

# Forbrukeravtaledirektivet i EU-domstolen

«i centrum for den europæiske integrationsproces»

(Generaladvokaten i C-92/16 Bankia og C-167/16 Banco Bilbao)

Johan Giertsen

UiO 29.10.2021

[giertsen@uib.no](mailto:giertsen@uib.no)

41256081

# Direktiv 1993/13

- **Art 3 nr. 1:**
  - «Et kontraktvilkår, der ikke har været genstand for individuel forhandling, anses for urimeligt, hvis det til trods for kravene om *god tro* bevirker *en betydelig skævhed* ... til skade for forbrugeren.»
- **Art 5:**
  - «I de aftaler, hvor alle eller nogle af de vilkår, der tilbydes forbrugeren, er i skriftlig form, skal disse vilkår altid være udarbejdet på *en klar og forståelig måde*. Hvis der opstår tvivl om et kontraktvilkårs betydning, gælder *den fortolkning, som er mest gunstig for forbrugeren*. ... »
    - Art 5 første pkt – ikke gennemført i avtaleloven
    - Art 5 andre pkt – avtl. § 37 (1) nr. 3

# Avtaleloven vs direktivet

- **Avtaleloven – partsinteresser**
- **Direktivet – parts- og markedsinteresser**
  - Direktivet ivaretar partsinteresser, men har også en markedsrettslig funksjon – stimulere fri bevegelse i EU/EØS.
  - Landene skal sikre «at der i *forbrukernes og konkurrenternes interesse* findes egnede og effektive midler til at bringe anvendelsen af urimelige kontraktvilkår ... til ophør» (art. 7 nr. 1) – gir direktivet en fremadrettet funksjon som avtl ikke ivaretar.
  - Forbrukervernet som beskyttelse også for seriøse foretak
  - Direktivkonform tolking

# Asymmetri som premiss

- Generaladvokaten i C-484/08 Caja (39): Direktivet medfører «en væsentlig begrænsning af princippet om aftalefrihed ... Dette ... indgreb i partsautonomien begrundes med, at den økonomiske magt er ulige fordelt i standardkontrakter. Kontrakterne udarbejdes på forhånd af virksomhederne og påtvinges forbrugeren, uden at denne har mulighed for at forhandle betingelserne ... *Princippet om partsautonomi sikres i praksis ikke længere, når forbrugeren ikke har nogen indflydelse på kontraktens indhold*» (min kursivering).
- EU-domstolen innleder ofte premissene i saker om direktivet med at det «hviler på den betragtning, at forbrugeren befinder sig i en svagere stilling end den erhvervsdrivende, såvel hvad angår forhandlingsstyrke som informationsniveau, og at forbrugeren som følge heraf tiltræder betingelser, som på forhånd er udarbejdet af den erhvervsdrivende, uden at han kan øve nogen indflydelse på disses indhold» (C-240/98 – C-244/08 Océano mfl).

# Europeisering eller nasjonal råderett?

- **Skjønn**

- «betydelig skjevhet» – «god tro» – tolking «mest gunstig for forbrukeren»

- **EU-domstolen tolker, subsumerer ikke** (C-237/02 Hofstetter)

- **Er retningen (økende) europeisering?**

- Prosessuell aktivitetsplikt

- *Howells, Twigg-Flesner, Wilhelmsson: Rethinking EU Consumer Law: «from the demand for *fair contract terms* there has been only a short step to a demand for *fair procedure*. ... EU-domstolen «has proceeded far into the heartland of procedural law»*

- Retningslinjer for nasjonale domstolers subsumsjon

- C-415/11 Aziz: Renter ved forsinket betaling
- C-191/15 Amazon: Lovvalg
- C-609/19 BNP Paribas og forente saker C-776/19 og C-782/19 BNP Paribas II: Valutalån

# Skjevhet – lojalitet – gjennomsiktighet

- C-92/11 Vertrieb (47): «Et standardiseret kontraktvilkår ... skal ... opfylde krav om god tro, jævnbyrdighed og gennemsigtighed.»
- Tolkingen av direktivet i utvikling

# Skjevhetstesten – avtalen vs bakgrunnsretten

- **C-415/11:** Aziz tok opp lån, og misligholdt tilbakebetalingen. Banken anførte at avtalen ga rett til å anse hele lånet som forfalt og krevde forsinkelsesrenter. Kriteriet betydelig skjevhet måtte sees i lys av «de gjældende regler i den nationale lovgivning, såfremt der ikke foreligger en aftale mellem parterne herom. Det er ved hjælp af en sådan sammenlignende undersøgelse, at den nationale ret kan vurdere, om ... aftalen stiller forbrugeren i en mindre gunstig retsstilling end den, der følger af den gjældende nationale lovgivning» (avsnitt 68).
- **C-226/12:** Constructora var et spansk foretak som solgte en bolig. Kjøperen skulle betale en kommunal «verdistigningsavgift». Etter spansk bakgrunnsrett skulle selgeren betale avgiften. Kjøperen hevdet at vilkåret om å betale avgiften var urimelig.
- EU-domstolen drøftet om skjevhetetskriteriet forutsatte at forbrukeren var påført «betydelige økonomiske konsekvenser set i forhold til det pågældende transaktionsbeløb», dvs. i lys av kjøpesummen for boligen, eller «at alene virkningen af et sådant kontraktvilkår for forbrukerens rettigheder og pligter skal tages i betragtning» (17).
- Domstolen la til grunn at skjevheten ikke kunne isoleres til økonomiske konsekvenser (22). En slik skjevhet kunne også være en følge av «et tilstrækkeligt alvorligt indgreb» i forbrukerens stilling, i lys av bakgrunnsretten (23). Kjøperens plikt til å betale avgiften kunne da være urimelig tross begrensede økonomiske konsekvenser.

# Skjevhet – grålisten

- Grålisten «en vejledende og ikke-udtømmende liste over de kontraktvilkår, der kan betegnes som urimelige» (art 3 nr 3) – ikke gjennomført i avtaleloven
  - Ansvarsfraskrivelser / -begrensninger
  - Den næringsdrivende har en ensidig adgang til å endre eller avslutte avtalen
    - Rt 2011 s. 670 Nye Major: «tar sikte på ferdigstillelse » i andre halvår 2007
  - Den næringsdrivende har rettigheter iht avtalen som forbrukeren ikke har
  - Uforholdsmessige sanksjoner ved forbrukerens kontraktsbrudd
  - Begrensninger i forbrukerens adgang til søksmål eller klageordninger
- Kan være et «vesentlig argument» i spm om urimelighet
  - C-472/10 Nemzeti (26) + C-738/19 Amsterdam (24)



# Skjevhet – «masseavtaler»

- Rt 2005 s 1112 Vesta II (57): «Selv om den konkrete rimelighet er av betydning, må det vektlegges at det dreier seg om en masseavtale. Resultatet ... vil ikke bare ha betydning for de konkrete parter, men også for andre forsikrede i tilsvarende situasjon. Innrettelseshensyn og behovet for forutberegnelighet må derfor vektlegges.»
- Slik også HR-2020-1262-A Protector (56).
- Vil dette argumentet bli vektlagt slik av EU-domstolen?

# Lojalitetstesten – hypotetisk forhandling I

- Er forbrukerens stilling etter (standard)avtalen svakere enn etter bakgrunnsretten, er det iht EU-domstolen relevant å spørre om den næringsdrivende kunne forvente at forbrukeren ville akseptert vilkåret hvis det hadde vært gjenstand for en individuell forhandling.
- Domstolene må så sammenligne vilkåret i (standard)avtalen, med vilkåret slik det trolig ville blitt etter en hypotetisk forhandling mellom en tenkt (ressurssterk) forbruker og en lojal næringsdrivende, og drøfte om avstanden tilsier en betydelig skjevhet.
- Forutsetningen om lojalitet bygger på direktivets fortale 16. avsnitt om «god tro», der det heter at den næringsdrivende skal ta hensyn til forbrukernes «legitime interesser».

# Lojalitetstesten – hypotetisk forhandling II

- C-609/19 BNP Paribas (71) og forente saker C-776/19 – C-782/19 BNP Paribas II om valutalån (103) – dommer 10. juni 2021.
- EU-domstolen: Lånevilkårene «kan skape en betydelig skævhed ... til skade for forbrukeren, ettersom [banken som långiver] ... ikke med rimelighet kan forvente, at [forbrukeren] etter individuell forhandling vil acceptere en uforholdsmæssig kursrisiko, [iht] sådanne vilkår».
  - LF-2017-160194 / HR-2018-1101-U / boliglånsdirektivet (2014/17)
- Temaet er hva den næringsdrivende «med rimelighet» kunne forvente i en hypotetisk forhandling. Det er en implisitt innholdssensur, fordi det vil være innholdsmessige grenser i hva en næringsdrivende kan forvente etter forhandlinger med en (antatt) likeverdige motpart.

# Lojalitetstesten – hypotetisk forhandling III

- Lojalitetstesten basert på en hypotetisk forhandling er ifølge *Howells, Twigg-Flesner, Wilhelmsson: Rethinking EU Consumer Law* en «truly European standard for assessing the fairness of a term» («possible agreement test»).
- EU-domstolen introduserer med dette «a free-standing European doctrine of unfairness» – som markerer europeiseringen, til fortrengsel for nasjonale tradisjoner.

# Gjennomsiktighet

- C-191/15 Amazon (68): «en formulering, som ikke oppfyller kravet i artikkel 5 i direktiv 93/13 om at være udarbejdet på en klar og forståelig måte, [kan] medføre, at en sådan klausul er urimelig.»
- Mfl § 22 gir adgang til å forby urimelige vilkår, og gjennomfører direktivet art. 7 nr. 1 om at landene skal innføre «effektive midler til at bringe anvendelsen af urimelige kontraktvilkår ... til ophør».
- Klarhetskravet i mfl § 22: «Vilkår som nyttes eller tilsiktes nyttet i næring... overfor forbrukere kan forbys når de finnes urimelige ... Ved rimelighetsvurderingen skal det legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter og på hensynet til *klarhet* i kontraktsforhold»

# Gjennomsiktighet – en «gjennomsnittsfbruker»

- C-143/13 Matei mfl – hva «kan forventes af en almindeligt oplyst, rimelig opmærksom og velunderrettet *gennemsnitsforbruger*» (75)
- Rt 2014 s 379 Danica: Forsikringssselskapets informasjonsplikt gjelder «hvilke forhold det må opplyses om og ... at informasjonen skal gis på en klar og forståelig måte, slik at forbrukeren har en reell mulighet til å forstå avtalen. ...Danica kunne med enkle midler ha gjort det klart allerede i de særskilte vilkårene at ...» (24).
- LB-2020-187102 (forsikring): «Lagmannsrettens flertall bemerker at det kunne ha vært mulig å gjøre avtalens ordlyd klarere». Flertallets målestokk kan synes å ha vært jurister med kyndighet i avtaletolking.

# Gjennomsiktighet – Protector-dommen

- *Bull* i Nytt i privatretten 3/2020 s. 14 om HR-2020-1262-A Protector:
- Selskapet hadde «skapt et forsikringsprodukt, som med sin betydelige usikkerhet og vaghet rundt spørsmålet om når retten til dekning under forsikringen inntreffer, lett kan føre til helt urimelige resultater for den skadelidte arbeidstakeren», og det er «nærliggende å lese [dommen] slik at det er liten eller ingen plass for bruk av avtaleloven § 36 i forsikringsretten», som i så fall «er ... bekymringsfullt».

# Hvorfor bruker ikke norske domstoler direktivet?

- Da avtaleloven ble endret i 1995, la Justisdep til grunn at § 36 hadde et «mindre strengt» urimelighetskriterium enn direktivet.
- Formodningen om at § 36 ga et bedre forbrukervern enn direktivet preget gjennomføringen, bl.a. var begrunnelsen for at «grålisten» ikke ble inntatt i avtaleloven at lovgiveren antok at listen ga uttrykk for et lavere beskyttelsesnivå enn det som den gang fulgte av norsk rett.
- Rt 2013 s 388 Røeggen: Høyesterett siterte fra forarbeidene til gjennomføringsloven om «at det skal mer til for å tilsidesette eller endre et avtalevilkår etter direktivet enn etter avtaleloven § 36».
- Om det kunne ha skjedd en utvikling i EU om direktivet i nesten 19 år fra gjennomføringen til Røeggen, synes ikke å ha vært et tema.
  - Bidro HR i Røeggen til å sementere en (sær)norsk oppfatning om direktivets begrensede betydning?