

ANKETILSVAR
TIL
NORGES HØYESTERETT

Oslo, 24. september 2015

Sak nr.: 13-164791 ASD-BORG01

Ankende part 1:	John Bilek Ole Vigsgate 23 1517 Moss
Ankende part 2:	Jan Hervig Kjerneby 25 2409 Elverum
Prosessfullmektig:	Advokat John G. Flatabø Akersgaten 8 0158 Oslo
Ankematpart:	Bank 1 Oslo Akershus AS Postboks 778 Sentrum 0106 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Henning Bjørnstad Postboks 778 Sentrum 0106 Oslo

1. Innledning

Det vises til ankeerklæring av 7. september 2015 til Norges Høyesterett fra John Bilek og Jan Hervig («de ankende parter»). Anken ble forkynt for Bank 1 Oslo Akershus AS («Bank 1») den 11. september 2015. I brev fra Borgarting lagmannsrett datert 8. september 2015 er det gitt frist for tilsvaret til 21 dager etter at ankeerklæringen ble forkynt. Dette anketilsvaret er således rettidig.

Bank 1 gjør gjeldende at lagmannsrettens dom er riktig når det gjelder resultat, og kan dessuten i all hovedsak slutte seg til begrunnelsen i dommen.

Det anføres fra denne side at vilkårene etter tvisteloven § 30-4 (1) andre punktum for å gi samtykke til å fremme anken, ikke er til stede. Det blir derfor nedlagt påstand om at samtykke til anke skal nektes, og at de ankende parter skal dømmes til å betale sakskostnader for Høyesterett.

Anken bygger i betydelig utstrekning på anførsler knyttet til et regelverk som ikke var gjeldende rett på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Bank 1 er av den oppfatning at dette, i tillegg til at de ankende parter ikke er å anse som forbrukere, gjør at saken er uten prinsipiell interesse.

For det tilfellet at samtykke gis, vil Bank 1 for Høyesterett nedlegge påstand om at anken skal forkastes og at de ankende parter skal dømmes til å betale saksomkostninger.

Bank 1 vil påberope seg de samme anførsler og bevis for Høyesterett som for lagmannsretten.

2. Bakgrunn

De ankende parter har fått realitetsprøvd sine anførsler for tingretten og lagmannsretten. Etter konkrete vurderinger har begge instanser funnet at de ankende parter ikke kan få medhold i sine anførsler og Bank 1 er tilkjent fulle saksomkostninger. Lagmannsrettens avgjørelse er enstemmig.

Det er i avgjørelsene lagt til grunn at de ankende parter fikk avtalevilkårene forklart før avtaleinngåelse, at de forsto hvilken betydning vilkårene ville få for selskapets likviditet og muligheter for å tilbakebetale aksjonærlånet, og at det uansett ikke finnes holdepunkter for at de ville ha handlet annerledes om de var gitt bedre tid til å områ seg. Bank 1 slutter seg til dette.

Det bemerkes at lagmannsretten også i sin innledende behandling av saken vurderte å nekte anken fremmet i medhold av tvisteloven § 29-13 (2).

Saken ble av de ankende parter også klaget inn for Finansklagenemnda. Saken ble avvist da de ankende parter ikke var å anse som forbrukere.

3. Det er ikke grunnlag for samtykke til å fremme anken, jf. tvisteloven § 30-4

3.1 Innledning

Etter Bank 1 sin oppfatning er ikke vilkårene for samtykke til fremme av anken i tvisteloven § 30-4 (1) andre punktum oppfylt, da anken ikke gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken avgjort av Høyesterett. Terskelen for samtykke er høyt, jf. Schei, tvisteloven, kommentarutgave, 2.utgave, bind II s. 1077.

3.2 Forbrukerperspektivet

Etter Bank 1 sitt syn er det et bærende element i ankeerklæringen at de ankende parter er forbrukere. Om de ankende parter ikke er forbrukere kan det ikke foreligge brudd med forbrukerdirektivet. Videre vil vurderingene i forhold til eventuelle brudd på finansavtalelovens bestemmelser være uten eller i det minste av mindre prinsipiell karakter om forpliktelsene ikke følger av preseptorisk lovgivning.

Bank 1 vil anføre at Bilek og Hervig ikke er forbrukere i henhold til finansavtalelovens regler. Det medfører ikke riktighet at Bank 1 endret sin anførsel etter de ankende parter prosedyre i lagmannsretten, som hevdet på s. 7 i ankeerklæringen. Bank 1 sin anførsel for lagmannsretten knyttet til dette forhold er inntatt i første avsnitt på s. 8 i lagmannsrettens dom.

Finansklagenemnda la til grunn at Bilek og Hervig ikke var forbrukere. Saken ble derfor avvist fra videre behandling. Det vises til faktisk utdrag s. 200. Der det heter:

«Basert på de opplysninger som foreligger om formålet med de omtvistede låneopptakene, legger vi til grunn at lånene ikke er tatt opp av klageren i egenskap av forbrukere».

Finansklagenemnda har basert sin avgjørelse på at de ankende parter var majoritetsaksjonærer, med ledende stillinger henholdsvis daglig leder og styremedlemmer, i selskapet som skulle motta midlene tilført ved låneopptaket.

Spørsmålet om de ankende parter er forbrukere har, som både tingretten og lagmannsretten riktig har lagt til grunn, ikke betydning for avgjørelsen av de rettslige anførsler i saken. Bank 1 vil imidlertid hevde at forholdet er sentralt i forhold til om en avgjørelse har prinsipiell interesse. De ankende parter har ikke den interesse som finansavtalelovens forbrukerbestemmelser eller forbrukerdirektivet er ment å verne.

Det at finansavtaleloven i denne saken kommer til anvendelse er grunnet i valgt kontraktsformuler. Dette gjør saken spesiell og dermed mindre prinsipiell. En avgjørelse i saken fra Høyesterett vil ha sterkt begrenset betydning utenfor saken.

3.3 Merknader til punkt 2 i anken

3.3.1 Innvendinger i forhold til de anførte prinsipielle problemstillinger

De ankende parter har i ankeerklæringen punkt 2 søkt å gi en oversikt over sakens rettslige spørsmål, og de rettslige spørsmål de ønsker at Høyesterett skal behandle. Det heter at «Høyesterett bes om å behandle og klargjøre reglene om finansinstitusjoners prekontraktuelle

omsorgs- og informasjonsforpliktelser ved inngåelse av låneavtaler slik de fremkommer i lov av 25.06.1999 (heretter finansavtaleloven) §§ 46 og 46 a, 46 b og 46 c».

Kredittavtalene tvisten gjelder ble inngått i september 2007. Bank 1 anfører at det er finansavtaleloven slik den lød på tidspunktet for inngåelse av kredittavtalen, som kommer til anvendelse i saken. Forbrukerdirektivet av 2008/48/EF er således uten eller av svært begrenset interesse for avgjørelse av tvisten.

Det er i ankeerklæringen hevdet at partene er enige om at den etterfølgende revisjonen av finansavtalelovens regler ikke medfører noen realitetsendring for vurderingen i denne saken. Dette medfører ikke riktig.

Bank 1 er av den oppfatning at reguleringen av tidspunktet for oppfyllelse av den prekontraktuelle opplysningsplikten i finansavtaleloven § 46 a, (tidligere § 46), der ordlyden er endret fra «før» kredittavtalen inngås til i «god tid før» kredittavtalen inngås, ikke innebærer en realitetsendring av betydning for løsning av tvisten.

Omfanget av opplysningsplikten må imidlertid løses etter gjeldende rett på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Pliktene ble utvidet ved opplistingen gjort i finansavtaleloven § 46 a. Dette for oppfyllelse av krav satt i forbrukerdirektivets bestemmelser. Det vises til NOU 2009:11 punkt 5.3.3 Gjeldende rett og behovet for ny lovgivning.

Finansavtaleloven §§ 46 b og 46 c var nye da de trådte i kraft i 10. juni 2010. Bestemmelsene kan følgelig ikke komme til anvendelse i saken. Finansavtaleloven § 46, som gjelder markedsføring av kreditt, utvidet opplysningsplikten ved markedsføring av kreditt da den trådte i kraft i juni 2010. Det anføres at det er forpliktelsene slik de fremkom etter gjeldende rett på tidspunktet for kontraktsinngåelse som må være avgjørende for saken.

Denne saken gir følgelig ikke Høyesterett en anledning til å vurdere innholdet av de prekontraktuelle pliktene slik de er angitt i gjeldende rett i finansavtaleloven. Saken har således sterkt begrenset interesse utover løsningen av denne saken.

3.3.2 Anførsler om at lagmannsrettens dom er i strid med EØS-avtalen

De ankende parter har videre gjort gjeldende at lagmannsrettens rettsanvendelse er et brudd på sentrale EU/EØS direktiver og derfor Norges folkerettslige forpliktelser, fordi det er sett bort fra finansavtaleloven § 46.

Bank 1 deler ikke de ankende parters oppfatning om at lagmannsretten har oversett finansavtalelovens § 46. Lagmannsretten har derimot en inngående drøftelse av hvilke krav til prekontraktuell opplysningsplikt som stilles etter bestemmelsen. Det vises til s. 10 og 11 i lagmannsrettens dom.

Det lagmannsretten ikke går nærmere inn i er «*grunnlaget*» for opplysningsplikten etter § 46. Følgelig om opplysningsplikten i finansavtaleloven § 46 følger av bruken av kontraktsformularet, eller som anført av ankemotparten, at Bilek og Hervig er forbrukere etter finansavtaleloven § 2. Bank 1 deler lagmannsrettens vurdering av at spørsmålet om grunnlaget for opplysningsplikten etter finansavtaleloven § 46, er uten betydning for resultatet av saken.

Forholdet utgjør da heller ikke noen folkerettsbrudd, både fordi plikten etter finansavtaleloven § 46 er vurdert, og fordi de folkerettslige forpliktelsene etter direktivet ikke kommer til anvendelse i saken da avtaleinngåelse ligger forut i tid for vedtakelsen av forbrukerdirektivet.

De ankende parter har videre anført at lagmannsrettens rettsanvendelse er uriktig i forhold til avtalelovens § 36 og forbrukerperspektivet. Lagmannsrettens har lagt til grunn at hvorvidt Hervig og Bilek er «forbrukere» er uten direkte betydning for anvendelsen av avtalelovens § 36. Det er lagt til grunn at styrkeforholdet mellom partene likevel er av sentral betydning. Bank 1 er av den oppfatning at dette er uttrykk for en riktig rettsanvendelse og at denne ikke er i strid med EØS-retten.

De ankende parter har anført at lagmannsretten har lagt en uriktig forståelse av bevisbyrdereglene til grunn. Bank 1 vil anføre at det ikke gjelder særskilte bevisbyrderegler som kommer til anvendelse i saken. Subsidiært anføres at bevisbyrden for at de ankende parter har mottatt rådgivning av en kvalitet og omfang som tilfredsstillende krav i gjeldende rett, er oppfylt.

Det kan uansett ikke være slik som de ankende parter synes å hevde, at det kun er en rent språklig fortolkning av møtereferatet som kan vektlegges i bevisvurdering. Retten må høre og vurdere andre bevis som e-poster og vitneforklaringer som også er egnet til å kaste lys over situasjonen på tidspunktet for avtaleinngåelse. Lagmannsretten har gjennomført en slik fri bevisvurdering, som anføres å være i samsvar med gjeldende rett.

3.4 Faktum

I punkt 4.3 nedenfor er det søkt redegjort for partens uenighet knyttet til sakens faktiske omstendigheter. Partenes uenighet på dette punkt underbygger at saken er mindre egnet for behandling i Høyesterett. Sakens utfall er, som også lagmannsrettens dom godt illustrerer, avhengig av en konkret bevisbedømmelse.

4. Lagmannsrettens dom er riktig

4.1 Innledning

For det tilfellet Høyesterett skulle komme til at det bør gis samtykke til å fremme saken, anfører Bank 1 subsidiært at lagmannsrettens dom er riktig. Bank 1 kan i denne sammenheng i all hovedsak slutte seg til lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse. De ankende parteres anførsler i anken til Høyesterett innebærer i mindre utstrekning noe materielt nytt, og Bank 1 vil påberope seg de samme anførsler og bevis for Høyesterett som for lagmannsretten. De ankende parter har enkelte nye anførsler samt anførsler som tidligere er frafalt som igjen synes å være fremsatt for Høyesterett. Disse vil kort bli gjennomgått i punkt 4.4, nedenfor.

4.2 Nærmere om lagmannsrettens rettsanvendelse

Det anførte grunnlag for revisjon av kredittavtalene var avtaleloven § 36. Lagmannsretten har riktig lagt til grunn at et eventuelt brudd med finansavtaleloven § 46 etter omstendighetene kan veie tungt i vurderingen av om avtaleloven § 36 får anvendelse. Bank 1 er videre enig med

lagmannsretten i at forutsetningen for at brudd på opplysningsplikten skal veie tungt i forhold til revisjon etter § 36, er at bruddet faktisk medfører at låntakers stilling ble negativt påvirket sammenlignet med sannsynlige alternative scenarier.

Lagmannsrettens rettsanvendelse knyttet til finansavtaleloven § 46 er riktig. Det sentrale er at låntaker har fått et kvalifisert grunnlag for beslutning på tidspunktet for avtaleinngåelse. Det er etter Bank 1 sitt syn lagmannsrettens bevisvurderingen og subsumsjonen som de ankende parter i realiteten angriper.

Lagmannsretten legger videre en riktig forståelse av avtalelovens § 36 til grunn. Bank 1 er enige i at spørsmålet om de ankende parter er «forbrukere»; «er uten direkte betydning for anvendelsen av § 36». Videre at «styrkeforholdet mellom partene er likevel av sentral betydning», jf. siste avsnitt på side 11 i lagmannsrettens dom. Bank 1 er også på dette punkt av den oppfatning at de ankende parter ønsker overprøvd lagmannsrettens bevisvurdering.

4.3 Faktum

De ankende parter hevder i ankeerklæringen at Høyesterett i det alt vesentlige kan legge lagmannsrettens faktumbeskrivelse til grunn. De ankende parter fremmer i ankeerklæringen på side 3-6 likevel en rekke faktiske anførsler som lagmannsretten ikke har funnet det nødvendig å ta stilling til. Partene er på vesentlige punkter uenige i faktum knyttet til disse anførselene. Bank 1 vil fremheve enkelte faktiske omstendigheter partene er uenige om.

For det første ble vedtaket fra kredittkomiteen den 25. september 2007 ikke meddelt de ankende parter. Det var telefonkontakt mellom partene der det ble gitt uttrykk for at vilkårene for kreditten til de ankende parter ville bli til på veien. Det foreligger følgelig kun et tilbud i saken, som ble videreformidlet i møte den 28. september 2007.

For det andre foreligger ingen e-postkontakt mellom partene i perioden 25. september 2007 til 28. september 2007.

For det tredje hadde Bank 1 ikke kunnskap om at Orion ikke kunne gjøre opp aksjonærlånet. Det budsjett som Orion arbeidet etter ville ved oppfyllelse gi rom for dekning av også aksjonærlånet. Det er de ankende parter som var nærmest til å vurdere hvorvidt Orion kunne oppfylle sine forpliktelser.

For det fjerde økte Bank 1 sin eksponering knyttet til Orion fra utbetaling av de omstridte lånene til den ekstraordinære nedbetalingen av Orions gjeldsbrev fant sted. Orions gjeld til banken var i denne perioden uendret. Banken hadde imidlertid redusert sin sikkerhet for engasjementet ved nedkvittring av de ankende parteres kausjonsansvar.

For det femte utøvde Bank 1 intet press i forhold til inngåelse av låneavtalene. Bank 1 frarådet låneopptaket og ga de ankende parter en akseptfrist på 30 dager på fremsatt tilbud. Eventuelt press var skapt av det akutte likviditetsbehovet i Orion.

4.4 Nye anførsler

Saken dreide seg for lagmannsretten om anførsler om avtalerevisjon etter avtaleloven § 36 begrunnet i at de ankende parter ikke hadde fått tid til å områ seg før avtaleinngåelse.

Anførselen om at etterfølgende omstendigheter gjør låneavtalen kvalifisert urimelig, jf. ankeerklæring punkt 8, er ny for Høyesterett. Bank 1 vil anføre at etterfølgende forhold ikke gjør avtalen urimelig. Tvert imot var låneopptaket klart i de ankende parters interesse. De hadde ved låneopptaket i september 2007 et betydelig kausjonsansvar på hver kr. 1 770 000. Ved et opphør av virksomheten i 2007 ville de ankende parter, i tillegg til å miste salgssummen for aksjene til Media Bergen, trolig fått realisert et betydelig personlig kausjonsansvar.

Under hovedforhandling for lagmannsretten ble anførsler knyttet til ugyldighet etter avtaleloven § 33 frafalt. Det vises til lagmannsrettens gjengivelse av de ankende parters anførsler på s. 6 i dommen. I ankeerklæring på s. 7 og s. 12 er det igjen vist til avtaleloven § 33. Det er videre på s. 7 vist til revisjon etter avtaleloven § 37. De ankende parter har konkrete anførsler knyttet til denne bestemmelsen. Bestemmelsen regulerer vilkår som ikke er individuelt forhandlet. Det er ikke tvilsomt at avtalene som i denne saken er gjenstand for behandling, er individuelt forhandlet.

De ankende parter har under punkt 4 på s. 6 i ankeerklæringen nye anførsler knyttet til brudd på avtalefestede forpliktelser til god rådgivning. Det er ikke vist til hvilken avtale som regulerer forpliktelsen til å opptre som en god rådgiver. Foruten kausjonsavtalene og de omstridte kredittavtalene, er det ikke inngått avtaler mellom partene. Overnevnte avtaler har ingen regulering av noen rådgivningstjeneste. Det anføres at det ikke er inngått noen avtale om rådgivning mellom de ankende parter og Bank 1. Subsidiært anføres at den anførte avtalte om rådgivning er overholdt.

5. Avslutning og påstand

Med forbehold om ytterligere anførsler og bevis nedlegges slik

påstand:

Prinsipalt:

1. Anken tillates ikke fremmet.

Subsidiært:

1. Anken forkastes.

I begge tilfeller:

2. Bank 1 Oslo Akershus AS tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett.

Dette anketilsvar er utarbeidet i fem – 5 - likelydende eksemplarer, hvorav to -2- eksemplar er oversendt Borgarting lagmannsrett, to -2- eksemplar er sendt de ankende parters prosessfullmektige og ett -1- eksemplar beror her.

Oslo, 24. september 2015



Henning Bjørnstad
advokat