende momenter i vurderingen av om det foreligger sannsynlighetsovervekt for at låntageren faktisk har vedtatt avtalen.

Det som blir særlig viktig for låntageren under omstendighetene, er også å vite noe om hvordan den enkelte bank *praktiserer* vilkårene i avtalen. Når konsekvensen av avtalen er at den reelle konkurransen mellom bankene lett kan smugles over på driftssiden, vil låntageren være tjent med å vite noe om hvordan den enkelte långiver har benyttet endringsadgangen i et historisk perspektiv. Dette er det ingen norske banker som gir konkrete opplysninger om, eller bruker i den generelle markedsføringen. Det kan faktisk by på problemer å utlevert en kopi av standarden av bankene hvorved det også vil bli vanskelig å få verifisert at endringsvilkårene faktisk *er* likelydende innen bransjen. I tillegg finnes det ingen nøytrale statistikker mht. hvilke banker som kommer best ut på driftssiden i Norge. Ved nettundersøkelser vil en kunde imidlertid oppdage at skandinaviske banker gir slik informasjon i Sverige, mens de samme bankene ikke gjør dette i Norge<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> <http://www.nordea.se/sitomod/default/index.aspx?pid=783952>

Gjeldende Låneavtale, slik beskrevet punkt 3.2 over, representerer "modalavtalen". Likesom det er fullt lovlig å fravike loven når dette er til låntagerens fordel, jfr. antitetisk tolkning av § 2, første ledd og forsåvidt situasjonen er helt parallell, må vel også § 4, femte ledd kunne tolkes antitesisk: Bruk av fremmed rett kan også avtales, dersom dette medfører et sterkere vern for låntageren enn det som følger av norsk lov.

Her kan det være på sin plass å gi en pekepinn på hva EU-konkurransen kan tilby både hva gjelder hva som er regulert i lov og hva som tilbys mht. sikring av drifts- og dokumentasjonsrisikoen (for originaltekster, se Vedlegg G):

#### *Nederland<sup>8</sup>*

Beregningen av pantelånsrenten (de hypotheekrente) er i sin helhet regulert og offentlig kvotert ved den nederlandske bank. Det også mulig å knytte lån til Euribor-renten når lånebeløpet er større enn EUR 100.000 (dvs. ca. NOK 1 million), forutsatt at lånet ikke avdras. Prisen for lånet blir da Euriborrente (flytende del) + margin (fast del). Marginen blir individuelt fastsatt ved start.

I Nederland knyttes "avdragsfrie lån" til en kapitalkonto som bygges opp med suksessive innskudd tilsvarende de beløp som skulle ha vært avdratt. På den måten kan låntageren gjennom hele lånets løpetid dra fordel av funding fra et pengemarked hvor det bare handles i større beløp.

#### *England<sup>9</sup>*

Herav går det fram at renteflyten hovedsakelig knyttes opp mot Standard Variable Rate, Tracker rate (EU's sentralbankindeks for Euro eller pund) eller Libor (London Interbank

---

<sup>8</sup> <http://www.abnamro.nl/nl/particulier/hypotheeken/rentetarieven.html>: de rentevariant

<sup>9</sup> [http://www.personal.barclays.co.uk/BRC1/jsp/brcccontrol?site=pfs&task=articleFWgroup&value=8735&target=\\_self](http://www.personal.barclays.co.uk/BRC1/jsp/brcccontrol?site=pfs&task=articleFWgroup&value=8735&target=_self)  
<http://www.personal.barclays.co.uk/BRC1/jsp/brcccontrol?task=articlegroup&site=pfs&value=6228&menu=4804>

Offered Rate ) - alle offentlig kvoterte indekser. SVR *kan* kvoteres pr. bank eller "loan association", men dersom kunden velger dette, vil valget i fall være bevisst.

Den engelske konsumentportalen er verdt å merke seg<sup>10</sup>: Låntager anbefales generelt å forsikre seg om at marginen ikke vil endres, samt å få dokumenterte opplysninger om hvordan banken har oppført seg mht. rentejusteringer tidligere.

### *Frankrike*<sup>11</sup>

Også her fastsettes rentenivået av sentralbanken. Men om det er en styringsrente eller en pengemarkedsrente som fastsettes, lyktes det ikke å finne ut av. Rente for "kort-termin"-penger indikerer imidlertid at det er en pengemarkedsrente som bestemmes. En styringsrente ville ikke være terminbestemt.

### *Tyskland*<sup>12</sup>

Mange forskjellige lånetyper å velge mellom, både mht. til sikring og valg av renterisiko, samt mht. nedbetaling. Tilbudene er like konkrete og oversiktlige mht. driftsrisiko som de nederlandske tilbudene.

Om EU-konkurransen (bortsett fra Sverige og muligens Danmark) er reell, er vel tvilsomt, språk- og kunnskapsbarrierer tatt i betraktning. Selv om utenlandske banker har full tilgang til norske kroner i NIBOR-markedet, slik at låntageren kan få sitt boliglån i norske kroner uansett hvilken nasjonalitet banken har, vil disse bankene måtte tillates å markedsføre seg på norsk fra sine seter i utlandet, samtidig som de ville måtte innordne seg norsk lovgivning mht. pant, dekning og tvangsinn drivelse.

---

<sup>10</sup> <http://www.hud.gov/howarms.cfm>

<sup>11</sup> <http://particuliers.creditlyonnais.fr/25-35-ans-bonnes-raisons-devenir-propretaire/devenir-propretaire/emprunt-immobilier-taux/>

<sup>12</sup> <https://www.dresdner-privat.de/>

Sannsynligheten for at en boliglåntager skal lykkes i å forhandle seg fram til særlig store begrensninger i bankens endringsadgang ved å "true" med EU-konkurrenter, er nok ikke stor. I alle fall ikke foreløpig. Men på bakgrunn av kunnskaper hentet fra EU-markedet, vil kunden allikevel kunne oppnå at det blir gjort presiseringer og konkretiseringer fra bankens side, som kan ha til følge at banken frivillig innskrenker endringsadgangen.

Kunden må altså få tid på seg til å kunne gjøre undersøkelser og foreta et reelt valg mht. dokumentasjons- og driftsrisiko. Fra og med det tidspunkt Gjeldsbrevsavtalen foreligger for låntageren, vil en ukes tid på å finne ut av dette i alle fall ikke være for mye tid, forutsatt at låntageren har internett. Ellers kan det være vedkommende i alle fall vet å bruke, eller kjenner noen som vet å bruke internett. Jo dårligere orienteringsforutsetninger låntageren har, jo strengere må kravet til rimelig tid bli.

Dersom låntageren positivt har gitt uttrykk for at vedkommende ikke trenger, eller ikke vil ha, tid på seg, så vil dette svekke kravet til "rimelig tid" tilsvarende.

At det foreligger aksept for endringsvilkårene, eller snarere for de mulige konsekvensene, er følgelig ikke nødvendigvis et "fait accompli". Dette blir å avgjøre ut i fra de ovenfor nevnte kriterier. Det ville allikevel, av generelle klarhets- og tydelighetshensyn i forbrukersammenheng, være hensiktsmessig å fastsette et visst antall dager som et minimumskrav til "rimelig tid" fra og med det øyeblikk Gjeldsbrevsavtalen blir gjort tilgjengelig, f.eks. 10 dager. Å etablere en slik standard her, vil selvfølgelig være å gå for langt, men 10 dager synes i alle fall å være rimelig sett fra begge sider.

### 3.5 Delkonklusjon

Etter mitt skjønn, tilfredsstillende ikke Låneavtalen, sett under ett, kravet til skriftlighet slik forutsatt i Finansavtalelovens § 48, første ledd. Gjeldsbrevsavtalens rammeklausul er på sin side ikke lovlig ut i fra et samfunnsrettslig perspektiv. Avtalens endringsregler er enn



videre ikke gyldige i et privatrettslig perspektiv dersom de presenteres først i det øyeblikk de skal underskrives.

Utgangspunktet for den videre drøftelsen er imidlertid at det ikke finnes tilblivelsesmangler - ei heller individuelle tilpasninger fra start av. Det er "modalavtalen" som legges til grunn før endringer drøftes, dvs. Standardtilbud og Gjeldsbrevsavtale - til sammen Standardavtalen. Om det er hjemmel i avtalen for anvendelse av de ferdigtolkede lovregler, vil bli tatt opp suksessivt ettersom lovens vilkår blir klarlagt.

## **4 Finansavtalelovens endringsregler**

### **4.1 § 49, første ledd - Hovedregelen om enighet**

*"Er partene enige om å endre Låneavtalen, gjelder §§ 46 og 48 tilsvarende så langt de passer."*

Hovedregelen i norsk lov er at avtaler skal komme i stand ved frivillighet, dvs. enighet, slik lovfestet i NL, Art. 2 - og at de skal holdes. I konsekvens følger det da at også når avtaler skal endres, må dette, som hovedregel, skje ved enighet.

Når en regel som henviser til dette grunnprinsipp, er formulert i § 49, første ledd, og står først i et sett med endringsregler, er det for å understreke at også prisendringer primært skal skje ved enighet selv om det finnes muligheter for anvendelse av ensidig endringsrett.

Dette er poengtert i NOU: "Etter at låneavtale er inngått, er utgangspunktet at avtalen ikke kan endres ensidig av en av avtalens parter, uten den annens samtykke."

Om det *i det rent praktiske* er snakk om en hovedregel, har både en kvantitativ og en kvalitativ side. Med kvantitativ menes hvor ofte brukes regelen om enighet og med kvalitativ menes hvor sikker er enigheten, dvs. hvor enkel er hovedregelen å "komme unna".

§ 49, første ledd gjelder alle typer endringer, f.eks. endring av lånebeløp eller justering av løpetid, osv. Drøftelsen i det følgende vil kun omhandle prisendringer eller endringer som kan få prisendringer til følge.

#### 4.1.1 Den kvantitative siden

Om § 49, første ledd i praksis fungerer som noen hovedregel på dette området, er vel tvilsomt. Kvantitativt skjer langt de fleste prisendringer i ly av unntaksreglene.

Dette gjelder ikke bare de rene renteendringer, men i praksis også når banken omsegmenterer kundemassen. Det blir da sendt meldinger av forskjellig karakter til låntageren, f.eks. om at vedkommende på grunnlag av sitt bestående engasjement nå er blitt bli "totalkunde" - eller at engasjementet kvalifiserer til å få en eller annen produktpakkebetegnelse.

Det at banken *kan* foreta ensidige endringer, betyr imidlertid ikke at den *skal*. Et endringsvarsel er jo i seg selv en invitasjon til reaksjon. Dersom motparten har gode argumenter for at endringer ikke bør iverksettes eller har forslag til andre løsninger som ivaretar gjensidigheten i avtaleforholdet på en bedre måte (f.eks. tilby ytterligere sikkerhet til banken og derved unngå en prisøkning for seg selv), kan det, dersom banken blir stående på sitt, argumenteres for at den bedre måten burde ha vært valgt. Hvis den bedre måten burde ha vært valgt, innebærer dette at banken ikke hadde hjemmel, eller i alle fall utilstrekkelig hjemmel, for å kunne foreta en ensidig endring. Dette ut i fra ulovfestede regler om rimelighet og lojalitet i kontraktsforhold.

Stort sett vil det imidlertid være låntageren selv som tar initiativ til forhandlinger. Grunnlaget vil da være endrede forhold på kundens egen side, som enten er egnet til å avverge av en prisøkning i medhold av endringsreglene i Gjeldsbrevsavtalen, eller som kan avstedkomme en prisnedsettelse i forhold til Standardtilbudet.

I det praktiske kan en derfor si at enighet ikke er hovedregelen når banken ønsker endringer, men at enighet er hovedregelen når låntageren ønsker endringer, i og med at denne ikke har noen avtalt eller lovfestet endringsrett på sin side.

Om enighetsprinsippet ved prisendringer overhode skal ha noen selvstendig betydning for låntageren, vil imidlertid være avhengig av om han er i besittelse av de instrumenter som er nødvendige for å kunne fremsette forslag, evt. krav om prisnedsettelse overfor banken.

Slike instrumenter eller kontrollfaktorer på boliglåntagerens side, vil generelt være markedskunnskap, egen markedskraft, kunnskap om motpartens fagområde og styrken på kontakten mellom partene - enten hver for seg eller i kombinasjon. Godt fungerende markedskraft, vil f.eks. kunne gjøre de to andre faktorene overflødige.

En tiltrekkende og lønnsom kunde som representerer en reell "fluktrisiko", vil kunne oppnå mye ved forhandlinger, f.eks. også overbevise banken om at den ikke nødvendigvis bør gjøre sin rett til å sette renten *opp* gjeldende, noe som da vil representere et prisavslag i forhold til tilsvarende lån i den øvrige kundemassen.

For den innelåste kunde vil enighetsprinsippet motsetningsvis ha svært liten verdi. Banken vil stort sett vite - det være seg fordi den har oversikt over kundens lønns- og sparekonti eller kan dra en slik slutning på grunnlag av logiske resonnementer, hvilke kunder som til enhver tid er innelåst. Det er ikke bare etableringsgebyr og tinglysningsgebyrer som representerer en økonomisk terskel mot å bytte långiver; i tillegg kommer f.eks. prisen for ny takst. Krav om ny takst vil selvfølgelig også representere et hinder når det gjelder å initiere forhandlinger med egen bank.

Det totale antallet endringer som skjer ved enighet er følgelig alt for lite til at en i praksis kan kalle § 49, første ledd noen kvantitativ hovedregel.

#### 4.1.2 Den kvalitative siden

Selv om en forbruker i utgangspunktet ikke har lov til å avtale seg vekk fra sitt lovmessige vern, jfr. Forbrukerkjøpsloven § 3 (Lov 21 juni 2002, Nr. 34), så har han allikevel anledning til å gå med på endringer underveis som reelt sett er til hans ugunst (sammenlignet f.eks. med hva en ikke innelåst kunde kunne ha oppnådd) ut i fra innfallsvinkelen "litt er bedre en intet" - jfr. også den frie adgangen til å forlike tvister. En innelåst kunde vil lett kunne bevegges til enighet på denne måten.

Gitt at en økning i sikkerheten jfr. Standardtilbudet ville medført en rentereduksjon på 0,40 % dersom lånet ble inngått i dag, mens den angjeldende låntager bare oppnår 0,15 % reduksjon på sitt bestående lån. Dersom vedkommende pr. enighet tar til takke med dette, vil det ikke senere kunne reklameres i sakens anledning. En slik enighet vil overstyre vilkårene i Standardtilbudet. Banken kan på tilsvarende vis, f.eks. ved enighet om at den bestående kunden skal få 0,45 %, dvs. 0,05 % bedre betingelser enn det en ny kunde ville få, avskjære seg selv muligheter til å endre dette tilbake senere.

Kravene til aksept vil gjøre seg gjeldende ved den enkelte reforhandling, like så vel som for avtaleinngåelsen i utgangspunktet. Kravet til "tenketid", vil ikke bli drøftet på nytt på dette nivået, selv om en kan tenke seg situasjoner hvor det kan gjøres gjeldende at kunden ikke har fått nok tid også i en reforhandlingssituasjon. Begrepet aksept kan deles inn i to forskjellige elementer: Materiell aksept som kan oversettes med reell enighet og formell aksept som gjelder krav til akseptens utforming.

I det følgende vil det bli vist hvor komplisert avtalebildet faktisk er og følgelig også hva det til enhver tid kan slås fast at det er enighet om. På dette grunnlaget forskutteres følgende konklusjon: Regelen om enighet er i praksis heller ikke noen kvalitativ hovedregel.

#### 4.1.2.1 Er det enighet...

Typisk for forhold som tas opp på enighetsnivå i driftsfasen, er at de faller utenfor Standardavtalen: Enten finnes det ikke hjemmel, eller det er utilstrekkelig hjemmel for ensidig endring fra bankens side, eller så er låntageren kommet i en posisjon som setter vedkommende i stand til å forbedre sin avtalemessige situasjon både mht. til Standardtilbudet og/eller mht. Gjeldsbrevsavtalen. Reforhandling vil, som hovedregel, resultere i individualisering.

Utenfor standarden kan det, som utgangspunkt, ikke være presumsjon for enighet. Følgelig heller ikke når det forfattes nye tilleggsvilkår eller ved revisjon av bestående vilkår, selv om de nye vilkårene er reflektert skriftlig. Om vedtak foreligger i materiell forstand, vil bli å bedømme ut i fra graden av "viten og vilje" hos partene.

Egentlig er det slik at § 48, tredje ledd legger bevisbyrden på banken når det gjelder å godtgjøre hva det i realiteten er enighet om. Med "godtgjøre" menes at det må være kvalifisert sannsynlighet for at banken skal få medhold i en tvist<sup>13</sup>. Men slik det ser ut, gjelder dette bare der hvor de reforhandlede avtaleelementer ikke foreligger skriftlig.

For skriftlige avtaleelementer vil det da ikke kreves annet enn vanlig sannsynlighetsovervekt. På den annen side vil det pga. forbrukervernshensynet, ikke være urimelig om sannsynligheten for at reell enighet er tilstede, kreve noe mer enn 51 % sikkerhet også for skriftlige avtaleelementer. Men for såvidt det her gjelder bevis for materiell enighet, vil

---

<sup>13</sup> Jo Hov. Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II. 2. utg. 2002. Papinian. Oslo, s. 193

anvendelse av avtaletolkningsprinsippene i forbrukerforhold ivareta et slikt hensyn på egen hånd.

Noen praktisk betydning har bevisbyrderegelen ikke hatt så langt, dersom det ses hen til Bankklagenemndas boliglånssaker. Det har ved flere anledninger vært reist tvil om hva som var avtalt, men nemnda har ikke kommentert at det finnes noen bevisbyrderegel. Når banken henviser til hva som var Standardtilbudet på angjeldende tidspunkt, ser det ut til at nemnda uten videre legger dette til grunn. Men ettersom individualisering (enten dette skjer i etableringsøyeblikket eller ved reforhandling) nettopp har til hensikt å modifisere standarden(e), må dette etter mitt skjønn være feil.

Slik nevnt, vil det kunne reises tvil om innholdsmessig enighet eksisterer selv om vilkåret er skriftlig. Så enten det er gjort muntlige eller skriftlige avtaler, vil avtaleelementet måtte vurderes ut i fra vanlig kontraktstolkningsmetode på angjeldende område, når det gjelder å etablere hva det faktisk er enighet om.

Det primære spørsmål vil da bli hva de nye elementene og følgelig den nye avtalen konkret omfatter. Blir f.eks. det generelle Standardtilbudet på reforhandlingstidspunktet automatisk en del av den reforhandlede avtalen? Banken kan f.eks. ha endret segmenteringskriterier mellom det forrige og det nye avtaletidspunkt: Det banken opprinnelig kalte en a-kunde kan ha blitt omdefinert til nå å hete stjernekunde med tilhørende konseptuelle endringer som kan få innflytelse på prisen.

Utgangspunktet må være at det *bare* er de punkter som konkret tas opp til forhandling som blir gjenstand for ny avtale. En kunde som etterspør rabatt ene og alene pga. økt eieomsverdi, vil få en risikorabatt - ikke en kundestatusrabatt. En kunde som søker rabatt fordi han ut i fra det generelle tilbudet ser at han tilfredsstillt kravene til å være stjernekunde og gjerne vil bli en slik, vil motsetningsvis avtale seg inn i et stjernekunde-forhold med kundestatusrabatt.

Et sted midt i mellom de klare tilfeller, ligger følgende: Banken innfører en terskelordning - f.eks. at lån over et visst beløp har billigere rente en lån under. Kunden, som har et lån under terskelen, oppdager dette og ønsker å øke lånebeløpet for å oppnå den rentemessige fordel. Samtidig med innføringen av terskelen, ble låntagere med lån over terskelen omdøpt til stjerne kunder i markedsføringen, mens angjeldende kunde i utgangspunktet var en a-kunde. Er kunden ved reforhandlingen blitt en stjerne kunde, eller er han en a-kunde med terskelrabatt? Av konkretiseringshensyn, bestemmes det at å være a-kunde med terskelrabatt er mer pris- og bindingsmessig fordelaktig for kunden i det lange løp, enn det å være stjerne kunde. (Det kan vel generelt antas at bankenes inntjeningsstrategier blir mer og mer sofistikerte, slik at det alltid vil være det sist utviklede tilbudet banken er best tjent med.)

Forsåvidt det er kunden selv som tar initiativ, er det jo gitt at det foreligger vilje til å foreta en avtaleendring, men hvor grensene for den nye avtalen går, må bli gjenstand for tolkning.

Hvilke tolkningsdata (meninger, begrunnelser, situasjon og omstendigheter, etc.) som foreligger, blir hovedsakelig avhengig av en konkret vurdering av partenes påstander og bevisførsel.

I denne sammenhengen vil et moment kanskje kunne være å vurdere hvilke krav som med rimelighet kan stilles til kunden om å følge med i bankens markedsføring og holde rede på hva som til enhver tid er bankens Standardtilbud. Burde kunden selv positivt ha reservert seg mot å bli gjort til stjerne kunde, jfr. ovenstående eksempel, i endringsøyeblikket?

Banken kan nok argumentere for en slik innfallsvinkel og i *meget* spesielle tilfeller hvor det er et entydig, utvilsomt og synlig avhengighetsforhold mellom to prisingselementer i markedsføringen i det øyeblikk avtalen endres, kan en slik knytning tillegges vekt. Jeg har imidlertid vanskelig for å finne noe konkret eksempel på en slik situasjon - annet enn den allerede allment aksepterte pris/risiko konstallasjonen. Og dersom en ser på konsekvensene av å oppstille et slikt orienteringskrav i det generelle bildet, vil den vanlige forbruker

bli enda mer utsatt enn hva vedkommende allerede er: Kravet vil jo i realiteten bli at boliglåntageren må ta konkrete forbehold til egen beskyttelse ved en enhver reforhandling. Dette betyr at lojalitetsbegrepet uthules, noe som ikke kan være en ønskelig utvikling sett fra lovgivers side: I en verden som blir mer og mer avhengig av spesialisering, hvilket i sin tur fører til monopolisering av kunnskap, må lojalitetskravet heller skjerpes. Det er jo på bakgrunn av dette hensynet at lovgiver har nedfelt både opplysnings- og frarådingsplikt, jfr. §§ 46 og 47, selv om ingen av disse reglene konkret dekker akkurat den nevnte problemstilling.

I tillegg må følgende tolkningsprinsipp legges til grunn i forbrukersammenheng: Avtalen tolkes mot den som har utformet vilkåret, mot den som er mest kyndig i forholdet og mot den som har mest å vinne på kontraktsvilkåret<sup>14</sup>. Disse momentene vil kunne trekke i hver sin retning alt avhengig av situasjonen. Det er jo f.eks. ikke helt utenkelig at forbrukeren faktisk har god fagkunnskap og har brukt den med list, men generelt vil det være banken som trekker det korteste strå på alle tre punkter. Subsumert på eksempelet over, vil det følgelig bli slik at kundens nye avtale gjelder "a-kunde med terskelrabatt".

Hva som objektivt sett fremstår som rimelige forventninger hos partene, vil også komme inn i bildet ved tolkningen - særlig i mangel av beviser, men også i tillegg til beviser. Gitt at banken setter opp renten igjen for a-kunden med terskelrabatt, i det øyeblikk lånesaldoen på nytt kryper under terskelen, som følge av ordinær avdragsbetaling. Banken mener at det framgår forutsetningsvis av avtalen at den kan gjøre dette, i og med at begrunnelsen for den stipulerte grensen er at lån under terskelen (små lån) er mindre lønnsomme enn lån over (større lån). Dette lyder jo svært plausibelt: Å selge mye er mer lønnsomt enn å selge lite - den allmennvedtatte sannhet bak kvantumsrabatt i alle sammenhenger. Men salget er jo på dette nivået allerede foretatt og at boliglån nedbetales slik at alle blir små til slutt, kan umulig komme som noen overraskelse for banken. Derfor kan banken ikke ha noen

---

<sup>14</sup> Boe, Erik. Innføring i Juss, Juridisk tenkning og rettskildelære. Oslo 1996. Kap. 22.43, side 377



berettiget forventning om at det skulle være avtalt at den skal få kompensasjon for at "ulønnsomhet" inntretr på et visst saldonivå.

I tillegg ble det jo nettopp avtalt en nedbetalings- og avdragsplan - skriftlig. I henhold til § 46, første ledd, litra c, (som også er ufravikelig) skal det der spesifiseres hva og hvor mye som skal betales over *hele* avdragsperioden. Dersom en renteforhøyelse tilsvarende rabattens størrelse ikke er reflektert i avdragsplanen i det øyeblikk lånesaldoen har nådd terskelen, har låntagere i realiteten bevis for at det er det motsatte som er den berettigede forventning: At kvantumsrabatten beholdes gjennom hele lånets løpetid.

Noen enighet om en prisøkning på grunnlag av terskelavtalen, vil derfor ikke være tilstede. Det vil motsetningsvis være avtalt at en slik følge *ikke* kan inntre. Derfor kan en slik endring heller ikke gjennomføres i ly av endringsreglene, selv om det skulle være slik at størrelsen på lån i seg selv kunne være et grunnlag som tilfredsstillende vilkårene for at banken kan foreta en ensidig endring, jfr. § 49, annet ledd.

Er det snakk om at låntageren har fått et tilbud fra banken, vil aksepten omfatte det tilbudet sier. Men gitt at bankens tilbud lyder som følger: "Vi har gleden av å informere Dem om at banken har lagt om sine kundebehandlingsrutiner og at De, etter en totalvurdering av Deres engasjement hos oss (sparekonto, lønnskonto og boliglån), tilfredsstillende kravene til å være stjernekunde. "Dette innebærer følgende fordeler for Dem", osv + liste over rabatter. "Vennligst returner dette brev i undertegnet stand, slik at vi kan iverksette rabattene så raskt som mulig". Kunden undertegner. Spørsmålet blir om det kan det være enighet om noe utover rabattene, f.eks. at rabattene trekkes tilbake dersom kunden ikke lenger tilfredsstillende kriteriene for å få dem. Eller at boliglånsrenten blir satt opp, som kompensasjon for at gebyrene settes ned, noe som slett ikke er utenkelig, jfr. eksempel i pkt 3.3.

I tilfelle ja på det første spørsmålet, må kriteriene ha vært konkret oppgitt i tilbudet. Ellers vil resonnetet mht. kundens "orienteringsansvar" ift. hva som er gjeldende Standardtilbud til enhver tid, få anvendelse. I tillegg er en slik kategorisering i realiteten en

terskelmekanisme á la kvantumsrabatt, slik at også dét resonnememntet må få anvendelse. I tilfelle ja på det andre spørsmålet, må endringsvarsel og ny nedbetalingsplan jfr. § 46, først ledd, litra c medfølge tilbudet. Hvis hverken kategoriseringskriterier eller ny nedbetalingsplan for boliglånet forefinnes, vil låntageren - dvs. a-kunden - ha en berettiget forventning om å beholde både sine rabatter og sin boliglånsrente uendret, forsåvidt angår virkninger av bankenes kontinuerlige omsegmenteringer og tilbudsendringer, for all fremtid.

Ellers vil det selvfølgelig kunne foreligge særlige vilkår for det enkelte produkt, f.eks. begrensninger på antall uttak i året fra sparekonto, etc., men dersom disse vilkår overskrides, må dette, etter mitt skjønn, behandles uavhengig av de til enhver tid eksisterende "kunderkonsepter", og i overensstemmelse med de produktrelevante kapitlene i loven.

Miste rabatter er imidlertid en ting - å bli ilagt straffekostnader er noe annet. En kan tenke seg at dersom kunden bryter pakken ved å flytte f.eks. sparekontoen til en annen bank, så blir konsekvensen *både* at rabattene forsvinner *og* at banken benytter anledningen til å sette prisen på boliglånet lånet opp. Denne situasjonen kan beskrives som følger: Med aksepten for a-kundestatus har banken i realiteten skapt en (ny) fordring på kunden, som når den ikke betjenes på ønsket vis, tilsvarer en misligholdssituasjon med rett til sanksjon. Dette er nok å gå langt utenfor det som kan anses som normale gjensidighetsvirkninger, slik at selv om en slik konsekvens til og med var gjengitt med tydelighet på forsiden av tilbudet, så må det nok gå en grense akkurat her for hva en forbrukerkunde kan tillates å avtale seg inn i, selv ved reforhandlinger.

En parallell - og en støtte for ovenstående argumentasjonen: Gitt at låntageren flytter selve boliglånet til en annen bank og derved får satt ned renten på sparekontoen, som er blitt værende igjen. Ved denne øvelsen vil lånet innfris og jfr. § 53, annet ledd, skal forbrukerkunden kunne innfri kostnadsfritt på ethvert tidspunkt: Ingen rente utover det som er påløpt kan kreves og, jfr. siste punktum: Ingen gebyrer kan kreves. Den opprinnelige tanken er at ingen *bruddkostnader*, dvs. kostnader for at banken blir sittende med over-

skuddslikviditet som følge av at fundingen ikke kan tilbakebetales før avtalt forfall, skal kunne kreves.

Nå er det vel slik at lovgiver ikke så for seg et mylder av bindingsmekanismer og pakkeløsninger på det tidspunktet loven ble til - noe som pr. i dag har ført til bruddkostnader i utvidet forstand, dvs. pakke- eller konsept- eller programbruddskostnader. Men ett av hensynene bak denne paragrafen må være at det ikke skal komme på flere kostnader enn de som allerede gjør flytte- eller innfrielsesterskelen for et lån (for) høy. Et annet hensyn er at det er kredittpolitisk uheldig å koble kostnader til innfrielse: Det som alltid sies, er i alle fall at myndighetene ønsker å oppmuntre til mer sparing og mindre låning. Forsåvidt alle de nevnte hensyn motarbeides når det ilegges "pakkebruddskostnader", må det antagelig kunne forsvares å anvende § 53, annet ledd analogisk og si at det i realiteten eksisterer et forbud mot å kreve erstatning også for pakkebrudd, der hvor pakken brytes ved at boliglånet innfris. Det samme må gjelde der hvor låntageren innfrir delvis, forsåvidt slik delinnfrielse også kan bety at pakkevilkårene brytes med konsekvenser for prisen i pakken.

#### 4.1.2.2 ...gjelder §§ 46 og 48 tilsvarende så langt de passer

For å få klarhet mht "gjelder tilsvarende", må reglene gjennomgås slik de gjelder fra start av, dvs. ved etablering. Slik skal de også virke i en reforhandlingssituasjon, men da "så langt det passer".

Når det gjelder bevis for at det foreligger aksept i formell forstand, har loven en hovedregel, nemlig § 48, første ledd, som sier at Låneavtalen, og det vil si hele Låneavtalen, skal være skriftlig. "Skal" gir ikke rom for tvil eller valgmuligheter, slik at det foreligger dokumentasjonsplikt.

På den annen side gis det anledning til unntak ved § 48, tredje ledd: "Et vilkår som ikke er tatt inn i Låneavtalen, osv." Unntaket uthuler på den ene siden § 48, første ledd ved å slå fast at også muntlige avtalevilkår allikevel *kan* eksistere mellom banken og låntageren.

Men unntaket må i alle fall være svært snevert, for det kan vanskelig tenkes en situasjon som gjør det umulig eller urimelig vanskelig å få et vilkår ned på papir.

På den andre siden legges bevisbyrden for aksept på banken, hvilket vil si at banken er best tjent med å sikre seg låntagerens underskrift. Da må det jo være noe å underskrive på, så følgelig er banken selv best tjent med å dokumentere også de vilkår som kommer i tillegg til dem som den uansett er pliktig til å skriftfeste iht. § 48, annet ledd.

§ 48, andre ledd: Hvem av partene som har dokumentasjonsplikt utover det som § 48, andre ledd, jfr. § 46, sier at banken må dokumentere, går ikke klart fram. Et spørsmålet blir da om § 48, andre ledd kan tolkes antitesisk, dvs. at bankens dokumentasjonsplikt opphører når § 48, andre ledd er tilfredsstilt. Dersom hele låneavtalen omfatter flere vilkår enn dem § 48, annet ledd lister opp, blir det da kundens plikt å dokumentere det resterende - eller beveger en seg over i de vanlige, kontraktsrettslige prinsipper, som sier at den får sørge for dokumentasjon som har størst interesse i etterprøvbarehet.

Slik allerede illustrert i pkt. 3.3, kan det nok ikke være tvil om at banken i alle fall legger denne tolkning til grunn: Hverken grunnlagene for, eller størrelsen på rabatter dokumenteres - ei heller visse andre betingelser som banken setter, blir dokumentert - i alle fall ikke av banken eller på bankens initiativ.

En slik skjønnsfrihet var det formodentlig ikke meningen å gi banken. Forbrukervernhensynet tilsier i alle fall at en slik tolkning ikke bør legges til grunn. Dessuten vil det, når det ikke konkret skal svares på et skriftlig tilbud, jo alltid være kunden som kommer til banken og da er det banken som har det nødvendige utstyr tilgjengelig for å kunne sette de reforhandlede punkter på papir. Det vil derfor være både rimelig og naturlig å legge dokumentasjonsplikten på banken.

I tillegg og som nevnt, kommer det faktum at banken har bevisbyrden for at det foreligger aksept også for muntlige vilkår, jfr. § 48, tredje ledd, og vil selv være tjent med å dokumen-

tere så mye som mulig. Det vil derfor ikke være å pålegge banken noe tungt og urimelig ansvar om det innfortolkes dokumentasjonsplikt også utover det § 48, annet ledd stipulerer.

Skulle banken derimot ved et hendelig uhell komme i skade for å forsømme dokumentering, vil det ikke nødvendigvis framstå som rimelig at den er ilagt slik plikt, hhv. bevisbyrde.

Ved enighet som følge av forhandlinger, er det også vanlig, som nevnt, å legge til grunn at den får sørge for skriftlighet, som har størst interesse av notoritet. At det er hensiktsmessig å sørge for etterprøvbarehet, er et så allment kjent faktum, at selv en forbruker kanskje ikke trenger noe ekstra, lovmessig vern i så måte.

Når det gjelder forbrukerlovgivning, er det imidlertid et særlig viktig hensyn at loven skal virke godt preventivt og være lett å håndheve for forbrukeren. Banken er overmektig på grunn av godets natur og mang boliglåntakere vil ikke føle seg komfortable med å *kreve* noe som helst. Dette er et hensyn som må få utslagsgivende vekt her, og disse interesser ivaretas utvilsomt best ved at den profesjonelle part ilegges hele ansvaret for å sørge for skriftlighet og at bankens dokumentasjonsplikt ikke opphører når § 48, annet ledd er tilfredsstilt. (I en tvist mellom to profesjonelle parter, hvor § 48 er deklarasjonsplikt, ville konklusjonen nok blitt den motsatte, nemlig at § 48, annet ledd var uttømmende.)

Men om plikten "gjelder tilsvarende", jfr. § 49, første ledd, ved reforhandlinger, vil være avhengig av hva "så langt de passer" betyr. Vilkaoret omskrives til å lyde "så langt *den* passer", fordi det er § 48 som blir behandlet i denne sammenhengen og den tar opp i seg § 46, jfr. § 48, annet ledd. Som hjelpeord og innfallsvinkler med hensyn til hva "passer" innebærer, brukes mulig, ønskelig og nødvendig.

Heller ikke i en reforhandlingssituasjon er det lett å tenke seg at de objektive omstendigheter skulle være sådanne at det ikke er mulig å sette innholdet av en avtaleendring ned på papir. Det måtte i tilfelle dreie seg om brann i banklokalene eller data-crash eller

tilsvarende, men slike hindringer vil jo opphøre og da vil det igjen passe. Det er ellers ikke noe i veien med å skrive for hånd. Hindringer vil bare ha utsettende og ikke utslettende virkning på dokumentasjonsplikten.

Det kan derimot klart forekomme at vilkårene er av en slik karakter at det av innholdsmessige grunner ikke er ønskelig å skriftfeste dem. Fra bankens side passer det naturlig nok dårlig å konkretisere rabattgrunnlag og beløp, fordi det da kan bli vanskelig, eller sågar umulig, å fjerne dem igjen i ly av endringsadgangen. Det vel gjerne heller ikke særlig heldig å ha på trykk at det er blitt "avtalt" direktetrekk fra lønnskonto, tatt i betraktning at rammevilkåret i Gjeldsbrevsavtalen lyder som det lyder, hvorved kunden hensettes i den tro at det er umulig å tilbakekalle direktetrekket i medhold av Finansavtaleloven, § 26, sjette ledd.

Kanskje det heller ikke alltid er ønskelig å dokumentere at risikorabatt er blitt innvilget på basis av et krav om *ny* takst. Noen annen begrunnelse for kravet enn å øke reforhandlings terskelen for kunden, vil nemlig sjelden være tilstede. Banken må på kontinuerlig basis og for egen regning sørge for å ha en relativt detaljert oversikt over eiendomsverdiene tilknyttet sin utlånsportefølje på grunn av rapporteringskrav. Dersom den hadde vært bekymret for, eller hadde måttet rapportere med hensyn på vedlikeholdsstatus, ville den ha krevd slik dokumentasjon av låntageren på regelmessig basis - ikke bare når det synes hensiktsmessig som "mottrekk". Dersom det er låntagerens egeninnsats som har bidratt til verdiøkningen, vil det, på den annen side, ikke være urimelig å kreve en ny verdifesting. Men i det store flertall av tilfellene, vil det å kreve ny takst når lånet er i drift, bare være å utnytte det faktum at kunden måtte ha presentert ny takst om vedkommende skulle ha etablert lånet på nytt i annen bank.

I en reforhandlingssituasjon vil det i tillegg gjerne være slik at "tid er penger". Dokumentasjonsjobben anses utført ved etableringen. Salget er foretatt og avtalen i havn - deretter er det standardbehandling som gjelder. Krav om å skriftfeste individualisering, f.eks. en oppnådd rabatt underveis, kan tenkes å bli møtt med følgende utsagn (som ikke bare gjelder

for bankbransjen, men som etter hvert er blitt et generelt fenomen): "Nei, det er ikke systemet lagt opp til, og du vil jo se at beløpet er blitt mindre ved neste terminbetaling"

Faste praksiser og automatisering etablert på bankens premisser, kan ikke tillegges vekt på som momenter i vurderingen av hva begrepet "så langt den passer" inneholder. Snarere indikerer dette at vernebehovet sett fra forbrukerens ståsted er større enn det som kanskje er vanlig antatt. Dersom subjektive forhold skal være en innfallsvinkel til tolkningen av "så langt den passer", er forutsetningen at partene er likeverdige og er gjensidig inneforstått med at dokumentasjon ikke er ønskelig.

Med grunnlag i eliminasjonsmetoden, kan "så langt de(n) passer" ikke kan ha annen betydning enn å si at det bare er vilkår i låneavtalen som kommer til, endres eller blir borte ved reforhandlingen, som det er nødvendig å dokumentere. Vilkår som ikke tekstmessig er endret (selv om de påvirkes), er det ikke nødvendig å dokumentere på nytt og på nytt.

Således gjelder § 48 og dokumentasjonsplikten på samme vis ved reforhandlinger, som ved etablering - uten andre innskrenkninger på reforhandlingsnivå enn at låntageren vil måtte klare seg med - men samtidig også ha krav på - løse ark til å vedlegge den opprinnelig avtalen.

#### 4.1.3 Den endrede Låneavtalen

Når endringer skjer ved enighet, vil det være skjedd en avtalerevisjon og det vil bli etablert et nytt avtaletidspunkt. Nye avtaletidspunkter kan følgelig opprettes gjennom hele lånets løpetid. Ved hver eneste reforhandling vil boliglånstageren ha krav på samme lovmessige beskyttelse som vedkommende hadde ved etableringen. Reell enighet mellom partene vil avskjære muligheten for reklamasjon mht. det element det foreligger enighet om.

Når banken legger om sine kundebehandlingsrutiner, produktspektre og tilbud og gjør det hele gjeldende også overfor sine eksisterende kunder, men uten å gjøre konkret og tydelig

oppmerksom på hvilke prismessige følger dette kan få ved bevegelser i den enkelte kundes engasjement, er endringen ensidig, og det er etter mitt skjønn ikke opprettet noe avtale-tidspunkt.

Når banken gjør de ensidige endringer som den klart er berettiget til, forekommer det heller ikke logisk å si at det opprettes nye avtaletidspunkt. *Rammene* for endringsad-gangen er jo allerede avtalt og det ligger også i forutsetningene at slike endringer, som hovedregel, ikke skal være permanente, jfr. § 49, annet ledd, siste setning. Selv om også ensidige endringer skal reflekteres skriftlig når de omfatter elementer som omhandlet i § 46 og derfor blir en del av Låneavtalen, jfr. § 48, første ledd, første setning, er det allikevel ikke naturlig å se på f.eks. en ny avdragsplan som følge herav, eller på endringstidspunktene som sådanne, som skapere av ny(e) avtale(r), hhv. avtaletidspunkt.

For alle praktiske formål og særlig i reklamasjonsøyemed, vil det i alle fall være hensikts-messig å benytte to forskjellige begreper, nemlig avtalenivå og endringsnivå, hhv. avtale-tidspunkt og endringstidspunkt.

#### 4.2 § 49, andre ledd

*"I en Låneavtale med en forbruker kan ikke långiveren forbeholde seg rett til ensidig å endre lånevilkårene til skade for forbrukeren, med unntak av økning av rentesats, gebyrer og andre kostnader. Forbeholdet skal angi betingelsene for at endring kan foretas.*

*Endring av lånevilkårene etter leddet her, kan bare iverksettes dersom endringen er saklig begrunnet. Kongen kan fastsette nærmere regler om betingelsene for endring til låntakerens skade."*



#### 4.2.1 Vilkår: Renter, gebyrer og andre kostnader

Så lenge det er tatt forbehold i Låneavtalen, dvs. at dobbelthjemmels- og opplysningskravet er tilfredsstilt, kan banken endre rentesats, gebyrer og andre kostnader. (Jeg kommer ikke inn på unntaket i § 48, femte ledd)

For en del år tilbake fantes det ikke noen annen benevnelse på boliglånskostnader enn rente. Prisingselementer som pr. i dag er skilt ut i gebyrer, utgjorde opprinnelig en del av renten. Ved innføringen av denne oppsplittingen, gikk den gjenværende renten imidlertid ikke tilsvarende *ned*. For det første hadde en da med en generell prisøkning å gjøre og for det andre endret innholdet i begrepet "avtale om flytende rente" seg til i realiteten å bli en "avtale om flytende pris". Denne prinsipielle endringen i hvilke elementer boliglånskostnaden skulle bestå av, skjedde lenge før Finansavtaleloven kom, men er videreført i denne i det "renter, gebyrer og andre kostnader" ikke gir noen begrensning mht. antall eller type elementer den totale boliglånskostnaden kan deles opp i.

Forbrukerrådet uttrykte for drøyt et års tid tilbake (artikkelen er nå tatt vekk fra sidene og jeg tar forbehold om at jeg husker rett) følgende bekymring: Dersom bankene skulle måtte sette renten ned som følge av sterkere myndighetsregulering, så ville dette medføre en økning i gebyrene isteden. Dette er også et uttrykk for følgende: Jo mer av lånekostnadene som skilles ut i fra og gis en annen betegnelse enn rente, jo mindre kontroll vil Norges Bank ha med det totale kredittbildet og "temperaturen" i norsk økonomi. En god del av kontrollen med det *reelle* kostnadsnivået på boliglån (og kreditter generelt) vil på denne måten bli overført til låntagerne, og vil derved være helt avhengig av i hvilken utstrekning denne eller disse ønsker eller formår å utføre slik kontroll, ved f.eks. å gjøre loven gjeldende. (Det kan mao. se ut til å være grunn til bekymring både på samfunnsmessig og forbrukervernmessig nivå.)

Om det er renter, gebyrer eller andre kostnader som er gjenstand for ensidig endring, er imidlertid, som utgangspunkt, uviktig. Men vilkårene i § 49, annet ledd, må være oppfylt

uansett betegnelse ut mot kunden og hva slags type kostnad det er snakk om, vil kunne bli en faktor i selve saklighetsvurderingen.

#### 4.2.2 Vilkår: Lånevilkår

Det kan etter mitt syn ikke være noe tvil ut i fra paragrafens ordlyd om at rentesats (eller pris, generelt) er et lånevilkår, dvs. at en endring i prisingen vil representere en endring av lånevilkårene. På den annen side kan det kanskje argumenteres med at "flytende pris" er vilkåret, slik at når prisen da faktisk flyter, så representerer ikke dette noen endring av lånevilkårene.

Men dersom et slikt syn legges til grunn, vil § 49, annet ledd aldri kunne komme til anvendelse. Dersom endringen imidlertid skjer innenfor det avtalte, henholdsvis tillatte, så vil det ikke være skjedd noe *brudd* på lånebetingelsene, men dette kan selvfølgelig først konstateres når spørsmålet er prøvd.

En endring fra f.eks. 4,20 % til 5,15 % i den globale renten vil derfor representere en endring i lånevilkårene, likesom en avtalt terskelpris som øker fra f.eks. 0,10 % til 0,20 % vil medføre en endring i lånevilkårene - og § 49, annet ledd kan komme til anvendelse

Bankklagenemnda slutter seg imidlertid ikke til denne tolkningen, jfr. BKN-05048. Her økte den avtalte terskelprisen med 0,95 %, dvs. fra 0,20 % til 1,15 %, noe som etter nemndas syn ikke betydde at det hadde skjedd noen endring i lånevilkårene. I konsekvens ble det ikke foretatt noen saklighetsvurdering i medhold av § 49, annet ledd. En ser imidlertid at nemnda konstaterte at det ved lånets etablering ble avtalt at prisen på terskelen skulle være 0,20 %. Avtalte vilkår overstyrer loven dersom dette er til forbrukerens gunst, slik at en endring i dette tilfellet *i alle fall* representerte en endring av lånevilkårene.

I nevnte sak ser det ut til at økningen i terskelprisen var inkorporert i en generell økning av renten som var begrunnet med endringer i pengemarkedsrenten. Noen nærmere forklaring

på hvorfor Bankklagenemnda ikke så på terskelen som et selvstendig avtaleelement/lånevilkår, ble ikke gitt. Men pr. implikasjon må betydningen bli at kunden, etter nemndas syn, ikke hadde krav på særskilt begrunnelse for den delen av renteøkningen som var knyttet til *andre* forhold enn pengemarkedet, noe som i sin tur vel blir det samme som å si at kunden ikke har krav på spesifisert regning, hvorved vedkommende også fratras muligheten til å bedømme om angjeldende del av prisøkningen er saklig.

Ved andre typer abonnementsavtaler, f.eks. mobilabonnement, vil den totale abonnementsprisen bestå av forskjellige prisledd, f.eks. fastpris, forsikring og terskler knyttet til bruksintensitet, evt. til når på dagen eller i uken det ringes. En påstand om at priselementene ikke er noen selvstendig del av avtalen og at det bare er den samlede prisen som er viktig for kunden, ville nok ikke finne gehør dersom spørsmålet skulle bli tatt opp for domstolene. En slik tanke ville jo nettopp medføre at kunden ikke har noe godt grunnlag for kontroll med hva vedkommende betaler for, noe som pr. i dag ville stride mot den allmenne rettsopfatning. Selv ved avtaler som kan være vanskelig å spesifisere, f.eks. et advokatoppdrag, må klienten kunne kreve å få opplyst hvilke aktiviteter som har ført til hvilket timeforbruk og følgelig til hvilken pris.

Så lenge det heller ikke er noen prinsipiell forskjell mellom å abonnere på avis, telefon og kapital, må det bare av den grunn, være tvilsomt om BKN-05048 er representativ for en korrekt tolkning av hva som er avtalevilkår eller ikke.

I og med at alle renteøkninger skal varsles, stemmer Bankklagenemndas avgjørelse heller ikke godt overens med Innst.O, punkt 9.5, hvor lovkomiteen sier følgende: "Komiteen understreker derfor at hvis varsel om renteendring skal ansees å være lovlig gitt, må begrunnelsen for renteforhøyelsen være *konkret og klar*." (Min utheving.)

Det finnes ellers støtte for spesifikasjonskrav mht. rentens bestanddeler både i loven selv (§ 50, første ledd, jfr. tredje ledd) og generelt i forarbeidene. For å forklare og gi eksempler på når en endring av renten er saklig, foretas det i forarbeidene f.eks. en oppsplitting

mellom bankeksterne og bankinterne kostnader, samt i generelle og individuelle endringsgrunnlag.

I det følgende legges det derfor til grunn, som utgangspunkt, at alle priselementer og differensieringsmekanismer som er avtalt og kan kvantifiseres ved lånets etablering, er ledd i Låneavtalen og utgjør lånevilkår på selvstendig basis. En logisk følge herav, er at endringsvarsler iht. § 50 må oppgi det eller de særlige element(er) som skal endres, slik at det overhodet blir mulig å foreta en saklighetsvurdering.

Det kan være på sin plass i denne sammenhengen å gi en oversikt over noen hovedelementer i renten med utgangspunkt i følgende eksempel:

*Boliglån under 500 000 innenfor 60 % av panteverdi*

Driftskostnader	1,00 %
Beløpsterskel	0,30 %
Rabatt på beløpsterskel	- 0,10 %
Rabatt for langvarig kundeforhold	- 0,10 %
Risiko/Fortjenestepotensiale	<u>0,20 %</u>
Sum margin	1,30 %
Fundingkostnader	<u>2,50 %</u>
Total rente	3,80 %

I tillegg kommer selvfølgelig de forskjellige avtalte gebyrer, som f.eks. etablerings-, depot og termingebyr.

#### 4.2.2.1 Eksternkostnader

Litt forenklet, men for å være i tråd med inndelingen i kostnadstyper i forarbeidene, kan en si at fundingkostnader er en kostnad banken har liten innflytelse over - tilsvarende råvarekostnader i andre sammenhenger - og at denne hører inn under betegnelsen eksternkostnad.

Råvareleverandørene til en bank består av andre banker og finansinstitusjoner i interbankmarkedet, det såkalte NIBOR - markedet, og innskytere som er bedrifter og privatkunder med forskjellige typer innskuddskonti som til sammen vil utgjøre bankens interne pengemarked og bedriftsegne likviditet.

Dersom det ikke kan skaffes nok funding fra disse markedene, kan banken låne inn midler ved å utstede obligasjonslån. For et utlån som er fundet fra et obligasjonslån, vil fundingprisen tilsvare den prisen banken må betale sine obligasjonskreditorer. Dette instrumentet brukes mest i forbindelse med fastrente lån.

For å trekke en ikke helt urealistisk grense for boliglån med flytende rente, kan det sies slik: For lån (eller lånesaldo) over 1 million er NIBOR-renten den mest relevante, objektive prismålestokk. For lån (eller lånesaldo) under 1 million vil banken gjerne bruke egen likviditet og prisen på denne er innfluert av styringsrenten, slik at foliorentenivået vil være den mest relevante, objektive prismålestokk.

#### 4.2.2.2 Internkostnader

Margindelen av renten skal dekke bankens generelle driftskostnader, og disse har banken god oversikt og kontroll med. Driftskostnader er internkostnader og dersom det skjer en økning i disse, som det kan være relevant å belaste eksisterende låntakere med, så vil dette medføre en økning i marginen - ikke i fundingkostnadene.

Marginen skal også dekke kostnader forbundet med det faktum at banken må bruke litt av egenkapitalen på hvert eneste utlån. Dette er fastsatt av Norges Bank i forskrift (FOR-1990-10-22-875, § 5) og kalles i det følgende for egenkapitalkravet, kapitaldekningskravet eller bare dekningskravet. At banken må satse egne, og ikke bare andres penger når den låner ut, skal sikre at banken gjør en forsvarlig risikovurdering.

Det er i tillegg verdt å bemerke, at dersom banken velger å realisere eiendeler for å skaffe likviditet og funding, så er det ikke snakk om "innlånskostnader" eller "eksternkostnader". Eiendelene er allerede finansiert av tidligere renteinntekter og kostnadene ved slik realisasjon er en internkostnad.

#### 4.2.3 Vilkår: Saklig begrunnelse

##### 4.2.3.1 Ordlyd og kontraktsrettslige prinsipper

For den vanlige forbruker vil ordene "saklig begrunnelse" bringe tanken inn på nødvendighet, rimelighet, betimelighet og relevans. Kanskje låntageren også tenker på den selvfølgelighet at begrunnelsen må være sann og riktig i den sammenheng den blir gitt.

Utover dette gir ikke ordlyden noen anvisninger til forbrukeren, annet enn at vedkommende intuitivt vil forstå nødvendigheten av å kunne noe om bankfaglige realiteter og forhold for å kunne komme noen vei med bestemmelsen: Det dreier seg om en "fagparagraf", ikke om en "markedsparagraf".

Selv om Gjeldsbrevsavtalen bruker begrepet saklig i flere sammenhenger, gir heller ikke den noen nærmere definisjon av kriteriet.

At det består et krav til saklighet, eller fravær av usaklighet, er imidlertid et generelt og overordnet juridisk prinsipp, som er definert på mange forskjellige rettsområder. Begrepet "rettslig interesse", som er et vilkår med hensyn til hva en kan belaste rettssystemet med -

også Bankklagenemnda, for den sakens skyld - kan ses på som et utslag av et saklighetskrav. Et annet område hvor det stilles saklighetskrav, er forvaltningsretten hvor f.eks. det å ta "utenforliggende hensyn" ikke er tillatt. Dog kan det ikke uten videre trekkes paralleller fra disse områder.

En avtale om flytende pris innebærer imidlertid at den ene parten er ansvarlig for den andre partens merutgifter som følge av kontrakten på ett eller annet vis, slik at det ikke er helt ulogisk å bruke ordet erstatningsansvar på forholdet.

Erstatningsretten supplerer kontraktsretten, det være seg på lovfestet eller ulovfestet grunnlag, og gjelder økonomiske størrelser. De vurderingsmomentene en finner der, vil etter mitt skjønn, kunne brukes som tolkningsmomenter også i den foreliggende sammenheng. Generelt deles det i erstatningsretten inn i objektive og culpøse erstatningsgrunnlag. Ordlyden i § 49, annet ledd gir dog ingen indikasjon på om det kan trekkes noen tilsvarende grense ved vurderingen av om et endringsgrunnlag er saklig eller ikke. Allikevel må det vel kunne sies med utgangspunkt i et overordnet prinsipp om lojalitet i kontraktsforhold, at evt. uaktsomhet, eller inkompetanse eller feilvurderinger på bankens side, i alle fall ikke kan utgjøre noe saklig prisreguleringsgrunnlag.

Annerledes kan det stille seg når det gjelder låntagers oppførsel: Kan låntagers manglende samarbeidsvilje, eventuelt mislighold, utgjøre et saklig grunnlag for prisøkning? Det kan være avhengig av hva misligholdet går ut på. Dersom misligholdet består i forsinket eller utelatt tilbakebetaling, faller problemstillingen opplagt utenfor § 49, annet ledd i det sanksjoneringsadgangen da reguleres av § 51, som gir adgang til å kreve morarenter, evt. § 52 som gir adgang til å si opp engasjementet.

I BKN-96054 fikk banken imidlertid delvis medhold i sine prisøkninger pga. betalingsmislighold fra kundens side. Avtalen gjaldt et forbrukerlån, ikke et boliglån, men resonnet vil være parallelt. I 1996 eksisterte ikke Finansavtaleloven, og det ble foretatt en rimelighetsvurdering basert på objektive og subjektive momenter i medhold av Avtl. § 36.

Dog eksisterte Forsinkelsesrenteloven (Lov 17. desember 1976, Nr. 100), samt Inkassoloven (Lov 13. mai 1988, Nr. 26) som ville ha ivaretatt bankens interesser mht. de *forfalte* beløp. Banken valgte dessuten ikke å påberope seg vesentlig mislighold og sa ikke opp resten av lånet. Nemnda skilte allikevel ikke mellom forfalte beløp og resterende saldo, men mente banken generelt hadde krav på godtgjørelse for økte kostnader og økt risiko. Dette var, slik jeg ser det, å innvilge banken sanksjoneringsadgang, samtidig som annen, relevant lovgivning ikke ble tatt i betraktning. Ved Finansavtalelovens inntreden, ville spørsmålet i høyden kunne dreie seg om prisen på den resterende, enda ikke misligholdte saldo kunne reguleres i medhold av § 49, annet ledd. Erstatningsmessig sett er det i alle fall snakk om et objektivt forhold - nemlig at resterende saldo kan kreve mer overvåking og kan representere en økt risiko, som begge deler er størrelser som kan kvantifiseres.

Neste spørsmål er om andre typer mislighold, f.eks. at kunden ikke etterkommer krav om opplysninger fra bankens side, eller gjør seg utilgjengelig, eller bryter med andre, gitte eller underforståtte forutsetninger, etc. kan representere et saklig grunnlag for prisøkning. Misligholdet bør i alle fall ha en økonomisk konstaterbar konsekvens for å kvalifisere som prisendringsgrunnlag - ettersom grunntanken bak § 49, annet ledd må være at det skjer noe på *kostnadssiden* i banken som fører til et behov for kompensasjon.

På den annen side er gjensidighet i kontraktsforhold et helt overordnet prinsipp, som må tillegges særlig stor vekt på områder hvor innelåsning gjør seg gjeldende, og følgende argument vil være relevant: Dersom situasjonen snus på hodet, dvs. at banken ikke responderer tilfredsstillende på kundens henvendelser mht. krav til forklaringer og informasjon, så kan ikke kunden ganske enkelt gjennomføre noen prisnedsettelse vis a vis banken, f.eks. ved å redusere renten til et "fornuftig" nivå, eller trekke fra en passende erstatning for ufruktbar bruk av tid og penger i terminbeløpet. Så hvorfor skulle det motsatte forholdet utgjøre noe saklig - og automatisk gjennomførbart - prisøkingsgrunnlag?



Det vil kanskje kunne synes *rimelig* å tillate sanksjon i form av rett til prisøkning vis a vis kunder som ikke er lojale, men det er under forutsetning at motparten selv er lojal og imøtekommende. Slik er det knappast i våre dager - om enn ikke ut i fra vond vilje på direkte vis, men mer ut i fra generell forretningsmessig "trend", og lover må også tolkes ut i fra slike hensyn: Automatisering og intern spesialisering er i ferd med å bli både en kostbar, tidsmessig og psykisk ressurskrevende terskel å forsere for den vanlige forbruker, når det gjelder å få kontakt med sin leverandør i abonnementsforhold. Jo brattere etterspørselskurve, jo høyere blir terskelen, ser det ut til. e-leverandører, bank og forsikring er de vanskeligste å få til en koordinert kommunikasjon med, i alle fall om man skal tro fremstillingene i forbrukerfora og media. Det selges "pakkeløsninger", men når det reiser seg et samtalebehov rundt kundeforholdet, sitter kompetansen allikevel spredd pr. produkt, samtidig som pakken som sådan og etter sigende driftes av *systemer* som ikke tillater individuelle avvik eller fleksibilitet.

Generelt bør en etter mitt skjønn dessuten være svært forsiktig med å "automatisere" sanksjonspregede reaksjoner. Skulle boliglånskundens oppførsel allikevel kunne utgjøre et saklig prisendringsgrunnlag, må betingelsen i så fall være at banken påløper reelle, objektive, kostnader. Eller sagt på en annen måte: Prisendringen kan *ikke* inneholde noe element som det er knyttet en subjektiv vurdering av låntageren eller låntagerens handlinger til. Dersom kostnadene er av det ikke periodiserbare slaget, må de også ilegges i form av "andre kostnader", i.e. representeres i absolutte verdier for å tilfredsstille saklighetskravet. Renten er en relativ størrelse og konsekvensen av en "mangel" på kundens side, kan ikke nødvendigvis beregnes med fremtidig virkning ut i fra vedkommendes utestående saldo.

Normalt vil et tap måtte være lidt før et erstatningsansvar kan gjøres gjeldende, men under visse omstendigheter vil det nok også være anledning til å fremme krav om dekning av fremtidige tap, f.eks. tap av inntekter. Dersom tapet, dvs. merutgiften allerede måtte være forfalt og betalt i banksammenheng, ville dette kunne føre til et likviditetsproblem - sågar kanskje til et soliditetsproblem på sikt. Derfor vil det kanskje kunne tillates at en pris-

økning ligger noe i forkant av de merutgifter banken vil påløpe. I alle fall er det slik at utlånsrentene settes opp lenge før innskuddsrentene settes opp, når det har skjedd en foliorentjustering, uten at myndighetene reagerer på det. Der hvor en ikke har myndighetspraksis å holde seg til, må hovedregelen og utgangspunktet imidlertid være at slik "float" ikke tillates i særlig grad og at det er nogenlunde sammenfall mellom bankens merutgifter og de prisøkninger den gjennomfører på utlånsiden.

Ellers er det i erstatningsrettslig sammenheng slik at kravet, dvs. prisøkningen i dette tilfellet, må være kvantifiserbart og dokumenterbart. At det ikke er noe problem for banken å kvantifisere, går fram av BKN-01008, som gjaldt klage på frist, jfr. § 50, tredje ledd, og hvor banken sier at en utsettelse mht. renteøkning ville medføre reduserte inntekter på kr. 1 443 535,-. Rent generelt sett kan jo banken ikke selv vite hvor mye den må sette opp renten med, hvis den ikke nettopp kan tallfeste behovet. For det andre: Dersom et erstatningskrav skal anses for å være saklig, må det være *både* relevant og adekvat. For å kunne vurdere dette, må konkrete, tallmessige opplysninger og dokumentasjon foreligge.

Med relevans tenkes det i erstatningslæren på årsakssammenheng. Overført til den foreliggende analyse, må årsaken til en prisendring finnes i økonomiske og bankfaglige realiteter. Dernest må de være en sammenheng mellom disse realiteter og angjeldende avtaleobjekt og avtalepart. Prisen på aviser kan ikke få betydning for renten. Lønnsnivået blant bankansatte vil derimot kunne være en relevant faktor. Jo sterkere årsaks- og virkningssammenheng, jo sterkere relevans. Kostnadsøkninger eller tap som opptrer i forbindelse med klart avgrensede forretningsområder eller produkter i banken som ikke har noe med boliglån å gjøre, kan da - sammenligningsvis - ikke representere noe saklig prisendringsgrunnlag.

Gjeldsbrevsavtalens punkt 3.1 ser ut til å reflektere dette: Endringer kan skje for "lån av det slag avtalen gjelder", noe som må bety at årsaken til kostnadsøkningen også må være tilknyttet driften av "lån av det slag avtalen gjelder".

Dernest må det vurderes om størrelsen på endringen er adekvat, dvs. om en renteøkning i det hele tatt kan avhjelpe merkostnaden, eventuelt hvilket omfang renteøkningen må ha, sett fra bankens side - eller kan ha, sett fra boliglåntagerens (eller myndighetenes) side. For å kunne vurdere adekvans, må merkostnaden altså være kvantifiserbar.

I Gjeldsbrevsavtalen uttrykkes en uklar blanding av relevans og adekvans i pkt. 3.5: "Omfanget av endringer som nevnt i 3.2 - 3.3 skal ha rimelig sammenheng med de forhold som er grunnlaget for endringen".

Denne setningen er kopiert direkte inn i avtalen fra forbrukerrådets rentereguleringsnorm av 1988. NOU'en slår imidlertid fast at den rettslige betydningen av normen er uklar.

Fra et erstatningsrettslig perspektiv er ikke saklighetsvilkåret i § 49, annet ledd nødvendigvis så skjønnspreget som det kan se ut i utgangspunktet. Alle kostnader kan jo tallfestes - derfor kan også alle endringsgrunnlag avgrenses på samme vis. Et visst skjønn vil imidlertid knytte seg til hvor sterkt kravet til relevans og adekvans skal være, noe primært forarbeidene vil gi rettleddning om.

#### 4.2.3.2 Forarbeider og hensyn

I Innst.O. sies det under punkt 9.5 at "[hva] som kan sies å være saklig grunn for renteendring, beror på en skjønnsmessig vurdering, og loven bør ikke gå lenger enn til å angi en skjønnsmessig standard for hvilken handlefrihet institusjonene skal ha".

Isolert sett etterlater ordet "handlefrihet" et inntrykk av at bankene skal ha rett til ensidig skjønnsutøvelse, hvilket i sin tur betyr et vern mot overprøving. Isolert sett kan uttalelsen også tyde på at en ikke uten videre kan legge erstatningsrettslige prinsipper til grunn - i alle fall ikke noen streng anvendelse av relevans og adekvanskrav.

Uttalelsen sier imidlertid at det er loven, dvs. lovteksten slik jeg leser det, som ikke skal gå for langt. Det er et kjent faktum at når det gjelder presiseringer og opplisting av kriterier i en lovtekst, så har dette gjerne til følge at loven tolkes antitesisk. På den måten kan forhold lettere unndras overprøving enn om loven er mer generelt utformet. Slik mulighet for å unnvike loven er sjelden noen ønsket effekt sett fra lovgivers side - hvorved inntrykket av "handlefrihet" svekkes betraktelig.

På avtalerettens område generelt, finnes det heller intet "partsskjønn" eller "fritt skjønn" som ikke kan overprøves når saken først foreligger for en domstol. Dette faktum er sågar presisert i NOU'en: Lovligheten av en endring skal kunne prøves. Dette taler sterkt for at det generelt er riktig å anvende erstatningsrettslige prinsipper, samtidig som det da ikke er bankens skjønn som skal legges til grunn, men objektive fakta, tall og rettslig skjønn.

Vurderingen av hva som er et saklig endringsgrunnlag må derfor tilligge domstolene i sin helhet og innledningsfrasen må vel derfor kunne ses på som en politisk-strategisk uttalelse - som en teskje sukker for å maskere smaken av medisin.

Rammene for relevansvurderingen er nærmere presisert som følger, jfr. Innst. O, punkt 9,5:

"[...] det må ha inntruffet en ny grunn som ikke var der ved avtaleinngåelsen og som nøytralt og objektivt sett fører til at det er rimelig å endre renten".

Forarbeidene sier at endringer kan skje både når årsaken er av generell og individuell karakter. Kriteriene vil følgelig gjelde også når endrede forhold på kundens side skal bringes i regning, noe som understøtter argumentene for at § 49, annet ledd ikke er noen sanksjonshjemmel.

Kravet til ny grunn bringer tankene inn på kontrollansvaret, som etter hvert må sies å ha blitt en allment kontraktsrettslig prinsipp, f.eks. slik også kodifisert rundt om i kjøpslovgivningen ellers. Generalisert og tilpasset denne analysen, kan en beskrive kontrollansvaret

som følger: De kostnadsdrivende forhold banken burde, eventuelt kunne, eventuelt måtte ha forutsett ved avtaleinngåelsen, kan ikke gjøres gjeldende på et senere stadium. En kan med andre ord ha sterkere eller svakere former for kontrollansvar. I denne sammenhengen vil kontrollansvaret være avhengig av hvor strengt "ny grunn" tolkes, samtidig som en må ta i betraktning hvor lang tid det er gått siden avtaleinngåelsen.

"Grunn" ble innledningsvis forutsatt til å måtte bestå av et kostnadsdrivende element, dvs. noe som fører til en merutgift. "Ny" kan strengt tatt bety at elementet i seg selv må være nytt, dvs. en faktor som ingen kjente til fra før. Dette blir nok en alt for streng tolkning i det vel ikke finnes noen typer kostnader som ikke allerede passer inn i allment kjente bank- eller bedriftsøkonomiske kostnadskategorier. "Ny" må derfor bety at kostnadsområdet i seg selv har utviklet seg på en måte som det ikke var mulig å forutse ved etableringen av avtalen. Det kontrollansvaret som representeres ved betegnelsen "ny grunn", kan følgelig oversettes til å bety et budsjetteringsansvar.

Bankenes erfaring og kompetanse tatt i betraktning, er det i virkeligheten ikke mye de ikke er i stand til å forhåndsbudsjettere - også tap. Selv typiske "gamblingområder", som f.eks. valutahandel og fondsforvaltning har bankene lang erfaring med å håndtere, så på det jevne opplever bankene få overraskelser.

På områder som er bedre sikret og hvor fordringene skal stå lenge på bøkene, slik som boliglån, kommer tapene meget sjelden og stort sett med godt forhåndsvarsel. Dersom banken har gode oppfølgings- og overvåkningsrutiner, har de også tid på seg til å budsjettere riktig. Dersom banken ikke skulle ha slike rutiner på plass, vil dette representere en form for uaktsomhet og ikke være en kostnad som faller innenfor det nøytralt og objektivt sett vil være rimelig å få dekket av boliglåntagerne.

Det må også understrekes at selv om boliglån kan være så langvarige at sikker budsjettering ikke er mulig for hele løpetiden, så gjelder det samme for *alle* eiendoms lån. (En sammenligning kan også trekkes til skips-, fly- og riggfinansiering). Bankenes styrings-

kompetanse for langvarige engasjementer er meget god og det er den samme kompetansen det trekkes på ved finansiering av boliglån som ved næringslån. Et strengt budsjetteringsansvar også i forbrukersammenheng, legger derfor ingen merbelastning på banken.

#### *Budsjettering på generelt nivå (etablering)*

På dette nivået budsjetteres det for alle driftskostnader konsolidert. I alle andre bransjer må det generelle driftsbudsjettet reflekteres i prisen ut mot kunden ved avtaleinngåelse.

Gitt at Statsbygg først inngår kontrakt om bygging av et sykehus med én kontrahent, deretter bygging av et annet sykehus med en annen kontrahent. Dersom det var budsjetterert for lite ved inngåelsen av den første kontrakten eller f.eks. at netto inntjeningsforventninger slår feil fordi kostnadssiden er blitt større enn forventet, må dette kompenseres for ved prisingen av den andre, senere inngåtte kontrakten. Statsbygg kan normalt ikke velte "bommerten" tilbake på den første kunden ved å plutselig å endre kontraktsprisen.

Hovedhensynet bak å tillate banken å endre prisen på boliglån, er at det vanskelig kan forlanges at banken skal klare å budsjettere riktig for en så lang periode som boliglån vanligvis etableres over, dvs. opp til 25 - 30 år. Dette hensynet ville veie svært tungt dersom alle kundene etablerte lån på samme dag, for så å bli værende i 25 år. Porsjoner av boliglånsporteføljen innfris og fornyes imidlertid hver dag, dvs. at banken også i realiteten kan ombudsjettere og endre prisen ut mot nye kunder hver dag.

Ordinære driftskostnader følger f.eks. konsumprisindeksen, som i høy grad er forutsigelig. Herav følger at kostnadsøkninger som er inflasjonistiske i karakter, ikke utgjør noe saklig renteendringsgrunnlag.

Hvor strengt eller slapt budsjetteringsansvaret skal være, vil følgelig være avhengig av turnoverhastigheten på porteføljen. Dersom en sier at hele porteføljen fornyes hvert 5 år, blir budsjetteringsrisikoen minimal og vekten av hensynet til bankens merkostnadsrisiko

tilsvarende redusert. Turnoverhastigheten hos den enkelte bank, som banken selvfølgelig kan fremlegge statistikker på, vil måtte bli gjenstand for en konkret vurdering.

#### *Endrede omstendigheter (drift)*

Dersom Statsbygg skal ha håp om å få en budsjetteringsfeil eller endrede omstendigheter godtgjort, er vilkåret (minst) at omstendigheten var uforutsigbar og at kostnadsøkningen er konkret og direkte knyttet til elementer i det angjeldende kontraktsforholdet.

Når det gjelder boliglånskunder: Om en endring av boliglånsprisen skal anses som saklig, må primært vurderes i lys av hvor lang tid som er gått siden etablering, dvs. når det kan sies at endringsgrunnlaget fremstår som nytt. At lån avdras og blir mindre etter hvert, noe som - i henhold til banken - medfører at de blir mindre lønnsomme, kan ikke representere noen ny grunn.

En bemerkning med hensyn lønnsomhets og ulønnsomhetspåstander: Små lån er formodentlig *ikke* mindre lønnsomme. Det er evnen til å holde utlånskapitalen på maksimalt nivå og prisen pr. utlånte krone, som bestemmer lønnsomheten, ikke hvor store eller små eller hvor mange porsjoner utlånskapitalen til enhver tid er oppdelt i. For det andre representerer mange små lån den beste risikospredning og for det tredje er jo direktekostnadene for en stor del skilt ut i gebyrer.

Kunder som "handler mye" vil bare være (ekstra) lønnsomme i bransjer hvor det ikke finnes noe omsetningstak. Egenkapitalkravet setter et tak på hvor mye banken kan selge av lån. På den annen side: For at banken skal tjene mest mulig, må den ha lånt ut helt opp til taket hele tiden. Hver gang avdrag på lån betales, frigjøres det kapasitet under taket som det må finnes nye låntagere til. Dersom det ved et gitt forfall samlet sett betales lite avdrag, slik at det kun frigjøres et lite beløp, er det optimalt for banken om det da står en "liten" låntager klar til å låne akkurat dét beløpet. Selv når det frigjøres store beløp, er det ikke bare risikomessig, men også økonomisk optimalt for banken å etablere flere mindre lån, for såvidt etableringsgebyret er det samme uansett lånets størrelse.

Under omstendighetene kan det antagelig ikke være kvantumsaspektet som gjør store lån mer fordelaktige for banken, men derimot det faktum at risikoen for førtidig innfrielse - med tilhørende negative følger for kapitalutnyttelsesgraden - synker jo høyere lånesaldoen er. Et tankekors er det imidlertid at myndighetene ikke har nedlagt forbud mot prisingsmekanismen: Når førtidig innfrielse ikke kan kostnadsbelegges i innfrielsesøyeblikket, er det ikke logisk at risikoen for førtidig innfrielse skal kunne tas i betraktning ved etablering av lån heller. Finnes det allikevel hensyn som støtter mekanismens eksistens? Men resonnementet viser i alle fall at når bankene påberoper seg "svekket lønnsomhet" eller at engasjementet er blitt "dyrere å drifte" som prisøkingsgrunnlag, så er det grunn til å kreve substansiering av påstanden.

Det neste spørsmål som må stilles, er i hvilken grad dette boliglånet, enten individuelt eller som del av en portefølje med lån av en bestemt type, forårsaker økte kostnader som faller utenfor kontrollansvaret. Det må i så fall og i utgangspunktet være det enkelte engasjement vurdert ut i fra generelle og allment vedtatte kriterier, som danner grunnlaget for å bedømme hva som da er "lån av det slag avtalen gjelder", jfr. Avtalens punkt 3.1 - ikke tilfeldige og for kunden uforutsigbare kategoriseringer (eller omgrupperinger) som banken iverksetter ut i fra administrative eller salgs- og inntjeningsmessige hensyn og ønsker.

Et generelt kontraktsrettslig prinsipp er dessuten at objektivt ansvar, som hovedregel, bare leder til erstatning for direkte kostnader. Indirekte kostnader eller tap kan således ikke kreves erstattet på grunnlag av objektivt ansvar. Der hvor produkter og priser er innbyrdes avhengige av hverandre på tredimensjonalt og uforutsigbart vis, vil det som hovedregel være snakk om indirekte kostnader. Det vil heller ikke være mulig å finne ut hva som eventuelt er det direkte tapet, selv om det altså skulle ha oppstått en endring i boliglånsforholdet som er ny, nøytral og objektiv og som skulle kunne avstedkomme uheldige virkninger for bankens kostnadsbilde.



Det finnes flere viktige hensyn som taler for et strengt budsjetteringsansvar og relevanskrav:

Det vil skjerpe effektiviteten i bankene - noe som i sin tur ikke bare tjener den enkelte kunde, men også hindrer inflasjon.

Det vil bidra til at konkurransen mellom bankene foregår i etableringsøyeblikket - der hvor markedsmekanismene virker. Den reelle konkurransen må ikke flyttes over på driftssiden, hvor markedsmekanismene under alle omstendigheter virker dårlig.

Selv om § 49, annet ledd, også kan gjøres gjeldende overfor næringskunder, så har næringskunden markedsmekanismene på sin side også i driftsfasen av sitt engasjement. Muligheten for å få brukt endringsadgangen etter loven overfor en næringskunde er i realiteten ikke-eksisterende. Dersom banken trenger å sette opp marginen, vil dette alltid skje ved forhandlinger på helt konkret grunnlag og perioden mellom hver gang banken kan be om slike forhandlinger vil være eksplisitt regulert i avtalen.

Når endringer vis a vis en særskilt kundegruppe *kan* skje ved tvang, vil denne gruppen nødvendigvis *alltid* bli den tapende part. Selv med et strengt budsjetteringsansvar og et skarpt relevanskrav, trekker forbrukeren det korteste strået. Skal forbrukervernet på noen måte være ivaretatt, slik lovgivers intensjon er, må utgangspunktet være at det legges stor vekt på å begrense bankens muligheter til gjennomføring av prisendringer ved å tolke kravet til når det "er rimelig" å endre renten strengt

En avtale om flytende pris, er imidlertid en avtale om flytende pris, slik at budsjetteringsansvaret må differensieres med hensyn på hva slags kostnad det dreier seg om.

I NOU'en skiller det allerede på bankinterne og bankeksterne kostnader. Sammenholdt med § 50, tredje ledd om kortere gjennomføringsfrist for endringer i "pengemarkedsrenten, obligasjonsrenten eller det generelle rentenivå for institusjonens innlån", som for hervær-

ende formål representerer en spesifikasjon, kan en nærme seg den slutning at endringer i bankens innlånskostnader enten alltid tilfredsstillende som ny grunn, evt. rett og slett er unntatt fra kontrollansvar. Sammenholdt med hva som er tradisjonell oppfatning av hvilken faktor som gjør flytende rente til flytende rente, så må det i alle fall være sikker rett at *innlånskostnader* ligger helt i kjerneområdet for hva "flytende pris" skal omfatte og kvalifiserer som automatisk saklige endringsgrunnlag. Relevansen, dvs. knytningen mellom råvaren (innlånet) og produktet (utlånet), kan det jo, som utgangspunkt heller ikke stilles spørsmålsteget ved.

Følgelig vil både økninger som stammer fra pengemarkedsrenteendringer og foliorentjusteringer være så godt som unntatt fra budsjetteringsansvaret. Tilsvarende vil det ikke være urimelig å unnta nye former for avgiftsbelegging, eller endringer i bestående avgifter, fra myndighetenes side. Det samme må også gjelde på gebyrsiden: En kunde som får tilsendt og betaler pr. giro ved hvert forfall, vil neppe kunne protestere på en økning i termingebyret dersom portoen er gått opp.

I Norge avtales det imidlertid ikke hva som skal være lånets fundingkilde, ei heller noen referanserente. Hvor fundingen til det enkelte boliglånet kommer i fra, må derfor vurderes ut i fra hva som er mest sannsynlig. Dersom banken setter opp renten på et boliglån med saldo på kr. 800 000,- med begrunnelse i økt NIBOR-rente, så er det overveiende usannsynlig at fundingen kommer fra dette markedet og det kan følgelig fremsettes en påstand om at endringen ikke er saklig. Derimot er det overveiende sannsynlig at fundingen stammer fra bankens interne pengemarked, dvs. fra innskuddskonti, men problemet er at det ikke finnes noen kvotert indeks for gjennomsnittsprisen i dette pengemarkedet.

Isteden kan det da tas utgangspunkt i foliorenten. Denne har innflytelse på prisdannelsen i alle nasjonale pengemarkeder, men er ikke i seg selv noen pengemarkedsrente. Alle vet at innskuddsrentene alltid ligger under foliorenten, men foliorenten vil i alle fall utgjøre en slags gyllen middelvei og i det minste være kontrollerbar og dokumenterbar.

Dersom banken ikke vet å godtgjøre hvilket fundigmarked den har brukt - eller i alle fall mest sannsynlig har brukt - vil det nok også kunne argumenteres for at den til enhver tid billigste indeks og pris legges til grunn.

Viktig imidlertid: Når noe faller utenfor eller er unntatt fra budsjetteringsansvaret, følger det i konsekvens at slike reguleringer selvfølgelig heller ikke kan *forskutteres*. Banken kan ikke ved den ene renteendringen, med grunnlag i f.eks. økning i foliorenten, ta høyde for at foliorenten antagelig snart kommer til å gå opp enda en gang og legge på "litt til" av makelighetshensyn. Iverksettingen av rentejusteringen vis a vis boliglåntagerne må derfor foregå simultant eller etterskuddsvis ift. Norges Banks gjennomføringsdato.

Som nevnt under punkt 4.1.1, er det i tillegg slik at selv om det foreligger en gyldig grunn for renteøkning, så har ikke banken plikt på seg til å gjennomføre den. Banken kan la vær. Men da kan den ikke kompensere for at den var generøs den ene gangen ved å legge på "litt til" ved en senere renteendring. Bankens ønsker, eller at den angrer seg for å ha vært generøs tidligere, er ikke noe objektivt prisøkingsgrunnlag.

Utenfor de automatisk saklige endringsgrunnlag, ligger alle andre typer eksternkostnader samt internkostnader, dvs. de kostnader som skal dekkes av marginen. Slike kostnader må også tilfredsstillende kriteriene i forarbeidene ved å være nye, nøytrale og objektive.

Nøytral er en marginøkning bare dersom den ikke inneholder profittlementer. Når lånekunden belastes de saklig rettmessige kostadsøkningene forbundet med sitt engasjement, eller engasjementstype, til enhver tid, vil også profittlementet holde seg konstant til enhver tid. Profittlementer må altså, i tråd med resonnetet om generell budsjettering, være bygget inn i marginen ved etablering.

I konsekvens: Når lånet er kommet i driftsfasen, kan kunden ikke gjøre gjeldende at de marginøkninger banken foretar, er usaklige *bare* fordi banken går med overskudd.

Marginregulering(e) må i tilfelle være usaklig(e) av andre årsaker.

Objektiv er marginøkningen kun dersom den ikke er forårsaket av forhold som banken selv er skyld i. Forretningsmessig inkompetanse, uforsvarlig risikotagning, uaktsomhet eller ønsketenkning fra bankens side, er ikke objektive endringsgrunnlag for marginen.

Størrelsen på erstatningskravet fra banken, må bli gjenstand for en adekvansvurdering og dette leder direkte over i det siste vilkåret som forarbeidene nevner, nemlig at det også skal være rimelig å endre renten.

Dersom hensynet til forbrukeren skal ha noen vekt, vil det bare være rimelig å endre renten dersom

- a) kostnaden er objektiv og nøytral ut i fra de finansfaglige realiteter *og*
- b) økningen har en reell, kompensatorisk effekt for merkostnaden hos banken.

I NOU'en sies det at et eksempel på *bankinterne* grunner for å sette opp renten, kan være hensynet til finansinstitusjonens likviditets- og soliditetsbehov. Til det er å si at dersom banken har konstatert et likviditets og soliditetsproblem, så er det allerede for sent å sette opp renten. Da må det helt andre grep til og en renteforhøyning vil ikke være noe adekvat middel. Å unngå likviditets- og soliditetsproblemer ligger under budsjetteringsansvaret og behovet for merinntekter må følgelig reflekteres i marginen ut mot nye kunder. Uttalelsen kan derfor ikke tas bokstavelig.

Renten er en periodisk inntekt som skal dekke periodiske (eller periodiserbare) utgifter som løper eller forfaller parallelt med at inntektene kommer inn. Overskuddet avsettes periodisk til å dekke kapitalbehov i fremtiden. Den oppbygde kapitalen kan brukes til investeringer, eventuelt til dekning av tap ettersom behovene oppstår.

Banken kan velge å betale utbytte til sine eiere - hvorved kapitalen ikke lenger kan brukes til investeringer og dekning av tap, men forsvinner ut av bedriften. Dersom investerings-

behov eller tap oppstår, som banken ikke har tilstrekkelige midler til å dekke fordi pengene er forsvunnet ut, så er "kostnaden" oppstått som følge av bankens egne, subjektive valg. Så lenge banken betaler utbytte, vil en slik kostnad ikke kvalifisere som et objektivt renteendringsgrunnlag.

Dersom det ikke betales utbytte, og banken ikke har nok reserver til å foreta en *ønsket* investering, så må den enten sette opp prisen overfor nye kunder, eller spare penger på det inntektsgrunnlaget som allerede eksisterer (jfr. budsjetteringsansvaret), eventuelt låne penger annet sted i fra eller selge aktiver.

Dersom det ikke betales utbytte og banken ikke har nok reserver til å foreta en helt *nødvendig* investering eller dekke inn et tap, så vil behovet være *akutt* og en renteøkning vis a vis boliglånstagerne vil ikke kunne avhjelpe problemet, følgelig heller ikke være adekvat. Også i et slikt tilfelle, må banken låne penger andre steder - eller selge aktiver.

Dersom banken låner penger til investeringer fra eksternt hold, vil bankens egne renteutgifter øke de periodiske driftsutgiftene. Da har er en tilbake ved utgangspunktet: Dette er budsjetterbare forhold og meromkostningen(e) må følgelig reflekteres i prisen ut mot *nye kunder*.

Bare dersom investeringen har vært nødvendig på bakgrunn av forhold som kan belastes boliglånsporteføljen, og kvalifiserer som "ny grunn" og som er "objektiv og nøytral" under boliglånets driftstid, kan den føre til en renteendring hos bestående kunder. Det skal mao. mye til før et investeringsbehov ville kunne kvalifisere som renteendringsgrunnlag.

Til adekvansvurderingen hører også varigheten av renteøkningen. Lovteksten gir i seg selv ingen vilkår for når renten skal settes ned igjen, men det ligger forutsetningsvis innebygd i de erstatningsrettslige prinsipper at prisen må settes ned igjen når den kompensatoriske effekten er oppnådd.

Ot.prp. støtter fullt ut en slik tolkning, i det sies, under pkt. 9.5.3, at § 48, annet ledd, fjerde punktum (dvs. lovens § 49, annet ledd, fjerde punktum) at adgangen til å utarbeide nærmere forskrifter også kan "brukes til å fastsette at en renteforhøyelse bare kan opprettholdes så lenge den bakenforliggende årsaken til renteforhøyelsen eksisterer."

Gjeldsbrevsavtalens punkt 3.2's vilkår lyder overensstemmende: "...skal banken/foretaket sette renten tilsvarende ned når..."

Bankens påstand i BKN-97009 om at "banken har ingen plikt til å redusere utlånsrenten ved fall i pengemarkedsrenten" (eller andre grunnlag, for den sakens skyld), må derfor avvises i det prinsipielle, men det kan tenkes situasjoner som kan representere unntak, dvs. at grunnlag kan substitueres: Et prisøkninggrunnlag kan helt eller delvis erstattes av et annet, slik at kostnadsnivået ut mot kunden ikke endrer seg. I fortsettelsen av den nettopp gjengitte setning i Gjeldsbrevsavtalens punkt 3.2, tas det også høyde for en slik mulighet. Dette vil bli tatt opp nærmere under drøftelsen av neste vilkår om hva som er til skade for forbrukeren.

#### 4.2.3.3 Konkretisering

På tross av en skjønnsmessig angitt lovtekst, trekker både kontrakts- og erstatningsrettslige prinsipper og forarbeider i samme retning, dvs. at skjønnnet mht. saklighet i seg selv må utøves på saklig vis, dvs. innenfor klart definerte og allmenngyldige rettslige rammer. Når det gjelder bankenes handlefrihet, så er ikke den reelt sett så stor som NOU'en i utgangspunktet gir inntrykk av, men den er heller ikke noe mindre enn hva banken ville ha måttet leve med dersom markedskreftene hadde rådd fullt ut. Det er fremdeles større rom for handlefrihet under § 49, annet ledd vis a vis forbrukerkunder, enn hva banken vil kunne oppnå vis a vis sine næringskunder. At dette "større" rommet imidlertid må avgrenses med krav til relevans, adekvans og ikke minst til gjensidighet, finner ytterligere støtte i det faktum at forretningsførselen på områder med bratte og uflexible etterspørselskurver i realiteten blir mer og mer forbrukerfiendtlig. Mekanismer som ser skreddersydde og

lønnsomme ut i etableringsøyeblikket, vil være de samme som holder kunden "låst" i driftsfasen.

Bankklagenemnda har enda ikke tatt stilling til anvendelsen av § 49, annet ledd, slik at det ikke er kommet tolkningsinnspill å ta hensyn til fra dette hold.

På det foreliggende grunnlag, synes det hensiktsmessig å konkretisere anvendelsen av § 49, annet ledd med noen flere eksempler, samt trekke Låneavtalen tydeligere inn i bildet.

#### *Råvarekostnader som endringsgrunnlag (funding)*

Dersom det legges til grunn at innkjøpsprisen på avisepapir og trykksverte er gått opp, vil den umiddelbare oppfatningen være at forlaget kan reflektere dette i prisen til abonnentene. Men dersom samme type papir kan kjøpes fra flere underleverandører, bør abonnenten kunne forvente at den billigste underleverandøren velges helt til den billigste ikke lenger klarer å levere nok.

På samme vis vil bankens fundingkostnader til enhver tid være relevante for rentenivået, men bare i den grad banken har gjort sitt beste for å holde fundingkostnadene nede. Evnen til å skaffe råvarer til en fornuftig pris er en særlig kompetanse, som inngår som en ingrediens i produktet. Dersom banken ikke holder mål i så måte, er det oppstått en mangel ved produktet - ikke et renteøkingsgrunnlag.

Et tilbakeblikk til punkt 3.4.2 i oppgaven: Hadde låntageren hatt informasjon om bankenes kompetanse på driftssiden i et historisk perspektiv, ville låntageren velge den långiver som har levert det mest stabile produktet over tid.

Når Gjeldsbrevsavtalen i punkt 3.2 tar høyde for økning i det "generelle rentenivå for bankens innlån", er dette å favne for vidt i boliglånsammenheng. Banken kan ha tatt opp lån til et utall formål som ikke har noe med funding av boliglån å gjøre. Spesifikasjonen i § 50, tredje ledd, som (også) inneholder "eller det generelle rentenivået for institusjonens

innlån", kan heller ikke få generell anvendelse i boliglånssammenheng. Paragrafen gjelder alle typer utlån og jfr. "eller", må de betegnelser velges som er relevante for det produktet som behandles. Grensen må trekkes til det rentenivået som gjelder for de innlånstyper som normalt funder boliglån med flytende pris, evt. angjeldende boliglån helt konkret.

Loven bruker betegnelsen "pengemarkedsrenten" i § 50, tredje ledd, som om begrepet skulle være entydig. Interbankmarkedet (NIBOR eller andre, tilsvarende markeder, f.eks. LIBOR ved dollar-lån), privatmarkedet (innskudd fra personer og bedrifter) og obligasjonsmarkedet er *alle* pengemarkeder. Definisjonen av et marked er at prisdannelsen skjer iht. tilbud og etterspørsel. Långivers foliokonto i Norges Bank er følgelig *ikke* noe marked. Kontoen er et sted å deponere overskuddslikviditet og det er myndighetene som fastsetter prisen. Derfor er foliorenten, som tidligere nevnt, ikke noen pengemarkedsrente i ordets egentlige betydning.

For å kunne foreta en konkret saklighetsvurdering, må banken enten godtgjøre hvor fundingen kommer i fra og hva den koster, eller det må gjøres en sannsynlighetsvurdering. Dersom prisendringen er begrunnet f.eks. i " endringer i pengemarkedsrentene", kan ikke styringsrenten uten videre legges til grunn, men den kan brukes som en beregningsfaktor mht. hva prisen for funding fra f.eks. privatmarkedet er. Bankene vil jo ikke, iht. § 49, annet ledd, ha krav på å få erstattet noe mer enn de merutgiftene lånet *faktisk* forårsaker for bankene. Veldig forenklet, men illustrerende: En økning i styringsrenten på f.eks. 0,25 % avstedkommer ikke en tilsvarende økning i renten på innskuddskontoen - det er et ubestridt faktum. Gitt at innskuddsrentene økes med 0,20 %, så er det 0,20 % som er den reelle merutgiften for bankens råvarer - ikke 0,25 %.

I BKN-01008, i siste setning av sin saksframstilling, bekrefter bankene også dette: "Det opplyses at det ikke er et fast forløp i sammenhengen mellom pengemarkedsrenten og Norges Banks renter". Når det er sagt, vil det også være slik som referert i BKN-02082: At "bankene, rettslig sett, neppe er forpliktet til å redusere renten på utlån selv om Norges Bank foretar en reduksjon av signalrenten". For å kunne ta spranget fra "neppe" til "ikke",



må det, etter mitt skjønn, imidlertid da kunne kreves dokumentasjon for den reelle råvarekostnaden banken har og denne informasjonen bør i tillegg stemme overens med den begrunnelsen banken ga for å sette renten opp i utgangspunktet.

Vanligvis er det jo slik at loven gjelder "når ikke annet er avtalt". I Norge blir jo nettopp ikke "noe annet avtalt" og for det andre: Om noe hadde vært avtalt, ville en preseptorisk lov allikevel overstyre det avtalte, dersom dette ville føre til et mer fordelaktig resultat for forbrukerkunden. En konkret beregning av fundingkostnader basert på bankens regnskaper ville alltid slå ut i boliglåntagerens favør sammenlignet med å legge styringsrenten til grunn.

Når styringsrenten av tradisjonelle og praktiske årsaker allikevel legges til grunn, så er hensynet til "handlefrihet" for bankene rikelig ivaretatt.

#### *Generelle driftskostnader som endringsgrunnlag (margin)*

Gitt f.eks. at endringsgrunnlaget er "økning i bankens lønnskostnader", så kan det, når en ser bort i fra inflasjon, være to årsaker til dette: Enten har banken måttet ansette flere medarbeidere, eller så har hver enkelt ansatt gått opp i lønn.

Er nyansettelsen skjedd i fondsavdelingen, vil en slik kostnad ikke være relevant som endringsgrunnlag for boliglånsrenten. Det er volumet i fondsvirksomhetene som må forsvare og betale slike kostnader. Er nyansettelsene skjedd i boliglånsavdelingen, vil situasjonen kunne være en annen, men også her er det volumet i utlånsaktiviteten som til syvende og sist må forsvare kostnaden. At de eksisterende låntagerne belastes med en slik kostnad, ville eventuelt bare være *adekvat* for en begrenset periode - nemlig fram til utlånsvolumet er stort nok til å dekke lønnskostnaden med det rentenivået som eksisterte før ansettelsen(e) skjedde. Skulle utlånsvolumet ikke øke tilstrekkelig, må banken kvitte seg med de overtallige ressurser - og sette renten ned igjen.

Driftskostnader som er avhengige av forretningsvolum vil imidlertid normalt være høyst budsjetterbare og vil av den grunn svært sjelden kunne kvalifisere som endringsgrunnlag.

#### *Tap og risiko som endringsgrunnlag (margin)*

Tap i boliglånsporteføljen kan oppstå på to måter. Den ene er at boligmarkedet generelt - eller også verdien av den enkelte bolig - går ned (bokføringsmessig tap), den andre er at låntager(e) misligholder (reelt tap).

Når boligmarkedet går ned, betyr dette at bankens sikkerhet forringes. Men det er først når utlånene overstiger 80 % av panteverdien, at banken påløper en reell og objektiv kostnad, dvs. som følge av at dekningskravet går opp. Før banken setter opp renten, vil imidlertid den mest adekvate avhjelpen ligge i å forlange at kunden(e) stiller tilleggsikkerhet for å bringe eksponeringen ned under terskelen igjen. Først når det er prøvd, jfr. § 49, første ledd, bør det komme på tale å sette opp renten.

På den ene siden er kapitalrisikoen - dvs. fluktuasjoner i boligverdien - opplagt låntagerens egen. På den andre siden er det slik at så lenge lånet stadig vekker betjenes slik det skal, er tapsrisikoen for banken kun suspensiv. Grensen for hva boliglånskunden prismessig kan belastes på grunn av svekkelse i panteverdien, må derfor sammenfalle enten med den reelle kostnaden banken selv får ved at eksponeringen blir gjenstand for et høyere kapitaldekningskrav, eller med en risikoterskel som er konkret avtalt, dersom denne terskelen er mer fordelaktig for kunden enn det som er lov- eller forskriftsmessig er bestemt.

Til illustrasjon: Ved *etablering* er det "allment kjent" at lån innenfor 60 % av panteverdien er rimeligere enn lån over. Dersom banken senere setter opp renten som følge av at eksponeringen etter hvert er kommet til å overstige 60 % av boligverdien, så er dette i alle fall ikke et resultat av reell økning i egenkapitalkostnader, men det *kan* selvfølgelig være slik at banken intensiverer overvåkingen av engasjementet når risikoen overstiger 60 % og har konkrete kostnader som det er rimelig å belaste kunden i den forbindelse - både i relativ og absolutt forstand. Sannsynlig vil dette imidlertid bare være i den grad det utelukkende

er angjeldende bolig som har tapt verdi. Årsaken vil da være manglende vedlikehold og låntageren må følges opp til vedlikeholdet er i orden igjen. I *driftsfasen* vil en passering av 60 % grensen altså ikke på selvstendig eller automatisk basis kunne representere noe saklig prisendringsgrunnlag - det må foreligge konkrete årsaker og faktaopplysninger som vurderingen kan knyttes opp i mot.

Dersom markedsfallet er generelt og stort, vil en prisøkning ut mot eksisterende kunder uansett ikke representere noen adekvat avhjelp - da må det hentes inn mer kapital.

Skulle *myndighetene* innføre en annen differensiering - eller flere terskler - mht. dekningskravet, vil det på den annen side kunne være adekvat å bringe dette i regning overfor eksisterende boliglånstagere.

Hva gjelder gjeldsbetjeningsrisikoen, så er det ikke isolert sett knyttet noen kostnader eller rapporteringskrav til denne fra myndighetenes side mens lånet er i driftsfasen. Gjeldsbrevsavtalen hjemler imidlertid renteøkning også på dette grunnlag, jfr. punkt 3.2 om "andre endringer på låntakers hånd", men kriteriene er ikke konkrete og klare, noe som er et overordnet krav iht. Innst. O. *Når* blir kunden en gjeldsbetjeningsrisiko? For eksempel når vedkommendes inntekter er gått ned med 10 %? Eller når banken finner ut av skatteliste at kundens inntektsnivå gir grunn til bekymring? Også i et slikt tilfelle ville det måtte gjøres en helt konkret vurdering av hvilke kostnader banken påløper i sin innsats for å overvåke, remediere eller eliminere risikoen.

For det tilfellet at det er grunnlag for å øke boliglånsprisen, så kan det trolig også stilles spørsmålstegn ved sakligheten av å endre renten, dvs. margindelen av renten - eller om ikke slike kostnader burde ilegges som "andre kostnader" - i alle fall i den grad de har et engangspreg og/eller ikke er egnet for periodisering.

Uansett vil det være slik at en prisøkning jo vil akselerere problemene for en låntager som allerede er i økonomiske vanskeligheter. Å sette opp renten på dette grunnlag, vil antagelig

fremstå som urimelig og derfor bli sensurert av Avtalelovens § 36, på tross av at det kan være hjemmel for grunnlaget i § 49, annet ledd. Et annet element som trekker i samme retning i en slik vurdering, er at banken objektivt sett sjelden vil være tjent med å drive en kunde inn i mislighold, slik at spørsmålet om adekvans også vil melde seg. En tredje faktor vil være at det kan finnes annen sikkerhet tilgjengelig og banken bør utforske en slik mulighet først, dvs. benytte hovedregelen om enighet i § 49, første ledd.

I regelen vil det være kunden som informerer banken om sitt svekkede økonomiske grunnlag i den hensikt å oppnå betingelser som gjør det lettere å betjene lånet. Avdragsfrihet er f.eks. en mulighet. Sett fra bankens side, er intet er mer optimalt enn lån som ikke avdras - forutsatt at det er dekning i panteobjektet. Slike lån holder forvaltningskapitalen på stabilt og vedlikeholdsfritt nivå og gjør samtidig likviditetsstyringen mye enklere. Så lenge dekningskravet overholdes og rentene kan betales, er representert situasjonen ikke økte utgifter, men derimot økt inntjening i form av besparelser for banken.

Sett fra den motsatte innfallsvinkel: En kunde med svært god gjeldsbetjeningsevne, vil representere en innfrielsesrisiko med tilhørende kostnader.

Når kunden henvender seg til banken pga. av svekket betjeningsevne, ligger forholdet i utgangpunktet på enighetsnivå, og faller derfor utenfor § 49, annet ledd. Forutsetningen er imidlertid at enigheten er reell. Hvis ikke, må en eventuell prisøkning vurderes iht. § 49, annet ledd, hvor de ovenstående momenter må komme inn i vurderingen.

Når reelle tap først oppstår, er de akutte og må dekkes inn der og da. Den delen av kravet som ikke dekkes av provenyet fra pantrealisasjon, må dekkes inn ved hjelp av reserver som allerede er bygget opp for formålet, som den enkelte boliglånskunde allerede har bidratt til. Strekker ikke reservene til, vil tapet likefullt være akutt og ikke avdragbart, dvs. det kan ikke periodiseres. En renteøkning over den øvrige, eksisterende porteføljen vil derfor ikke representere noen adekvat avhjelp.

*Sparings- og effektiviseringsstrategier som endringsgrunnlag (margin)*

Banken vil finne det nødvendig å rasjonalisere, automatisere, legge om porteføljer, implementere nye "policies" og differensieringsstrategier etc. for på denne måten å spare penger og øke inntjeningen på sikt. Kundene vil, på sin side, være tjent med en bank som drifter rasjonelt. Slike tiltak vil normalt kreve investeringer.

Forutsatt at banken ikke betaler utbytte og forutsatt at strategien(e) angår boliglånsporteføljen, vil det *tilsynelatende* være både relevant og adekvat å belaste de eksisterende låntagere med å dekke kostnader. Adekvat (tilsynelatende) vil en renteøkning imidlertid bare være frem til tiltakene er implementert, dvs. fram til virkningen av innsparings-tiltakene begynner å materialisere seg.

Når innsparingen kan begynne, vil låntagerne ut fra det generelle kontraktsmessige gjensidighetsprinsipp, imidlertid måtte kunne forlange at effektiviseringen kommer dem tilgode som har finansiert den, dvs. at marginen ble satt ned igjen til *under* det nivå den var før tiltakene startet.

Det som egentlig skjer, er med andre ord at banken låner penger av boliglånskunden. Dette er å etablere en ny type kontrakt, som krever enighet og gjensidighet, og hører hjemme under § 49, første ledd.

Selv om det altså kan se ut som om banken har et saklig grunnlag å foreta en renteendring på (og Låneavtalen langt fra svekker dette inntrykket), kan "utgifter til inntekts ervervelse" ikke inndekkes med hjemmel i § 49, annet ledd. Det vises forøvrig til budsjetteringsansvaret og oppgavens punkt 3.2 om utviklingen i standardavtalen, hvor det påpekes at det å "øke inntjeningen på sikt" er tatt ut som prisendringsgrunnlag i den nye standardavtalen.

Gjeldsbrevsavtalens punkt 3.1 hjemler at bankene kan kategorisere og differensiere som de vil, til enhver tid, mens boliglånene er i driftsfasen - i samsvar med de prinsipper banken til enhver tid legger til grunn. Loven legger ikke noen begrensninger ift. til dette faktum

alene: Poenget med alle slike tiltak er jo at driftskostnadene skal gå *ned* og dersom dette kommer eksisterende låntagerne tilgode prismessig sett, så er det utmerket.

Den motsatte virkning, dvs. at boliglånsprisen settes opp som følge av omsegmenteringer av kundemassen, eller som følge av at kundeforholdet utvikler seg på et vis som gjør at det oppstår brudd i forhold til de til enhver tid gjeldende prinsipper, kan imidlertid ikke kvalifisere som noe grunnlag for ensidige prisendringer fra bankens side: § 49, annet ledd hjemler nemlig ingen rett til å endre *prinsipper*. Det betyr at før slike nye prinsipper kan gjøres gjeldende som (eventuelle) prisendringsgrunnlag, må de være vedtatt av låntageren på avtalenivå, dvs. enten i det originale avtaletidspunktet eller på et senere enighetstidspunkt iht. § 49, første ledd.

*Brudd med rabattvilkår og andre avtalevilkår som endringsgrunnlag (margin)*

Det virker slett ikke usaklig at banken opphever en rabatt dersom grunnlaget for den ikke er til stede lenger. Rabatten vil være betinget og når betingelsen ikke lenger oppfylles fra kundens side, så tilsier gjensidighetsprinsippet at banken kan annullere rabatten.

Hensynet bak § 49, annet ledd er imidlertid å gi banken en mulighet for å dekke inn uforutsette merutgifter, ikke øke inntjeningen eller dekke inn svekket lønnsomhet som følge av strategiske valg. Bortfall av en rabatt betyr normalt økt inntjening. Studenten med studentrabatt som slutter å studere betyr økt inntjening for banken. Så lenge lånet i seg selv eller forhold på låntagerens side ikke medfører noen endring i bankens kostnads- og utgiftsbilde, så vil ikke § 49, annet ledd gi hjemmel for rabattannullering. Banken kan mao. gi så mye rabatter at den går med tap, noe som vil være banken eget strategiske valg, uten at dette nødvendigvis kan kompenseres for i medhold av § 49, annet ledd - det være seg ved annullering av rabatten(e) eller ved annen form for prisøkning overfor eksisterende kunder.

Skal rabatter oppheves, hvilket vil fremstå som en prisøkning for låntageren, så vil dette i 99,9 % av tilfellene måtte skje på grunnlag av normale, kontraktsrettslige gjensidighets-

prinsipper og virkninger. Dersom rabatt f.eks. gis til juristforeningsmedlemmer, så vil en utmeldelse fra juristforeningen ikke forårsake noen kostnadsøkning på bankens side og spørsmålet vil falle utenfor § 49, annet ledd. NOU sier sågar at rabattordninger som er knyttet opp mot foreningsmedlemskaper, må det tas særskilte forbehold om ved avtaleinngåelse. Hvis omforening ikke er mulig iht. § 49, første ledd og ikke annet er avtalt iht. § 46, bokstav d, vil Avtalelovens §§ 33 og 36 være de relevante regler å løse konflikten etter.

Vil unntaket, dvs. hvor § 49, annet ledd gir hjemmel, kunne representeres ved det tilfellet at to vilkår oppfylles simultant - ved at grunnlaget for rabatten er blitt borte *samtidig* som dette medfører en uforutsett økning i bankens utgifter? Et eksempel er allerede behandlet, dvs. risikoterskelen på 60 %, hvor den lavere renten kan ses på som en rabatt for låntakerne på den fordelaktige siden av terskelen, og det er grunn til å legge et parallelt resonnement til grunn ved vurderingen av alle andre typer rabatter også: Dersom prisen ut mot boliglåntageren skal økes, må dette være kostnadmessig begrunnet. Denne kostnaden tilsvarer for det første ikke nødvendigvis størrelsen på rabatten. For det andre: Selv om disse to størrelsene skulle være nøyaktig like, kan ikke § 49, annet ledd gi hjemmel for å fjerne rabatten. Da vil nemlig også låntagerens rett til innsigelse mot bankens (påståtte) grunnlag for å gi rabatten i avtaleøyeblikket, være tapt.

Dersom en slik begrensning ikke innfortolkes i § 49, annet ledd, vil paragrafen i realiteten kunne brukes både som sanksjonshjemmel, tappekranshjemmel og rendyrkningshjemmel - noe som definitivt ikke har vært lovgivers mening.

Det vises til BKN-05034 som gjaldt klage på at rabatten var blitt eliminert (eller i alle fall blitt mindre) som ble løst ut i fra hva som ble ansett for å være avtalt, ikke ved å anvende § 49, annet ledd. I BKN-05048, slås det også fast hva som var avtalt mht. rabatt. Deretter ignoreres riktignok dette faktum, men avgjørelsen om å tillate rabattopphøving fra bankens side, er i alle fall ikke truffet i medhold av § 49, annet ledd.

Når det gjelder brudd med andre typer avtalevilkår vises det igjen til BKN-97009, som forelå før Finansavtalelovens regler kom. Her argumenterte banken for at den kunne belaste kunden ved ikke å sette *ned* renten (igjen) som straff, fordi det hadde vært nødvendig å purre på kunden diverse ganger. Nemnda sier at "så gamle purringer ikke i særlig grad kan berettige en mindre gunstig rente, i det en lånekunde ikke for all framtid kan "straffes" for enkelte betalingsforsinkelser". Dog i noen grad? Og hva om purringene hadde vært av nyere dato?

Selv etter Finansavtalelovens inntreden, må det være klart at slike spørsmål ikke kan løses ut i fra den type viderefaktureringsprinsipp som § 49, annet ledd i all hovedsak representerer.

Det er også betryggende at endringer iht. Gjeldsbrevsavtalen bare kan skje for "lån av det slag avtalen gjelder", jfr. punkt. 3.1. Da sier banken selv at rent subjektive forhold knyttet til den enkelte låntager, ikke kan ha innflytelse på lånerenten i driftsfasen. Derved sies jo også at dersom kunden sier opp kredittkortet eller lønnskontoen eller sparekontoen, som jo ikke er boliglån og derfor heller ikke "lån av det slag avtalen gjelder", og således bryter med en pakkøløsning eller et kundeprogram, så kan dette ikke få virkning for prisen på det gjenværende boliglånet uten ved hjemmel i hovedregelen om enighet.

#### *Plikten til å sette renten ned*

Når grunnlaget for en forutgående økning er bortfalt, så kan plikten til sette renten ned igjen bare ilegges banken i den utstrekning den *vet* at grunnlaget er bortfalt. Det vil innebære at dersom økningsgrunnlaget er basert på helt individuelle forhold, så må låntageren gjøre banken oppmerksom på at grunnlaget er bortfalt.



#### 4.2.3.4 Oppsummering

Av og til må analyser i utgangspunktet gjøres omfattende av begrunnelses- og konkretiseringshensyn. Resultatet kan imidlertid bli svært enkelt og lett håndterbart. Etter mitt skjønn, kan tolkningen av saklighetskravet i § 49, annet ledd, sammenfattes i følgende

##### *Hovedregel*

Endringer i råvarekostnader

Saklige

Endringer i margin

Usaklige

##### *Unntak:*

Økning i periodiske driftskostnader hos kreditor når

økningen ligger utenfor normalområdet for

budsjetteringsansvar

Saklige

Objektive grunnlag hos debitor som medfører

konkrete utgifter for kreditor

Saklige

Og renten skal forutsetningsvis settes ned igjen når den kompensatoriske effekt er oppnådd. Dette er også gjort klart i Gjeldsbrevsavtalen punkt 3.2.

At det kan oppstilles en hovedregel, er et utgangspunkt. Hvert enkelt grunnlag, også råvarekostnader, må vurderes konkret.

En slik hovedregel er for det første i overensstemmelse med den tradisjonelle oppfatningen av hva "flytende rente" betyr. Det at det dreier seg om en forbrukerregel, støtter også at regelen tolkes på en slik måte at den blir enkel både å forstå og anvende.

Hovedregelen er, for det andre, i tråd med bankenes eget synspunkt, slik det f.eks. kommer til uttrykk i BKN-97009: Finansavtaleloven skal ikke hindre bankens forretningsmessige vurderinger.

Et slikt utsagn kan jo forstås til å bety at kunden ikke har noe med bankens interne drift å gjøre, noe som nettopp vil unngås når hovedregelen anvendes. Dersom banken imidlertid ønsker å benytte unntakene - særlig hva gjelder marginendringer, som nettopp betyr at kunden blir belastet med de kostnadmessige konsekvensene av måten banken drifter på - så må banken nok finne seg i at kunden har lovhjemmel for å "ha noe med" bankens forretningsmessige vurderinger.

Hovedregelen bidrar til å ivareta et hovedhensyn bak loven, nemlig å holde den reelle konkurransen der den er synlig, dvs. på etablerings- og avtalenivå. Forsåvidt det ikke er noen prinsipiell forskjell mellom boliglåns- og annen eiendomsfinansiering hverken risikomessig eller administrasjonsmessig, legger ikke loven noe krav på bankene som faller utenfor eller kommer i tillegg til det de rutinemessig håndterer uansett. Det er god risikospredning på boliglånsporteføljene (relativt små beløp/mange kunder) og i administrasjonskostnadsbildet har "data-alderen" enn det banken selv legger opp til, f.eks. når den finner at den er tjent med differensiering.

#### 4.2.4 Vilkår: Til skade for forbrukeren

Som NOU'en sier: En avtaleendring som er til gunst for den annen part, vil i alminnelighet ikke skape vanskeligheter. Derfor gjelder § 49, annet ledd, etter ordlyden bare for endringer som er til skade for forbrukeren.

Om noe er til skade, og i hvilken utstrekning, vil imidlertid bare kunne vurderes ut i fra tilstanden forut for endringen og at det foreligger fyllestgjørende begrunnelser også for de tidligere renteendringer.

Forholdet illustreres godt ved å ta opp et tidligere nevnt eksempel, nemlig BKN-97009. Banken satte ikke *ned* renten (igjen), fordi det hadde vært nødvendig å purre på kunden diverse ganger. Økningene, som brakte renten opp på det omklagede nivå, må følgelig ha vært gjort med én begrunnelse, f.eks. endringer i pengemarkedsrenten, som - forsåvidt renten ikke ble satt ned igjen - suksessivt ble erstattet med en annen begrunnelse, nemlig bankens purrekostnader og tidvis økte risiko.

Det kan altså tenkes at ett endringsgrunnlag kan erstattes av et annet endringsgrunnlag, hvorved status quo opprettholdes med tanke på boliglånsprisen globalt sett, slik at kunden ikke merker at det faktisk har skjedd en endring. Spørsmålet blir uansett om *erstatningsendringsgrunnlaget* er saklig. Selv om kunden ikke merker noen prisforskjell, vil det være til vedkommendes skade og ugunst ikke å kunne kontrollere om også det nye grunnlaget er saklig. En slik substitusjon er jo like mye en "ensidig endring av lånevilkårene", som "originalendringen" var det.

Til sammenligning kan nevnes forsikringssektorens praksis med å beholde premien uendret, men allikevel kvalitativt endre forsikringen ved å ta vekk, innskrenke eller substituere dekningsområder. I henhold til Forsikringsavtalelovens (Lov 16. juni 1989, Nr. 69) § 3-6, tredje ledd, kreves det redegjørelse for slike endringer, selv om premien ikke endres. Dersom dekningsområdet innskrenkes, er det jo dessuten reelt sett skjedd en økning i prisen.

Illustrerende for substitusjon av endringsgrunnlag, er følgende setning fra BKN-05048: "Det understrekes at banken ved enhver nedgang i pengemarkedsrenten må stå fritt til å vurdere hvilket utslag rentenedgangen skal få for de ulike låntagergrupper. Banken har ingen plikt til å redusere utlånsrenten ved fall i pengemarkedsrenten". I dette tilfellet må det følgelig ha skjedd noe i angjeldende låntagergruppe som har påført banken kostnader og som holder renten oppe selv om råvarekostnadene er gått ned. Hva dette kan være, vil låntageren ha all interesse av å vite fordi

- Det er de facto skjedd en substituering av kostnadstype, ved at det er gjennomført en økning i *margin* delen av renten, noe som hovedregel ikke er saklig.
- Forsåvidt endringen allikevel skulle kunne bedømmes til å være saklig, vil låntageren ha all interesse av å se seg om etter muligheter for å reforhandle eller innfri lånet.

Å kunne bedømme om saklighetskravet er oppfylt, vil nødvendigvis være avhengig av at kunden mottar melding fra banken om hva som er endret. Den sentrale innfallsvinkelen i så måte, er § 50, første ledd, og kravet til varsling og begrunnelse. Substitusjon av endringsgrunnlag vil derfor også bli tatt opp nærmere i forbindelse med § 50, første ledd.

### 4.3 § 49, tredje ledd

*"Ved fastsetting av rentesats, gebyrer og andre kostnader skal det ikke skje urimelig forskjellsbehandling mellom institusjonens kunder"*

#### 4.3.1 Vilkår: Fastsetting

Når fastsettes en pris? Prisen fastsettes når en bedrift har foretatt alle de økonomiske vurderinger og budsjetteringer som er nødvendige for å komme fram til hva prisen skal være ut mot nye kunder. Vurderingene baserer seg på hvilke inntekter som er nødvendige for å kunne tilby et produkt, sammenholdt (i alle fall normalt sett) med hvilken pris markedet er villig til å betale. Når det gjelder fastsetting av prisen i et abonnementsforhold, kan det etter mitt skjønn ikke forholde seg annerledes: Prisen fastsettes på avtalenivå, det vil si primært ut mot nye kunder jfr. Standardtilbudet, sekundært ved reforhandling av eksisterende engasjementer.

Slik Bankklagenemnda har brukt § 49, tredje ledd, samtidig som den konsekvent har latt vær å bruke § 49, annet ledd, kan det imidlertid være grunn til å tro at likebehandling av

boliglåntagere, dvs. all behandling som ikke kvalifiserer som urimelig forskjellsbehandling, representerer et særskilt endringsgrunnlag, som kommer i tillegg til de endringer som kan skje i medhold av saklighetskravet. Pr. implikasjon vil ordet "fastsetting" da også kunne bety "endring".

Som utgangspunkt kan det se ut til at Bankklagenemndas praksis har støtte i Ot.prp. hvor det sies at § 49, tredje ledd ikke vil "innebære et forbud mot å ta hensyn til individuelle forskjeller ved rentefastsettingen". Om dette medfører riktighet, kommer jeg tilbake til i oppsummeringen.

Alle bankens kostnader revurderes og ombudsjetteres altså jevnlig, hvoretter prisen fastsettes på nytt ut mot nye kunder. Dagens boliglånskunde kan f.eks. tilbys en rente på 4,00 %, mens kunden som inngikk kontrakt for to år siden, fikk en rente ved inngåelsen på 3,00 %.

Kan banken da likebehandle de nyere og eldre kunder ved å fastsette at prisen på de eldre boliglånene også skal være 4,00 %, dvs. endre prisen med hjemmel i § 49, tredje ledd?

En kan for det første tenke seg at en slik utjevning ikke ville virke direkte urettferdig: Lik pris for likt gode. Og det kan synes administrativt effektivt, sett fra bankens synspunkt, å sette alle boliglånsrenter opp til 4,00 %. Med dataalderen er denne type forenklinger i låneadministrasjonen imidlertid ikke lenger nødvendig, slik at hensynet til bankens effektivitet og inntjeningssevne (slik den tidligere Gjeldsbrevsavtalen reflekterte) på dette punkt er bortfalt. Dessuten er det jo nettopp slik at boliglånsavtalene for en stor del er individualiserte mht. prising og rabatter. Låntageren har positivt avtalt seg til å bli forskjellsbehandlet. Sist men ikke minst: Dersom likebehandling skulle representere en selvstendig hjemmel for å sette opp renten, hva skulle hindre banken i å øke lånerenten hos alle eksisterende kunder til 4,25 % - eller mer?

I våre dager ønsker jo bankene i realiteten å forskjellsbehandle så mye som mulig: Stjerne kunder, total kunder, student kunder og pensjonist kunder - kort sagt "programkunder". Slik segmentering betyr likebehandling mellom kundene innenfor et segment, men forskjellsbehandling mellom segmentene som sådan. Dette kan f.eks. få til konsekvens at kunden med 3,00 % rente blir "omsegmentert" og må betale 4,00 % i likebehandlingens navn - eller 3,80 % i forskjellsbehandlingens navn.

Og ved forskjellsbehandling melder det samme spørsmålet seg som for likebehandling: Dersom forskjellsbehandling skulle representere en prisøkningshjemmel, hva skulle hindre banken i fritt å øke forskjellene mellom kundetyper og kundegrupper?

Ved forskjellsbehandling med skinn av likebehandling, som segmentering jo er, blir det enda mange flere spørsmål å besvare: Hvor går grensene for hva som kan kalles et segment, dvs. hva/hvem kan segmentet inneholde og hvordan kan de forskjellige elementene og kriteriene påvirke hverandres pris? Hvor går grensene for hvor ofte bankens kunder kan omsegmenteres? Hvilke kriterier skal legges til grunn for å bedømme om forskjellen i prisnivå mellom segmentene er rimelig? Hvilken kontroll har låntageren med at alle i vedkommendes eget segment blir likebehandlet, evt. ikke urimelig forskjell-behandlet?

Jo mer segmentering, jo flere variabler blir det å forholde seg til. En rimelighetsvurdering som på denne måten blir oversvømt av momenter, vil bli svært vanskelig, for ikke å si umulig å håndtere.

Til illustrasjon på skinnlikebehandling, refereres en setning fra BKN-02082: "Banken forskjellsbehandler ikke sine kunder, men behandler kundene i de ulike segmenter likt". Uttalelsen er representativ for en "pose og sekk"-posisjon, som lovgiver helt sikkert ikke har ment at bankene skal inneha. Men så er da heller ikke noe i lovens ordlyd som tyder på at hverken likebehandling eller forskjellsbehandling skulle gi banken noen selvstendig hjemmel for *prisendringer*.

Dersom fastsettingen av renten (eller gebyrer eller andre kostnader) i realiteten innebærer at det har skjedd en endring av prisen til den eksisterende kundes ugunst, representerer dette jo nettopp en endring av lånevilkårene, jfr. ordlyden i § 49, annet ledd. Grunnlaget for endringen må da bli gjenstand for en saklighetsvurdering hvorved den nye prisen vil kunne kjennes helt eller delvis ugyldig dersom vilkårene i § 49, annet ledd ikke er oppfylt. En saklighetsvurderingen etter § 49, annet ledd, vil dessuten ta opp i seg og besvare alle de spørsmål som nevnt over - spørsmål som ville bli stående ubesvart i fall en skulle bruke § 49, tredje ledd som hjemmel for prisendringer.

Låntageren har i utgangspunktet positivt valgt ut og inngått avtale med den banken som gir best pris og vilkår for *ham* - individuelt sett. Dersom banken fritt kan foreta en utjevning av prisen mellom alle sine kunder, eller dele dem inn i grupper av kunder som den selv bestemmer, vil de individuelle betingelsene den enkelte kunde har oppnådd (og som var årsaken til at vedkommende nettopp valgte denne banken) raderes ut.

Dersom likebehandling og/eller forskjellsbehandling skulle gi hjemmel for prisendringer i driftsfasen, ville dette følgelig innebære at etableringskonkurransen mellom bankene blir fullstendig tilintetgjort, og at den reelle konkurransen flyttes over på driftssiden. Lovgivers forklaringer til reglene i forarbeidene og oppbyggingen av renteendringsreglene samlet sett, viser at lovgiver har sett denne faren og at intensjonen nettopp har vær å motarbeide en slik utvikling.

Ordlyden kan riktignok by på tolkningstvil, men lovens oppbygging klargjør at de forskjellige leddene i § 49 har klart avgrensede oppgaver, samtidig som alle praktiske hensyn tilsier at det ikke har vært meningen å skape to alternative endringsparagrafer. Ordet fastsetting er ikke noen steder i forarbeidene brukt på en måte som tilsier at endring skulle være den korrekte oversettelsen, dvs. at endring og fastsettelse er ord som kan substitueres. Under henvisning særlig til Ot.prp., punkt 9.5 blir ordet fastsetting brukt etter sitt reelle innhold og det er intet som tyder på at lovgiver har ment at fastsetting skal bety endring.

Ergo følger det av både § 49, annet ledd, hvor det man kan kalle effektivitets- og markedsføringsstrategier ikke vil kvalifisere som noe saklig prisøkingsgrunnlag, og av § 49, tredje ledd, som bare omhandler angjeldende låns status i forhold til fastsatt pris på avtalenivå, at etablering av likebehandling eller ikke urimelig forskjellsbehandling når lånet er i drift, må skje i medhold av § 49, første ledd, dvs. ved enighet og det vil opprettes et nytt avtaletidspunkt

#### 4.3.1.1 Konkretisering

##### *Gjeldsbrevsavtalen*

I henhold til normal språkforståelse, vil det kunne fremstå for den vanlige boliglånstager som om både likebehandling og ikke urimelig forskjellsbehandling gir banken hjemmel for ensidig å endre avtalevilkårene. Men når § 49, tredje ledd ikke er noen endringsregel, kan dette ikke medføre riktighet.

§ 49, tredje ledd kombinert med § 49, annet ledd er således klart i strid med Gjeldsbrevsavtalens punkt 3.1, som sier at renten kan *beregnes* på grunnlag av likebehandling. Tilsvarende er det motstrid også i forhold til Gjeldsbrevsavtalens punkt 3.5, annet punktum, som sier at forskjellsbehandling kan skje ved *gjennomføringen av endringen*.

##### *Bankklagenemnda*

BKN-05048 er den mest relevante avgjørelse i det den forelå etter at loven ble innført. Saken gjaldt økning av marginen fra 0,10 % til 1,15 % innenfor et segment i en differensieringsmekanisme. Klager mente at segmentering ikke kunne representere et saklig prisøkingsgrunnlag. § 49, annet ledd, ble imidlertid ikke nærmere vurdert av nemnda, som mente at ordningen som sådan, ikke fremstod som usaklig.

Hvilke ordninger som består eller ikke består i det statiske bildet, er ganske riktig ikke noe tema for behandling i medhold av § 49, annet ledd. Men en ordning som medfører at



prisen endres til kundens ugunst, som i dette tilfellet, er derimot nettopp en sak for behandling under § 49, annet ledd. Når det gjelder selve økningen av renten, legger nemnda imidlertid til grunn at banken har selvstendig hjemmel i likebehandling hhv. ikke urimelig forskjellsbehandling for å sette opp renten slik det måtte synes hensiktsmessig ut i fra et ønske om å prioritere kunder med store lån.

Realiteten bak en slik (ny eller omdefinert) segmentering som faktum i BKN-05048 gjengir, må være følgende: En bank vil kunne ønske å bli kvitt kunder som den anser for ikke å være inntjeningsmessig effektive og/eller rendyrke porteføljen med hensyn på en særskilt kundetype. Dersom angjeldende låntager(e) imidlertid ikke innfrir eller refinansierer, det være seg på grunn av innelåsning eller andre årsaker, så vil de kunne de tappes som kompensasjon for at bankens strategier ikke kan oppfylles. Og det realiteten bak avgjørelsen som sådan, er jo da at slike hensyn er lovlige hensyn.

#### 4.3.1.2 Oppsummering

Hvis § 49, tredje ledd tolkes som selvstendig hjemmel for renteøkninger, vil resultatet være at det ikke er skjedd noen endring av lånevilkårene, dvs. at loven overensstemmer med Gjeldsbrevsavtalens klausuler, hvorved Gjeldsbrevsavtalen da vil gjelde uinnskrenket: *Alle* endringer vil i praksis kunne forsvares med likebehandling eller ikke urimelig forskjellsbehandling.

En slik tolkning vil medføre at ordlyden i både § 49, andre ledd og tredje ledd, samt lovgivers intensjoner settes til side, for såvidt som § 49, annet ledd i realiteten aldri vil få noen anvendelse.

Konklusjonen må derfor være at § 49, tredje ledd ikke gir hjemmel for prisendringer vis a vis den enkelte lånekunde, men derimot gjelder den enkelte låntagers status i det til enhver tid rådende prisbilde i banken forøvrig. I dette bildet er det hensiktsmessig å returnere til nevnte uttalelse i Ot.prp: § 49, tredje ledd skal ikke "innebære et forbud mot å ta hensyn

til individuelle forskjeller ved rentefastsettingen", noe den selvfølgelig heller ikke gjør, fordi det er rentefastsettingen på avtalenivå vis a vis alle *andre* boliglåntagere som menes: Den prisen A har oppnådd, f.eks. fordi vedkommende er medlem i juristforeningen, kan normalt ikke gjøres til gjenstand for noen forskjellsbehandlingsklage fra B's side, dersom B ikke selv er medlem i juristforeningen - eller det på helt generelt grunnlag kan anføres at jurister ikke er mer verdt enn andre kunder.

Til forskjell fra § 49, annet ledd, som er en "fagparagraf", er tredje ledd en "markedsparagraf".

#### 4.3.2 Vilkår: ...mellom institusjonens kunder...

Institusjonens kunder må omfatte alle eksisterende kunder både i og utenfor reforhandlingsposisjon, men også mulige, nye kunder. I Ot.prp. sies det at virkeområdet er noe utvidet i forhold til bestemmelsen i utkastet, som var knyttet til forholdet mellom nye og gamle kunder. Det er uklart for meg hva utvidelsen går ut på, med mindre en i utkastet bare hadde forholdet mellom eksisterende kunder med forskjellig ansiennitet i tankene, dvs. ikke tok tilbudet ut mot potensielle kunder i betraktning. I så fall ville paragrafen blitt svært vanskelig å anvende, ettersom eksisterende kunders forhold til sin långiver er privat og ikke normalt sett er gjenstand for innsyn fra den øvrige kundemassen.

Bankklagenemda anvender også regelen både i forholdet mellom eksisterende og potensielle låntagere. Den anvender i tillegg regelen og mellom grupper av eksisterende låntagere, jfr. flertallets uttalelse i BKN 97009. Forutsetningen for å kunne gjøre en sammenligning basert på grupper eller segmenter, må imidlertid være at låntageren positivt har avtalt seg inn i en slik tilhørighet.

På den annen side er det ikke noe håndterbart konsept for en boliglånskunde (eller tvisteløsningsorgan/domstol, for den sakens skyld) å skulle følge med på, eller kunne forlange å få kontrollere hva som skjer vis á vis alle bankens forskjellige typer kunder. Disse vil jo

f.eks. også omfatte billånskunder - eller fondssparere, for den sakens skyld. Hvilket tilbud banken har til dem, må normalt bli bankens egen sak. En rimelig forståelse av "institusjonens kunder" må derfor være sammenlignbare kunder, dvs. at det allerede på dette nivået må gjøres en relevansvurdering. På den annen side: Dersom forbrukslån skulle bli billigere en pantesikrede boliglån, så ville et slikt misforhold ikke være uegnet for prøving under § 49, tredje ledd, som jo omfatter alle typer lån.

Det følger videre av "mellom institusjonens kunder" at det bare er prisene i angjeldende bank og ikke hva markedet forøvrig tilbyr, som er relevant for sammenligning og drøftelse i medhold av § 49, tredje ledd.

#### 4.3.3 Vilkår: Forskjellsbehandling

Av departementets vurdering i Ot.prp., punkt 9.5.3, går det fram at det primære hensynet bak § 49, tredje ledd, er motvirking av dumping. Dumping er vel et ladet ord, forsåvidt som "urimelig" allerede synes inkludert i begrepet. Jeg kommer tidvis i fortsetningen til å bruke ordet "dumping" for prismessig forskjellsbehandling, men på helt objektivt grunnlag. Om dumpingen er rimelig eller urimelig vil bli behandlet for seg.

En definisjonen på dumping jfr. ovenstående, vil være at dersom eksisterende kapitalabonnenter hadde fått en prismessig bedre "deal" dersom de hadde inngått en ny *avtale* basert på samme banks Standardtilbud (+ relevant individualisering), så er dumping en realitet. Dumping vil i denne sammenhengen imidlertid også omfatte mer enn dumping på avtalenivå, fordi også forholdet mellom sammenlignbare boliglånstagere etter at det har skjedd prisreguleringer på endringsnivå ville måtte kunne bli gjenstand for behandling i medhold av § 42, tredje ledd. Boliglånsprisen kan følgelig enten være regulert ulikt for lån av det slag avtalen gjelder for lån i drift, eller i tilbudet ut, dvs. på avtalenivå slik at det kan oppstå dumping på forskjellige nivåer.

Størrelsen på en prisøkning og hva som er en rimelig fordelingen av den, dvs. hvem prisøkningen skal gå ut over (den enkelte, en gruppe eller hele porteføljen) og hvor lenge den skal vare, vil avgjøres i medhold av § 49, annet ledd. En funksjon av § 49, tredje ledd ville eventuelt kunne være å bruke den til å konstatere at fordeling av de økte kostnadene faktisk er skjedd, eller om det i realiteten har skjedd dumping på endringsnivå.

Betingelsen er imidlertid at låntageren da har informasjon om pris- og lånestatus hos en eller flere andre boliglåntakere og kan gjøre en slik sammenligning. Normalt vil låntakere ikke ha slik informasjon om hverandres engasjementer, men unntaksvis kan det vel forekomme at f.eks. to naboer med lån i samme bank utveksler informasjon og at det viser seg at begge har mottatt varsel om renteendring og den ene, A, har fått satt sin rente opp noe mer enn den andre, B, under ellers helt like betingelser og omstendigheter. Det kan også være slik at den ene, B, har forhandlet seg fram til rabatt fordi vedkommende f.eks. er medlem i ett eller annet forbund, noe som ikke har lyktes den andre, A, selv om denne også er medlem av samme forbund. § 49, tredje ledd legger etter ordlyden ingen begrensninger med hensyn til hvor spesiell eller generell forskjellen mellom bankens kunder skal være for å kunne prøves med hensyn på urimelig forskjellsbehandling, slik at de nevnte eller tilsvarende forhold vil som utgangspunkt vil kunne behandles i medhold av denne paragrafen.

Slik nevnt innledningsvis, skal boliglånprisens basispunkt fastsettes på avtalenivå og dersom alle renteendringer i ettertid har vært saklige, så vil prisen til *enhver tid* være "riktig" for angjeldende kunde. Problemstillingen i det førstnevnte eksempelet, dvs. hvor A har fått en større renteøkning enn B, vil ivaretas av § 49, annet ledd. Det skal jo fremgå av endringsvarselet hvilket (eller hvilke) grunnlag som er gjort gjeldende og hvis grunnlaget ikke er saklig, må problemstillingen behandles i medhold av § 49, annet ledd. Supplert med bankenes begrunnelses- og opplysningsplikt, anses i alle fall følgende forhold for å være fastlagt: Dersom alle prisendringer til låntagerens ugunst har vært saklige, så vil kundens pris være "riktig", ergo vil også forholdet mellom de eksisterende kunder være "riktig" og det vil svært sjelden bli behov for å ta i bruk § 49, tredje ledd på en slik

problemstilling. På den annen side: Dersom kunden av en eller annen grunn ikke er i stand til å godtgjøre at en eller flere forutgående prisøkninger har vært usaklige i utgangspunktet (og heller ikke får hjelp, f.eks. av sine representanter i Bankklagenemnda), så kan vedkommende, som en slags minimumsløsning, gjøre forskjellsbehandling gjeldende i medhold av § 49, tredje ledd og på den måten komme fram til en ny prisfastsetting.

Hvis låntageren generelt ikke er fornøyd, så er misfornøyd i utgangspunktet ikke det samme som forskjellsbehandlet, slik at neste steg da vil være å reforhandle avtalen. Men en bank som driver forretningsmessig forsvarlig, dvs. har god porteføljeovervåkning og oversikt over låntagerens inntekter og betjeningsevne, vil også vite hvilke kunder som ikke er i reforhandlings-, innfrielses- eller fluktposisjon. Det sistnevnte eksempelet, hvor A ikke greier å oppnå samme rabatt som B ved reforhandling, vil være representativt for en slik situasjon og § 49, tredje ledd skal, jfr. departementets vurdering i Ot.prp., gi et ekstra vern til innelåste kunder og kunder som ikke er pågående nok overfor banken.

"Innelåste kunder" og "pågående nok" må kommenteres før jeg går videre: Hovedregelen er jo at også når kunden ønsker endringer, så skal disse primært søkes oppnådd via hovedregelen om enighet i § 49, første ledd. At det er gjort et forsøk på forhandling fra kundens side - og således konstatert uenighet om prisvilkårene i rådende avtale, må være en forutsetning for at § 49, tredje ledd skal kunne komme til anvendelse. Om låntageren er innelåst eller beskjeden: Kunden må ha foretatt seg *noe* vis a vis banken, som gir tilstrekkelig grunnlag for å si at vedkommende har vært seg sine interesser bevisst. Samtidig vil det også være nødvendig å konstatere fra hvilket tidspunkt forskjellsbehandlingen begynte å gjøre seg gjeldende, slik at det kan etableres et tidspunkt å beregne en eventuell reklamasjonsvirkning av § 49, tredje ledd i fra.

De valgte eksemplene representerer en "1 til 1" sammenligning og neste spørsmål vil være om en slik helt konkret sammenligning vil "innebære et forbud mot å ta hensyn til individuelle forskjeller ved rentefastsettingen". Som utgangspunkt må svaret være ja, men utelukket er det ikke, fordi nivået på renten mellom *alle* eksisterende låntagere kan bli

gjenstand for sammenligning. Men ved en "1 til 1" sammenligning må i så fall bevisbyrden ligge på låntakerens side, ettersom banken normalt ikke vil kunne avkreves informasjon om konkrete engasjementer. Annerledes vil det stille seg i forholdet "1 til flere" (f.eks. en gruppe) eller "1 til alle". Fastsettingen skjer på avtalenivå og den individualiserte delen av avtalen er, som tidligere fastslått, en privatsak. Forskjellsbehandling må derfor først og fremst konstateres opp i mot en generell og objektiv målestokk.

For det sistnevnte eksempelet vil en slik målestokk kunne være at "rabatt til forbundsmedlemmer" er et offentlig kjent faktum, f.eks. ved at tilbudet markedsføres via forbundet selv. På den annen side vil slik informasjon ikke kunne benyttes dersom størrelsen på rabatten ikke er oppgitt, men nettopp avhengig av bankens skjønn. Som det herved må fremgå, vil banken ikke se seg tjent med å "offentliggjøre" mer enn høyst nødvendig av priser. Potensielle boliglånstagere vil følgelig kunne oppleve at bankens diverse kundeprogrammer og prisingsmekanismer ikke presenteres på annet enn muntlig vis og heller ikke skriftfestes når avtalen er et faktum, slik nevnt under punkt 3.3, "Gjeldende Låneavtale".

Dog må hovedregelen være slik for boliglånstagere som for kontraktsparter i alle andre konkurransemessige sammenhenger: Det den ene kunden ikke vet om den andre kundens avtale med samme selger, vil han heller ikke ha vondt av. Når antidumpingregelen først kommer til anvendelse, må kjerneområdet for regelen være den forskjellsbehandling som kan konstateres mellom den enkelte boliglånstager og angjeldende banks Standardtilbud.

#### 4.3.4 Vilkår: Urimelig forskjellsbehandling

En variant av dumping er at prisen ut mot nye kunder *ikke* settes opp i Standardtilbudet, på tross av at kostnadsnivået reelt sett har steget og har resultert i en saklig økning av kostnadene for de eksisterende boliglånstagere. I dette tilfellet vil det være snakk om en slags passiv fastsetting, dvs. *fastholding* av prisen i Standardtilbudet. På grunn av § 49, annet ledd, vil en slik situasjon sjelden oppstå.

Aktiv fastsetting vil skje når prisen ut mot nye kunder settes ned til under prisen som betales av den eller de eksisterende låntagerne. Slik prisfastsetting vil selvfølgelig også skje når banken endrer bestående eller etablerer nye differensieringsstrategier.

Forsåvidt det er urimelighet som er § 49, tredje ledds viktigste vilkår, og ikke måten boliglansprisen er fastsatt på, eller når fastsettingen skjedde rent tidsmessig, så er det ikke grunn til å skille på de to forholdene: Forskjell er forskjell. Banken kan mao. ikke holde et tilbud ut mot nye kunder som er lavere enn hva de eksisterende kunder betaler, dersom forskjellen er urimelig. Ot.prp. støtter dette syn i punkt 9.5.3 på generelt grunnlag.

Når det gjelder grensene for hva som er urimelig, så kan en pris selvfølgelig være urimelig på helt selvstendig grunnlag - uten sammenligning forøvrig. En slik problemstilling vil måtte løses med hjemmel i Avtalelovens § 36 hvor urimeligheten må tilfredsstillende et vesentlighetskrav, dvs. være grovt urimelig. § 49, tredje ledd oppstiller ikke noe vesentlighetskrav for å bedømme om en *forskjellsbehandling* er urimelig. I henhold til departementets syn i Ot.prp. punkt 9.5.3 er det til og med grunn til å anta at forskjellen ikke trenger være særlig stor for å bli bedømt som uakseptabel: "Ved en slik generell regel kan man også ramme tilfeller der enkelte kundegrupper ikke får "nytte godt av" en alminnelig rentenedgang". Dersom banken holder et tilbud ut mot nye kunder og kunder med reforhandlingspotensiale, som er lavere enn hva den "protesterende" låntaker betaler, så vil dette normalt bety at det er skjedd en alminnelig rentenedgang i angjeldende bank.

Uttalelsen i Ot.prp. er formulert på en slik måte at den kan gi grunn til å tro at det er en generell rentenedgang, som menes. § 49, tredje ledd gjelder imidlertid bare interne sammenligningsgrunnlag og ordlyden byr ikke på tolkningsproblemer i så måte. En alminnelig rentenedgang generelt i bankmarkedet vil altså ikke ha noe med en urimelighetsvurderingen å gjøre. En alminnelig rentenedgang hos den enkelte bank vil for det andre, og hovedsakelig, være pengemarkedsstyrt, dvs. kostnadsstyrt, hvorved prisen skal settes ned igjen iht. § 49, annet ledd. Det vil følgelig bare være margindelen av renten (den

inntjeningsstrategiske delen) som er interessant mht. forskjellsbehandling for lån med flytende pris, dvs. at fastsettingen av marginen kan skje på forskjellig vis ut mot forskjellige typer kunder.

Fordi renten oppgis slik det gjøres i Norge, som en rund størrelse, blir det reelt sett umulig å vite hvilket renteelement banken har gitt prisavslag i forhold til. På den annen side er det fast og innarbeidet praksis at når det slutes en boliglånsavtale om flytende pris, så må låntageren vil være innstilt på å betale fundingkostnadene i sin helhet, uansett hvilken bank vedkommende slutter låneavtale med. Det må derfor fremstå som en logisk slutning at det, som hovedregel, er marginen det gis avslag på ut mot nye kunder.

Det er også grunn til å tro at det tallmessige utslaget på prisen er av underordnet betydning i forhold til om selve grunnlaget for forskjellsbehandlingen er urimelig. Dvs. at grunnlaget må vurderes på selvstendig basis først, men at den økonomiske differansen deretter kan bli et moment som kan få utslagsgivende betydning.

Utgangspunktet for en rimelighetsvurdering må, under omstendighetene, være å spørre om kunden kunne ha refinansiert sitt eget lån, med de bestående betingelser ved siste avtale-tidspunkt, til en billigere penge i egen bank på det nåværende tidspunkt, dvs. i klageøyeblikket. I det øyeblikk den effektive renten i det eksisterende forhold overstiger den nominelle renten låntageren ville kunne ha oppnådd ved en refinansiering/reforhandling, vil et "kritisk punkt" være nådd. Med andre ord: Så lenge kunden ikke kan refinansiere på lønnsomt vis i egen bank, vil forskjellsbehandlingen ikke være urimelig. Og motsatt: Dersom kunden *kunne* ha refinansiert, så ville han gjort det. At banken ikke tillater reforhandling, eller at kunden ikke har mulighet for å flytte sitt engasjement, representerer en tvangs- og tappesituasjon som på selvstendig grunnlag kvalifiserer som urimelig.

Spørsmålet som må avgjøres, blir følgelig om kunden *kunne* ha refinansiert på lønnsomt vis i egen bank, eventuelt om grunnlaget for at vedkommende ikke kan eller ikke tillates dette, representerer urimelig forskjellsbehandling. En slik vurdering må gjøres helt konkret og



kan selvfølgelig bli svært vanskelig avhengig av bankens produktspekter på vurderingstidspunktet, men et vesentlig moment ved enhver form for rimelighetsvurdering, vil være saklighet på generelt og objektivt grunnlag. Deretter kan et slikt moment kombineres med individuelle forhold, det være seg på bankens eller låntakerens side. Vurderingen belyses best med eksempler.

#### 4.3.4.1 Konkretisering

For i alle fall å starte med et tilsynelatende ukomplisert forhold: A betaler 4,00 % rente på sitt boliglån som han har hatt i flere år. Undertiden innfører banken et "studentkonsept", slik at studenter får 0,20 % rabatt og betaler 3,80 % rente på boliglån. A har begynt å studere i voksen alder og henvender seg til banken for å reforhandle sine prisbetingelser iht. studentkonseptet, men banken sier da at tilbudet bare gjelder for personer som ikke er eldre enn 25 år. A tilfredsstillter alle andre kriterier, men er eldre enn 25 år, slik at han ikke kan få rabatten.

Generelt og objektivt sett kan hverken låntagerens livssituasjon eller alder være noe saklig kriterium å differensiere prisen på en vare, så som kapital. Dersom en sammenligner med bankens bedriftsmarked, skulle rike bedrifter subsidiere fattige bedrifter, eller eldre bedrifter subsidiere yngre bedrifter - eller begge deler? I alle fall synes ikke slike omsorgshensyn å høre hjemme blant kontraktsrettslige anliggender, men heller å utgjøre offentligrettslige problemstillinger. På den annen side foreligger det ikke noe forbud mot å ta irrelevante hensyn i produktprising generelt, ei heller i banknæringen. I nevnte tilfelle vil spørsmålet først og fremst være om 25 års grensen først kom "på banen" for å unngå billigere rente for A, eller om grensen var trukket på generelt og offentlig vis i banken. Det må få betydelig vekt i bankens disfavør dersom den bare offentliggjør tiltrekkingsmekanismene og ikke avskjæringsmekanismene, slik at disse blir liggende skjult på driftssiden.

Forsåvidt det dreier seg om et *standardtilbud*, vil kunden kunne innrette seg etter det, og kanskje i spesiell grad når det er livssituasjons- og omsorgsaspekter som markedsføres.

Dernest er det utvilsomt slik i alle fall i dette tilfellet, at boliglånet til studenten over 25 ikke vil være dyrere å drifte enn lånet til studenten under 25, slik at hovedbegrunnelsen for "programmet" er at banken gjerne vil ha studenter i porteføljen. Sammenlagt vil jeg mene at det foreligger urimelig forskjellsbehandling om ikke også bestående kunder som blir studenter, skulle få nytte godt av rabatten.

Annerledes vil det kunne stille seg dersom avskjæringsmekanismen er tydelig markedsført. Da ville antagelig en avgjørelse i låntagerens favør, være å gå bankens forretningsutviklings- og selvstyringsrett for nært: Det vil jo da være slik at *unge* kunder blir en like viktig faktor som det at de er studenter. Et særlig viktig momentet vil imidlertid være at A i et slikt tilfelle ikke ville hatt noen grunn til å innrette seg etter muligheten for å oppnå lavere boliglånspris som student. Dog representer 0,20 % en forskjell på hele 5 % av den totale renten. Hva forskjellen utgjør i absolutte verdier for A hhv. banken, måtte også kunne tas hensyn til - i samme grad som partene ville ha kunnet forhandle rundt dette ved en frivillig refinansiering.

En annen variant av forskjellsbehandling er "nettbankkonseptet": A etablerte sitt lån før "nettlån" var en mulighet. Deretter ble A imidlertid nettbankkunde, slik at hele A's kunde-forhold administreres av A selv - over nettet. A ønsker å få uttelling på sin boliglånspris i samme grad som de senere ankomne nettlåntagere får det, men blir nektet. Bankens argument er at skrankelån er dyrere å etablere, men den kostnaden betalte jo A for *da* han etablerte og fortsatte med dét helt til nettbank ble en mulighet, hvoretter A betalte gebyr for å bli nettbankkunde. Logisk sett kan det umulig være noen driftsmessige kostnads- eller lønnsomhetsforskjeller mellom "opprinnelige" nettbankkunder og "konverterte" nettbankkunder, slik at A i realiteten subsidierer låntagere som fikk en helt tilfeldig fordel pga. av en generell data-teknisk utvikling. Dette kan umulig bestå noen rimelighetstest.

Tilsvarende vurderinger vil måtte legges til grunn for alle (nye) prisingsmekanismer. Men, som nevnt innledningsvis, kan det bli utrolig mange kriterier og avhengighetsforhold å ta stilling til og enhver vurdering må skje konkret.

En generell løsning vil være å benytte bankens boliglånskalkulator. Den vil inneholde bankens basiskriterier for boliglån og vil til enhver tid uttrykke "worst case", dvs. prisen før forhandlinger og individualisering. Å bruke "worst case" som utgangspunkt, er til bankens fordel. Inn i den legges kundens engasjement slik det fremstår med hensyn til saldo og gjenstående løpetid og fra beregningen trekkes kundens allerede avtalte rabatter. Hvis bildet er slik at kunden kommer prismessig bedre ut på kalkulatoren, så blir vedkommende tappet, noe som definitivt ikke er rimelig, uansett hvor liten eller stor forskjellen i prosent eller i absolutte størrelser er.

At det tallmessige utslaget i prisen ikke kan være noen primær faktor i urimelighetsvurderingen understøttes av det faktum at de bedre stilte låntagerne selvfølgelig også er vernet mot marginøkninger i medhold av § 49, annet ledd. De dårligere stilte låntagerne vil følgelig kunne komme til å måtte subsidiere de bedre stilte for all evighet - og da blir den reelle kostnaden stor av seg selv.

Den andre siden av saken er at alle eksisterende kunder er tjent med at banken holder forvaltningskapitalen på et høyt og effektivt nivå og skaffer nye kunder hele tiden, både i den hensikt å erstatte lån som innfris og for å øke forretningsvolumet. Det kan derfor tenkes at banken venter noe med å justere prislisten opp, selv om "normalprisen" for boliglån er gått opp. En viss periode fra det kritiske punkt er nådd for den eksisterende kunde til prislisten (eller lånekalkulatoren) justeres opp, slik at den på ny reflekterer normalnivået i angjeldende bank, må kanskje tillates? I alle fall vil banken kunne være av en slik oppfatning og kan argumentere med at det i praksis også ville ta litt tid for den eksisterende kunde før uttellingen av en reforhandling/avgjørelse i medhold av § 49, tredje ledd, inntreffer.

Til dette er følgende å si: For det første er det i dette tilfellet positivt skjedd en *endring* i prisen til de eksisterende kunders ugunst. For det andre er standardtilbudet låntagerens eneste objektive referanse mht. å ha kontroll med om endringen virkelig gjennomføres med

virkning for "lån av det slag avtalen gjelder", dvs. at endringen er saklig. For det tredje er det i løpet av varslingsperioden at en saklighetsvurdering skal foretas. Som følge av disse tre forhold, må standardtilbudet forutsetningsvis justeres samtidig med at endringsvarsel avsendes.

#### 4.3.4.2 Oppsummering

I BKN-05048, som kom etter loven, gjøres det ingen rimelighetsvurdering i medhold av § 49, tredje ledd, i det nemnda fant at det ikke var rettslig grunnlag for klagen.

Ved å sammenligne med BKN-97009, bli det imidlertid tydelig at en etter innføringen av loven, har fått mulighet, både gjennom saklighetskravet og forskjellsbehandlingsvernet, til å holde konkurransen mellom bankene der den skal ligge, nemlig på etableringsnivå.

§ 49, annet ledd setter i sin tur klare og konkrete grenser for hva som kan og skal sammenlignes under § 49, tredje ledd, for å finne ut av om det begås noen urimelig forskjellsbehandling. En funksjon av at konkurransen ligger der den skal, er jo nettopp at det ikke blir mulig å gjøre forskjell på kunder som har markedsmekanismene og makten på sin side og kunder som er innelåst. Samtidig vil sunn forretningsutvikling i banken ikke på noen måte hindres.

Utgangspunktet for vurdering i medhold av § 49, tredje ledd, som er hva som er avtalt for det individet som fremsetter en klage, vil imidlertid alltid forbli et konkret tolknings- og bevisspørsmål.

Om det f.eks. er avtalt at låntageren skal ha "bankens beste rente", jfr. BKN-97009, så vil dette bli et spørsmål som må vurderes for seg.

#### 4.4 § 49, andre og tredje ledd sett i sammenheng

Etter uttalelsene i BKN-02082 og BKN-05048, er inntrykket at Bankklagenemnda ser på § 49, annet ledd og § 49, tredje ledd som alternative vilkår innenfor samme regel, og derfor ikke benytter seg av § 49, annet ledd.

I den første saken ble renten ikke satt ned når foliorenten gikk ned, slik den burde ha vært iht. § 49, annet ledd, dersom en legger til grunn at foliorenten var representativ for fundingkostnadene. Når råvareprisen går ned, men prisnivået ut mot kunden forblir på samme nivå, betyr dette i realiteten at margindelen av renten har gått opp, noe som etter prisendringsregelen, neppe var saklig. Nemnda behandler saken som om det ikke hadde skjedd noen endring, men bare dreide seg om den til enhver tid eskisterende forskjellen mellom internett- og skrankekunder, hvorved uttalelsen kun baseres på § 49, tredje ledd.

I den andre saken har nemnda brukt § 49, tredje ledd som direkte endringshjemmel, dvs. at endringene kunne skje fordi det forelå rimelig forskjellsbehandling iht. § 49, tredje ledd ved alle de renteøkninger som var foretatt, og at det følgelig ikke var grunnlag for å drøfte § 49, annet ledd.

Etter ordlyd og forarbeider, samt at alle hensyn ivaretas og alle problemstillinger "faller på plass", er det imidlertid grunn til å være overbevist om at § 49, annet og tredje ledd regulerer hver sin situasjon og ikke kan benyttes som alternative vilkår for bankens ensidige endringsrett. Dette viser seg også i det faktum at en saklighetsvurderingen iht. § 49, annet ledd må gjøres med begrunnelsen for den enkelte endring som utgangspunkt, mens § 49, tredje ledd, vurderes med utgangspunkt i begrunnelsen for de forskjellige prisnivåene i banken.

Dersom det faktum at det dreier seg om to helt forskjellige regler hadde vært lagt til grunn i de to nevnte saker, eksisterer det nok en meget sterk mulighet for at utfallet hadde blitt det omvendte.

#### 4.5 § 50, første ledd

*Før långiveren ensidig endrer lånevilkårene, skal låntageren varsles skriftlig. Varselet skal opplyse om hva endringen går ut på, om hva som er begrunnelsen for endringen, og om kundens rett til førtidig tilbakebetaling, samt hvilke kostnader som påløper ved dette, jfr. § 53.*

Nøkkelen til en saklighetsvurdering i henhold til § 49, annet ledd, ligger i varselet. En forutsetning for å kunne anvende § 49, annet ledd er at varselet er konkret og klart.

Departementets vurdering i så måte, jfr. Ot.prp. punkt 9.5.3, avsnitt 4, er kanskje forarbeidenes viktigste: "Det forhold at vurderingstemaet for institusjonens adgang til å øke renten m.v. i loven angis på en skjønnsmessig måte, betyr ikke at institusjonens konkrete begrunnelse for å sette opp renten m.v. kan angis skjønnsmessig og lite presist. For å oppfylle varslingsplikten som følger av utkastet §49 første ledd, må den reelle og direkte grunnen til renteøkningen angis presist i varselet."

I Innst.O., punkt 9.3, avsnitt 7, påpekes at krav til klarhet og entydighet følger direkte av formålet med regelen.

Dersom klarhet og entydighet ikke foreligger, vil følgen være at varselet ikke anses for å være i tråd med lovbestemmelsen, jfr. Ot.prp. punkt 9.5.3. avsnitt 4. og vil mao. ikke få noen virkning

Det vil også skje en endring i lånevilkårene når endringen er til låntagerens gunst.

Forsåvidt § 50, første ledd ikke inneholder noen reservasjoner og "gunst" og "ugunst", skal enhver endring som har innvirkning på boliglånet varsles.

Når det gjelder bruk av § 49, tredje ledd vil varselet ikke ha noen rettslig betydning: Det er ikke "ensidige endringer" som avstedkommer vurderinger i medhold av denne regelen, det er den generelle status blant bankens kunder.

Når prismessige konsekvenser inntreffer som følge av at en tiltrekkingsmekanismene er blitt til en opphørmekanisme eller at en avskjæringsmekanisme treffer i kraft, dvs. at pristriggere blir aktivert på grunn av "utviklingen i kundeforholdet", så dreier det seg i tilfelle om en "tosidig endring", som ikke uten videre kan varsles sammen med en ensidig endring.

Kravet må i tilfelle være at låntageren gjøres oppmerksom på at en slik endring eller del av endring ikke har hjemmel i § 49, annet ledd, men er oppstått som resultat av bankens forståelse av hva som er avtalt.

#### 4.5.1 Vilkår: ...hva endringen går ut på,..

Hva endringen går ut på kan oversettes til følgende: Hva er omfanget av endringen? Hvor tallmessig stor er den og hvor lenge skal den vare.

Selv om banken har rett til å benytte seg fullt ut av et saklig endringsgrunnlag, har den ikke plikt til det, og kan derfor velge å sette opp renten med mindre enn hva begrunnelsen, f.eks. foliorenteendring, skulle tilsi.

Forsåvidt det følger av adekvanskravet at boliglånsprisen skal settes ned igjen når erstatningsgrunnlaget opphører, må varselet - når endringen ikke kan kontrolleres opp i mot eller overensstemmer med noen indeks - også inneholde melding om hvor lenge det nye prisnivået vil komme til å vare.

Dersom det dreier seg om substitusjon av grunnlagene for erstatning, dvs. at ett priselement eller renteelement blir billigere mens et annet blir dyrere, så må varselet også inneholde melding om dette, jfr. punkt 4.2.4. Og det må varsles selv om den globale prisen ikke endrer seg. Låntageren må ha krav på selv å kunne vurdere om en endring i prisgrunnlag er til sin ugunst og hvis ja, også ha anledning til å vurdere om en slik endring er saklig, selv om "status quo" opprettholdes rent prismessig.

Alle endringer vil i prinsippet endre kontraktsforholdet, og det finnes ingen reservasjon i § 50, første ledd om at visse endringer ikke trenger å varsles. I så måte vises det også til § 49, første ledd og til kravet om at §§ 46 og 48 gjelder tilsvarende så langt de passer.

Likesom kravet til begrunnelsen for endringen, må også konsekvensene av endringen angis konkret og klart. Hvilket priselement endres, hvor høyt blir det nye nivået og hvor lenge skal merkostnaden opprettholdes.

At de innledningsvis nevnte spørsmål skal være besvart, er også i tråd med Gjeldsbrevs-avtalens punkt 3.6, som også stadfester at omfanget av ensidige endringer skal opplyses.

#### 4.5.2 Vilkår: ...hva som er begrunnelsen for endringen...

For å kunne gjennomføre en saklighetsvurdering, er det en betingelse at banken sender spesifisert regning. Som nevnt tidligere, må det være sikker rett at alle kunder generelt har krav på spesifisert regning. Et eksempel på kodifisering i så måte, er Håndverkertjenestelovens § 36 (Lov 16. juni 1989, nr. 63) § 36.

På dette grunnlag, kan det slås fast at begrunnelsen må være av en sådan tydelighet at kunden har en reell mulighet til å verifisere om endringen er saklig eller ikke.



§ 50, første ledd, gjelder både forretnings- og forbrukerkunder. Forretningskunder vil imidlertid ikke etablere lån med flytende rente uten å ha en objektiv målestokk å kontrollere bankens innlånskostnader opp i mot, f.eks. NIBOR-renten eller andre pengemarkeder som er offentlig kvotert. Eventuelle endringer i marginen vil normalt bare kunne gjøres på bestemte, forhåndsavtalte tidspunkt.

Dersom en for eksempelets skyld imidlertid tenker seg at forretningskunder også inngikk låneavtaler tilsvarende boliglånsavtalene, så kunne kanskje "endringer i pengemarkedsrenten" være fyllestgjørende begrunnelse. En profesjonell kunde ville umiddelbart finne status på denne "pengemarkedsrenten" på egen hånd, dvs. at vedkommende både ville forvente og forlange at det var NIBOR-renten som skulle legges til grunn, dersom intet annet var oppgitt.

Det er ingen objektiv grunn til at ikke det samme skal gjelde i forbrukersammenheng: Når banken bruker endringer i pengemarkedet som begrunnelse, må kunden kunne gå ut i fra at det er NIBOR-markedsrenten som er ment - ettersom dette er det eneste pengemarkedsindeks som en forbrukerkunde vil ha umiddelbar adgang til. For en boliglåntager med månedlige avdragsforfall, er det f.eks. prisen for 1 måneds penger som gjelder, slik at dette også bør oppgis, med mindre det tas for gitt at boliglåntagerne må vite eller forstå sammenhengen avdragsforfall og fundingforfall av seg selv. Dersom begrunnelsen er "endringer i pengemarkene", vil grunnlaget i alle fall ikke være konkret og presist nok. Formålet med varselet er verifikasjon, ikke sannsynlighetsberegning eller gjetning.

Dersom en renteøkning er større enn hva det reelle fundingkostnadsnivået eller avtalt indeks tilsier, er det skjedd en økning i margindelen av renten som skulle vært begrunnet tilsvarende. Og det samme gjelder selvfølgelig når banken varsler en rentenedsettelse og nedsettelsen er mindre enn det fundingkostnader eller avtalt indeks tilsier.

Det er ikke noe i veien for at en og samme prisendring kan ha flere grunnlag. § 50, første ledd gir ingen begrensinger i så måte og dette er sågar fastslått også Gjeldsbrevsavtalen i punkt 3.2: "... når *det* eller *de* forhold..."

I dette lys fremstår faktum i BKN-05048 som illustrerende: Renteøkningene var alle begrunnet med "utviklingen i pengemarkedet", mens i alle fall en del av hver økning, etter faktum å dømme, må ha skyldtes endringer i beløpsterskelelementet. Ingen dokumentliste medfølger denne saken, slik at den er forelagt nemnda i resyméform. Påstanden fra klageren var kanskje ikke klart og entydig nok formulert, slik at nemnda behandlet klagen kun med hjemmel i § 49, tredje ledd. I forhold til § 49, tredje ledd, er varselet, som nevnt innledningsvis, ikke av betydning, noe som kan ha vært grunnen til at nemnda heller ikke gikk nærmere inn på § 50, første ledd.

Dog kan det etter mitt skjønn umulig være lovmessig varslet og avgjørelsen fremstår som problematisk å forstå. For det første ikke det faktum at de reelle begrunnelser kommer for dagen ved nemndsbehandling kompensere for manglende varsel. For det andre kan heller ikke det faktum at nemnda finner begrunnelsene troverdige og rimelige på et langt senere tidspunkt, anses som noe relevant argument for å oppheve bankens varslingsplikt, noe som samtidig jo vil avskjære reklamasjonsretten.

Spørsmålet i denne saken måtte være om renteendringene skulle ha vært underkjent i sin helhet, eller bare den delen av endringene som var ubegrunnet. At bankenes begrunnelses- og opplysningsplikt er streng, understrekes ved § 91 om straffeansvar for brudd på regler som er gitt i medhold av § 46. § 50, første ledd er gitt i medhold av § 46. På tross av at det ikke er noen realitet bak bestemmelsen, er jeg allikevel stadig av den oppfatning at privatrettslige avgjørelser ikke skal ha et straffepreg, slik at det måtte bli de ubegrunnede delene av endringene som ble tilbakeført låntageren, dvs. for perioden fra beløpene ble belastet fram til det forelå en avgjørelse mht. sakligheten av endringene.

Om begrunnelsen er fyllestgjørende, må vurderes konkret fra sak til sak, men i alle fall med det utgangspunkt at alle aktuelle og reelle årsaker skal oppgis, og at det er en forbruker som skal kunne foreta en verifikasjon.

#### 4.6 § 50, tredje ledd

*"Når låntakeren er forbruker, kan endring av vilkårene etter § 49 annet ledd settes i verk tidligst 6 uker etter at institusjonen har sendt skriftlig varsel til forbrukeren om endringen.*

*Kortere frist kan benyttes når renteendringen skjer som en følge av at det er inntruffet en vesentlig endring i pengemarkedsrenten, obligasjonsrenten, eller det generelle rentenivå for institusjonens innlån."*

Om frist generelt, kan det sies følgende: Ved en avtale om flytende rente i den tradisjonelle forståelsen, dvs. at "flyten" er knyttet opp mot en indeks eller fast referanserente, ville det ikke vært behov for noen frist. Da ville kunden være forberedt på at renteendring ved ethvert avdragsforfall. Tilsvarende ville gjelde i hele bankmarkedet og en slik form for viderefakturering ville ikke representere noe konkurranseelement eller fordre noen stillingstagen ved varsel.

Paragrafen gjelder bare forbrukerkunder, som altså i realiteten har avtaler om "flytende pris". Også her er kunden forberedt på at renten kan endres, men for såvidt *alle* rente-elementer kan endre seg og derfor er gjenstand for en saklighetsvurdering, trenger kunden utvilsomt en frist.

I Ot.prp. "til § 49 (dvs. § 50), Varsel om endring", begrunner departementet innføring av frist hovedsakelig med at forbrukeren skal ha nok tid til å vurdere andre tilbud i markedet og eventuelt også ha nok tid til å skifte långiver. § 50, første og tredje ledd gjelder alle

typer forbrukerlån. Når det gjelder boliglån, er imidlertid bytting av bank ikke det mest kurante alternativ, bindingsmekanismer og innelåsnings situasjon tatt i betraktning.

Fristen for boliglåntageres vedkommende må derfor begrunnes i § 49, første ledd og muligheten til å forhandle seg fram til andre løsninger. Hvis ikke, så i § 49, annet ledd og verifikasjonsbehovet i forhold til om endringen er saklig eller ikke. I forhold til § 49, tredje ledd, er fristen for gjennomføring av endringen ikke av betydning.

Et tredje forhold som bør nevnes, dvs. gjentas, i denne sammenhengen: Boliglånskunden får nye penger, dvs. et helt nytt lån, ved hvert avdragsforfall. Forutsetningsvis skal det være overensstemmelse, dvs. "match" iht. terminologien på området, mellom den datoen innlånet blir gjort og datoen for re-funding av utlånet. Den renten banken må betale for innlånet til re-fundingen begynner altså ikke å påløpe før det forrige fundingbeløpet er tilbakebetalt, dvs. på avdragsdatoen. At renten betales på etterskudd, betyr at kunden alltid betaler for det forrige innlånet banken gjorde - altså helt fram til det forrige blir betalt tilbake til råvareleverandøren, noe som skjer ved hvert eneste avdragsforfall. For boliglånskunder vil dette si at nytt rentenivå ikke kan gjøres gjeldende annet enn ved hver forfallsdato/re-fundingsdato. Dersom banken "mismatcher" (noe som er hovedregelen i privatkundesegmentet hvor det er myriader av mindre beløp både på innskudds og utlåns-siden, med like mange forskjellige forfall), er dette et internt, driftsmessig forhold basert på likviditetsstyrings- og lønnsomhetsvurderinger.

Dersom intet annet konkret er avtalt, må det følgelig være prinsippet om "match" som gjelder ut mot låntageren.

For fristen vil dette da ha betydning som følger: Gitt at et 6 ukers varsel er datert samme dag som låntager har forfall og lånet har månedlige forfall, så vil kunden i realiteten ha 2 måneder på seg før endringen kan bli effektiv. Fristen, dvs. også unntaket om "kortere frist", kan derfor *aldri* være kortere enn én avdragsperiode, som hovedregel 1 måned, for en boliglåntager.

Når kunden får varsel om at renten blir satt opp og at økningen blir gjort gjeldende fra en dato som faller mellom to avdragsbetalinger, så betaler vedkommende i realiteten for råvarer vedkommende enda ikke trenger eller kan bruke. Dersom det er avtalt etter-skuddsbetaling av renter, misligholder banken i realiteten avtalen og beløpet kan reklameres selv om endringen ellers er gyldig varslet og følgelig vil kunne iverksettes fra den relevante avdragsforfallsdatoen.

Når det gjelder grunnlag som kan begrunne kortere frist, anses disse behandlet under punkt 4.2.3, men dersom banken sender varsel med andre - eller flere begrunnelser i samme varsel - enn fundingkostnader, kan fristen ikke være kortere enn 6 uker.

## **5 Reklamasjon**

Reklamasjon krever et reklamasjonsgrunnlag. Et slikt grunnlag vil normalt være en mangel ved ytelsen, hvorved selgeren er i kontraktsrettslig mislighold og blir ansvarlig for å sørge for rettmessig oppfyllelse.

En innfallsvinkel til "mangel" ved ytelsen: Når boliglåntageren har betalt for høy pris på sitt lån, vil dette i realiteten være synonymt med at vedkommende har måttet betale for kapital som han ikke har fått utbetalt. Dersom lånet er et annuitetslån hvor størrelsen på renten og avdraget er internt avhengig av hverandre, og en renteøkning fører til at hele avdragkurven blir endret i kundens disfavør.

Eksempel: En kunde har utstående saldo på kr. 1 000 000,- til 4 % rente hvor det gjenstår 20 år av løpetiden. Ved annuitetsplan vil terminbeløpet da være på kr. 6 059,80. Dersom renten settes opp til 4,5 % med de samme parametere, blir det nye terminbeløpet på

kr. 6 326,49. Dersom økningen er urettmessig, betaler låntageren i realiteten rente på en saldo på kr. 1 043 995,- i den perioden "urettmessigheten" varer, uten at vedkommende har kunne nyte godt av de ekstra kr. 43 995,- som det i realiteten betales for.

Det kan være både objektive og subjektive årsaker til at banken har beregnet seg for mye betaling, men utgangspunktet må være at banken i alle fall har et objektivt tilbakeføringsansvar når den har opptrådt i strid med de materielle og formelle vilkår i endringsreglene. (Mulig erstatningsansvar på culpa-grunnlag vil ikke bli behandlet i denne fremstillingen.)

### 5.1 Preklusiv virkning av enighet

Dersom kunden f.eks. har vært i banken og fått satt ned renten på grunn av bedret sikkerhet, så er det bare dette avtaleelementet, dvs. dette prisingselementet, det er enighet om. For dette prisingselementet er det opprettet et nytt avtaletidspunkt, som avskjærer reklamasjon. Kunden kan da ikke på et senere tidspunkt påberope seg at banken visste at sikkerheten var bedret lenge før kunden selv tok kontakt, i den forstand at banken burde ha satt ned renten på eget initiativ ut i fra plikten til å gjøre dette når grunnlaget for økningen var bortfalt. Låntageren kan heller ikke påberope seg at han ikke fikk prisen så mye nedsatt som han kanskje egentlig var berettiget til ut i fra et forskjellsbehandlingssynspunkt, i og med at vedkommende jo har anledning til å avtale seg vekk fra sitt vern etter loven ved reforhandling.

Tidligere prisendringer til kundens ugunst, som er foretatt på annet grunnlag enn de forhold det ble enighet om ved siste avtaletidspunkt, vil imidlertid ikke være annullert som mulige reklamasjonsgrunnlag. Slike kan reklameres i medhold av § 49, annet ledd.

Annerledes vil det stille seg dersom kunden får satt ned renten og partene er enige om at det ikke skal gis noen konkret angivelse av hvilket renteelement vedkommende får avslag i forhold til. Da må det foreligge presumsjon for at kunden aksepterer alle tidligere

endringer til sin ugunst, evt. også forskjellsbehandling, og at det foreligger et nytt avtaletidspunkt for hele forholdet.

## 5.2 Materielle reklamasjonsgrunnlag

### 5.2.1 Manglende saklighet

Manglende saklighet ved prisendringer vil selvfølgelig berettege reklamasjon, med virkning fra det øyeblikk endringsbeløpet urettmessig ble belastet.

### 5.2.2 Urimelig forskjellsbehandling

Forsåvidt § 49, tredje ledd ikke gir hjemmel for endringer, kommer den bare til selvstendig anvendelse på den statiske situasjonen, dvs. prisenivået som sådan. Slik sett, må den bli å betrakte som et lovfestet forhandlingsrett - en måte å tvinge banken til enighet på. Som ved frivillig enighet om nedsettelse av renten, vil reklamasjonen måtte gjelde tilbake til det tidspunkt hvor misforholdet ble påklaget overfor banken.

### 5.2.3 Avtalen

I forhold til dagens Standardavtale er det uten tvil Finansavtaleloven som gir boliglåntakeren det nødvendige vern på driftsnivå. Dermed er det også Finansavtaleloven som fremskaffer reklamasjonsgrunnlagene, men det er ikke noe i veien for at låneavtaler kan gi låntageren et bedre driftsmessig vern enn loven og på det viset inneholde egne reklamasjonsgrunnlag.

Et avgjørelse med hensyn til hva som i realiteten er avtalt, som går i låntagerens favør, vil selvfølgelig kunne utgjøre et reklamasjonsgrunnlag på selvstendig grunnlag.

#### 5.2.4 Avtaleloven

Jeg har problemer med å tenke ut konkrete eksempler på prismessige tvister på driftsnivå som ikke kan løses etter reglene i Finansavtaleloven. På den annen side vil Avtalelovens § 36 f.eks. gi anledning til å ta i bruk generelle, markedsmessige, sammenligningsgrunnlag - dvs. ikke være begrenset til en sammenligning som bare skjer mellom "institusjonens kunder", jfr. § 49, tredje ledd. Det vil vel også være slik at dersom § 36 gir et bedre vern for forbrukerlåntageren fordi også særlige personlige hensyn *kan* tas i betraktning på dette nivået, så måtte låntageren kunne velge å løse tvisten iht. avtaleloven.

#### 5.3 Formelle reklamasjonsgrunnlag

Når det gjelder reklamasjon i forbindelse med formelle feil, er den ulovfestede hovedregelen (slik f.eks. kodifisert i Forvaltningsloven, Lov 10. februar 1967, § 41) også privatrettslig, at feilen må ha fått materielle følger, dvs. i dette tilfellet at låntageren er blitt urettmessig belastet.

Dersom varsel ikke er sendt, men boliglåntagerens konto likevel er blitt belastet for økningen, er den rettslige virkningen at belastningen blir ugyldig. Pengene må tilbakeføres og kravet fra banken kan ikke gjøres gjeldende igjen før gyldig varsel foreligger, samt at saklighetskravet selvfølgelig også må være oppfylt.

Dersom det er mangler i begrunnelsen, kan varselet ikke anses som gyldig for den delen av prisendringen som mangler begrunnelse, eller som det er ufullstendig begrunnelse for.



Dersom banken substituerer endringsgrunnlag, slik at intet merkes på låntagerens konto, uten å sende varsel, vil dette også medføre ugyldighet. Kontoen må da anses for å ha blitt belastet i det øyeblikk substitusjonen skjedde og beløpet må kunne reklameres fra dette tidspunkt.

Når det gjelder varsel med for kort frist, må tilbakeføring skje av det beløpet som ble belastet til feil tid, frem til endringen kunne ha vært gjennomført på gyldig vis.

#### 5.4 Reklamasjonsfrist

Hverken loven eller Gjeldsbrevsavtalen oppgir noen klart definerte reklamasjonsregler, heller ikke formelle krav til reklamasjon, men hva gjelder bankens syn på saken, er følgende et ikke helt utenkelig utsagn:

"Under enhver omstendighet har låntageren akseptert renten ved at vedkommende ikke har protestert i forbindelse med varsling."

Banken vil selvfølgelig ønske at varslingsfristen i § 50, første, hhv. tredje ledd, også skal være en reklamasjonsfrist med tilhørende preklusiv virkning.

Hva gjelder Bankklagenemndas boliglånssaker av senere dato enn loven, er spørsmålet ikke tatt opp. Det kan ha følgende årsaker: Enten har banken ikke har gjort noen slik anførsel gjeldende i nemndssaker, eller det er slik (som tilfellet jo er) at sakene er blitt behandlet i medhold av § 49, tredje ledd, hvor det på grunn av sakens natur ikke kan gjelde noen reklamasjonsfrist, kun en foreldelsesfrist med utgangspunkt i det tidspunkt forholdet ble tatt opp med banken.

Det betyr imidlertid ikke at spørsmålet ikke er relevant.

Når intet er klart formulert om reklamasjon, må avveiningen mht. til hvem av partene som er mest beskyttelsesverdig med hensyn til innrettelse, i alle fall i utgangspunktet skje på grunnlag av generelle, kontraktsrettslige premisser, som tilsier et relativt reklamasjonsprinsipp. Det må foretas en vurdering som ivaretar kundens rett til oppfyllelse, men også bankens rett til å innrette seg etter situasjonen slik den er blitt. Et relativt reklamasjonsprinsipp går ut på at reklamasjon skal skje innen rimelig tid. Sett opp i mot varslingsfristen, blir spørsmålet følgelig om 6 uker er rimelig tid, men vurderingen må gjøres ut i fra de situasjoner som helt konkret kan oppstå.

#### 5.4.1 Konkretisering

##### 5.4.1.1 Varsel er ikke sendt

###### *Renten går opp*

Det må kunne forventes at boliglåntageren følger med på om det trukne terminbeløp (dersom autotrekk) eller det fakturerte terminbeløp (dersom giro) overensstemmer med den til enhver tid gjeldende tilbakebetalingsplan. Under normale omstendigheter, bør det vel ikke gå særlig lang tid før kunden oppdager en uoverensstemmelse, kanskje maksimum 2 forfall, og gjør dette gjeldende overfor banken ved å avkreve et verifikasjonsgrunnlag mht. saklighet. Kanskje mindre tid, dersom kunden betaler med giro, ettersom egen, aktiv handling bør avstedkomme en høyere grad av bevissthet. Deretter må det tas hensyn til personlige forhold hos låntageren som går på evnen til å oppdage slike feil - f.eks. fravær, sykdom, etc., samt evnen til å gjøre uoverensstemmelsen gjeldende overfor banken, evt. evnen til å forstå og kunne verifisere den forklaring banken gir.

###### *Renten er uendret*

Når kunden ikke har sporingsmulighet (dvs. ved substituering av endringsgrunnlag), vil 6 uker imidlertid langt fra være nok tid sett fra kundens side. I en slik situasjon vil selvfølgelig ingen reklamasjonsfrist være rimelig, fordi det ikke finnes noen hendelse som ansporer til undersøkelse og oppdagelse.

*Renten er uendret, men skulle ha gått ned*

Dersom bankene regelmessig hadde fulgt lovens forutsetning om at erstatningsansvaret er kvantitativt avgrenset og at renten skal settes ned like mye som den ble satt opp, ville kunden stimuleres til reaksjon ved at renten forble for høy for lenge. De banker som imidlertid urettmessig påstår at de ikke har noen plikt til å sette renten ned igjen, kan knappst gjøre gjeldende at det skulle eksistere noen reklamasjonsfrist.

#### 5.4.1.2 Varsel er sendt, men er uriktig eller mangelfullt

Ordlyden i § 50, første ledd er ikke godt egnet som angivelse av det spesifikasjonskrav forbrukeren, jfr. forarbeidene, faktisk kan stille. Før en forbruker har tilegnet seg den nødvendige verifikasjonsevne, som også er betingelsen for å kunne stadfeste om varselet i seg selv er lovlig, vil det være behov for adskillig lenger tid enn 6 uker.

#### 5.4.1.3 Varselet er sendt og korrekt, men grunnlaget er ikke saklig

Heller ikke utformingen av § 49, annet og tredje ledd, sett hver for seg eller sammen, er utformet på en måte som gjør det umiddelbart eller intuitivt mulig for forbrukeren å stille spørsmål ved, eller imøtegå, lovligheten av Gjeldsbrevsavtalens endringsklausuler. Også her vil det være nødvendig med lenger tid enn 6 uker.

#### 5.4.2 Oppsummering

Forbrukerrådet uttrykte bekymring igjennom hele lovprosessen mht. lovens skjønnsmessige utforming både hva angår § 50 første ledd og § 49, annet ledd. Departementets syn var at kravet til spesifisert regning, som er hele nøkkelen, fremgår forutsetningsvis.

Lovteknisk og juridisk sett har departementets argument svært mye for seg, men på grunn av kompetansemonopolet hos institusjonene og fraværet av et reelt "ris bak speilet", blir vernet etter endringsreglene i praksis illusorisk. Det må gjentas at låntagerne ikke har den nødvendige verifikasjonsevne, samtidig som de paradoksalt nok har størst sporingmulighet - og vil være mest utsatt for preklusjon, når det ikke sendes noe endringsvarsel i det hele tatt.

At bankene utnytter sin posisjon, bør gå klart fram alle saker det er referert til i denne fremstillingen: De reelle og fullstendige renteendringsgrunnlag kommer først for dagen når banken argumenterer for seg under nemndsbehandling.

Slik omstendighetene og praksis er pr. i dag, må regelen i skrivende stund i alle fall gå ut på at varslingsfristen i alle fall ikke kan anvendes som reklamasjonsfrist og at det generelt må utvises stor varsomhet med å gjøre noen reklamasjonsfrist gjeldende i det hele tatt.

Det praktiske med relative frister er jo at de nettopp kan og skal tilpasses omstendighetene.

## 5.5 Foreldelse

Hva gjelder foreldelse finnes det en sikker og en litt mindre sikker vei i Lov om foreldelse av fordringer (Lov 18. mai 1979, Nr. 18 - "FL"): Den alminnelige foreldelsesfrist, jfr. FL § 2, evt. FL § 10, og foreldelsesfristen for pengelån, jfr. FL § 5.

### 5.5.1 Den alminnelige foreldelsesfrist

Når varslingsfristen i § 50 ikke kan tolkes som reklamasjonsfrist og når det heller ikke er gitt noen absolutt frist med preklusiv virkning, er det ikke gitt noen foreldelsesfrist ved spesiallovgivning. Sikkert er det derfor at Foreldelsesloven vil komme til anvendelse på boliglånkundens fordring mot banken, jfr. FL § 1, første ledd.

Hovedregelen for foreldelse lyder som følger, jfr. FL § 2:

*"Den alminnelige foreldelsesfrist er 3 år."*

FL § 2 kan evt. kombineres med FL § 10, hvor det ved uvitenhet og andre hindringer kan innvilges en forlengelse av fristen med ett år ad gangen. Den alminnelige foreldelsesfrist kan ikke forlenges med mer enn 10 år til sammen, jfr. FL § 10, tredje ledd, første setning, dvs. at den maksimale foreldelsesfrist etter kombinasjonen er 13 år.

I forhold til konkretiseringene under forrige punkt, vil FL § 2 normalt fange opp saker som gjelder sporbare, formelle mangler og låntagere med materiell verifikasjonsevne. Sakskon-sentrasjonen rundt FL § 10 vil bestå av ikke sporbare, formelle mangler og forbrukere uten materiell verifikasjonsevne - eller i alle fall "forsinket" verifikasjonsevne.

Den alminnelige foreldelsesfristen er basert på en avveining mellom innrettelseshensynet hos den parten som feiler etter avtalen og motpartens rett til å kreve oppfyllelse, når utgangspunktet er likeverdige parter. Tilleggsfristen er på den annen side tenkt til blant annet å ivareta hensynet til at det kan være ubalanse i kunnskaps- og styrkeforholdet mellom partene. I utgangspunktet later FL §§ 2 og 10 derfor til å tjene også de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i boliglånsforhold. Men jo flere vilkår som må tilfreds-stilles, jfr. FL § 10, jo flere muligheter vil det by seg med hensyn til ikke å vinne fram med utsatt foreldelse fra den klagende parts side.

Et aspekt ved ordet "alminnelig" er vel også at frister skal gjelde på samme vis for begge parter i et kontraktsforhold. Dette er ikke tilfellet i denne sammenhengen, jfr. FL § 5.

Resultatet er at prinsippet om gjensidighet i kontraktsforhold fravikes.

### 5.5.2 Foreldelseslovens § 5, andre ledd, første setning

Den primære alternative regel, som i alle fall delvis vil ivareta gjensidighetsprinsippet dersom den kan anvendes, er følgelig FL § 5, annet ledd, første punktum, som er en særskilt foreldelsesfrist iht. fordringstype. Den lyder som følger:

*"Etter 10 år foreldes også fordring som grunner seg på pengelån, renter unntatt."*

Jfr. forarbeidene (Ot.prp.nr. 38 (1977-78)) er det liten tvil om at FL § 5 sett under ett, i utgangspunktet er ment til å beskytte utlånerens interesse, dvs. banken i dette tilfellet.

Forsåvidt boliglånet er sikret med pantobligasjon og gjeldsbrev, er banken beskyttet i medhold av FL § 5, første ledd.

Boliglåntageren vil på sin side, ikke ha sikkerhet i noen pantobligasjon eller gjeldsbrev for de beløp banken urettmessig belaster låntageren, hvorved FL § 5, annet ledd, første setning blir et alternativ som må drøftes.

Om FL § 5, annet ledd, sier Ot.prp.nr. 38 følgende:

*"Nr 2 bestemmer at rene pengelån omfattes av 10-års fristen, uansett om avtalen er inngått muntlig eller skriftlig. Også her er krav om rente unntatt. Bestemmelsen innebærer på sitt område ikke noen endring i forhold til gjeldende rett, og er tatt med for i noen grad å avdempe virkningen av at den formelle hovedregel om fordringsfristens lengde er endret fra 10 år til 3 år. I visse tilfelle vil en 3 års frist kunne virke urimelig for fordringshaveren, som kanskje ikke har hatt særlig foranledning til å inndrive sitt tilgodehavende. (Min utheving) Slike tilfelle må særlig antas å være praktiske i forholdet mellom slektninger eller andre nærstående."*

At det er valgt et eksempel i som er "særlig praktisk", utelukker ikke at regelen kan få anvendelse i andre sammenhenger. Den er da også i denne sammenhengen særlig praktisk: Dersom banken ikke oppfyller sin varslingsplikt iht. § 50, første ledd, vil kunden, som hovedregel, nettopp ikke få noen "foranledning" til å inndrive sitt tilgodehavende. I tillegg virker det hverken rimelig eller preventivt - under disse omstendighetene - å gjøre forskjell på forbrukere med og uten verifikasjonsevne, slik resultatet ville bli ved bruk av den alminnelige fristen på 3 år.

Hovedspørsmålet blir allikevel om regelen kan "snus" til fordel for låntakerens krav.

Når banken har beregnet seg en for høy pris, kan det på objektivt grunnlag ikke være noe i veien for å si at banken har lånt pengene av boliglånskunden. Uansett kan det ikke herske tvil om at kravet fra låntagerens side springer ut av samme forretningsforhold, nemlig Låneavtalen, og derfor grunner seg på pengelån, slik FL § 5, annet ledd krever. Et støtteargument til dette utsagn, er at motregningsadgang pr. implikasjon er lovhjemlet i Finansavtalelovens § 53: Låntageren kan bruke det reklamerte beløp til nedbetaling av hovedstolen, dersom vedkommende ønsker dette - til og med utenom avtalt forfall. Fristen gjelder ikke for renter, men det i ikke snakk om renter når situasjonen er snudd. Den opprinnelige debitor er nå blitt kreditor og sett fra denne siden, er det for mye innkrevde beløp ren kapital.

Ordlydsmessig er kan det ikke sies å ligge hindringer i veien for å la 10-års fristen også gjelde for boliglåntakeren og hva gjelder forarbeidene, er det nøyaktig de samme hensyn som forarbeidene referer til og som gjør seg gjeldende i denne situasjonen, selv om fortegnet er motsatt. Lovgiver har bare ikke hatt i tankene at også en långiver kan misligholde avtalebetingelsene.

I henhold til artikkel av Kai Krüger med tittel "Morarente i kontraktsforhold"<sup>15</sup> legges det etter hvert mer og mer vekt på et symmetriprinsipp i norsk rett: "I *kontraktsretten* har lovgiveren etter hvert gitt gjennomslag for et *symmetriprinsipp*, som i korthet går ut på at vederlagsdebitor i kontraktsforholdet skal ha et ansvar som er tilnærmet likt det ansvar naturaldebitor har" Forståelsen av prinsippet må være at kontrakten snus eller speilvendes. Symmetriprinsippet er en logisk følge av det overordnede prinsipp om gjensidighet i kontraktsforhold, som selvfølgelig ivaretas aller best der hvor speilvending er praktisk mulig og ansvaret på debitor hhv. kreditor er sammenlignbart.

I en låneavtale - hvor det ikke foreligger noen naturalytelse eller andre kompliserende forhold, dvs. at pengedebitor blir pengekreditor når forholdet snus, må være en særlig optimal kontraktsform for anvendelse av symmetriprinsippet.

### 5.5.3 Foreldelseslovens § 5, første ledd - renteproblematikk

Enten foreldelse av kapitalfordringen (hovedkravet) gjøres iht. FL § 2, jfr. FL § 10, eller i henhold til FL § 5, annet ledd, vil boliglåntagerens rentefordring (bikravet) på banken foreldes på selvstendig basis i henhold til FL § 2. For banken og fordi banken har utstedt et gjeldsbrev, gjelder motsetningsvis FL § 5, første ledd. Regelen gjør ikke forskjell på hovedkrav og bikrav forutsatt at bikravene er kapitalisert, jfr. artikkel av Trygve Bergsåker<sup>16</sup>, "Foreldelse av pengefordringer etter foreldelsesloven av 1979": "For tidligere forfalt rente m.v. gjelder 10-årsregelen dersom rentene er slått sammen med selve fordringen i gjeldsbrevet. "

---

<sup>15</sup> Kai Krüger. Morarente i kontraktsforhold. Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002 s. 513 - (FEST-2002-cs-513)

<sup>16</sup> Trygve Bergsåker, Foreldelse av pengefordringer etter foreldelsesloven av 1979, Jussens Venner 1983 s. 177 - (JV-1983-177)



"Dersom" må vel bety at det eksisterer avtalefrihet på dette punkt, noe også Gjeldsbrevs-avtalen gjenspeiler i punkt 4.1: Banken har rett til å kapitalisere misligholdte renter, og kapitaliseringsperioden vil framgå av Låneavtalens individuelle del. I boliglånsavtaler sammenfaller kapitaliseringsperiodene med terminforfall, dvs. at kapitalisering ved mislighold som hovedregel vil skje månedlig.

Avtalefrihets- og gjensidighetsprinsippet tatt i betraktning: Denne klausulen egner seg godt for speilvending, slik at når banken misligholder avtalen ved innkreving av urettmessig rente, og boliglåntageren følgelig blir kreditor, kan renten på det urettmessig innkrevde beløp også kapitaliseres månedlig.

Ordet kapitalisering betyr at renten omdannes til kapital og legges til den allerede utestående fordring (om noen) mot banken, slik at det dannes grunnlag for ny renteberegning, såkalt rentesrente. I egenskap av å være konvertert til kapital, vil renten på det for mye innkrevde beløp foreldes etter reglene for hovedkravet. En kapitaliseringsperiode er *aldri* lenger enn ett år, slik at boliglåntagerens enda ikke kapitaliserte rentekrav heller ikke vil kunne foreldes etter FL § 2.

Når det gjelder hvilken rente boliglåntageren kan kreve av banken, vil det være naturlig å speilvende avtalen også her. Med utgangspunkt i eksempelet i oppgavens punkt 5, vil det jo vanskelig kunne slås fast til hvilken rente de ikke utbetalte kr. 43 995,- *kunne* ha vært plassert til i den perioden bankens mislighold varer. Det rimelige og logiske er derfor å legge bankens reelle inntjening på dem til grunn, dvs. den samme rentefot som banken har krevd kunden for til enhver tid.

I mot en slik løsning taler selvfølgelig det faktum at boliglåntageren ikke har utstedt noe eget gjeldsbrev for fordringen på banken, men praktisk sett kan det for det første vanskelig utstedes gjeldsbrev for en suspensiv fordring og for det andre er det naturlig å betrakte gjeldsbrevet som sådan som et "paraplydokument" hvorunder hele Gjeldsbrevsavtalen og

begge parter utøver sine plikter og rettigheter - også reklamasjonsretten som i dette tilfellet ikke er spesialregulert hverken i Finansavtaleloven eller i Gjeldsbrevsavtalen.

#### 5.5.4 Morarenter

Når det gjelder morarenter, så ville banken, ved mislighold fra kundens side, formodentlig ikke kunne kreve morarenter før den har fremsatt påkrav mot kunden, jfr. Forsinkelsesrenteloven (Lov 17. desember 1976, Nr. 100) § 2. Om påkrav er strengt nødvendig når forfall er avtalt, er et eget tolkningsspørsmål, men god forretnings- og inkassoskikk (jfr. Inkassolovens (Lov 13. mai 1988, Nr. 26) generalklausul i § 8) tilsier, som utgangspunkt, at påkrav sendes.

Gjensidighetsprinsippet støtter også at kunden heller ikke fremsetter krav om morarente før vedkommende har gjort sitt reklamasjonskrav gjeldende ved påkrav overfor banken.

Morarentens hovedfunksjon er å sørge for at skyldneren betaler til rett tid, samt holde den klagende part skadesløs på grunn av at tvistesaker alltid vil ta tid. Implisitt vil renten også ha følgende effekt på motparten: Jo mer motparten haler ut saken, jo dyrere blir det. Morarente vil med andre ord også ha en preventiv effekt. Det vil derfor kunne være relevant å gjøre forskjell i adgangen til å kreve morarente, dvs. legge den tolkning til grunn at påkrav allikevel ikke er nødvendig i visse situasjoner.

#### *Når banken ikke oppfyller ikke sin opplysningsplikt*

Fra Ot.prp. punkt 9.5.2 gjengis følgende fra Forbrukerrådets kommentar: "I klagesaker henviser finansinstitusjonen ofte til svært generelle årsaker til renteøkningen. Fra klagesaker i Bankklagenemnda må man i stor grad under behandling av saken måtte kreve nærmere og konkret begrunnelse enn den som er gitt kunden."

Som det går fram av relevante BKN-saker også etter 1999, har selv ikke innføringen strafferettslig ansvar ved manglende etterkommelse av opplysningsplikt kunnet demme opp

for denne praksisen, og en må derfor kunne legge den presumsjon til grunn at banken er seg bevisst også med hensyn på hva den ikke opplyser om, og at det derfor nettopp dreier seg om unngåelses- eller uthalingsstrategi.

Når det foreligger presumsjon for et faktum, vil dette normalt bety at bevisbyrden er snudd, dvs. at det er banken selv som må godtgjøre at det dreier seg om et unnskyldelig forhold, ikke kunden. Dersom banken ikke kan føre noe troverdig forsvar, bør boliglåntageren være berettiget til å beregne morarente fra det øyeblikk betaling ble utført eller konto ble belastet på feilaktig grunnlag, dvs. uten at boliglåntageren har sendt påkrav til banken.

Slik tolkning av morarentelovens § 2 bør også kunne legges til grunn når banken ikke setter ned renten igjen, hvorved prisnivået blir lovstridig på grunn av manglende adekvans iht. § 49, annet ledd.

#### *Manglende evne til kvantifisering*

Et viktig poeng med påkrav, er å gjøre motparten oppmerksom på hvor stor fordringen er. Men selv om alle varsler er lovmessig i orden fra bankens side, dvs. når det er usaklighet som konstateres i medhold av § 49, annet ledd, vil det være vanskelig for boliglåntageren å beløpsfeste sitt krav korrekt, særlig når det er snakk om lån med annuitetsplan.

Ved annuitetsplan vil beløpet bestå av en for høy rentedel, samt en for lav avdragsdel, mens forskjellen i det totalt skyldige terminbeløp vil holde seg konstant, så hele forskjellen må legges til grunn.

Til illustrasjon og med referanse til eksempelet i oppgavens punkt 5: Gitt at kr. 266,69 har vært for mye innkrevd ved hvert månedlige forfall over 10 år, og rentefoten på boliglånet er 4,5 % p.a. etterskuddsvis (119 perioder), så vil dette utgjøre et krav på kr. 39.906,67.

Ved samme beregning med morarente isteden, til en sats på (f.eks.) 9 % (jfr. FOR-2005-06-30-728) fra første mislighold, blir beløpet kr. 50.959,44.

### 5.5.5 Oppsummering

Alle rettskilder tatt i betraktning kan jeg ikke se at det kan være noe i veien for å bruke FL § 5, *første ledd* for fordringer som reiser seg pga. av mislighold fra bankens side. Det har motsetningsvis de beste grunner for seg.

Det må også være klart at når - og så lenge - bankene ikke er pliktoppfyllende (nok) med hensyn til lovmessig varsling, så blir nettopp forutsetningene for å gjøre loven gjeldende borte. Boliglåntageren trenger derfor alt det vern som kan oppdrives på forsvarlig og godt begrunnet vis - både preventivt og reparativt - i lov og kontraktsrettslige prinsipper.

### 5.6 Fristens utgangspunkt

Foreldelsesfristen regnes fra det øyeblikk misligholdet inntreffer, jfr. FL § 3, annet ledd. Som hovedregel vil banken misligholde avtalen i det øyeblikk den belaster motpartens konto med et for stort beløp, men det må selvfølgelig en konkret vurdering til i den enkelte sak.

Dersom bankens mislighold vedvarer over flere renteforfallsdatoer, vil hvert enkelt for mye trukne beløp foreldes individuelt.

## 6 Fungerer loven?

### 6.1 Banken, boliglåntageren og loven

Som særlig spekulative forretningsområder i bank, kan nevnes valutahandel og fondsforvaltning både på egne og andres vegne. Et noe mindre, men allikevel risikabelt område er handelsfinansiering, eller remburser som det også heter. Bankenes minst spekulative forretninger vil være de pantesikrede forretningene og blant dem vil det aller minst risikofylte området være forretninger hvor panteobjektene ligger på norsk jord hvor markedet er nært og oversiktlig, dvs. eiendomsfinansiering. Eiendomsfinansiering kan igjen deles i to hovedgrupper, dvs. næringseiendommer og boligeiendommer.

Alle debitorer er med på å betale bankens driftskostnader, som i utgangspunktet budsjetteres og fordeles mellom de forskjellige typer kunder og fordringsgrupper alt etter hvor tålegrensen for angjeldende kundegruppe går. Tålegrensen er høyest der hvor etterspørselskurven er brattest og konkurransen minst effektiv, dvs. på boliglånssektoren.

En Olav Thon, som også lett kan skaffe penger fra utenlandske banker, kan f.eks. forhandle seg til en margin ned mot 0,50 % på pantesikrede eiendomslån, mens en Ola Forbruker er heldig dersom han slipper unna med en margin på 1,30 % i utgangspunktet. Relativt sett er det derfor forbrukerne som belastes med den største andelen av bankenes driftskostnader på eiendomsporteføljen.

Et annet perspektiv som ikke må tapes av syne, er at av den totale forvaltningskapital som bankene rår over, til sammen ca. 2 000 milliarder<sup>17</sup> utgjør pantsikrede eiendoms lån til forbruker ca. 830 milliarder, dvs. i overkant av 40 %. Forbrukeren er med andre ord en *formidabel* kunde sett under ett - og en økning av renten på 0,5 % p.a. gi en merutgift for denne kunden (eller en merinntekt for bankene) på mellom 4 og 5 milliarder i året.

Samfunnsmessig, dvs. inflasjonsmessig, er det derfor ikke tilrådelig at det ikke nettopp legges strenge krav til begrunnelse og innvilgelse av prisøkninger. Og noen "slomsete" omgang med tiendelene og begrunnelsene, har selv den aller minste kunde *ingen* grunn til å finne seg i.

Fordi forbrukeren ikke er én kunde, men mange, blir kundemakten pulverisert - for ikke å si atomisert. Hos bankene har det omvendte skjedd, nemlig økende maktkonsentrasjon og monopolisering ved innføring av standardavtaler, fusjoneringer og nedbygging av filialnett.

Av den foregående analysen, må det imidlertid gå fram at lovgiver har ivaretatt alle disse hensyn på et, i alle fall etter mitt skjønn, lovteknisk suverent vis. Renteendringsreglene bringer driftsrisikoen i abonnementsforholdet opp på et synlig nivå og setter en kraftig kile i mulighetene for å drive negativ konkurranse. Negativ konkurranse oppstår når bransjens hovedfokus blir seg selv og sin evne til å "strategisere", heller enn å innrette seg mot kundens reelle behov, samt utvikle praktiske produkter på dette grunnlag.

På grunn av den generelle utformingen av loven, samtidig som det kan formuleres en hovedregel som skiller mellom råvarekostnader og generelle driftskostnader, vil prisendringsreglene i Finansavtaleloven kunne tjene som forbilde for forbrukerkontroll også med hensyn til prisingen av andre typer abonnementsforhold med samme karakteristika.

---

<sup>17</sup> <http://www.norgesbank.no/front/statistikk/no/fiks/>

## 6.2 Preventive aspekter

Når Forbrukerrådet representerer en kunde som konsolidert sett er verdt 40 % av omsetningen i norske banker, så finnes det ingen grunn til å holde seg på defensiven og søke beskyttelse i lovregulering. Derimot er det all grunn til å gå offensivt til verks og fortelle bankene hva kunden *vil* ha og hva kunden ikke *vil* ha. Loven legger jo nettopp ingen begrensninger den veien.

*På avtalerettens område er det avtalen som skal ha den preventive funksjon.*

Gode avtaler oppnås ved godt markedsførte råd fra Forbrukerrådet til låntagerne (som bankene vil være de første til å skjønne betydningen av) om å velge den långiveren som tilbyr låntageren best kontroll mens lånet er i drift. Gode avtaler oppnås når Forbrukerrådet setter fokus på og stiller kunnskapsbaserte, kritiske spørsmål til bankenes produktbegrunnelser.

§ 46 i Finansavtaleloven, som stipulerer hva avtalen *må* inneholde, er en minimumsbestemmelse og når det gjelder prisendringsreglene, så er det kan-regler og ikke skal-regler. Det er ingen ting som sier at forbrukeren skal "lide i stillhet" og ikke kan kreve bedre avtaler hva angår driftsrisikoen enn det loven tilsier.

En start på bedre avtaler, ville f.eks. være å anbefale forbrukeren å ta opp lån i banker som er villige til å avtale en fast og kontrollerbar fundingkilde, samt oppgi størrelsen på marginen og skriftfeste grunnlag og størrelse på eventuelle rabatter.

Parallelt må forbrukeren informeres om hvilke fallgruver som finnes, hvilke spørsmål som bør stilles og hvilke svar som ikke bør aksepteres. Og det hjelper å "skjele" litt til andre land som greier å holde konkurransen der den skal være ved nettopp å stille krav til avtalen - noe som også betyr produktutvikling med reell fleksibilitet innenfor boligfinansiering - ikke fiktiv fleksibilitet i form av fordekte bindingsmekanismer.

Å anbefale boliglånskunden å gå på "bank-shopping" i driftsfasen, er i alle fall ikke veien å gå. Det er kun å tilføre energi til bankenes uheldige strategiaktiviteter: For hver ny avtale med ymse nye fordeler, mister kunden litt mer kontroll.

Forbrukerrådet er ikke lovanvender, men partsrepresentant. Dog kan jeg ikke se at Forbrukerrådet har evnet å få noe ut av denne muligheten.

Boliglåntageren er overlatt til seg selv, noe som under omstendighetene betyr at vedkommende er helt avhengig av sitt vern etter loven. Banken gir ikke den atomiserte kunden noe mer enn vedkommende har krav på etter loven. Uten juridisk og bankfaglig kompetanse, går imidlertid også lovens preventive funksjon tapt. Lovteksten er generell og krevende i sin utforming og logikken i lovens oppbygging er ikke selvsagt. Det som etter mitt skjønn torpederer bildet fullstendig er imidlertid forholdet mellom Gjeldsbrevsavtalen og loven: Ordvalget i Gjeldsbrevsavtalen skaper et skinn av overensstemmelse som ikke er reelt på helt *vesentlige* punkter.

### 6.3 Reparative aspekter

Også når det gjelder reparasjon og reklamasjon, skal den jevne forbruker ha en sterk alliert i Forbrukerrådet, både juridisk og bankfaglig. Forbrukerrådet er boliglåntagerens representant i Bankklagenemnda. Men også her må det ha sviktet ett eller annet sted.

Først uttrykker Forbrukerrådet bekymring i forarbeidene for at bankene bare kommer til å sende varsler med automatisk saklige endringsgrunnlag, dvs. råvarekostnader, dersom § 50, første ledd ikke ble mer konkret utformet. Som svar på dette, sier lovgiver at kravene til spesifisering fremgår *forutsetningsvis*, slik at det i realiteten står forbrukerrepresentantene fritt å avgjøre hvilke elementer varselet *må* inneholde for at verifikasjon skal være mulig - og gjøre de rettslige virkningene gjeldende dersom varselet ikke tilfredsstillter.



Når adgangen til ett nytt rom avskjæres fordi en ikke finner nøkkelen, så vil det gamle rommet, som allerede står åpent, også fortsetningsvis bli brukt til *alt*.

Finansavtalelovens prisendringsregler har to klart avgrensede og funksjonsbestemte rom, men det ene, § 49, annet ledd, har det enda ikke lyktes å komme seg inn i og da går også lovens reparasjonspotensiale tapt.

### 6.3.1 Tvisteløsning

#### 6.3.2.1 Bankklagenemnda

Bankklagenemnda har i hovedsak en meglersrolle, slik nevnt innledningsvis. Tvisteløsningen skal imidlertid, iht. nemndas Hovedavtale<sup>18</sup>, § 2-3, annet ledd, gjøres innenfor rammen av gjeldende rett, slik at BKN's uttalelser, som er offentlige, uunngåelig vil få virkning på oppfattelsen av hva som er gjeldende rett, spesielt vis á vis publikum. Nemndas syn vil formodentlig også få virkning på Forbrukerrådets holdninger i mye større grad enn om forbrukerrepresentantene hadde kommet annet sted i fra.

I og med at BKN til nå ikke har anvendt et vesentlig ledd i et regelsettet, er det først når hele analysen er gjort, at det kan foretas en helhetlig sammenligning mellom nemndas uttalelser og den ferdigtolkede loven.

Det er to saker (BKN-02082 og BKN-05048) som har vært oppe til nemndsbehandling etter at loven kom, og som er relevante med hensyn til begrepet "for høy rente". De er begge løst med hjemmel i § 49, tredje ledd. BKN-02082 illustrerer særlig godt forskjellen mellom den løsning undertegnede ville ha kommet til og det resultat nemnda kom fram til:

---

<sup>18</sup> <http://www.bankklagenemnda.no/>

Som det går fram av ingressen, er hovedspørsmålet hvorfor renten på klagers lån, som var et skrankelån, ikke ble satt ned igjen når renten på nettbanklån ble det. Skrankelåntageren hadde observert at han ikke fikk nytte godt av en nedgang på 0,5 % i foliorenten, dvs. en reduksjon i råvarekostnadene. Renten på nettlån ble, på sin side, satt ned på grunnlag av en reduksjon i driftsutgifter (administrasjonskostnader), dvs. at nettlåntagerne i dette tilfellet nøt godt av en *marginnedsettelse*.

Dette må, etter undertegnedes syn, være to ikke-sammenlignbare størrelser og forhold, men derimot to helt alternative spørsmål: Når fundingkostnadene går ned, skal også renten settes ned jfr. § 49, annet ledd. Statiske marginforskjeller løses derimot med hjemmel i § 49, tredje ledd.

Klagen i BKN 05048 fant nemnda at det ikke fantes rettslig grunnlag for, noe som representerer en avvisning. Det er forskjell på avvisning og løsning. I det første tilfellet kan klageren omformulere sin påstand og få saken behandlet på nytt ved samme instans - i det andre tilfellet normalt ikke. Forskjellen vil imidlertid ikke fremstå som åpenbar og selvsagt for den vanlige forbruker. Vedkommende vil formodentlig oppfatte begge deler til å være en avgjørelse av klagen i sin disfavør.

Etter mitt syn, tolker nemnda "rettslige rammer" svært vidt mht. sin egen aktivitet, men tilgjengjeld svært snevert mht. å kreve presise påstander fra klagerne. Hvor "firkantet" bør nemnda generelt være med hensyn til klagerens påstand? Og bør ikke i alle fall vedkommendes representanter fra Forbrukerrådet kunne forventes å finne de relevante rettslige grunnlag for klagen, når klageren ikke selv formår.

### 6.3.1.2 Domstolene

Bakgrunnen for at ingen saker har vært opp for domstolene, er opplagt ikke at det ikke er behov for det, men at den enkelte husholdning vil få problemer med å finansiere en sak

fram til Høyesterett. Når storkapitalen er motpart, har det også formodningen for seg at i alle fall en *første* prisendringssak ville måtte gå igjennom alle instanser.

Fordelen med domstolsprøving framfor nemndsprøving, er at saken presenteres i sin helhet, at forbrukeren blir hørt direkte og selv oppnevner sin representant, samt at edisjonsplikten vil ha en særlig verdi i den foreliggende kontraktsrettslige sammenheng. Edisjonsplikten er ett instrument som gjør det enklere å tvinge fram det reelle bildet (forutsatt evne til å stille de riktige spørsmål) og derved få etablert et korrekt faktum - ikke bare det faktum banken selv ønsker å presentere.

På den psykologiske siden er det nok på den annen side slik for domstolene, at saker om små beløp ikke vekker den store respekt. Ved store beløp vil apparatet være langt mer innstilt på å sette av nok tid og forhandlingsdager til å komme til bunns i realitetene og tilsvarende mindre innstilt på "forenkling" av de faktiske forhold.

#### *Gruppesøksmål*

Renteendringssaker ville gi store beløp, med relativt få saksøkere, jfr. illustrerende eksempler gjennom oppgavens punkt 5.5. De ville derfor være optimale kandidater for gruppesøksmål: Misligholdet gjelder penger, ikke produktmangler av ymse slag og form, og når mønsteret først er kartlagt både juridisk og faktisk, vil de individuelle forskjellene på sakene være svært små.

### 6.3.2 Oppsummert

Forsåvidt ingen saker er prøvd for domstolene enda, må det konkluderes med at lovens reparative *potensiale* ikke er minket ved Bankklagenemndas uttalelser, men fremdeles er meget sterkt.

## 6.4 Delkonklusjon

Et verktøy som gir muligheter for *både* å gå offensivt, defensivt og reparativt til verks, må være et drømmeverktøy, men i skrivende stund fungerer loven ikke.

## 7 Konklusjon

Hovedutfordringen var å finne ut om Låneavtalen overensstemmer med loven.

Den viktigste forskjellen ligger i § 49, tredje ledd. Paragrafen representerer kundens vern mot å måtte subsidiere nye(ere) kunder og ikke bankens rett iht. Gjeldsbrevsavtalens punkt 3.5, til å bruke likebehandling eller rimelig forskjellsbehandling som prisendringsgrunnlag.

Når det gjelder § 50, første ledd, og spesifikasjonskrav, kan det slås fast at Gjeldsbrevsavtalen faktisk støtter lovens krav, men at bankene i *praksis* hverken følger avtalen eller loven.

Loven representerer ingen kodifikasjon hverken av normen av 1988 eller av Bankklagenemdspraksis. Når det gjelder § 49, annet ledd, ligger den nærmere en kodifikasjon av tidligere tiders oppfatning av hva en avtale om flytende rente skal bety, nemlig at det er bankens råvarekostnader som setter grensene for hvor mye renten kan flyte.

Uoverensstemmelsene mellom avtalen og loven er vesentlige, tilfellene av sammenfall er få og klausuler som ville stille boliglåntageren bedre enn lovens minimumsvern, er ikke tilstede. Derfor finnes det, etter mitt skjønn, ikke en gang en harmonisk balanse mellom Låneavtalen og loven.

## 8 De lege ferenda betraktninger

Forbrukerrådet har utvilsomt fått rett i en del av de i forarbeidene uttrykte bekymringer, men dette kan etter mitt skjønn i liten grad tilskrives lovens utforming - snarere (formodentlig i alle fall) en feilaktig bruk av Bankklagenemndas uttalelser *før* loven kom som rettskilde.

I den grad årsaken til problemene ligger i loven, må det imidlertid skyldes det faktum at dobbelthjemmelskravet "bakfyrer" ved at det blir to rettslige grunnlag å forholde seg til samtidig. For banken representerer lovens regler "best case" uansett, så hvorfor skal omformulering (og ensidig lovtolkning) tillates i en avtaletekst.

Sett hen til andre EU-land, har det vært umulig å finne tilsvarende lovgivning. Av utenlandske bankers tilbud, går det imidlertid fram at kunden har langt bedre kontroll med driftsrisikoen i de fleste av disse land enn i Norge. Det kan være to årsaker til dette: Enten at myndighetene, gjerne sentralbankene, fører en strengere kontroll med bankenes prisingspolitikk på et overordnet nivå, og/eller at forbrukerorganisasjonene går langt mer offensivt til verks enn hva som så langt har vært tilfelle i Norge.

Et problem knytter seg imidlertid til fenomenet "autotrekk": Det burde lovfestes at dersom det kom inn protest fra kunden i forbindelse med renteendringsvarsel, så ville autotrekk måtte stoppes inntil saken var avklart. I en hvilken som helst annen kjøpssammenheng, har kunden detensjonsrett og kan stoppe f.eks. "e-faktura" med øyeblikkelig virkning og holde tilbake omtvistede beløp. I det øvrige er det bare forvaltningen som kan legge en "betal først, klag siden"-regel til grunn, og da er regelen lovfestet eller forskriftsfestet med hjemmel i lov.

At banken løper en betalingsviljerisiko er et uomtvistelig faktum. Autotrekk fremstår derfor ikke i utgangspunktet som noen urimelig praksis, men ved konstatert uenighet mellom banken og låntageren bør regelen være den motsatte.

Konklusjonen på de lege ferenda betraktninger må derfor bli at det ikke trengs noen endringer med hensyn til prisendringsreglene som sådan, men at dobbelthjemmelskravet bør fjernes og at "autotrekk" må kunne stoppes med øyeblikkelig virkning.

Mye arbeid må imidlertid nedlegges i opplysnings- og markedsføringsarbeid fra Forbrukerrådets side: Boliglåntageren må bevisstgjøres og tilføres verifikasjonsevne, slik at vedkommende selv kan stille kritiske spørsmål til bankens endringsvarsler.

## 9 Litteraturliste

### *Bøker*

Boe, Erik. Innføring i Juss, Juridisk tenkning og rettskildelære. Oslo 1996.  
Eckhoff, Thorstein. Rettskildelære. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo 2001  
Hov, Jo. Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett 1. 3. utg. 2002, Papinian, Oslo  
Hov, Jo. Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II. 2. utg. 2002. Papinian. Oslo

### *Artikler*

Bergsåker, Trygve. Foreldelse av pengefordringer etter foreldelsesloven av 1979. Jussens Venner 1983, s. 177 - (JV-1983-177)  
Krüger, Kai. Morarente i kontraktsforhold. Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002 s. 513 - (FEST-2002-cs-513)

### *Forarbeider*

Til Finansavtaleloven: Innst.O.nr.84 (1998-1999)  
Ot.prp.nr.41 (1998-1999)  
NOU-1994-19  
Til Foreldelsesloven: Ot.prp.nr. 38 (1977-78)

### *Konvensjon*

Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit. Docum: 31987L0102 - 387L0102  
Council Directive 90/88/EEC of 22 February 1990 amending Directive 87/102/EEC. Docum: 31990L0088 - 390L0088

*Lover og forskrifter*

Lov 16.april 1687, Kong Christian Den Femtis Norske Lov

Lov 13. august 1915, Nr. 6, Tvistemålsloven

Lov 31. mai 1918, Nr. 4, Avtaleloven

Lov 10. februar 1967, Forvaltningsloven

Lov 16. juni 1972, Nr. 47, Markedsføringsloven

Lov 18. mai 1979, Nr. 18, Lov om foreldelse av fordringer

Lov 13. mai 1988, Nr. 26, Inkassoloven

Lov 16. juni 1989, Nr. 63, Håndverkertjenesteloven

Lov 16. juni 1989, Nr. 69, Forsikringsavtaleloven

Lov 25. juni 1999, Nr. 46, Finansavtaleloven

Lov 21. juni 2002, Nr. 34, Forbrukerkjøpsloven

FOR-1990-10-22-875, Dekningskravet

FOR-2005-06-30-728, Morarenter

*Dommer, avgjørelser og uttalelser*

Høyesterett: RT 2005, s. 1757  
RT 2000, s. 70  
RT 1993, s. 1482

Markedsrådet: MR-2004-12  
MR-1997-18

Bankklagenemnda: BKN-05048  
BKN-02082  
BKN-01008  
BKN-97009  
BKN-95054

*Elektroniske dokumenter*

Bankklagenemnda  
<http://www.bankklagenemnda.no/Hovedavtale>

Statistisk sentralbyrå  
<http://www.ssb.no/emner/05/03/bo/tab-2005-06-14-03.html>

Norges Bank



<http://www.norgesbank.no/front/statistikk/no/fiks/>

ABN AMRO Bank, Nederland

<http://www.abnamro.nl/nl/particulier/hypotheken/rentetarieven.html>: de rentevariant

Barclays Bank, England

[http://www.personal.barclays.co.uk/BRC1/jsp/brcontrol?site=pfs&task=articleFWgroup&value=8735&target=\\_self](http://www.personal.barclays.co.uk/BRC1/jsp/brcontrol?site=pfs&task=articleFWgroup&value=8735&target=_self)

<http://www.personal.barclays.co.uk/BRC1/jsp/brcontrol?task=articlegroup&site=pfs&value=6228&menu=4804>

Credit Lyonnais, Frankrike

<http://particuliers.creditlyonnais.fr/25-35-ans-bonnes-raisons-devenir-propretaire/devenir-propretaire/emprunt-immobilier-taux/>

Dresdener Bank, Tyskland

<https://www.dresdner-privat.de/>

Konsumentportal, England

<http://www.hud.gov/howarms.cfm>

*Andre kilder*

Redaksjon 1, NRK 30.05.06

## 10 Vedlegg

- A: Gjeldsbrevsavtale
- B: Gammel Gjeldsbrevsavtale
- C: NOU-1994-19. Utdrag fra kapittel 3
- D: Ot.prp.nr.41 (1998-1999) - utdrag fra kapittel 9
- E: Innst.O.nr. 84 (1998-1999) - utdrag fra kapittel 9
- F: Saker for Bankklagenemnda
- G: Originaltekster fra EU-markedet

