

UiO : **Det juridiske fakultet**

Om standardiseringen av en rettslig standard

En analyse av forbrukeravtaledirektivet og forholdet til avtaleloven § 36

Kandidatnummer: 753

Leveringsfrist: 25. november 2017

Antall ord: 17 623



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema.....	1
1.2	Rettskildebilde og metode.....	2
1.3	Avgrensninger og videre fremstilling	3
2	HVORFOR OG HVORDAN SENSURERE URIMELIGHET.....	5
2.1	Lempningsreglenes bakgrunn og formål.....	5
2.2	Avtaleloven § 36 som forbrukervernbestemmelse.....	8
2.2.1	Urimelighetsvurderingen	8
2.2.2	Sammenhengen mellom § 36 og forbrukeravtaledirektivet	11
2.3	Urimelighet som rettslig standard	13
2.3.1	Rettslige standarders styrker og svakheter	13
2.3.2	Internasjonale utfordringer og løsningen i forbrukeravtaledirektivet.....	15
3	LEMPNINGSREGLENE I FORBRUKERAVTALEDIREKTIVET.....	18
3.1	Urimelighetsstandarden	18
3.1.1	«God tro» og «betydelig skjevhet».....	18
3.1.2	Utviklingen av et autonomt urimelighetsbegrep	19
3.1.3	Sammenhengen mellom vilkårene.....	21
3.2	Klar kontraktsutforming og plikten til å informere.....	22
3.2.1	Klarhet som et eget krav	22
3.2.2	Pliktens nærmere innhold	23
3.3	Øvrige momenter i vurderingen	26
3.3.1	Vedlegget som vesentlig element	26
3.3.2	Avtalegjensstanden og sosiale hensyn	27
3.3.3	Andre direktivforpliktelser	28
3.4	Sammenfatning	29
4	BETYDNINGEN AV AT DIREKTIVET KOMMER TIL ANVENDELSE	31
4.1	Direktivets virkeområde og begrensninger	31
4.1.1	Avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende	31
4.1.2	Vilkår som ikke er individuelt fremforhandlet	33
4.1.3	Unntak fra prøvingsplikten	34
4.2	Prosessuelle konsekvenser	38
4.3	Urimelighetsvurderingen	39
4.4	Virkningene av urimelighet	42

4.4.1	Tilgjengelige virkemidler	42
4.4.2	Urimelighetens rekkevidde	44
5	AVSLUTNING	47
	KILDELISTE	48
5.1	Traktater	48
5.2	Lovgivning	48
5.2.1	Direktiver	48
5.2.2	EØS-komiteebeslutninger	49
5.2.3	Lover	49
5.2.4	Forskrifter	49
5.3	Forarbeider	50
5.4	Rettspraksis	50
5.4.1	Avgjørelser fra EU-domstolen	50
5.4.2	Generaladvokatinnstillinger	53
5.4.3	Avgjørelser fra EFTA-domstolen	54
5.4.4	Høyesterettsavgjørelser	55
5.4.5	Underrettsavgjørelser	55
5.5	Litteratur	55

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for denne oppgaven er sensur av urimelige kontraktsvilkår i avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende. Vilkår som er urimelige eller som det vil være i strid med god forretningsskikk å gjøre gjeldende, kan sensureres med hjemmel i både avtaleloven § 36 og § 37.¹ Sistnevnte bestemmelse ble lagt til i 1995 og tar sikte på gjennomføre EUs forbrukeravtaledirektiv.²

I forarbeidene konkluderer Justis- og beredskapsdepartementet med at det skal mer til for å sette et avtalevilkår til side etter forbrukeravtaledirektivet enn etter avtaleloven § 36.³ Departementet legger til grunn at vernet i stor grad er sammenfallende, og at den norske lempningsregelen uansett gir forbrukerne bedre beskyttelse.⁴ Uttalelsen kan gi inntrykk av at direktivet har liten betydning og at det derfor ikke er grunn til å følge med på rettsutviklingen i EU. Dette er trolig årsaken til at § 37 har blitt en mer eller mindre oversett bestemmelse som sjelden påberopes.⁵

Direktivet var helt nytt da det ble gjennomført i norsk rett, og departementets vurdering måtte baseres på direktivteksten og forarbeidene. Siden den gang har EU-domstolen avsagt over 130 avgjørelser om direktivet, og Norge er folkerettslig forpliktet til å sikre rettstilstanden direktivet til enhver tid krever. Denne oppgaven tar for seg spørsmålet om antakelsen i forarbeidene fremdeles kan legges til grunn, eller om rettsutviklingen de siste 22 årene har ført til at vi må revurdere dette standpunktet.

Oppgaven behandler to hovedtemaer. Det første er innholdet i forbrukeravtaledirektivets krav til rimelighetssensur. Det andre er hvilken betydning direktivet har for norske rettsanvendere og forbrukere. Oppgaven tar sikte på å vise at EU-reguleringen innebærer en standardisering av urimelighetsvurderingen slik at den på flere punkter skiller seg fra vurderingen etter avtaleloven § 36.

¹ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

² Direktiv 93/13/EØF ble innlemmet i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) ved EØS-komiteébeslutning nr. 7/94 av 21. mars 1994, og er inntatt i avtalens vedlegg XIX om forbrukervern. Avtaleloven § 37 ble tilføyd ved lov 6. januar 1995 nr. 1.

³ Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) s. 9.

⁴ Ibid. s. 8–9.

⁵ Et søk i Lovdata etter rettsavgjørelser vedrørende § 37 i perioden 1995–2017 ga 36 treff. Se note 84. Til sammenlikning ga et tilsvarende søk på § 36 totalt 2334 treff. Søkene ble gjort 21. november 2017.

1.2 Rettskildebilde og metode

Oppgaven reiser rettskildespørsmål av både norsk og EØS-rettslig karakter. Drøftelsen av avtaleloven § 36 som lempningsregel i forbrukertilfellene vil følge alminnelig, norsk juridisk metode. I analysen av urimelighetssensuren i forbrukeravtaledirektivet vil derimot EØS-rettslig metode være styrende.

EØS-retten bygger på et grunnleggende prinsipp om homogenitet, og dette innebærer at EØS-regelverket skal fortolkes og anvendes slik at rettstilstanden blir den samme i EØS som i EU.⁶ For å kartlegge EØS-regelverket må jeg derfor først fastlegge riktig fortolkning av EU-reglene, og deretter vurdere om løsningen kan overføres til EØS-retten.⁷

I EU-rettslig sammenheng er EU-domstolens tolkninger av traktatene og sekundærlovgivningen bindende for medlemslandene.⁸ Domstolens metode er derfor avgjørende for å kartlegge rettstilstanden i EU.⁹ Denne metoden kjennetegnes først og fremst av at formålsbetraktninger tillegges stor vekt, ofte på bekostning av ordlyden, og at forarbeider og nasjonal rettspraksis sjelden tas i betraktning.¹⁰ Bestemmelsene i forbrukeravtaledirektivet må leses i lys av sin kontekst, og her gir fortalen og forhistorien flere momenter til tolkningen.¹¹ Ettersom forbrukeravtaledirektivets sensurregel er utformet som en rettslig standard, er EU-domstolens praksis av sentral betydning. Enkelte steder viser jeg også til generaladvokatenes innstillinger, men kun for å kaste lys over avgjørelsene.¹²

EFTA-domstolen avgir tolkningsuttalelser om innholdet i EØS-retten, men skal ta «tilbørlig hensyn» til prinsipper som er fastlagt gjennom EU-domstolens praksis.¹³ EFTA-domstolen har kun avgitt to tolkningsuttalelser om forbrukeravtaledirektivet, og disse følger i det alt vesentligste EU-domstolens tidligere praksis. Eventuelle ulikheter vil bli påpekt der de er relevante, men det er forøvrig ingen holdepunkter for å anta at forbrukeravtaledirektivet skal forstås annerledes i EØS enn i EU.¹⁴

⁶ Se blant annet EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1, artikkel 6 og fortalens fjerde og femte betraktning jf. Fredriksen (2014) s. 40.

⁷ Fredriksen (2014) s. 217.

⁸ Traktaten om den Europeiske Union (TEU) artikkel 19.

⁹ Fredriksen (2013) s. 21.

¹⁰ Arnesen (2015) s. 29.

¹¹ Fredriksen (2014) s. 228.

¹² Om innstillingenes rettskildemessige betydning, se Fredriksen (2014) s. 245–246.

¹³ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA-avtalen) artikkel 3 nr. 2.

¹⁴ Arnesen (2016) s. 57.

EFTA-domstolens uttalelser er ikke bindende for norske domstoler.¹⁵ De må ta selvstendig stilling til hvordan EØS-retten skal forstås og anvendes, men det er sikker rett at EFTA-domstolens uttalelser må tillegges «vesentlig vekt» og at de bare kan fravikes der det foreligger «gode og tungtveiende grunner» for det.¹⁶ I tillegg innebærer prinsippet om EØS-konform tolkning at norske domstoler så langt det er mulig nå tolke norsk rett i tråd med EØS-retten.¹⁷

Målet med oppgaven er å kartlegge gjeldende rett, og jeg bruker derfor en rettsdogmatisk metode.¹⁸ Utover det som er nevnt over, reiser oppgaven ingen metodiske spørsmål som krever nærmere behandling.

1.3 Avgrensninger og videre fremstilling

Forbrukeravtaledirektivet etablerer en standard for når et vilkår i en avtale mellom en forbruker og en næringsdrivende er urimelig, og hvilke avtalerettslige virkninger dette har mellom partene. Denne delen av direktivet er gjennomført i avtaleloven § 37. I tillegg er medlemsstatene pålagt å sørge for at bruken av urimelige avtalevilkår i denne typen avtaler opphører. Denne delen er gjennomført i markedsføringsloven, og vil ikke bli drøftet i denne oppgaven.¹⁹

Opgaven har fem kapitler. I kapittel 2 gjør jeg rede for bakgrunnen til reglene om rimelighetssensur i norsk rett og i EØS-retten. Jeg drøfter også urimelighetsstandarden i avtaleloven § 36 og koblingen til forbrukeravtaledirektivet gjennom avtaleloven § 37. Målet er ikke å gi en uttømmende behandling av avtaleloven § 36, men å gi en oversikt over hvordan regelen fungerer i forbrukertilfellene. Deretter ser jeg på fordeler og ulemper ved regelutforming gjennom rettslige standarder og de særskilte internasjonale utfordringene som oppstår på direktivets område.

Kapittel 3 er en analyse av innholdet i lempningsreglene i forbrukeravtaledirektivet. Jeg tar utgangspunkt i urimelighetsstandarden slik den er formulert i direktivteksten og vurderer hvordan den har utviklet seg gjennom EU-domstolens praksis. Formålet er å kartlegge hvordan urimelighetsvurderingen gjøres, hvilke momenter som er relevante og hvor en eventuell «terskel» for urimelighet ligger i dag.

¹⁵ ODA-avtalen artikkel 34 (1).

¹⁶ HR-2016-2554-P *Holship* avsnitt 77, hvor det blant annet vises til Rt-2000-1811 *Finanger* s. 1820.

¹⁷ E-01/07 A, premiss 39.

¹⁸ En rettsdogmatisk fremgangsmåte innebærer at man klargjør og systematiserer ulike rettsspørsmål (Bernt (1998) s. 13).

¹⁹ Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. § 22 første og annet ledd. For mer om denne, se Huser (1984) s. 63–94. Jeg kommer likevel kort tilbake til bestemmelsen i punkt 3.2.1.

I kapittel 4 ser jeg på virkningene av at direktivet kommer til anvendelse. Jeg drøfter først direktivets anvendelsesområde og unntakene fra prøvingsplikten. Som vi skal se har direktivet prosessuelle konsekvenser, men det har også betydning for selve urimelighetsvurderingen og for hvilke rettsvirkninger urimelighet kan få i det konkrete tilfellet. Til slutt samler jeg trådene og oppsummerer funnene i kapittel 5.

2 Hvorfor og hvordan sensurere urimelighet

2.1 Lempningsreglenes bakgrunn og formål

Utgangspunktet i norsk rett og på det indre marked er at det er opp til avtalepartene å regulere sine egne kontraktsforhold. Avtalefriheten bygger på tanker om individuell autonomi og selvbestemmelsesrett, og det er opp til den enkelte *om* man vil inngå en avtale, *hvem* man vil inngå avtalen med og *hva* innholdet i avtalen skal være.²⁰ Forutsetningen er at avtaler inngås mellom mer eller mindre likeverdige parter basert på en fri og opplyst vilje.²¹ I mangle tilfeller sammenfaller imidlertid ikke partenes kunnskap og behov, og ofte er den ene partens forhandlingsposisjon sterkere enn den andres. Da kan det være fristende å misbruke avtalefriheten, eller i alle fall tøyne dens rimelige grense, ved for eksempel å gi vag informasjon eller innføre vilkår som er spesielt fordelaktige for en selv. I slike situasjoner er ikke avtalefriheten reell, og dette er hovedårsaken til at vi har regler om sensur av urimelige kontraktsvilkår, både nasjonalt og på EU-nivå.

I EU er forbrukervern et uttalt politisk mål,²² og forbrukerfeltet er det privatrettslige området som er mest inngående regulert på fellesskapsnivå. Forbrukeravtaledirektivet berører kjernen av kontraktsretten, og griper inn på et område hvor medlemsstatene tradisjonelt har hatt stor frihet. Direktivet er en av bærebjelkene i EUs forbrukerregelverk, og det er særegent fordi det i motsetning til andre forbrukerdirektiver dekker alle typer kontrakter mellom næringsdrivende og forbrukere.²³ I slike avtaleforhold antas det at faren for misbruk av avtalefriheten er spesielt stor. De næringsdrivende utformer som regel kontraktene sine på forhånd, og forbrukerne har sjelden mulighet til forhandling. 1970- og 80-tallet var preget av stor interesse for forbrukerspørsmål, og på denne tiden startet arbeidet med EUs forbrukerprogrammer. Forbrukeravtaledirektivet var det første ordentlige gjennomslaget, selv om den endelige direktivteksten ble langt mindre ambisiøs enn de første utkastene fra Kommisjonen.²⁴ Det var ikke uproblematisk å etablere denne typen sensur på fellesskapsnivå, og det kan antas at skepsisen gjaldt både kontraktsensur på EU-nivå og at andre lands rimelighetsstandarder skulle påvirke ens egen nasjonale rettstilstand.²⁵ Det tok derfor nesten 20 år fra ideen om direktivet oppstod til

²⁰ Giertsen (2014) s. 6.

²¹ Hauge (2009) s. 47.

²² Se forbrukervernbestemmelsen i Traktaten om den europeiske unions virkeområde (TEUV) artikkel 169, EØS-avtalen artikkel 72 og Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter (Charteret) artikkel 37.

²³ Sammenlikn eksempelvis direktiv 90/314/EØF (Pakkereisedirektivet), direktiv 97/7/EF (Fjernsalgsdirektivet) og direktiv 2008/48/EF (Forbrukerkredittdirektivet).

²⁴ For mer om direktivets tilblivelse, se Micklitz (2009) s. 123–127 og Nebbia (2007) s. 3–22. For en kort historisk gjennomgang av forbrukerpolitikk i EU, se Freedman (2016) s. 447–461.

²⁵ Se i denne retning Nebbia (2007) s. 7 og Micklitz (2014) s. 773.

det kunne gjennomføres, og i løpet av denne perioden rakk mye å endre seg i det juridiske landskapet.²⁶ Direktivet skulle være ledende og banebrytende, men endte med å følge etter nasjonale lovbestemmelser som var blitt vedtatt i mellomtiden.²⁷

En av disse bestemmelsene var avtaleloven § 36. Lovutvalget ble oppnevnt etter at Forbrukerrådet hadde etterlyst bedre forbrukervern ved standardkontrakter.²⁸ Samtidig må vi ikke undervurdere påvirkningen fra svensk og dansk rett, hvor vi finner tilsvarende bestemmelser.²⁹ Det viktigste hensynet bak innføringen av § 36 var ifølge departementet å hindre at den sterke parten utnytter sin posisjon, eller bruker sin innsikt og erfaring til å skaffe seg urimelige fordeler på den svakes bekostning.³⁰ Bestemmelsen legger altså opp til sensur av avtaleinnhold som av samfunnsmessige årsaker burde motvirkes.³¹ Tidligere fantes det generalklausuler i enkelte særlover, men utenfor deres virkeområde måtte domstolene tolke seg bort fra urimelige resultater ved å bruke ulike tolkningsteknikker.³² Paragraf 36 ga derfor domstolene et klart insentiv og virkemiddel for å drive åpen innholdskontroll på alle rettsområder. Samtidig håpet man at kontrollen også skulle ha en preventiv effekt på kontraktspraksis.³³

Direktivets mål om forbrukerbeskyttelse er sentralt i tolkningen av bestemmelsene.³⁴ Formålet presiseres og utdypes av EU-domstolen i flere avgjørelser. Direktivet hviler på en antakelse om at forbrukeren er i en svakere stilling enn den næringsdrivende, både hva gjelder kunnskap og forhandlingsstyrke, og at denne asymmetrien kun kan avhjelpes gjennom positive reguleringer uavhengig av kontraktspartene selv.³⁵ Målet om å skape balanse mellom kontraktspartene og verne forbrukeren som den antatt svakere parten, er altså noe avtaleloven § 36 og direktivet har til felles.

Samtidig må direktivet sees i sammenheng med etableringen av EUs indre marked. Selv om man hadde fjernet tollbarrierer og direkte handelshindringer, så man at skjulte hindringer fremdeles begrenset handelen mellom medlemsstatene.³⁶ Kommisjonens president, Jacques

²⁶ Nebbia (2007) s. 8.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 4.

²⁹ Huser (1984) s. 19. Disse trådte i kraft i 1976 og 1975.

³⁰ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 11.

³¹ Woxholth (2014) s. 241.

³² Andenæs (1989) s. 58.

³³ NOU 1979:32 s. 39–40.

³⁴ Fortalens åttende, niende og tiende betraktning.

³⁵ Først uttalt i forente saker C-240/98 til C-244/98 *Océano*, premiss 25 og 27. Dette gjentas i nærmest alle avgjørelser, senest i C-186/16 *Andriciuc*, premiss 44.

³⁶ Sejersted (2011) s. 28 og fortalens første betraktning.

Delors, iverksatte derfor en ambisiøs handlingsplan for å ferdigstille det indre marked innen utgangen av 1992.³⁷ Et viktig virkemiddel var å etablere felles lovgivning på en rekke områder, og forbrukeravtaledirektivet var en del av dette arbeidet. Store forskjeller i medlemslandenes regulering av forholdet mellom forbrukere og næringsdrivende skapte ulike konkurransevilkår og begrenset handelen.³⁸ Tanken var at hvis forbrukerne er usikre på rettighetene sine i kontrakter med utenlandske tilbydere, vil de foretrekke tilbydere i sitt eget hjemland.³⁹ Direktivet skulle altså å lette etableringen av det indre marked, stimulere til økt konkurranse og gi forbrukerne flere valgmuligheter.⁴⁰ Slike markedsrelaterede formål ligger ikke til grunn for avtaleloven § 36.

EU-domstolen har ved flere anledninger beskrevet direktivet som et nødvendig tiltak for å forbedre levestandarden og livskvaliteten i hele unionen.⁴¹ Sensur i konkrete tilfeller forventes å ha en preventiv effekt, og målet er på lengre sikt å rense markedet for urimelige vilkår.⁴² Dette vil naturligvis være en fordel for forbrukerne, men ikke minst for vare- og tjenesteflyten i det indre marked. Dette viser at direktivet er ment å ivareta hensyn utover beskyttelse av den enkelte forbruker. Slik Arnesen har uttrykt det, er direktivets hovedanliggende i større grad å sikre mot ulikhet enn urimelighet.⁴³ Her skiller det seg vesentlig fra avtaleloven § 36. Bestemmelsens eventuelle preventive virkninger ble ansett som positive bieffekter, men dette var ikke bestemmelsens primære funksjon. Formålet med § 36 er å hindre at konkrete avtaler får urimelige utfall, mens direktivets overordnede mål er å skape et velfungerende marked på tvers av medlemsstatenes grenser. Som vi skal se har dette betydning for både utformingen av reglene og hvilke rettsvirkninger de åpner for.

Før jeg går nærmere inn på innholdet i direktivet, vil jeg kort drøfte hvordan rimelighetssensur av forbrukerkontrakter foregår etter avtaleloven § 36. Det er skrevet mye og utfyllende om bestemmelsen, og ambisjonen er ikke å gi en uttømmende beskrivelse.⁴⁴ Formålet er å gi et

³⁷ Bernard (2016) s. 10–11.

³⁸ Fortalens andre og tredje betraktning.

³⁹ Nebbia (2004) s. 255. Kommisjonens forbrukerundersøkelse fra 2017 viser at skepsisen og uvitenheten i dag er større blant forhandlerne enn forbrukerne. Særlig ved handel over internett er de næringsdrivende bekymret for svik og manglende betaling, men også for forskjeller i nasjonale regler om skatt, kontrakter og forbrukervern (Kommisjonen (2017)).

⁴⁰ Fortalens sjette og syvende betraktning.

⁴¹ C-168/05 *Mostaza Claro* premiss 37, gjentatt i blant annet C-243/08 *Pannon* premiss 26 og C-618/10 *Banco Español* premiss 67.

⁴² Rott (2016) s. 289 og Generaladvokat Tizzanos innstilling i C-473/00 *Cofidis*, premiss 63.

⁴³ Arnesen (1996) s. 886.

⁴⁴ Eksempelvis Giertsen (2014) s. 201–274, Hagstrøm (1994), Hauge (2015), Hov (2009) s. 391–424, Woxholth (2013) og (2014) s. 294–365. Se også Andersen (2012) s. 198–237 og Andersen (2013) s. 418–

sammenlikningsgrunnlag for drøftelsen av forbrukeravtaledirektivet. Der jeg mener det er klare forskjeller på avtalelovens løsning og direktivet, vil dette kommenteres kort. Forskjellene utdypes og drøftes nærmere i kapittel 3 og 4.

2.2 Avtaleloven § 36 som forbrukervernbestemmelse

2.2.1 Urimelighetsvurderingen

Det følger av avtaleloven § 36 første ledd at en avtale helt eller delvis «kan settes til side for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende». Ved avgjørelsen skal det etter andre ledd «tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.»

Bestemmelsen rammer etter ordlyden både urimelige avtaler og avtaler som strider mot god forretningsskikk. «God forretningsskikk» brukes normalt som et krav til adferd i forretnings-sammenheng, både i forbindelse med markedsføring, inngåelse og gjennomføring av avtaler.⁴⁵ Kriteriet har fått liten betydning i praksis, fordi en avtale som strider mot god forretningsskikk som regel også vil være urimelig å gjøre gjeldende. Dette ble også lagt til grunn i forarbeidene, og kriteriet ble i all hovedsak tatt med i lovteksten for å fremheve at dersom en part har opptrådt i strid med slike normer, bør dette tillegges vekt i vurderingen.⁴⁶

Ordlyden legger opp til en konkret og samlet helhetsvurdering, og Høyesterett har slått fast at det avgjørende er en totalbedømmelse av avtaleforholdet.⁴⁷ Etersom det avgjørende er om avtalen som *helhet* gir et urimelig resultat, kan et urimelig avtalevilkår oppveies av et eller flere rimelige. Dette stiller seg annerledes etter direktivet, hvor vi skal se at fokus er rettet mot det enkelte vilkår.

Det understrekes i forarbeidene at «urimelig» er «et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope».⁴⁸ At det kan tenkes andre mer rimelige løsninger er ikke tilstrekkelig, og det avgjørende er om «vilkåret i det konkrete tilfellet er så urimelig at *dommeren* ikke finner å kunne opprettholde det uforandret» [min kursivering].⁴⁹ Avtaleforholdets egenart vil

445 om § 36 i den danske aftaleloven (lovbekendtgørelse nr. 193 af 3. mars 2016 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område).

⁴⁵ Kjølven (2012) s. 394.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 31.

⁴⁷ Rt-2013-388 *Røeggen* avsnitt 51.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 30.

⁴⁹ *Ibid.*

derfor være sentralt i vurderingen.⁵⁰ Forarbeidene er relativt gamle, og både Giertsen og Woxholth har vært skeptiske til at disse skal være avgjørende for dagens urimelighets- terskel.⁵¹ De mener at forarbeidene er flertydige og at samfunnets syn på vern av svake kontraktparter har endret seg. Etter min oppfatning er ikke kritikken helt treffende. Forarbeidsuttalelsene viser til dommerens vurdering og konkrete skjønn (se kursivering i sitatet over), og denne må man kunne anta at har endret seg og vil kunne forandres i fremtiden.

Høyesterett har lagt til grunn at det er «de klare, i betydningen tydelige, urimeligheter» som kan sensureres i forbrukerforhold.⁵² Woxholth har tolket dette som et krav om kvalifisert urimelighet, og han innvender at terskelen ikke bør ligge så høyt i forbrukertilfellene.⁵³ Etter min oppfatning er ikke denne tolkningen den mest nærliggende. Formuleringen til førstvoterende må leses i sammenheng med følgende sitat fra forarbeidene:

En formulering som «klart» urimelig i selve lovteksten, vil imidlertid lett virke som et ytterligere krav om kvalifisert urimelighet (ikke bare om tydelig eller utvilsom urimelighet), som man altså ikke finner ønskelig.⁵⁴

Etter min oppfatning er det naturlig å forstå dette som at urimeligheten ikke må være vesentlig eller kvalifisert, men at den tydelig må kunne påvises.⁵⁵

Vurderingstemaet er hvorvidt det er urimelig å gjøre avtalen gjeldende. Tyngdepunktet i vurderingen forskyves derfor til oppfyllelesstadiet, og målestokken som legges til grunn skal speile rettsoppfatningen på tidspunktet spørsmålet oppstår.⁵⁶ En rettsutvikling med økende vekt på forbrukervern og skjerpede krav til den næringsdrivende, vil derfor komme forbrukerne til gode. Dette tydeliggjøres også i annet ledd, hvor det fremgår at man skal ta hensyn til «senere inntrådte forhold». Et vilkår som var rimelig da avtalen ble inngått, men som har blitt urimelig på grunn av utviklingen i ettertid, kan altså settes til side.⁵⁷ Det understrekes i forarbeidene at det generelt vil være mer rom for denne typen sensur i forbrukeravtaler enn kon-

⁵⁰ Rt-2012-355 *Lognvik*, avsnitt 56.

⁵¹ Giertsen (2014) s. 225–226 og Woxholth (2013) s. 268–269 og (2014) s. 298.

⁵² Rt-2012-355 *Lognvik*, avsnitt 56. Vises til i Rt-2013-388 *Røeggen*, avsnitt 53.

⁵³ Woxholth (2013) s. 266–269.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 30. Sitatet er inntatt i dommens avsnitt 55.

⁵⁵ Dette skiller seg fra avtaler mellom næringsdrivende, hvor Høyesterett i Rt-2012-1537 avsnitt 46 uttalte at «[t]erskelen for lemping er høy - det er de *helt klare* urimeligheter som rammes [min kursivering].» Førstvoterende viser til Rt-2003-1132 avsnitt 46, hvor karakteristikken «kvalifisert urimelighet» er brukt for å angi grensen.

⁵⁶ Hagstrøm (1994) s. 135–136.

⁵⁷ Rt-1988-276 *Røstad* og Rt-1988-295 *Skjelsvik* illustrerer dette. I begge sakene ble en avtalt festeavgift ansett for å være urimelig lav på grunn av langvarig inflasjon. Høyesterett sammenliknet kroneverdien på avtaleinngåelsestidspunktet med kroneverdien på domstidspunktet og oppjusterte festeavgiften.

trakter mellom profesjonelle, hvor hensynet til forutberegnelighet er særlig viktig.⁵⁸ Her skiller § 36 seg fra direktivet, hvor rimelighet vurderes ut fra forholdene på avtaleinngåelsestidspunktet.⁵⁹

Utgangspunktet for vurderingen er avtalens innhold, og forarbeidene lister opp enkelte typetilfeller hvor bestemmelsen kan komme til anvendelse.⁶⁰ Det fremheves at generalklausulen bør komme til anvendelse dersom avtalen medfører en urimelig fordeling i partenes rettigheter og plikter, eller hvis avtalen skaper en ubalanse i partenes ytelser. Eksemplene er generelle, og de har flere likhetstrekk med eksempelvilkårene EU-lovgiver nevner i vedlegget til forbrukeravtaledirektivet.

Bestemmelsen er generell og gjelder alle formuerettslige kontrakter,⁶¹ men «partenes stilling» skal vektlegges i den konkrete vurderingen. Dette viser at standarden er relativ og at terskelen vil variere ut fra partenes status og posisjoner. At en part er forbruker vil være et viktig moment, men samtidig har det betydning i *hvilken grad* parten er underlegen. Til sammenlikning opererer direktivet med en objektiv forbrukerdefinisjon, og hvis du først er omfattet har du krav på det vernet direktivet gir.

Avtaleloven har i utgangspunktet egne bestemmelser om tilblivelsesmangler,⁶² men «forholdene ved avtalens inngåelse» er likevel et relevant moment i vurderingen etter § 36. Forarbeidene forutsetter at § 36 skal fungere som et supplement til de øvrige ugyldighetsreglene og at terskelen skal være lavere for å nå frem.⁶³ Dette er trolig grunnen til at § 36 i økende grad påberopes ved tilblivelsesmangler.⁶⁴ Paragraf 36 ble lansert som en forbrukervernbestemmelse, men påfallende få forbrukersaker har blitt behandlet av Høyesterett. Det kan være flere årsaker til dette. En nærliggende forklaring er at forbrukersakene stort sett avgjøres lengre ned i domstolshierarkiet og i forbrukernemndene. I tillegg har det blitt vedtatt en rekke ufravikelige forbrukerlover, og bestemmelsen har derfor fått et relativt lite virkeområde i forbrukertilfellene.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 36.

⁵⁹ Artikkel 4 nr. 1.

⁶⁰ NOU 1979:32 s. 52–54.

⁶¹ Avtaleloven § 41.

⁶² Se eksempelvis §§ 28, 29, 30 og 33, hvor det stilles krav til at avtalen ikke er fremkalt ved vold, trusler, tvang eller svik, at partene har opptrådt redelig og gitt hverandre relevant informasjon.

⁶³ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 33.

⁶⁴ Woxholth (2013) s. 270. Dette illustreres av Rt-2012-355 *Lognvik*, Rt-2012-1926 *Fokus Bank* og Rt-2013-388 *Røeggen*.

Plenumsavgjørelsen *Røeggen* er det første tilfellet hvor Høyesterett legger avgjørende vekt på ubalansen i partenes styrkeforhold i en sak etter § 36.⁶⁵ Saken gjaldt gyldigheten av to avtaler mellom DNB og forbrukeren *Røeggen* om investering i indeksobligasjoner. Kjøpet var finansiert gjennom et lån i samme bank, og ved forfall skulle *Røeggen* få tilbakebetalt obligasjonsbeløpet og eventuell avkastning. Avkastningen ble bestemt ut fra utviklingen i indeksene, men indeksene falt og avkastningen uteble. Høyesterett fant det bevist at bankens markedsføring av produktet hadde vært villedende, og at det var flere feil i prospektet.⁶⁶ Det var likevel ikke grunnlag for å tilsidesette avtalen alene på grunn av innholdsmanglene.⁶⁷ Det avgjørende var at det som følge av balansen i avtaleforholdet måtte stilles særlige krav til bankens informasjon og veiledning.⁶⁸ *Røeggen* var en ikke-profesjonell investor uten særlige forhåndskunnskaper, og førstvoterende la til grunn at dersom bankens fremstilling hadde vært mer nøktern, ville han avstått fra å inngå avtalen.⁶⁹ Etter en samlet vurdering av avtalens innhold, balansen mellom partene og manglene ved tilblivelsen, ble avtalene derfor satt til side.

2.2.2 Sammenhengen mellom § 36 og forbrukeravtaledirektivet

Avtaleloven § 37 gjennomfører forbrukeravtaledirektivet i norsk rett. Etter direktivet skal et vilkår anses som urimelig hvis det «til tross for kravet om *god tro*, medfører en *betydelig skjevhet*» [mine kursiveringer] i partenes rettigheter og plikter til skade for forbrukeren.⁷⁰ Direktivet har et vedlegg med en veiledende liste over vilkår som kan anses som urimelige. Direktivteksten inneholder enkelte momenter og presiseringer av hvordan standarden skal tolkes, men det nærmere innholdet er utviklet gjennom EU-domstolens praksis. Denne vil bli behandlet i kapittel 3.

Generelt preges direktivteksten av at den ble til gjennom forhandlinger mellom jurister fra ulike rettstradisjoner. Det man kunne enes om ble en minimumsharmonisering, og de åpner for at medlemsstatene kan vedta eller opprettholde «strengere bestemmelser» for å sikre et mer omfattende forbrukervern enn direktivet krever.⁷¹ Forutsetningen er selvfølgelig at dette gjøres innenfor rammene den øvrige EØS-retten setter.⁷²

⁶⁵ Rt-2013-388.

⁶⁶ Avsnitt 114 og 115.

⁶⁷ Avsnitt 123.

⁶⁸ Avsnitt 123 til 125.

⁶⁹ Avsnitt 129.

⁷⁰ Artikkel 3 nr. 1.

⁷¹ Artikkel 8 og fortalens syttende betraktning jf. C-484/08 *Caja* premiss 40.

⁷² Arnesen (2016) s. 43.

Som nevnt innledningsvis la Justisdepartementet til grunn at direktivet stiller mindre strenge krav enn det som følger av avtaleloven § 36. I høringsbrevet står det at

[e]n samlet vurdering av kriteriene for å foreta lemping viser at det skal mer til for å tilside-
sette eller endre et avtalevilkår etter direktivet enn etter avtaleloven § 36. Norsk rett oppfyller
derfor direktivet på dette punkt.⁷³

Departementet understreket derfor at § 36 fremdeles skulle være den sentrale lempningsrege-
len i norsk rett.⁷⁴ Oppfatningen sammenfalt med forståelsen i de andre nordiske landene.⁷⁵
Ordlyden i § 37 gir heller ikke noe annet inntrykk. Urimelighet skal i alle tilfeller vurderes
etter § 36, og funksjonen til § 37 er å sammenfatte de særskilte forholdene rettsanvenderen må
ta høyde for i saker innenfor direktivets anvendelsesområde.⁷⁶ Fordi direktivets urimelighets-
vurdering ikke tar hensyn til etterfølgende omstendigheter, måtte det presiseres i § 37 at sene-
re inntrådte forhold ikke kan vektlegges til skade for forbrukeren.⁷⁷ Det ble lagt til grunn at
slike forhold likevel kan tas i betraktning når det er til forbrukerens gunst.⁷⁸ Direktivets uri-
melighetsstandard er tatt inn i § 37 (1) nr. 2. Hvis ett eller flere vilkår medfører en «betydelig
skjevhet» i partenes rettigheter og plikter til forbrukerens ugunst, «kan forbrukeren ved an-
vendelse av § 36 kreve at avtalen for øvrig skal være bindende for partene» dersom den kan
bestå uforandret. Som vi skal komme tilbake til i punkt 4.4, er det denne urimelighetsvirk-
ningen direktivet legger opp til.⁷⁹

Paragraf 37 fastslår at ved tvil om innholdet i et vilkår, skal det tolkes til fordel for forbruke-
ren.⁸⁰ Regelen gjennomfører direktivets artikkel 5 annet punktum, men antakelig fulgte dette
allerede av den ulovfestede ukklarhetsregelen.⁸¹ Paragraf 37 rommer også en regel om at det er
den næringsdrivende som har bevisbyrden for at et avtalevilkår er individuelt forhandlet.⁸²
Dette er en viktig regel i direktivet, ettersom det kun kommer til anvendelse på ikke-
individuelt fremforhandlede vilkår.⁸³

⁷³ Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) s. 9.

⁷⁴ Ibid. s. 3.

⁷⁵ Björk (2000) s. 89.

⁷⁶ Se også Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) s. 13: «Utkastet til § 37 inneholder utelukkende supplerende bestemmelser for enkelte bestemt angitte tilfeller.»

⁷⁷ § 37 (1) nr. 1.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) s. 8.

⁷⁹ Artikkel 6 nr. 1.

⁸⁰ § 37 (1) nr. 3.

⁸¹ Ot. prp. nr. 89 (1993–1994) s. 10.

⁸² § 37 (1) nr. 4.

⁸³ Artikkel 3 nr.1 jf. nr. 2 (1). Anvendelsesområdet behandles i punkt 4.1.

Norske domstoler har vært svært tilbakeholdne med å ta direktivet i bruk.⁸⁴ Så vidt meg bekjent er forholdet til direktivet bare behandlet av Høyesterett i *Røeggen*.⁸⁵ Røeggen hadde trukket inn forbrukeravtaledirektivet før behandlingen i Høyesterett, og Høyesterett måtte ta stilling til hvilken rolle dette skulle få i urimelighetsvurderingen. Førstvoterende viser til forarbeidsuttalelsene angående terskelen, og oppsummerer rettsstilstanden slik:

Når lovgiver tilføyde § 37 som følge av direktivet, var hensikten altså ikke å gi anvisning på en annen rimelighetsstandard enn den som følger av § 36. Jeg vil imidlertid føye til at direktivet må ses som uttrykk for et generelt syn om at forbrukere i møte med profesjonelle aktører har et særlig vern. Den betydelige tyngde forbrukerperspektivet har fått, må reflektere i den konkrete rimelighetsvurderingen.⁸⁶

Dette har blitt forstått som at direktivet ikke rekker lengre enn avtaleloven § 36 i forbrukertilfellene, og at det derfor ikke har noen egenverdi å drøfte direktivets materielle rimelighetskrav.⁸⁷ Samtidig kan det hevdes at resonnementet er noe svakt. Som Lilleholt har påpekt, kan uttalelsene i forarbeidene i beste fall si noe om hvordan departementet den gang vurderte vernet etter direktivet.⁸⁸ Departementet kan ha tatt feil allerede da, og uttalelsene sier i alle fall ikke noe om hvilke krav som stilles i dag.⁸⁹

Det samlede inntrykket av ordlyden, forarbeidene og rettspraksis er at direktivet er inntatt ved en klar gjennomføringsbestemmelse, men at det har en uklar betydning i norsk rett. Norge er like fullt forpliktet gjennom EØS-avtalen til å gi det vernet direktivet til enhver tid krever, og innenfor dets anvendelsesområde skal direktivets materielle krav til rimelighet overholdes.

2.3 Urimeighet som rettslig standard

2.3.1 Rettslige standarders styrker og svakheter

Både avtaleloven § 36 og direktivet er utformet som rettslige standarder. Rettslige standarder skiller seg fra andre regler ved at avgjørelsen av et rettsspørsmål ikke knyttes opp til konkrete, entydig konstaterbare kriterier, men viser til en målestokk som rettsanvenderen må benytte.⁹⁰ Rimelighetsstandardene er ulikt formulert i avtaleloven og direktivet, men de har til felles at

⁸⁴ Et søk i Lovdata etter rettsavgjørelser vedrørende § 37 i perioden 1995 til 2017 ga 36 treff. I tolv tilfeller ble bestemmelsen påberopt, men ikke vurdert av retten. I atten av sakene var det ukklarhetsregelen i § 37 (1) nr. 3 som ble påberopt, og i ett tilfelle ble det vist til bevisbyrderegelen i § 37 (1) nr. 4. I de resterende fem sakene ble urimelighetsvurderingen i § 37 nr. 2 nevnt i domspremissene og i varierende grad foretatt. Dette var i LB-1997-1699, TSTAV-2014-52307, LB-2015-37187, TBERG-2016-206673 og Rt-2013-388 *Røeggen*. Søk etter direktiv 93/13 ga to treff. Det ene var *Røeggen*, det andre var en sak om markedsføringsloven § 22 (LB-2007-20607). Søkene ble gjort 21. november 2017.

⁸⁵ Rt-2013-388.

⁸⁶ Avsnitt 60–61.

⁸⁷ Woxholth (2013) s. 284.

⁸⁸ Lilleholt (2013) s. 565.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Knoph (1939) s. 1–2.

utviklingen av det nærmere innholdet er overlatt til domstolene. Dette skyldes at det nærmest er umulig å gi presise og uttømmende retningslinjer for hvordan en generalklausul skal praktiseres, men uttrykker også et ønske om at reglene skal være dynamiske og utvikles i takt med samfunnet.⁹¹

Dette henger sammen med rettsreglenes formål og funksjon, som Knoph har beskrevet slik:

Litt skjematisk kan man uttrykke rettsordnens oppgave sånn, at den skal være en fast og sikker ytre ramme for menneskenes samfunsliv og kulturarbeide, og rammen skal dessuten svare til hvad rettferdigheten krever. Denne siste fordringen innebærer bla. a. at rettsbudene helst skal være slik formet at de gir fri adgang til å vurdere hvert enkelt tilfelle individuelt, og aldri bli stående stille, men følge med tiden og utviklingen. Samfundslivet er nemlig «organisk», d. v. s. ikke bare uendelig rikt på individuelle nyanser og variasjoner, men også i ustanselig bevegelse. Skal den ideale rettferdsfordring stilles tilfreds, må derfor rettsbudene selv ha lignende karakter.⁹²

Ved å utforme lempningsreglene som rettslige standarder har lovgiver tatt hensyn til at rimelighet må vurderes helt konkret, og at hva som anses som rimelig vil endres over tid. Dette gjør reglene fleksible og utviklingsdyktige. Dette er en fordel både i nasjonal sammenheng og når reglene skal implementeres i medlemsstater med ulik kultur og rettstradisjon.

Når ordlyden er generell og åpen, blir mye overlatt til den enkelte dommers skjønn. Den juridiske metoden setter rammer for drøftelsen, men det er vanskelig å komme unna at vurderingen får personlig farge.⁹³ Dette kan hevdes å være en utfordring, ettersom en av rettsreglenes fremste oppgaver er å verne mot subjektiv vilkårlighet.⁹⁴ Dette avhjelpest av at domstolene, med unntak av tingrettene, er kollegiale organer.⁹⁵ Dermed må den enkelte dommers oppfatning brynes mot de øvriges. Samtidig vil individuelle trekk ved hvert saksforhold ha stor betydning for utfallet. Som Hagstrøm har påpekt, kan dette føre til at prejudikatsdannelsen blir svak og at praksis blir vaklende, slik at reglene blir mindre effektive redskap i den større sammenheng.⁹⁶ Dette gjør det vanskeligere for den enkelte å vurdere sin rettsstilling.

Usikkerheten er forsøkt avhjulpet ved å angi sentrale momenter og eksempler på typetilfeller. Eckhoff har påpekt at det ofte er «forbausende godt samsvar mellom de standpunkter til utpregede skjønsspørsmål som trenede jurister kommer til.»⁹⁷ Han forklarer dette med at vi er

⁹¹ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 31.

⁹² Knoph (1939) s. 18.

⁹³ Ibid. s. 13.

⁹⁴ Ibid. s. 18.

⁹⁵ Lov 14. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven) §§ 5 og 12 (1). Tingretten settes derimot normalt med én dommer, jf. domstoloven § 21 (2).

⁹⁶ Hagstrøm (1994) s. 141.

⁹⁷ Eckhoff (2010) s. 29.

bundet av de samme rettskildes prinsippene og at jurister utvikler en felles faglig tenkemåte.⁹⁸ I tillegg fremhever han at vi kommer fra samme kultur og har relativt lik verdioppfatning.⁹⁹ Som Arnesen har påpekt, skrev Eckhoff trolig dette med norske forhold i tankene, og antakelsen slår ikke til på samme måte i en internasjonal kontekst.¹⁰⁰ Dette gjør at man får noen ekstra utfordringer ved bruk av rettslige standarder på EU-nivå.

2.3.2 Internasjonale utfordringer og løsningen i forbrukeravtaledirektivet

Rimelighet handler i stor grad om å avveie verdier og hensyn opp mot hverandre. Forbrukeravtaledirektivet forsøker å etablere en felles og enhetlig standard for når et avtalevilkår er urimelig, og en åpenbar utfordring er at oppfatningene våre påvirkes av blant annet historie, kultur, verdier og rettstradisjon. Her er det store variasjoner mellom medlemslandene. I tillegg skal den fellesskapelige rimelighetsstandarden fungere i en nasjonal kontekst og i et samspill med regelverket som allerede finnes.¹⁰¹ Selv om mye av den offentligrettslige lovgivningen i EU er harmonisert, er det fremdeles store variasjoner i medlemslandenes privatrettslige regelverk.

Dette er bakgrunnen for arbeidsfordelingen EU-domstolen har utviklet i håndhevelsen av forbrukeravtaledirektivet. Jeg vil illustrere dette med utgangspunkt i *Océano*, EU-domstolens første avgjørelse om urimelighetsstandarden.¹⁰² Saken omhandlet spanske forbrukere som hadde kjøpt leksikon på avbetaling, og som etter hvert unnlot å betale. Kjøpskontrakten hadde en klausul om tvunget verneting i Barcelona, hvor selger hadde sitt forretningssted. Hovedspørsmålet for EU-domstolen var om vernetingsklausulen var urimelig, og spørsmålet ble besvart bekreftende.¹⁰³ Domstolen vektla at vilkåret påla forbrukerne en byrde ved å gjøre det vanskelig og tidkrevende å møte i retten langt unna deres egne bosted, og at slike hindringer kunne være nok til at forbrukerne ikke ivaretok interessene sine.¹⁰⁴ *Océano* er den eneste avgjørelsen hvor EU-domstolen avsier dom for at et vilkår er urimelig. Etter dette ble kursen lagt om, og i *Hofstetter* fastslår Domstolen at den konkrete urimelighetsvurderingen må gjøres av de nasjonale domstolene.¹⁰⁵ EU-domstolen legger til grunn at et vilkårs rimelighet må vurderes ut fra den nasjonale konteksten kontrakten inngår i, og dette er de nasjonale domstolene nærmest å vurdere.¹⁰⁶ EU-domstolens rolle er å tolke direktivbestemmelsene og oppstille

⁹⁸ Eckhoff (2010) s. 29.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Arnesen (1996) s. 888.

¹⁰¹ Ibid. s. 890.

¹⁰² Forente saker C-240/98 til C-244/98.

¹⁰³ Premiss 24.

¹⁰⁴ Premiss 22.

¹⁰⁵ C-237/02, premiss 18.

¹⁰⁶ Premiss 21.

rammene for urimelighetsvurderingen, mens de nasjonale domstolene subsumerer og gjør den konkrete vurderingen.¹⁰⁷ En relativt stor skjønnsfrihet er altså overlatt til de nasjonale domstolene.

Dette er egentlig ikke kontroversielt.¹⁰⁸ Likevel er det delte meninger om arbeidsdelingen er hensiktsmessig for utviklingen av fellesrettslige generalklausuler. Fredriksen har vært svært kritisk. Hans hovedinnvending er at dersom anvendelsen av generalklausulen overlates fullstendig til de nasjonale domstolene, blir det vanskelig å oppnå målet om en felles og enhetlig urimelighetsstandard.¹⁰⁹ I spørsmål om rimelighet blir skillet mellom tolkning og subsumsjon ofte utydelig, og Fredriksen etterlyser at EU-domstolen tar en mer aktiv rolle i utviklingen. Som han skriver, er det «forskjell på å utvise tilbakeholdenhet og å abdisere.»¹¹⁰ På den annen side er de nasjonale domstolene nærmest de faktiske omstendighetene, og har bedre forståelse for de nasjonale reglene kontrakten må sees i sammenheng med. Både dette og hensynet til EU-domstolens arbeidsbyrde tilsier at de konkrete vurderingene gjøres nasjonalt.¹¹¹ Jo klarere føringer EU-domstolen gir, desto mindre skjønnsfrihet får dessuten de nasjonale domstolene.

Etter Fredriksens artikkel i 2007 har EU-domstolen avsagt en rekke avgjørelser om direktivet, og etter min oppfatning har Domstolen tatt en langt mer aktiv rolle enn hva Fredriksen kanskje fryktet. Domstolen har utviklet en middelvei mellom startpunktet med full rimelighetsprøving i *Océano* og «abdiseringen» i *Hofstetter*.¹¹² I storkammeravgjørelsen i *Pénzügyi Lízing* slår EU-domstolen fast at dens kompetanse omfatter tolkning av begrepet «urimelig kontraktsvilkår» og innholdet i vedlegget til direktivet, men at den også skal utvikle kriteriene de nasjonale domstolene skal basere de konkrete vurderingene på.¹¹³ På denne måten kan EU-domstolen likevel lede an i utviklingen av rimelighetsstandarder på fellesskapsnivå, og EFTA-domstolen har lagt seg på samme linje.¹¹⁴ Selv om rimelighetsbegrepet krever normativ utfylling, er det like fullt et selvstendig fellesskapelig begrep som skal tolkes ensartet i alle

¹⁰⁷ Begrunnelsen for endringen kommer ikke tydelig frem av domspremissene. Generaladvokat Geelhoed virker å legge avgjørende vekt på C-478/99 *Kommisjonen mot Sverige*, hvor Domstolen fant at vedlegget ikke begrenser nasjonale domstolers skjønn i urimelighetsvurderingen (premiss 21). Ut fra dette og den abstrakte urimelighetsdefinisjonen i artikkel 3, slutter generaladvokaten i premiss 17 at EU-lovgiver ikke ønsket å bringe den konkrete urimelighetsvurderingen inn under fellesskapsrettens anvendelsesområde. EU-domstolen viser til de samme momentene, men vi finner ingen tilsvarende uttalelse i premissene.

¹⁰⁸ Tvert imot er dette hovedregelen for fortolkningsdommer jf. TEUV artikkel 267 (1) bokstav a.

¹⁰⁹ Fredriksen (2007) s. 14.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Giertsen (2014) s. 214–215.

¹¹² Micklitz (2013) s. 643.

¹¹³ C-137/08, premiss 42. I C-76/10 *Pohotovost* bekreftet EU-domstolen at den også har slik kompetanse i saker om mer substansielle spørsmål, ikke bare i saker som omhandler vernetingsklausuler.

¹¹⁴ E-25/13 *Engilbertsson*, premiss 91.

medlemsstatene.¹¹⁵ I nyere praksis gir EU-domstolen relativt tydelig veiledning til de nasjonale domstolene om hvilke momenter som skal vektlegges i den enkelte sak, og til tider går den også langt i å angi vekten av disse. I det følgende har jeg forsøkt å systematisere denne praksisen og kartlegge rimelighetsstandardens nærmere innhold.¹¹⁶

¹¹⁵ Generaladvokat Trstenjaks innstilling i C-137/08 *Pénzügyi Lízing*, premiss 89.

¹¹⁶ Et annet særtrekk ved håndhevelsen av forbrukeravtaledirektivet er at de nasjonale domstolene plikter å prøve rimelighet ex officio. Dette behandles i punkt 4.2.

3 Lempningsreglene i forbrukeravtaledirektivet

3.1 Urimelighetsstandarden

3.1.1 «God tro» og «betydelig skjevhet»

Utgangspunktet i direktivet er altså at et vilkår er urimelig hvis det «til tross for kravet om *god tro*, medfører en *betydelig skjevhet*» i partenes rettigheter og plikter til skade for forbrukeren [mine kursiveringer].¹¹⁷ Ordlyden er et kompromiss mellom to ulike rettstradisjoner; i engelsk kontraktsrett står balansevurderinger sentralt, mens i tysk kontraktsrett er det lang tradisjon for god tro-vurderinger.¹¹⁸ Dette har også gjort at urimelighetsstandarden har blitt ganske ulikt gjennomført i medlemslandene.¹¹⁹

I norsk rett har «god tro» to ulike betydninger. Ofte er det en betegnelse på om man har hatt kunnskap om noe. Den som har eller burde hatt kunnskap om et forhold, er i ond tro, mens den som ikke har eller burde hatt denne kunnskapen, er i god tro.¹²⁰ I andre sammenhenger er god tro en angivelse av en moralsk standard, ofte i sammenheng med redelighet. Den som handler mot redelighet og god tro, skal ikke vinne rett.¹²¹ Det er denne andre betydningen vi må ha i bakhodet når vi leser direktivet. I forarbeidene til § 37 er begrepet forstått som et krav om at den næringsdrivende må opptre i tråd med god forretningsskikk.¹²² Dette er kanskje grunnen til at god tro-kravet ikke er inntatt i § 37, ettersom god forretningsskikk er et alternativt grunnlag for ugyldighet etter § 36.

Det fremgår av direktivets fortale at «[d]en næringsdrivende kan oppfylle kravet om god tro ved å handle lojalt og rimelig med den annen part, hvis rettmessige interesser han skal ta hensyn til.»¹²³ Dette tyder på et krav om lojal tilblivelse. Som nevnt er direktivets god tro-krav sterkt inspirert av tysk kontraktslovgivning, hvor begrepet «Treu und Glauben» brukes gjennomgående. Knoph har forstått dette som at en avtale skal tolkes og håndheves «sånn som en forstandig og aktsom mann vilde forstå og praktisere den, når han er i besiddelse av den moralske og sosiale ansvarskjensle som rettslivet krever i våre dager.»¹²⁴ Begrepet viser altså til et moralsk og sosialt ansvar som skal utvikles over tid. Det er naturlig å anta at det var dette EU-lovgiver hadde i tankene da direktivet ble vedtatt. Det er ikke tale om en subjektiv samvit-

¹¹⁷ Artikkel 3 nr. 1.

¹¹⁸ Micklitz (2014) s. 773.

¹¹⁹ I Storbritannia og Irland er bestemmelsen gjennomført ordrett, men i eksempelvis Portugal refereres det kun til god tro (Björk (2000) s. 88). I avtaleloven § 37 står det som vi har sett bare «betydelig skjevhet».

¹²⁰ Falkanger (1999) s. 19. Se eksempelvis lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning (tinglysningsloven) §§ 25 og 27.

¹²¹ Ibid.

¹²² Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) s. 8.

¹²³ Sekstende betraktning.

¹²⁴ Knoph (1939) s. 10.

tighetsregel, men nærmest en objektiv standard for hvordan næringsdrivende skal opptre.¹²⁵ I vurderingen av om det er handlet i god tro, skal det ifølge fortalen tas hensyn til styrkeforholdet mellom partene, om forbrukeren er oppfordret til å gi sin tilslutning til vilkåret og om tjenesten er levert på særlig bestilling fra forbrukeren.¹²⁶

At direktivet forbyr vilkår som skaper betydelige skjevhet i partenes rettigheter og plikter, viser at det gir vern mot innholdsmessige mangler. Begrepet «betydelig» indikerer at ikke enhver ubalanse fører til urimelighet. Skjevheten må være kvalifisert. Det fremgår av direktivteksten at det vil være av betydning hvilken type varer og tjenester avtalen omfatter, og at det skal tas hensyn til «alle rådende forhold» på tidspunktet avtalen ble inngått.¹²⁷ Vi ser at standarden er dynamisk, men samtidig skal det bare tas hensyn til forholdene på avtaleinngåelsestidspunktet. Senere inntrådte forhold kan ikke bøte på en skjevhet som var der i utgangspunktet, og direktivet gir ikke vern mot vilkår som blir urimelige på grunn av utviklingen etter avtaleinngåelsen. Vilkåret skal tolkes i lys av avtalens øvrige vilkår, og det er også relevant å se hen til andre eventuelle avtaler mellom partene.¹²⁸

Urimelighetsstandarden er altså delvis rasjonalisert i direktivteksten, men de generelle kriteriene gir oss ikke noe mer enn en abstrakt urimelighetsdefinisjon. Som med andre skjønnsmessige standarder er det behov for normativ utfylling, og EU-domstolen har etter hvert utviklet et autonomt rimelighetsbegrep.

3.1.2 Utviklingen av et autonomt urimelighetsbegrep

Aziz er den første avgjørelsen fra EU-domstolen hvor urimelighetsstandarden behandles inngående.¹²⁹ *Aziz* hadde tatt opp lån med sikkerhet i sin egen bolig. Ved mislighold av én terminbetaling forfalt hele lånet og forsinkelsesrenter på 18,75 prosent påløp umiddelbart. Banken kunne selv fastsette verdien av panteobjektet og starte en forenklet inndrivelsesprosess. Da *Aziz* misligholdt, satte banken i gang inndrivelsesprosessen, og forsøkte til slutt å tvangs selge boligen. *Aziz* gikk til sak med påstand om at vilkårene i låneavtalen var urimelige. Den spanske domstolen ba EU-domstolen om en presisering av elementene i urimelighetsvurderingen, og i tolkningsuttalelsen oppstiller EU-domstolen to vurderingstemaer som vises til i nærmest all dens senere praksis.

¹²⁵ Björk (2000) s. 91.

¹²⁶ Fortalens sekstende betraktning. Se også Nebbia (2007) s. 145.

¹²⁷ Artikkel 4 nr. 1.

¹²⁸ Artikkel 4 nr. 1.

¹²⁹ C-415/11.

EU-domstolen fastslår at hvorvidt et vilkår medfører en «betydelig skjevhet» i partenes rettigheter og plikter, skal vurderes med utgangspunkt i hvordan situasjonen hadde vært uten det omstridte vilkåret.¹³⁰ Den nasjonale domstolen må sammenlikne kontraktens innhold med hvordan situasjonen hadde blitt regulert av bakgrunnsretten. Dersom forbrukerens rettsstilling er dårligere etter kontrakten, medfører vilkåret en skjevhet til skade for ham.¹³¹ Et vilkår kan derfor blir ansett for å være urimelig i ett rettssystem, men være rimelig i et annet.

Det kan være flere grunner til at partene har avtalt en annen løsning enn det som følger av loven, og direktivet tar ikke sikte på å eliminere denne avtalefriheten. Skjevheten må være «betydelig», og dette drøfter EU-domstolen i *Álvarez*.¹³² Saken gjaldt salg av en eiendom hvor kjøper ble ansvarlig for to avgifter som selger etter loven var pålagt å dekke. Avgiftene utgjorde omtrent 1500 euro, men i forhold til kjøpesummen var beløpene beskjedne. Hovedspørsmålet var om vilkåret likevel kunne medføre en «betydelig skjevhet». EU-domstolen fastslår at dette ikke kan begrenses til en økonomisk vurdering hvor man setter avgiftene opp mot totalprisen.¹³³ Det avgjørende er om vilkåret medfører et «tilstrækkelig alvorlig inngrep» i forbrukerens rettsstilling, enten ved at han fratras lovbestemte rettigheter, pålegges en forpliktelse eller ved at hans muligheter til å gjøre gjeldende lovbestemte rettigheter begrenses.¹³⁴ Det siste så vi et eksempel på med vernetingsklausulen i *Océano*.¹³⁵ Det avgjørende virker å være hvor stort avviket fra lovens løsning er, og hvor inngripende konsekvenser vilkåret har for forbrukeren.

Også kontraktsvilkår som speiler deklarasjonslovgivning kan rammes av direktivet. I *Unicaja Banco* hadde forbrukerne inngått avtaler om forbrukslån med forsinkelsesrenter på henholdsvis 18 og 22,5 prosent.¹³⁶ Satsene var lavere enn rentetaket i spansk rett, men EU-domstolen åpnet likevel for at et rentevilkår godt innenfor lovens ramme kunne være urimelig.¹³⁷ Selv om når næringsdrivende kun utnytter en frihet loven gir, kan vilkåret innebære en betydelig skjevhet til ugunst for forbrukeren og dermed være urimelig. En slik løsning tror jeg ville vært nærmest utenkelig etter avtaleloven § 36.

¹³⁰ Premiss 68. EFTA-domstolen gjentok dette og oppstilte samme vurderingstema i E-25/13 *Engilbertsson* premiss 93.

¹³¹ Premiss 68.

¹³² C-226/12.

¹³³ Premiss 22.

¹³⁴ Premiss 23.

¹³⁵ Forente saker C-240/98 til C-244/98, tidligere omtalt i punkt 2.3.2.

¹³⁶ Forente saker C-482/13, C-484/13, C-485/13 og C-487/13.

¹³⁷ Se premiss 40: «En morarentesats, der er lavere end tre gange den lovbestemte sats, skal således ikke nødvendigvis betragtes som rimelig som omhandlet i dette direktiv.» Domstolen utdypet ikke dette nærmere.

I *Aziz* angir EU-domstolen også et tydelig vurderingstema for god tro-kravet: Kravet er oppfylt dersom den næringsdrivende, ved å handle *lojalt* med forbrukeren, *med rimelighet kunne forvente* at forbrukeren ville akseptert vilkåret i en individuell forhandlingssituasjon.¹³⁸ Dersom den næringsdrivende ikke kunne ha en slik berettiget forventning, har han ikke opptrådt så lojalt som direktivet krever. Den næringsdrivende kan derfor ikke bare ha sin egen virksomhet i tankene. Han må ta høyde for at forbrukerens interesser kan avvike fra hans egne, og at forbrukerens mulighet til å forhandle er begrenset. Sagt på en annen måte må han nærmest sette seg i forbrukerens situasjon og spørre om han selv ville godtatt vilkåret.

Et annet spørsmål er hvordan domstolene skal vurdere dette i etterkant. Dette kan jeg ikke se at EU-domstolen gir noen anvisning på, men her kan man søke støtte i direktivets vedlegg. Dersom det omstridte vilkåret er inntatt i den veiledende listen, kan den næringsdrivende neppe med rimelighet forvente at forbrukeren vil godta det. Derimot vil det hjelpe den næringsdrivende hvis han kan oppgi en saklig grunn til at vilkåret er inntatt, eller hvis vilkåret er vanlig og ofte brukes i liknende kontrakter i bransjen.¹³⁹

3.1.3 Sammenhengen mellom vilkårene

Det fremgår ikke klart av ordlyden om skjevhetvilkåret og godtrokravet er alternative eller kumulative. Bruken av begrepet «til tross for» tilsier at de er alternative, slik at det er tilstrekkelig å konstatere at et vilkår medfører en betydelig skjevhet. Da direktivet var nytt ble dette drøftet grundig av Arnesen.¹⁴⁰ Etter å ha sammenliknet de ulike språkversjonene, sett på forhistorien og de nasjonale reguleringene som ligger til grunn for direktivteksten, fant han at vilkårene var alternative. Han har fått støtte av Giertsen, som fremhever at terskelen for urimelighet vil bli uforholdsmessig høy dersom begge vilkår måtte være oppfylt.¹⁴¹ Sørensen legger derimot til grunn at vilkårene er kumulative.¹⁴²

Så vidt meg bekjent har ikke EU-domstolen gitt noen tydelig avklaring på dette spørsmålet. I de sentrale avsnittene i *Aziz* viser EU-domstolen til generaladvokat Kokotts innstilling. Vurderingstemaene bygger direkte på hennes analyse, og dommerne stiller seg tilsynelatende bak hennes resonnement. Kokott er imidlertid tydeligere enn Domstolen på sammenhengen mellom vilkårene. Hun skriver:

En skævhed vil navnlig *skulle* anses for betydelig, hvis forbrukerens rettigheter og forpliktelse indskrænkes i et sådant omfang, at den, der har fastlagt kontraktvilkårene, ikke i over-

¹³⁸ Premiss 69. EFTA-domstolen oppstilte samme vurderingstema i E-25/13 *Engilbertsson*, premiss 94.

¹³⁹ Generaladvokat Kokotts innstilling i C-415/11 *Aziz*, premiss 75.

¹⁴⁰ Arnesen (1996) s. 893–895.

¹⁴¹ Giertsen (2014) s. 213.

¹⁴² Sørensen (2013) s. 385. Hun gir ingen nærmere begrunnelse for standpunktet.

ensstemmelse med kravene om god tro kunne gå ud fra, at forbrugeren ville være gået med til en sådan ordning inden for rammerne af en individuell forhandling [min kursivering].¹⁴³

Dersom den næringsdrivende ikke hadde grunn til å tro at forbrukeren ville akseptert vilkåret i en individuell forhandling, skal skjevheten ifølge Kokott anses som betydelig. Jeg oppfatter at hun anser vilkårene som tett sammenvevde, og sentrale internasjonale forfattere som Nebbia og Rott ser ut til å være av samme oppfatning.¹⁴⁴ Dette kan vi finne støtte for i *Unicaja Banco*.¹⁴⁵ Når en avtalt forsinkelsesrente ligger innenfor lovens rammer, er det naturlig å anta at god tro-kravet er overholdt. Når renten likevel kan være urimelig, virker det å være nok å påvise at vilkåret medfører en betydelig skjevhet til forbrukerens ugunst. Arnesen hadde nok derfor rett da han skrev at god tro-kravet ikke er et *nødvendig* element i urimelighetsvurderingen, men at det likevel vil være av sentral betydning i urimelighetstesten.¹⁴⁶

Selv om ordlyden gir inntrykk av at skjevhetskravet er kjernen i urimelighetsvurderingen, dreier mye av rettspraksis seg om hvorvidt den næringsdrivende har overholdt kravene til god tro og lojal tilblivelse. Dette leder meg over til neste tema.

3.2 Klar kontraktsutforming og plikten til å informere

3.2.1 Klarhet som et eget krav

EU-domstolen har fremholdt at alle kontraktsvilkår må oppfylle direktivets krav til «god tro, jevnbyrdighet og gennemsiktighet.»¹⁴⁷ God tro og balanse viser til vilkårene i artikkel 3 nr. 1, mens gjenomsiktighet peker på artikkel 5 første punktum. Her finner vi et generelt krav om at skriftlige avtalevilkår skal være formulert på en «klar og forståelig måte». Dette er ikke lovfestet som generell norsk regel. Markedsføringsloven § 22 gir norske forbrukermyndigheter mulighet til å forby urimelige forbrukervilkår dersom allmenne hensyn tilsier det, og i denne vurderingen skal det legges vekt på balansen mellom partene og «hensynet til *klarhet* i kontraktsforhold» [min kursivering].¹⁴⁸ Forbudene er imidlertid generelle, og ifølge forarbeidene ha der «i seg selv ingen betydning for den enkelte forbrukers rettsstilling.»¹⁴⁹ Det er altså ikke en ugyldighetsregel den enkelte forbruker kan påberope. At klarhetskravet ikke ble lovfestet skyldes nok at det ble oppfattet som et premiss for tolkningsregelen, ikke et selvstendig vilkår; dersom et vilkår er uklart eller uforståelig, skal det jo tolkes til forbrukerens fordel.¹⁵⁰ I

¹⁴³ Generaladvokat Kokotts innstilling i C-415/11 *Aziz*, premiss 74.

¹⁴⁴ Nebbia (2007) s. 142–153 og Rott (2016) s. 299–301.

¹⁴⁵ Forente saker C-482/13, C-484/13, C-485/13 og C-487/13, tidligere omtalt i punkt 3.1.2.

¹⁴⁶ Arnesen (1996) s. 895.

¹⁴⁷ C-92/11 *RWE*, premiss 47.

¹⁴⁸ Første ledd jf. annet ledd.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 122.

¹⁵⁰ Giertsen (2014) s. 211. Tolkningsregelen er inntatt i avtaleloven § 37 (1) nr. 3 jf. direktivets artikkel 5 annet punktum.

dag må man kunne si at dette var en feiloppfatning. I EU-domstolens praksis er kravet til klar og forståelig utforming av kontraktvilkår en sentral del av urimelighetsvurderingen.¹⁵¹ *Nebbia* går så langt som å si at direktivets urimelighetsvurdering har to pilarer; en materiell test og et formelt krav til transparens.¹⁵²

Kommisjonen mot Nederland illustrerer klarhetskravets betydning.¹⁵³ Kommisjonen hevdet at Nederlands gjennomføring av direktivet var mangelfull fordi klarhetskravet ikke var lovfestet. Nederlandske myndigheter hevdet at lovfesting ikke var nødvendig, ettersom et tilsvarende krav fulgte av nasjonal rettspraksis og kunne innfortolkes i andre regler. EU-domstolen fant at dette ikke var tilstrekkelig for en korrekt gjennomføring.¹⁵⁴ Situasjonen i Nederland er sammenliknbar med den norske, hvor klarhetskravet innfortolkes i avtaleloven § 36 eller anses å følge av den ulovfestede lojalitetsregelen i kontraktsforhold.¹⁵⁵ Dommen kan indikere at heller ikke Norge har gjennomført direktivet korrekt.

Det er en spenning mellom klarhetskravet og tolkningsregelen i artikkel 5. Hvis et vilkår er uklart, følger det av tolkningsregelen at den forbrukervennlige versjonen skal legges til grunn, og konsekvensen kan bli at vilkåret ikke anses som urimelig. Hvis vilkåret derimot rimelighetstestes i sin mindre forbrukervennlige versjon, vil vilkåret kunne være urimelig og dermed settes til side. En slik løsning vil i mange tilfeller være mer fordelaktig for forbrukeren. Derfor mener Rott at man først bør legge det minst forbrukervennlige tolkningsalternativet til grunn og vurdere om vilkåret er rimelig, og hvis vilkåret består denne testen, skal det tolkes til forbrukerens fordel.¹⁵⁶ Etter min oppfatning er dette den mest nærliggende måten å forstå direktivet på.

3.2.2 Pliktens nærmere innhold

Krav til klarhet eller gjennomsiktighet har dype røtter i fellesskapsretten, og nesten alle forbrukerdirektivene har bestemmelser om informasjonsplikt.¹⁵⁷ I forbrukeravtaledirektivet er

¹⁵¹ Se blant annet C-472/10 *Invitel* premiss 28, gjentatt senest i C-186/16 *Andriciuc* premiss 42 følgende. EF-TA-domstolen sluttet seg til dette i E-25/13 *Engilbertsson* premiss 98.

¹⁵² *Nebbia* (2007) s. 135. Micklitz ((2009) s. 135) beskriver direktivets rimelighetsstandard som todelt.

¹⁵³ C-144/99.

¹⁵⁴ Premiss 21.

¹⁵⁵ Giertsen (2014) s. 212.

¹⁵⁶ Rott (2016) s. 301.

¹⁵⁷ *Nebbia* (2007) s. 136. Se eksempelvis direktiv 90/314/EØF (Pakkereisedirektivet) artikkel 3 nr. 2, direktiv 97/7/EF (Fjernsalgsdirektivet) artikkel 4 nr. 2, direktiv 2008/48/EF (Forbrukerkredittdirektivet) artikkel 4 nr. 2 og 3.

kravet at alle vilkår må være formulert på en «klar og forståelig måte».¹⁵⁸ At et vilkår skal være «klart» indikerer at det må komme tydelig frem hva det innebærer og hvilke konsekvenser det har. «Forståelig» sikter til at vilkårene skal være lesbare, synlige og ikke skjult i liten tekst på bakerste side. Vilårene kan heller ikke være villedende eller egnet til å skape forvirring om hva forpliktelsene innebærer.¹⁵⁹ Klarhetskravet må tolkes i lys av fortalens målsetting om at forbrukeren bør ha en «reell mulighet» til å gjøre seg kjent med alle vilkårene.¹⁶⁰ Formålet er å sikre at forbrukeren gjør et informert valg. Enkelte har reist spørsmål om det også kan utledes en plikt til å utforme kontrakten på forbrukerens morsmål eller foretrukne språk, men dette er foreløpig uavklart.¹⁶¹

EU-domstolens tolkningsuttalelse i *Kásler* er sentral.¹⁶² Saken gjaldt en låneavtale mellom to ungarske forbrukere og en ungarsk bank. Lånets størrelse ble beregnet etter kjøpsprisen på sveitsiske franc. De månedlige avdragene og rentene skulle betales i ungarske forinter, men summen ble beregnet etter den løpende salgsprisen på franc. Låntakerne gikk til sak og anførte at avtalen medførte en ubegrunnet fordel for banken. Et av spørsmålene for EU-domstolen var hva det innebar at et vilkår må være «klart og forståelig». Domstolen uttalte at det ikke er nok at vilkårene er grammatisk riktig formulert.¹⁶³ Forbrukeren måtte kunne forstå hvilken økonomisk betydning det ville ha for ham at lånet skulle nedbetales til salgsprisen av en utenlandsk valuta. Formålet og detaljene rundt konverteringsmekanismen måtte være klart beskrevet i låneavtalen.¹⁶⁴ EU-domstolen overlot til den nasjonale domstolen

at afgøre, om en almindeligt oplyst, rimelig opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger ikke alene havde mulighed for at vide, at det er velkendt på markedet for værdipapirer, at der er forskel på salgs- og købsprisen for udenlandsk valuta, men også var i stand til at bedømme de for ham potentielt alvorlige økonomiske følger af anvendelsen af salgskursen ved beregning af den tilbagebetaling, som han i sidste ende skal betale, og dermed de samlede omkostninger i forbindelse med lånet [mine kursiveringer].¹⁶⁵

EU-domstolen oppstiller altså en objektiv klarhetsstandard hvor vurderingstemaet er hva en alminnelig opplyst gjennomsnittsfbruker ville forstått. Formuleringen er opprettholdt og

¹⁵⁸ Artikkel 5 første punktum. I artikkel 4 nr. 2 er klarhet et vilkår for at unntakene fra prøvingsplikten skal komme til anvendelse. Reglene er ment å ha samme innhold jf. C-26/13 *Kásler*, premiss 69. Unntakene drøftes i punkt 4.1.3.

¹⁵⁹ Micklitz (2009) s. 136.

¹⁶⁰ Tyvende betraktning.

¹⁶¹ Ebers (2010) s. 285 og Micklitz (2009) s. 136.

¹⁶² C-26/13.

¹⁶³ Premiss 71. Gjentas i blant annet C-96/14 *Van Hove*, premiss 40.

¹⁶⁴ Premiss 73.

¹⁶⁵ Premiss 74.

gjentatt i en rekke avgjørelser.¹⁶⁶ Den enkelte forbrukers individuelle forutsetninger er uten betydning for vurderingen.

EU-domstolen har etterhvert utviklet en omfattende plikt for den næringsdrivende til å informere forbrukeren om kontraktens innhold og konsekvenser. Plikten ble drøftet senest i *Andriuciuc*.¹⁶⁷ Flere rumenske forbrukere hadde tatt opp lån i sveitsiske franc, og låneavtalen forpliktet dem til å tilbakebetale lånet i samme valuta. Lånet var ikke indeksert slik som i *Kásler*, men låntakerne bar hele risikoen for eventuelle svingninger i vekslingskursen. Da kursen på rumenske lei senere falt dramatisk, klarte de ikke å innfri forpliktelsene etter avtalen. Forbrukerne gikk til sak og anførte at det var urimelig at de skulle bære hele valutarisikoen alene. Etter *Kásler* er det avgjørende om informasjonen fra banken gjorde det mulig for en gjennomsnittsforbruker å forstå de samlede omkostningene ved lånet. EU-domstolen viste til avgjørelsen *RWE*, hvor det ble slått fast at forbrukeren må opplyses om vilkårene og konsekvensene før kontraktsinngåelsen.¹⁶⁸ Den rumenske domstolen måtte vurdere om banken hadde informert låntakerne om alle forhold som *kunne ha* innflytelse på omfanget av deres betalingsforpliktelser.¹⁶⁹ Retten måtte se på alle omstendigheter ved avtaleinngåelsen, særlig markedsføringen og opplysningene som ble gitt på kontraktsmøtet. EU-domstolen understreket at informasjonen måtte gjøre en gjennomsnittsforbruker i stand til å forstå at han utsatte seg for en valutarisiko og til å vurdere de potensielt alvorlige følgene avtalen kunne få for hans økonomi.¹⁷⁰ Dette viser at den næringsdrivendes informasjons- og veiledningsplikt er omfattende, og at en klar og utvetydig kontrakt ikke nødvendigvis er nok til å oppfylle direktivets krav.

Dette gir grunn til å undersøke konsekvensen av at plikten ikke er overholdt. Loos hevder at et vilkår nærmest automatisk vil være urimelig dersom det ikke er formulert klart og forståelig,¹⁷¹ og Rott legger til grunn at et vilkår kan være urimelig utelukkende fordi det er uklart.¹⁷² Jeg har ikke klart å finne holdepunkter for dette i EU-domstolens praksis, men det er helt klart et viktig moment i urimelighetsvurderingen at vilkåret er uklart. Dette er tydelig i eksempelvis *Invitel*.¹⁷³ Saken omhandlet en fastnettoperatør som reviderte kundevilkårene sine, og la til et vilkår om at brukerne ville bli fakturert et ekstragebyr dersom de betalte med postanvisning. Størrelsen på gebyret varierte, og beregningsmetoden ble ikke oppgitt. EU-domstolen

¹⁶⁶ Sist i C-186/16 *Andriuciuc*, premiss 47.

¹⁶⁷ C-186/16.

¹⁶⁸ C-92/11 premiss 44.

¹⁶⁹ Premiss 47.

¹⁷⁰ Premiss 50 og 51.

¹⁷¹ Loos (2015) s. 189.

¹⁷² Rott (2016) s. 301.

¹⁷³ C-472/10.

anerkjenner at den næringsdrivende kan ha behov for å endre vilkårene i løpende tjenestekontrakter, men dersom vilkåret formuleres slik at det går utover forbrukerens mulighet til forutberegnelighet, kan det etter omstendighetene være urimelig. Forbrukernes mulighet til å forutse endringene er av «væsentlig betydning» i urimelighetsvurderingen.¹⁷⁴ At klarhetskravet er overholdt, utelukker på den annen side ikke at vilkåret er urimelig.¹⁷⁵ Det kan like fullt innebære en betydelig skjevhet.

3.3 Øvrige momenter i vurderingen

3.3.1 Vedlegget som vesentlig element

I vedlegget er det inntatt en «veiledende og ikke uttømmende liste» over vilkår som «kan» anses som urimelige.¹⁷⁶ Listen inneholder eksempelvilkår med lite aktverdige formål eller virkninger som direktivet typisk er ment å skulle beskytte forbrukeren mot. Grovt skissert har eksempelvilkårene som formål eller virkning å begrense ansvaret til den næringsdrivende eller rettighetene til forbrukeren,¹⁷⁷ å skape en ubalanse i partenes ytelser etter avtalen,¹⁷⁸ eller å gi den næringsdrivende en ensidig rett til å endre eller heve avtalen.¹⁷⁹ I det opprinnelige direktivforslaget fra Kommisjonen var vedlegget en såkalt «svarteliste» hvor vilkårene automatisk skulle føre til urimelighet. Dette gikk ikke Rådet med på, og det omtales derfor ofte som «grålista». Et vilkår som er oppført på lista er ikke nødvendigvis urimelig, og omvendt kan vilkår som ikke er oppført være urimelige.¹⁸⁰

Lista er i praksis mer svart enn grå, den klare ordlyden til tross. EU-domstolen har flere ganger understreket at selv om likhetstrekk med eksempelvilkårene ikke automatisk fører til at et omtvistet vilkår er urimelig, utgjør dette et «væsentlig element» i urimelighetsvurderingen.¹⁸¹ I *Invitel* understreket EU-domstolen at endringer i samlede omkostninger og begrunnelser for disse ifølge vedlegget *skal* angis.¹⁸² Selv om den konkrete vurderingen må foretas av den nasjonale domstolen, gir EU-domstolen lite rom for løsninger hvor vilkåret ikke tilsidesettes hvis et omstridt kontraktsvilkår tilsvarer eller har en parallell i et av vedleggets eksempler.¹⁸³

¹⁷⁴ Premiss 28.

¹⁷⁵ C-342/13 *Sebestyén*, premiss 34.

¹⁷⁶ Artikkel 3 nr. 3.

¹⁷⁷ Punkt 1 bokstav a og b.

¹⁷⁸ Punkt 1 bokstav c, d og o.

¹⁷⁹ Punkt 1 bokstav f, g, j, k og m.

¹⁸⁰ C-237/02 *Hofstetter*, premiss 20.

¹⁸¹ Se C-472/10 *Invitel* premiss 26, gjentas i blant annet C-342/13 *Sebestyén* premiss 32 og av EFTA-domstolen i E-25/13 *Engilbertsson* premiss 89.

¹⁸² Vedleggets punkt 1 bokstav j og l, og punkt 2 bokstav b og d. Faktum er beskrevet i punkt 3.2.2.

¹⁸³ Slike vilkår vil ofte også medføre en «betydelig skjevhet» i partenes rettigheter, jf. ordlyden i artikkel 3.

At vernetingsklausulen EU-domstolen kjente urimelig i *Océano* tilsvarte et av eksemplene i vedlegget, var etter min oppfatning avgjørende for at dommen fikk en så klar konklusjon.¹⁸⁴

3.3.2 Avtalegjensstanden og sosiale hensyn

Det fremgår av direktivteksten at urimelighet skal vurderes «på bakgrunn av hvilken type varer eller tjenester som er gjenstand for avtalen».¹⁸⁵ Avtalegjensstanden vil derfor være av betydning både for hva som skal til for at en skjevhet er betydelig, for hvor grundig kontrakten må være utformet og for hvilken informasjon den næringsdrivende må ha gitt i forkant.

Særlig retten til bolig har blitt fremhevet som spesielt viktig å verne. I *Asbeek Brusse* var det uenighet mellom et utleiefirma og to leietakere om flere vilkår i leiekontrakten, blant annet om oppjustering av leie og bøter ved forsinket innbetaling.¹⁸⁶ Leietakerne misligholdt forpliktelsene sine, og utleieren gikk til sak med påstand om heving og krav om betaling av omtrent 1400 euro. Et av spørsmålene for EU-domstolen var om direktivet kom til anvendelse på husleiekontrakter, og spørsmålet ble besvart bekreftende. Domstolen fremhever direktivets formål om forbrukerbeskyttelse, og at dette er «særlig viktig» når det er tale om en husleiekontrakt.¹⁸⁷ I slike avtaler er ubalansen i styrkeforholdet ekstra fremtredende, ettersom avtalen gjelder et grunnleggende behov for leietakeren og leien ofte utgjør en stor del av hans budsjett.¹⁸⁸ EU-domstolen vektlegger også at leieavtalen som regel inngår i et komplekst nasjonalt regelverk som leietakerne har liten kjennskap til.¹⁸⁹ Forbrukerens sterke interesse og behov for å få prøvd spørsmål om egen bosituasjon ble altså ansett som svært tungtveiende. Etter min oppfatning trengte EU-domstolen ikke egentlig å støtte seg på disse hensynene i dette tilfellet, ettersom svaret var relativt klart ut fra ordlyden i artikkel 1 nr. 1.¹⁹⁰ Når det likevel fremheves, kan det være fordi EU-domstolen ønsket å løfte frem den spesielle ubalansen i husleiekontrakter og behovet for rimelighetssensur på dette området. Avgjørelsen er derfor særlig interessant.

Sosiale hensyn stod også sentralt i drøftelsene i *Aziz og Banco Popular Español*.¹⁹¹ Begge sakene gjelder lovligheten av den spanske prosedyren for realisering av pant. Forbrukerne hadde tatt opp lån med sikkerhet i boligene sine, og tvangsfullbyrdelsesprosessen begrenset

¹⁸⁴ Forente saker C-240/98 til C-244/98, tidligere omtalt i punkt 2.3.2. Se vedlegget punkt 1 bokstav q.

¹⁸⁵ Artikkel 4 nr. 1.

¹⁸⁶ C-488/11.

¹⁸⁷ Premiss 32.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Anvendelsesområdet drøftes i punkt 4.1.

¹⁹¹ C-415/11 (for faktum, se punkt 3.1.2) og forente saker C-537/12 og C-116/13.

adgangen til å få prøvd avtalenes rimelighet. Spørsmålet for EU-domstolen var om prosedyren var i strid med forbrukeravtaledirektivet. Prosedyrene for tvangsfullbyrdelse er ikke harmonisert på EU-nivå, og i henhold til prinsippet om prosessautonomi fastsettes reglene dermed av den enkelte medlemsstat. Reglene må likevel ikke være mindre gunstige enn de som regulerer tilsvarende situasjoner i nasjonal rett (ekvivalensprinsippet), eller gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å gjøre EU-rettighetene gjeldende (effektivitetsprinsippet). Vurderingstema for EU-domstolen var derfor om det ble umulig eller uforholdsmessig vanskelig for forbrukerne å gjøre gjeldende rettighetene de hadde etter direktivet. Domstolen fremhevet at dersom tvangsfullbyrdesprosessen gjorde at pantet ble realisert før retten kunne ta stilling til innsigelsen, ville forbrukerens beskyttelse bli mangelfull. En etterfølgende erstatningsutbetaling var ikke tilstrekkelig.¹⁹² EU-domstolen understreket at det var spesielt viktig at domstolene fikk prøve rimeligheten av låneavtalen når den pantsatte eiendommen var boligen til forbrukeren og familien hans. En potensiell erstatning kunne ikke forhindre «det endelige og uigenkaldelige tab af boligen.»¹⁹³ Avgjørelsene viser at direktivet også har betydning for nasjonale prosessregler.

Avgjørelsene viser at direktivet skal bidra til å ivareta forbrukerens grunnleggende rett til privatliv og familieliv. Selv om ingen av drøftelsene direkte omhandler vurderingen av det omstridte vilkårs urimelighet, mener jeg avgjørelsene kan tas til inntekt for at forbrukervernet er ekstra sterkt dersom også sosiale hensyn gjør seg gjeldende. Det skal mindre til for at et vilkår i en husleiekontrakt kjennes urimelig enn eksempelvis et vilkår i et telefonabonnement. Dette viser at direktivet også er et instrument for å sikre sosial rettferdighet.¹⁹⁴

3.3.3 Andre direktivforpliktelser

EU-domstolen viser også til andre forbrukerdirektiver i vurderingen av om et vilkår er urimelig. *Pohotovost*¹⁹⁵ omhandler en låneavtale hvor årlig prosentvis rente ikke var oppgitt. Ifølge forbrukerkredittdirektivet var dette vesentlig informasjon som skulle opplyses om i alle kredittavtaler.¹⁹⁶ Mangelen kunne ifølge EU-domstolen «udgjøre et afgørende element» i vurderingen av om avtalen oppfylte klarhetskravet i forbrukeravtaledirektivet.¹⁹⁷ En liknende situasjon oppstod i *Pereničová*, hvor banken hadde oppgitt feil effektiv rente i låneavtalen.¹⁹⁸ En

¹⁹² C-415/11 premiss 60, gjentatt i forente saker C-537/12 og C-116/13 premiss 56.

¹⁹³ C-415/11, premiss 61, gjentatt i forente saker C-537/12 og C-116/13, premiss 57. Se liknende sak C-34/13 *Kušionová*.

¹⁹⁴ Rutgers (2016) s. 547.

¹⁹⁵ C-76/10.

¹⁹⁶ Direktiv 87/102/EØF artikkel 4 nr. 1 og 2, senere erstattet av direktiv 2008/48/EF.

¹⁹⁷ Premiss 71.

¹⁹⁸ C-453/10.

slik feil kvalifiserer som villedende handelspraksis etter handelspraksisdirektivet.¹⁹⁹ EU-domstolen uttalte at dette var «et forhold blandt flere» som den nasjonale domstolen kunne vektlegge i urimelighetsvurderingen.²⁰⁰ EFTA-domstolen har lagt samme forståelse til grunn.²⁰¹

Hvorvidt den næringsdrivende har overholdt forpliktelser og krav i andre forbrukerdirektiver er altså et viktig moment i flere av vurderingene i direktivet. Dette viser at forbrukerdirektivene må sees i sammenheng med hverandre og tolkes slik at de samlet styrker forbrukerens posisjon.²⁰²

3.4 Sammenfatning

Forutsetningen for at et vilkår er urimelig, er at det medfører en *skjevhet* i partenes rettigheter og plikter. Etter doktrinen fra *Aziz* er dette relativt enkelt å vurdere. Dersom vilkåret innebærer at forbrukeren er i en dårligere situasjon enn han ville vært etter bakgrunnsretten, etablerer vilkåret en skjevhet i direktivets forstand. I så fall er spørsmålet om skjevheten er *betydelig*. Dette avhenger av hvor stort avviket er og hvor alvorlige konsekvenser det vil få for forbrukeren. Det legges opp til en helhetsvurdering, hvor et tungtveiende moment er om den næringsdrivende har opptrådt i tråd med direktivets lojalitetskrav. I denne vurderingen er det avgjørende om den næringsdrivende med *rimelighet kunne forvente* at forbrukeren ville akseptert vilkåret i en individuell forhandling. Hvis det ikke er tilfelle, skal det mye til for at skjevheten ikke er betydelig.

Dersom vilkåret har fellestrekk med typetilfellene i vedlegget, taler dette sterkt for at skjevheten er betydelig. Det har også betydning om den næringsdrivende har oppfylt forpliktelser etter andre forbrukerdirektiver. Dersom sosiale hensyn gjør seg gjeldende, står forbrukervernet ekstra sterkt. Et annet vesentlig moment er om den næringsdrivende har oppfylt *klarhetskravet*. Dette kravet er tilfredsstilt der en *alminnelig opplyst og rimelig oppmerksom gjennomsnittsforbruker* har mulighet til å forstå hva et vilkår i praksis innebærer. Før kontrakten inngås må forbrukeren ha fått tilstrekkelige forklaringer og informasjon, og den næringsdrivende må ha satt ham i stand til å ta et informert og veloverveid valg.

Samlet ser vi at EU-domstolen har utviklet en autonom og ganske abstrakt urimelighetsstandard på fellesskapsnivå. Det er både likheter og forskjeller mellom urimelighetsvurderingen etter direktivet og vurderingen som foretas etter avtaleloven § 36. Som vi så i kapittel 2 gjør

¹⁹⁹ Direktiv 2005/29/EF artikkel 6 nr. 1.

²⁰⁰ Premiss 43.

²⁰¹ E-27/13 *Gunnarsson* premiss 95.

²⁰² Micklitz (2014) s. 788.

oppbygningen i avtaleloven § 37 at grensene mellom de to lempningsreglene blir uklare. I kapittel 4 skal vi likevel se at det har stor betydning hvorvidt vi er innenfor eller utenfor direktivets anvendelsesområde.

4 Betydningen av at direktivet kommer til anvendelse

4.1 Direktivets virkeområde og begrensninger

4.1.1 Avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende

Forbrukeravtaledirektivet omfatter «alle avtaler»²⁰³ inngått mellom «forbrukere» og «næringsdrivende».²⁰⁴ Som forbruker regnes «enhver fysisk person» som i forbindelse med den aktuelle avtalen «ikke handler som ledd i sin næringsvirksomhet».²⁰⁵ Den danske versjonen av direktivet bruker uttrykket «ikke handler som led i sit erhverv», mens i den engelske står det «is acting for purposes which are outside his trade, business or profession». Dette tilsier at «næringsvirksomhet» i den norske versjonen må tolkes utvidende. En slik forståelse stemmer også bedre overens med definisjonene i andre direktiver. Selv om direktivene ikke har noen ensartet forbrukerdefinisjon og ordlyden varierer, er den materielle kjernen den samme,²⁰⁶ og i forbrukerdirektivet fra 2011 defineres forbrukeren som en fysisk person som «handler for formål som ikke er knyttet til vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet».²⁰⁷ Det er ikke et krav at motparten vet at man opptrer som forbruker. Definisjonen omfatter utelukkende fysiske personer, andre presumptivt svake parter som stiftelser og foreninger er ikke vernet.²⁰⁸ EU-domstolen har fastslått at begrepet er objektivt og uavhengig av den enkeltes kunnskap på området eller opplysninger man er i besittelse av.²⁰⁹

I forarbeidene til § 37 diskuterer departementet om direktivets forbrukerdefinisjon er sammenfallende med den man tradisjonelt har lagt til grunn i norsk rett.²¹⁰ Departementet fant at direktivets definisjon var videre på flere punkter, og valgte derfor å lovfeste definisjonen i avtaleloven § 37 (2).²¹¹ Det ble inntatt en liten modifikasjon, og kravet er at man ikke «hovedsakelig» handler som ledd i næringsvirksomhet. Departementet la til grunn at en slik forståelse også måtte innfortolkes i forbrukeravtaledirektivet, og viste til følgende sitat fra en erklæring utstedt til direktivet, som skal være tatt inn i Rådets møteprotokoll:

²⁰³ Fortalens tiende betraktning.

²⁰⁴ Artikkel 1 nr. 1.

²⁰⁵ Artikkel 2 bokstav b.

²⁰⁶ Schüller (2012) s. 124.

²⁰⁷ Direktiv 2011/83/EU artikkel 2 nr. 1.

²⁰⁸ Forente saker C-541/99 og C-542/99 *Cape og Idealservice*.

²⁰⁹ C-110/14 *Costea* premiss 21 og C-74/15 *Tarcău* premiss 27.

²¹⁰ Forbrukerkjøp var definert i lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) § 4 (2) som «kjøp fra yrkesselger når tingen hovedsakelig er til personlig bruk for kjøperen, hans familie, husstand eller omgangskrets, med mindre selgeren på avtaletiden verken visste eller burde ha kjent til at tingen ble kjøpt til slikt formål.» Bestemmelsen er opphevet ved lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven).

²¹¹ Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) s. 6.

For så vidt angår fortolkning af artikel 2, litra b), er Rådet og Kommissionen enige om, at forholdet, såfremt forbrukeren handler delvis som led i sin erhvervsvirksomhet, delvis uten for denne, kun omfattes af direktivets anvendelsesområde, såfremt forbrukeren hovedsakelig handler uten for sin erhvervsvirksomhet.²¹²

Sitatet støtter departementets forståelse, slik at definisjonen i avtaleloven samsvarer med definisjonen i direktivet. Det kan stilles spørsmål ved hvor stor rettskildemessig vekt et utilgjengelig forarbeid egentlig bør ha, og etter min oppfatning er det ikke gitt at EU-domstolen vil komme til samme resultat dersom spørsmålet blir satt på spissen. Den praktiske betydningen av dette trenger likevel ikke være stor, og i dag finner vi tilsvarende definisjoner i blant annet forbrukerkjøpsloven²¹³ og markedsføringsloven.²¹⁴

Næringsdrivende er «enhver fysisk eller juridisk person som i forbindelse med de avtaler som omfattes av dette direktiv, handler som ledd i sin næringsvirksomhet enten den utøves innen privat eller offentlig virksomhet.»²¹⁵ Også denne definisjonen er objektiv, og direktivet omfatter forbrukerens avtaler med både privat og offentlig næringsvirksomhet. Eksempler på den siste typen er avtaler om tilknytning til vann og kloakk, eller tjenestene vi mottar fra NRK.²¹⁶ Så vidt meg bekjent finnes det ikke noen liknende legaldefinisjon i norsk rett, men det legges til grunn i forarbeidene at direktivets definisjon samsvarer med det som følger av norsk teori og praksis.²¹⁷

Samlet ser vi at det er karakteristika ved partene som er det avgjørende for om direktivet kommer til anvendelse, ikke kontraktens nærmere innhold. EU-domstolen har også fastslått at direktivet kommer til anvendelse på husleiekontrakter²¹⁸ og avtaler om juridisk bistand.²¹⁹ Arbeidsavtaler, selskapsavtaler og familie- eller arverettslige kontrakter er derimot uttrykkelig unntatt.²²⁰ Direktivet gjelder både for skriftlige og muntlige avtaler, selv om skriftlige kontrakter er det overveiende mest praktiske.

²¹² Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) s. 6. Jeg har ikke lyktes i å finne erklæringen, da Rådets møteprotokoller kun er alminnelig tilgjengelige etter 1995. Sitatet er derfor hentet fra de norske forarbeidene.

²¹³ § 1 (3).

²¹⁴ § 5 bokstav a.

²¹⁵ Artikkel 2 bokstav b.

²¹⁶ Se Eckhoff (2014) s. 454–455. Slike tjenester har ofte standardiserte betingelser fastsatt i lov eller forskrift.

²¹⁷ Ot.prp. nr.89 (1993–1994) s. 7.

²¹⁸ C-488/11 *Asbeek Brusse*. Se punkt 3.3.2.

²¹⁹ C-537/13 *Šiba*.

²²⁰ Artikkel 3 nr. 1 jf. fortalens tolvte betraktning.

4.1.2 Vilkår som ikke er individuelt fremforhandlet

Direktivets rimelighetssensur omfatter bare kontraktsvilkår som «ikke er individuelt fremforhandlet».²²¹ Et vilkår skal alltid anses som ikke-individuelt fremforhandlet dersom det er «*utformet på forhånd og forbrukeren derfor ikke har kunnet påvirke innholdet*» [min kursivering].²²² Det mest typiske eksempelet er standardvilkår, men definisjonen omfatter i realiteten alle vilkår som er ensidig utformet av den næringsdrivende. At enkelte vilkår i avtalen er fremforhandlet individuelt, hindrer ikke at avtalens øvrige vilkår kan omfattes av direktivet.²²³

Begrunnelsen for at direktivet ikke krever sensur av individuelt forhandlede vilkår, er trolig at forutsetningen om ubalanse i forhandlings- og kunnskapsnivå ikke antas å slå til. Dersom det er bevist at et vilkår har blitt forhandlet frem av partene og forbrukeren har godtatt avtalen, legger man til grunn at han har kunnet påvirke innholdet. I slike tilfeller veier hensynet til forutberegnelighet tyngst, og forbrukeren har ikke annet valg enn å stå løpet ut.

I husleieforhold er det vanlig at utleier benytter standardkontrakter hvor det er oppstilt alternativer for leieforholdets varighet, oppsigelsestid, leiejustering og liknende. Eventuell tilleggssinformasjon kan fylles inn, og man krysser av for ett eller flere alternativ. Dette gir grunnlag for å stille spørsmål ved om slik avkrysning er nok til at vilkåret er individuelt fremforhandlet. Det kan også spørres om det er av betydning at det ikke er utleiefirmaets egen standardkontrakt, men en kontrakt utformet av en tredjepart som eksempelvis Huseiernes landsforbund som er benyttet. Jeg har ikke lyktes i å finne avgjørelser hvor EU-domstolen drøfter disse grensene. Ordlyden i direktivet tilsier at det avgjørende er om leietakeren har hatt reell mulighet til å påvirke innholdet. Et valg mellom to alternativ er etter min oppfatning ikke nok til å oppfylle dette kriteriet. Hvis valget står mellom to «onder», gjør hensynene bak direktivet seg spesielt sterkt gjeldende.

Et annet særtrekk ved husleiekontraktene er at situasjonen på leiemarkedet vil være av betydning for om leietakerens avtalefrihet er reell. I et presset leiemarked er utleieren i en langt bedre forhandlingsposisjon enn leietakeren, og det blir spesielt vanskelig for forbrukeren å forhandle på eksempelvis prisen eller omfanget av vedlikeholdsplikten.²²⁴ Behovet for en avklart bosituasjon kan gjøre at leietakeren godtar kontrakter med innhold vedkommende helst skulle sett var annerledes. Etter ordlyden i direktivet må forbrukeren ha kunnet påvirke innholdet, eksempelvis ved å motsette seg vedlikeholdsoppgaver eller kreve leien nedjustert som

²²¹ Artikkel 3 nr. 1 jf. nr. 2 (1).

²²² Artikkel 3 nr. 2 (1).

²²³ Artikkel 3 nr. 2 (2).

²²⁴ Det er avtalefrihet hva gjelder både pris og vedlikeholdsplikt, se lov 26. mars 1999 om husleieavtaler (husleieloven) § 4-1 og § 5-3 (2).

kompensasjon. Dette tilsier at selv om kontrakten er utformet for det bestemte leieforholdet og leietakeren har akseptert den, er vilkåret ikke individuelt fremforhandlet. Ikke minst taler hensynet til vern av den svake parten for at rimeligheten skal kunne prøves.

Uklarhetene avhjelpestil til en viss grad av at den næringsdrivende har bevisbyrden for at et vilkår er fremforhandlet individuelt.²²⁵ Direktivet er dessuten bare en minimumsharmonisering, og det åpnes for at man nasjonalt også prøver vilkår som er individuelt fremforhandlet.²²⁶ I norsk rett innebærer det at rimelighetssensur etter avtaleloven § 36 vil supplere den sensuren forbrukeravtaledirektivet krever.

4.1.3 Unntak fra prøvingsplikten

4.1.3.1 *Vilkår som bygger på lov, forskrift eller internasjonale forpliktelser*

Direktivet krever ikke rimelighetssensur av kontraktsvilkår som bygger på «ufravikelige lover eller forskrifter», eller bestemmelser og prinsipper i internasjonale konvensjoner som unionen eller medlemsstatene er part i.²²⁷ Dette forutsetter naturligvis at de nasjonale eller internasjonale reglene er i tråd med den øvrige EØS-retten. Unntaket bygger på en forestilling om at de nasjonale lovgiverne har foretatt en balansert avveining av partenes rettigheter og forpliktelser.²²⁸ Dersom et vilkår følger direkte av lovgivningen, legger man til grunn at det er rimelig.

Det fremgår av fortalen at begrepet «ufravikelige lover og forskrifter» også omfatter «de regler som i samsvar med lovgivningen gjelder for avtalepartene», dersom ikke noe annet er avtalt.²²⁹ Dette gir inntrykk av at unntaket ikke bare gjelder preseptorisk nasjonal lovgivning, men også vilkår som bygger på deklarasjonelle bestemmelser. EU-domstolen bekreftet dette i *RWE*.²³⁰ Saken gjaldt en kontrakt om forsyning av naturgass hvor leverandøren hadde ensidig rett til å endre gassprisen, uten å oppgi verken årsaken, forutsetningene eller omfanget av prisøkningen. Kontraktsvilkåret viste til en tysk lovbestemmelse som ga gassleverandører anledning til å foreta slike endringer. EU-domstolen fant at vilkåret likevel kunne prøves, fordi den tyske lovgiveren eksplisitt hadde unntatt kontrakter om levering av naturgass fra regelens anvendelsesområde.²³¹ Leverandøren kunne ikke omgå direktivet ved å vise til en

²²⁵ Artikkel 3 nr. 2 (3) jf. avtaleloven § 37 (1) nr. 4.

²²⁶ Artikkel 8 jf. fortalens tolvte betraktning.

²²⁷ Artikkel 1 nr. 2.

²²⁸ C-92/11 *RWE* premiss 28.

²²⁹ Trettende betraktning.

²³⁰ C-92/11 premiss 26.

²³¹ Premiss 32–33.

nasjonal regel som ikke kom til anvendelse. Sagt på en annen måte må vilkåret følge av en lov eller forskrift som er *bindende* for partene.²³²

Det har formodningen mot seg at en nasjonal regel om eksempelvis rentetak gjør at vilkår om rentebetingelser er unntatt fra prøving etter direktivet. Slik anvender heller ikke EU-domstolen bestemmelsen. Vi kan se hen til avgjørelsen *Unicaja Banco*, hvor EU-domstolen åpnet for at en avtalt forsinkelsesrente som ligger innenfor lovens ramme likevel kan være urimelig.²³³ At et kontraktsvilkår er innenfor rammen av deklarasjonelle lovbestemmelser, medfører ikke at det unntas fra rimelighetssensur.

Direktivet krever altså rimelighetssensur av avtalevilkår som ikke følger direkte av regler som regulerer på kontraktsforholdet. Arnesen har beskrevet denne fleksibiliteten som at direktivet til enhver tid fyller det rommet som lovgivningen lar stå uregulert.²³⁴ Dette er både en styrke og en svakhet, siden det til syvende og sist blir opp til de nasjonale lovgiverne å definere hvilket anvendelsesområde direktivet skal ha i hvert medlemsland.²³⁵ Samtidig åpner jo direktivet for at statene kan gi forbrukerne bedre vern, og de står derfor fritt til også å prøve rimeligheten av denne typen vilkår.

4.1.3.2 *Vilkår om avtalens hovedgjenstand og forholdet mellom pris og ytelse*

Rimelighetssensuren omfatter ikke «definisjonen av avtalens hovedgjenstand» eller «overensstemmelsen mellom prisen og betalingen på den ene side, og tjenestene eller varene som skal leveres som motytelse på den annen».²³⁶ Unntakene var ikke en del av Kommisjonens opprinnelige forslag, men ble lagt til under behandlingen i Rådet.²³⁷

Domstolene skal altså ikke vurdere om prisen står i forhold til verdien på ytelsen man har mottatt.²³⁸ I slike tilfeller må forbrukeren heller ta i bruk de alminnelige obligasjonsrettslige misligholdsbeføyelsene, og eksempelvis kreve retting, prisavslag eller heving. En norsk forbruker kan alternativt forsøke å få vilkåret sensurert etter avtaleloven § 36, som også rammer urimelig høye priser.²³⁹ Prisrelaterte vilkår er derimot underlagt full prøving. Det så vi i *RWE*, hvor EU-domstolen prøvde rimeligheten av kontraktsvilkår som ga gassleverandøren mulig-

²³² C-186/16 *Andriciuc*, premiss 28.

²³³ Forente saker C-482/13, C-484/13, C-485/13 og C-487/13 premiss 40, se punkt 3.1.2.

²³⁴ Arnesen (1996) s. 891.

²³⁵ *Ibid* s. 899.

²³⁶ Artikkel 4 nr. 2 og fortalens nittende betraktning.

²³⁷ Micklitz (2009) s. 125–126.

²³⁸ C-143/13 *Matei* premiss 56.

²³⁹ Se Rt-2012-355 *Lognvik* avsnitt 76 følgende.

het til å endre prisen.²⁴⁰ I *Invitel* uttalte EU-domstolen at unntaket prinsipielt ikke omfatter vilkår om endring av omkostningene for tjeneste.²⁴¹ Det er også klart at rentebestemmelser kan prøves, selv om renter kan sies å være prisen man betaler for et lån.²⁴²

Direktivet krever heller ikke prøving av vilkår som definerer avtalens «hovedgjenstand». Det er naturlig å forstå dette som beskrivelsen av varen eller tjenesten den næringsdrivende skal yte, men begrepet er ikke entydig. Unntaket er blitt ett av de mest kontroversielle elementene i direktivet, og nasjonale domstoler ser ut til å praktisere det ganske forskjellig.²⁴³ EU-domstolen har flere ganger presisert at begrepet er autonomt og skal tolkes likt i hele unionen.²⁴⁴ I *Kásler* fastslo EU-domstolen at «hovedgjenstanden» omfatter

vilkår, der fastlegger aftalens hovedydelser, og som dermed er *kendetegnende for aftalen*. De vilkår, som derimod er underordnede i forhold til dem, der definerer selve aftaleforholdets natur, kan ikke være omfattet [min kursivering][.]²⁴⁵

Dette tilsier at bare vilkår som fastlegger partenes mest grunnleggende forpliktelser skal unntas. EU-domstolen er klar på at unntaket skal tolkes strengt.²⁴⁶ Vurderingen skal gjøres under hensyn til avtalens art, oppbygning og øvrige vilkår, og den juridiske og faktiske konteksten den inngår i.²⁴⁷

Unntaket ble drøftet senest i *Andriciuc*, hvor rumenske forbrukere hadde tatt opp lån i sveitsiske franc.²⁴⁸ Ett av spørsmålene for EU-domstolen var hvorvidt vilkåret om at lånet skulle tilbakebetales i franc kunne prøves, eller om dette var unntatt fordi det definerte avtalens hovedgjenstand. EU-domstolen understreket at plikten til utbetaling og tilbakebetaling er partenes hovedydelser i en låneavtale. Vilkår om valuta for tilbakebetaling er derfor ikke en underordnet betingelse, men derimot en vesentlig del av avtalen.²⁴⁹ EU-domstolen fant derfor at vilkåret var omfattet av begrepet «hovedgjenstand». I dette tilfellet var svaret ganske klart, men Domstolen understrekte at saken stod annerledes enn saksforholdet i *Kásler*.²⁵⁰ Begge sakene gjelder lån tatt opp i sveitsiske franc, men i *Kásler* skulle lånet tilbakebetales i ungarske forinter indeksert etter bankens løpende salgspris på franc. Også her var et av spørsmålene

²⁴⁰ C-92/11.

²⁴¹ C-472/10 premiss 23. EFTA-domstolen slutter seg til dette i E-25/13 *Engilbertsson* premiss 96.

²⁴² Se eksempelvis forente saker C-482/13, C-484/13, C-485/13 og C-487/13 *Unicaja Banco*.

²⁴³ Rott (2016) s. 293.

²⁴⁴ Se eksempelvis C-26/13 *Kásler* premiss 37 og C-143/13 *Matei* premiss 50.

²⁴⁵ C-26/13 *Kásler* premiss 49–50. Gjentas senest i C-186/16 *Andriciuc* premiss 35.

²⁴⁶ C-26/13 *Kásler* premiss 49 jf. C-96/14 *Van Hove* premiss 31.

²⁴⁷ C-26/13 *Kásler* premiss 51 jf. C-96/14 *Van Hove* premiss 37.

²⁴⁸ C-186/16. Faktum er beskrevet tidligere i punkt 3.2.2.

²⁴⁹ Premiss 38.

²⁵⁰ Premiss 39–40.

om vilkåret definerte avtalens «hovedgjenstand». I *Kásler* overlot EU-domstolen mye av vurderingen til den ungarske domstolen, og uttalelsene i *Andriciuc* kan tyde på at grensen for hva som inngår i «hovedgjenstanden» går et sted mellom disse to tilfellene.

EU-domstolen har uttalt at den praktiske grunnen til at forholdet mellom pris og kvalitet er unntatt, er at det ikke finnes noen egnet skala eller rettslig kriterium som dette kan vurderes ut ifra.²⁵¹ Et annet overordnet hensyn er nok også at kontraktspartene skal beholde en viss frihet til å definere hovedforpliktelsene i avtalen.²⁵² Man antar at forbrukeren klarer å vurdere om prisen er akseptabel, at hovedforpliktelsen er den riktige, og om han ønsker å inngå avtalen. Det kan også argumenteres for at konkurransen mellom leverandørene er med på å øke kvaliteten på ytelsene og samtidig redusere det generelle prisnivået, og at dette motvirker at prisene blir urimelig høye.²⁵³

Unntakene kommer bare til anvendelse når vilkårene er formulert på en «klar og forståelig måte».²⁵⁴ Dette skyldes at dersom vilkårene er uklare, vil forbrukeren ikke ha mulighet til å gjøre et informert valg. Hensynene bak unntaket gjør seg derfor ikke gjeldende, og vilkårene bør kunne prøves. Det er den næringsdrivende som må oppfylle klarhetskravet, og direktivets beskyttelsesformål tilsier at plikten er vidtgående.²⁵⁵

Avtalens hovedgjenstand og forholdet mellom kvalitet og pris har likevel betydning når man vurderer om de øvrige kontraktsvilkårene er urimelige.²⁵⁶ En prisbestemmelse vil ikke kunne settes til side bare fordi prisen er urimelig høy, men ifølge *Nebbia* kan det ikke utelukkes at et kontraktsvilkår som medfører en betydelig ubalanse likevel blir ansett for å være rimelig hvis prisen er særlig fordelaktig for forbrukeren.²⁵⁷ Etter min oppfatning er dette lite forenlig med direktivets fokus på enkeltvilkår og det overordnede målet om at disse skal fjernes fra markedet. Jeg har heller ikke funnet holdepunktet for dette i EU-domstolens praksis.

²⁵¹ C-26/13 *Kásler*, premiss 55.

²⁵² Lapuente (2013) s. 583.

²⁵³ Se Generaladvokat Trstenjaks innstilling i C-484/08 *Caja*, premiss 40.

²⁵⁴ Artikkel 4 nr. 2.

²⁵⁵ Plikten har for øvrig samme innhold som klarhetskravet behandlet i punkt 3.2.

²⁵⁶ Fortalens nittende betraktning. Dette gjelder ikke vilkår i forsikringsavtaler som avgrensner den forsikredes risiko og forsikrerens forpliktelse dersom avgrensningene er hensyntatt i beregningen av forsikringspremien jf. samme betraktning.

²⁵⁷ *Nebbia* (2004) s. 258.

Medlemsstatene står også fritt til å også prøve hovedgjenstanden og prisen.²⁵⁸ Dette handlingsrommet er utnyttet av norske myndigheter, og hverken avtaleloven § 36 eller § 37 avgrensner mot denne typen vilkår.

4.2 Prosessuelle konsekvenser

Vi har allerede sett at direktivet har betydning for nasjonale prosessordninger. I *Aziz og Banco Popular Español* fant EU-domstolen at de spanske tvangsfullbyrdelsesordningene ikke kunne opprettholdes, ettersom de begrenset forbrukernes mulighet til å gjøre gjeldende rettighetene sine etter direktivet.²⁵⁹ I dette avsnittet skal vi se at direktivet også stiller krav til dommernes aktivitets- og veiledningsplikt.

I norsk sivilprosess er utgangspunktet at retten har ansvar for rettsanvendelsen.²⁶⁰ Dette betyr at retten «av eget tiltak» skal anvende «gjeldende rettsregler», og at den dermed ikke er bundet av partenes forståelse av loven.²⁶¹ Disposisjonsprinsippet innebærer likevel at rettsanvendelsen skal skje innenfor rammene partene setter for tvisten, og det er partene som avgjør hvilke krav som reises og hvilke påstander som nedlegges.²⁶² Det betyr at dersom det er nedlagt påstand om at en avtale er ugyldig som følge av tvang etter avtaleloven § 29, vil domstolen ikke vurdere om avtalen er ugyldig som følge av urimelighet jf. § 36. Dette gjelder selv om man ikke får medhold i påstanden, men kunne fått avtalen revidert eller tilsidesatt som urimelig.

På forbrukerdirektivets område er dette annerledes. Her har EU-domstolen utviklet en plikt for de nasjonale domstolene til å prøve spørsmål om urimelighet av eget tiltak (*ex officio*). Utviklingen startet allerede i *Océano*, hvor den spanske domstolen spurte om den kunne prøve om et vilkår var urimelig når det ikke var anført av partene.²⁶³ EU-domstolen besvarte dette bekræftende.²⁶⁴ Domstolen fremhevet at forbrukerbeskyttelsen ville bli mangelfull dersom rimeligheten bare kunne prøves når det påberopes av forbrukeren. Dommerne må derfor av eget tiltak gripe inn for å avhjelpe asymmetrien i avtaleforholdet.²⁶⁵ Etter dette har innholdet og omfanget av *ex officio*-prøvingen blitt vurdert i en rekke avgjørelser, og i *Pannon* etablerte

²⁵⁸ Artikkel 8 jf. fortalens syttende betraktning. Se C-26/13 *Kásler*, premiss 41.

²⁵⁹ C-415/11 og forente saker C-537/12 og C-116/13, se punkt 3.3.2.

²⁶⁰ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 11-3.

²⁶¹ Tvisteloven § 11-3 første punktum.

²⁶² Tvisteloven § 11-3 første punktum jf. § 11-2 (1) første og annet punktum.

²⁶³ Forente saker C-240 til C-244/98. Faktum er beskrevet i punkt 2.3.2.

²⁶⁴ Premiss 29.

²⁶⁵ Premiss 26.

EU-domstolen en *plikt* for nasjonale domstoler til å prøve urimelighet av eget tiltak. EU-domstolen uttalte at

den rolle, som fællesskabsretten således har givet den nationale domstol på det pågældende område, begrænser sig følgelig ikke til blot at være muligheden for at prøve, om et kontraktvilkår eventuelt måtte være urimeligt, men indebærer ligeledes *forpligtelsen* til ex officio at prøve dette spørgsmål, så snart den råder over de oplysninger vedrørende de retlige eller faktiske omstændigheder, som denne prøvelse kræver, herunder når den kontrollerer sin egen stedlige kompetence [min kursivering].²⁶⁶

Standpunktet er opprettholdt i en rekke avgjørelser, og det er også fulgt opp av EFTA-domstolen.²⁶⁷ Det er sikker rett at nasjonale domstoler i dag har en slik plikt.²⁶⁸ Aktivitetsplikten går lengre enn det som følger av rettens alminnelige veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5.²⁶⁹ Sitatet fra *Pannon* viser at plikten oppstår når retten har alle relevante rettslige og faktiske opplysninger. Dersom slike opplysninger mangler, vil retten i visse tilfeller ha en selvstendig undersøkelsesplikt.²⁷⁰ Aktivitetsplikten fungerer som en ekstra sikkerhetsventil som styrker vernet til den enkelte forbruker. Samtidig må retten respektere forbrukerens ønske dersom han er blitt informert om rettighetene og likevel velger å ikke påberope direktivet.²⁷¹

Selv om prosessreglene ikke er harmonisert på EU-nivå og prosessautonomi fremdeles er hovedregelen, er det ingen tvil om at aktivitetsplikten griper inn i medlemsstatenes prosessordninger.²⁷² Det er ikke lett å lese ut fra praksis om norske domstoler prøver rimelighet av eget tiltak, slik EØS-retten krever. Dersom plikten ikke overholdes, kan forbrukeren anke avgjørelsen og eventuelt få den opphevet.²⁷³ Eventuelt kan det føre til traktatbruddsøksmål.²⁷⁴ I tillegg kan både dommerne og staten bli erstatningsansvarlige.²⁷⁵

4.3 Urimelighetsvurderingen

Selv om både avtaleloven § 36 gir, og forbrukeravtaledirektivet krever at det finnes hjemmel for sensur av urimelige kontraktvilkår, oppstiller bestemmelsene nokså ulike vurderingstemaer. Etter § 36 er det avgjørende hvorvidt avtalen som *helhet* er urimelig å gjøre gjeldende,

²⁶⁶ C-243/08, premiss 32.

²⁶⁷ Se forente saker C-154/15, C-307/15 og C-308/15 *Naranjo* premiss 58–59 og E-25/13 *Engilbertsson*, premiss 162.

²⁶⁸ Arnesen (2016) s. 53.

²⁶⁹ Fredriksen (2008) s. 327 og Giertsen (2014) s. 216.

²⁷⁰ Junge (2017) punkt 4.1.5.

²⁷¹ C-243/08 *Pannon*, premiss 33.

²⁷² For en nærmere drøftelse av pliktens innhold, se Junge (2017) kapittel 4. For en kritisk analyse av konseptet prosessautonomi, se Kakouris (1997) s. 1389–1412.

²⁷³ Tvisteloven §§ 29-23 (3) jf. 29-21 (2).

²⁷⁴ ODA-avtalen artikkel 31 og 32.

²⁷⁵ Domstolloven § 200 (1) og (2). Se Junge (2017) kapittel 5, note 742 og 743.

mens etter direktivet er spørsmålet om det omstridte *vilkåret* medfører en betydelig skjevhet i partenes rettigheter og plikter. Dette gjør at vurderingen kan falle ulikt ut etter de to regelsettene. Det kan tenkes situasjoner hvor ingen enkeltvilkår alene medfører en betydelig skjevhet, men at avtalen som helhet likevel er urimelig etter avtaleloven § 36. Det kan også oppstå situasjoner hvor ett eller flere vilkår sensureres etter direktivet, men at avtalen som helhet er rimelig etter § 36 fordi de oppveies av andre vilkår. Derfor er det viktig at rettsanvenderen er bevisst på hvilket regelsett man opererer innenfor og hvilken norm som legges til grunn.

Likevel er min oppfatning at direktivet og § 36 i stor grad er ment å ramme den samme typen materiell urimelighet. En avtale vil som regel være urimelig å gjøre gjeldende dersom den innebærer en betydelig skjevhet i partenes rettigheter og plikter. I tillegg har forarbeidene eksempler på situasjoner hvor § 36 kan komme til anvendelse flere fellestrekk med eksempel-vilkårene i vedlegget til direktivet.

Mange av de samme momentene vil også være relevante. EU-domstolen har understreket at forbrukervernet er spesielt sterkt i saker hvor sosiale hensyn gjør seg gjeldende, og slike hensyn er også av betydning etter avtaleloven § 36. I *Sinnsvekket kausjonist* hadde en psykisk syk kvinne pantsatt boligen sin som sikkerhet for sønnens banklån, og pantsettelsen ble tilsidesatt i medhold av § 36.²⁷⁶ Høyesterett fremhevet «den helt spesielle betydningen leiligheten har for A på grunn av hennes sykdom», og dette var tilsynelatende avgjørende for resultatet.²⁷⁷ Videre legger både Høyesterett og EU-domstolen vekt på om den næringsdrivende har overholdt sine forpliktelser etter andre deler av regelverket. I både *Lognvik*, *Fokus Bank* og *Røeggen* vurderte Høyesterett om banken hadde oppfylt de lovfestede kravene til informasjonsplikt ved salg av denne typen produkter.²⁷⁸ Dette var viktig for spørsmålet om det var mangler ved avtalens tilblivelse. På samme måte ser EU-domstolen hen til andre direktiver for å vurdere om kravene til god tro og klarhet er oppfylt.

Både avtaleloven § 36 og direktivet hadde opprinnelig innholdsmangler som sitt hovedanliggende, men begge regelsettene fanger i økende grad opp mangler ved tilblivelsen. I både *Lognvik* og *Fokus Bank* hadde forbrukeren anført at det var mangler ved avtaletilblivelsen, men fordi det ikke var «kvalifiserte mangler» ved informasjonen fra bankene, fikk de ikke medhold.²⁷⁹ Førstvoterende i *Lognvik* skriver at «[a]vtaleloven § 36 rammer de urimelige av-

²⁷⁶ Rt-1995-1540. Kontraktvilkåret var ikke individuelt fremforhandlet.

²⁷⁷ Dommens s. 1547, se Giertsen (2014) s. 228.

²⁷⁸ I Rt-2012-355 *Lognvik* og Rt-2013-388 *Røeggen* vurderes kravene i forskrift 25. september 2006 nr. 1317 om opplysningsplikt ved tilbud om kjøp av sammensatte produkter. I Rt-2012-1926 *Fokus Bank* vurderes kravene etter lov 19. juni 1997 nr. 79 om verdipapirhandel. For en grundig analyse av bankernes plikter ved salg av investeringsprodukter til forbrukere, se Kjørven (2017), særlig s. 109–267.

²⁷⁹ Rt-2012-355 avsnitt 68, gjentas i Rt-2012-1926 avsnitt 46.

talene, ikke de ufornuftige. Og urimelig var avtalen etter mitt skjønn ikke.»²⁸⁰ Kjørven er kritisk til avgjørelsene og mener at Høyesterett har lagt terskelen for høyt.²⁸¹ Etter min oppfatning er det ikke gitt at en drøftelse etter direktivet ville ført til samme resultat. Som vi har sett har EU-domstolen utviklet en omfattende informasjons- og opplysningsplikt, og jeg kan ikke se at informasjonsmanglene må være «kvalifiserte». Lojalitetsplikten tolkes så strengt at den næringsdrivende nærmest må fraråde forbrukeren mot å inngå ufornuftige kontrakter.²⁸² Mye kan tyde på at det skal mindre til for at det er mangler ved tilblivelsen etter direktivet enn etter § 36.

Begge lempningsreglene legger opp til samlede helhetsvurderinger, men det er store forskjeller på hvordan vurderingene foretas. Vurderingen etter § 36 er i stor grad basert på særtrekk ved avtalen og partsforholdet, mens direktivet legger opp til en mer generell og abstrakt drøftelse. Dette må sees i sammenheng med at forbrukerelementet har ulik betydning. Ettersom § 36 rammer alle formuerettslige avtaler, er partenes stilling ett av flere relevante momenter. Dersom den ene parten er forbruker, er dette et tungtveiende hensyn som skal reflekteres i vurderingen.²⁸³ Samtidig er hensynet relativt. Betydningen av det vil variere ut fra den faktiske asymmetrien i det konkrete partsforholdet. I *Fokus Bank* ble eksempelvis forbrukerne omtalt som «velstående privatkunder», og informasjonsplikten måtte vurderes i lys av kundenes investeringserfaring.²⁸⁴ Etter Woxholths oppfatning er det «definitivt ikke slik» at bare fordi man faller innenfor forbrukerdefinisjonen eller anses som ikke-profesjonell, så har man krav på forbrukerbeskyttelse etter § 36.²⁸⁵ Han mener det er klart at en advokat med spesialinnsikt i forbrukerlovgivning eller en finansanalytiker ikke fortjener eller kan påberope samme vern som en alminnelig industriarbeider.²⁸⁶

Slik er det ikke på forbrukeravtaledirektivets område. Å være forbruker er et inngangsvilkår for å kunne påberope direktivet, men hvis vilkåret er oppfylt har du krav på vernet direktivet til enhver tid gir. Dersom sjefen for DnB Markets investerer private midler i et spareprodukt som viser seg å gi mindre avkastning enn antatt, vil han neppe regnes som en svak part med spesielt behov for vern i en vurdering etter avtaleloven § 36. Etter direktivet vil han likevel behandles som en alminnelig forbruker, og dommeren må se bort fra at han har over gjennomsnittlig god innsikt i fond og valutamarkedet.

²⁸⁰ Avsnitt 82.

²⁸¹ Kjørven (2012) s. 400.

²⁸² Se særlig C-186/16 *Andriciuc*, premiss 45–51.

²⁸³ Rt-2013-388 *Røeggen* avsnitt 61.

²⁸⁴ Rt-2012-1926 avsnitt 2 og 51.

²⁸⁵ Woxholth (2013) s. 280.

²⁸⁶ *Ibid.*

Det er ikke vanskelig å kritisere denne løsningen. For den mindre ressurssterke forbrukeren ville det vært fordelaktig å bli vurdert ut fra sine egne forutsetninger, og man kan si at reguleringen i direktivet ikke har blitt så smidig og fleksibel som man kunne håpet. Tvert imot er vurderingen i stor grad standardisert og distansert fra det konkrete avtaleforholdet. Dette henger nok sammen med behovet for å utvikle en felles standard på EU-nivå som kan håndheves i alle medlemsstater og skape likhet på tvers av rettssystemer. Fordelene ved dynamiske regler må som vi har sett avveies mot andre hensyn, og i håndhevelsen av forbrukerdirektivet ser EU-domstolen ut til å ha lagt mest vekt på å skape en funksjonell standard som også kan ivareta de næringsdrivendes behov for forutberegnelighet. Dette underbygger Arnesens poeng om at direktivet nok skal beskytte mot rettsulikhet fremfor urimelighet.²⁸⁷ Her ser vi enda et utslag av at regelsettene er innrettet for å ivareta forskjellige formål og hensyn.

4.4 Virkningene av urimelighet

4.4.1 Tilgjengelige virkemidler

Utgangspunktet etter avtaleloven § 36 er at avtalen «helt eller delvis» kan «settes til side eller endres» dersom det vil være urimelig å gjøre den gjeldende.²⁸⁸ Ordlyden åpner for at urimelighet kan ha flere ulike rettsvirkninger. Forarbeidene oppstiller fire alternative utfall:

- a) Det urimelige vilkår endres eller tilsidesettes mens avtalen for øvrig opprettholdes uforandret.
- b) Det urimelige vilkår endres sammen med en endring eller tilsidesettelse av andre vilkår.
- c) Det urimelige vilkår opprettholdes uforandret mot at andre av avtalens vilkår endres eller tilsidesettes
- d) Hele avtalen tilsidesettes.

Rettsanvenderen står altså fritt til å velge virkemiddel ut fra omstendighetene i saken. Etter forbrukeravtaledirektivet er situasjonen annerledes. Medlemsstatene plikter å sørge for at urimelige avtalevilkår «ikke skal binde forbrukeren» og at avtalen for øvrig er bindende for partene dersom den kan opprettholdes uten det urimelige vilkåret.²⁸⁹ Utgangspunktet er altså at det urimelige vilkåret fjernes og at resten av avtalen består.²⁹⁰ I *Pereničová* gjorde EU-domstolen det klart at forbrukeren ikke kan *velge* at hele avtalen skal tilsidesettes hvis det er fordelaktig for ham.²⁹¹ Direktivet er likevel ikke til hinder for nasjonale regler som tillater slike løsninger, men forutsetningen er at det gir et bedre forbrukervern.²⁹² Dersom en avtale innenfor direktivets anvendelsesområde skal settes til side, må det altså være til gunst for forbrukeren. Her begrenser direktivet endringsmulighetene etter § 36.

²⁸⁷ Arnesen (1996) s. 886.

²⁸⁸ Avtaleloven § 36 (1) første punktum.

²⁸⁹ Artikkel 6 nr. 1.

²⁹⁰ C-377/14 *Radlinger*, premiss 97.

²⁹¹ C-453/10, premiss 33.

²⁹² *Ibid.*, premiss 35.

Ettersom målet ved avtaleloven § 36 er å komme frem til en løsning som er rimelig for begge parter,²⁹³ vil urimelige vilkår ofte revideres slik at innholdet blir rimelig.²⁹⁴ Noen ganger kan det være en fordel for forbrukeren at vilkåret fjernes. Eksempelvis er det mer gunstig med en låneavtale uten forsinkelsesrenter enn at en urimelig høy forsinkelsesrente nedjusteres. Det er denne urimelighetsvirkningen direktivet legger opp til, og det er uten betydning at avtalen som helhet dermed kan bli urimelig for den næringsdrivende. Derfor vedtok departementet spesialregelen i § 37 nr. 2, hvor forbrukeren gis rett til å kreve at urimelige vilkår fjernes og at avtalen for øvrig opprettholdes dersom den kan bestå uforandret. For øvrig la departementet til grunn at § 36 gir en «fleksibel og heldig løsning, som ikke kan ramme forbrukeren på noen urimelig måte», og at forbrukeren også på direktivets område måtte kunne benytte seg av adgangen til kontraktsrevisjon som bestemmelsen tilbyr.²⁹⁵

Utviklingen i EU-domstolens praksis har vist at denne løsningen er problematisk. *Banco Español* gjaldt en låneavtale med forsinkelsesrente på 29 prosent.²⁹⁶ Den spanske domstolen fant at renta var urimelig høy, og spurte EU-domstolen om direktivet åpnet for at vilkåret kunne endres slik at rentesatsen ble nedjustert. Dette ble svart benektende. En adgang til å endre urimelige kontraktsvilkår ville ifølge EU-domstolen eliminere den avskrekkende virkningen direktivet er ment å ha for de næringsdrivende.²⁹⁷ Det er mer risikabelt å kreve en urimelig høy forsinkelsesrente dersom konsekvensen kan være at rentebestemmelsen bortfaller helt. Dette ble også utfallet i saken, hvor avtalen ble opprettholdt uten forsinkelsesrenter. De fleksible endringsmulighetene § 36 oppstiller kan altså ikke benyttes på avtaler innenfor direktivets anvendelsesområde.²⁹⁸ Dette ble bekreftet i *Asbeek Brusse*, hvor EU-domstolen uttalte at hvis retten først fant at leiekontraktens vilkår om bøter var urimelig, var det ikke tilstrekkelig å redusere boten leietakerne var ilagt.²⁹⁹

²⁹³ NOU 1979:32 s. 60.

²⁹⁴ Rt-2012-1537 omhandlet en avtale mellom profesjonelle. I avsnitt 46 uttaler Høyesterett at en «eventuell revisjon skal dessuten være begrenset til det som er nødvendig for å avbøte den kvalifiserte urimeligheten – målet er altså ikke å oppnå et mest mulig balansert avtaleforhold.» Uttalelsen er et obiter, og Arnesen ((2016) s. 51) stiller seg tvilende til om standpunktet vil opprettholdes. Som han påpeker kan det oppfattes som støtende at retten skal legge til rette for kontraktsvilkår på grensen til det urimelige. Jeg har ikke funnet noen liknende uttalelse om revisjon av forbrukeravtaler.

²⁹⁵ Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) s. 11.

²⁹⁶ C-618/10.

²⁹⁷ Premiss 69.

²⁹⁸ Sørensen ((2013) s. 383) hevder at de norske og danske reglene dermed er direktivstridige, mens Arnesen ((2016) s. 61) fremhever at direktivstridigheten beror på hvordan norske dommere velger å benytte reglene. Skoghøy ((2017) s. 600–6002) behandler dette som et unntak fra de norske reglene om indispositivitet.

²⁹⁹ C-488/11, premiss 54.

Dersom avtalen ikke kan opprettholdes uten det urimelige vilkåret, legger direktivet opp til at hele avtalen skal tilsidesettes. En tilsidesettelse kan få uheldige konsekvenser for forbrukeren, eksempelvis ved at lån forfaller på dagen og boliger må selges. *Kásler* omhandler et slikt tilfelle.³⁰⁰ Avtalen kunne ikke opprettholdes uten det urimelige vilkåret, og den nasjonale domstolen spurte om den i et slikt tilfelle kunne erstatte vilkåret med en regel fra nasjonal bakgrunnsrett. EU-domstolen gjentar regelen fra *Banco Español*, men legger til at det ikke er til hinder for at man i slike tilfeller erstatter det urimelige kontraktsvilkåret med en deklarasjonsbestemmelse.³⁰¹ I tillegg til de uheldige følgene for forbrukeren, var nok den viktigste begrunnelsen at direktivets preventive virkninger ville gått tapt dersom avtalen ble annullert.³⁰² Hvis man ser de to avgjørelsene i sammenheng, er hovedregelen at det ikke er adgang til å revidere urimelige vilkår, men at man kan supplere med deklarasjonsregler dersom en tilsidesettelse av avtalen vil ha negative konsekvenser for forbrukeren.³⁰³

Spørsmål om revidering av vilkår har også vært oppe for EFTA-domstolen.³⁰⁴ Domstolen viste til *Kásler*, og uttalte at

the contract must continue in existence [...] without any amendment other than that resulting from the deletion of the unfair terms, in so far as, in accordance with the rules of domestic law, such continuity of the contract is legally possible.³⁰⁵

Selv om dette kan forstås som at den nasjonale domstolen ikke under noen omstendighet kan endre urimelige vilkår, fremholder Arnesen at det ikke finnes noen grunn til at direktivet skal forstås annerledes i EØS enn i EU.³⁰⁶ Jeg stiller meg bak dette. Etter hans oppfatning bør det også være anledning til å supplere med ulovfestet rett, eventuelt å la bakgrunnsretten erstatte andre vilkår, dersom det kan forhindre at hele avtalen annulleres til skade for forbrukeren.³⁰⁷ Suppleringsadgangen kan likevel bare rekke så langt det er nødvendig for å sikre at avtalen opprettholdes.

4.4.2 Urimelighetens rekkevidde

I norsk rett har en rettskraftig avgjørelse som regel bare virkninger mellom partene.³⁰⁸ Slik er det også i EØS-rettslig sammenheng, men på forbrukerdirektivets område ble dette utfordret

³⁰⁰ C-26/13.

³⁰¹ Premiss 80.

³⁰² C-26/13, premiss 83, se også. Arnesen (2016) s. 57.

³⁰³ Se forente saker C-482/13, C-484/13, C-485/13 og C-487/13 *Unicaja Banco*, premiss 33.

³⁰⁴ E-25/13 *Engilbertsson*, premiss 147 følgende.

³⁰⁵ Premiss 164, vises til i E-27/13 *Gunnarsson*, premiss 107.

³⁰⁶ Arnesen (2016) s. 57.

³⁰⁷ *Ibid.* s. 58–59.

³⁰⁸ Tvisteloven § 19-15 (1) første punktum. Dette kalles rettskraftens subjektive grense. For enkelte presiseringer og unntak, se Skoghøy (2017) s. 1113–1123.

med avgjørelsen *Invitel*.³⁰⁹ En ungarsk forbrukerorganisasjon hadde mottatt klager på standardkontrakten til en fastnettoperatør, og gikk til sak på vegne av en gruppe forbrukere. EU-domstolen fastslo at dersom kontrakten inneholdt urimelige vilkår, skulle disse hverken være bindende for forbrukerne som var part i saken eller *operatørens øvrige privatkunder med tilsvarende avtalevilkår*.³¹⁰ Domstolen vektla statens forpliktelse til å sikre effektive midler for en sterk forbrukerbeskyttelse.³¹¹ EU-domstolen lot altså en dom på urimelighet få virkninger utover det som følger av de alminnelige rettskraftreglene.³¹² Konsekvensen var at alle selskaps privatkunder kunne kreve at vilkårene ble fjernet, og operatøren kunne ikke lenger bruke slike vilkår. Løsningen er effektiv i lys av formålet om å fjerne urimelige vilkår fra det indre marked.

For meg fremstår det som svært usannsynlig at en avgjørelse etter avtaleloven § 36 kan få rettsvirkninger for andre enn partene. Rettskraftreglene setter naturligvis klare grenser, men det henger også sammen med at avgjørelsene bygger på helt konkrete vurderinger av avtaleforholdet og partene. En avgjørelse vil sjelden ha overføringsverdi til andre saksforhold. Årsaken til at en dom på urimelighet etter direktivet kan få generell gyldighet, er at vurderingene er abstrakte og generelle, og langt på vei uavhengige av partene i saken. I tillegg rammer direktivet bare vilkår som ikke er individuelt fremforhandlet, og det er derfor stor sannsynlighet for at det finnes andre forbrukeravtaler med tilsvarende betingelser.

Dersom et vilkår er ugyldig og tilsidesettes, er utgangspunktet etter både avtaleloven § 36 og direktivet at partenes ytelser skal restitueres. Eksempelvis har forbrukeren krav på tilbakebetaling hvis han har betalt for mye. Når vi vet at en dom på urimelighet etter direktivet kan få virkninger for andre enn partene, forstår vi at restitusjonsplikten kan bli svært omfattende. Dette er nok grunnen til at EU-domstolen har blitt forelagt flere spørsmål om adgangen til å tidsbegrense urimelighetsvirkningene. Dette ble sist drøftet i *Naranjo*.³¹³ Bakgrunnen for saken var at mange spanske forbrukere hadde gått til sak mot ulike banker på grunn av såkalte «gulvklausuler» på boliglån. Klausulene satte et minimumsnivå for rentene, og forbrukerne måtte betale på dette nivået selv om markedsrenten lå lavere. I mai 2013 fant Spanias høyesterett at klausulene var urimelige etter forbrukeravtaledirektivet, og dermed krevde mange forbrukere å få annullert gulvklausulene og at innbetalte beløp ble tilbakebetalt. Spanias høyesterett hadde imidlertid uttalt at avgjørelsen ikke skulle påvirke innbetalinger foretatt *før* domsavsigelsen. EU-domstolen ble spurt om direktivet tillot en slik tidsmessig begrensning. Doms-

³⁰⁹ C-472/10. For faktum, se punkt 3.2.2.

³¹⁰ Premiss 38.

³¹¹ Premiss 35.

³¹² Micklitz ((2014) s. 794) omtaler dette som en «erga omnes-effekt».

³¹³ Forente saker C-154/15, C-307/15 og C-308/15.

tolen understreket at den næringsdrivende som utgangspunkt plikter å tilbakebetale beløp han urettmessig har mottatt.³¹⁴ Direktivet er preseptorisk, og nasjonale regler kan ikke innskrenke beskyttelsen direktivet er ment å gi.³¹⁵ Tidsbegrensningen gjorde at forbrukere som hadde inngått avtaler med gulvklausuler før høyesterettsavgjørelsen, ble fratatt retten til å kreve tilbake det de hadde betalt for mye. En slik håndhevelse ville føre til at forbrukervernet ble utilstrekkelig og mangelfullt, og det var hverken et effektivt eller egnet virkemiddel for å avskaffe urimelige vilkår.³¹⁶ EU-domstolen fant derfor at direktivet ikke tillot at nasjonale domstoler tidsbegrenset virkningen av urimelighet.

Et annet poeng er at søksmål ofte tar lang tid og at forbrukerens tilbakebetalingskrav kan foreldes.³¹⁷ I *RWE* tok det hele syv år fra prosessen startet til prisøkningklausulen ble kjent ugyldig, og mer enn halvparten av kravene var derfor foreldet.³¹⁸ EU-domstolen har, så vidt jeg har kunnet bringe på det rene, ikke fått direkte spørsmål om direktivet er til hinder for at restitusjonskrav kan begrenses på denne måten. Utgangspunktet er at foreldelsesreglene er nasjonale, men at de må oppfylle kravene til effektivitet og ekvivalens.³¹⁹ I *Naranjo* uttalte EU-domstolen imidlertid at EU-retten ikke pålegger nasjonale domstoler å unnlate å anvende nasjonale prosessregler, og at det måtte «sondres mellom anvendelsen af en processuel bestemmelse så som en rimelig foreldelsesfrist og en tidsmessig begrænsning af virkningene af fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse» [mine kursiveringer].³²⁰ Dette tyder på at forbrukerne må tåle at deler av kravet går tapt som følge av foreldelse.

³¹⁴ Premiss 61–63.

³¹⁵ Premiss 66.

³¹⁶ Premiss 73 jf. artikkel 7 nr.1.

³¹⁷ I norsk rett er hovedregelen at pengekrav foreldes løpende etter tre år, jf. lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) §§ 2 jf. 3.

³¹⁸ Micklitz (2014) s. 797.

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ Forente saker C-154/15, C-307/15 og C-308/15, premiss 70.

5 Avslutning

Oppgaven har vist at avtaleloven § 36 og direktivet har flere likhetstrekk. Begge lempningsreglene skal verne forbrukeren som den svake parten i kontraktsforholdet og vurderingene tar utgangspunkt i flere av de samme momentene. Samtidig er vurderingstemaene nokså ulike. Ett av direktivets hovedformål er å rense det indre marked for urimelige vilkår, og urimelighetsvurderingen er abstrakt og i stor grad standardisert. Dette gjør at rimelighetstesten etter avtaleloven § 36 og direktivet ikke alltid vil gi samme resultat. Direktivet setter klare grenser for hvilke virkninger urimelighet kan få, og dette vil være avgjørende når et forhold rammes av både direktivet og avtaleloven § 36. Innenfor direktivets anvendelsesområde plikter dommeren dessuten å prøve rimelighet av eget tiltak, og en dom på urimelighet kan ha rettsvirkninger for andre enn partene i saken.

Hvilket regelsett som gir «best vern» beror på hvem forbrukeren er og hva slags vilkår som er omtvistet. Hvis det er ønskelig for forbrukeren å beholde avtalen uten det urimelige vilkåret, bør han påberope direktivet. Siden direktivets forbrukerbegrep er objektivt og formelt, kan en velinformert forbruker dessuten ha større sannsynlighet for å få medhold etter direktivet enn etter avtaleloven § 36.

Når departementet skriver at det skal mindre til for at et vilkår er urimelig etter avtaleloven § 36, får man inntrykk av at det har vurdert regelsettene opp mot hverandre, satt en «terskel» for urimelighet og funnet at denne er ulik. Etter min oppfatning er dette problematisk av flere grunner. Det er lite hensiktsmessig med slike sammenlikninger når reglene legger opp til forskjellige vurderinger. Avtaleloven § 36 og forbrukeravtaledirektivet artikkel 3 er rettslige standarder som utvikles i hver sin kontekst og med forskjellige formål. Det er ikke gitt at de til enhver tid vil følge hverandre. Det er også betenkelig at lovgiver uttaler seg slik om rettslige standarder som det er opp til domstolene å utvikle over tid. Dette kan føre til at rettsutviklingen bremses eller stopper opp. Man bør være særlig varsom når man omtaler nye direktiver og forordninger hvor EU-domstolens fremtidige tolkninger vil bli avgjørende for rettstilstanden. Som vi har sett, er det ikke alltid godt å vite hva fremtiden vil bringe.

Kildeliste

5.1 Traktater

Charteret	Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter. Konsolidert versjon 2016. (EUT 2016/C 202/01) Sitert fra Eur-Lex-databasen.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, i kraft 1.1.1994. Sitert fra Lovdata.
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, i kraft 1.1.1994. Sitert fra Lovdata.
TEU	Traktat om den Europeiske Union. Konsolidert versjon 2016, (EUT 2016/C 202/01) Sitert fra Eur-Lex-databasen.
TEUV	Traktat om den Europeiske Unions virkemåte. Konsolidert versjon 2016, (EUT 2016/C 202/01) Sitert fra Eur-Lex-databasen.

5.2 Lovgivning

5.2.1 Direktiver

Direktivene er sitert fra Lovdata.

Direktiv 87/102/EØF	Rådskonklusjon 87/102/EØF av 22. desember 1986 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om forbrukerkreditt [Forbrukerkredittdirektivet] (opphevet).
Direktiv 90/314/EØF	Rådskonklusjon 90/314/EØF av 13. juni 1990 om pakkereiser, herunder pakkeferier og pakketurer [Pakkereisedirektivet].
Direktiv 93/13/EØF	Rådskonklusjon 93/13/EØF av 5. april 1993 om urimelige kontraktsvilkår i forbrukeravtaler [Forbrukeravtaledirektivet].
Direktiv 97/7/EF	Europaparlaments- og rådskonklusjon 97/7/EF av 20. mai 1997 om forbrukervern ved fjernsalgsavtaler [Fjernsalgsdirektivet].
Direktiv 2005/29/EF	Europaparlaments- og rådskonklusjon 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådskonklusjon 84/450/EØF, europaparlaments- og rådskonklusjon 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 [«Handelspraksisdirektivet»].
Direktiv 2008/48/EF	Europaparlaments- og rådskonklusjon 2008/48/EF av 23. april 2008 om forbrukerkredittavtaler og om oppheving av rådskonklusjon 87/102/EØF [Forbrukerkredittdirektivet].

Direktiv 2011/83/EU Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/83/EU av 25. oktober 2011 om forbrukerrettigheter, om endring av rådsdirektiv 93/13/EØF og europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF og om oppheving av rådsdirektiv 85/577/EØF og europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF [Forbrukerdirektivet].

5.2.2 EØS-komiteebeslutninger

EØS-komiteens beslutning nr. 7/94 om endring av protokoll 47 og enkelte vedlegg til EØS-avtalen. Publisert i EØS-tillegget nr. 17/1994/s. 1. Sitert fra Lovdata.

5.2.3 Lover

Lovene er sitert fra Lovdata.

- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
- 1918 Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avtaleslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
- 1935 Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning (tinglysingsloven)
- 1979 Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven)
- 1988 Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)
- 1995 Lov 6. januar 1995 nr. 1 om endring i lov av 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer.
- 1997 Lov 19. juni 1997 nr. 79 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven) [opphevet]
- 1999 Lov 26. mars 1999 om husleieavtaler (husleieloven)
- 2002 Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
- 2009 Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
- 2016 Lovbekendtgørelse nr. 193 af 3. mars 2016 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (Aftaleloven) [dansk]

5.2.4 Forskrifter

Forskriften er sitert fra Lovdata.

- 2006 Forskrift 25. september 2006 nr. 1317 om opplysningsplikt ved tilbud om kjøp av sammensatte produkter [opphevet]

5.3 Forarbeider

Forarbeidene er sitert fra Lovdata.

NOU 1979:32	<i>Formuerettslig lempingsregel</i>
Ot.prp. nr. 5 (1982–1983)	<i>Om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4 m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)</i>
Ot.prp. nr. 89 (1993–1994)	<i>Om lov om endring i avtaleloven</i>
Ot.prp. nr. 55 (2007–2008)	<i>Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)</i>

5.4 Rettspraksis

5.4.1 Avgjørelser fra EU-domstolen

Avgjørelsene er sitert fra Curia-databasen.

C-240/98 til C-244/98 (forente saker)	<i>Océano</i>	Océano Grupo Editorial SA mot Rocío Murciano Quintero og Salvat Editores SA mot José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane og Emilio Viñas Felio	ECLI:EU:C:2000:346
C-144/99	<i>Kommisjonen mot Nederland</i>	Kommisjonen mot Nederland	ECLI:EU:C:2001:257
C-478/99	<i>Kommisjonen mot Sverige</i>	Kommisjonen mot Sverige	ECLI:EU:C:2002:281
C-541/99 og C-542/99 (forente saker)	<i>Cape og Idealservice</i>	Cape Snc mot Idealservice Srl og Idealservice MN RE Sas mot OMAI Srl	ECLI:EU:C:2001:625
C-237/02	<i>Hofstetter</i>	Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG mot Ludger Hofstetter, Ulrike Hofstetter	ECLI:EU:C:2004:209
C-168/05	<i>Mostaza Claro</i>	Elisa María Mostaza Claro mot Centro Móvil Milenium	ECLI:EU:C:2006:675

SL

C-137/08	<i>Pénzügyi Lízing</i>	Pénzügyi Lízing Zrt. Mot Ferenc Schneider	ECLI:EU:C:2010:659
C-243/08	<i>Pannon</i>	Pannon GSM Zrt mot Erzsébet Sustikné Gyórfi	ECLI:EU:C:2009:350
C-484/08	<i>Caja</i>	Caja de Ahorros mot Monte de Piedad de Madrid	ECLI:EU:C:2010:309
C-76/10	<i>Pohotovost'</i>	Pohotovost' s.r.o. mot Iveta Korčkovská.	ECLI:EU:C:2014:101
C-453/10	<i>Pereničová</i>	Jana Pereničová og Vladislav Perenič mot SOS financ spol. s r.o.	ECLI:EU:C:2012:144
C-472/10	<i>Invitel</i>	Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság mot Invitel Távközlési Zrt	ECLI:EU:C:2012:242
C-618/10	<i>Banco Español</i>	Banco Español de Crédito SA mot Joaquín Calderón Camino	ECLI:EU:C:2012:349
C-92/11	<i>RWE</i>	RWE Vertrieb AG mot Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV	ECLI:EU:C:2013:180
C-415/11	<i>Aziz</i>	Mohamed Aziz mot Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)	ECLI:EU:C:2013:164
C-488/11	<i>Asbeek Brusse</i>	Dirk Frederik Asbeek Brusse og Katarina de Man Garabito mot Jahani BV	ECLI:EU:C:2013:341

C-537/12 og C-116/13 (forente saker)	<i>Banco Popular Español</i>	Banco Popular Español SA mot Maria Teodolinda Rivas Quichimbo og Wilmar Ed- gar Cun Pérez og Banco de Valencia SA mot Joaquín Valdeperas Tortosa og María Ángeles Miret Jaume	ECLI:EU:C:2013:759
C-226/12	<i>Álvarez</i>	Constructora Principado SA mot José Ignacio Menéndez Álvarez	ECLI:EU:C:2014:10
C-26/13	<i>Kásler</i>	Árpád Kásler and Hajnalka Káslerné Rábai mot OTP Jelzálogbank Zrt	ECLI:EU:C:2014:282
C-34/13	<i>Kušionová</i>	Monika Kušionová mot SMART Capital, a.s.	ECLI:EU:C:2014:2189
C-143/13	<i>Matei</i>	Bogdan Matei and Ioana Ofelia Matei mot SC Volks- bank România SA	ECLI:EU:C:2015:127
C-342/13	<i>Sebestyén</i>	Katalin Sebestyén mot Zsolt Csaba Kővári and Others	ECLI:EU:C:2014:1857
C-482/13, C-484/13, C-485/13 og C-487/13 (forente saker)	<i>Unicaja Banco</i>	Unicaja Banco, SA mot José Hidalgo Rueda and Others og Caixabank SA mot Ma- nuel María Rueda Ledesma and Others	ECLI:EU:C:2015:21
C-537/13	<i>Šiba</i>	Birutė Šiba mot Arūnas De- vėnas	ECLI:EU:C:2015:14
C-110/14	<i>Costea</i>	Horațiu Ovidiu Costea mot SC Volksbank România SA	ECLI:EU:C:2015:538

C-96/14	<i>Van Hove</i>	Jean-Claude Van Hove mot CNP Assurances SA	ECLI:EU:C:2015:262
C-377/14	<i>Radlinger</i>	Ernst Georg Radlinger og Helena Radlingerová mot Finway a.s.	ECLI:EU:C:2016:283
C-74/15	<i>Tarcău</i>	Dumitru Tarcău og Ileana Tarcău mot Banca Comer- cială Intesa Sanpaolo România SA m.fl.	ECLI:EU:C:2015:772
C-482/13, C-484/13, C-485/13 og C-487/13 (forente saker)	<i>Unicaja Banco</i>	Unicaja Banco, SA mot José Hidalgo Rueda og Others and Caixabank SA mot Ma- nuel María Rueda Ledesma and Others	ECLI:EU:C:2015:21
C-154/15, C-307/15 og C-308/15 (forente saker)	<i>Naranjo</i>	Francisco Gutiérrez Naranjo mot Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez mot Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA mot Emilio Irles López og Teresa Torres Andreu	ECLI:EU:C:2016:980
C-186/16	<i>Andriciu</i>	Ruxandra Paula Andriciu m.fl. mot Banca Românească SA	ECLI:EU:C:2017:703

5.4.2 Generaladvokatinnstillinger

Uttalelsene er sitert fra Curia-databasen.

C-473/00	<i>Cofidis</i>	Cofidis SA mot Jean-Louis Fredout. Forslag til avgjø- relse fra Generaladvokat Tizzano.	ECLI:EU:C:2002:239
----------	----------------	--	--------------------

C-237/02	<i>Hofstetter</i>	Freiburger Kommunalbau- ten GmbH Baugesellschaft & Co. KG mot Ludger Hof- stetter, Ulrike Hofstetter. Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Geelhoed.	ECLI:EU:C:2003:504
C-137/08	<i>Pénzügyi Lízing</i>	Pénzügyi Lízing Zrt. Mot Ferenc Schneider. Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trstenjak.	ECLI:EU:C:2010:401
C-484/08	<i>Caja</i>	Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid mot Aso- ciación de Usuarios de Ser- vicios Bancarios (Ausbanc). Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trstenjak.	ECLI:EU:C:2009:682
C-415/11	<i>Aziz</i>	Mohamed Aziz mot Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Kokott.	ECLI:EU:C:2012:700

5.4.3 Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Avgjørelsene er sitert fra <http://www.eftacourt.int/>.

E-01/07	<i>A</i>	Criminal proceedings against A
E-25/13	<i>Engilbertsson</i>	Gunnar V. Engilbertsson v Íslandsbanki hf.
E-27/14	<i>Gunnarsson</i>	Sævar Jón Gunnarsson v Landsbankinn hf.

5.4.4 Høyesterettsavgjørelser

Avgjørelsene er sitert fra Lovdata.

Rt-1988-276	<i>Røstad</i>
Rt-1988-295	<i>Skjelsvik</i>
Rt-1995-1540	<i>Sinnsvekket kausjonist</i>
Rt-2000-1811	<i>Finanger I</i>
Rt-2003-1132	
Rt-2012-355	<i>Lognvik</i>
Rt-2012-1537	
Rt-2012-1926	<i>Fokus Bank</i>
Rt-2013-388	<i>Røeggen</i>
HR-2016-2554-P	<i>Holship</i>

5.4.5 Underrettsavgjørelser

Avgjørelsene er sitert fra Lovdata.

LB-1997-1699
LB-2007-20607
TSTAV-2014-52307
LB-2015-37187
TBERG-2016-206673

5.5 Litteratur

- Andenæs (1989) Andenæs, Mads Henry. *Kontraktsvilkår*. Oslo: Sjørettsfondet, 1989.
- Andersen (2012) Andersen, Lennart Lyng og Palle Bo Madsen. *Aftaler og mellem-mænd*. København: Karnov Group, 2012.
- Andersen (2013) Andersen, Mads Bryde. *Grundlæggende aftaleret*. København: Gjellerup, 2013.
- Arnesen (1996) «Om den fellesskapsrettslige regulering av urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold», *Tidsskrift for rettsvitenskap* Årg. 109, 1996, s. 884–904.
- Arnesen (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i nasjonal rett*, 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Arnesen (2016) «Valget mellom endring og ugyldighet i forbrukerkontrakter», i *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red), Oslo: Fagbokforlaget, 2016, s. 49–62.

- Bernard (2016) Bernard, Cathrine. *The substantive law of the EU. The four freedoms*, 5. Utgave. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Bernt (1998) Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet. *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*. Bergen: Fagbokforlaget, 1998.
- Björk (2000) Björk, Anita Plesner. «Harmonisering af urimelige kontraktvilkår i europæiske forbrugerftaler. 5 års erfaringer med direktiv 93/13/EØF» i *Ugeskrift for Retsvæsen*, B (2000), s. 86–94. Sitert fra Karnov.
- Ebers (2010) Ebers, M. «II. Standard Terms» i *Cases, Materials and Texts on Consumer Law*, Hans-W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyne Terryn (red). Oxford: Hard Publishing, 2010, s. 279–302.
- Eckhoff (2010) Eckhoff, Torstein og Jan Helgesen. *Rettskildelære*, 5. utgave, 4. opplag. Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Eckhoff (2014) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, 10. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Falkanger (1999) Falkanger, Aage Thor. *God tro. En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*. Oslo: Universitetsforlaget, 1999.
- Fredriksen (2007) Fredriksen, Halvard Haukeland. «Domstolens rolle ved rasjonalisering av generalklausuler i EF- og EØS-retten. Illustrert ved den fellesskapsrettslige regulering av urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold.» i *Lov og rett*, vol. 46 1, (2007), s. 3–20. Sitert fra idunn.no.
- Fredriksen (2008) Fredriksen, Halvard Haukeland. «Tvisteloven og EØS-avtalen» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, volum 121, 3 (2008) s. 289–359. Sitert fra idunn.no.
- Fredriksen (2013) Fredriksen, Halvard Haukeland. *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. Bergen: Fagbokforlaget, 2013.
- Fredriksen (2014) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*, 2. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2014.
- Freedman (2016) Freedman, Sidney. «A Short History of Consumer Policy in the EU» i *The Images of the Consumer in EU Law*, Dorota Leczykiewicz og Stephen Weatherill (red). Oxford: Hart Publishing Ltd, 2016, s. 447–461.
- Giertsen (2014) Giertsen, Johan. *Avtaler*, 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Hagstrøm (1994) Hagstrøm, Viggo. «Urimelige avtalevilkår» i *Lov og rett*, 1994 s. 131–168. Sitert fra Lovdata.
- Hauge (2009) Hauge, Hilde. *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*. Oslo:

- Universitetsforlaget, 2009.
- Hauge (2015) Hauge, Hilde. «Avtaleloven § 36 som bidrag til forbrukervernet belyst med Røeggen-dommen» i *Jussens Venner*, volum 50 (2015) s. 185–226. Sitert fra idunn.no.
- Hov (2009) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg. *Alminnelig avtalerett*. Oslo: Papinian, 2009.
- Huser (1984) Huser, Kristian. *Avtalesensur*. Bergen, 1984.
- Junge (2017) Junge, Lisa Mari Moen. «EØS-rettens tjenere – om norske domstolers plikt til å anvende EØS-rett ex officio.» Publiseres i *Marlus* 2017, nr. 487.
- Kakouris (1997) Kakouris, Constantinos. «Do the Member States possess Judicial Procedural “Autonomy”?» i *Common Market Law Review*, 34/1997, s. 1389–1412. Sitert fra Kluwer Law Online.
- Kjørven (2012) Kjørven, Marte Eidsand. «Anvendelse av avtaleloven § 36 ved salg av finansielle instrumenter til forbruker – kommentar til Rt. 2012 s. 355 (Lognvik-saken)» i *Lov og Rett*, volum 51 (2012), s. 287–406. Sitert fra idunn.no
- Kjørven (2017) Kjørven, Marte Eidsant. *Ytelse av investeringstjenester til forbruker. Verdipapirrettslige, kontraktsrettslige og erstatningsrettslige krav til atferd*. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Kommisjonen (2017) Kommisjonen. *Consumer Conditions Scoreboard: Consumers at home in the Single Market, 2017 edition*. Tilgjengelig på http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=117250 [sitert 7. november 2017]
- Knoph (1939) Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder*. Oslo: Grøndahl & Sønns Boktrykkeri, 1939.
- Lapuenta (2013) Lapuenta, Sergio Cámara. «Theme V. Unfair Contract Terms – Scope of Control of Unfair terms (Core Terms Included or Excluded?) » i *Landmark cases of EU Consumer Law. In Honour of Jules Stuck*, Everlyne Terryn, Gert Straetmans, Veerle Colaert (red). Cambridge: Intersentia, 2013, s. 581–613.
- Lilleholt (2015) Lilleholt, Kåre. «Revitalisering av generalklausulen? Litt om opplysningssvikt og avtalelova § 36» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, volum 126, 4–5 (2013) s. 550–566. Sitert fra idunn.no.
- Loos (2015) Loos, Marco B. M. «Transparency of Standard Terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law» i *European Review of Private Law*, 2/2015, s.179–194. Sitert fra Kluwer Law Online.
- Micklitz (2009) Micklitz, Hans-W. «Unfair terms in consumer contracts» i *Under-*

- standing EU Consumer Law*, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, Peter Rott (red). Oxford: Intersentia, 2009 s. 119–149.
- Micklitz (2013) Micklitz, Hans W. «Theme VIII. Unfair Contract Terms – Public Interest Litigation before European Courts» i *Landmark cases of EU Consumer Law. In Honour of Jules Stuck*, Everlyne Terryn, Gert Straetmans, Veerle Colaert (red). Cambridge: Intersentia, 2013, s. 633–652.
- Micklitz (2014) Micklitz, Hans-W. og Norbert Reich. «The Court and Sleeping Beauty: The revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)» i *Common Market Law Review*, volum 51 (2014), s. 771–808. Sitert fra Kluwer Law Online.
- Nebbia (2004) Nebbia, Paolisa og Tony Askham. *EU Consumer Law*. Richmond: Richmond, 2004.
- Nebbia (2007) Nebbia, Paolisa. *Unfair contract terms in European law*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Rott (2016) Rott, Peter. «Unfair contract terms» i *Research handbook on EU Consumer and Contract Law*, Christian Twigg-Flesner (red). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, s. 287–313.
- Rutgers (2016) Rutgers, Jacobien W. «European contract law and social justice» i *Research handbook on EU Consumer and Contract Law*, Christian Twigg-Flesner (red). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, s. 535–548.
- Schüller (2012) Schüller, Bastian. «The definition of consumers in EU law» i *European Consumer Protection. Theory and Practice*, James Devenney og Mel Kenny (red). Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 123–142.
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad. *EØS-rett*, 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*, 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Sørensen (2013) Sørensen, Mette Jull. «Om adgangen til å ændre urimelige kontraktsvilkår i forbrugerftaler» i *Ugeskrift for Retsvæsen*, B (2013), s. 383–391. Sitert fra Karnov.
- Woxholth (2013) Woxholth, Geir. «Utviklingen av rettspraksis vedrørende anvendelsen av avtaleloven § 36» i *Jussens Venner*, volum 48 (2013), s. 259–286. Sitert fra idunn.no.
- Woxholth (2014) Woxholth, Geir. *Avtalerett*, 9. utgave. Oslo: Gyldendal, 2014.