

Beskyttelseshensynet til private kautiønister

Kandidatspeciale
Aalborg Universitet, 2014

af Esther Rugholm

Titelblad

| | |
|--------------------|--|
| Titel: | Beskyttelseshensynet til private kautionister |
| Engelsk titel: | Protective considerations of private guarantors |
| Projektbetegnelse: | Kandidatspeciale |
| Uddannelsessted: | Aalborg Universitet, Juridisk Institut |
| Studieretning: | Cand.merc.jur |
| Fagområde: | Pengeinstitutjura |
| Vejleder: | Michael Møller Pedersen |
| Afleveringsdato: | 14. maj 2014 |
| Antal sider: | 71 |

Udarbejdet af:

Esther Rugholm

Forord

Denne kandidatafhandling er udarbejdet i perioden 1. februar 2014 til 14. maj 2014, der vil dog ikke blive inddraget litteratur og retspraksis der er offentliggjort efter den 1. marts 2014.

I forbindelse med udarbejdelsen af denne kandidatafhandling, er der nogle personer der fortjener en særlig tak.

Først og fremmest en stor tak til Michael Møller Pedersen (Advokat hos Børge Nielsen) for en motiverende og konstruktiv vejledning under specialeforløbet. Dernæst en varm tak til min familie for deres support og sparring.

God læselyst.

Indholdsfortegnelse

| | |
|--|----|
| Forord | 3 |
| 1. Indledning | 6 |
| 1.2 Problemformulering | 7 |
| 1.3 Afgrænsning | 8 |
| 2. Metode | 8 |
| 2.1 Juridisk metode | 8 |
| 3. Kildehåndtering | 9 |
| 4. Pengeinstitutankenævnet | 10 |
| 5. Kaution | 11 |
| 5.1 Kaution uden for erhvervsforhold, jf. LFV § 48 | 12 |
| 5.2 Fællesholdningsaftalen til privat kaution | 14 |
| 6. Stiftelse og indhold af kautionsaftaler | 15 |
| 6.1 Renter og omkostninger | 15 |
| 6.2 Gammel gæld | 16 |
| 6.3 Regresret | 17 |
| 6.4 Fortolkning af kautionsaftaler | 17 |
| 7. Kautionsforpligtelsen | 18 |
| 7.1 Kautionsformer | 18 |
| 7.1.1 Begrænset kaution | 19 |
| 7.1.2 Efterkaution | 19 |
| 7.1.3 Kontrakautation | 20 |
| 7.1.4 Samkaution | 21 |
| 7.1.5 Tabskaution | 21 |
| 7.2 Alskyldserklæring | 22 |
| 8. Relevant lovgivning | 24 |
| 8.1 God skik | 24 |
| 8.2 Lov om finansiel virksomhed § 43 | 25 |
| 8.2.1 God skik for finansielle virksomheder | 26 |
| 9. Relevant praksis - U 2010.1628 H | 27 |
| 9.1 Faktuel baggrund | 27 |
| 9.2 Retten i Hernings dom, 27. juni 2006 | 28 |
| 9.2.1 Anbringender | 28 |
| 9.2.2 Begrundelse og resultat | 29 |

| | |
|---|----|
| 9.3 Vestre landsrets afgørelse U 2007.1988 V | 30 |
| 9.3.1 Anbringender | 30 |
| 9.3.2 Begrundelse og resultat | 30 |
| 9.4 Højesterets afgørelse U 2010.1628 H..... | 32 |
| 9.4.1 Anbringender | 32 |
| 9.4.2 Begrundelse og resultat | 32 |
| 9.5 Behandling af afgørelsernes resultater | 34 |
| 10. Beskyttelseshensynet til private kautionister..... | 38 |
| 10.1 Fortolkningen af 'misforhold' | 41 |
| 10.2 Problematikken ved alskyldserklæringer..... | 42 |
| 11. Relevant effekt..... | 46 |
| 11.1 Reglerne fra 2002 | 46 |
| 11.2 U 2010.1628 H - princippernes værdi | 47 |
| 12. Relevant klageadgang..... | 49 |
| 12.1 Ankenævnets indflydelse på lovgivning og praksis | 49 |
| 12.1.1 Ankenævnets værdi | 49 |
| 13. Forslag til opstramning af de forbrugerbeskyttende regler..... | 51 |
| 13.1 Præcisering af § 22 i god skik bekendtgørelsen | 51 |
| 13.2 Manglende årlig underretning | 53 |
| 13.3 Pengeinstitutternes erstatningsansvar for tab ved rådgivning | 54 |
| 14. Konklusion | 55 |
| 15. Abstract..... | 58 |
| 15.1 Protective considerations of private guarantors..... | 58 |
| 16. Kildefortegnelse | 60 |
| 16.1 Lovgivning | 60 |
| 16.2 Afgørelser | 60 |
| 16.3 Artikler | 60 |
| 16.4 Bøger | 61 |
| 16.5 Andet | 61 |
| 16.6 Links | 62 |
| 17. Bilag | 62 |
| 17.1 Bilag 1 | 62 |
| 17.2 Bilag 2 | 64 |

1. Indledning

Civilretlige forbrugerklager over for pengeinstitutterne og deres ydelser har været et kendt fænomen fra pengeinstitutternes begyndelse og var dengang omfattet af lov om forbrugerklagenævnet.¹ De civilretlige sager mellem kunder og pengeinstitutter blev på daværende tidspunkt afgjort ved de almindelige domstole efter retsplejelovens almindelige regler.²

Med Bank- og Sparekasselovens (BSL) ikrafttræden i 1975, og herunder tilsynet (i dag Finanstilsynet) med disse, fik klagebehandlingen i Danmark større praktisk betydning. Denne klagebehandling blev et led i tilsynet med overholdelsen af reglen om god skik jf. BSL § 1, stk. 6.³ I 1988 blev Pengeinstitutankenævnet (PIA) etableret.⁴ Og allerede i 1989 stod det klart, at der var nogle problemstillinger i henhold til beskyttelseshensynet af private kautionister, hvorved pengeinstitutterne fik sin første henstilling. Henstillingen havde tilsyneladende ikke en effekt, hvilket fremgik af årsberetningen fra den efterfølgende formand i ankenævnet, Peter Blok, som i 1999 udtalte, at klagerne på området havde været betydelige gennem alle årene.⁵ Endvidere tilføjede han, at der i flere omgange var blevet fremført, at pengeinstitutterne havde begrænset anvendelsen af privat kaution, men at dette ikke kunne ses på ankenævnets sager. Derved talte erfaringerne for, at der var yderligere behov for opstramning af § 41 i BSL.⁶

Ud fra lovforslag 173 fremsat i 2002 blev en ny § 41a, stk. 1-7 indsat i BSL, og dermed et sæt nye regler, som skulle beskytte private kautionister. Reglerne om privat kaution var baseret på en fælles holdning fra Finansrådet og Forbrugerrådet af 14. september 2001, og blev indsat efter BSL § 41, om kaution inden for erhvervsforhold.⁷ BSL §§ 41 og 41a blev senere overført til lov om finansiel virksomhed (LFV), §§ 47 og 48. Dog var sondringen mellem bestemmelserne om kaution inden for og uden for erhverv ikke helt skarp, og grænsedragningen måtte derfor findes gennem retspraksis, da forarbejderne ikke var udtømmende. Det kunne formodes, at kun kautionister i form af fysiske personer indgik i betegnelsen privat kaution, så hvor en hovedaktionær eller

¹ Klager over pengeinstitutter, side 13

² Klager over pengeinstitutter, side 13

³ Klager over pengeinstitutter, side 14

⁴ Pengeinstitutankenævnets Årsberetning 1988, side 4

⁵ Pengeinstitutankenævnets Årsberetning 1999, side 7

⁶ Pengeinstitutankenævnets Årsberetning 1999, side 8

⁷ Lovforslag 173, 2001-2002, 2. samling, lov om finansiel virksomhed m.fl.

hovedanpartshaver stillede kaution for selskabets gæld, ville der altså ikke være tale om privat kaution. Anderledes forholdte det sig, hvor en fysisk person kautionerede for gælden i et selskab. Dog ville man i dette tilfælde ud fra den pågældendes erhvervsmæssige og økonomiske interesser i selskabet afgøre, hvorvidt der på kautionstidspunktet var belæg for kaution inden for eller uden for erhverv. Ved en ikke uvæsentlig interesse i selskabet, ville kautionsforpligtelsen ikke anses for privat kaution. Endvidere blev området privat kaution yderligere suppleret af bestemmelsen i god skik bekendtgørelsen for finansielle virksomheder § 22 (god skik bkg.), fra 2002.⁸

Området, som havde været genstand for flere henstillinger fra PIA, havde dermed fået en opstramning gennem en række regler i 2002. Og reglerne var ifølge forarbejderne et ønske om at beskytte de private kautionister. Reglerne indebar ingen sanktionsmuligheder ved manglende overholdelse. Derved kunne byrdefulde kautionsaftaler, herunder alskyldserklæringer, fortsat stiftes mellem private kautionister og pengeinstitutter. Tilsidesættelsen kunne derved kun ske i tilfælde, hvor aftaleretlige regler i aftaleloven (AFTL) §§ 36 og 38c kunne gøre sig gældende, under inddragelse af beskyttelseshensynet til private kautionister, og dermed tilsidesætte de private kautionsaftaler helt eller delvist.⁹

Dette leder op til denne afhandlings problemformulering, som har følgende ordlyd:

1.2 Problemformulering

”Er fortolkningen og anvendelsen af reglerne om private kautionsaftaler over for pengeinstitutter i overensstemmelse med beskyttelseshensynet?”

Hertil er spørgsmålet, om hvorvidt reglerne på privat kautionsområdet er klare, både nyttigt og relevant, da besvarelsen heraf kan medvirke til en fastlæggelse af, hvorvidt beskyttelseshensynet er i overensstemmelse med lovgivningen. Endvidere er det relevant at definere, hvem der opnår beskyttelse, og hvor vidtgående denne beskyttelse er, samt hvorvidt private kautionister forsat kan forpligtes af alskyldserklæringer over

⁸ Kaution og tredjemandspant, side 41-42

⁹ Kaution og tredjemandspant, side 62

for pengeinstitutterne. Vurderingen heraf vil kræve en klarlægning af reglerne i henhold til privat kaution samt en gennemgang af praksis fra domstolene og PIA.

1.3 Afgrænsning

Denne afhandling vil afdække rækkevidden af beskyttelseshensynet til private kautionister i kautionsforholdet over for pengeinstitutter igennem tidligere og nuværende praksis. Og i den forbindelse afdække alskyldskautions, som i årevis har været en anerkendt forpligtelse mellem private kautionister og pengeinstitutterne samt eventuelle udfordringer forbundet hermed. Endvidere vil afhandlingen klarlægge de juridiske konsekvenser for manglende overholdelse af de skrevne regler om kaution jf. LFV § 48, og god skik bkg. § 22 – i forhold til praksis og hvorvidt reglerne har en egentlig effekt overfor den risiko, som kautionisterne løber ved at stille sikkerhed for hovedmandens fordring.

2. Metode

2.1 Juridisk metode

Der er lang tradition for at operere med to hovedforgreninger i henhold til retsvidenskaben.

- Den dogmatiske retsvidenskab (som loven er)
- Retssociologien (som loven bør være)

Den dogmatiske retsvidenskab består i at afdække, hvad gældende ret er enten aktuelt og/eller fortidigt. Heroverfor står retssociologien og derunder retspolitik, som derimod beskæftiger sig med interaktionen mellem ret og samfund. Grænsen mellem retsdogmatikken og retspolitikken er dog flydende. De dogmatiske fremstillinger anvendes fx principielt ved udarbejdelsen af retsforestillinger og hermed også ved retshandlingerne. Dette kommer oftest til udtryk, ved forslag til hvordan de

retsanvendende myndigheder fremtidigt bør afgøre konkrete spørgsmål indenfor et givent område - dog inden for den eksisterende retsordens rammer.¹⁰

Denne afhandlings formål er at analysere, fortolke og behandle gældende ret samt relevant praksis vedrørende kaution og alskyldskaution i privates forhold over for pengeinstitutternes beskyttelseshensyn af forbrugerne samt konsekvenserne ved manglende overholdelse af skrevne regler ved kaution for pengeinstitutter.

Den anvendte juridiske metode er den dogmatiske retsvidenskab, da afhandlingen giver en fremstilling af, hvad gældende ret er på det pågældende område.

Denne afhandling giver i analysen en fremstilling af, hvorledes gældende ret burde fortolkes i forhold til, hvad der kan udledes af afgørelsen i U 2010.1628 H vedrørende beskyttelseshensynet til forbrugere. Dette set i sammenhæng med en analyse af, hvad der anses for at være gældende ret for pengeinstitutter og forbrugere uden for erhvervsforhold ud fra LFV og god skik bkg.

3. Kildehåndtering

Retskilder kan defineres som:

”... normative argumenter, der er egnede til at indgå i en begrundelse for, hvad der er gældende ret på et bestemt område”¹¹

Det er ofte ikke tilstrækkeligt blot at gøre brug af en enkelt retskilde ved fastlæggelsen af, hvilken retlig regel der skal gøres gældende.¹² Retskilder anvendes kort sagt for at kunne tage stilling til en retlig problemstilling.¹³ Og besidder en dobbelt funktion, som på den ene side virker styrende i forhold til adfærden hos borgerne, og på den anden side benyttes som overbevisende argument i henhold til retlige organer.

¹⁰ Juridisk metode, side 51-52

¹¹ Juridisk metodelære, side 20

¹² Retssystemet og juridisk metode, side 155

¹³ Juridisk metodelære, side 20

Retskildeanvendelsen bliver dermed et normativt udsagn, som eksempelvis angiver, hvorvidt en given adfærd er acceptabel eller ej.¹⁴

I dette afsnit vil der være en kort gennemgang af kildehåndteringen i forbindelse med denne afhandling om kaution. Til udarbejdelsen af afhandlingen er der anvendt fornødne retskilder blandt andet LFV og god skik bkg., samt forarbejderne til lovene. Ligeledes er der anvendt relevant praksis fra domstolene og Pengeinstitutankenævnet samt juridisk faglitteratur. Den juridiske faglitteratur anses dog ikke for en bindende retskilde i dansk ret.

4. Pengeinstitutankenævnet

Ankenævnet er oprettet af Finansrådet, Forbrugerrådet og Sammenslutningen Danske Andelskasser, og har ifølge lov om forbrugerklager godkendelse til at varetage og behandle klager over pengeinstitutter vedrørende private kundeforhold, dog med undtagelse af klager over tilsidesættelse af god skik bkg., som varetages af Finanstilsynet.¹⁵

Afgørelserne fra PIA havde frem til 2010 ikke retskraft, og dermed kunne forbrugernes krav mod pengeinstitutterne kun tvangsfuldbyrdes ved domstolene. Efter 1. januar 2010 kan afgørelser blive retskraftige, hvis pengeinstitutter ikke inden 30 dage efter forkyndelsen af afgørelser meddeler, at de ikke ønsker at efterkomme bindingen jf. FKL § 4 a. Sagen kan herefter indbringes for fogedretten med henblik på en tvangsfuldbyrdelse af afgørelsen jf. FKL § 4 c. Ved indsigelser fra pengeinstituttet er kunden nødsaget til at indbringe sagen for domstolene jf. ankenævnets vedtægter § 11, stk. 1.¹⁶

Ankenævnets afgørelser bliver herved blot juridiske anbefalinger til det pågældende pengeinstitut uden retskildestatus.¹⁷ Kendskabet til PIA's kendelser er dog ret stort, da

¹⁴ Retssystemet og juridisk metode, side 155

¹⁵ Pengeinstitutankenaevnet.dk, Om ankenævnet

¹⁶ Pengeinstitutankenaevnet.dk, Om ankenævnet

¹⁷ Bankjura, side 157-158

alle kendelser publiceres, hvilket kun sker sjældent med rettens afgørelser. Kendelserne giver i modsætningen til retten ikke kendskab til parternes identitet jf. vedtægternes § 10, stk. 3.¹⁸

Først og fremmest giver ankenævnet kvalificeret råd til parterne om en løsning på en konflikt, hvilket giver en ensartethed og forudsigelighed i retsanvendelsen. Dernæst bliver alt publiceres på internettet, og derved får retsanvenderen let adgang til at opnå kendskab til ankenævnets praksis. Endvidere har ankenævnet tidligere truffet principielle afgørelser, der har fået betydning for retsdannelsen i dansk ret.¹⁹

Præjudikatværdien af kendelser fra PIA er svær at fastslå, da domstolene ikke er forpligtet til at følge PIA's praksis. Omvendt skal PIA træffe deres afgørelser på baggrund af almindelige retskilder herunder domspraksis. Deraf kan det være svært at fastlægge, hvilken reel værdi der kan tillægges PIA's kendelser, som retskilde og betydningen de har i øvrigt. Når kendelserne ikke binder pengeinstitutterne i en konkret sag, så er de heller ikke bindende for fremtidige retsanvendere. Det forekommer også sjældent, at der i domme henvises til praksis fra PIA. I præmisserne til dommen UfR. 1999.633 er der dog et eksempel på, at PIA har indflydelse på afgørelser ved domstolene, så lidt eller en form for vægt må der tillægges PIA's kendelser. Frem til 2001 var det kun omkring 50 pct. af kendelserne fra PIA, der blev stadfæstet ved domstolene.²⁰

5. Kaution

Kaution er eksempelvis en måde, hvorpå sælger sikrer sig mod tab ved købers mislighold af en aftale gennem ejendomsforbehold, som kun kan anvendes ved finansiering i henhold til anskaffelsen af et aktiv. Dette middel vil dog ofte være utilstrækkeligt eller uegnet, når der skal foretages sikring mod købers insolvens.

¹⁸ Privat kaution, side 60

¹⁹ Bankjura, side 158

²⁰ Privat kaution, side 61-63

Endvidere er der sikringsformer som pant og kaution, hvor pant er en reel sikkerhed, som fyldestgøres af kreditor (panthaver) i et pantsat formuegode ved pantsætters (debitors) misligholdes. Et tab hos panthaver opstår derved kun, hvor pantets værdi ikke er fyldestgørende for fordringen.²¹ Kaution er derimod ofte personel sikkerhed, da en kautionist indestår for skyldnerens gæld overfor kreditor ved mislighold/insolvens. Ved kaution er det altafgørende, hvorvidt kautionisten eller kautionisterne er betalingsdygtige, hvis opfyldelsen af fordringen gøres gældende.²²

Tidligere var kaution kun i begrænset omfang lovreguleret, men i 2002 blev der i BSL indført en bestemmelse, hvilken regulerede nogle af de tidligere problemstillinger ved kaution over for pengeinstitutter i henhold til: ”en kautionist uden for erhvervsforhold”. Bestemmelsen blev videreført i LFV § 48. Endvidere findes der bestemmelser inden for begrænsede områder i gældsbrevsloven § 61, Danske Lov 1-23-15, lov om finansiel virksomhed § 47 (kaution i erhvervsforhold), forældelsesloven §§ 11 og 12 samt bestemmelser om tvangsakkord og gældsernæring jf. konkursloven.

Retsforholdet mellem kreditor og skyldner afgøres derved i vid udstrækning på baggrund af den indgåede aftale, som er underlagt de almindelige aftaleretlige principper. Udgangspunktet er, at parterne har aftalefrihed ved kautionsaftaler, dog er regler fra anden lovgivning og retspraksis regulerende ved eksempelvis udfyldnings- og fortolkningsspørgsmål. Aftaler, der ikke opfylder de deklaratoriske regler, kan efter omstændighederne tilsidesættes helt eller delvist.²³

5.1 Kaution uden for erhvervsforhold, jf. LFV § 48

Aftalevilkårene i private kautionsaftaler fastsættes oftest af pengeinstitutterne. Derved er det i vidt omfang hovedsageligt det lånegivende pengeinstituts interesser, der varetages ved kautionsaftalers indgåelse.²⁴

Rent principielt har pengeinstitutterne pligt til at sikre sig, at private kautionister er indforstået med, hvad en kautionsforpligtelse indebærer, hvilket følger af de

²¹ Kaution, side 13

²² Kaution, side 13-14

²³ Kaution, side 17-18

²⁴ Privat kaution, side 95

offentligretlige generalklausuler om god skik. Oftest vil private kautionister i modsætning til selskaber dog besidde en begrænset viden om, hvilke retsvirkninger der gør sig gældende ved påtegningen af en kautionsforpligtelse. Trods det manglende kendskab til kautionsområdet bliver informationen ofte begrænset til den information, som pengeinstituttet stiller til kundernes rådighed ved indgåelse og underskrift af en kautionsaftale.²⁵

Ved konflikter i aftaleforhold mellem pengeinstitutter og kunder kan sager indbringes for PIA. I henhold til kaution har der været en del problemstillinger i forholdet mellem private kautionister og pengeinstitutterne, hvilket har udmundet sig i, at der blev gjort overvejelser om en omfattende lovregulering. I 2001 indgik Finansrådet og Forbrugerrådet en aftale, som skulle sikre at nogle af problemstillingerne på området, som bar præg af minimal beskyttelse af private kautionister, blev imødekommet gennem lovregulering. Deraf blev bestemmelsen om kaution uden for erhvervsforhold indføjet i BSL § 41 a, og er nu videreført i LFV § 48.²⁶ Bestemmelsen regulerer forholdet mellem en kautionist og et pengeinstitut, hvor der ikke er en erhvervs-mæssig relation mellem den pågældende låntager og dennes kautionist, altså et privat kautionsforhold. Det er hermed kredittens parters relation og ikke dens formål, der er afgørende, når en kautionist uden for erhvervsforhold stiller kaution for et lån ydet af et pengeinstitut.²⁷

§ 48 om kaution uden for erhvervsforhold er præceptiv, og kan dermed ikke fraviges ved indgåelse af kautionsaftaler mellem forbrugere og pengeinstitutter. Væsentligt er det, at bestemmelsen kun er civilretlig, og pengeinstituttets overtrædelse heraf bliver ikke sanktioneret efter lovgivningen. En overtrædelse af § 48 kan dog medføre en påtale fra Finanstilsynet om overtrædelse af bestemmelsen om god skik jf. § 43 (nærmere beskrevet i afsnittet, god skik).²⁸

²⁵ Privat kaution side 101

²⁶ Kaution, side 18-19

²⁷ Kaution, side 19

²⁸ Lov om finansiel virksomhed, side 241

5.2 Fællesholdningsaftalen til privat kaution

Fra 1. januar 2002 blev en fælles holdning udarbejdet af Finansrådet og Forbrugerrådet, bestående af syv punkter til regler for privat kaution, gjort gældende i dansk ret. Pengeinstitutterne fik i forbindelse med bestemmelsen henstilling om at efterleve disse regler.²⁹ Et sæt nye regler, der havde til formål at øge beskyttelsen af private kautionister, eksempelvis med beløbs- og tidsbegrænsninger på kautionen, og var baseret på forslaget fra fællesholdningsaftalen af 14. september 2001.³⁰ Elementerne i den fælles holdning var:

- 1) Udlevering af pjece til personer der overvejer at kautionere
- 2) Udlevering af konkrete oplysninger om låntagers økonomi
- 3) Skriftlighedskrav for kautionsaftaler
- 4) Ingen bør stille kaution for gammel gæld
- 5) Forpligtelsens størrelse skal begrænses til hovedstolen for lånet, og der forligger en
- 6) tidsbegrænsning på maksimalt 10 år ved kautionssløfter (5 år ved kassekreditter eller lån uden fastsat tilbagebetalingstidspunkt) samt
- 7) kautionister skal årligt modtage skriftlig meddelelse om størrelsen på forpligtelsen (gældende fra årsskiftet 2002/2003).³¹

Endvidere kan private kautionister ikke blive gjort betalingsansvarlig for forfaldne ydelser, hvis de er mere end 3 måneder gamle. Fristen herfor regnes fra underretstidspunktet til kautionisten.³² Fællesholdningsaftalen blev som nævnt ovenstående indført i nugældende LFV § 48.

²⁹ Lov om finansiel virksomhed, side 238-239

³⁰ L 173, 2001-2002, 2. samling, lov om finansiel virksomhed

³¹ Lov om finansiel virksomhed, side 238-239

³² Lov om finansiel virksomhed, side 240

6. Stiftelse og indhold af kautionsaftaler

En kautionsaftale bliver stiftet med udgangspunkt i de almindelige aftaleretlige regler, og kræver at en kautionist afgiver sit løfte om at kautionere. I henhold til privat kaution skal følgende krav være opfyldt: Kautionisten skal have afgivet et gyldigt løfte, som er kommet til løftemodtagerens kundskab, og denne erklæring skal være skriftlig jf. LFV § 48, stk. 5, som ovenfor nævnt.³³ Løftet vil altså være bindende over for et pengeinstitut (kreditor), når det skriftligt er kommet til dennes kundskab. Kautionsfordringen forfalder først til betaling ved hovedmandens misligholdelse af sin kautionerede fordring. Selve pligten til at indfri et betalingsløfte overfor kreditor opstår, når kreditor giver kautionisten et påkrav herom. Kautionens formål er således at sikre kreditor mod eventuelle tab i forbindelse med hovedmandens misligholdelse af hovedfordringen. Dette udløser en subsidiær ret for pengeinstituttet og en subsidiær hæftelse for kautionisten.³⁴ De aftaleretlige regler afgør som tidligere nævnt et privat kautionsløftes gyldighed, men suppleres tillige af forbrugerbeskyttelseshensynet i god skik bkg.³⁵

Kautionsaftaler kan jf. Værgemålslovens (VML) § 1, stk. 2 ikke stiftes gyldigt af personer under 18 år. Endvidere vil dette gøre sig gældende ved personer, som har fået frataget den formueretlige handleevne jf. VML § 6 og personer, som grundet sindssygdomme, hæmmet psykisk udvikling eller lignende fratages evnen til at handle fornuftigt jf. VML § 46, stk. 1. Hvor et kautionsløfte er fremkaldt gennem trusler om vold eller ved personlig vold, vil kautionisten ligeledes ikke kunne forpligtes af løftet jf. AFTL § 28, dog skal en godtroende løftemodtager uden ugrundet ophold modtage meddelelse herom.³⁶

6.1 Renter og omkostninger

Det påhviler fortolkningen af en kautionsaftale, hvorvidt en kautionist også hæfter for renten på hovedmandens gæld. Almindeligvis vil renterne være en del af hæftelsen og formodentlig den deklaratoriske regel på området, jf. U 1981.922 Ø, hvor renterne ansås for at være en del af hæftelsen ved kautionsaftalen. Anderledes forholder det sig i

³³ Kaution og tredjemandspant, side 50

³⁴ Kaution og tredjemandspant, side 47

³⁵ Kaution og tredjemandspant, side 62

³⁶ Kaution og tredjemandspant, side 62-63

henhold til morarenter, gebyrer og omkostninger, som er knyttet til inddrivelsen af gælden hos hovedmanden. Ved disse omkostninger vil den deklaratoriske regel være, at der skal være et særskilt grundlag i kautionaftalen, når kautionister skal hæfte herfor. Således blev resultatet i afgørelserne U 1982.162 H og U 1974.198 V, hvor en simpel kautionist ikke kunne pålægges en hæftelse for omkostningerne ved gældsinddrivelsen hos hovedmanden. Der påkræves således særskilt hjemmel, hvis kautionisten skal hæfte for omkostninger, som ikke er en del af den indgåede aftale mellem parterne ved aftaleindgåelsen, jf. UfR 2010.1436 H. Undtagelse hertil forefindes ved alskyldserklæringer, da denne hæftelsesform giver belæg for at inkludere sådanne omkostninger.³⁷ Heraf følger dog en begrænsning ved privat kaution, da kautionisterne som ovenfor nævnt ikke hæfter for et større beløb end lånets hovedstol eller kredittens maksimum jf. LFV § 48, stk. 4. Renter og omkostninger i forbindelse med en fordring må derved ikke overskride begrænsningen, men pålægges kun privatkautionisten, hvor disse vedbliver inden for lånets hovedstol eller kredittens maksimum.³⁸

6.2 Gammel gæld

Det fremgår af fællesholdningsaftalen fra Finansrådet og Forbrugerrådet, at der ikke bør stilles kaution for gammel gæld. Praksis på området fastlægger dog også, at kautionister oftest ikke forpligtes af allerede eksisterende gæld. Det kan dog forekomme i situationer, hvor hovedmandens kreditramme samtidigt udvides, så det mindst udgør beløbet for kautionsforpligtelsen. Er kautionisten blevet fyldestgørende informeret om, at fordringen også omfatter gammel gæld i låneforholdet mellem hovedmanden og pengeinstituttet, vil kautionisten dog som udgangspunkt være forpligtet heraf eksempelvis jf. PIA's afgørelse nr. 515/2008, hvor et ægtepar ikke fik medhold i kautionsløftes ugyldighed, da parret var udtrykkeligt oplyst om, at forpligtelsen hovedsagligt vedrørte eksisterende gæld. Det samme gjorde sig gældende i PIA's afgørelse nr. 155/2011, hvor klageren tillige hæftede for gammel gæld under de givne omstændigheder.³⁹

³⁷ Bankjura, side 428

³⁸ Bankjura, side 429

³⁹ Bankjura, side 429

6.3 Regresret

Får kautionisten et påkrav fra pengeinstituttet om at indfri fordringen, kan denne gøre regresret gældende overfor hovedmanden og afkræve det beløb, som hovedmanden har misligholdt sin pligt til at betale. Regreskravet forudsætter, at kautionisten har betalt et beløb svarende til hele eller dele af fordringen og dermed frigjort en medskyldner og gjort sig regresberettiget. Der kan være forskel på, hvorvidt der gøres regreskrav gældende mod en hovedmand eller mod andre kautionister. I forhold til hovedmanden vil det som oftest være det beløb, kautionisten har betalt. Endvidere er en afgørende faktor ved regresretten, hvorvidt aftalen skal reguleres efter reglerne om brøkdelsregres eller overskudsregres. Dette vil ikke blive uddybet nærmere, dog anses reglerne om brøkdelsregres for at være de gældende deklaratoriske regler i Danmark både inden for erstatnings- og kautionsret.⁴⁰ Ved hovedmandens konkurs kan kautionisten anmelde sit regreskrav i hovedmandens konkursbo. Kreditor er dog med sin ret til dividende bedre stillet end kautionisten, da denne med sin solidariske hæftelse for hovedmanden bliver medskyldner i mellemværendet, og derved må regreskravet vige for kreditors anmeldte krav. Dette fremgår af grundreglen ved regres i solidariske skyldforhold, da skyldners bo kun kan belastes én gang af samme fordring. Anderledes forholder det sig, hvis kautionisten betaler hele den fordring, som han har stillet sikkerhed for hos kreditor, da kautionisten herved indtræder i kreditors (regres)ret.⁴¹

6.4 Fortolkning af kautionsaftaler

Fortolkningen af et kautionsløfte sker med udgangspunkt i de anerkendte fortolkningsregler og standarder, herunder minimumsreglen, hvorefter kautionisten ikke kan pådrages en anden hæftelse, end det beløb denne med sikkerhed har stiftet løfte for. Ved manglende klarhed om hæftelsens omfang, bliver løftet fortolket mindst byrdefuldt for løftegiver, jf. U. 1980.361 H.⁴²

Endvidere bliver fortolkningsreglen, uklarhedsreglen, ofte anvendt i forbindelse med kautionsretten. Hvor uklare vilkår opstår, vil disse fortolkes imod koncipisten, jf. U 1960.1065 H. Dette vil både gøre sig gældende for vedkommende, der har skrevet

⁴⁰ Kaution og tredjemands pant, side 48-49

⁴¹ Kaution og tredjemands pant, side 116

⁴² Kaution og tredjemands pant, side 83

formuleringen samt vedkommende med den bestemmende indflydelse i henhold til formuleringen. Pengeinstitutter anvender som oftest standardformularer ved stiftelse af kautioner både i og uden for erhvervsforhold, og uklarhedsreglen spiller her en ikke uvæsentlig rolle ved fortolkningen af en konkret kautionsaftale.⁴³

Et forhold, som ligeledes inddrages ved kautionsaftalers fortolkning, er, hvorvidt sagens parter er jævnbyrdige eller én af parterne har et særligt sagkundskab. Ved uklarhed i privat kaution over for et pengeinstitut, vil fortolkningen i almindelighed ske ved hensynstagen til forbrugeren og imod pengeinstituttet, som den professionelle part.⁴⁴

I tilfælde hvor fortolkningsregler og standarder er modstridende, vil der skulle foretages en vægtning, hvor hensynet til sædvane og rimelighed spiller en afgørende rolle. Fører fortolkningsreglerne ikke til et sikkert resultat, gøres den deklaratoriske regel på området sig gældende, hvis en sådan forefindes. Kan der ikke findes en deklaratorisk regel, vil domstolene træffe en afgørelse, som derved skaber retspraksis på området fremadrettet.⁴⁵

7. Kautionforpligtelsen

7.1 Kautionformer

Den almindelige deklaratoriske regel for kautionforpligtelser på penge er simpel kaution, medmindre andet er aftalt. Ved denne kautionsform kan kautionisten ikke afkræves betaling af ydelsen, før en udtømmende retsforfølgning af hovedmanden har fundet sted. Anderledes forholder det sig i henhold til selvskyldnerkaution, hvor kautionisten kan kræves betaling af sin kautionforpligtelse, når hovedmanden har misligholdt sin forpligtelse. Derved kan en afkrævning forekomme dagen efter forfaldsdagen på fordringen. Denne kautionsform er derved væsentlig mere byrdefuld likviditetsmæssigt over for en kautionist. Kautionforpligtelser over for pengeinstitutter vil almindeligvis indeholde et vilkår om, at kautionformen er selvskyldnerkaution.

⁴³ Kaution og tredjemandspant, side 84

⁴⁴ Kaution og tredjemandspant, side 84

⁴⁵ Kaution og tredjemandspant, side 85

Begrebet bliver eksempelvis forklaret i den pjece, som skal udleveres til kautionister, inden aftalen om privat kaution indgås.⁴⁶

7.1.1 Begrænset kaution

Begrænset kaution er en af måderne, hvorpå kautionister kan begrænse sine forpligtelser beløbsmæssigt. Som alternativ til denne kautionsform findes delkaution. Her er kautionsforpligtelsen knyttet til en specifik del af forpligtelsen mellem kreditor og hovedmanden. Derved får kreditor sikkerhed for en del, mens den resterende gæld forbliver usikret, således at den *beløbsbegrænsede kaution* stiller delvis sikkerhed for hele gælden, hvorimod *delkautionen* stiller fuld sikkerhed for en præciseret del af gælden.⁴⁷

Herudover kan kautionistens løfte være begrænset ved en *brøkdæl* af gældsforpligtelsen. Denne kautionsform kan samtidigt også kombineres med beløbsbegrænset kaution eller delkaution, så der eksempelvis hæftes for en begrænset brøkdæl og ligeledes et begrænset maksimumbeløb.⁴⁸ I henhold til hovedmandens konkurs er det ikke helt fastslået, hvorvidt brøkdelskautionen vil blive anset som beløbsbegrænset eller delkaution, eftersom en nedbringelse af kautionsforpligtelsen samtidigt nedsætter kautionistens hæftelse, hvilket er gældende ved delkaution. En brøkdelskaution vil almindeligvis betragtes som en delkaution ved konkurs eller tvangsakkord hos hovedmanden.⁴⁹

7.1.2 Efterkaution

En kautionist kan også stille sikkerhed subsidiært både for hovedmanden og de øvrige kautionister ved *efterkaution*. Ved denne form for kaution indestår efterkautionisten for, at der sker opfyldelse af forpligtelsen fra hovedkautionisten. Først ved hovedkautionistens misligholdelse vil kreditor kunne kræve betaling hos efterkautionisten. Det vil afhænge af kautionsformen, hvornår kravet mod

⁴⁶ Bankjura, side 430

⁴⁷ Bankjura, side 431

⁴⁸ Bankjura, side 431

⁴⁹ Kaution og tredjemands pant, side 115

efterkautionisten kan gøres gældende, da ydelsestiden er betinget af, hvorvidt hovedkautionen og efterkautionen er en simpel kaution eller en selvskyldnerkaution. Er både hovedkautionen og efterkautionen simpel kaution, skal kreditor have fortaget udtømmende retsforfølgning hos hovedmanden og efterfølgende hovedkautionisten, før et krav kan rettes mod efterkautionisten. Anderledes forholder det sig, hvis begge kautioner er selvskyldnerkautioner, hvor kravet kan gøres gældende straks efter hovedfordringens forfald. Fyldestgør hovedkautionisten ikke sin forpligtelse, vil efterkautionisten kunne afkræves fyldestgørelse af sin forpligtelse.⁵⁰

7.1.3 Kontrakautation

Kontrakautation stilles for hovedkautionisten, så denne helt eller delvist skadesløsholdes for tab på hovedfordringen. Derved er denne kautionsform en regaranti af den sikkerhed, hovedkautionisten har stillet for kreditor. Hovedkautionisten bliver med andre ord kontrakautationistens kreditor. Har flere kautionister stillet sikkerhed for samme fordring, men én af disse indgået aftale om, at han skal skadesløsholde sine medkautionister, så vil dette tillige udgøre en kontrakautation jf. U 1940.311 H.⁵¹

Kontrakautationisten vil ofte være hovedmanden, en tredjemand eller en kombination af disse. Når en kontrakautation stilles af hovedmanden, vil det oftest være en selvskyldnerkaution, hvorimod det for tredjemand oftest vil være en simpel kaution. Hvis hovedkautionisten ikke påberåber eller afskriver sine indsigelser mod kreditor, kan kontrakautationisten gøre dette gældende, og derved fortabes hovedkautionistens regreskrav.⁵²

I situationer hvor hovedkautionisten indfrier en fordring uden at være forpligtet hertil eller misligholder en pligt til at føre kontrol med hovedmanden, kan kontrakautationistens hæftelse fratage helt eller delvist.⁵³ Har kontrakautationisten indfriet sin forpligtelse over for kreditor, vil han kunne gøre sit krav om regres gældende over for hovedmanden og indtræde i hovedkautionistens fortrins- og sikkerhedsrettigheder. Har hovedmanden kun

⁵⁰ Bankjura, side 431-432

⁵¹ Kaution og tredjemands pant, side 123

⁵² Kaution og tredjemands pant, side 124

⁵³ Kaution og tredjemands pant, side 125

indfriet en del af sin forpligtelse, vil kontraktauktionistens krav vige for kreditor eller hovedkautionistens dividenderet jf. konkurslovens § 47, stk. 1, nr. 1.⁵⁴

7.1.4 Samkaution

Ved samkaution har to eller flere kautionister forpligtet sig, så de påregnes hinandens hæftelse.⁵⁵ Løftet om kautionssikringen gives dermed under forudsætning af, at andre ligeledes hæfter for den pågældende kautionsfordring. Anderledes forholder det sig, hvor der ikke foreligger et sådan løfte, og kautionister i stedet for indgår som medkautionister. Medkautionisterne hæfter for samme fordring, men har ofte ikke kendskab til hinandens hæftelse. Bliver en kautionsfordring erklæret ugyldig, vil det have indflydelse på samkautionisterne, men derimod ingen indflydelse på medkautionisterne. Frigives en samkautionist, vil dette almindeligvis nedsætte den eller de andre medkautionisters hæftelser overfor kreditor.⁵⁶

7.1.5 Tabskaution

En anden form for kaution er tabskaution, hvor genstanden for kautionen er kreditors tab. Ved denne hæftelsesform er det ikke skyldforholdet mellem hovedmanden og kreditor, men et tab på et bestemt engagement hos kreditor der danner rammen om den atypiske solidariske hæftelsesform. Der er dog nogle ligheder til simpel kaution, da der skal være fortaget udtømmende retsforfølgning ved hovedskyldneren, inden et krav kan gøres gældende mod tabskautionisten. Ydelsestidspunktet indtræder, i modsætning til simpel kaution, når et endeligt tab er konstateret hos kreditor. Først når eventuelle sikkerheder i form af anden kaution eller tredjemands pant er realiseret, kan betalingen afkræves. Ved hovedskyldnerens konkurs skal dividenden derved være betalt eller boopgørelsen foreligge, før et tab kan opgøres. Denne kautionsform kan som de øvrige være begrænset, det kan eventuelt være en beløbs- og/eller tidsmæssig begrænsning. Modsætningsvist de øvrige kautionister indtager tabskautionisten en særstilling ved hovedmandens konkurs, da denne ikke kan opnå anmeldelsesret i konkursboet. Boet skal som ovenfor nævnt være opgjort før den tabssikrede forpligtelse gøres gældende.

⁵⁴ Kaution og tredjemandspant, side 126

⁵⁵ Bankjura, side 433

⁵⁶ Kaution og tredjemandspant, side 75

Ligeledes kan en regresret mod hovedmanden ikke forekomme, da dette vil reducere anmeldelsesretten hos den pågældende kreditor. I tilfælde af tabskautionistens konkurs, vil kreditor kun opnå dividende af det tab, tabskautionisten hæfter for i mellemværendet med hovedmanden. Dette kan dog være svært at opgøre eller være en langsommelig proces, dermed finder tabskaution primært sted, da kautionister ønsker denne kautionsform, hvorimod kreditorerne hellere ser en anden kautionsform anvendt.⁵⁷

7.2 Alskyldserklæring

Ved denne type erklæringer hæfter kautionisten typisk for ethvert krav mellem pengeinstituttet og hovedskyldneren både for nuværende og kommende krav uanset skyldgrund.⁵⁸ I forhold til private kautionister er alskyldserklæringer derfor betænkelige, da de danner grundlaget for hæftelsen af fordringen. Det formodes dog, at alskyldserklæringer bør underligges visse begrænsninger. Særligt i forhold til privatkautionisten kan det diskuteres, hvorvidt en sådan erklæring er gyldig, da den indebærer at kautionisten ikke blot hæfter med hele sin formue, men for et ukendt antal af fordringer. Fordringer som kautionisten ikke har indflydelse på, hverken mht. etableringen heraf eller vurderingen af, hvorvidt de måtte komme til eksistens. Der bør dog skelnes mellem kaution i og uden for erhvervsforhold. Uden for erhvervsforhold bør det derfor ikke anerkendes, at en erklæring, som er påtaget på baggrund af et konkret mellemværende ved en alskyldserklæring, udvides til også at omfatte andre fordringer mellem kreditor og hovedskyldneren. Ved anvendelse af alskyldserklæringer vil det dermed for ikke forudberegnelige forpligtelser være nærliggende med lempelse for kautionisten jf. AFTL § 36.⁵⁹ En kautionist, der giver løfte om sikkerhed for et konkret foreliggende, vil ofte ikke være opmærksom på de eventuelle konsekvenser, en erklæring om al skyld kan få. Skal kautionistens hæftelse for al skyld gøres gældende, vil dette oftest skulle fremhæves af kreditor på kautionstidspunktet.⁶⁰

Begrænsningerne for anvendelse af alskyldserklæringer i kaution uden for erhvervsforhold efter lovændringen i 2002 fremgår af LFV. § 48, stk. 4: "... en

⁵⁷ Kaution og tredjemandspant, side 141-144

⁵⁸ Privat kaution, side 179

⁵⁹ Kaution, side 51-52

⁶⁰ Kaution og tredjemandspant, side 87

kautionist kan ikke hæfte for et større beløb end lånets hovedstol eller kredittens maksimum”.⁶¹ Der opereres inden for kaution både med beløbsubegrænsede og beløbsbegrænsede alskyldserklæringer.⁶²

Kautionens fordringer hvor private kautionister har underskrevet en aftale om at hæfte for al skyld mellem hovedmanden og pengeinstituttet, både hvor omfanget har været kendt af kautionisten, og hvor omfanget ikke er gjort klart eller forstået, har været genstand for en række afgørelser gennem årene, ikke mindst ved PIA.

PIA har i sager, hvor kautionister ikke har været fyldestgørende informeret om retsvirkningerne af en alskyldserklæring, eller hvor alskyldserklæringen ikke fremgår tydeligt af erklæringen, der underskrives, været tilbøjelige til at fortolke alskyldserklæringerne indskrænkende over for kautionisterne. Derved vil en kautionens aftale i forbindelse med et bestemt lån eller en bestemt kredit medføre en fortolkning, hvorved senere udvidelser af kreditten, udover det beløbsmæssige forventende, vil bortfalde fra kautionens løftet.⁶³ Dette var blandt andet PIA's afgørelse i nedenstående sager.

PIA nr. 349/1996: Sagen omhandlede en beløbsubegrænset alskyldserklæring, hvor en kautionist havde stillet sikkerhed for sin ægtefælles erhvervskredit på kr. 250.000, som efterfølgende blev forhøjet flere gange. PIA tog kautionistens påstand om, at denne alene skulle hæfte for kr. 250.000 med tillæg af renter og omkostninger til følge, da det ikke kunne godtgøres, at det indklagede pengeinstitut ved kautionens aftalens indgåelse udtrykkeligt havde præciseret over for kautionisten (klager), at denne også kautionerede for eventuelle udvidelser af kreditten eller andre engagementer mellem pengeinstituttet og hovedskyldneren. Ligeledes var klager ikke blevet underrettet om de udvidelser af kreditten, som indklagede bevilligede. Indklagede pengeinstitut kunne derved kun gøre krav gældende for beløbet svarende til kredittens størrelse på tidspunktet for underskrivelsen af kautionens erklæringen samt hertil hørende renter og omkostninger.⁶⁴

⁶¹ Kaution, side 51

⁶² Privat kaution, side 179

⁶³ Privat kaution, side 180-181

⁶⁴ Privat kaution, side 179

PIA nr. 492/2000: Sagen omhandlede en underskrevet selvskyldnerkaution bestående af et lån på kr. 250.000 og en kassekredit på kr. 250.000 - 'til sikkerhed for opfyldelse af forpligtelser af enhver art... nuværende eller senere etablerede...' over for pengeinstituttet. Pengeinstituttet bevilligede efterfølgende et overtræk på kr. 150.000 og sendte en anmodning om underskift fra kautionisten i henhold til udvidelsen af forpligtelsen, hvilket kautionisten ikke imødekom. Pengeinstituttet opsagde senere engagementet, og kautionisten indbetalte et beløb svarende til restgælden på lånet samt kassekreditens oprindelige maksimum på kr. 250.000, da klagerens opfattelse var, at dette udgjorde kautionsforpligtelsen, hvilket PIA gav medhold i. Endvidere udtalte PIA, at en yderligere anmodning om underskrift for overtræk på kr. 150.000 bevidnede, at indklagede pengeinstitut også var i tvivl om, hvad der gjorde sig gældende efter kautionserklæringens indhold. Kautionen kunne derved kun gøres gældende for beløbet svarende til restgælden samt kassekreditens maksimum jf. PIA.⁶⁵

Omvendt findes der også eksempler på kendelser fra PIA vedrørende alskyldserklæringer, hvor kautionister bliver bundet af løftet om at stille sikkerhed for al skyld trods den indskrænkende fortolkning. Eksempelvis gjorde dette sig gældende i PIA's afgørelse nr. 476/1996, hvor klager var bekendt med, hvad der gjorde sig gældende efter erklæringens indhold samt at klager først mere end 5 år efter etableringen af lånet gjorde gældende, at denne ikke var bundet af alskyldserklæringen. Klager (kautionisten) fik ikke medhold i sin påstand.⁶⁶

8. Relevant lovgivning

8.1 God skik

God skik er ensbetydende med en vis standard på et givent område. Der er tale om et godhedskriterie, hvor kun det gode "plejer" er acceptabelt, da en branchekutyme ikke slår til. Begrebet anvendes i dag både i lovgivning, i retspraksis og af de forskellige brancher og herudfra klarlægges, hvilke standarder der gør sig gældende og accepteres. Hvorvidt en rådgivningssituation har levet op til det forventelige eller været i strid med

⁶⁵ Privat kaution, side 181

⁶⁶ Privat kaution, side 185

god skik afgøres ofte efter moralske standarder, altså hvorvidt en handling er ”god nok” i en konkret situation.⁶⁷

God skik for finansielle virksomheder er uddybet i LBK nr. 1125 af 23. september 2010 om finansiell virksomhed, inkl. BKG nr. 965 af 30. september 2009 om god skik for finansielle virksomheder.⁶⁸ Den gældende bekendtgørelse for god skik er, BEK nr.928 af 28. juni 2013 i medfør af LFV § 43, stk. 2 og § 373, stk. 4 jf. LBG nr. 705 af 25. juni 2012.⁶⁹

8.2 Lov om finansiell virksomhed § 43

Bestemmelsens formål er at sikre kundernes tillid til pengeinstitutter og andre finansielle virksomheder. Bestemmelsen for finansielle virksomheder er i nær tilknytning til reglerne om god skik i markedsføringsloven, som udstedes af Forbrugerombudsmanden. Dog bliver de bindende regler om god skik for finansielle virksomheder udstedt af økonomi- og erhvervsministeren, og dermed reguleres de finansielle virksomheder alene af disse bestemmelser. Kompetencen til at træffe generelle regler efter markedsføringsloven, som ikke specifikt berører den finansielle sektor, besiddes dog af Forbrugerombudsmanden.⁷⁰ Overholdelsen af de offentligretlige regler påses af Finanstilsynet, hvorimod det civilretlige område ikke påses af tilsyn. Overtrædes LFV § 43, bevirker dette derfor ikke umiddelbart, at aftalen mellem kunden og pengeinstituttet antages for at være ugyldig, men overtrædelsen vil kunne indgå i den samlede vurdering, fra ankenævn eller domstole, når en aftale helt eller delvist tilsidesættes efter aftalelovens bestemmelser, eller det vurderes, hvorvidt et pengeinstitut har handlet ansvarspådragende efter reglerne i erstatningsretten. Bemyndigelsen i § 43, stk. 2 er anvendt til at udstede god skik bkg.⁷¹

⁶⁷ God skik, side 55-56

⁶⁸ God skik, side 68

⁶⁹ BKG, 2013928, God skik

⁷⁰ Lov om finansiell virksomhed, side 228

⁷¹ Lov om finansiell virksomhed, side 228-229

8.2.1 God skik for finansielle virksomheder

Bekendtgørelsens anvendelsesområde vedrører danske såvel som udenlandske finansielle virksomheder, hvor disse driver virksomhed i Danmark. Bestemmelsen dækker både over kundeforholdet til private og erhverv, hvis det konkrete erhvervsmæssige kundeforhold ikke i videre udstrækning adskiller sig fra, hvad der gør sig gældende for private jf. god skik bkg. § 1.⁷² Tilsynsmyndigheden med de finansielle virksomheder varetages af Finanstilsynet, som kan give pengeinstitutter og andre finansielle virksomheder påbud om at berigtige kundeforhold, som ikke stemmer overens med bestemmelserne i bekendtgørelsen. Forud for påbuddet, skal den finansielle virksomhed give en redegørelse af forholdet jf. bekendtgørelsens § 35.⁷³

De finansielle virksomheder pålægges over for sine kunder, jf. bekendtgørelsens § 3, at handle redeligt og loyalt.⁷⁴ Ligeledes giver bekendtgørelsen § 7 retningslinjer for kunderådgivning. Dette omfatter vejledning, anbefaling og information om risici samt konsekvenserne ved en given disposition. Kundens interesser skal tilgodeses, og rådgivningen skal være både retvisende, relevant og fyldestgørende og endvidere danne grundlaget for at træffe en beslutning.⁷⁵

I henhold til området kaution finder bekendtgørelsens § 22 anvendelse og har følgende ordlyd:

§22 "Et penge- eller realkreditinstitut må ikke medvirke til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi. Stk. 2. Inden der indgås aftale om en kautionsforpligtelse, skal instituttet sikre sig, at kautionisten er informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen. Stk. 3. Kautionisten skal én gang om året modtage oplysninger fra instituttet om størrelsen af det låneengagement, for hvilket kautionsforpligtelsen består".⁷⁶

⁷² BKG, 2013928, God skik, side 1

⁷³ BKG, 2013928, God skik, side 4

⁷⁴ BKG, 2013928, God skik, side 1

⁷⁵ BKG, 2013928, God skik, side 2

⁷⁶ BKG, 2013928, God skik, side 3

9. Relevant praksis - U 2010.1628 H

9.1 Faktuel baggrund

Sagen omhandlede, hvorvidt der var grundlag for at tilsidesætte en selvskyldnerkaution, jf. AFTL §§ 31, 33 og 36, hvis denne stod i misforhold til kautionisternes økonomi ved stiftelsen af kautionserklæringen.

Parterne i sagen var ægteparret A og B, som i 2001 påtog sig en kautionsforpligtelse i forbindelse med deres søn J skulle låne penge til en akkordordning, for at kunne fortsætte driften af sin landbrugsejendom. Sparekassen S bevilligede J et lån på 1,5 mio. kr., hvoraf A og B stillede sikkerhed for 750.000 kr. Derudover fik J en driftskredit på 250.000 kr.

Under låneforhandlingerne deltog A og B - og især faderen B. A og B kendte til J's økonomiske situation og dermed også begrundelsen for, at S stillede påkrav om kaution for en del af gælden. Udover S deltog en advokat i forhandlingerne som repræsentant for J. Den samme advokat bistod også A og B. Under et møde med advokaten, S, J og B blev risikoen ved kautionsforpligtelsen drøftet. B var ved indgåelsen af kautionsforpligtelsen på 750.000 kr., 57 år og ikke ejer af noget. B var ufaglært tekstilarbejder til en timeløn på 95 kr. A var 60 år og på efterløn. A ejede et hus, som i 2001 stod til en offentlig ejendomsvurdering på 720.000 kr., med omkring 200.000 kr. i restgæld. Denne friværdi udgjorde A og B's samlede formue ved aftaleindgåelsen. S fik til sikkerhed for kautionen et ejerpantebrev på 600.000 kr. i A's hus. Ellers spurgte S ikke yderligere ind til A og B's økonomiske situation i forbindelse med stiftelsen af fordringen.

I april 2003 blev engagementet med J opsagt af S. Efterfølgende blev landsbrugsejendommen solgt på tvangsauktion for 6 mio. kr. Dette beløb dækkede ikke J's realkreditlån og kassekreditten i S, da kassekreditten i flere omgange var blevet udvidet med A og B's accept, og trækket var steget fra 250.000 kr. til 1,4 mio. kr., hvilket havde udvidet det risikobetonede låneengagement yderligere. S krævede herefter at A og B's kaution skulle gøres gældende for de 750.000 kr., som kautionsforpligtelsen

udgjorde. A og B mente dog ikke, at forpligtelsen kunne gøres gældende jf. AFTL § 36 om urimelighed.

9.2 Retten i Hernings dom, 27. juni 2006

9.2.1 Anbringender

S havde til støtte for sin påstand i retten anført:

at A og B meddelte S om selvskyldnerkaution ved et dokument. Endvidere gjorde S gældende, at der hverken ud fra de almindelige aftaleretlige synspunkter eller § 36 i aftaleloven var grundlag for en hel eller delvis tilsidesættelse. Samtidigt gjorde S gældende, at A, B og J var bistået af en advokat under forløbet, og at B deltog i budgetmøder med S. S fandt derfor, at alle forhold omkring kautionsforpligtelsen var fyldestgørende oplyst for kautionisterne A og B. Ligeledes redegjorde S for, at engagementet blev betragtet som risikofyldt, og herunder risikoen for at kautionsfordringen kunne blive aktuel. B havde selv drevet lignende erhvervmæssig virksomhed, hvilket underbyggende et branchekendskab. Endvidere havde B deltaget i driften hos J og var en af initiativtagerne bag oprettelsen af engagementet. S gjorde også det faktum gældende, at denne fra starten af forløbet havde et krav om, at A og B stillede kaution for halvdelen af lånebeløbet mellem J og S. Det var ikke dokumenteret, at S havde handlet i strid med almindelig rimelighed og hæderlighed, og derved ville det ikke være modstridigt, at kautionsaftalen blev gjort gældende. Det kunne heller ikke gøres gældende, at der forelå andre forhold, som berettigede at kautionsfordringen kunne blive helt eller delvist tilsidesat jf. AFTL § 36.

A og B havde til støtte for sine påstande i retten anført:

at de begge skulle frifindes for den nedlagte påstand om betaling af kautionsfordringen. De fandt at kautionen var ugyldig jf. AFTL §§ 31, 33 og 36. Endvidere gjorde A og B gældende for retten, at de ikke havde været repræsenteret af en advokat, og selv hvis dette blev lagt til grund, så havde dette ingen betydning for kautionen. A og B var kun oplyst, at der ville blive et krav for et beløb på kr. 200.000, og først senere i forløbet, under et møde, blev de præsenteret for et kautionsbeløb på halvdelen af lånet. Endvidere gjorde A og B gældende, at der ikke burde være indgået en aftale om kaution, da J's

økonomi var så dårlig, og at risikoen for at det ville fortsætte var stor. J burde ikke have lånt pengene i S, og derved havde rådgivningen ydet af S været utilstrækkelig, hvilket blev begrundet ud fra de omstændigheder, at A var på efterløn og kautionisternes formue var begrænset. Endvidere havde S ikke stillet krav til J's drift.

9.2.2 Begrundelse og resultat

Indledningsvis bemærkede retten, at det efter deres vurdering ikke ville have været muligt at gennemføre J's akkord uden en kaution fra A og B. Videre blev der efter bevisførelsen lagt til grund, at A og B, specielt B, deltog i hele forløbet fra det oprindelige afslag blev givet af S, og efterfølgende var B tilstede sammen med J ved møderne med forhandlingerne i henhold til lånet. Retten lagde på baggrund af parternes anbringender samt den øvrige bevisførelse til grund, at A og B havde været særdeles velinformeret om J's økonomi, og dermed havde de også været bekendte med, hvorfor S havde krævet en sikkerhed i form af en kautionsfordring for J. Dette forhold havde været en betingelse for, at S godkendte lånet til en finansiere af akkordordningen. Havde man søgt en finansiering et andet sted, så havde det næppe været muligt uden en kautionsfordring, grundet J's resultater siden købet af landbrugsejendommen i 1998.

Retten bemærkede endvidere, at A og B efter egne forklaringer samt sagens øvrige bevisførelse havde været meget opsat på, at J beholdte landbrugsejendom. A og B var efter rettens opfattelse villige til at hjælpe på alle tænkelige måder, hvilket er væsentligt i henhold til underskrivelsen af dokumenterne om kaution for J. På mødet hvor kautionsfordringen blev underskrevet, deltog S, advokaten samt A, B og J. Ligeledes blev budgettet for fordringen gennemgået med A og B. Med dette kendskab og det forudgående kendskab til sagens omstændigheder var A og B yderst bekendt med forudsætningerne med hensyn til den fremtidige drift af landbrugsejendommen samt økonomien. Desuden lagde retten til grund, at både lånedokumenterne og kautionsdokumenterne samt tillægserklæringen blev grundigt gennemgået med A og B.

På baggrund af forklaringerne, fandt byretten ikke belæg for, at A og B var blevet lovet, at de kun skulle stille kaution for 200.000 kr. Ud fra J's økonomi og resultaterne siden overtagelsen af landbrugsejendommen, kunne man næppe forvente, at S ville acceptere en så begrænset sikkerhed i forhold til det risikofyldte engagement. Det blev efter

bevisførelsen lagt til grund, at J ikke havde fulgt anvisningerne fra S' budget. Var budgettet blevet opholdt, kunne det ikke afvises, at kautionen ikke ville være blevet aktuel. Denne omstændighed burde efter rettens bedømmelse ikke skade S.

Under forudsætning af at A og B *ville* hjælpe J, trods kendskabet til de økonomiske forhold forud for akkorden, og der samtidigt var grundig vejledt om risikoen ved kautionsfordringen, fandt retten ikke belæg for, at aftalen kunne kendes for hverken uforbindende eller ugyldig jf. AFTL §§ 31, 33 og 36.

9.3 Vestre landsrets afgørelse U 2007.1988 V

9.3.1 Anbringender

Påstandene fra retten blev af A og B gentaget i Landsretten. S påstod stadfæstelse af dommen fra byretten.

Endvidere fremlagde S breve til J, som eksempelvis omhandlede J's manglende overholdelse af de opstillede budgetforudsætninger, udvidelser af kreditten samt salg af landsbrugsejendommen. Af brevene fremgik det, at disse var sendt til A og B, og de blev i flere tilfælde påtegnet en skriftlig accept.

Afsluttende gjorde parterne A og B dog yderligere gældende, at kautionsfordringen, fra deres syn, vedrørte gammel gæld, som udsprang af et tidligere engagement, som S havde overtaget fra et andet pengeinstitut. S mente dog, at kautionsfordringen vedrørte en nystiftet gæld. Gælden skulle netop finansiere videreførelsen af landbrugets drift ved en akkordordning, hvilket ikke kunne betegnes som en kautionsfordring for gammel gæld.

9.3.2 Begrundelse og resultat

Landsretten stadfæstede byrettens afgørelse, da aftalen ikke gav grundlag for at anses som uforbindende eller ugyldig jf. AFTL §§ 31, 33 og 36. Endvidere begrundede landsretten afgørelsen med, at kautionen efter omstændighederne ikke kunne betegnes

som kaution stillet for gammel gæld. Ydermere begrundede to dommere i landsretten afgørelsen med, at familiens (A, B og J) advokat deltog i møderne med S og bistod både sønnen og forældrene under forhandlingerne. Dette både i forhold til kautionen og drøftelserne omkring risikoen ved den pågældende kautionsforpligtelse hvilket fremgik af en underskrevet erklæring fra 20. februar 2002. Dommerne fandt ud fra en samlet vurdering, hvor der både blev taget højde for appellanternes baggrund for kautionsaftalen og samtidigt taget højde for informationerne om deres økonomiske forhold, ikke et tilstrækkelig belæg for, at aftalen kunne tilsidesættes på grund af et misforhold mellem kautionsforpligtelsen og appellanternes økonomi. Omstændighederne gav derved hverken belæg for en hel eller delvis tilsidesættelse af aftalen. Dette blev suppleret med begrundelsen om, at både i bestræbelserne på at sælge ejendommen, ved kreditgivning og ved bevillingerne på overtræk på kreditten havde S løbende orienteret kautionisterne.

En dommer fandt dog, at det ville være urimeligt at gøre kautionsaftalen gældende jf. AFTL § 36, da advokaten alene bistod J med sin akkordordning, og der fandtes ikke bevis for, at A og B havde indgået aftale om repræsentation over for S eller, at denne advokat i øvrigt havde varetaget deres interesser i retsforholdet. At advokaten ”*følte sig som familiens advokat*”⁷⁷ kunne ikke begrunde, at dette blev påregnet appellanterne. Ligeledes fremsagde dommeren som begrundelse for frifindelse, at A og B’s økonomi var beskedent, de var ældre mennesker, havde alene en friværdis på 5-600.000 kr., og S havde ikke spurgt nærmere ind til deres økonomi, inden stiftelsen af kautionsaftalen fandt sted. Selv hvis ægteparret solgte deres hus, ville de efterfølgende have gæld til S, hvilket fremtidige indtjeningsmuligheder ikke ville kunne afhjælpe. Herved lagde dommeren vægt både på den høje risiko forbundet med kautionen og fordringens størrelse i forhold til kautionisternes økonomi, hvilket dommeren mente, dannede grundlag for et misforhold. Et misforhold som pengeinstitutter, i følge pengeinstitutternes etiske regler fra midten af 1990’erne, ikke burde medvirke til og være tilbageholdende overfor. Endvidere blev der i begrundelsen inddraget god skik bkg. § 17, stk. 1 (nu § 22, stk. 1). Selvom denne ikke var gældende ved aftalens indgåelse, så burde S have set, at kautionen på oprindelig 875.000 kr., og efterfølgende

⁷⁷ U 2007.1988 V, side 9

nedsat til 750.000 kr., stod i direkte misforhold både til appellanternes aktuelle formue og de fremtidige indtjeningsmuligheder for det ældre par.

Landsretten stadfæstede således byrettens afgørelse med stemmerne to mod en og gav derved ikke A og B mulighed for en tilsidesættelse af selvskyldnerkautionsforpligtelsen jf. AFTL § 36. Procesbevillingsnævnet gav dog den 28. november 2007 tilladelse til at anke dommen til Højesteret.

9.4 Højesterets afgørelse U 2010.1628 H

9.4.1 Anbringender

I Højesteret påstod ægteparret A og B frifindelse. S påstod over for Højesteret stadfæstelse af afgørelsen fra landsretten, eller subsidiært at A og B skulle betale et mindre beløb end kautionsfordringen med 9,5 procent rente fra ultimo maj 2003.

Indstævnte S gjorde supplerende gældende for Højesteret, at denne fik sikkerhed for kautionsforpligtelsen i A's ejendom ved et tinglyst ejerpantebrev på 600.000 kr. Afslutningsvist gjorde S i sine anbringender for Højesteret gældende, at en skønærklæring fra 2008 fastsatte A's hus til en kontantpris på 675.000 kr. i 2001 og 1,2 mio. kr. i 2008, hvilket ville indbringe et provenu ved salg i 2001 på ca. 350.000 kr. og et salg i 2008 ca. 1,1 mio. kr.

9.4.2 Begrundelse og resultat

S bevilgede ultimo februar 2001 J et lån på 1,5 mio. kr. til en akkordordning samt en kassekredit, hvor kreditrammen udgjorde 250.000 kr. S fik som sikkerhed for engagementet henholdsvis pant i gården til en værdi af 5,6 mio. kr., en privat kautionsforpligtelse stillet af forældrene A og B på 750.000 kr. samt et ejerpantebrev i A's hus på 600.000 kr., som sikkerhed for kautionen. S foretog som nævnt i byretten og landsretten ikke tiltag til nærmere undersøgelse af A og B's økonomi.

Højesteret begrundede afgørelsen med, at A og B på eget initiativ ville hjælpe J og blev ved forhandlingerne om afgivelse af kautionsforpligtelsen bistået af en advokat. Endvidere blev afgørelsen begrundet med, at A og B havde et dybtgående kendskab til

J's økonomiske situation, samt de forudsætninger der var for en rentabel drift fremadrettet og usikkerheden herved. A og B var af S blevet vejledt om risikoen ved kautionen, og at denne kunne blive aktuel grundet risikoen forbundet med engagementet.

S opsagde kreditten i april 2003, og gården blev efterfølgende solgt på tvangsauktion, hvilket ikke dækkede lånet og kassekreditten i S. Højesteret lagde ligeledes til grund, at A og B var blevet informeret løbende om kassekreditens udvikling og havde givet samtykke dertil. Ud fra en vurdering af sagens omstændigheder tiltrådte Højesteret byrettens bevisbedømmelse om, at A og B ville hjælpe uanset J's økonomi og den løbende informationen fra S om kredittens udvikling og risiko.

Ved spørgsmål om hvorvidt Højesteret kunne tiltræde en påstand om hel eller delvis tilsidesættelse af kautionsforpligtelsen på 750.000 kr. jf. AFTL § 36 bemærkes, at kautionen var en privat kaution over for et pengeinstitut og blev stillet for at dække en erhvervsmæssig gæld for et familiemedlem. Kautionen bemærkes at skulle sikre et realkreditlån på 1,5 mio. kr., en kassekredit på op til 250.000 kr. samt sikre fremtidig gæld til S. Risikoen ved engagementet blev løbende øget grundet udvidelsen af kassekreditten og senere realiseret med et træk på 1,4 mio. kr. Endvidere bemærkede Højesteret det misforhold, som gjorde sig gældende ved stiftelsen af kautionen mellem kautionens omfang og kautionisternes beskedne økonomi. Også A og B's alder, deres indtjening, hvor B var ufaglært og A på efterløn, samt den begrænsede formue blev bemærket, samt det faktum, at formuen var begrænset til A's hus.

Afslutningsvist bemærkedes, at ud fra syn og skøn ville parcelhuset kunne have indbragt et provenu på ca. 350.000 kr. i 2001, og der var ikke realistiske forventninger om, at A og B ville kunne indfri et kautionssløfte på 750.000 kr. hverken ved den aktuelle eller fremadrettede økonomiske formåen. Højesteret fandt ud fra sagens samlede omstændigheder, at det ville være urimeligt at gøre forpligtelsen på 750.000 kr. gældende for A og B jf. aftalelovens § 36. Ud fra den samlede bedømmelse blev forpligtelsen dermed til 350.000 kr.

9.5 Behandling af afgørelsernes resultater

Problemstillingerne i afgørelserne var, at kautionisterne A og B på den ene side var blevet fyldestgørende informeret om både kaution, det risikobetonede engagement og hovedmandens øgede kredit, men på den anden side havde stillet sikkerhed for et beløb som langt overgik deres økonomiske formåen grundet deres begrænsede indtægter og en beskeden formue. Dette har været en gentagende problematik i aftaleforholdet mellem private kautionister og pengeinstitutter, da kautionisterne, ofte bestående af familiemedlemmer, ønskede at hjælpe deres børn eller lignende og dermed underskrev en aftale om at stille kaution uden at have den fornødne likviditet, hvis kautionen skulle blive aktuel.

Landsretten stadfæstede i denne sag afgørelsen fra byretten, hvorimod Højesteret kom frem til et andet resultat i henhold til problemstillingen om, hvorvidt kautionisterne var bundet af deres løfte eller disse kunne opnå hel eller delvis tilsidesættelse heraf, hvis løftet stod i misforhold til beskyttelseshensynet af forbrugerne over for pengeinstituttet. I tidligere praksis fra domstolene og PIA ville forbrugerne været blevet bundet af deres kautionssløfte, både i henhold til begrænsede kautionssfordringer, gammel gæld og ubegrænsede alskyldserklæringer, hvis pengeinstitutterne havde givet en fyldestgørende rådgivning, og kautionisterne samtidigt havde været velvidende om, hvad kautionssforpligtelsen indebar. Dette gjorde sig eksempelvis gældende i ovennævnte sager fra PIA 515/2008 og 155/2011, hvor kautionisterne blev bundet af løftet stiftet for gammel gæld, da de udtrykkeligt var oplyst herom af pengeinstituttet. Undtagelserne hertil fandtes, hvor anden lovgivning eksempelvis værgemålloven havde gjort sig gældende over for umyndige, psykisk syge eller andre forhold, som ovenfor nævnt.

Det havde fra 2002, som det fremgik af god skik bkg. og den fælles holdning fra Finansrådet og Forbrugerrådet, været hensigten, at forbrugerne fik en øget beskyttelse ved stiftelse af private kautioner over for pengeinstitutterne. Reglerne var som nævnt ikke lovregler, men anvisninger til hvorledes pengeinstitutterne skulle behandle deres kunder. Samtidigt var der ingen sanktionsmuligheder forbundet med reglerne for private kautionister, men hvor der fandtes belæg for urimelighed i aftalen mellem parterne, ville aftalelovens regler kunne tilsidesætte en aftale helt eller delvist, jf. AFTL § 36.

I en given sag ville det dermed altid være en vurdering af sagens omstændigheder, der blev det afgørende i afgørelsen fra en instans. Ved byretten og landsretten fandt man i den konkrete sag ikke argumenter for at gøre en hel eller delvis tilsidesættelse af kautionsforpligtelsen gældende, jf. AFTL § 36. Anderledes blev afgørelsen i Højesteret, selvom pengeinstituttet havde opfyldt alle reglerne ved fyldestgørende rådgivning omkring kautionsfordringen, og givet en løbende orientering af hovedmandens økonomiske situation til kautionisterne.

Interessant var det, at denne afgørelse om delvis tilsidesættelse af kautionsforpligtelsen, jf. § 36 i AFTL blev truffet til trods for, at Højesteret vurderede, at kautionisterne uanset omstændighederne herunder risikoen for tab ville have påtaget sig forpligtelsen for at hjælpe deres søn. Et forhold som Nina Dietz Legind kommenterede på i 2003 i henhold til, hvorvidt manglende oplysning kunne føre til lempelse af en kautionsforpligtelse. Hun mente, det blandt andet måtte afhænge af, i hvilket omfang kautionisten var bekendt med indholdet og risikoen ved forpligtelsen. Ligeledes mente hun, at det var afgørende, hvorvidt en privat kautionist ville have påtaget sig forpligtelsen, hvis der var givet den korrekte information.⁷⁸ Dette underbyggedes af Hans Viggo Pedersen, som mente, at hvor pengeinstituttet kunne godtgøre, at fyldestgørende oplysninger ikke ville have afholdt kautionisten fra at indgå kautionsforpligtelsen, så kunne der ikke ske hel eller delvis tilsidesættelse af forpligtelsen, hvilket han påpegede, stemte overens med PIA's praksis.⁷⁹

Afgørelsen U 2010.1628 H udvidede hermed en tidligere forståelse af og praksis om, hvornår forbrugere kunne gøre indsigelser efter AFTL § 36 gældende. Og gjorde det fremadrettet muligt, at få tilsidesættelse af en privat kautionsforpligtelse, selv hvor pengeinstitutterne havde levet op til reglerne om oplysningspligt, jf. de fælles regler, som er indført i LFV § 48, over for private kautionister. Også hvor disse private kautionister uanset risici ved låneengagementet fortsat ønskede at indgå en forpligtelse over for pengeinstituttet. Dette var ifølge Nina Dietz Legind og Hans Viggo Pedersen ikke praksis i 2003, men blev praksis i 2010 ud fra en kautionsforpligtelse stiftet i 2001.

⁷⁸ Nina Dietz Legind, "Bedre vilkår for private kautionister", side 277

⁷⁹ Nina Dietz Legind, "Bedre vilkår for private kautionister", side 279

Højesteretsdommen U 2010.1628 H delvise tilsidesættelse af en kautionsforpligtelse, gav ikke blot grundlag for udvidet praksis ved domstolene og herunder PIA, men også et mere vidtgående beskyttelseshensyn, jf. fortolkningen af AFTL § 36 om urimelighed, end tidligere. Forbrugerne kom derved til at stå stærkere over for pengeinstitutterne end tidligere, hvilket blev begrundet ud fra et misforhold, som kunne tænkes at være blevet vurderet ud fra det, der fra 2002 fremgik af god skik bkg.

Det kunne tyde på, at spørgsmålet om hvor vidtgående god skik bkg.'s beskyttelse af forbrugerne fremadrettet kunne fortolkes, når den civilretlige sanktionering krævede hjemmel i AFTL § 36, kunne findes i afgørelsen fra 2010. Her blev en delvis tilsidesættelse gjort gældende for at beskytte de private kautionister, som havde lave indkomster og minimal formue ved stiftelsen af en kautionsforpligtelse. Afgørelsens resultat var i hvert fald mere vidtgående end tidligere praksis i henhold til kautionsfordringer og disses urimelighed, jf. AFTL § 36.

Aftalelovens § 36 er generalklausulen for aftaler, og har følgende ordlyd:

§ 36. *”En aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler. Stk. 2. Ved afgørelsen efter stk. 1 tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder.”*⁸⁰

Heraf fremgår det, at når retten i afgørelser sanktionerer urimelighed grundet misforhold eller andre omstændigheder, jf. AFTL § 36, kan resultatet dermed både medføre ugyldighed, hvor hele aftalen vil blive tilsidesat eller partiel ugyldighed, hvorved kun det urimelige i den pågældende aftale vil blive tilsidesat. I afgørelsen fra Højesteret blev der ud fra omstændighederne imidlertid kun vurderet, at der kunne gøres en partiel tilsidesættelse gældende over for pengeinstituttet.

Endvidere dannede afgørelsen grundlag for at stille yderligere spørgsmål i henhold til andre problemstillinger inden for privat kaution. Når en delvis tilsidesættelse jf. AFTL §

⁸⁰ LBK nr. 781 af 26/08/1996, Aftaleloven

36 kunne finde sted under overnævnte omstændigheder, hvor vidtgående kunne fortolkningen af misforhold så blive.

Fra 2002 fremgik det af god skik bkg. § 22, stk. 1, at et pengeinstitut ikke måtte medvirke til ydelse af lån, hvor ”... *kautionen stod i misforhold til kautionistens økonomi*”. Dette stillede et krav til pengeinstitutterne om at foretage en kreditvurdering af forbrugerne, inden der kunne vurderes eller klarlægges et eventuelt misforhold. Det blev ikke præciseret nærmere af § 22, hvad der mentes med misforhold. Dette måtte derved bero på en vurdering fra domstolene, ud fra en antagelse af, om den pågældende kautionist kunne fyldestgøre sin forpligtelse eller ej, hvis dette blev aktuelt. Fyldestgørelsen af forpligtelsen skulle dog kunne ske uden det medførte, at kautionisten mistede muligheden for at opretholde sit hjem eller erhverv. Indtil 2010 var der dog ingen afgørelser, der muliggjorde en lempelse af kautionsforpligtelser med udgangspunkt i kautionistens økonomi.⁸¹

Med Højesteretsdommen U 2010.1628 H blev misforholdet mellem kautionisternes økonomi og forpligtelsens størrelse dermed for første gang i dansk ret det afgørende i vurderingen af, hvorvidt der kunne ske delvis tilsidesættelse af aftalen jf. AFTL § 36. Og dermed blev misforholdet vægtet højere i vurderingen om aftalens urimelighed jf. AFTL § 36, end den fyldestgørende oplysning, som havde fundet sted både inden og under stiftelsen af kautionsforpligtelsen.

For det andet gav afgørelsen grundlag for at stille spørgsmålstegn ved anvendelsen af den vidtgående kautionsform alskyldserklæringer. Kunne denne kautionsform fortsat gøres gældende efter U 2010.1628 H, når en kautionsforpligtelse ikke måtte stå i misforhold til kautionistens økonomi. Eller ville det som med tidligere praksis fortsat være muligt at gøre en alskyldserklæring gældende, når kautionisten blot var velinformeret og kendte til risici forbundet hermed, når selv en begrænset alskyldskautionsform ville kunne komme til at stå i misforhold til kautionistens økonomi. Og endvidere foreskrev Højesteret i afgørelsen U 2010.1628, at misforholdet tog sit udgangspunkt i kautionisternes økonomi ved aftaleindgåelsen, hvilket måtte stille endnu højere krav til forpligtelsens beløb ved alskyldserklæringer, hvis løftegivende privat kautionist skulle kunne blive bundet heraf.

⁸¹ Bankjura, side 423

Tidligere var kautionsoverområdet ikke præget af lovgivning, men der blev med bestemmelserne i BSL § 41a fra 2002 indført en regulering heraf, og fra 2003 blev disse overflyttet til LFV § 48. Med bestemmelserne kom der en øget forbrugerbeskyttelse ved kaution uden for erhvervsforhold, heriblandt en bestemmelse, som fremover kun gjorde det muligt at hæfte for lånets hovedstol eller kredittens maksimum, hvilket blandt andet satte begrænsning for de tidligere anerkendte og byrdefulde alskyldserklæringer, som omfattede al skyld mellem hovedmanden og kreditor. Blev området med alskyldskautions efter afgørelsen fra 2010 skærpet yderligere gennem den skærpende domspraksis, jf. fortolkningen af AFTL § 36 med udgangspunkt i god skik bkg. § 22 om misforhold.

10. Beskyttelseshensynet til private kautionister

I 1989 fik pengeinstitutterne sin første henstilling fra PIA's daværende formand om at udvise mere tilbageholdenhed i forhold til kautionister, som var ældre familiemedlemmer med beskedne indtægter. Dette havde tilsyneladende ikke en effekt på pengeinstitutterne, og derved blev henstillingen gentaget i årsberetningen fra den efterfølgende formand i ankenævnet, Peter Blok, som i PIA's årsberetning fra 1999 udtaler, at klagerne har været betydelige gennem alle årene. Gennemslagskraften kom derved, ifølge Ulla Nørby, først med de nye lovregler og aftalen mellem Forbrugerrådet og Finansrådet i 2002.⁸²

Den manglende beskyttelse, mente Ulla Nørby, var baggrunden for de alvorlige konsekvenser, som private kautioner havde haft gennem mange år, hvor folk havde mistet alt, hvad de ejede, trods det at de ikke anede, hvilket løfte de reelt underskrev eller omfanget heraf.⁸³

Anderledes forholdt det sig med kautionisterne i U 2010.1628 H, som var fuldt klar over, hvilket løfte de havde underskrevet i 2001, da de både fra pengeinstituttet og kautionisternes egen advokat modtog en fyldestgørende rådgivning før og under

⁸² Ulla Nørby, "Belåning", side 2

⁸³ Ulla Nørby, "Belåning", side 1

kautionsaftalens underskrivelse, men alligevel fik berettigelse til nedsættelse af deres kautionsforpligtelse ved Højesteret.

Desuden fremhævede Ulla Nørby, at klageadgangen gennem årene havde været en problemstilling i henhold til privat kaution, da muligheden primært havde været indbringelse for PIA, men som udgangspunkt havde mange kautionister været bundet af deres løfte. Hos domstolene var proceduren langt mere omfattende og byrdefuld og uden en garanti for at vinde sin sag.⁸⁴

Disse problemstillinger blev i en vis udstrækning imødekommet gennem afgørelsen i 2010, hvor beskyttelseshensynet af de private kautionister blev skærpet, og domspraksis understregede, at det ikke længere var rimeligt, at der forelå misforhold mellem kautionsforpligtelser og kautionisternes økonomi. Endvidere var det en afgørende faktor, at afgørelsen netop blev truffet hos domstolene, hvor retskildeværdien var højere end anbefalinger fra et ankenævn havde været. Ydermere var det væsentligt for sagens værdi, at den via Procesbevillingsnævnets tilladelse blev anket til Højesteret, da både byretten og landsretten kom frem til en anden afgørelse end rettens højeste instans.

Havde det ikke været tilfældet, var A og B's mulighed for en tilsidesættelse af selvskyldnerkautionsforpligtelsen ikke blevet godkendt, jf. AFTL § 36, og derved var beskyttelseshensynet ikke blevet skærpet. En skærpelse som måtte siges at gavne de pågældende private kautionister i U 2010.1628 H, men også en skærpelse som ville kunne få værdi fremadrettet for beskyttelseshensynet til private kautionister.

Samtidigt argumenterede Ulla Nørby for, at de nye regler fra 2002 gav private kautionister større sikkerhed end tidligere. Dette begrundede hun i den skærpede informationspligt, som skulle finde sted både inden stiftelsen og under kautionsaftalen blandet andet med udgangspunkt i aftalen indgået mellem Forbrugerrådet og Finansrådet. Så hvor de private kautionister ifølge Ulla Nørby tidligere stod svagt over for pengeinstitutterne, så pegede de nye regler i retning af en skærpet beskyttelse.⁸⁵ Og desuden blev endnu et skridt i retningen af øget beskyttelse foretaget med U 2010.1628 H. Et skridt til gavn for forbrugerne og skade eller måske nærmere en opstramning for

⁸⁴ Ulla Nørby, "Belåning", side 1

⁸⁵ Ulla Nørby, "Belåning", side 1

pengeinstitutterne, som ikke blot kunne nøjes med at give fyldestgørende oplysninger i henhold til privat kaution fremadrettet, men også skulle foretage en kreditvurdering hos mulige kautionister og derved sikre, at disse kunne løfte den økonomiske ”byrde”, som kunne blive aktuel ved hovedmandens misligholdelse af sin låneforpligtelse.

Oplysningspligten kunne synes, at komme til at blegne lidt i hele argumentationen for misforholdet i U 2010.1628 H, da dette kunne betegnes som et nyt argument til de private kautionisters fordel, men netop oplysningspligten var også et afgørende forhold ikke mindst i byretten og landsrettens afgørelse, men i særdeleshed også ved afgørelsen fra Højesteret. I byretten og landsretten fik pengeinstituttet grundet sin fyldestgørende information til kautionisterne før og under aftaleforholdet medhold i, at forpligtelsen kunne gøres gældende. Forholdet blev ligeledes gjort gældende i Højesteret, dog vægtedes beskyttelseshensynet i forhold til misforholdet til kautionisternes økonomi højere, men dog kun ved en partiel tilsidesættelse.

Med udgangspunkt i afgørelsernes anbringender og resultater kunne meget tyde på, at en manglende overholdelse af oplysningspligten havde givet en hel tilsidesættelse af forpligtelsen, men det faktum at pengeinstituttet havde givet fyldestgørende oplysning, ikke mindst om risikoen ved engagementet, gav kun belæg for en tilsidesættelse af det urimelige ved kautionsaftalen, jf. AFTL 36.

Både reglerne om god skik for finansielle virksomheder og lovændringerne med implementeringen af fællesholdningsaftalen fra Finansrådet og Forbrugerrådet trådte først i kraft efter kautionsforpligtelsen var underskrevet af A og B. Man kunne dog ud fra afgørelsernes resultat, ikke mindst afgørelserne fra landsretten og Højesteret, fristes til at formode, at disse regler trods alt kunne have spillet en vis rolle i dommernes vurderinger, om ikke andet, så pegede argumenterne for misforholdet i Højesterets afgørelse i retning af god skik bkg. § 22. En enkelt dommer i landsretten nævnte også bekendtgørelsen om god skik i sin begrundelse for tilsidesættelse jf. AFTL § 36, men stemmeflertallet på to dommere stadfæstede byrettens afgørelse.

10.1 Fortolkningen af 'misforhold'

Misforholdet i kautionsforpligtelsen blev det udslagsgivende argument ved begrundelsen for en delvis tilsidesættelse i U 2010.1628 H. Og dette til trods for at kautionisterne var bekendt med hovedmandens økonomi og det risikobetonede engagement, som kautionen skulle stille sikkerhed for, som med stor sandsynlighed kunne blive aktuel. Desuden blev det i landsretten gjort gældende, at havde J fulgt anvisningerne i budgettet fra S vedrørende låneengagementet, kunne det ikke afvises, at A og B's kaution ikke var blevet en realitet, og dette burde efter landsretten vurdering ikke skade S.

Disse omstændigheder ændrede ifølge Højesteret ikke på, at der bestod et misforhold ved kautionsforpligtelsen, ved at kautionisterne havde stillet sikkerhed for 750.000 kr., og kautionen blev endvidere sikret ved pant i kautionisternes ejendom ved et ejerpantebrev på 600.000 kr. Det blev i Højesteret bedømmelse tillagt stor værdi, at kautionisternes friværdi i huset kun blev skønnet til ca. 350.000 kr. i 2001, og dette beløb udgjorde kautionisternes samlede formue. Heraf et misforhold mellem kautionsfordringen og kautionisternes formue på 400.000 kr. Derudover blev det gjort gældende, at de var ældre, og den ene kautionist var på efterløn, mens den anden arbejdede som ufaglært til en timeløn på 95 kr. Kautionisterne blev med udgangspunkt i disse omstændigheder ikke vurderet til at have en reel mulighed for at fremskaffe eller afdrage de resterende 400.000 kr., som heraf fremkom som det urimelige beløb ved aftalen.

Højesterets resultat blev derfor, at det ville være urimeligt, at gøre kautionsløftet gældende for et beløb højere end kautionisternes friværdi/formue, jf. AFTL § 36. Og havde bekendtgørelsen om god skik været gældende på kautionstidspunktet, havde Højesteret formentlig støttet sin afgørelse på retskildens § 22. Væsentligt for afgørelsen er det ligeledes, at det var friværdien på kautionstidspunktet, som blev lagt til grund i vurderingen fra Højesteret. Skønserklæringen, som dannede belæg for Højesterets dom, fastslog nemlig at parcelhuset havde en friværdi i 2001 på ca. 350.000 kr., men fastslog også at friværdien i 2008 udgjorde 1,1 mio. kr. Det faktum at friværdien, og dermed kautionisternes formue, var steget markant fra kautionstidspunktet til afgørelsen i

Højesteret fandt sted, gav ifølge Højesteret ikke pengeinstituttet ret til at gøre kravet på 750.000 kr. gældende over for kautionisterne.

10.2 Problematikken ved alskyldserklæringer

Alskyldserklæringer har gennem en årrække været et omdiskuteret emne grundet sin vidtgående sikkerhedsstillelse, hvor en privat kautionist ikke blot stiller sikkerhed for en bestemt fordring eller et begrænset beløb eller lignende, men enhver skyld, som måtte komme mellem hovedmanden og pengeinstituttet både nuværende og fremtidig. Tilbage i 1950 antog Ussing, at en part ikke kunne være bundet af et overraskende vilkår, som ville være til væsentlig ugunst for parten. Vilkåret skulle altså være kendt eller fremhævet for at gøre sig gældende. Han henviste til, at princippet herom også blev anvendt i lejelovens § 5 *”hvor lejeaftalen indgås ved brug af blanketter, da skal vilkår, der pålægger lejeren større byrder eller giver lejeren mindre rettigheder end lejelovens udgangspunkt, være fremhævet for at være gyldige”*.⁸⁶

Hele problematikken i forhold til kaution og privat kaution var i mange år manglende lovregulering. Derved var aftalerne alene reguleret af de almindelige aftaleretlige regler, herunder AFTL §§ 36 og 38c. Og både hos PIA og domstolene var der i årenes løb afsagt domme, som fastslog, at private kautionisters alskyldserklæringer over for pengeinstitutterne var forenelige med principperne i aftaleloven.⁸⁷ Først i 2002 kom som tidligere beskrevet reguleringen af privat kaution for banklån, tidligere BSL § 41, nu videreført i LFV § 48. Loven regulerede en række forhold i henhold til privat kaution, men LFV § 48, stk. 4 henvendte sig konkret til området alskyldserklæringer og havde følgende ordlyd: *”en kautionist kan ikke hæfte for et større beløb end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionsaftalens stiftelse”*.

Bestemmelses ordlyd blev dog omdiskuteret, og eksempelvis udtalte Peter Blok i et notat til Finansrådet i 2002, at han ved bestemmelsens stk. 4 forstod, at denne udelukkede alskyldserklæringer.⁸⁸ Ligeledes påpegede Erik Werlauff samme år, at forpligtelsen med reglerne fra 2002 var begrænset til lånets hovedstol eller kredittens

⁸⁶ Michael Bjerg Hansen, ”Alskyldserklæringer i privat kaution”, side 169

⁸⁷ Michael Bjerg Hansen, ”Alskyldserklæringer i privat kaution”, side 170

⁸⁸ Michael Bjerg Hansen, ”Alskyldserklæringer i privat kaution”, side 170

maksimum. Derved burde pengeinstitutterne ikke fremover anvende ubegrænset kaution eller alskyldskautions.⁸⁹ Endvidere beskrev tidligere kontorchef hos Finansrådet Christian Brandt, den omfattende problematik i henhold alskyldserklæringer ved private kautioner, men påpegede at denne form for ubegrænsede løfter nu var fortid.⁹⁰

Michael Bjerg Hansen var dog langt fra enig i disse betragtninger og mente i 2005 ikke, at synspunktet kunne støttes på bestemmelsens ordlyd, da den fortsat gjorde det muligt at kautionere for al skyld dog inden for rammerne svarende til hovedstolens lånebeløb eller kredittens maksimum.⁹¹ Dette underbyggede han blandt andet med udgangspunkt i forarbejderne til bestemmelsen, som foreskrev: ”bestemmelsen sætter således også en begrænsning på anvendelsen af alskyldserklæringer”⁹² Lovændringerne havde ifølge Michael Bjerg Hansen dermed kun medvirket til at begrænse den meget kritisable kautionsform, hvorved kautionisten ikke kunne forudse omfanget af forpligtelsen ved afgivelsen af løftet.⁹³

Ifølge praksis fra PIA blev der i nogle sager tilsidesat løfter om alskyldserklæringer, selvom flere objektive omstændigheder havde underbygget, at der var kautioneret for al skyld mellem hovedmanden og pengeinstituttet - mens andre sager ikke lempede hæftelsen. Det afgørende i kendelserne havde været, under hvilke omstændigheder løftet blev afgivet. Og udgangspunktet var, jf. PIA's praksis, at pengeinstitutterne blev pålagt bevisbyrden for, at erklæringer om alskyld var gyldigt vedtaget, til tider en næsten uløftelig bevisbyrde. Michael Bjerg Hansen mente, at PIA's krav til vedtagelsen af alskyldserklæringer afhang af, hvorvidt en hæftelse i den givne situation var rimelig eller ej, ud fra de omstændigheder under hvilket kautionsløftet var afgivet. Jo mere byrdefuld og uforudsigeligt aftalevilkårene var, jo større krav burde der stilles til løftets vedtagelse.⁹⁴

En lempelse eller tilsidesættelse af alskyldserklæringer kunne altså forekomme ved den tredelte prøvelse, som aftalevilkårene normalt var underlagt. Var vilkårene gyldigt aftalt, skulle der gennem fortolkning ændres i byrdefulde eller uforudsigelige elementer

⁸⁹ Erik Werlauff, ”Bedre tider for kautionister”, side 3

⁹⁰ Ulla Nørby, ”Belåning”, side 1

⁹¹ Michael Bjerg Hansen, ”Alskyldserklæringer i privat kaution”, side 170

⁹² Folketingstidende, 2001-2002, tillæg A, bind VII, side 4848

⁹³ Michael Bjerg Hansen, ”Alskyldserklæringer i privat kaution”, side 170

⁹⁴ Michael Bjerg Hansen, ”Alskyldserklæringer i privat kaution”, side 173

i vilkårene, jf. AFTL § 38 b eller ske hel eller delvis tilsidesættelse af vilkårene jf. AFTL § 36, jf. § 38 c. Det kunne umiddelbart være svært at tage udgangspunkt i andet end vedtagelsen af kautionssløftet, når det kom til PIA's muligheder for at skabe rimelige løsninger for parterne.⁹⁵

Michael Bjerg Hansens kritik i henhold til privat kaution for pengeinstitutter gik dermed på, at beskyttelsen af kautionisterne haltede alvorligt sammenlignet med forbrugerbeskyttelsen på andre områder. Og han mente, at der var behov for en ny og opstrammende lovregulering, som tilgodeså forbrugerne i forhold til pengeinstitutterne.⁹⁶

Alskyldserklæringerne blev altså ikke forbudt eller frarådet i forarbejderne til LFV § 48, stk. 4, men gav nogle rammer, som begrænsede anvendelsen, hvilket måtte siges, at kunne være et tiltag i den rigtige retning, når det kom til den omdiskuterede og byrdefulde kautionsform, som savnede et beskyttelseshensyn til private kautionister. Et forhold hvor kautionisternes forpligtelser i den grad kunne komme til at stå over for et misforhold til deres økonomi og ved selvskyldnerkaution, kunne blive gjort gældende fra dag til dag, så snart en fordring var misligholdt af hovedmanden.

Ifølge afgørelsen U 2010.1648 H så var det afgørende, hvorvidt kautionsforpligtelsen stod i misforhold til kautionistens økonomi. Gælden skulle efter dennes praksis ikke blot begrænses (til hovedstolen eller kredittens maksimum jf. LFV § 48, stk. 4), men begrænses til et beløb, som tog kautionistens alder, indtjening og formue ved stiftelsen i betragtning. Denne domspraksis var dermed mere vidtgående end LFV § 48 i sin beskyttelse af private kautionister, hvilket måtte siges at imødekomme noget af den kritik, Michael Bjerg Hansen gav udtryk for i 2005.

Noget kunne type på, at pengeinstitutterne med udgangspunkt i den udvidede domspraksis fra 2010 burde sikre, at alle løfter om kaution, herunder løfter om alskyldserklæringer, fremadrettet blev stiftet i overensstemmelse afgørelsens resultat, hvis ikke en hel eller delvis tilsidesættelse skulle kunne gøre sig gældende, jf. AFTL § 36, jf. god skik bkg. § 22. De økonomiske forhold, ville jf. dommen, skulle kunne dokumentere, at der ikke forelå misforhold ved forpligtelsen, uanset om denne blev

⁹⁵ Michael Bjerg Hansen, ”Alskyldserklæringer i privat kaution”, side 174

⁹⁶ Michael Bjerg Hansen, ”Alskyldserklæringer i privat kaution”, side 171

stillet for al skyld inden for rammerne i § 48, stk. 4, gammel gæld eller et begrænset beløb ved andre kautionsformer. Alskyldserklæringerne for private kautioner blev begrænset i bogstaveligste forstand ved lovgivningen i 2002 jf. LFV § 48, stk. 4 og endvidere skærpet indirekte ved domspraksis fra 2010 jf. AFTL § 36, hvor det fandtes at være urimeligt, hvis private kautioner stod i misforhold til kautionisternes økonomi, jf. ordlyden af god skik bkg. § 22. Afgørelsen kunne vurderes til ikke kun at få betydning for beskyttelsen mod misforhold ved selvskyldnerkautioner, men et udvidet beskyttelseshensyn til gavn for alle private kautionister fremadrettet.

Disse nævnte problemstillinger i henhold til området privat kaution kunne fremkalde spørgsmålet om, hvorvidt man burde afskaffe muligheden for at stifte privat kaution. Det ville ifølge tidligere kontorchef hos Finansrådet, Christian Brandt ikke være holdbart, da *”kaution er et instrument for pengeinstituttet til at afdække sine risici, når der ydes lån. Uden kaution er der lån, som ikke vil blive ydet. Vi gør det ikke umuligt fremover at bruge privat kaution, men det bliver mere besværligt”*.⁹⁷ Nina Dietz Legind, havde heller ikke meget godt at sige om området privat kaution, men var enig med Christian Brandt i, at det i nogle situationer ikke kunne undgås.⁹⁸

Disse argumenter blev også anvendt i U 2010.1628 H, da J ikke kunne have opnået en akkordordning hos S, hvis ikke der var blevet stillet kaution for låneengagementet, da J's økonomiske forhold var forbundet med stor risiko. En risiko som S ikke ønskede at påtage sig og derved krævede kaution for en del af lånet. Havde S undersøgt A og B's økonomi nærmere og foretaget en kreditvurdering, så havde S måske foreslået, at flere kautionister var blevet inddraget i en samkaution, eller en anden form for begrænsning havde fundet sted med hensyn til forpligtelsen, så aftalen ikke var blevet så byrdefuld for, og stillet ved så stort et misforhold til A og B's økonomi, hvis en indfrielse blev aktuel. Og det havde ikke kun gavnet A og B, men også stillet bedre sikkerhed for S, som jf. afgørelsens delvise tilsidesættelse mistede 400.000 kr.

⁹⁷ Ulla Nørby, ”Belåning”, side 1

⁹⁸ Ulla Nørby, ”Belåning”, side 1-2

11.Relevant effekt

11.1 Reglerne fra 2002

Nina D. Legind mente, at aftalen mellem Finansrådet og Forbrugerrådet kunne få en effekt på sigt: ”i det omfang pengeinstitutterne oplever en forpligtelse til at efterleve de fælles regler, vil disse formentlig kunne udvikle sig til sædvaner på området”⁹⁹ - hvilket blev underbygget af Hans Viggo Godsk Pedersen.¹⁰⁰

Umiddelbart kunne reglerne lyde meget lovende for de private kautionister, som gennem årevis havde haft behov for en langt mere vidtgående information omkring kautionsforpligtelser og konsekvenserne herved, ikke mindst ved alskyldserklæringer, hvor der ikke havde været nogen form for beløbsbegrænsning og dermed store risici for familiemedlemmer med videre, som i en god sags tjeneste havde kautioneret og derved endt med at miste alt, trods beskedne indkomster eller begrænset økonomi.

Erik Werlauff påpegede dog, at dette ikke var lovregler men blot holdninger til privat kaution. Reglerne var altså ikke juridisk bindende for pengeinstitutterne, medmindre private kautionister kunne påberåbe sig svigtende forudsætninger eller urimelighed i aftalen jf. AFTL § 36. Her kunne den fælles holdning eksempelvis inddrages i defineringen af, hvad der var god skik eller rimelighed i aftalen mellem private kautionister og pengeinstitutter.¹⁰¹

Nina Dietz Legind mente, at aftalen mellem Forbrugerrådet og Finansrådet havde den effekt, at den øgede private kautionisters muligheder for få tilsidesat sine forpligtelser, når det kom til indsigelser om urimelighed, hvor den øgede oplysningsforpligtelse ikke var efterlevet, eksempelvis ved at pjecen ikke var udleveret og gennemgået.¹⁰² Dog var det væsentligt at understrege, at sanktioneringerne mod pengeinstitutterne, grundet manglende efterlevelse af oplysningsforpligtelserne, blev betinget af en række forhold, som i praksis gjorde det vanskeligt at få et kautionsansvar lempet.¹⁰³

⁹⁹ Nina Dietz Legind, ”Bedre vilkår for private kautionister”, side 276

¹⁰⁰ Kaution, side 15

¹⁰¹ Erik Werlauff, ”Bedre tider for kautionister”, side 3

¹⁰² Nina Dietz Legind, ”Bedre vilkår for private kautionister”, side 277

¹⁰³ Nina Dietz Legind, ”Bedre vilkår for private kautionister”, side 278

De fælles regler blev spået til at få stor betydning for den private kautionist, hvis pengeinstitutterne efterlevede dem, sådan lød udmeldingerne i 2002 og 2003. Og reglerne mentes, at kunne udvikle sig til sædvaner eller god skik på kautionssområdet, da pengeinstitutterne havde fået en øget oplysningspligt om kautioners risiko samt eventuelle øvrige engagementer mellem hovedmanden og pengeinstituttet. Derimod var der en del skepsis i forhold sanktioneringen ved manglende efterlevelse og den reelle beskyttelse af kautionisterne. Eksempelvis på området gammel gæld var der ikke formodning om, at de fælles regler ville medføre en videregående beskyttelse end praksis allerede gjorde gældende.¹⁰⁴

Hans Viggo Godsk Pedersen mente, at sanktionen afhang af den private kautionists forudsætninger. Kautionforpligtelsen kunne derved helt eller delvist bortfalde, hvor hovedmandens forhold afveg væsentligt fra det forudsatte jf. UfR 1994.126 V.¹⁰⁵

Med afgørelsen U 2010.1628 H blev påberåbelsen af urimelighed jf. AFTL § 36 udvidet, og dette må vurderes at have haft en positiv effekt på reglerne om privat kaution, som tidligere kun var holdninger. Gennem praksis fra højeste instans gjorde den skærpende fortolkning af aftalelovens generalklausul det muligt at sanktionere et privat kautionforhold og dette med udgangspunkt i god skik.

11.2 U 2010.1628 H - princippernes værdi

Selvom reglerne i henhold til privat kaution ikke gav mulighed for en direkte sanktionering, så tegnede både praksis fra domstolene i U 2010.1628 H og PIA's afgørelser et billede af, at betydningen af de civilretlige regler var stigende. Og U 2010.1628 H var et bevis for, at domstolene anvendte bekendtgørelserne, her god skik bkg. Den civilretlige sanktionering skete dog med hjemmel i aftalelovens regler, og som ved tidligere sager ud fra en vurdering af, om aftalen kunne erklæres urimelig, jf. AFTL § 36.¹⁰⁶ Værdien af Højesterets anvendelse af principperne i god skik bkg., fremtrådte blandt andet af PIA's kendelse 1250/2009, som henviste til et misforhold mellem kautionisternes økonomi og kautionens omfang, jf. bestemmelserne i god skik bkg., og

¹⁰⁴ Nina Dietz Legind, ”Bedre vilkår for private kautionister”, side 280

¹⁰⁵ Nina Dietz Legind, ”Bedre vilkår for private kautionister”, side 279

¹⁰⁶ Bankjura, side 543

deraf fandtes kautionsforpligtelsen urimelig, jf. AFTL § 36, jf. principperne i U 2010.1628 H.

1250/2009: I denne sag fra PIA blev det pågældende pengeinstitut bedt om at fremsende en dokumentation. Dokumentationen skulle klarlægge, at kautionisten kunne fyldestgøre kautionsforpligtelsen, hvis denne blev aktuel. Som dokumentation for sin påstand herom fremkom pengeinstituttet med en vurdering af værdien på kautionistens ejendom.

PIA udtalte efterfølgende

”Ankenævnet finder ikke, at banken har gjort tilstrækkeligt for at sikre sig, at der ikke var misforhold mellem kautionsforpligtelsen og klagerens økonomi, jf. nu § 21, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 793 af 20. august 2009 om god skik for finansielle virksomheder. Under disse omstændigheder finder Ankenævnet, at det vil være urimeligt at gøre kautionsforpligtelsen gældende, jf. aftalelovens § 36, i det omfang kautionsforpligtelsen, som klageren påtog sig i juni 2008, på det tidspunkt oversteg friværdien af hendes faste ejendom, jf. herved principperne i Højesterets dom UfR 2010.1628H. Fastlæggelse af dette beløb skal ske på grund af en sagkyndig vurdering af ejendommen.”¹⁰⁷

En tilsidesættelse af en kautionsforpligtelse fandt ligeledes sted i PIA's sag nr. 224/2010, hvor der forelå et misforhold mellem kautionisternes økonomi og forpligtelsen over for pengeinstituttet. PIA kom herved frem til følgende afgørelse:

”For så vidt angår spørgsmålet om kautionsforpligtelsens forhold til klagernes økonomi bemærker Ankenævnet, at det fremgår af klagernes årsopgørelser, at klagerne havde en beskeden indkomst samt en betragtelig gæld deres aktiver taget i betragtning. Ankenævnet finder dog, at den oprindelige kaution af 30. juli 2007 var af så beskeden størrelse [75.000 kr.], at det, selv klagernes økonomi taget i betragtning, ikke kan anses for urimeligt at fastholde denne. Derimod finder Ankenævnet, at kautionsforpligtelsen,

¹⁰⁷ Bilag 2

der blev påtaget den 16. oktober 2008 stod i misforhold til klagerens økonomi, og det vil således være urimeligt at gøre den gældende, jf. aftalelovens § 36.»¹⁰⁸

12.Relevant klageadgang

12.1 Ankenævnets indflydelse på lovgivning og praksis

Ifølge PIA's årsrapport fra 2013 har nævnets opgaver været at afgøre tvister mellem forbrugere og pengeinstitutter. Ankenævnet har for klagerne været et alternativ til domstolene. Gennem årene har PIA's kendelser sat præg på lovgivningen og praksis inden for det finansielle område. Eksempelvis gav tidligere formand Peter Blok i årsberetningen fra 1999 udtryk for, at daværende lovgivning i henhold til privat kaution ikke var tilstrækkelig. Peter Blok foreslog derfor et supplement til den dagældende § 41 i BSL, hvilket blev inddraget i LFV § 48, stk. 1 og 2. Ligeledes gav dette anledning til den fælles holdning, som blev udarbejdet i samarbejde mellem Forbrugerrådet og Finansrådet med virkning fra 1. januar 2002. Regler for privat kaution skulle overholdes, og endvidere skulle en informationspjece udleveres til og gennemgås med kautionister, inden stiftelse af en kautionsforpligtelse kunne gøres gældende. Efterfølgende blev størstedelen af reglerne i den fælles holdning indskrevet i LFV § 48, stk. 1-7 samt god skik bkg. § 22, stk. 1-3.¹⁰⁹

12.1.1 Ankenævnets værdi

Praksis på det finansielle område har primært haft sit udspring i PIA's kendelser, men udfordringen herved har været, at kendelserne fra ankenævnet ikke har været bindende for de finansielle virksomheder, herunder pengeinstitutterne. Selv efter ændringerne i 2010, som ovenfor nævnt, kunne pengeinstitutterne nemlig fortsat inden for en frist på 30 dage meddele ankenævnet, at de ikke ønskede at være bundet af afgørelsen. Klageadgangen har siden 1988 været varetaget af PIA, men selv efter de regler i 2002 og senere ændringen omkring ankenævnets retskraft fra 2010, så var pengeinstitutterne fortsat ikke forpligtet til at efterleve kendelserne fra ankenævnet. Dog gav den fælles

¹⁰⁸ Bilag 2

¹⁰⁹ Pengeinstitutankenævnet Årsberetning 2013, side 17

holdning principper til opstramning og samtidigt en kraftig henstilling til bankerne om at følge PIA's kendelser, hvis afgørelserne var enstemmige. Passivitet fra pengeinstituttet ville dermed give adgang til tvangsfuldbyrdelse af afgørelsen, hvorefter forbrugeren gennem fogedretten kunne få inddrevet sit krav jf. ankenævnets afgørelse.¹¹⁰

Nina Dietz Legind har givet flere argumenter for, hvorfor ankenævnets praksis ikke har en uvæsentlig værdi. For det første pegede hun på nævnets sammensætning, som derved kunne give kvalificerede vejledning i forhold til konfliktløsning mellem parter, og disse råd måtte tilskrives en forudsigelighed og ensartethed. Dernæst påpegede hun, at afgørelserne publicering på internettet, gav retsanvendere let tilgængeligt kendskab til praksis. Og endvidere burde den regelskabende rolle vægtes, da størstedelen af branchen fulgte afgørelserne.¹¹¹

Udvalget bag Rapporten i 2014 understøttede flere af de argumenter. Selvom afgørelserne ikke var bindende, men blot råd til konfliktløsningen mellem parterne, så ville det være kvalificerede råd. Dette blev ligeledes begrundet ud fra sammensætningen af ankenævnet, bestående af en ligelig repræsentation fra både pengeinstitutterne og forbrugerne og endvidere en uvildig formand eller næstformand. Samtidigt blev det antaget, at PIA fulgte sin egen praksis, og derved mente udvalget, at der blev skabt en ensartethed og forudsigelighed i dennes retsanvendelse. Værdien af kendelserne måtte i sidste ende afhænge af, hvorvidt og i hvilket omfang nævnets afgørelser blev efterlevet.¹¹² Ifølge højesteretsdommer Vibeke Rønne, nuværende formand for PIA, vil det være ankenævnets mål, at kendelserne vil nå til samme resultatet som domstolene, hvor grundlaget i sagerne tager udgangspunkt i det samme.¹¹³

Lovgivningen blev opstrammet i 2002 blandt andet med henblik på at fastlægge en mere klar retstilstand og øget retssikkerhed. Og reglerne om god skik skulle, jf. L 173, sikre en rimelig behandling af forbrugerne samt et velfungerende finansielt marked. Den efterfølgende retspraksis, senest i U 2010.1628 H, opstrammede området for beskyttelsen af private kautionister yderligere. Spørgsmålet er, hvad næste skridt i

¹¹⁰ Bankjura, side 157

¹¹¹ Bankjura, side 158

¹¹² Rapport, side 23

¹¹³ Rapport, side 23

retningen mod at sikre beskyttelseshensynet til private kautionister er, når der samtidigt skal tages hensyn til det finansielle marked. Dette giver et udvalg nedsat af Erhvervs- og Vækstministeren et bud på i en rapport fra 2014.

13.Forslag til opstramning af de forbrugerbeskyttende regler

Med udgangspunkt i et regeringsgrundlag fra regeringen, nedsatte erhvervs- og vækstministeren et udvalg, som skulle udarbejde en rapport med udgangspunkt i erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter, herunder kaution. Formålet var, at sikre de danske forbrugere de bedste forudsætninger for god rådgivning og øge forbrugernes tillid til pengeinstitutternes rådgivning, hvilket i et vist omfang var gennemført ved skærper og lovændringer de forgangne år. Udvalget skulle med udgangspunkt i den finansielle rådgivning give bud på initiativer, som yderligere kunne styrke beskyttelsen af forbrugerne.¹¹⁴ Rapporten gav i henhold til kaution blandt andet forslag om præcisering af § 22 i god skik bkg.

13.1 Præcisering af § 22 i god skik bekendtgørelsen

Udvalget mente, at ankenævnene og domstolene fortsat skulle have mulighed for at anvende de aftaleretlige sanktioner, når pengeinstitutter overtrådte god skik bkg., når betingelserne herfor var opfyldt. Udvalget fandt det fortsat mest optimalt, at sanktionerne blev reguleret af den eksisterende aftalelov. Hvornår en aftale kom i strid med god skik bkg. skulle afhænge af de aftaleretlige konsekvenser ud fra de danske aftaleretlige regler, jf. AFTL §§ 36 og 38c.¹¹⁵

I vejledningen til god skik bkg. fremgår det, at manglende overholdelse af disse regler ikke i sig selv medfører civilretlige konsekvenser, men at dette vil kunne have virkning på de civilretlige spørgsmål. En manglende overholdelse, ville efter sagens omstændigheder kunne indgå i vurderingen af, om det pågældende pengeinstitut havde

¹¹⁴ Rapport, side 6-7

¹¹⁵ Rapport, side 17

handlet ansvarspådragende efter de erstatningsretlige regler eller om aftalen kunne tilsidesættelses helt eller delvist efter de aftaleretlige regler. Vurderingen heraf skulle fortsat pålægges de finansielle ankenævn og domstolene.¹¹⁶

Fællesholdningsaftalen fra Finansrådet og Forbrugerrådet indeholdt derimod ikke en anvisning om, hvilke konsekvenser en manglende overholdelse kunne få. Praksis fra PIA gav dog en anvisning om, at aftaler ville kunne tilsidesættes jf. AFTL §§ 36 og 38c, hvor pengeinstitutterne ikke havde overholdt reglerne.¹¹⁷ Hvorvidt kautionisten havde haft et fyldestgørende beslutningsgrundlag ville bero på en konkret vurdering, og såfremt der herskede tvivl herom, ville kautionsforpligtelsen kunne tilsidesættes. Hvis pengeinstituttet derimod ikke havde informeret om de anførte oplysninger, vil det som udgangspunkt ikke give kautionisten et forsvarligt beslutningsgrundlag om kautionsløftet, og kautionsforpligtelsen ville derfor skulle tilsidesættes¹¹⁸

I sager hvor en kautionsforpligtelse stod i misforhold til kautionistens økonomi, jf. god skik bkg. § 22, stk. 1, ville forpligtelsen ifølge praksis kunne blive nedsat efter AFTL § 36. Udvalget nævnte i den forbindelse, U 2010.1628 H, som værende den ledende dom på området.¹¹⁹

En sanktionering af den eksisterende § 22, stk. 1, ville fastslå, at kautionsforpligtelser, som stod i misforhold til kautionisters økonomi, fremover ikke kunne gøres gældende over for pengeinstitutterne. Og dette ville udgøre en stramning i forhold til U 2010.1628 H. Derved ville ikke blot retspraksis, men bestemmelsen udtrykkeligt fastslå, at der alene skulle vurderes på, om et misforhold mellem forpligtelsens størrelse og kautionistens økonomi forelå, for at kautionen kunne tilsidesættes.¹²⁰ Udvalget foreslog derfor, at § 22, stk. 1, skulle overflyttes til § 48 i LFV, som et nyt stykke 3, og fik følgende ordlyd:

¹¹⁶ Rapport, side 23

¹¹⁷ Rapport, side 26

¹¹⁸ Rapport, side 69

¹¹⁹ Rapport, side 69

¹²⁰ Rapport, side 71

”Stk. 3. En aftale om en kautionsforpligtelse kan tilsidesættes helt eller delvist, hvis den står i misforhold til kautionistens økonomi.”¹²¹

Ved vurderingen af om der forelå et misforhold til kautionistens økonomi, burde denne foretages både med baggrund i kautionistens formue og betalingsevne ved kautionstidspunktet. Undtagelsesvis kunne der tages hensyn til efterfølgende ændringer i kautionistens økonomiske forhold. Eksempelvis ville formueforøgelser inden for rimelig tid kunne indgå. Vedrørte kautionen kautionister med beskedne indtægter, mente udvalget, at der kun burde lægges vægt på formueforholdene. Anderledes kunne det forholde sig ved kautionister med højere indtægter eller ved forventninger om indtægtsstigninger, her burde de fremtidige økonomiske forhold også indgå i vurderingen. Misforholdet skulle endvidere vurderes ud fra kautionistens reelle risiko forbundet med kautionsforpligtelsen, hvor eventuelle sikkerheder i form af pant eller andet kunne tillægges værdi.¹²²

Forslaget om en ny § 48, stk. 3, ville dermed blive en særlig urimelighedsregel i forhold til privat kautioner, hvor der var misforhold til kautionisters økonomi. Udvalget understregede dog, at generalklausulen i AFTL § 36 forsat kunne anvendes i øvrige forhold med hensyn til kautionsforpligtelser.¹²³

13.2 Manglende årlig underretning

Endvidere tog udvalget stilling til LFV § 48, stk. 7 og § 22, stk. 3 i god skik bkg. om den årlige underretningspunkt ved kautionsforpligtelser og konkluderede, at i henhold til den årlige underretning om størrelsen på den kautionssikrede fordring jf. LFV. § 48, stk. 7 og god skik bkg. § 22, stk. 3 havde udvalget overvejet, hvorvidt manglende underretning skulle sanktioneres med straf, da reglen ikke tidligere havde været strafsanktioneret. Konklusionen herpå blev, at det ikke var hensigtsmæssigt at strafsanktionere, dog kunne påtaler og påbud være sanktioneringsredskaber ved pengeinstitutters systematiske undladelser af den årlige underretning.

¹²¹ Bilag 1

¹²² Rapport, side 71-72

¹²³ Rapport, side 72

13.3 Pengeinstitutternes erstatningsansvar for tab ved rådgivning

Det var ligeledes udvalgets opfattelse, at der i henhold til god skik bkg. burde indføres en ny bestemmelse, som fastlagde, at pengeinstitutternes overtrædelse af god skik reglerne blev tillagt betydning, når det skulle vurderes, hvorvidt det pågældende pengeinstitut ifaldt erstatningsansvar. Eksempelvis med en bestemmelse som svarede til markedsføringslovens § 20, stk. 2¹²⁴: ”*Handlinger i strid med loven pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler.*”¹²⁵

Dog kunne overtrædelser af de offentligretlige regler allerede blive tillagt betydning ved vurderinger af, hvorvidt pengeinstitutterne blev pådraget erstatningsansvar. Dermed ville en sådan bestemmelse med udgangspunkt i gældende ret fra rets- og ankenævnspraksis kunne blive overflødig. De offentligretlige regler havde dog som udgangspunkt ikke haft betydning i henhold til vurderingen af erstatningsansvar på området. Og først i nyere praksis var culpavurderingen blevet inddraget hos PIA og Højesteret, når det gjaldt området for overtrædelse af offentligretlige regler. Dermed kunne en ny lovregel videreføre de seneste års praksis og skabe klarhed i retstilstanden fremadrettet. Udvalget mente, at reglen reelt ville øge forbrugerbeskyttelsen, da offentligretlige regler faktisk ville kunne påberåbes i sager om erstatningsansvar. At bestemmelsen henviste til dansk rets almindelige regler understregede, at de almindelige erstatningsretlige betingelser om culpøs handling, tab, årsagssammenhæng, adækvat og fravær af egen skyld skulle gøre sig gældende.¹²⁶

Udvalget indstillede dermed til at indføre endnu en ny bestemmelse i LFV. Bestemmelsen skulle have følgende ordlyd:

”§ 43 a. *Handlinger i strid med regler udstedt i medfør af § 43, stk. 2, pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler*”¹²⁷

Dette var blot et udsnit af udvalgets forslag til stramninger for at sikre beskyttelsen af de private forbrugere, herunder de private kautionister over for pengeinstitutterne jf. LFV §§ 43 og 48. Opfattelsen fra udvalget var, at reglerne om privat kaution burde samles i

¹²⁴ Rapport, side 16

¹²⁵ LBK nr. 1216 af 25/09/2013, Markedsføringsloven

¹²⁶ Rapport, side 16

¹²⁷ Rapport, side 96

én lov, så reglerne derved fremgik direkte af lovgivningen. En præcisering på området, i overensstemmelse med domstolenes og PIA's praksis, ville ligeledes give kautionisterne et bedre grundlag ved vurderingen af, om de fik en fyldestgørende rådgivning, inden de afgav et kautionssløfte over for et pengeinstitut. Og udvalget mente, at præciseringen endvidere ville reducere antallet af kautionssager ved ankenævnene.¹²⁸

14. Konklusion

I 1994 blev der i et vist omfang lagt bånd på bankerne med de etiske regler i henhold til rådgivning, som også omhandlede kaution. Reglerne var ifølge praksis ikke tilstrækkelige, og derved blev flere henstillinger om øget beskyttelse fra kritikere og PIA først imødekommet med fællesholdningsaftalen, god skik bkg. og BSL § 41 a, nuværende LFV § 48. Dog var dette kun regler eller holdninger til et øget beskyttelseshensyn af de private kautionister, men dog en form for begrænsning af det tidligere ulovregulerede område. Mange klagesager blev fortsat forelagt PIA, som ikke havde bemyndigelsen til at sanktionere, men blot give henstillinger til at følge reglerne og kendelserne på baggrund af reglerne. Med 30 dages reglen i 2010 blev der igen skærpet på beskyttelsesområdet, men pengeinstitutterne kunne fortsat gøre indsigelser inden fristen og dermed undgå at være bundet af en given kendelse. Pengeinstitutterne fik dog henstilling om at efterleve enstemmige kendelser fra ankenævnet.

Selvom ankenævnets praksis kun giver retskraft, hvis afgørelserne efterkommes og domstolene ikke skal følge PIA's praksis, så bør ensartetheden i afgørelserne, sammensætningen af nævnet og den korte sagsbehandling fra kompetente folk til løsningsforslag ved tvister mellem forbrugere og pengeinstitutter, som har sit udgangspunkt i domspraksis og lovgivningen på området, tillægge nævnet værdi over for forbrugere herunder eksempelvis private kautionister.

Forbrugernes håb om hel eller delvis tilsidesættelse i kautionsaftaler afhænger som tidligere dog fortsat af domstolenes fortolkning og anvendelse af aftalelovens regler, især generalklausulen i AFTL § 36.

¹²⁸ Rapport, side 68

Med afgørelsen U 2010.1628 H blev ikke blot beskyttelseshensynet til private kautionister skærpet, men også fortolkningen af § 36. Afgørelsen gjorde det muligt for velinformerede kautionister, at opnå partiel tilsidesættelse af sin kautionsforpligtelse, hvor der kan gøres et misforhold gældende. En fortolkning af AFTL § 36 som ikke tidligere har fundet sted i praksis. Og dette til trods for, at det i retten blev vurderet, at kautionisterne uanset omstændighederne ved engagementet ville hjælpe deres søn på trods af konsekvenserne.

Endvidere blev det skelsættende, at vurderingen af misforholdet tog udgangspunkt i formuen/friværdien ved stiftens, til trods for at sagen blev afgjort i Højesteret i 2010, hvor kautionisternes formue var steget til op imod det tredobbelte, grundet husets friværdi. Et beløb der derved i 2010 oversteg beløbet for kautionsforpligtelsen. Kautionisterne havde altså ved afsigelsen af dommen en økonomi, der kunne bære en indfrielse af deres forpligtelser, og det kan undre, at trods Højesterets kendskab hertil, fik kautionisterne alligevel medhold i påstanden om delvis tilsidesættelse jf. urimelighedsreglen i AFTL § 36.

Bestemmelsen i AFTL § 36 gør sig gældende og tilpasser sig efter et væld af aftaletyper, og anvendes ud fra hvad der i en konkret sag indenfor eksempelvis privat kaution, ville være rimeligt og retfærdigt. Denne mulighed for at fortolke begreberne i henhold til en given tid, sag eller et område, vil dermed være under konstant udvikling. Det, der opfattes som urimeligt for private kautionister i 2010, vil med stor sandsynlighed opfattes anderledes eller fortolkes mere vidtgående i årene fremover. Og med udgangspunkt i denne fleksibilitet i aftaleloven, udviklingen inden for praksis og lovens skærpselser i henhold til privat kaution fra 2002 og frem til i dag, samt de nye forslag fra udvalget bag rapporten fra 2014, så gives der et klart billede af, at beskyttelseshensynet til private kautionister er blevet skærpet mere og mere, men hvor vidtgående og omfattende det bliver fremadrettet, det kan der kun spås op. Noget tyder dog på, at pengeinstitutterne skal være mere og mere varsomme over for private kautioner, og de private kautionister står stærkere og stærkere med praksis og lovgivningen på deres side.

Afgørelsen giver dog ikke belæg for, at alle kautionister kan påberåbe sig ugyldighed i alle aftaler, men beskriver en nuværende grænse for, hvornår det vurderes at kunne

gøres gældende. Eksempelvis hvor ældre mennesker med beskedne indkomster stifter kaution for beløb, som langt overgår deres økonomiske formåen ved en aktuel indfrielse af kautionsforpligtelsen. Dette må endvidere have sat en yderligere begrænsning på stiftelsen af private alskyldserklæringer, da disse kan blive enormt byrdefulde, og om noget komme til at stå i misforhold til kautionisten økonomi.

Og hvor kautionsformen tidligere var godkendt, begrænset til hovedstolen på lånet eller kredittens maksimum, blot kautionisterne vidste, hvad de underskrev erklæringer om, må denne kautionsform med afgørelsen fra 2010 også kunne inddrage, at der ikke bør foreligge misforhold og dermed siges sig skærpet.

Det faktum, at en afgørelse fra 2010 var med til at skærpe et af problemstillingerne indenfor privat kautions området, giver dog ikke nødvendigvis et endegyldigt svar på andre problemstillinger, som gør eller vil komme til at gøre sig gældende fremadrettet, og dermed har domspraksis fra før 2010 samt efterfølgende praksis tillige en værdi ved afgørelser i henhold til beskyttelsen af private kautionister. Praksis danner sammenlagt grundlag for ændringer og tilføjelser i lovene, som det fremgår af rapporten fra 2014, hvor alle forslag bliver begrundet ud fra afgørelser fra domstolene og/eller PIA. Og herudfra gives der bud på, hvordan nye præciseringer vil kunne øge beskyttelseshensynet til private kautionister.

Fortolkningen og anvendelsen af reglerne om private kautionsaftaler har været under opstramning, og er det fortsat blandt andet med udgangspunkt i rapporten fra 2014, og nogle love og afgørelser viser sig at blive mere skelsættende end andre, dog er der ingen tvivl om, at beskyttelseshensynet er i fokus både hos den lovgivende, udøvende og dømmende magt.

Privat kaution må siges at være et bredt område med mange udfordringer, men også et område som er i fokus og udvikling til forbrugernes fordel. Det kan synes urimeligt, at pengeinstitutter gang på gang pålægges nye pligter og regler med opstramninger, mens forbrugerne får lettere og lettere ved at slippe af sted fra sine løfter, men dette leder op til en større debat om professionsansvar, og hvem der er nærmest til at bære byrden, hvilket denne afhandling ikke vil behandle yderligere.

15. Abstract

15.1 Protective considerations of private guarantors

This thesis gabs around the subject guarantees but with a main focus on protective considerations of private guarantors. Personal guarantees are, in commercial terms, when there is no financial relationship between the guarantor and the borrower. Often it takes place between family members and for many years private guarantors have lost big amounts of money, houses, savings etc. because they did not know or get the right information about the risks and consequences for a simple signature on guarantees. A signature to help a son in need, and sometimes not only for a specific loan but all dept between the bank and the borrower and thereby an unknown amount of money that one day needs to be paid off when the borrower becomes unable or unwilling to fulfill his payments.

In 2002 a new law was introduced in Denmark (now law for financial companies § 48) and the main focus was to protect private guarantors in a new and better way. It was no longer an option to give your private guarantor the right advice it was a command to the banks. Not only did the law focus on giving a fulfilling information before the a private person decided to stand guarantor but it also gave the banks a command on giving the guarantor a updated information on the size of the loan after he or she signed the papers. Furthermore it gave some restrictions on the debt, which could no longer be held for more than the loan principal or credit maximum.

And by the ‘good practice’ for financial companies § 22 further restrictions were made on the guarantee obligation, which could not be disproportionate to the guarantors economy. The sanctions against the banks that do not comply with these laws are sanctioned through the law of Contracts § 36. When a contract is held unreasonable it can be set aside in whole or in part.

Even though the law and good practice have made some restrictions that have put the guarantors in a better position than before 2002 this thesis will analyze if the private guarantors are protected in a way that comply with the intentions of the law, and the desire to protect consumers against unreasonable guarantees.

On the basis of the analysis it can be concluded, that the Danish Supreme Court in the case U 2010.1628 HR increased consumer protection more than previous cases. The adjudication in this case had focus on protecting old people with low income and/or minimal private fortune from major and unreasonable guarantees that would eliminate a decent standard of living. Even though the bank in fact had introduced the guarantors to the risks etc. before signing the contract, the guarantee was reduced to a reasonable amount.

The adjudication was held up against good practice for financial companies § 22 - ‘the guarantors economy must not be disproportionate to the guarantee obligation’.

Similarly, a council appointed by the government made a report with proposals for tightening the protection of private guarantors. They suggested among other things that an implementation of good practice § 22 in the law for financial companies § 48 could make private guarantors stand stronger against banks in the future.

On the basis of this adjudication and the suggestions from the council it can be concluded that the Supreme Court has gone further than before in the subject of protecting private guarantors against banks. It seems that the roles are switched and the protective considerations of private guarantors have increased while the requirements for banks have been strengthened. However, it shows a need to not only have a “recommendation” of good practice but to introduce this “practice” in the law for financial companies § 48. Rules have become habits and these habits might end up turning into laws.

16. Kildefortegnelse

16.1 Lovgivning

Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26/08/1996, *lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område*

Lovbekendtgørelse nr. 948, 2013-07-02, *Finansiell virksomhed, lov*

Lovbekendtgørelse nr. 1216, 2013-09-25, *Markedsføringsloven*

Bekendtgørelse nr. 928, 2013-06-28, *om god skik for finansielle virksomheder*

Lovforslag 173, 21. marts 2002, (2001-2002), 2. samling, *Forslag til lov om ændring af lov om finansiell virksomhed m.fl.*

16.2 Afgørelser

Retten i Hernings dom, 27. juni 2006

U 2007.1988 V

U 2010.1628 H

Afgørelse fra Pengeinstitutankenævnet, 1250/2009

Afgørelse fra Pengeinstitutankenævnet, 224/2010

16.3 Artikler

Hansen, Michael Bjerg: *Alskyldserklæringer i privat kaution og pant for banklån*, 2005, Juristen nr. 5, DJØF

Legind, Nina Dietz: *Bedre vilkår for private kautionister - betydningen af Finansrådets og Forbrugerrådets fælles regler*, 2003, Juristen nr. 7, DJØF

Nørby, Ulla: *Belåning: Kautionister skal beskyttes bedre*, 20. oktober 2002, Jyllandsposten

Werlauff, Erik: *Bedre tider for kautionister*, 28. januar 2002, Børsen

16.4 Bøger

Andersen, Lennart Lyngge m.fl.: *Bankretlige emner*, 1994, Gad Jura A/S

Blume, Peter: *Juridisk metodelære*, 5. udgave, 2009, Jurist og Økonomiforbundets Forlag

Blume, Peter: *Retssystemet og juridisk metode*: 1. udgave, 2011, Jurist og Økonomiforbundets Forlag

Hjetting, Merete m.fl.: *Lov om finansiel virksomhed*, 1. udgave, 2007, Forlaget Thomson

Jensen, Camilla Hørby m.fl.: *Bankjura*, 2. udgave, 2013, Jurist og Økonomiforbundets Forlag

Legind, Nina Dietz: *Privat kaution*, 1. udgave, 2002, Jurist og Økonomiforbundets Forlag

Pedersen, Hans Viggo Godsk: *Kaution*, 10. udgave, 2013, Jurist og Økonomiforbundets Forlag

Sørensen, Marie Jull: *God skik for juridisk rådgivning*, 1. udgave, 2011, Jurist og Økonomiforbundets Forlag

Thomsen, Hans Helge Beck: *Kaution og tredjemandspant*, 3. udgave, 2011, Thomson Reuters

Wegener, Morten: *Juridisk metode*, side 51-52, 3. udgave, 2000, Jurist og Økonomiforbundets Forlag

16.5 Andet

Rapport afgivet af Udvalget om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter (februar 2014): *Erstatning ved rådgivning om finansielle produkter*

16.6 Links

Om Pengeinstitutankenævnet: www.pengeinstitutankenaevnet.dk/da/omankenaevnet, hentet den 12.2.2014

17. Bilag

17.1 Bilag 1

Udvalgets udkast til en udvidet § 48 i lov om finansiel virksomhed, hvor den nuværende § 22 i god skik bekendtgørelse for finansielle virksomheder indgår, affattes således:

”§ 48. Inden der indgås en aftale om en kautionsforpligtelse uden for erhvervsforhold for lån eller kreditter ydet af et penge- eller realkreditinstitut, skal instituttet sikre sig, at kautionisten er informeret om konsekvenserne af at påtage sig en kautionsforpligtelse.

Denne information skal indeholde oplysning om, hvad en kautionsforpligtelse indebærer, og indeholde en afbalanceret beskrivelse af de risici, der er forbundet hermed. Instituttet skal endvidere udlevere følgende oplysninger om den debitor, hvis gæld kautionsforpligtelsen skal sikre:

- 1) den seneste årsopgørelse fra SKAT og
- 2) de seneste tre lønsedler eller
- 3) det seneste årsregnskab, hvis der kautioneres for en erhvervsdrivendes gæld.

Stk. 2. Et penge- eller realkreditinstitut kan kun gøre en kautionsforpligtelse gældende, hvor der ikke er udleveret oplysninger i medfør af stk. 1, hvis kautionisten på trods af der manglende oplysninger har haft et forsvarligt grundlag for at bedømme de risici, der er forbundet med at indgå kautionsforpligtelsen.

Stk. 3. En aftale om en kautionsforpligtelse efter stk. 1, kan tilsidesættes helt eller delvist, hvis den står i misforhold til kautionistens økonomi.

Stk. 4. Hvis låntageren udebliver med betaling af hovedstol, afdrag eller renter, skal der senest 3 måneder efter de pågældende ydelsers forfaldsdag gives skriftlig meddelelse herom til kautionisten. Bestemmelsen i 1. pkt. finder tilsvarende anvendelse, hvis penge- eller

reakreditinstituttet giver låntageren henstand, uden at kautionisten har givet samtykke hertil i det konkrete tilfælde.

Stk. 5. Overskrides fristen i stk. 4, kan kautionsforpligtelsen kun gøres gældende over for kautionisten for det beløb, som låntagerens gæld efter den sikrede fordring ville have udgjort, hvis låntageren havde betalt alle ydelser rettidigt indtil det tidspunkt, som ligger 3 måneder forud for det tidspunkt, hvor meddelelse gives.

Stk. 6. Overskridelse af fristen i stk. 4 medfører, at penge- eller realkreditinstituttet taber sit krav over for kautionisterne, i det omfang disses regreskrav mod låntagerne er blevet forringet, selv om nedsættelsen af kautionsforpligtelsen efter stk. 5 tages i betragtning.

Stk. 7. En kautionist kan ikke hæfte for et beløb større end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionsaftalens indgåelse. Dette gælder dog ikke for realkreditlån, når den pantsatte ejendom anvendes til beboelse for kautionisten og låntageren, og kautionisten er udtrykkeligt oplyst om, at hæftelsen kan overstige lånets hovedstol ved kautionsaftalens indgåelse.

Stk. 8. Kautionsaftaler efter stk. 1 skal være skriftlige for at kunne gøres gældende.

Stk. 9. En kautionsforpligtelse efter stk. 1 bortfalder efter 10 år eller, hvis kautionsaftalen er indgået til sikkerhed for en kredit med variabelt beløb eller for et lån uden fast forfaldstidspunkt, efter 5 år, medmindre forpligtelsen forinden er gjort gældende af pengeinstituttet. Denne bestemmelse finder ikke anvendelse på lån ydet af realkreditinstitutter samt pengeinstitutters lån, der efter deres vilkår kan finansieres ved udstedelse af særligt dækkede obligationer, såfremt kautionisten udtrykkeligt er oplyst herom samt virkningen heraf.

Stk.10. Ved kautionsaftaler efter stk. 1 skal penge- eller realkreditinstituttet årligt og skriftligt meddele kautionisten størrelsen af den gældspost, som kautionen er stillet til sikkerhed for.

Stk.11. Stk. 1-10 finder tilsvarende anvendelse på tredjemands pant uden for erhvervsforhold.”

- at god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1 og 2, ophæves, da disse bestemmelser foreslås overført til lov om finansiel virksomhed § 48,

- at god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 3, ophæves, da lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 7, der bliver stk. 10, finder anvendelse på både penge- og realkreditinstitutter, og
- at der ikke indføres en betænkningstid i forbindelse med afgivelse af løfte om kaution eller indgåelse af aftale om tredjemandspant.¹²⁹

17.2 Bilag 2

Afgørelser fra Pengeinstitutankenævnet

1250/2009 - Indsigelse mod hæftelse som kautionist for virksomheds kassekredit

Indledning

Denne sag vedrører, om Vestjysk Bank kan gøre en beløbsbegrænset selvskyldnerkaution på 525.000 kr. gældende over for klageren.

Sagens omstændigheder

Klageren underskrev den 10. juli 2007 en beløbsbegrænset selvskyldnerkaution på 262.500 kr., så en virksomhed, der bl.a. var ejet af klagerens ægtefælle og deres søn (herefter virksomheden), kunne få en kassekredit i banken på 350.000 kr.

Af kautionserklæringen fremgår bl.a.:

Jeg har modtaget og gjort mig bekendt med en genpart af dette dokument, kopi af låneaftale/kreditaftale med angivelse af aktuel gæld, kopi af kreditoplysninger (såfremt disse kræves i henhold til kreditaftaleloven), et eksemplar af vestjyskBANKs almindelige forretningsbetingelser samt et eksemplar af vestjyskBANKs almindelige bestemmelser for lån og kreditter, som også gælder for lånet/kreditten.

Jeg bekræfter tillige at have modtaget kopi af følgende bilag:

seneste årsrapport, hvis der kautioneres for en virksomhed

Det bekræftes herved, at pjece om kaution er udleveret og gennemgået med kautionisten.

..."

Banken har under sagen fremlagt uddrag af bevillingsansøgning bevilliget den 11. juli 2007. Det fremgår heraf, at tredjemand kautionerer for 88.000 kr., mens klageren som anført i selvskyldnerkautionen kautionerer for 262.000 kr. Endvidere fremgår det om klageren:

"...

(har formue ca. tkr. 500 jvf friværdis i bolig)

..."

¹²⁹ Rapport, side 76-77

Beskyttelseshensynet til private kautionister

Den 11. januar 2008 underskrev klageren en tilsvarende kautionserklæring, der erstattede den tidligere erklæring af 10. juli 2007. Der blev i dette tilfælde ikke skrevet under på modtagelse og gennemgang af ovennævnte pjece.

Banken har under sagen fremlagt udskrift af BBR-Medelelse udskrevet den 9. juni 2008. Det fremgår heraf, at klageren var ejer af fast ejendom, der pr. 1. oktober 2007 havde en ejendomsværdi på 1.300.000 kr. samt en grundværdi på 115.000 kr.

Banken har videre fremlagt uddrag af bevillingsansøgning bevilliget den 25. juni 2008. Det fremgår heraf, at tredjemand kautionerer for 25 %, mens klageren kautionerer for 75 % af gælden.

Den 26. juni fik virksomheden forhøjet sin kredit i banken til 700.000 kr. Af kreditaftalen fremgår det, at udlånsrenten på daværende tidspunkt var 11,000 %, mens overtræksprovision var angivet til 6,000 % om året.

Den 28. juni 2008 underskrev klageren en ny kautionserklæring, der erstattede de tidligere underskrevne kautioner.

Beløbsbegrænsningen blev i den nye kautionserklæring sat til 525.000 kr.

Det fremgår af kautionserklæringen, at klageren modtog kopi af virksomhedens seneste årsrapport samt 2008 budget og periodebalance.

Klageren skrev både under som selvskyldnerkautionist og på modtagelse og gennemgang af pjecen om kaution.

Banken har oplyst, at virksomheden blev taget under konkursbehandling den 10. november 2008, hvorefter klagerens kaution blev kaldt.

Ved rekommanderet brev af 11. november 2008 til klageren krævede banken betaling af 525.000 kr. i henhold til kautionserklæringen.

Den 8. juni 2009 modtog klageren en gældsopgørelse fra bankens advokat, hvor man bad klageren inden for 10 dage i henhold til kautionserklæringen om at betale 525.000 kr., hvis sagen ikke skulle gå til inkasso.

Den 11. juni 2009 fremsendte bankens advokat på klagerens opfordring en kopi af den underskrevne kautionserklæring til klageren.

Den 1. juli 2009 modtog klageren en rykker fra bankens advokat vedlagt en skylderklæring på 709.207,10 kr.

Den 6. juli 2009 var klageren til møde i banken. På mødet var der uenighed om klagerens forpligtelse overfor banken.

Klageren tog efterfølgende kontakt til en advokat, der herefter overtog korrespondancen med bankens advokat.

Ved brev af 15. juli 2009 til bankens advokat gjorde klagerens advokat bl.a. gældende, at kautionserklæringerne var ugyldige i medfør af aftalelovens §§ 31, 33 og 36.

Klagerens advokat rykkede bankens advokat for bemærkninger til brevet af 15. juli 2009 henholdsvis den 11. august, 7. september, 15. oktober samt den 5. og 13. november 2009.

Beskyttelseshensynet til private kautionister

Ved brev af 16. november 2009 til klagerens advokat fastholdt bankens advokat kautionsforpligtelsen over for klageren.

Banken har under sagens forberedelse fremlagt en tinglyst lejekontrakt, hvoraf det fremgår, at klageren var udlejer af et erhvervslejemål på sin faste ejendom, som blev lejet af virksomheden ejet af bl.a. klagerens ægtefælle og deres fælles søn.

Banken har endvidere under sagens forberedelse fremlagt en tingbogsattest udskrevet den 13. december 2010. Det fremgår heraf, at der i klagerens faste ejendom er et 5 % realkreditpantebrev med en hovedstol på 1.522.000 kr. Herudover er der et pantebrev på 455.000 kr. med en rentesats på 9 %.

Ejendomsværdien er i tingbogsattesten pr. 1. oktober 2009 angivet til 1.300.000 kr. og grundværdien til 158.200 kr.

Parternes påstande

Klageren har den 2. december 2009 indbragt sagen for Ankenævnet med påstand om, at Vestjysk Bank skal fratage kautionsforpligtelsen over for klageren.

Vestjysk Bank har nedlagt påstand om principalt frifindelse, subsidiært at kautionen skal være gældende for 262.500 svarende til kautionen af 10. juli 2007 og 11. januar 2008. Hertil skal tillægges renter.

Parternes argumenter

Klageren har anført, at kautionsdokumenterne blev forelagt for hende af hendes ægtefælle under en biltur til Randers lørdag den 28. juni 2008.

Hun fik ingen vejledning eller rådgivning fra bankens side om den risiko, der for hende personligt var forbundet med underskriften af kautionserklæringen.

Kautionserklæringerne blev hver gang udleveret til underskrift privat af hende ægtefælle.

Hun havde første gang kontakt med banken i juni 2009.

Hun har aldrig overvejet personligt at indtræde i virksomheden, da hun på daværende tidspunkt arbejdede med skiftende arbejdstider uden for hjemmet. Hun planlagde i øvrigt at gå på efterløn, hvilket hun gjorde i september 2008.

Hun var ikke orienteret om firmaets skrantede økonomi eller om den forøgede risiko for afgivelse af kautionsløftet.

Hun har ikke modtaget den seneste årsrapport eller budget og periodebalance for kalenderåret 2008.

Hendes egen økonomiske situation taget i betragtning, burde der på ingen af tidspunkterne være indgået en kautionsaftale med hende. Hendes ejendom er ved offentlig vurdering vurderet til 1.300.000 kr. Der er et realkreditlån på 1.522.000 kr. og et pantebrev på 455.000 kr.

Banken har anført, at bankens afdelingsdirektør foretog vurdering af hendes ejendom den 6. juli 2007. Hverken hun, hendes nu afdøde mand eller deres fælles søn, var til stede på det givne tidspunkt. Banken kan ikke uden hende vurdere friværdien i hendes faste ejendom. Det er en klar krænkelse af privatlivets fred.

Banken kender intet til hendes privatøkonomi, og kan derfor ikke egenrådigt afgøre, om hun er i stand til at afdrage på et lån på 500.000 kr.

Beskyttelseshensynet til private kautionister

Det var hendes klare opfattelse, at de var fire personer, der stillede sikkerhed for firmaets kassekredit, og at hun ikke alene skulle dække firmaets gæld ved en evt. konkurs.

Hun skal kun betale en fjerdedel af de 525.000 kr.

Bankens manglende rådgivning er særdeles kritisabel, særligt henset til, at hun er forbruger og efterløner uden erfaring i økonomiske anliggender samt uden likvid formue.

Banken har udnyttet hendes økonomiske uerfarenhed.

Det er i strid med redelig handle måde at gøre kautionen gældende over for hende.

Vestjysk Bank har anført, at klageren har underskrevet kautionserklæringer af 10. juli 2007, 11. januar 2008 samt 28. juni 2008.

Klageren var indkaldt til underskriftsmøder i banken i forbindelse med underskrivelse af kautionserklæringer, men aflyste hver gang, hvorfor dokumenterne efter aftale blev udleveret til klagerens ægtefælle.

Klageren har modtaget årsrapport, budget og periodebalance samt pjece om kaution.

Klageren har modtaget kopi af kautiondokument og kreditaftale.

Klageren havde tilstrækkelig kendskab til virksomhedens økonomi. Klageren havde bl.a. kendskab hertil fra sin mand og søn. Endvidere var der i januar 2008 forhandlinger om, at klageren skulle købe den tredje ejers aktier i virksomheden, således at virksomheden alene blev ejet af familien, i hvilken forbindelse klageren fik nærmere indsigt i virksomhedens forhold.

Klageren var på tidspunktet for indgåelse af kautionserklæringerne lønmodtager og ejer af privat bolig, ligesom hun stod som udlejer af lokalerne, hvorfra virksomheden blev drevet.

Banken havde fået oplyst, at der var realkreditlån i ejendommen for 1.522.000 kr. og at ejendommen var vurderet til 2.200.000 kr. Banken vurderede på kautionens etableringstidspunkt den 10. juli 2007, at klagerens ejendom havde en friværdi på ca. 500.000 kr. Vurderingen blev foretaget af bankens afdelingsdirektør den 6. juli 2007, der ved samme lejlighed var ude på ejendommen for at besigtige løsøre.

Boligdelen på ejendommen er på 184 m², som blev anslået til at have en værdi på ca. 1,5 mio. kr. Hertil kommer 279 m² erhvervsareal med en værdi på ca. 450.000 kr. samt grund til ca. 250.000 kr. En samlet værdi på minimum 2.200.000 kr. i forhold til beregnet panterestgæld på i alt ca. 1,3 mio. kr.

Klageren havde fast job og modtog herudover månedlige legeindtægter fra virksomheden. Desuden var det oplyst banken, at klageren ønskede at forblive på arbejdsmarkedet en del år endnu og ikke ville gå på efterløn.

Klageren var derfor økonomisk i stand til at kautionere, og kautionforpligtelsen stod ikke i misforhold til klagerens økonomi på tidspunkterne for kautionstillelsen.

Det var bankens helt klare vurdering, at friværdien var intakt den 11. januar 2008 og den 28. juni 2008, hvor kautionen blev henholdsvis fornyet og forhøjet.

Ankenævnets bemærkninger og konklusion

Beskyttelseshensynet til private kautionister

Det følger af de offentligretlige regler i "Bekendtgørelse for god skik for finansielle virksomheder", at pengeinstitutter, inden aftale om kaution indgås, skal sikre sig, at kautionisten er informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen.

Det fremgår af Finanstilsynets vejledning til bekendtgørelsen, at bekendtgørelsens krav kan opfyldes ved udlevering af den af Finansrådet og Forbrugerrådet udarbejdede pjece med generel information om kaution.

Klageren har ved sin underskrift både den 10. juli 2007 og 28. juni 2008 erkendt at have modtaget ovennævnte pjece, hvorfor dette lægges til grund af Ankenævnet.

På den baggrund antages banken at have levet op til sit rådgivningsansvar i henhold til bekendtgørelsen.

Ankenævnet har den 8. december 2010 bl.a. anmodet Vestjysk Bank om at fremsende dokumentation for, at klageren var økonomisk i stand til at påtage sig kautionsforpligtelsen. Banken er herefter fremkommet med oplysninger vedrørende bl.a. bankens vurdering af værdien af klagerens ejendom.

Ankenævnet finder ikke, at banken har gjort tilstrækkeligt for at sikre sig, at der ikke var misforhold mellem kautionsforpligtelsen og klagerens økonomi, jf. nu § 21, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 793 af 20. august 2009 om god skik for finansielle virksomheder.

Under disse omstændigheder finder Ankenævnet, at det vil være urimeligt at gøre kautionsforpligtelsen gældende, jf. aftalelovens § 36, i det omfang kautionsforpligtelsen, som klageren påtog sig i juni 2008, på det tidspunkt oversteg friværdien af hendes faste ejendom, jf. herved principperne i Højesterets dom UfR 2010.1628H. Fastlæggelse af dette beløb skal ske på grund af en sagkyndig vurdering af ejendommen.

Ankenævnet finder det i øvrigt kritisabelt, at bankens advokat den 1. juli 2009 sendte skylderklæring til klageren, hvor hun blev bedt om at acceptere hæftelse for et beløb, der oversteg kautionserklæringen.

Som følge heraf træffes følgende

a f g ø r e l s e

Vestjysk Bank skal på baggrund af en sagkyndig vurdering nedsætte klagerens kautionsforpligtelse til et beløb svarende til friværdien i hendes faste ejendom i juni 2008. Klagegebyret tilbagebetales klageren.

224/2010 - Spørgsmål om banken kunne gøre kautionsforpligtelse gældende over for klagerne

Denne sag vedrører, om banken kunne gøre kautionsforpligtelse gældende overfor klagerne i forbindelse med bankens opsigelse af klagernes datters erhvervsengagement.

Sagens omstændigheder

Klagerne i denne sag er ægteparret M og H.

Klagernes datter D var kunde i banken, hvor hun havde sit erhvervsengagement.

Den 30. juli 2007 oprettede D en driftskredit (-233) i banken med en kreditramme på 75.000 kr.

Klagerne kautionerede solidarisk som selvskyldnerkautionister for kreditten.

Beskyttelseshensynet til private kautionister

Af kreditkontrakten fremgår, at D foruden driftskrediten (-233) havde en anden kredit (-262) i banken på 240.000 kr.

M drev et landbrug, mens H ifølge det oplyste var fuldtidsansat som buschauffør. Af klagerens årsopgørelser for 2006 fremgår at M ingen skattepligtig indkomst havde, mens H i 2006 havde en skattepligtig indkomst på 88.973 kr. Ifølge parrets skatteregnskab for 2006 var M og H's private egenkapital opgjort til 1.545.720 kr., mens der af H's årsopgørelse fremgår en gæld på 1.603.542 kr.

Den 16. oktober 2008 underskrev klagerne som selvskyldnerkautionister en forhøjelse af kreditten (-233) med 225.000 kr. til 300.000 kr.

En kontoudskrift viser, at saldo for konto -233 den 16. oktober 2008 var negativ med ca. 255.000 kr.

Af den nye kreditkontrakt fremgår, at D foruden driftskrediten (-233) havde to andre kreditaftaler i banken på henholdsvis 232.614 kr. (-262) og 121.099 kr. (-124), som begge var fuldt udnyttede.

Klagerne har ved deres underskrift bekræftet at have modtaget og fået gennemgået pjecen om kaution. Klagerne har imidlertid under sagen bestridt at have modtaget pjecen eller være blevet rådgivet om indholdet.

Klagerens årsopgørelser for 2007 viser, at M fortsat ingen skattepligtig indkomst havde, mens H i 2007 havde en skattepligtig indkomst på 146.088 kr. De indberettede formueoplysninger fra pengeinstitutter med flere viste på H's årsopgørelse en gæld på 1.501.994 kr.

Ved brev af 19. marts 2010 skrev banken til klagerne:

"...

Som følge af ophør af aktiviteterne i [D's virksomhed] opsiges engagementet hermed til indfrielse straks, under henvisning til bestemmelser fastsat i lånedokumenter.

Engagementet kan opgøres således:

| | | |
|------------|--------------|---------------------|
| [- 379] | Erhvervslån | DKK 207.246,49,- |
| [- 124] | Erhvervslån | DKK 88.500,53,- |
| [- 233] | Driftskredit | DKK 295.799,68,- |
| I alt | | DKK 591.546,70,- |

Beløbene er uden ej tilskrevne renter, provision og gebyrer fra seneste rentetilskrivning og til betaling sker.

Nærværende brev sendes i anledning af, at I kautionere for Erhvervslån nr. [-379] og Driftskredit nr. [-233].

Da [D's virksomhed] ikke selv kan indfri sine forpligtelser beder vi jer indbetale jeres kautionsforpligtelse snarest og senest den 29. marts 2010.

..."

Beskyttelseshensynet til private kautionister

Der er under sagens behandling for Ankenævnet ikke fremlagt materiale vedrørende erhvervslån -379.

Ved brev af 26. marts 2010 til banken betvivlede klagerne saldoen for erhvervslån -379 under henvisning til, at afdrag på lånet hidtil var overholdt. Klagerne gjorde herudover indsigelse mod hæftelsen for driftskrediten (-233), da man mente, at der var kautioneret for gammel gæld.

Parternes påstande

Klagerne har den 12. april 2010 indbragt sagen for Ankenævnet med påstand om, at Østjydsk Bank skal fratage kautionsskravet.

Østjydsk Bank har nedlagt påstand om principalt afvisning, subsidiært frifindelse.

Parternes argumenter

Klagerne har anført, at de kautionerede første gang for deres datter den 30. juli 2007.

På møde i banken i oktober 2008 pressede banken dem til at underskrive en ny kautionserklæring, ellers ville banken lukke D's virksomhed.

Kontoen var i oktober 2008 meget overtrukket, hvorfor de har kautioneret for gammel gæld.

De fik hverken en gennemgang af kautionsreglerne eller udleveret pjecen om kaution. Banken hverken oplyste om risikoen ved at kautionere eller foretog en egentlig prøvelse af deres økonomi.

De har en beskeden indkomst, og ejer alene et hus, som er fuldt ud belånt. Skulle de sælge ejendommen, ville det blive med et stort underskud til følge. Kautionens størrelse stod således i misforhold til deres økonomi, hvilket er i strid med reglerne om god skik.

Det bestrides, at de har deltaget på møder i banken i det omfang banken har anført. Deres møder med banken vedrørte navnlig underskrift af kautionserklæringer. Herudover deltog H på 2-3 møder, som støtte for D, efter virksomheden begyndte at gå dårligt og forholdet til banken blev anspændt.

Det bestrides ligeledes, at klagerne drev D's virksomhed, mens hun var sygemeldt fra den 6. oktober 2009 og tre uger frem på grund af en knæoperation. De havde hverken tid eller uddannelse til at drive en kosmetologforretning. Hvis D var syg, fik kunderne en ny tid eller behandling hos en ansat kosmetolog.

Banken har under sagen ikke villet være behjælpelig med fremlæggelse af kontoudtog og lignende, som de ikke selv har været i stand til at fremskaffe. Såfremt banken ikke vil eller kan dokumentere deres krav via de krævede kontoudskrifter, kan banken heller ikke gøre et krav gældende mod dem som kautionister.

Østjydsk Bank har til støtte for afvisningspåstanden anført, at en fyldestgørende oplysning af sagen forudsætter bevisførelse i form af parts- og vidneforklaringer.

Til støtte for frifindelsespåstanden har Østjydsk Bank anført, at det samlede sagsforløb har strakt sig over en årrække, hvor der i perioden har været afholdt et ikke ubetydeligt antal møder med D vedrørende hendes virksomhed. Klagerne har deltaget i samtlige disse møder.

Klagerne har desuden i en periode, efter at D havde været udsat for et uheld, reelt været med til at drive D's virksomhed i en længere periode.

Klagerne har i hele forløbet haft et indgående kendskab til D's økonomi, ligesom klagerne igennem hele forløbet har meddelt deres accept til de ting, som blev iværksat.

Beskyttelseshensynet til private kautionister

Banken tager på den baggrund skarpt afstand fra klagernes påstand om, at banken skulle have presset dem til at underskrive dokumenterne mod deres vilje.

Ankenævnets bemærkninger og konklusion

Det følger af Ankenævnets vedtægter § 8, stk. 3, at klagen kan behandles på grundlag af klagernes materiale, såfremt pengeinstituttet ikke bidrager til sagens oplysning.

Det skal i forlængelse af ovenstående bemærkes, at sekretariatet under skriftvekslingen har anmodet indklagede om at efterkomme klagernes opfordring om at fremlægge kontooplysninger.

Sekretariatet har endvidere ved brev af 21. juli 2011 samt senere telefonisk forgæves anmodet indklagede om at forholde sig til klagernes påstand om, at de kautionerede for gammel gæld, samt at kautionsforpligtelsen stod i misforhold til deres økonomi.

Sagen har været forelagt Ankenævnet på nævnsmøde den 1. november 2011. Nævnet besluttede at udskyde sagen med henblik på indhentelse af yderligere oplysninger fra klagernes advokat vedrørende klagernes økonomiske forhold på kautionstidspunkterne.

Indledningsvis bemærkes, at det i henhold til Ankenævnets praksis, som den f.eks. er kommet til udtryk i sag nr. 132/2000, følger af almindelige regler om loyal oplysningspligt mellem kontraktspartnere, at indklagede er forpligtet til at meddele klagerne dokumenterede oplysninger om saldo og ind- og udbetalinger på det engagement, som klagerne har kautioneret for. Klagerne er berettiget til oplysningerne, så længe indklagede fastholder kautionen, uanset klagernes indsigelse mod forpligtelsen. Ankenævnet finder ikke, at Lov om finansiel virksomheds bestemmelse om tavshedspligt, jf. § 117, stk. 1, er til hinder herfor.

For så vidt angår spørgsmålet om kautionsforpligtelsens forhold til klagernes økonomi bemærker Ankenævnet, at det fremgår af klagernes årsopgørelser, at klagerne havde en beskedent indkomst samt en betragtelig gæld deres aktiver taget i betragtning.

Ankenævnet finder dog, at den oprindelige kaution af 30. juli 2007 var af så beskedent størrelse, at det, selv klagerne økonomi taget i betragtning, ikke kan anses for urimeligt at fastholde denne.

Derimod finder Ankenævnet, at kautionsforpligtelsen, der blev påtaget den 16. oktober 2008 stod i misforhold til klagernes økonomi, og det vil således være urimeligt at gøre den gældende, jf. aftalelovens § 36.

Som følge heraf træffes følgende

a f g ø r e l s e

Østjysk Bank skal anerkende, at klagernes kautionsløfte af 16. oktober 2008 er uforbindende.

Klagegebyret tilbagebetales klagerne.