

Professor dr.juris Johan Giertsen
Universitetet i Bergen
Det juridiske fakultet
Postboks 7806, 5020 Bergen
giertsen@jur.uib.no

Bergen, 25. april 2012

Justisdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 Oslo

Forslaget til en europeisk salgslov for grensekryssende kontrakter

Jeg viser til departementets høringsbrev av 25. november 2011 og hyggelig kontakt med lovrådgiver Per Sigvald Wang. Jeg sender med dette – forsinket – merknader til forslaget om felleseuropeisk salgslov. Jeg bruker departementets forkortelse – «ESL».

Departementet anmoder om «å få belyst konsekvensene av å gjennomføre forslaget i norsk rett», og «hvilke endringer av forslaget som det eventuelt er ønskelig at norske myndigheter arbeider for». «Konsekvenser» kan spaltes opp – (i) fordi den europeiske salgsloven blir intern rett i EU- og EØS-landene, oppstår spørsmålet om nivået på forbrukervernet i ESL, sammenlignet med øvrig norsk rett, og (ii) det kan oppstå spørsmål om ESL aktualiserer en revisjon av øvrig norsk kontraktslovgivning.

Fordi Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet er ansvarlig for forbrukerpolitikken, sendes kopi av dette brevet til dette departementet.

1 «Opt-in» disposisjonen

Hvis den felleseuropeiske salgsloven skal regulere en avtale, må «parterne ha[r] aftalt dette» (forordningen art 8 nr. 1). Hvis avtalen er mellom en næringsdrivende og en forbruker, må forbrukeren gi et «udtrykkelig» samtykke (forordningen art 8 nr 2).

I premiss 23 heter det at forbrukernes valg om å la avtalen bli omfattet av ESL skal være «informeret». Tilbyderne skal gi en «standardmeddelelse» som grunnlag for forbrukernes valg, se bilag II (jf forordningen art 9 nr 1).

Et spørsmål er om landene kan fastsette en nasjonal utforming av denne meddelelsen, f.eks. med – for norsk rett – angivelse av hovedforskjeller mellom ESL og norsk forbrukerkjøpsrett. Standardiseringen på europeisk nivå, som er et sentralt formål med ESL, trekker i retning av å avskjære en slik mulighet. På den annen side må «opt in-

disposisjonen» atskilles fra avtalen om kjøpet eller tjenesteytelsen. Dette kan tilsi at landene bør kunne stille nasjonale krav til innholdet i meddelelsen som nevnt. Departementet kan vurdere om man overfor EU bør reise spørsmålet om landene bør kunne stille nasjonale krav til «standardmeddelelsen», med sikte på at forbrukernes valg blir så «udtrykkelig» som utkastet til forordning fastsetter.

Forordningen (bl.a. art 8) og premissene (nr 22) forutsetter at (i) avtalen om å tiltre den europeiske salgsloven og (ii) avtalen om et kjøp eller en tjeneste dekket av denne salgsloven er to separate disposisjoner. Avtalen om å tiltre salgsloven reguleres ikke av salgsloven, men av den øvrige kontraktsrett. Mulige habilitets-, tilblivelses- og innholdsmangler knyttet til disposisjonen om å tiltre salgsloven må derfor bli regulert av landenes øvrige rett, uavhengig av salgsloven. Denne forutsetning kunne ha kommet mer eksplisitt til uttrykk i forordningen eller premissene.

For norsk rett kan man – teoretisk – tenke seg at avtalen om å tiltre den europeiske salgsloven settes til side etter avtl § 36. Hvis det etter en samlet vurdering vil «virke urimelig» for en forbruker å anvende denne salgsloven, sammenlignet med den alminnelige kontraktsrett i det landets rett som ellers ville regulert avtalen, er det i prinsippet mulig å sette til side samtykket om å tiltre det felleseuropeiske instrumentet.

Så fremt disposisjonen om å tiltre salgsloven reguleres av landenes interne rett som nevnt, oppstår spørsmålet om innholdet av norsk lovvalgsrett med hensyn til hvilket lands lov som vil regulere samtykket om å tiltre salgsloven. Kjøpslovvalgslovens deklarasjonsregel er selgerlandets lov (§ 6). EUs forordning om lovvalget for kontraktsforpliktelser (Rom I, 593/2008) fastsetter i art 6 at hovedregelen i forbrukeravtaler er loven der forbrukeren har sitt «sædvanlige opholdssted». Selv om Norge ikke er part i Rom-forordningene, har Høyesterett fremhevet at Rom-systemet har vekt i norsk rett (Rt 2009 s 1537 avsnitt 34 og Rt 2011 s 531 avsnitt 46). Norsk lovvalgsrett med hensyn til «opt in-disposisjonen» synes derfor ikke avklart, bl.a. om det på dette punktet kan gjelde ulike regler for forbrukere og næringsdrivende.

Lovgiveren bør ved eventuell norsk implementering av den europeiske salgsloven klargjøre lovvalget for disposisjonen om å tiltre salgsloven. Ideelt sett bør lovgiveren ta et bredere initiativ for å avklare norsk retts regler om lovvalg i kontraktsforhold.

2 *Innstramming*

Utkastet inneholder 16 artikler i forordningen og 148 artikler i salgsloven – i alt 115 sider med premisser og bilag. Det bør være et mål å oppnå et strammere regelverk.

Utkastet dekker ikke bare kjøpsrettslige problemer, men også spørsmål fra den alminnelige obligasjonsrett. Eksempler er prinsipper for avtaleinngåelse, ubundethet ved villfarelse mv. og foreldelse.

Regelverket bør iflg premissene «omfatte et fullstændigt sæt av fuldt harmoniserede, ufravigelige forbrukerbeskyttelsesregler» (premiss 11), og bør regulere «spørsmål som er af praktisk relevans» for avtaletypene som faller inn under forordningen (premiss 26) – grenseoverskridende forbrukerkjøp, avtaler om å levere digitalt innhold, og avtaler om tilknyttete tjenester. Denne ambisjon er omfattende. Tas preambelens ambisjon på ordet, er det ikke enkelt å forstå begrunnelsen for hvilke emner fra den alminnelige obligasjonsrett som er tatt med, og hvilke som ikke er tatt med.

Avgrenses regelverket til utkastet del IV og V – som gjelder spesifikt kontraktsrettslige spørsmål ved levering av varer, digitalt innhold (IV) og tilknyttete tjenester (V) – oppnås en innstramning og konsentrasjon om problemer som er typisk for kontraktene utkastet skal dekke.

En annen mulighet er å begrense instrumentet til forbrukeravtaler. FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp CISG gjelder i hovedsak kommersielle kjøp (artiklene 1 og 2). Det er usikkert om det er et behov for et europeisk kjøpsrettslig regelverk mellom næringsdrivende, når vi har CISG med sin globale regulering. Et mulig problem er også om det europeiske instrumentet kan gjøre CISG mindre effektiv. Departementet kan overfor EU vurdere å reise spørsmålet om ESL i første omgang bør begrenses til forbrukeravtaler, og at det senere tas stilling til om kommersielle avtaler bør omfattes.

3 *Samordning med DCFR*

En rekke av bestemmelsene i utkastet regulerer spørsmål som også er behandlet i DCFR – Draft Common Frame of Reference. Samordningen mellom DCFR og utkastet kunne vært bedre der DCFR gir et hensiktsmessig forbrukervern.

Med slik samordning kunne rettsanvenderne ved tolking av den felleseuropeiske salgsloven trukket veksler på materialet fra DCFR. Materialet som knytter seg til DCFR kunne – i mangel på kommentarer og forarbeider til den europeiske salgsloven – gitt et bidrag til enhet over landegrensene i tolkingen av salgsloven. Større samordning med DCFR kunne dermed bidratt til formålet med ESL – europeisk

rettsenhet når det gjelder grenseoverskridende forbrukerkjøp og tilgrensende avtaler for foretak og forbrukere som anvender regelverket.

Et eksempel på fordelene med større samordning er generalklausulen i art 83 om «ubillige» avtalevilkår. I den engelske versjonen er vurderingstemaet om det oppstår en «significant imbalance» til skade for forbrukeren.¹ I DCFR II.–9:403 anbefales i stedet «significant *disadvantages*» (min kursivering). Dette vil iflg motivene til DCFR fremheve «that a core element of the unfairness test is to compare the contract term in question with the default rules which would be applicable if the term had not been agreed» (DCFR Volume I s. 634 flg).

4 *Den felleseuropeiske salgslovens virkeområde*

Utkastet er avgrenset etter kjennetegn ved (i) naturalyterens forpliktelse, og (ii) bestillerens forpliktelse, og utkastet inneholder en avgrensing med hensyn til (iii) partene og (iv) geografi.

(i) *Naturalyterens forpliktelse:* Utkastet gjelder (a) kjøp, (b) levering av digitalt innhold og (c) «relaterede tjenesteydelser», bl.a. installasjon av varer eller digitalt innhold levert av selgeren – forordningen art 5, jf definisjonene i art 2 bokstavene j), k) og m). Sammensatte avtaler som inneholder andre elementer enn disse tre, faller utenfor (avtaler med «blandet formål», forordningen art 6 nr 1). Det siste synes mindre hensiktsmessig, særlig hvis det annet formål er en uvesentlig del av naturalyterens samlede forpliktelse. På dette punktet kan en justering av utkastet være på sin plass.

(ii) *Bestillerens forpliktelse:* Kjøperens ytelse er beskrevet som å «betale[r] eller påtage[r] sig at betale prisen» (forordningen art 2 bokstav k). Teksten er tvetydig med hensyn til om bytte dekkes. I DCFR gjelder reguleringen for kjøp i hovedsak tilsvarende for bytte (IV.A.–I:203, Volume II s. 1237 flg). Spørsmålet om ESL vil gjelde for bytte bør avklares, bl.a. om instrumentet vil gjelde ved kjøp av bil når deler av kjøpesummen finansieres med innbytte av bruktbil. Det annet særtrekk ved kjøperens eller bestillerens forpliktelse er at utkastet forutsetter kontantkjøp, eller at kjøperen/bestillerer yter først, slik at f.eks. forbrukeren gir nærings selgeren kreditt. Utkastet sperrer for det motsatte – avtaler hvor forbrukeren gis kreditt faller utenfor (forordningen art 6 nr 2).

¹ Direktivet om «unfair terms» (1993/13) bruker også betegnelsen «significant imbalance» (art 3 nr 1).

(iii) *Partene*: Selgeren eller leverandøren av digitalt innhold må være «erhvervsdrivende» (forordningen art 7 nr 1). Det fremgår ikke om yteren ved en tilknyttet tjeneste også må være næringsdrivende, men dette må underforstås og bør klargjøres. Kjøperen/bestilleren kan for det første være en forbruker. For det andre kan også kjøperen/bestilleren være næringsdrivende, men da må en av partene – enten selger/leverandør eller kjøper/bestiller – være «en lille eller mellomstor virksomhet» (forordningen art 7 nr 1 annet pkt, jf art 7 nr 2 som definerer kravet til en «lille» eller «mellomstor» virksomhet, bl.a. at slike beskjeftiger færre enn 250 personer).

(iv) *Geografi*: Utkastet gjelder grenseoverskridende transaksjoner (forordningen art 4 nr 1, «på tværs af landegrænserne»). Minst en av partene må på visse vilkår være knyttet til et land i EU/EØS. Den annen kan være tilknyttet et tredjeland (forordningen art 4 nr 2 og nr 3).

5 *Landenes valgadgang*

Forordningen gir EU- og EØS-landene adgang til å «beslutte» at «den fælles EU-købelov» også skal gjelde hvis (i) en næringsdrivende yter og en forbruker som kjøper/bestiller har sete i samme land, og/eller hvis (ii) begge partene er næringsdrivende og har sete i samme land (forordningen art 13 bokstav a), og (iii) hvis begge partene er næringsdrivende, men «ingen af dem er en lille eller mellomstor virksomhet» (forordningen art 13 bokstav b). I det siste tilfellet synes valgadgangen å kunne brukes til å fastsette at dette europeiske instrumentet skal gjelde ved grenseoverskridende transaksjoner mellom store foretak, og/eller at instrumentet skal brukes ved transaksjoner mellom store foretak i samme land. Særlig på det siste punktet kunne valgadgangen vært formulert tydeligere.

Bruker landene sin valgadgang fullt ut, vil (i) transaksjoner mellom næringsdrivende bli dekket, både nasjonalt og grenseoverskridende, uavhengig av om selger/yter eller kjøper/bestiller er et stort eller lite foretak, og (ii) transaksjoner mellom en næringsdrivende selger/yter og en forbruker som kjøper/bestiller vil også omfattes, enten den næringsdrivende er et stort eller lite foretak. Avtaletyper som faller utenfor er nasjonale eller grenseoverskridende transaksjoner der en forbruker er selger/yter, og en næringsdrivende er kjøper/bestiller.

Spørsmålet er så om lovgiveren bør benytte sin mulighet til å utvide ESLs område i norsk rett. Problemet bør sees i lys av at den europeiske salgsloven er et nytt og uprøvet regelverk. Det er ingen grunn til å forhaste seg med en eventuell utvidelse av

regelverkets virkefelt i norsk rett. En slik vurdering kan avvente til Norge og andre land har vunnet erfaringer med dette nye instrumentet.

6 *Avtalefrihet er utgangspunktet*

Avtalefrihet er utgangspunktet for avtaler som omfattes av utkastet til felleseuropeisk salgslov, se art 1 nr. 1:

«Parterne kan frit indgå aftaler og bestemme indholdet heraf, med mindre gældende ufravigelige regler er til hinder herfor.»

På den annen side kan en rekke av utkastets bestemmelser ikke fravikes til skade for forbrukerne. Regelverket blir derfor langt på vei preseptorisk overfor forbrukere. I avtaler mellom næringsdrivende er området for preseptivitet vesentlig mindre.

I norsk forbrukerkontraksrett er lovverket som utgangspunkt preseptorisk i favør av forbrukerne, bl.a. forbrukerkjøpsloven. I den felleseuropeiske salgsloven må det for hver enkelt bestemmelse undersøkes om preseptivitet er fastsatt.

Ettersom den europeiske salgsloven også er foreslått å gjelde for visse avtaler mellom næringsdrivende, er det neppe aktuelt å innføre en generell hovedregel om preseptivitet. En mulighet kan være å reise spørsmål overfor EU om hovedregelen bør være preseptivitet i forbrukerforhold og det motsatte mellom kommersielle parter. Unntak fra denne regelen i forbrukerforhold må så eventuelt fremgå av hver enkelt bestemmelse hvor fravikelighet er hensiktsmessig.

7 *Bakgrunnsretten*

Den «fælles EU-købelov» skal fortolkes «selvstændigt». Spørsmål som denne ikke «udtrykkeligt» regulerer, skal avgjøres i lys av instrumentets «formål og prinsipper ... uten hensyn til den nationale ret» som ville blitt anvendt hvis partene ikke hadde lagt til grunn den felleseuropeiske salgsloven (ESL art 4 nr 1 og 2). Den manglende henvisningen til nasjonal rett er i samsvar med DCFR I.-1:102 (Volume I s. 87-88). Dette står i motsetning til CISG, som i art 7 nr 2 viser til nasjonal rett for spørsmål som verken løses i konvensjonen eller «de generelle prinsipper [den] bygger på».

Fordi bakgrunnsretten for spørsmål som ikke er løst i teksten i instrumentet må fastsettes i lys av regelverkets «formål og prinsipper», er det mulig å tenke seg ulike ytterpunkter for utviklingen av bakgrunnsretten.

En mulig ytterlighet kan sees i lys av salgslovens utgangspunkt om avtalefrihet. Sees denne bestemmelsen – plassert i art 1 nr 1 – som instrumentets sentrale formål og prinsipp, kan man se for seg en utvikling som også i forbrukerforhold kan bli dreiet mot avtalefrihet og varsom tolking av preseptiviteten. Tolking i retning avtalefrihet til mulig disfavør av forbrukervernet kan også støttes på premiss 30:

«Den fælles EU-købelov bør bygge på princippet om *avtalefrihed*. Partsautonomien bør kun begrænses i det nødvendige omfang, og når det er *absolut nødvendigt*, navnlig af hensyn til forbrugerbeskyttelsen» (min kursivering).

Forordningens premiss 1 fremhever at instrumentet er gitt på bakgrunn av «betydelige flaskehalse i forbindelse med økonomisk aktivitet på tværs af landegrænserne», og at ulike nasjonale avtalerettslige systemer hindrer utøvelse av «grundlæggende frihedsrettigheder, som f.eks. den frie udveksling af varer og tjenesteydelser». En rekke premisser for øvrig understreker effektiviteten av det indre markedet. Denne bakgrunnen kan gi grunnlag for en offensiv tolking av utgangspunktet om avtalefrihet.

En annen mulighet er en todeling – med vekt på partsautonomi i kommersielle avtaler, og på den annen side et offensivt forbrukervern. Det siste kan sees i lys av bl.a. (i) premiss 11 om «et højt forbrugerbeskyttelsesniveau», og (ii) at art 2 om «god tro og redelig handlemåde» vektlegges som et gjennomgående hensyn i forbrukernes favør, og (iii) at andre standardpregete bestemmelser tolkes med særlig vekt på forbrukerhensyn, f.eks. art 79 flg om «ubillige» avtalevilkår.

Spørsmålet om hvilken utvikling som er mest nærliggende kan sees på bakgrunn av vår egen avtl § 36 som ble gitt i 1983. En hovedbegrunnelse var å «beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts mulige misbruk av avtalefriheten», og «generelt å bidra til balanse i avtaleforhold».² Når vi i dag ser tilbake på de tre siste år, er det åpent om Høyesteretts praksis om avtl § 36 kan betegnes som en offensiv ivaretagelse av den ressursvake parts interesser, jf bl.a. Rt 2003 s 1252 (DnB vs kunde), Rt 2005 s 1112 (Vesta vs kunde) og Rt 2012 s 355 (Storebrand vs kunde). Dette illustrerer at vi heller ikke på det europeiske plan nødvendigvis vil få en utvikling i retning vektlegging av forbrukervernet i anvendelsen av dette instrumentet.

For å gi forbrukervernet tyngde i forhold til den felleseuropeiske salgslovens «formål og prinsipper», bør departementet vurdere å anmode EU om forbrukerinteressene bør

² Første sitat er fra Ot.prp. 5 (1982-83) s. 3 og NOU 1979:32 s. 7. Annet sitat er fra *Huser: Avtalesensur* (Bergen 1984) s. 14.

fremheves i salgslovens innledning om «almindelige principper» (art 1 – art 3). Slik utkastet står nå, er forbrukerinteressene ikke nevnt i disse bestemmelsene.

8 Forbrukerbegrepet

En «forbruker» er etter forbrukerkjøpsloven «en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet» (fkjl § 1 annet ledd). Kriteriet «hovedsakelig» eller tilsvarende er ikke inntatt i utkastet, se forbrukerbegrepet i forordningen art 2 bokstav f):

«enhver fysisk person, der handler, uden at det er som led i den pågældendes virksomhed som handlende, håndværker, industridrivende eller udøver af et liberalt erhverv».

Kriteriet «hovedsakelig» eller lignende er ikke inntatt i direktivet om forbrukerrettigheter (2011/83), se art 2 nr. 1. Direktivets premiss 17 fastsetter derimot at dette direktivet skal tolkes i retning av et slikt kriterium:

«Definitionen af forbruger bør dække fysiske personer, der ikke handler som led i deres erhverv. I tilfælde af aftaler med dobbelt formål, hvor aftalen indgås dels som led i og dels ikke som led i den pågældende persons erhverv, og det erhvervsmæssige formål er så begrænset, at det ikke er fremherskende i forbindelse med aftalen, bør den pågældende person imidlertid ligeledes betragtes som en forbruger.»

DCFR inneholder kriteriet «hovedsakelig», se I.–1:105 (1):

«A “consumer” means any natural person who is acting *primarily* for purposes which are not related to his or her trade, business or profession» (min kursivering).

Utkastet til felleseuropeisk salgslov etterlater tvil om i hvilken grad forbrukere med et dobbelt formål – men hvor hovedformålet er å erverve en gjenstand, digitalt innhold eller en tilknyttet tjeneste til personlig bruk for seg eller sin husstand – faller innenfor ESLs forbrukerbegrep. En klargjøring kan skje ved å innføre en premiss som den siterte premiss 17 i direktivet om forbrukerrettigheter, eventuelt bruke DCFR som mønster. Rekkevidden av forbrukerbegrepet blir dermed også et eksempel på fordelene med samordning med DCFR, jf om forbrukerbegrepet i Volume I s. 92-93.

9 Massekommunikasjon – tilbudsvirkning?

I ESL artikkel 31 nr 3 heter det at et «forslag, der fremsættes for en ubestemt kreds [«made to the public»], er ikke et tilbud, med mindre noget andet fremgår af omstændighederne».

For norsk rett svarer dette til avtalelovens forarbeider.³ Etter et hundreår med økende rettslig vernede forventninger til profesjonelle tilbydere av varer og tjenester, er det nærliggende med motsatt utgangspunkt. Massekommunikasjon er i dag den dominerende form for kontakt mellom tilbydere og forbrukere.

En justering kan skje ved at art 31 nr 3 om at henvendelser til en «ubestemt kreds» ikke har tilbudsvirkning, tas ut i den endelige teksten. Spørsmålet om annonser mv har tilbudsvirkning vil da bero på en tolking av utsagnet, i lys av art 31 nr 1 – hvis «a) hensikten ... er, at det skal føre til en avtale, hvis det antages, og b) det har et tilstrækkelig innhold og er tilstrækkelig sikkert til, at der kan foreligge en aftale».

En justering kan alternativt skje i samsvar med DCFRs regulering av «a public advertisement», se II.-4:201:

«(2) An offer may be made to one or more specific persons or to the public.

(3) A proposal to supply goods from stock, or a service, at a stated price made by a business in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is treated, unless the circumstances indicate otherwise, as an offer to supply at that price until the stock of goods, or the business's capacity to supply the service, is exhausted» (nærmere Volume I s. 292 flg).

Et tredje alternativ er at DCFRs regulering gjøres gjeldende for markedsføring mot forbrukere, mens ESL art 31 nr 3 som den nå lyder – henvendelser til en «ubestemt kreds» er normalt ikke tilbud – reserveres for markedsføring mot næringsdrivende.

10 Digital avtaleinngåelse⁴

I ESL er inntatt særregler om avtaler som inngås med elektroniske midler, bl.a. informasjonsplikter (art 24 flg). Flere av bestemmelsene har sin bakgrunn i direktivet om elektronisk handel (2000/31), jf ehandelsloven. Denne lovens informasjonskrav er ikke sanksjonert kontraktsrettslig, se forarbeidene Ot.prp. 31 (2002-2003) kap.

12.4.3.3 – med mindre (noen av) disse kravene gir uttrykk for ulovfestet kontraktsrett. Reguleringen i den felleseuropeiske salgsloven kan sanksjoneres kontraktsrettslig, dels

³ Utk 1914 s. 24-25.

⁴ Betegnelsen «digital avtaleinngåelse» er hentet fra *Bryde Andersen: Praktisk aftaleret* (København 2009) s. 193.

med ugyldighet ved å unnlate å etterkomme visse formalia (art 25 nr. 2 tredje pkt), dels sanksjonert etter ESLs alminnelige regler om brudd på opplysningsplikt (art 29).

Den kontraktsrettslig sanksjonerte regulering i ESL av brudd på bl.a. opplysningsplikt hvor avtalen er inngått med elektroniske midler, reiser spørsmålet om norsk lovgivning i større grad bør regulere digital avtaleinngåelse.

Foruten den felleseuropeiske salgsloven og direktivet om elektronisk handel, vil DCFR gi et mulig utgangspunkt for en eventuell slik regulering i norsk rett – se bl.a. bestemmelsene om «a significant informational disadvantage» som er særlig aktuell ved netthandel (II–3:103), avtaleinngåelse «by electronic means», bl.a. informasjon om «the technical steps» (II–3:105), mulighet for å korrigere «input errors» (II–3:201), og tilbyders plikt til å gi en «receipt» (II–3:202). Foretas en slik vurdering, bør også direktivet om forbrukerrettigheter (2011/83) trekkes inn, jf premissene 38 og 39:

«(38) Websteder med elektronisk handel bør senest ved bestillingsprocessens begyndelse klart og let læseligt angive, om der gælder nogen leveringsbegrænsninger, og hvilke betalingsmidler der accepteres.

(39) Det er vigtigt at sikre, at forbrugeren ved aftaler om fjernsalg, der indgås via websteder, er i stand til fuldt ud at læse og forstå de vigtigste elementer i aftalen, før vedkommende afgiver sin ordre. Med dette formål for øje bør det i dette direktiv sikres, at disse elementer angives i nærhed af den bekræftelse, der kræves for at afgive ordren. Det er ligeledes vigtigt at sikre, at forbrugeren i sådanne situationer er i stand til at afgøre, på hvilket tidspunkt vedkommende påtager sig forpligtelsen til at betale den erhvervsdrivende. Derfor bør forbrugeren opmærksomhed ved hjælp af en utvetydig formulering specifikt henledes på den kendsgerning, at afgivelse af en ordre medfører en forpligtelse til at betale den erhvervsdrivende.»

Avtaleloven, supplert med ulovfestet rett om avtalebinding, gir liten veiledning for særspørsmål som kan oppstå ved digital avtaleinngåelse. Det er f.eks. neppe klart i hvilken grad ehandelsloven § 11 om opplysningsplikt før elektronisk bestilling kan anses som alminnelige avtalerettslige prinsipper. Skulle oppdatering av avtaleloven bli aktuelt, bør digital avtaleinngåelse være blant temaene som gjennomgås.

11 Klarhet

Direktivet om forbrukerrettigheter (2011/83) og utkastet til en felleseuropeisk salgslov fremhever begge klarhet – at informasjon til forbrukerne skal være forståelig. Premiss 34 til førstnevnte er illustrerende:

«Den erhvervsdrivende bør give forbrugeren *klare og forståelige oplysninger*, inden forbrugeren er bundet af en aftale om fjernsalg eller en aftale indgået uden for fast forretningssted, en anden aftale

end en aftale om fjernsalg eller en aftale indgået uden for fast forretningssted, eller et tilsvarende tilbud. I forbindelse med at den erhvervsdrivende giver disse oplysninger, bør vedkommende tage hensyn til de specifikke behov for forbrugere, som er særligt sårbare på grund af deres mentale, fysiske eller psykiske handicap, alder eller godtroenhed på en måde, som den erhvervsdrivende med rimelighed kan forventes at gennemskue. Dog bør hensynet til sådanne særlige behov ikke føre til forskellige niveauer for forbrugerbeskyttelse» (min kursivering).

Klarhetskrav i ESL: Næringsdrivende skal gi forbrukerne «klar og forståelig» informasjon om visse forhold ved avtaler om fjernsalg (art 13 nr. 1) – tilsvarende ved inngåelse av andre avtaler enn avtaler om fjernsalg mv (art 20 nr. 1) – den næringsdrivende skal ved avtaler om fjernsalg som inngås med elektroniske midler gjøre forbrukeren oppmerksom på visse forhold i en «tydeligt og i fremhævet form» (art 25 nr 1) – anvender en næringsdrivende standardvilkår, skal vilkårene bli «affattet og formildet i et klart og forståeligt sprog» (art 82). Tittelen på sistnevnte artikkel er «Pligt til åbenhed om aftalevilkår ... »»

Se også premissene til direktivet om urimelige kontraktvilkår (1993/13, ikke opphevet ved direktivet om forbrukerrettigheter) om at kontrakter skal formuleres på «en klar og forståelig måte», og at forbrukeren skal ha «en reel mulighet for at gøre sig bekendt med alle vilkårene».

Se også DCFR om at prekontraktuell informasjon fra en «business» skal være «clear and precise, and expressed in plain and intelligible language» (II.–3:106).

Et klarhetskrav er inntatt i angrerettloven § 7 femte avsnitt om at informasjon før avtaleinngåelsen skal gis «på en klar og forståelig måte». Bestemmelsen gjelder avtaler om fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted. Graden av klarhet er dernest relevant i forhold til bl.a. ulovfestete prinsipper om avtaleinngåelse, ved at et tilbud eller et utkast til en avtaletekst som ikke er formulert klart og forståelig i noen tilfeller kan innebære at partene ikke har oppnådd nødvendig enighet. Dette kan være særlig aktuelt ved visse forbrukeravtaler. Et krav om klarhet fremgår også av den offentligrettslige reguleringen i markedsføringsloven § 22 annet ledd, om at «hensynet til klarhet» skal vektlegges i spørsmålet om vilkår skal «forbys».

Klarhet kan også ha betydning for uklarhetsregelen ved avtaletolking. En lovfestet virkning av uklarhet er avtl § 37 første ledd nr. 3 – ved «tvil» om tolkingen av vilkår som ikke er individuelt forhandlet mellom næringsdrivende og forbrukere «skal» vilkåret tolkes «til fordel for forbrukeren» (jf ESL art 64 og 65). Graden av klarhet kan også ha vekt i forhold til urimelighetskriteriet i avtl § 36. Debatten om informasjonen fra tilbyderne av «sammensatte investeringsprodukter» (jf bl.a. Rt 2012 s 355 i Lognvik vs Storebrand) er illustrerende.

Se, i lys av avtl § 36, DCFR II.–9:402: «Duty of transparency in terms not individually negotiated

- (1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are *drafted and communicated in plain, intelligible language*.

- (2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground *alone* be considered unfair» (mine kursiveringer).

Direktivet om urimelige vilkår i forbrukeravtaler (1993/13) fastsetter dette i art 5 første og annet pkt.:

«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.»

Direktivets art 5 annet pkt er implementert i tolkingsregelen i avtl § 37 første ledd nr 3. Kravet i art 5 første pkt om en «klar og forståelig» tekst er ikke implementert. Årsaken er iflg høringsnotatet fra Barne- og familiedepartementet 23. mars 1994 s. 29 at «I det nordiske arbeidet med direktivet har det utfelt seg en felles oppfatning av at art 5, 1. punktum må forstås som en innledning til eller en del av regelen i art. 5, 2. punktum, og ikke i seg selv kreve implementering.» Denne «felles [nordiske] oppfatning» synes å se bort fra at kravet om en «klar og forståelig» tekst kan ha andre funksjoner enn ved tolking, bl.a. ved avtaleinngåelse, vedtakelse av standardvilkår og (u)rimelighetsvurderingen i avtl § 36.⁵

Departementet oppfordres til å vurdere om klarhetskravet bør få et tyngre grunnlag i norsk rett, f.eks. ved en eventuell revisjon av avtalelovens regulering av avtaleinngåelse, og ved å fremheve graden av åpenhet eller (u)klarhet blant momentene som skal vektlegges i henhold til avtl § 36 annet ledd.

12 Avtaler på fremmede språk

Utkastet til forordning om europeisk salgslov regulerer ikke krav til språk (premiss 27). Direktivet om forbrukerrettigheter (2011/83) harmoniserer heller ikke krav til språk, se premiss 15:

«Dette direktiv bør ikke harmonisere de sprogkrav, der stilles til forbrugeravtaler. Medlemsstaterne kan derfor opretholde eller indføre sprogkrav vedrørende aftalemæssige oplysninger og aftalevilkår i deres nationale lovgivning.»

⁵ Når det gjelder det siste, kan det ikke sees bort fra at direktivets klarhetskrav kunne hatt relevans i Høyesteretts dom om strukturerte investeringsprodukter i Lognvik-saken, Rt 2012 s 355.

Den felleseuropeiske salgsloven vil derfor ikke begrense landenes lovgivningskompetanse når det gjelder kontraktsrettslige krav til språk, heller ikke for grenseoverskridende forbrukerkjøp som dekkes av ESL.

Språkvansker kan føre til at tilstrekkelig enighet som grunnlag for binding ikke anses å foreligge. En vanskelig tilgjengelig avtaletekst kan også aktualisere bruk av uklarhetsregelen ved tolking, eller tolking til fordel for forbrukeren på grunn av «tvil» (avtl § 37 første ledd nr 3, jf ESL art 64 og 65). Språkvansker kan også ha relevans i forhold til urimelighetskriteriet i avtl § 36 (forarbeidene NOU 1979:32 s. 50). Angrerettloven har for sitt begrensede område et krav om norsk språk: «Ved markedsføring som er rettet direkte til norske forbrukere, eller der markedsføringen er på norsk, skal opplysningene gis på norsk» (§ 7 sjette avsnitt).

Det er neppe hensiktsmessig for lovgiveren å stille krav til språk i forbrukeravtaler i sin alminnelighet. Et alternativ er å vurdere om avtaleloven bør regulere mer utførlig prekontraktuell informasjon, ut over henvisningen til redelig handlemåte som fremgår av redelighetskravet i avtl § 33. «God forretningsskikk» er i avtl § 36 et likestilt alternativ med urimelighetskriteriet, men dette kravet synes i hvert fall i rettspraksis å ha hatt mindre betydning. I en eventuell presisering fra lovgiveren av krav til god skikk ved prekontraktuell informasjon, kan det f.eks. stilles krav til språk i forbrukerforhold. Inntas slike krav i avtaleloven, vil reguleringen bli mer vidtrekkende enn reguleringen i angrerettloven. En regulering i avtaleloven vil også effektivisere bestemmelser om ugyldighet (avtl § 33) og lemping (avtl § 36).

13 Lemping knyttet til partenes hovedforpliktelser

Partenes hovedforpliktelser – prisen og «afgrænsningen af den væsentligste genstand for aftalen» – faller utenfor den europeiske salgslovens område for lemping av «ubillige aftalevilkår» mellom næringsdrivende og forbrukere (art 79, jf art 80 nr. 2). Forutsetningen er at «den erhvervsdrivende har opfyldt sin forpligtelse til åbenhed» (art 80 nr 2), jf plikten til å forfatte avtalevilkår «i et klart og forståeligt sprog» (art 82).⁶ Hovedforpliktelsene faller også utenfor ESLs område for lemping når begge parter er næringsdrivende, men uten forutsetningen om åpenhet (art 79, jf art 80 nr 3).

Kombinert med «selvstændig fortolkning» av ESL «uden hensyn til den nationale ret» (art 4 nr 1 og 2), vil dette for norske forbrukere bety at prisen ikke kan lempes, verken

⁶ Direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbrukeravtaler art 4 nr 2 har i hovedsak samme regulering, med bl.a. åpenhetsforutsetningen (1993/13).

etter avtl § 36 eller pristiltaksloven § 2. Forhold knyttet til selgerens/leverandørens hovedforpliktelse synes heller ikke å kunne gi grunnlag for lemping.

Andre virkemidler enn lemping kan i noen grad bli aktuelle der prisen kunne vært nedsatt etter avtl § 36 i norsk rett, bl.a. spørsmål om vedtakelse av standardvilkår og tolking. Terskelen for å fastslå enighet som grunnlag for avtalebinding kan også bli påvirket av at prisen er særlig høy.

Selgerens/leverandørens hovedforpliktelse og prisen kan også reise spørsmål i forhold til mangelsregler (ESL art 58 flg). En høy pris kan tilsi særlige kvalitetskrav, og selgeren skal levere «i overensstemmelse med aftalen» (art 91 bokstav c). Er ytelsen ikke i samsvar med avtalen, kan mislighold foreligge (art 106 flg). For ferdigvarer er tolking og mangelsregler et mindre sannsynlig virkemiddel, men for spesialtilpassete ytelser (f.eks. skreddersydd digitalt innhold) kan dette være en farbar vei.

Til tross for at andre virkemidler enn lemping kan dekke forbrukerens interesser i noen saker, kan det stå igjen tilfeller knyttet til hovedforpliktelsene der hensynet til forbrukeren – basert på en norsk tradisjon – kunne tilsagt endring eller tilsidesettelse etter avtl § 36 eller pristl. § 2. Justisdepartementet kan derfor vurdere om Norge bør reise spørsmål om bestemmelsene i ESL om at lemping ikke kan skje i tilknytning til hovedforpliktelsene, bør tas ut av salgsloven. Siktemålet må være enten (i) at forhold knyttet til hovedforpliktelsene ikke skal utelukke lemping etter ESL, eller (ii) at lemping på bakgrunn av hovedforpliktelsene skal henføres til nasjonal rett på linje med andre problemer som ESL ikke regulerer, og som derfor håndteres av nasjonal rett, bl.a. avtaleinngåelse ved representant (premiss 27).

Fordi prisen ikke kan lempes, oppstår spørsmålet om grensene for prisbegrepet i art 80 om «undtagelser fra ... ubillighetskriteriene». En «pris» er etter definisjonen i forordningen art 2 bokstav i) «penge, der skal betales som vederlag». Ytelser fra forbrukerne som ikke er en «pris», kan lempes etter ESL. Utkastet forutsetter eksistensen av slike ytelser, ved at betaling av «ekstraomkostninger» krever et «udtrykkelig» samtykke fra forbrukeren etter art 71 – jf fkjl § 37 tredje ledd: «Selgeren kan ikke i tillegg til kjøpesummen kreve gebyr for utstedelse og sending av regning hvis ikke dette *klart* følger av avtalen» (min kursivering). Utkastet kunne vært klarere med hensyn til grensene for prisbegrepet.

14 Generalklausulen

Generalklausulen i salgsloven art 83 nr 1 gjelder avtaler mellom næringsdrivende og forbrukere. Bestemmelsen retter seg mot avtaler med en «væsentlig ubalance» til

skade for forbrukeren, og avgrenser seg til avtaler som «ikke er individuelt forhandlet». Rettsvirkningen fremgår av art 83 nr 2: «Når aftalen kan opretholdes uden det ubillige aftalevilkår, bevarer de øvrige aftalevilkår deres bindende virkning». Om denne skal betegnes som en lempingsregel eller en bestemmelse om delvis ugyldighet, er kun terminologi.

Norske lempingsregler – den alminnelige i avtl § 36 og spesielle som pristiltaksloven § 2 – gjelder enten avtalen er «individuelt forhandlet» eller ikke, men terskelen for lemping vil ofte bli påvirket av om det dreier seg om en ensidig utarbeidet standardavtale, eller om avtalen er resultat av reelle forhandlinger.

Det mindre området for lemping etter den europeiske salgsloven – begrensningen til ikke individuelt forhandlet – kan i noen grad avhjelpest ved anvendelsen av ESL art 7 nr 1, som fastsetter at «et aftalevilkår er ikke blevet individuelt forhandlet, hvis det er indført af den ene part, og den anden part ikke har haft mulighed for at få indflydelse på dets indhold». Denne bestemmelsen gjelder typisk standardvilkår, men også utenfor standardavtalene finnes avtaler hvor forbrukerne «ikke har haft mulighed for at få indflydelse» på innholdet. En tolking av ESLs definisjon av «individuelt forhandlet» med vekt på partenes ulike ressursstyrke kan imøtekomme forbrukerhensyn, men likevel kan det stå igjen et rom der norsk rett går lengre med hensyn til lemping.

15 Svarte- og grålisten

Salgsloven har en «svarteliste» (art 84, vilkår som «alltid er ubillige») og «gråliste» (art 85, vilkår som «formodes at være ubillige») mellom næringsdrivende og forbrukere. Det fremgår ikke uttrykkelig at svarte- og grålisten bare gjelder vilkår som ikke er individuelt forhandlet, men sammenhengen i kapitlet tilsier at det er slik.⁷ Lemping av individuelt forhandlede vilkår inntatt i svarte- eller grålisten kan heller ikke skje etter generalklausulen i art 83, som – jf foran – begrenser seg til vilkår som ikke er individuelt forhandlet.

Vedtas den europeiske salgsloven, vil den etter nasjonal gjennomføring bli norsk lov. Norsk lov vil dermed fra innføring av ESL inneholde en svarte- og gråliste. Innføring av slike lister i norsk rett via ESL kan aktualisere spørsmålet om denne typen lister bør innføres i øvrig norsk kontraktslovgivning. Problemet kan vurderes i samband med en eventuell revisjon av avtaleloven. Skulle en generell revisjon av denne ikke bli aktuelt, er en mulighet å vurdere innført en svarte- og/eller gråliste i avtl § 37.

⁷ Slik også Lilleholt i dokument av 24. februar 2012 til Justisdepartementet: «Utkastet til sams europeisk kjøpsrett – merknader avsnitt for avsnitt».

Spørsmålet om slike lister burde innføres i norsk rett ble vurdert da avtl § 37 fikk sitt nåværende innhold da direktivet om urimelige kontraktsvilkår (93/13) ble gjennomført. Standpunktet var at slike lister er fremmed for norsk lovgivningstradisjon.⁸ Dette standpunktet kan komme i et nytt lys når den europeiske salgsloven med sine svarte- og grålistor innføres i norsk rett.

DCFR inneholder også en gråliste, se II.-9:410 «Terms which are presumed to be unfair in contracts between a business and a consumer». Listen svarer i hovedsak til bilaget til direktivet om urimelige kontraktsvilkår (93/13), se art 3 nr 3. En forskjell er at DCFR er en «gråliste» («presumed to be unfair») mens nevnte direktiv iflg DCFR er en «indicative list» (i den danske oversettelsen «vejledende og ikke-udtømmende»), se Volume I s. 662 flg. At DCFR i hovedsak viderefører direktivets system, er et argument for at lovgiveren bør vurdere en slik liste for norsk rett.

16 *Endrede forhold*

Endrede forhold etter avtaleinngåelsen kan medføre lemping etter avtl § 36 hvis avtalen på grunn av endringen vil «virke urimelig». For avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende som ikke er individuelt forhandlet er det i favør av forbrukerne en begrensning: «Senere inntrådte forhold skal ... ikke tillegges betydning [i forhold til avtl § 36] til skade for forbrukeren med den virkning at et avtalevilkår som ellers ville anses som urimelig, blir ansett som rimelig» (avtl § 37 første ledd nr. 1 annet pkt).

Den europeiske salgsloven fastsetter at endrede forhold som regel ikke vil medføre en endring av partenes rettigheter og forpliktelser, jf art 89 nr 1 – som i norsk rett.

Hvis på den annen side oppfyllelsen blir (i) «uforholdsmæssigt byrdefuld» på grunn av en «ekstraordinær ændring» har partene plikt til å innlede forhandlinger «med henblik på at tilpasse aftalen eller bringe den til ophør», og (ii) fører forhandlingene ikke frem, kan en domstol etter begjæring «tilpasse aftalen» eller «bringe aftalen til ophør», jf art 89 nr. 2. Det siste er reelt en form for lemping. Betingelsene for forhandlingsplikt og lemping er at endringen inntrådte etter avtaleinngåelsen, at endringen var upåregnelig, og at en av partene ikke må anses for å ha påtatt seg den aktuelle risiko (art 89 nr 3).

⁸ Ot.prp. 89 (1993-1994) s. 9-10.

Etter den danske språkversjonen av den europeiske salgsloven art 89 («uforholdsmæssigt byrdefuld» – «ekstraordinær ændring»), vil terskelen for lemping ikke nødvendigvis avvike meget fra avtl § 36 slik denne er forstått i praksis – så fremt ESL tolkes i lys av partenes ulike ressursstyrke. På den annen side peker den engelske versjonen av art 89 mot en særlig høy terskel, med mindre mulighet for forbrukeren til å vinne frem («excessively onerous» – «exceptional change of circumstances»)⁹.

Et problem med ESLs håndtering av endrede forhold er kombinasjonen av prosedyrekrav – forhandlingsplikt, så eventuelt domstolene – og vide skjønnstemaer. Dette systemet kan være hensiktsmessig mellom (større) næringsdrivende, men kan for mange forbrukere bli tungvint, uforutsigbart og med en terskel som kan bli så høy at søksmålsrisikoen kan bli uforholdsmessig.

En mulighet for departementet er (i) å oppfordre EU til å stramme inn prosedyrekrav og skjønnstemaer, særlig for avtaler mellom næringsdrivende og forbrukere, og (ii) art 89 om endrede forhold bør tydeligere signalisere at partenes ulike ressursstyrke har vekt.

DCFRs bestemmelser om «change of circumstances» bærer preg av forretningslivets stramme krav til forutberegnelighet med skjønnstemaer som bl.a. «manifestly unjust», se III.–1:110. DCFRs høye terskel for endring eller opphør er – sett i lys av norsk tradisjon – neppe et hensiktsmessig mønster for reguleringen av forbrukeravtaler.

17 Reklamasjon og avhjelp

Når kjøperen er forbruker, stiller den felleseuropeiske salgsloven (i) ingen krav om reklamasjon, og (ii) selgerens avhjelp er uten betydning for kjøperens adgang til å fremme krav på bakgrunn av selgerens mislighold (art 106 nr 3). Norsk rett krever på den annen side at også en forbrukerkjøper må reklamere, og selgeren kan på visse vilkår avverge sanksjoner ved å rette (fkjl §§ 27 og § 29 tredje ledd).

Selv om den felleseuropeiske salgsloven fastslår at en forbrukerkjøper ikke har plikt til å reklamere, kan det oppstå spørsmål om kjøperen på grunn av ulovfestete prinsipper om passivitet kan tape sin rett til å fremme krav som følge av selgerens mislighold. Et eventuelt slikt rettstap må hjemles i salgslovens «formål og prinsipper» (art 4 nr 2). Et prinsipp som kan være aktuelt i dette tilfellet er lojalitetsplikter utledet av art 2 om «god tro og redelig handlemåde». Etersom salgsloven ikke fastsetter

⁹ Jf Lilleholt i dokument av 24. februar 2012 til Justisdepartementet: «Utkastet til sams europeisk kjøpsrett – merknader avsnitt for avsnitt», med merknader om den engelske vs danske versjonen av art 89.

reklamasjonsplikt for forbrukere, synes terskelen å bli høy for å legge til grunn rettstap som følge av ulovfestede prinsipper.

Bestemmelsene om at en forbrukerkjøper ikke har reklamasjonsplikt, og kan se bort fra et tilbud om avhjelp, gir på disse punktene forbrukerne en sterkere stilling enn i norsk rett. Regelverket blir mer forutsigbart ved at skjønnstemaer om reklamasjon og avhjelp unngås. For norsk rett fastsetter på den annen side forbrukerkjøpsloven at reklamasjon må skje «innen rimelig tid» fra mangelen ble eller «burde» vært oppdaget, loven har en femårsfrist hvis tingen «ved vanlig bruk er ment å vare vesentlig lengre» enn to år, selgerens rett til å påberope unnlatt reklamasjon gjelder «ikke dersom selgeren har opptrådt grovt uaktsomt eller for øvrig i strid med redelighet og god tro», og hvis retting eller omlevering kan skje «uten opphold» kan kjøperen ikke kreve prisavslag eller heving (fkjl §§ 27 og 29). Lovgiveren bør i lys av ESL vurdere om forbrukernes reklamasjonsplikt bør tas bort i lovverket om forbrukeravtaler.

Kjøpsloven skiller mellom nøytral og spesifisert (hevings)reklamasjon – kjl §§ 32 første ledd og 39 annet ledd. Den felleseuropeiske salgsloven har ikke et slikt skille med hensyn til reklamasjonsplikt for næringsdrivende (art 122). Kjøpsloven gjelder bl.a. for forbrukerkjøpere når selgeren ikke er næringsdrivende, og for forbrukere kan skillet mellom disse reklamasjonstypene virke fremmed. Kjøpslovens system med nøytral og spesifisert reklamasjon kan derfor virke som en felle. Lovgiveren bør se kritisk på regelverket om reklamasjon, bl.a. om skillet mellom nøytral og spesifisert reklamasjon er hensiktsmessig når den europeiske salgsloven ikke trekker en slik grense.

18 *Bevis*¹⁰

Enkelte bestemmelser i utkastet til europeisk salgslov regulerer «bevisbyrde», bl.a. art 21: «Den erhvervsdrivende har bevisbyrden for, at han har givet» prekontraktuell informasjon som skal gis til forbrukere, jf også artiklene 26 og 41 nr 5.

Begrepet «bevisbyrde» kan sikte til hvem som må føre bevisene for et bestemt bevistema. Begrepet kan også vise til hvilket beviskrav som gjelder for dette bevistemaet. Hvis begrepet angir et beviskrav, synes det etter utkastet til felleseuropeisk salgslov vanskelig å fastlegge nærmere beviskravet – eller om formuleringen kun sikter til tvilsrisikoen hvis graden av sannsynlighet er 50/50. Begrepet «bevisbyrde» er etter dette ikke entydig, og bør så vidt mulig klargjøres.

¹⁰ Jeg takker førsteamanuensis Magne Strandberg for verdifullt innspill om dette punktet.

19 *Domstolenes aktivitetsplikt*¹¹

Direktivet om urimelige vilkår i forbrukeravtaler (1993/13) gir forbrukerne et materielt, preseptorisk vern. EU-domstolen har bygget ut denne beskyttelsen til et prosessuelt vern. Domstolen har i *Oceano* m.fl. fremhevet at direktivets materielle beskyttelse skal håndheves av nasjonale domstoler av eget tiltak. Se f.eks. dommen i saken om *Pannon* premiss 28: Direktivet skal iflg domstolen «fortolkes således, at et urimeligt kontraktvilkår ikke binder forbrugeren, og at det i denne henseende ikke er nødvendig, at forbrugeren forudgående har anfægtet vilkåret og fået medhold».

Se f.eks. *Oceano m.fl.* C-240/98 – C-244/98 premiss 28 og 32, *Cofidis* C-473/00 premiss 32 flg, *Mostaza Claro* C-186/05 premissene 27, 30, 38, *Pénzügyi* C-137/08 premiss 56, *Pannon* C-243/08 premissene 23 og 28, *Asturcom* C-40/08 premiss 59, *Pohotovost'* C-76/10 premiss 37 flg.

Fredriksen har i *TfR 2008* s. 290 flg på s. 327-328 oppsummert rettstilstanden: «domstolene, i hvert fall på forbrukeravtaledirektivets område, plikter å håndheve forbrukervernreglene av eget tiltak. Selv om en forbruker i en sak ikke skulle gjøre gjeldende at en klausul i en standardkontrakt er urimelig (og derfor ugyldig), plikter domstolen å undersøke dette av eget initiativ. Forbrukeravtaledirektivet er gjennomført i norsk rett ved avtaleloven § 37, men har hittil fått svært liten oppmerksom[het] – i all hovedsak fordi det antas at generalklausulen i avtaleloven § 36 er enda strengere enn direktivets urimelighetsstandard. Selv om dette trolig er riktig med henblikk på standardenes materielle innhold, synes det klart at direktivet pålegger norske domstoler en aktivitetsplikt for å ivareta forbrukernes interesser som går betraktelig lenger enn den alminnelige veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5. For norsk retts vedkommende synes det derfor å være grunnlag for å hevde at *den prosessuelle betydning av forbrukerverndirektivet langt overstiger den materielle*» (noter er tatt ut av sitatet, min kursivering).

EU-domstolens prosessuelle effektivisering av forbrukeravtaledirektivet har ennå ikke fått gjennomslag i norsk rett – ikke i lovverket, og så vidt vites ikke i rettspraksis. Departementet bør vurdere lovendring for å klargjøre domstolenes aktivitetsplikt (se *Fredriksen* som sitert om dette begrepet). Hvis den felleseuropeiske salgsloven blir gjennomført i norsk rett, er det nærliggende at samme prosessuelle aktivitetsplikt bør gjelde etter ESL anvendt i forbrukerforhold. Det er også mulig at en tilsvarende aktivitetsplikt bør bli lagt til grunn i forhold til annet kontraktsrettslig regelverk med EU-bakgrunn, så fremt forbrukerinteressene tilsier et slikt prosessuelt vern.

20 *Oppsummering (i) – spørsmål som bør vurderes reist overfor EU*

- (1) «Opt in-disposisjonen»: Sett i lys av at denne disposisjonen (trolig) vil bli regulert av landenes interne rett, bør landene kunne stille nasjonale krav til den

¹¹ Jeg takker stipendiat Halvard Haukeland Fredriksen for verdifullt innspill om dette punktet.

informasjon som skal gis for å gi forbrukerne et informert valg. Lovvalget for forbrukeres og næringsdrivendes samtykke om å tiltre salgsloven bør klargjøres.

- (2) Utkastet til felleseuropeisk salgslov bør strammes inn, bl.a. bør det vurderes om dette instrumentet i første omgang bør begrenses til forbrukeravtaler.
- (3) Utkastet kan i større grad samordnes med DCFR.
- (4) Sammensatte avtaler som inneholder andre elementer enn kjøp, digitalt innhold og relaterte tjenester bør kunne dekkes av ESL, så fremt andre elementer er en uvesentlig del av avtalen som helhet.
- (5) Om ESL skal gjelde for bytte bør avklares, og svaret bør være bekreftende.
- (6) Grensene for landenes valgmuligheter kan klargjøres.
- (7) Spørsmålet om ESLs utgangspunkt bør være preseptivitet i forbrukerforhold og avtalefrihet i kommersielle forhold bør reises.
- (8) For å gi forbrukervernet større tyngde ved tolkingen av ESL, bør disse interessene fremheves i salgslovens innledning om «almindelige prinsipper».
- (9) Et «hovedsakelig»-kriterium bør vurderes inntatt i forbrukerbegrepet.
- (10) Hensiktsmessigheten av ESLs utgangspunkt om at massekommunikasjon ikke har tilbudsvirkning, bør vurderes.
- (11) Bestemmelsen om at prisen og selgerens/leverandørens hovedforpliktelse ikke kan gi grunnlag for lemping, bør vurderes tatt ut av salgsloven.
- (12) ESLs prisbegrep, som bl.a. har betydning for adgangen til lemping, kan klargjøres.
- (13) Prosedyrekrav og skjønnstemaer knyttet til ESLs regulering av endrede forhold kan forenkles og klargjøres.
- (14) Rekkevidden av bestemmelsene om «bevisbyrde» bør klargjøres.

21 *Oppsummering (ii) – spørsmål som i lys av ESL bør vurderes i forhold til norsk kontraktsrettslig lovgivning*

- (1) En vurdering av om Norge skal utnytte valgmuligheten til å utvide virkefeltet for ESL kan avventes.
- (2) Norsk avtalerett bør i større grad klargjøre problemer knyttet til digital avtaleinngåelse.
- (3) Et klarhetskrav til avtaletekster mv. bør gis større tyngde i norsk rett, særlig i forbrukerforhold.
- (4) Krav til god skikk ved prekontraktuell informasjon kan vurderes lovfestet i større grad enn i gjeldende rett, bl.a. relatert til slik informasjon på fremmede språk.

- (5) Spørsmålet om norsk kontraktslovgivning bør inneholde en svarte- og/eller gråliste kommer i et nytt lys hvis ESL – med sine lister som nevnt – implementeres i norsk rett.
- (6) Spørsmålet om forbrukere bør ha reklamasjonsplikt bør på bakgrunn av ESL vurderes på nytt i norsk forbrukeravtalerett. Det samme gjelder skillet i bl.a. kjøpsloven mellom nøytral og spesifisert reklamasjon.
- (7) Domstolenes aktivitetsplikt, jf EU-domstolens praksis om forbrukeravtaledirektivet, bør lovfestes.

Med vennlig hilsen

Johan Giertsen

