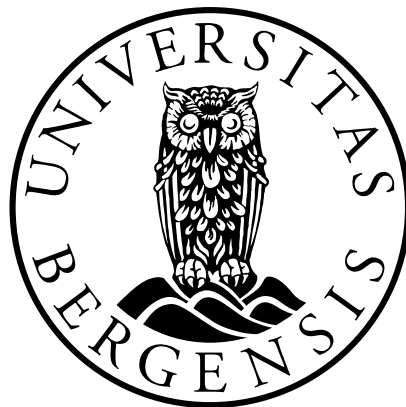


Prosessuelt forbrukervern

– *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet
i norsk sivilprosess

Kandidatnummer: 100

Antall ord: 34291



JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2017

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Prosessteorier – to ytterpunkter og tvistelovens tilnærming	5
1.4	Rollefordelingen under tvisteløsningen.....	8
1.5	Hovedregelen om at EU/EØS-retten ikke anvendes <i>ex officio</i>	9
1.6	Forbrukeravtaledirektivets materielle innhold.....	10
1.7	Opplegget videre.....	11
2	Metode ved overføring av EU-domstolens praksis til norske	
	prosessregler	13
2.1	Relevansen av EU-domstolspraksis.....	13
2.2	Betydningen av det rettslige grunnlaget ved slutning fra EU- domstolspraksis.....	14
2.3	EU-domstolens tilnærming til det rettslige grunnlaget for plikten til <i>ex officio</i> anvendelse	21
2.3.1	Innledning.....	21
2.3.2	<i>Océano</i> og <i>Cofidis</i>	21
2.3.3	Betydningen av alternative begrunnelser	25
3	Innholdet i plikten til <i>ex officio</i> anvendelse	30
3.1	Problemstillingen.....	30
3.2	Krav og påstand	32
3.3	Påstandsgrunnlag	35
3.4	Bevisføring	38
3.5	Tidspunktet for inntreden av domstolens plikter	44
3.6	Konklusjon	46
4	Norske domstolers <i>ex officio</i> anvendelse av direktivet.....	47
4.1	Det rettslige grunnlaget i norsk prosessrett	47
4.2	Prosessforutsetninger.....	50
4.3	Aktiv saksstyring	57
4.4	Rettens veiledning	59
4.4.1	Innledning.....	59

4.4.2	Oppstår veiledningsplikten i de samme tilfeller som plikten til <i>ex officio</i> anvendelse?.....	61
4.4.3	Tilsvaret innholdet i veiledningsplikten innholdet i plikten til <i>ex officio</i> anvendelse?.....	63
4.5	Rettens plikt til bevisføring i dispositive saker	68
4.6	Skal forbrukeravtaledirektivet anses å være et indispositivt element?.....	72
4.6.1	Aktualitet	72
4.6.2	Indispositive elementer.....	74
4.6.3	Overholdelse av internasjonale forpliktelser som «offentlige hensyn»?.....	82
4.6.4	Hensyn som begrunner plikten til <i>ex officio</i> anvendelse	83
4.6.5	Er hensynet til forbrukervern og markedsintegrasjon «offentlige hensyn»?.....	88
4.6.6	Ekvivalensprinsippet og indispositive elementer	91
4.7	Konklusjon	94
5	<i>Ex officio</i> anvendelse utenfor forbrukeravtaledirektivet.....	96
5.1	<i>Ex officio</i> anvendelse av forbrukerrettigheter med opphav i intern norsk rett.....	96
5.2	<i>Ex officio</i> anvendelse av arbeidstakerrettigheter	99
6	<i>Ex officio</i> anvendelse utenfor ordinær domstolsbehandling.....	102
6.1	Innledning.....	102
6.2	Plikter under tvangsfullbyrdelse.....	102
6.3	Plikter for forlikrådet	106
6.4	Plikter ved utenrettslig tvisteløsning	107
7	Videre utvikling av plikten til <i>ex officio</i> anvendelse.....	110
	Kilder	113

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Twisteløsning for norske domstoler skal være en partsprosess.¹ Utgangspunktet for tvisteløsningen er at partene styrer om saken kommer i gang, hvilken tvistegjenstand saken skal handle om, og det faktiske grunnlaget for denne.² Dette skyldes at partene ofte har de beste forutsetningene for å gi tvisten et hensiktsmessig innhold, og partene skal leve med avgjørelsen i ettertid. Disposisjons- og forhandlingsprinsippet legger derfor til partene å avgjøre tvistens materielle innhold. Som Per Augdahl formulerte det, «Det vilde bety umyndiggjørelse av individet om staten ukallet skulde ta sig av deres innbyrdes mellemværender».³

Når rettsanvendelsen bygger på partenes prosesshandlinger, oppstår det imidlertid en økt risiko for at domstolen må avsi en materielt uriktig avgjørelse. Denne risikoen har ført til at EU-domstolen har blitt forelagt spørsmål om nasjonale domstoler har plikt til å anvende EU-retten *ex officio*, altså av eget tiltak uavhengig av partenes opptreden. I forbindelse med enkelte direktiv til beskyttelse av forbrukere, særlig forbrukeravtaledirektivet (direktiv 93/13/EØF) som gjelder urimelige avtalevilkår, har EU-domstolen lagt til grunn at det foreligger en slik plikt.⁴ Disse pliktene innskrenker dermed den nasjonale prosessautonomien til medlemsstatene.⁵

EØS-avtalen gjør det nødvendig å stille spørsmål om hvilke krav disse avgjørelsene stiller til rettens aktivitet i norsk sivilprosess. Problemstillingen

¹ NOU 2001: 32 A s. 136.

² Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvL) § 11-2.

³ Augdahl 1971 s. 2.

⁴ Forente saker C-240/98-C-244/98 Océano, C-473/00 Cofidis, C-168/05 Mostaza Claro, C-429/05 Rampion, C-243/08 Pannon, C-227/08 Martín Martín, C-40/08 Asturcom, C-137/08 Pénezgyi, C-76/10 Pohotovost' 1, C-453/10 Pereničová, C-472/10 Invitel, C-618/10 Banesto, C-472/11 Banif, C-415/11 Aziz, C-397/11 Jörös, C-488/11 Jahani, C-32/12 Hueros/Autociba, C-169/14 Sánchez Morcillo, C-34/13 Kušionová, C-497/13 Froukje Faber, C-32/14 ERSTE Bank, C-49/14 Finanmadrid, Forente saker C-381/14 og C-385/14 Caixabank, C-377/14 Radlinger, C-168/15 Pohotovost 2, C-421/14 Banco Primus, C-598/15 Banco Santander.

⁵ Fredriksen 2008 s. 294.

som vil bli besvart i det videre er: Hvordan skal plikten til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet oppfylles i norsk sivilprosess? Problemstillingen forutsetter et svar i to steg. Det er først nødvendig å analysere innholdet i kravet om *ex officio* anvendelse. Det må deretter undersøkes hvordan innholdet i plikten skal oppfylles i norsk prosessrett.

De prosessuelle implikasjonene i norsk rett er i noen grad undersøkt tidligere. Skoghøy er blant dem som har trukket konsekvensene lengst når han har lagt til grunn at direktivet, og dermed avtaleloven (avtl.)⁶ § 37, jf. § 36 som gjennomfører direktivet, må anses å være et indispositivt element.⁷ Skoghøy legger også til grunn at EU-domstolens argumentasjon har en slik rekkevidde at det samme bør gjelde for preseptoriske bestemmelser i arbeidsforhold til beskyttelse av arbeidstakere.⁸ Eldjarn og Haaskjold legger også til grunn at reglene som gjennomfører direktivet i norsk rett skal anses å være indispositive elementer.⁹

Giertsen antyder på sin side at den prosessuelle aktivitetsplikten kan gå lengre til fordel for forbrukeren enn det som følger av veiledningsplikten i tvl. § 11-5.¹⁰ Woxholth skriver at plikten til å anvende direktivet av eget tiltak i praksis innebærer veiledning om avtl. § 36.¹¹ Arnesen legger til grunn som sikker rett at norske domstoler «av eget tiltak» skal anvende direktivet, og «selv trekke konsekvensene» dersom det foreligger urimelighet.¹² Hauge skriver også at rettsanvenderen *ex officio* skal ta stilling til om et avtalevilkår er i strid med direktivet.¹³ Lilleholt antyder at kravene til effektiv gjennomføring i forbindelse med forbrukeravtaledirektivet har gått i en strengere retning.¹⁴ Backer nøyer seg med å reise problemstillingen om EØS-baserte forbrukervernregler skal anvendes *ex officio*.¹⁵

⁶ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer.

⁷ Skoghøy 2017 s. 600–601.

⁸ Skoghøy 2017 s. 602.

⁹ Eldjarn 2016 s. 192, Haaskjold 2013 s. 437.

¹⁰ Giertsen 2014 s. 215–216.

¹¹ Woxholth 2017 s. 325.

¹² Arnesen 2016 s. 53.

¹³ Hauge 2015 s. 139.

¹⁴ Lilleholt 2016 s. 297.

¹⁵ Backer 2015 s. 269.

Mange har altså skrevet noe om plikten til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet i norsk prosessrett. EU-domstolens praksis på dette området har også vært grunnlag for diskusjon i Europa.¹⁶ Behandlingen i norsk teori har likevel vært begrenset i dybde. Heller ikke i norsk rettspraksis er plikten nevnt.¹⁷ Det er derfor god grunn til å undersøke dette spørsmålet nærmere.

1.2 Avgrensninger

Tema for avhandlingen er de *prosessuelle* kravene som er stilt, og hvordan disse skal oppfylles i norsk rett. Prosessuelle regler gjelder fremgangsmåten for å sikre de materielle reglens gjennomslag.¹⁸ Tema er dermed den aktivitet domstolen er forpliktet til å utvise for å avgjøre om et avtalevilkår er i strid med direktivet. Forbrukeravtaledirektivets materielle innhold, faller i utgangspunktet utenfor.

Skillet mellom materielle og prosessuelle regler er imidlertid som kjent ikke skarpt.¹⁹ Den prosessuelle aktivitetsplikten er knyttet til enkelte materielle regler, og kan ikke oppstå i en konkret sak uavhengig av tvistens materielle innhold. Videre vil enkelte av dommerens aktivitetsplikter i norsk prosessrett kunne være særlig egnet til å oppfylle kravet om *ex officio* anvendelse for enkelte deler av direktivets materielle innhold. I den grad det er nødvendig for å forklare de prosessuelle implikasjonene, vil derfor også reglens materielle innhold omtales.

EU-domstolen har lagt til grunn at plikten til *ex officio* anvendelse ikke bare er knyttet til forbrukeravtaledirektivet, men også andre direktiv som gjelder kontraktsforhold mellom næringsdrivende og forbrukere. Dette gjelder direktiv 87/102/EØF om forbrukerkreditt i *Rampion*²⁰ og direktiv

¹⁶ Se eksempelvis Stuyck 2010, Schebesta 2010, Beysen og Trstenjak 2011, Micklitz 2013 s. 640 flg., Micklitz og Reich 2014.

¹⁷ Rettspraksis har vært undersøkt ved søk i databasen til Lovdata.no. Lilleholt 2015 s. 276 skriver at «[i]nntrykket er at denne plikten til prøving etter egne tiltak ikke har gjort stort inntrykk på nordiske dommarar så langt».

¹⁸ Eldjarn 2016 s. 19.

¹⁹ Eldjarn 2016 s. 20, Ekelöf 1987 s. 44.

²⁰ C-429/05 *Rampion*.

2008/48/EF som opphevet og erstattet dette i *Radlinger*²¹. Det gjelder også direktiv 85/577/EØF (nå opphevet og erstattet av direktiv 2011/83/EU) om forbrukeravtaler inngått utenfor fast utsalgssted i *Martin Martín*²², og direktiv 1999/44/EF om forbrukerkjøp i *Hueros/Autociba*²³ og *Froukje Faber*²⁴. I lys av denne praksisen fremstår det nærliggende å slutte at plikten til *ex officio* anvendelse i betydelig utstrekning også gjelder annen kontraktsrettslovgivning med opphav i EØS-retten som beskytter forbrukere.²⁵ Innholdet i anvendelsesplikten er imidlertid først og fremst utviklet i tilknytning til forbrukeravtaledirektivet og dets formål. De samme formålene gjør seg i stor utstrekning gjeldende for de andre forbrukerbeskyttelsesdirektivene, og det har hittil ikke blitt oppstilt noen ulikheter i anvendelsesplikten mellom direktivene i EU-domstolens praksis. Praksis knyttet til andre forbrukerbeskyttelsesdirektiv har imidlertid vært begrenset i omfang, og det er vanskelig å utelukke at det kan finnes enkelte avvik i pliktens innhold som følge av ulikheter i direktivenes materielle innhold eller formål. Avhandlingen har derfor primært forbrukeravtaledirektivet som studieobjekt. Pliktene må likevel anses å ha stor grad av overføringsverdi, også til de andre forbrukerbeskyttelsesdirektivene, og norsk lovgivning som gjennomfører disse. I enkelte tilfeller er de øvrige forbrukerbeskyttelsesdirektivene også egnet til å belyse andre aspekter ved innholdet i anvendelsesplikten enn det som er mulig med forbrukeravtaledirektivet. Der dette er hensiktsmessig, vil derfor også disse direktivene bli trukket inn i fremstillingen.

Det er også i utgangspunktet *domstolens* plikt til å anvende forbrukeravtaledirektivet som er tema. EU-domstolens praksis gjør det imidlertid nær-

²¹ C-377/14 *Radlinger*.

²² C-227/08 *Martin Martín*.

²³ C-32/12 *Hueros/Autociba*.

²⁴ C-497/13 *Froukje Faber*.

²⁵ Micklitz 2013 s. 641, Skoghøy 2017 s. 602, Beysen og Trstenjak 2011 s. 119 flg, Reich m.fl. 2014 s. 162. Ebers 2010 s. 831, 833 og 842 konkluderer på samme måte, men noe mer forbeholdent. Generaladvokat Kokott konkluderte i sin innstilling til avgjørelse i C-32/12 *Hueros/Autociba* avsnitt 42–48 med at praksis om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet (direktiv 93/13), ikke kunne overføres til forbrukerkjøpsdirektivet (direktiv 99/44).

liggende også å stille spørsmål om anvendelsesplikt for andre enn domstolene, og også for andre rettsregler enn de som følger av EØS-rettens forbrukerbeskyttelsesdirektiv. For å gjøre fremstillingen fullstendig vil rekkevidden av kravene bli omtalt avslutningsvis.

1.3 Prosessteorier – to ytterpunkter og tvistelovens tilnærming

Rettens *ex officio* anvendelse har en side til grunnleggende tanker om formålet med rettergangen, og også politiske ideologier om statens oppgaver i samfunnet. Domstolenes klassiske oppgave i sivile saker er først og fremst å avklare rett og plikt mellom fysiske og juridiske personer.²⁶ Det kan imidlertid være ulike prosessteorier og innfallsvinkler som gir ulike svar på hvordan denne oppgaven skal utføres, og hvilken rolle andre målsetninger og funksjoner spiller i tvisteløsningen. Dette legger viktige føringer på utformingen av innholdet i prosessreglene. I det videre vil det bli kort redegjort for liberalistisk prosessteori, utilitaristisk prosessteori og tvistelovens tilnærming til disse spørsmålene.

I liberalistisk prosessteori er det sentrale at partene selv har en rett til å beskytte og sikre egne rettigheter.²⁷ Dommeren skal være passiv, og la partene ta styringen. Dommeren skal kun vurdere partenes prestasjoner.²⁸ Partenes autonomi står dermed sentralt, og målet om en materielt riktig avgjørelse trer samtidig i bakgrunnen. Det sentrale er å oppnå en formelt riktig avgjørelse, altså en avgjørelse som er korrekt ut fra det materialet som er tilgjengelig for retten.²⁹ Ansvar som legges på partene for å sikre egne rettigheter, kan likevel medføre at begge parter legger større ressurser i å sørge for å foreta de nødvendige prosesshandlinger, og slik bidra til å sikre målet om en materielt riktig avgjørelse.³⁰ Hvorvidt dette faktisk skjer i den konkrete saken, er likevel uten interesse for domstolen. Sentrale innvendinger mot liberalis-

²⁶ Hov 2017 s. 26.

²⁷ Strandberg 2012 s. 211.

²⁸ Strandberg 2012 s. 212.

²⁹ Lindell 1987 s. 333 og Lindell 2012 s. 46.

³⁰ Westberg 2010 s. 88.

tiske prosessteorier er derfor at disse i liten grad tillegger domstolen en samfunnmessig funksjon, og at partenes ressurser i for stor grad kan bli styrende for resultatet.³¹

Utilitarismen er en konsekvensetikk, og det sentrale for å vurdere om en handling er god, er dens samlede konsekvenser.³² Utilitaristisk prosessteori har dermed som mål at prosessen skal gjennomføres på en måte som skal maksimere nytte.³³ Som følge av vektleggingen av prosessens samlede konsekvenser, er det ikke bare partenes nytte, men nytten for alle de som berøres av handlingen eller beslutningen som er avgjørende. Den materielle retten ivaretar sentrale verdier, og den materielle rettens gjennomslag anses å være det som i størst grad skaper samfunnmessig nytte.³⁴ Målet om en materielt riktig avgjørelse står dermed sentralt. Dette kan føre til at det er nødvendig å innskrenke partenes autonomi under tvisteløsningen. Nyttens prosessen kan få i fremtiden har også betydning, slik at også avgjørelsens handlingsdirigerende effekt er viktig.³⁵

Tvisteloven bygger ikke på en enkelt prosessteori. Når det gjelder det ideologiske grunnlaget for tvisteloven, tar forarbeidene utgangspunkt i at norsk prosess skal være en partsprosess.³⁶ Dette gjelder både i dispositive og indispositive saker, selv om partenes rådighet i sistnevnte sakstype vil variere i betydelig grad.³⁷ I dette ligger det ikke noe standpunkt om en liberalistisk prosessteori, også tvisteløsning basert på utilitaristisk prosessteori kan være partsstyrt.

Ifølge forarbeidene skal tvisteloven ha to hovedfunksjoner.³⁸ Den skal for det første sikre rettssikkerhet for den enkelte, ved at individet skal få avgjort sin sak for nøytrale og uavhengige avgjørelsesorganer. Tvisteloven skal

³¹ Strandberg 2011 s. 169.

³² Strandberg 2012 s. 193.

³³ Strandberg 2011 s. 169.

³⁴ Strandberg 2011 s. 169.

³⁵ Strandberg 2011 s. 169.

³⁶ NOU 2001: 32 A s. 136.

³⁷ NOU 2001: 32 A s. 136.

³⁸ NOU 2001: 32 A s. 127, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 35. Om målsetninger og funksjoner i norsk tvisteløsning, se Eldjarn 2016 s. 53 flg., Backer 2014 s. 107 flg., Strandberg 2011 s. 170 flg., Skoghøy 2017 s. 3 flg., Backer 2015 s. 23 flg.

dermed bidra til å sikre en trygg og rettferdig behandling av tvistesporsmål for den enkelte. Denne funksjonen er særlig rettet mot tvisteløsning. Der tvisteløsning er det sentrale, tillegges partene stor autonomi, og dommeren har en passiv rolle.³⁹ Det fremgår imidlertid av formålsbestemmelsen i tvl. § 1-1 (1) siste punktum, at loven skal ivareta den enkeltes behov for å få «håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister». Dette viser at hensynet til individet ikke utelukkende er knyttet til tvisteløsning, det er også viktig at konfliktløsningen skjer i samsvar med partenes reelle rettsstilling.

For det andre skal tvisteloven ha en «mer allmenn, samfunnsmessig funksjon» ved at den skal sikre at den materielle lovgivningen slår gjennom, og virker handlingsdirigerende slik at den enkelte innretter seg etter den materielle retten.⁴⁰ At målet om en materielt riktig avgjørelse er sentralt i prosessretten, fremgår også av tvl. § 1-1 (1), og understrekes av Mæland som skriver at «[p]rosessrettens funksjon er å stå til tjeneste for den materielle rett».⁴¹ Med en materielt riktig avgjørelse menes ifølge forarbeidene til tvisteloven at:

«retten anvender rettsreglene riktig på de faktiske forhold som er lagt til grunn, og særlig på at retten legger til grunn et faktum som er i samsvar med det som faktisk har skjedd, og at retten har kunnet ta hensyn til alle de omstendigheter som etter rettsreglene er avgjørende for hvordan den reelle konflikten mellom partene skal løses.»⁴²

Det er altså viktig at retten både bygger avgjørelsen på et faktum som samsvarer med det som virkelig har skjedd, at retten etter prosessreglene har kompetanse til å bygge på dette, og at retten anvender rettsreglene korrekt på dette faktum.⁴³ Denne samfunnsmessige funksjonen virker allerede før tvist er oppstått, ved at partene innretter seg som følge av at det finnes effektive håndhe-

³⁹ Eldjarn 2016 s. 60.

⁴⁰ NOU 2001: 32 A s. 127.

⁴¹ Mæland 2013 s. 17.

⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 172.

⁴³ Som Strandberg 2012 s. 175 viser, kan domsvirkningen bli materielt riktig selv om deler av premissene er uriktige.

velsesorganer som kan tvinge gjennom den materielle retten. Som Tvistemålsutvalget påpekte, vil det i mange tilfeller være et samspill mellom disse funksjonene.⁴⁴ Konkret tvisteløsning vil som hovedregel også medføre at materiell rett gjennomføres, selv om dette ikke nødvendigvis er tilfellet.

1.4 Rollefordelingen under tvisteløsningen

Det er krevende, og innenfor denne fremstillingen verken nødvendig eller mulig å redegjøre i detalj for de forhold som styrer rollefordelingen i prosessen. I det videre er det likevel særlig grunn til kort å omtale to forhold nærmere. Dette er disposisjons- og forhandlingsprinsippet, og rettens ansvar for rettsanvendelsen.

Disposisjonsprinsippet kommer til uttrykk i tvl. § 11-2 (1), og gir partene kompetanse til å avgjøre om saken kommer i gang, avgjøre sakens tvistegenstand, og hvilket domsresultat retten kan komme til.⁴⁵ Forhandlingsprinsippet kommer til uttrykk i tvl. § 11-2 (2) første punktum, og innebærer at det er tvistens parter som har det primære ansvaret for å innhente og føre bevis for retten.⁴⁶ Det er omstridt hvorvidt det at partene kan avgjøre hvilket faktisk grunnlag retten kan bygge sin avgjørelse på, påstandsgrunnlaget, er et utslag av disposisjons- eller forhandlingsprinsippet.⁴⁷ Dette viser at det er en glidende overgang mellom de to prinsippene, og det er i denne sammenheng av liten betydning å trekke et prinsipielt skille. Det sentrale er at disposisjons- og forhandlingsprinsippet viser en grunnleggende prioritering av partsautonomien ved tvisteløsningen i norsk prosessrett.⁴⁸

Etter tvl. § 11-3 har retten ansvaret for rettsanvendelsen. Kompetansen til å anvende gjeldende rett på det materielle innholdet partene har gitt saken, er med dette lagt til retten. Ettersom rettsanvendelsen etter tvl. § 11-3 må skje

⁴⁴ NOU 2001: 32 A s. 127.

⁴⁵ Skoghøy 2017 s. 570–571.

⁴⁶ Skoghøy 2017 s. 571–572.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 404, Skoghøy 2017 s. 572 og Schei m.fl. s. 383 legger til grunn at begrensningen som ligger i at påstandsgrunnlagene må være påberopt følger av forhandlingsprinsippet. Hov 2017 s. 53 og Robberstad 2015 s. 14 legger til grunn at dette følger av disposisjonsprinsippet.

⁴⁸ Slik også Backer 2015 s. 253.

innenfor rammene av tvl. § 11-2 (1), kan imidlertid partenes kompetanse under tvisteløsningen føre til at retten er avskåret fra å komme til et materielt riktig resultat. Det kan derfor være et behov i enkelte saker for at retten går utenfor de prosessuelle rammene som følger av partenes prosesshandlinger.

1.5 Hovedregelen om at EU/EØS-retten ikke anvendes *ex officio*

Den nøyaktige rollefordelingen mellom dommer og part kan variere i ulike rettssystem, men de fleste av EUs medlemsstater bygger på en eller annen variant av disposisjonsprinsippet.⁴⁹ Det er dermed som utgangspunkt lagt til partene å avgjøre tvistens materielle innhold. Som EU-domstolen har slått fast, sikrer dette «en hensigtsmæssig sagsbehandling, navnlig således, at forsinkelser som følge af en stillingtagen til nye anbringender unngås».⁵⁰ Dette blir altså ansett å være en rasjonell måte å fordele kompetansen under tvisteløsningen.

Det kan være flere årsaker til at partenes prosesshandlinger ikke gir domstolen grunnlag for å treffe en materielt riktig avgjørelse. Det kan være et utslag av et bevisst valg fra partenes side, men kan også være en følge av mangel på kunnskap om hvilke faktiske forhold som er rettslig relevante, eller hvilke bevis som bør føres om disse forholdene. Som følge av at partenes autonomi kan øke risikoen for en materielt uriktig avgjørelse, har det oppstått et spørsmål om den nasjonale domstolen har en *ex officio* plikt, altså en plikt til av eget tiltak og uavhengig av partens opptreden, til å anvende EU-retten.

I *van Schijndel og van Veen* ble spørsmålet om nasjonale domstoler av eget tiltak skulle anvende EU-retten forelagt EU-domstolen. Svaret fra EU-domstolen var at:

«fællesskabsretten ikke pålægger de nationale domstole en forpligtelse til af egen drift at inddrage et anbringende om, at fællesskabsbestemmelser er overtrådt, når en stillingtagen til et sådant anbringende ville tvinge dem til at se bort fra princippet om, at de ikke aktivt griber ind i procesførelsen, ved at gå ud over den afgrænsning af sagen, som parterne har foretaget, og ved

⁴⁹ C-431/93 *van Schijndel og van Veen* avsnitt 21. Se også Thorson 2016 s. 74.

⁵⁰ C-431/93 *van Schijndel og van Veen* avsnitt 21.

at legge andre faktiske forhold og omstendigheter til grunn end dem, som den part i saken, der har interesse i, at fællesskabsbestemmelserne anvendes, har fremført til støtte for sin påstand.»⁵¹

EU-retten kunne altså ikke tillegges en slik betydning at den kunne medføre en endring i regelen om at det var opp til partene å avgjøre tvistens materielle innhold. I utgangspunktet foreligger det dermed ingen plikt til *ex officio* anvendelse for nasjonale domstoler.

Det ble presisert i *van der Weerd* at dette gjaldt EU-regler «uafhængigt af dets betydning for Fællesskabernes retsorden».⁵² Det at en regel er særlig viktig er dermed i utgangspunktet heller ikke tilstrekkelig for å begrunne en plikt til *ex officio* anvendelse. EU-domstolen presiserte imidlertid at saken skilte seg fra blant annet tre avgjørelser om forbrukeravtaledirektivet.⁵³ Disse avgjørelsene skilte seg ut ved at de ble kjennetegnet av at det var «nødvendig at sikre en effektiv forbrukerbeskyttelse» etter direktivet.⁵⁴ Målet om å sikre forbrukere beskyttelse, kunne altså begrunne en kompetanse til *ex officio* anvendelse for nasjonale domstoler som skiller seg fra det som ellers gjelder i EU-retten.

1.6 Forbrukeravtaledirektivets materielle innhold

Forbrukeravtaledirektivet⁵⁵ gjelder urimelige avtalevilkår. Direktivet er et minimumsdirektiv, og forbrukeren kan dermed gis større rettigheter enn det som følger av direktivet.⁵⁶ Det følger av kjernebestemmelsen art. 3 (1) at:

«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 i parternes rettigheder og forpligtelser ifølge aftalen til skade for forbrugeren.»

⁵¹ C-431/93 *van Schijndel og van Veen* avsnitt 22.

⁵² Forente saker C-222/05-C-225/05 *van der Weerd* m.fl. avsnitt 41.

⁵³ Forente saker C-222/05-C-225/05 *van der Weerd* m.fl. avsnitt 40, med henvisning til forente saker C-240/98-C-244/98 *Océano*, C-473/00 *Cofidis*, C-168/05 *Mostaza Claro*.

⁵⁴ Forente saker C-222/05-C-225/05 *van der Weerd* m.fl. avsnitt 40.

⁵⁵ Direktiv 93/13/EØF

⁵⁶ Fortalen avsnitt 12 og 17, og art. 8.

Det sentrale er altså at forbrukerens rett og plikt i kontraktsforholdet står i et betydelig misforhold til den næringsdrivendes rett og plikt, og virkeområdet er avtalevilkår inngått mellom en forbruker og en næringsdrivende som ikke er individuelt forhandlet.⁵⁷ Dette gjelder særlig standardkontrakter, men det avgjørende er at forbrukeren ikke har kunnet påvirke innholdet i vilkåret.⁵⁸ Avtalens gjenstand og prisen er likevel unntatt fra direktivets virkeområde.⁵⁹ Slike vilkår skal ikke binde forbrukeren, jf. direktivet art. 6, og i vedlegget til direktivet, er det tatt inn en veiledende liste med potensielt urimelige avtalevilkår.⁶⁰

Ved innføringen i norsk rett ble det lagt til grunn at avtl. § 36 som rammer avtaler som er «urimelig[e]» allerede i stor utstrekning ivaretok direktivets målsetning.⁶¹ De tilpasninger som måtte gjøres ble gjort i 1995 med en tilleggsbestemmelse til § 36 i avtl. § 37.

1.7 Opplegget videre

Overordnet vil fremstillingen i det videre først klarlegge innholdet i kravet til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet, og deretter vil det bli undersøkt hvordan disse pliktene skal oppfylles i norsk prosessrett.

Mer detaljert vil det i kapittel 2 bli redegjort for enkelte metodiske utgangspunkter for relevansen av EU-domstolens avgjørelser for norsk prosessrett, og hvilke slutninger som kan trekkes fra disse. Slutninger om innholdet i de prosessuelle kravene til domstolsaktivitet vil deretter bli trukket og analysert i kapittel 3. Denne analysen vil så danne grunnlaget for kapittel 4, hvor aktivitetsplikten vil bli overført til norske prosessregler. Kapittel 5 gjelder aktivitetspliktens virkeområde utenfor EØS-rettens forbrukerbeskyttelsesdirektiv, og i kapittel 6 vil det bli undersøkt om aktivitetsplikten har kon-

⁵⁷ EU-domstolen prøver ikke subsumsjonen under spørsmålet om det foreligger et urimelig avtalevilkår, se C-237/02 Freiburger Kommunalbauten avsnitt 22. Se også Fredriksen 2007 s. 3 flg.

⁵⁸ Haaskjold 2013 s. 434, Arnesen 1996 s. 891.

⁵⁹ Art. 4 (2).

⁶⁰ Art. 3 (3).

⁶¹ Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) s. 3.

sekvenser utenfor ordinær domstolsbehandling. Avslutningsvis vil det i kapittel 7 bli drøftet hvilke muligheter som finnes for en videre utvikling av plikten til *ex officio* anvendelse.

2 Metode ved overføring av EU-domstolens praksis til norske prosessregler

2.1 Relevansen av EU-domstolspraksis

Kravet om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet er utviklet i EU-domstolens praksis. EU-domstolen har det overordnede ansvaret for tolkning og anvendelse av EU-retten i EU-pilaren, jf. TEU⁶² art. 19. Som følge av at EU-domstolen dømmer innenfor EU-pilaren, og ikke i EFTA-pilaren, må det undersøkes hvilken relevans EU-domstolens praksis har i norsk prosessrett.

Domstoler i EUs medlemsstater som står overfor et tolkningsspørsmål ved anvendelse av EU-retten i en konkret tvist, kan forelegge EU-domstolen dette spørsmålet etter TEUV⁶³ art. 267. EU-domstolen svarer så på spørsmålet i en forhåndsavgjørelse.⁶⁴ EU-domstolens forhåndsavgjørelse er bindende for den nasjonale domstolen.⁶⁵ Dette bidrar til å sikre en felles tolkning av EU-retten.⁶⁶ Det er i slike avgjørelser kravene om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet har kommet til uttrykk.

For å sikre en effektiv integrering av EFTA-landene i EUs indre marked, er det en målsetning at EØS-regler med opphav i EU-retten tolkes og anvendes på samme måte innen EU-pilaren og EFTA-pilaren. Denne målsetningen har gitt seg utslag i en rekke ulike regler, og betegnes gjerne som homogenitetsprinsippet.⁶⁷ Det er dermed nødvendig for domstoler innen EFTA-pilaren å ta hensyn til EU-domstolens praksis ved tolkning av EØS-retten. Det følger av EØS-avtalen art. 6 at det ved tolkningen og anvendelsen av EØS-retten må tas hensyn til EF-domstolens (nå EU-domstolen) praksis. Bestemmelsen gjelder riktignok kun praksis frem til EØS-avtalen ble inngått, men homogenitetsprinsippet forutsetter at det i stor utstrekning også må tas

⁶² Traktaten om den europeiske union.

⁶³ Traktaten om den europeiske unions virkemåte.

⁶⁴ Om terminologien forhåndsavgjørelse eller prejudisiell avgjørelse, se Fredriksen og Mathisen 2014 s. 192.

⁶⁵ Sejersted m.fl. 2011 s. 138.

⁶⁶ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 192.

⁶⁷ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 40.

hensyn til senere rettspraksis.⁶⁸ Dette vises i ODA-avtalen art. 3 (2) som pålegger EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen å ta «tilbørlig hensyn» også til senere praksis fra EU-domstolen. I Høyesterettspraksis skiller det heller ikke mellom EU-domstolsavgjørelser avsagt før og etter inngåelsen av EØS-avtalen.⁶⁹

Gjennomslagskraften til homogenitetsprinsippet kan likevel variere i ulike typetilfeller, særlig med graden av forankring i EØS-avtalen.⁷⁰ Som det vil bli nærmere redegjort for nedenfor, bygger praksisen knyttet til *ex officio* anvendelse både på tolkning av forbrukeravtaledirektivet, og ekvivalens- og effektivitetsprinsippet. Når tolkningen bygger på materielle regler, har homogenitetsprinsippet særlig stor gjennomslagskraft, og det vil dermed være lite rom for ulike tolkninger i EU- og EFTA-pilaren.⁷¹ Det er lagt til grunn i høyesterettspraksis, og følger både av homogenitetsmålsetningen og lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen art. 3, at prinsippene om ekvivalens og effektivitet også gjelder i stor utstrekning i norsk rett.⁷² I det videre blir det derfor bygget på at avgjørelsene fra EU-domstolen om forståelsen av forbrukeravtaledirektivet må ha tilsvarende betydning i norsk rett som i EU-retten.⁷³

2.2 Betydningen av det rettslige grunnlaget ved slutning fra EU-domstolspraksis

EU-statene har i utgangspunktet prosessuell autonomi med mindre noe annet er særskilt bestemt.⁷⁴ Statene råder dermed som utgangspunkt fritt over prosessreglene som gjennomfører den materielle EU-retten. I enkelte typetilfeller

⁶⁸ Magnussen 2000 s. 92.

⁶⁹ Magnussen 2000 s. 92 fotnote 28, med henvisning til Rt. 1999 s. 393 A.

⁷⁰ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 43.

⁷¹ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 43.

⁷² Se Rt. 2005 s. 597 A (Allseas) avsnitt 38 hvor det ble tatt forbehold i et *obiter dictum* om at rekkevidden ikke nødvendigvis er lik på alle områder av EU og EØS-retten. Se også Fredriksen 2008 s. 297 flg. som legger til grunn at det skal «svært mye til» for at forbeholdet kan tenkes å komme til anvendelse. Overførbarheten har også støtte i EFTA-domstolens praksis, se Sejersted m.fl. 2011 s. 80 med videre henvisninger til praksis.

⁷³ Slik også Eldjarn 2016 s. 237.

⁷⁴ Se for EU-pilaren eksempelvis C-431/93 van Schijndel og van Veen avsnitt 17 og C-49/14 Finanmadrid avsnitt 40. Tvistemålsutvalget la til grunn at den samme prosessautonomien som gjelder i EU også gjelder for norsk rett NOU 2001: 32 A s. 151.

hvor det er nødvendig av hensyn til det indre marked, har likevel EU kompetanse til å harmonisere prosessregler.⁷⁵ Ettersom forbrukeravtaledirektivet etter ordlyden ikke tar sikte på å harmonisere nasjonale prosessregler, har det i utgangspunktet ikke slike virkninger.

Statene står likevel ikke helt fritt, ettersom nasjonale domstoler spiller en nøkkelrolle i gjennomføringen av EU-retten.⁷⁶ Det er nasjonale domstoler den enkelte først henvender seg til for å kreve sine rettigheter gjennomført. Utgangspunktet for EU-domstolen er *ubi jus ibi remedium*, som betyr at der det er en rettighet må det være en sanksjon.⁷⁷ Det hjelper rettighetssubjektet lite at den materielle regelen er gjennomført dersom prosessreglene hindrer sanksjoneringen i praksis.⁷⁸ EU-domstolen har derfor oppstilt et ekvivalens- og effektivitetsprinsipp som begrenser statenes prosessuelle autonomi.⁷⁹ I enkelte tilfeller tolker imidlertid EU-domstolen også materielle forpliktelser på en slik måte at det oppstår prosessuelle krav til gjennomføringen i nasjonal rett.⁸⁰

Uansett hvilket rettslig grunnlag som anvendes i EU-domstolens praksis om *ex officio* anvendelse har avgjørelsene relevans, og kan få betydning for norsk prosessrett. Hvilke slutninger som kan trekkes fra avgjørelsene vil imidlertid variere, og skillet mellom disse ulike rettslige grunnlagene vil stå sentralt i det følgende.

Det vil videre i punkt 2.2 først bli redegjort for de ulike rettslige grunnlagene EU-domstolen kan bygge på når det stilles prosessuelle krav til nasjonale domstoler i forbindelse med forbrukeravtaledirektivet. Dette gjelder ekvivalensprinsippet, effektivitetsprinsippet, retten til effektive rettsmidler, og tolkning av direktivet basert på tolkningsprinsippet *effet utile*. Særlig viktig i

⁷⁵ Det generelle kompetansegrunnlaget for dette er TEUV art. 114. Se eksempelvis direktiv 2013/11/EU om alternativ tvisteløsning i forbrukersaker, og forordning (EU) nr. 524/2013 om nettbasert tvisteløsning i forbrukersaker.

⁷⁶ Beysen og Trstenjak 2011 s. 96.

⁷⁷ Tridimas 2006 s. 422.

⁷⁸ Fredriksen 2008 s. 292.

⁷⁹ 33/76 Rewe premiss 5, forente saker C-6/90 og 9/90 Francovich avsnitt 43, 45/76 Comet premiss 12–16.

⁸⁰ Fredriksen 2008 s. 294.

redegjørelsen er hvilken betydning det rettslige grunnlaget har for hvilke slutninger som kan trekkes i norsk prosessrett. Deretter vil EU-domstolens tilnærming til det rettslige grunnlaget i rettspraksis knyttet til plikten til *ex officio* anvendelse, bli analysert i punkt 2.3. Dette metodiske fundamentet er helt sentralt å ha på plass før det kan trekkes slutninger om innholdet i kravet til norsk prosessrett fra EU-domstolens praksis i kapittel 3.

Ekvivalensprinsippet innebærer at EU-regler må gis minst det samme vernet som gjelder for nasjonale regler.⁸¹ Rettighetshaveren skal altså ikke få et svakere vern enn det vedkommende ville fått ved en tilsvarende nasjonal regel, som følge av at rettigheten stammer fra EU-retten.⁸² Prinsippet har betydning for å sikre EU-rettens gjennomslag i tilfeller hvor nasjonal rett gir liknende regler sterkere beskyttelse.⁸³ I tilfeller hvor nasjonale prosessregler stiller krav om domstolens anvendelse *ex officio*, følger dermed en tilsvarende plikt av ekvivalensprinsippet.⁸⁴

Effektivitetsprinsippet innebærer at det ikke må være umulig eller urimelig vanskelig å få gjennomført EU-rettigheter.⁸⁵ Prinsippet stiller dermed et minimumskrav til håndhevingsmulighet.⁸⁶ Selv om effektivitetsprinsippet i utgangspunktet er en negativ forpliktelse, er det mulig å se det slik at effektivitetsprinsippet også kan gi grunnlag for positive forpliktelser for nasjonale domstoler.⁸⁷ Som det vil fremgå i det videre, forstås imidlertid ikke EU-domstolens praksis om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet å bygge på en slik anvendelse av effektivitetsprinsippet.

Avgjørelsen av hvorvidt prosessen er i samsvar med effektivitetsprinsippet beror på en vurdering av prosessen i sin helhet.⁸⁸ Anvendelsen av ef-

⁸¹ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 282, forente saker C-6/90 og 9/90 Francovich avsnitt 43.

⁸² Reich 2005 s. 240.

⁸³ Sejersted m.fl. 2011 s. 81.

⁸⁴ C-126/97 Eco Swiss, og omtale av avgjørelsen i Eldjarn 2016 s. 229–231.

⁸⁵ Forente saker C-6/90 og 9/90 Francovich avsnitt 43.

⁸⁶ Reich 2014 s. 91 flg.

⁸⁷ Fredriksen 2008 s. 294. Slik eksempelvis Patti 2015 s. 182.

⁸⁸ I forbindelse med direktiv 93/13, se eksempelvis C-473/00 Cofidis avsnitt 37, C-415/11 Aziz avsnitt 53 og C-618/10 Banesto avsnitt 49.

fektivitetsprinsippet skjer i to steg, hvor EU-domstolen først tolker den materielle EU-regelen, for deretter å undersøke hvorvidt den nasjonale regel innebærer et urimelig hinder for gjennomføringen.⁸⁹ I tilfeller hvor en anvendelse av den nasjonale prosessregel fører til urimelige vanskeligheter for håndhevelsen, må den nasjonale regel ses bort fra, eller tolkes på en måte som ikke i urimelig grad hindrer gjennomføringen.⁹⁰

Ettersom EU-domstolen i utgangspunktet først foretar en selvstendig tolkning, uavhengig av den nasjonale prosessregelen, skulle dette i utgangspunktet innebære at EU-domstolen redegjorde for den generelle tolkningen av direktivregelen, og at slike avgjørelser dermed gav betydelig veiledning, også for andre rettssystem enn i den foreleggende stat. Praksis knyttet til forbrukeravtaledirektivet, viser imidlertid at det er særlig det andre steget som er det sentrale i EU-domstolens premisser ved anvendelsen av effektivitetsprinsippet.⁹¹ Dette gjør premissene konkrete ved at de i stor grad knyttes til den nasjonale prosessregelen og i hvilken grad denne gjør det urimelig vanskelig å håndheve EU-retten. Tolkningsbidragene til andre staters prosessrett fra avgjørelser som avgjøres på en slik måte, er begrenset.⁹² Dette gjelder selvsagt for medlemsstater som ikke har tilsvarende prosessregler. Det kan imidlertid også være tilfellet selv om andre stater har en tilsvarende regel. Dette fordi øvrige forhold ved andre staters prosessregler kan veie opp og effektivisere prosessen, slik at gjennomføringen vurdert samlet, ikke er urimelig vanskelig.

Retten til effektive rettsmidler er et alminnelig EU-rettslig prinsipp, og er slått fast i art. 47 i EUs grunnrettighetspakt.⁹³ Art. 47 første avsnitt lyder:

«Enhver, hvis rettigheter og friheter som sikret af EU-retten er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne artikel.»

⁸⁹ Reich 2014 s. 95.

⁹⁰ Reich 2014 s. 92.

⁹¹ Se C-473/00 Cofidis, C-40/08 Asturcom, C-618/10 Banesto, C-415/11 Aziz.

⁹² Schebesta 2010 s. 877.

⁹³ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 191.

Den som har fått sine rettigheter krenket skal altså ha mulighet til effektivt å prøve dette gjennom rettsmidler. Bestemmelsen er ikke en del av EØS-avtalen, og det er vanskelig å forutse hvilken betydning bestemmelsen vil ha i EØS-retten.⁹⁴ EFTA-domstolen har likevel vist til bestemmelsen i sin praksis, og homogenitetsprinsippet tilsier at EØS-retten forstås på samme måte, selv om det ikke er opplagt at den samme anvendelsen må legges til grunn.⁹⁵ For forbrukeravtaledirektivet kommer prinsippet også til uttrykk i art. 7 (1).⁹⁶ Hvorvidt denne retten er ivaretatt beror på en samlet vurdering av rettsbeskyttelsen, både på nasjonalt og overnasjonalt nivå.⁹⁷ Denne retten har likhetstrekk med effektivitetsprinsippet, og det er grunn til å stille spørsmål ved om også dette prinsippet kan danne grunnlag for anvendelsesplikter for nasjonale domstoler. Dette vil særlig ha betydning for om EU-domstolens argumentasjon er begrenset til forbrukeravtaledirektivet, eller om den har en videre rekkevidde. Dersom det kan oppstilles plikter med grunnlag i retten til effektive rettsmidler, vil dette kunne gjøre muligheten for generalisering av pliktene større, sammenliknet med det som gjelder dersom det er særegne forhold ved forbrukeravtaledirektivet som er det avgjørende.

I *Sánchez Morcillo* ble det uttalt at retten til effektive rettsmidler etter art. 47 og effektivitetsprinsippet må ses i sammenheng ved vurderingen av om nasjonale prosessregler er i strid med beskyttelsen etter forbrukeravtaledirektivet.⁹⁸ Det er imidlertid uklart hva som nærmere ligger i dette, særlig om art. 47 stiller ytterligere krav til prosessen, sammenliknet med det som følger av effektivitetsprinsippet.⁹⁹

I generaladvokat Szpunars uttalelse i den senere avgjørelse *Finanmadrid*, ble det lagt til grunn at EU-domstolen hittil ikke har hatt mulighet til å klarlegge sammenhengen mellom ekvivalens- og effektivitetsprinsippet, og

⁹⁴ Eldjarn 2016 s. 224.

⁹⁵ E-15/10 Posten Norge mot EFTA avsnitt 86.

⁹⁶ Lilleholt 2016 s. 297 legger til grunn at direktivets artikkel 7 har dannet utgangspunktet for de prosessuelle pliktene EU-domstolen har fastslått på dette området.

⁹⁷ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 191.

⁹⁸ C-169/14 *Sánchez Morcillo* avsnitt 35 og 50.

⁹⁹ Sørensen 2016 s. 805 legger til grunn at art. 47 ikke spilte en selvstendig rolle i *Sánchez Morcillo*.

art. 47 i grunnrettighetspakten.¹⁰⁰ Generaladvokaten la til grunn at effektivitetsprinsippet var til hinder for den nasjonale spanske regel saken gjaldt, men at det samme ikke fulgte av art. 47.¹⁰¹ Begrunnelsen for dette var at forbrukeravtaledirektivet gav en høyere grad av domstolsbeskyttelse enn det som gjelder i andre sivile saker etter EU-retten.¹⁰²

Det kom ingen avklaring i den etterfølgende avgjørelse fra EU-domstolen i *Finanmadrid*. EU-domstolen fant at den nasjonale spanske domstol ikke hadde gitt tilstrekkelige opplysninger knyttet til hvorfor den hadde stilt spørsmål om grunnrettighetspakten, og EU-domstolen kunne da ikke gi et hensiktsmessig svar på spørsmålene.¹⁰³

Det er dermed fremdeles uklart hvilken betydning retten til effektive rettsmidler har ved siden av effektivitetsprinsippet i spørsmålet om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet.¹⁰⁴ Etter den rettspraksis som finnes i dag, er det få holdepunkter for at retten til effektive rettsmidler har en selvstendig betydning ved å verne forbrukeren i større omfang enn effektivitetsprinsippet.

Ved at effektivitetsprinsippet formuleres negativt, mens retten til effektive rettsmidler formuleres som en positiv plikt, kan prinsippene likevel få en ulik betydning i fremtiden. Det vil kunne være enklere å utvikle positive plikter til *ex officio* anvendelse etter en positiv forpliktelse slik som grunnrettighetspakten art. 47, sammenliknet med effektivitetsprinsippet som i utgangspunktet er en negativ forpliktelse om ikke å gjøre gjennomføringen av rettighetene urimelig vanskelig. I det videre vil det som følge av manglende holdepunkter for noe annet legges til grunn at retten til effektive rettsmidler ikke har selvstendig betydning utover det som følger av effektivitetsprinsippet.

¹⁰⁰ Generaladvokatens innstilling i C-49/14 *Finanmadrid* avsnitt 85.

¹⁰¹ Generaladvokatens innstilling i C-49/14 *Finanmadrid* avsnitt 89.

¹⁰² Generaladvokatens innstilling i C-49/14 *Finanmadrid* avsnitt 90.

¹⁰³ C-49/14 *Finanmadrid* avsnitt 57.

¹⁰⁴ van Duin 2017 s. 197–198.

Som nevnt kan EU-domstolen også tolke materielle bestemmelser på en slik måte at det oppstår prosessuelle krav til gjennomføringen.¹⁰⁵ Ved å anvende tolkningsprinsippet *effet utile* (fransk), viser EU-domstolens praksis at en slik tolkning kan være mulig, på tross av svake holdepunkter i ordlyden. *Effet utile* kan oversettes til bestemmelsens «tjenlige virkning».¹⁰⁶ Det kan ses både som en underkategori av dynamisk tolkning, eller som en uavhengig metode.¹⁰⁷ Å skille dette fra effektivitetsprinsippet er avgjørende. Plikter som utledes med direktivet som rettslig grunnlag, er bindende for medlemsstatene på samme måte som direktivet forøvrig. Ettersom forbrukeravtaledirektivet stiller krav om minimumsharmonisering, innebærer dette at eventuelle prosessuelle krav som utledes fra direktivet er minstevilkår også i norsk prosessrett. Dersom EU-domstolen oppstiller en plikt til *ex officio* anvendelse med grunnlag i en *effet utile*-tolkning av direktivet, må denne praktiseres av nasjonale domstoler med det innhold EU-domstolen har gitt den. Det er altså ikke rom for en mer helhetlig vurdering av prosessen, slik som ved anvendelse av effektivitetsprinsippet. Som følge av denne direkte overførbarheten, har avgjørelser som begrunnes på denne måten en særlig betydning ved klarlegging av hvilken plikt som gjelder for norske domstolers *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet.

Når det gjelder terminologien, er *effet utile* den etablerte betegnelsen. EU-domstolens terminologi er imidlertid ikke konsekvent. På fransk finnes eksempler på både «pleine effectivité», «la pleine application», «plein effet», eller «efficacité».¹⁰⁸ Tilsvarende ulikheter i terminologi finnes i de engelske og danske oversettelsene. Dette innebærer at vurderingen av hvorvidt tolkningsprinsippet *effet utile* anvendes, ikke kan avgjøres med grunnlag i enkeltord alene. Det avgjørende ved klarleggingen av det rettslige grunnlaget er en samlet vurdering av domstolens begrepsbruk, og den kontekst disse inngår i.

Avgjørelser som utformer krav positivt med grunnlag i direktivet er dermed av størst betydning for norsk rett, fordi disse forpliktelsene setter krav

¹⁰⁵ Fredriksen 2008 s. 294.

¹⁰⁶ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 236.

¹⁰⁷ Šadl 2015 s. 23.

¹⁰⁸ Se Šadl 2015 s. 24–25 med videre henvisninger til rettspraksis.

til nasjonal rett på samme måte som direktivet for øvrig. De er i liten grad påvirket av den foreleggende stats prosessrett. Ettersom ekvivalens- og effektivitetsprinsippene vurderes opp mot nasjonale prosessregler, vil virkningen av effektivitets- og ekvivalensprinsippet kunne være ulik i ulike medlemsstater. Særlig tydelig er dette for ekvivalensprinsippet som uttrykkelig tar utgangspunkt i en sammenlikning med nasjonale regler, men gjelder også i noen grad ved slutninger fra avgjørelser som anvender effektivitetsprinsippet.¹⁰⁹

2.3 EU-domstolens tilnærming til det rettslige grunnlaget for plikten til *ex officio* anvendelse

2.3.1 Innledning

I det videre vil EU-domstolens metode bli analysert med sikte på å avklare hvilket av de rettslige grunnlagene EU-domstolen anvender i sin praksis om nasjonale domstolers *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet. Eldjarn har lagt til grunn at de krav EU-domstolen har stilt, har sitt grunnlag i effektivitetsprinsippet.¹¹⁰ I nyere rettspraksis ser det også ut til at EU-domstolen forstår egen praksis på denne måten.¹¹¹

Som det vil bli vist under punkt 2.3.2, anvender EU-domstolen effektivitetsprinsippet i enkelte saker, men EU-domstolen anvender også andre rettslige grunnlag i sin praksis om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet. Dette legger som nevnt i utgangspunktet avgjørende føringer for hvilke slutninger som kan trekkes. Som følge av at sakene i stor grad gjelder liknende spørsmål og kunne vært løst ved anvendelse av flere rettslige grunnlag, vil det imidlertid også bli problematisert i punkt 2.3.3 om det likevel ikke er grunn til å oppstille et skille i hvilke slutninger som kan trekkes.

2.3.2 *Océano* og *Cofidis*

De to første avgjørelsene om *ex officio* anvendelse i tilknytning til forbrukeravtaledirektivet var *Océano* og *Cofidis*.¹¹² Disse sakene representerer dermed

¹⁰⁹ Fredriksen 2008 s. 294, Sejersted m.fl. 2011 s. 82.

¹¹⁰ Eldjarn 2016 s. 237, og definisjonen av effektivitetsprinsippet s. 227.

¹¹¹ C-497/13 Froukje Faber avsnitt 42.

¹¹² Forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano*, C-473/00 *Cofidis*.

også de første stegene i den rettsutviklingen som har vært i EU-domstolens praksis på dette området. Det mest sentrale i denne sammenheng er at de to sakene er typetilfeller på den metodiske tilnærming EU-domstolen har hatt til spørsmålet om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet. Sakene viser også EU-domstolens begrunnelse for anvendelseskravene. Sakenes innhold er likevel *de lege lata* av mindre interesse for å klarlegge yttergrensene for innholdet i nasjonale domstolers plikter, ettersom EU-domstolen i senere rettspraksis har skjerpet kravene ytterligere.

*Océano*¹¹³ gjaldt en vernetingsklausul som la jurisdiksjonen til selgers forretningssted i en kontrakt om kjøp av leksikon på avbetaling. Da betaling fra kjøperne uteble, reiste selger krav om betaling etter «juicio de cognición» (en summarisk prosessform for krav på mindre beløp) for den domstol som var tillagt jurisdiksjon i vernetingsklausulen. Den spanske domstol var imidlertid i tvil om den hadde mulighet til *ex officio* å ta stilling til eventuell ugyldighet av urimelige vilkår etter forbrukeravtaledirektivet. Det ble derfor stilt spørsmål til EU-domstolen om hvorvidt forbrukeravtaledirektivet dannet rettslig grunnlag for at den nasjonale domstol *ex officio* kunne ta stilling til om et vilkår i avtalen var urimelig ved spørsmålet om saken skulle fremmes til realitetsbehandling.

EU-domstolen la til grunn at direktivbeskyttelsen forutsetter at forbrukeren er i en svak stilling overfor den næringsdrivende.¹¹⁴ Denne asymmetrien er særlig knyttet til at forbrukeren inngår avtaler med både mindre kunnskap og forhandlingsstyrke, slik at forbrukeren har liten mulighet til å påvirke avtalevilkår.¹¹⁵ Når tvistegjenstanden i forbrukersaker ofte har mindre økonomisk verdi, kan dette føre til at forbrukeren ikke engasjerer advokat. EU-domstolen la derfor vekt på at formålet om å unngå at urimelige vilkår binder forbrukerne ikke ville nås dersom forbrukeren måtte gjøre urimelige vilkår gjeldende.¹¹⁶ Domstolen slo fast at det eneste virkemiddelet

¹¹³ Forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano*.

¹¹⁴ Forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano* avsnitt 25.

¹¹⁵ Som generaladvokat Trstenjak skrev i innstillingen i C-484/08 *Caja* avsnitt 39 er partsautonomien i slike tilfeller i praksis ikke sikret.

¹¹⁶ Forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano* avsnitt 26.

som kunne sikre en «effektiv beskyttelse» (dansk)/«effective protection» (engelsk)/«protection effective» (fransk) var *ex officio* anvendelse av direktivets rettigheter av den nasjonale domstol.¹¹⁷ EU-domstolens argumentasjon, understreket ved uttrykket «effektiv beskyttelse», viser at det var direktivet, tolket formålstjenlig etter prinsippet om *effet utile*, som var det rettslige grunnlaget for anvendelsesadgangen.

Effektivitetsprinsippet ble ikke nevnt i premissene, noe som i utgangspunktet taler klart i retning av at dette ikke var grunnlaget for adgangen til *ex officio* anvendelse som ble oppstilt. Det kan imidlertid være en forskjell mellom det som kommer til uttrykk i premissene, og det som reelt er avgjørende i EU-domstolens argumentasjon. Dette kan eksempelvis skyldes at EU-domstolen tar stilling til politiske stridsspørsmål, samtidig som argumentasjonen skal fremstå juridisk korrekt i en rekke ulike rettskulturer, og at dissenser ikke offentliggjøres.¹¹⁸ Det er derfor grunn til å påpeke at resultatet i *Océano* også kunne vært begrunnet gjennom en anvendelse av effektivitetsprinsippet. Resultatet kunne vært begrunnet slik at de asymmetriske partsforholdene i saker som gjelder forbrukeravtaledirektivet ville gjøre det urimelig vanskelig å gjennomføre direktivrettighetene, dersom den nasjonale domstol ikke hadde kompetanse til å anvende direktivet *ex officio*.

En innvending til muligheten for å forankre anvendelsesplikten i effektivitetsprinsippet på denne måten, er at effektivitetsprinsippet gjelder generelt i EU-retten, mens EU-domstolens åpning for *ex officio* anvendelse kun knytter seg til forbrukerrettigheter. Dette kan i utgangspunktet tilsi at det likevel ikke er mulig å anvende prinsippet for å stille opp særegne krav til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet. De særegne partsforholdene med en svak forbruker kan likevel åpne for at effektivitetsprinsippet stiller et strengere krav til *ex officio* anvendelse for forbrukerretten, sammenliknet med det som gjelder ellers i EU-retten. Uten en slik kompetanse for domstolen til å anvende direktivet av eget tiltak vil altså gjennomføringen av forbrukerens

¹¹⁷ Forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano* avsnitt 26.

¹¹⁸ Bull 2002 s. 72.

rettigheter kunne bli urimelig vanskelig, selv om dette ikke vil være tilfellet for liknende regler som retter seg mot andre typer parter.

Selv om EU-domstolen altså hadde en slik mulighet, formulerte ikke EU-domstolen premissene på denne måten, og det må derfor konkluderes med at den kompetanse til *ex officio* anvendelse som ble lagt til grunn i *Océano* hadde sitt grunnlag i en tolkning av direktivet.

*Cofidis*¹¹⁹ gjaldt en avtale om forbrukslån mellom en forbruker og en næringsdrivende som kunne være urimelig som følge av villedende informasjon til forbrukeren. I nasjonal fransk rett gjaldt imidlertid en fristregel på to år for å påberope seg det urimelige vilkåret i kredittavtalen, og dette hindret den nasjonale domstol i å anvende forbrukeravtaledirektivet *ex officio*. Den nasjonale domstolen stilte så spørsmål til EU-domstolen om det måtte ses bort fra den nasjonale franske fristregelen i lys av beskyttelsen etter forbrukeravtaledirektivet.

EU-domstolen viste til *Océano* når det gjaldt kravet etter direktivet om rettens adgang til *ex officio* å ta stilling til urimeligheten av et vilkår og begrunnelsen for dette.¹²⁰ En slik adgang ble ansett å være et velegnet middel til både å nå formålet om å unngå at forbrukeren blir bundet av et urimelig vilkår, jf. direktivets art. 6, og å virke preventivt på anvendelsen av urimelige kontraktsvilkår i andre saker, jf. art. 7.¹²¹

Domstolen gjennomførte dermed tolkningen av direktivet, altså det første steget i anvendelsen av effektivitetsprinsippet, ved å vise til *Océano*. Domstolen drøftet deretter det andre steget, ved å vurdere fristregelen i fransk rett opp mot direktivets innhold.¹²² Det ble her vist til at en slik fristregel ville gripe inn i effektiviteten av artikkel 6 og 7 i så stor grad at det ville gjøre gjennomføringen av direktivbestemmelsene uforholdsmessig vanskelig.

¹¹⁹ C-473/00 *Cofidis*.

¹²⁰ C-473/00 *Cofidis* avsnitt 33–34.

¹²¹ C-473/00 *Cofidis* avsnitt 32, med videre henvisning til forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano* avsnitt 28.

¹²² C-473/00 *Cofidis* avsnitt 35 flg.

Domstolen benyttet her effektivitetsprinsippet når det ble stilt krav til nasjonale prosessregler.¹²³

EU-domstolens argumentasjon knyttet til *ex officio* anvendelse i *Océano* og *Cofidis* bygger dermed på ulike rettslige grunnlag. *Océano* bygger på en tolkning av direktivet ved bruk av tolkningsprinsippet *effet utile*, og *Cofidis* bygger på effektivitetsprinsippet. Som nevnt over, legger dette i utgangspunktet avgjørende føringer for hvilke slutninger som kan trekkes fra avgjørelsene med hensyn til innholdet i kravet om *ex officio* anvendelse i norsk prosessrett.

2.3.3 Betydningen av alternative begrunnelser

Mange av resultatene knyttet til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet kunne imidlertid vært begrunnet både i en tolkning av direktivet og i effektivitetsprinsippet, slik som nevnt ovenfor ved omtalen av *Océano*.

*Mostaza Claro*¹²⁴ illustrerer også den nære sammenhengen som finnes mellom de ulike rettslige grunnlagene EU-domstolen benytter, og at det kan være mulig å anvende flere ulike rettslige grunnlag for å komme til samme resultat. Saken gjaldt en avtale om mobiltelefonabonnement som inneholdt en voldgiftsklausul. Da forbrukeren ikke overholdt minimumsperioden, innledet mobiltelefonselskapet voldgiftssak. Hun bestred realiteten i kravet, men påberopte seg ikke at voldgiftsavtalen var ugyldig. Forbrukeren tapte saken, og brakte avgjørelsen inn for de alminnelige domstoler og anførte at voldgiftsavgjørelsen var ugyldig som følge av den urimelige voldgiftsklausulen. Etter den nasjonale spanske regel måtte imidlertid innsigelser mot voldgiftsrettens saklige kompetanse fremsettes under de innledende bemerkningene til voldgiftsretten.

¹²³ Detaljer i formuleringene knyttet til effektivitetsprinsippet er litt ulike, i dansk utgave av *Cofidis* avsnitt 33 brukes «uforholdsmæssigt vanskelig», i dansk utgave av *Francovich* avsnitt 43 «urimeligt vanskelig», i begge de engelske utgavene av avgjørelsene brukes «excessively difficult». Ulikheten innebærer ingen realitetsforskjell.

¹²⁴ C-168/05 *Mostaza Claro*.

Det avgjørende for EU-domstolen ser ut til å ha vært at det i spansk lovgivning gjaldt en regel om at voldgiftsavgjørelser kunne oppheves i tilfeller hvor de var i strid med ufravikelige rettsgrunnsetninger, altså ekvivalensprinsippet.¹²⁵ Selv om EU-domstolen ikke la avgjørende vekt på dette, viser gjennomgangen i premissene, hvor det redegjøres for både den positive og negative forpliktelsen som var oppstilt i *Océano* og *Cofidis*, at resultatet sannsynligvis ville blitt det samme med kravene som følger av direktivet og effektivitetsprinsippet.¹²⁶ Resultatet i *Mostaza Claro* kunne altså i likhet med flere andre avgjørelser vært begrunnet i flere ulike rettsgrunnlag. Dette gjør det nødvendig å stille spørsmål ved om skillene i EU-domstolens argumentasjon skyldes vilkårlighet eller andre forhold som gjør at det likevel ikke er grunn til å legge vekt på ulikheter i det rettslige grunnlaget når det trekkes slutninger om hvilke krav som stilles til norsk prosessrett.

Det er grunn til å peke på at EU-domstolens praksis på dette området ikke fremstår helt konsekvent. Dersom EU-domstolen mente at kompetansen til *ex officio* anvendelse fulgte av direktivet, slik den tilsynelatende gjorde i *Océano*, ville kravene være minstekrav til statenes prosessrett. Det ville da ikke være noe handlingsrom for statene til å innskrenke denne med nasjonale fristregler. Da EU-domstolen likevel anvendte effektivitetsprinsippet i *Cofidis*, forutsatte dette at statene i utgangspunktet hadde prosessuell autonomi på dette området, og at prosessen kun måtte oppfylle minstevilkåret om at prosessreglene ikke gjorde gjennomføringen av direktivet ble urimelig vanskelig. Rettsanvendelsen i *Océano* tilsa altså at *Cofidis* skulle vært løst som et spørsmål om den nasjonale fristregelen var forenlig med direktivet, ikke om den gjorde gjennomføringen av direktivet urimelig vanskelig. En nærliggende forklaring på at EU-domstolen likevel valgte å anvende effektivitetsprinsippet, er at tolkningen i *Océano* hadde få holdepunkter i ordlyden. Det kan dermed ha fremstått for radikalt overfor medlemsstatene å slå fast at plikten fulgte direkte av direktivet, og være bindende fullt ut på linje med direktivet ellers. EU-domstolen kan da ha sett det slik at å prøve fristregelen opp mot

¹²⁵ C-168/05 *Mostaza Claro* avsnitt 35.

¹²⁶ C-168/05 *Mostaza Claro* avsnitt 24–31 og 38–39.

effektivitetsprinsippet var en pragmatisk mellomløsning som hindret den franske fristregel, men uten å slå fast at dette fulgte direkte av ordlyden i forbrukeravtaledirektivet.

Videre kan EU-domstolens premisser i disse sakene ikke leses isolert. Ved tolkningen av avgjørelsene har spørsmålsstillingen fra den nasjonale domstolen stor betydning, ettersom denne trekker opp rammene for EU-domstolens avgjørelse.¹²⁷ Spørsmålsstillingen vil dermed kunne bidra til forståelsen av forhåndsavgjørelsen ved å sette den i en konkret sammenheng, og gi veiledning i hva EU-domstolen hadde oppfordring til å svare på.¹²⁸ Viktigere i denne sammenheng er likevel at spørsmålet kan påvirke EU-domstolens argumentasjon, herunder hvilket rettslig grunnlag som anvendes. Det vil for eksempel kunne være mer nærliggende å avgjøre spørsmålet basert på en tolkning av direktivet dersom innholdet i forbrukeravtaledirektivet er uklart, og den nasjonale bestemmelse fremstår åpen for tolkning i samsvar med det som måtte følge av direktivregelen. Dette var tilfellet i *Océano*. På den annen side vil det kunne være mer nærliggende å ta utgangspunkt i effektivitetsprinsippet dersom tolkningen av den nasjonale prosessregelen er klar, og denne kan virke negativt inn på gjennomføringen av regelen som følger av forbrukeravtaledirektivet. Dette gjelder særlig dersom også spørsmålsstillingen setter den nasjonale regel opp mot EU-regelen, og slik i noen grad forutsetter motstrid. Dette var tilfellet i *Cofidis* hvor det ble stilt spørsmål om den nasjonale domstol måtte «se bort fra» den nasjonale fristregelen som følge av reglene i forbrukeravtaledirektivet.¹²⁹

EU-domstolen har imidlertid mulighet til å endre spørsmålet fra den nasjonale domstolen, dersom den anser dette nødvendig for å gi et meningsfullt svar.¹³⁰ Dette reduserer noe av spørsmålsstillingens føring på rettsanvendelsen og EU-domstolens argumentasjon.

¹²⁷ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 193.

¹²⁸ Dette understrekes også av generaladvokat Trstenjak i innstillingen i C-618/10 *Banesto* avsnitt 34.

¹²⁹ C-473/00 *Cofidis* avsnitt 15.

¹³⁰ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 193, Sejersted m.fl. 2011 s. 139.

Det at prosessrett er et rettsområde hvor statene har stor frihet og det finnes betydelige ulikheter mellom ulike staters regelsett, gjør at EU-domstolens oppmerksomhet i saken er særlig rettet mot den foreleggende stats prosessrett ved utformingen av premissene. Uavhengig av hvilket rettslig grunnlag som benyttes, vil avgjørelsen kunne gi god veiledning for hvordan den foreleggende stats prosessrett må forstås. Dette kan i utgangspunktet tenkes å føre til at det ikke blir lagt tilstrekkelig vekt på hvilken betydning premissene skal tillegges i andre medlemsstater.

Vekten av en slik innvending svekkes imidlertid i betydelig grad av at hovedoppgaven til EU-domstolen er å avklare og utvikle EU-rettenns innhold, og formålet med foreleggelsesprosedyren etter TEUV art. 267 er å bidra til en ensartet tolkning av EU-retten.¹³¹ Oppnåelse av målet om ensartethet, forutsetter at EU-domstolen overveier konsekvensene for andre staters rett ved avgjørelsen av hvilket rettslig grunnlag plikten til *ex officio* anvendelse skal bygge på. Det å oppstille anvendelsesplikter gjennom tolkning av direktivet, vil det være det mest effektive for å sette generelle krav til samtlige medlemsstaters prosessrett, og det må forventes at EU-domstolen utnytter dette. Det må dermed konkluderes med at det er grunn til å legge vekt på ulikheter i EU-domstolens metode når pliktene til *ex officio* anvendelse oppstilles. Ved overføring av EU-domstolens avgjørelser til norsk prosessrett, må det dermed trekkes et skille mellom tolkning av direktivet basert på *effet utile*, og anvendelse av ekvivalens- og effektivitetsprinsippet.

I EU-domstolspraksis knyttet til forbrukeravtaledirektivet er det særlig tre avgjørelser som skiller seg ut. I *Océano*, *Pannon* og *Pénzügyi* bygger domstolen sine avgjørelser på tolkninger av direktivet basert på *effet utile*.¹³² Dette er samtidig avgjørelser som fremstår som særlig dynamiske, og som i betydelig grad har utviklet nasjonale domstolers kompetanse til å anvende forbrukeravtaledirektivet av eget tiltak. Det er derfor *Océano*, *Pannon* og *Pénzügyi* som særlig vil bli anvendt i det videre. På enkelte punkter vil også avgjørelser som bygger på effektivitetsprinsippet bli trukket inn. Dersom en

¹³¹ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 124 og 192.

¹³² Forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano*, C-243/08 *Pannon*, C-137/08 *Pénzügyi*.

avgjørelse bygger på effektivitetsprinsippet vil dette bli presisert, og avgjørelsen må da leses med de metodiske forbehold som er presentert ovenfor.

3 Innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse

3.1 Problemstillingen

I det følgende vil det bli trukket slutninger fra EU-domstolens praksis for å klarlegge hvilke krav til aktivitet som gjelder for nasjonale domstoler. Forutsetningen er altså at partene har bragt saken inn for nasjonale rettsinstanser.¹³³ Problemstillingen i avhandlingen retter seg mot oppfyllelse av plikten i norsk prosessrett, og det er derfor grunn til allerede her å sette innholdet i pliktene i en norsk sivilprosessuell kontekst. De sentrale trekkene ved innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse vil derfor bli holdt opp mot vilkår som avgjør tvistens materielle innhold i norsk rett. Dette vil vise hvilke prosessrettslige skranker innholdet i anvendelsesplikten går på tvers av, og dermed hvilken kompetanse dommeren i norsk prosessrett må ha, som følge av plikten til *ex officio* anvendelse. Dette gjelder krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis. I tillegg må det undersøkes på hvilket tidspunkt pliktene inntreer.

Det er uklart når kravet om *adgang* til *ex officio* anvendelse, som ble etablert i *Océano*, ble utviklet til å innebære en *plikt*. Generaladvokaten i *Martín Martín* legger til grunn at plikten oppstod med *Mostaza Claro*.¹³⁴ Sikker er likevel at plikten først ble utvetydig fastslått i *Pannon*, som også inneholder viktige bidrag til avklaring av innholdet i anvendelsesplikten.¹³⁵

*Pannon*¹³⁶ gjaldt en avtale basert på en standardkontrakt om telefonabonnement mellom et ungarsk teleselskap og en forbruker. Kontrakten inneholdt en vernetingsklausul som tilla den stedlige kompetansen til domstolen hvor teleselskapet hadde sitt forretningssted. Da forbrukeren ikke oppfylte sine forpliktelser, ble det anlagt inkassosak og utstedt et betalingspåbud av den retten som hadde den stedlige kompetanse etter vernetingsklausulen. Denne domstolen lå 275 kilometer fra forbrukerens bosted, og muligheten for

¹³³ C-32/14 ERSTE Bank avsnitt 63.

¹³⁴ Generaladvokatens innstilling i C-227/08 *Martín Martín* avsnitt 89, med utdypning i fotnote 117.

¹³⁵ Se om utviklingen C-168/15 *Pohotovost 2* avsnitt 28–30. Se også *Trstenjak* 2013, særlig s. 461–472 og *Micklitz og Reich* 2014.

¹³⁶ C-243/08 *Pannon*.

å benytte offentlig transport for å reise til domstolen var begrenset. Forbrukeren bestred så realiteten i saken, men ikke domstolens stedlige kompetanse. Den nasjonale rettergangsordningen påla i utgangspunktet domstolen å prøve sin stedlige kompetanse *ex officio*. Ettersom kompetansen ikke var eksklusiv, var det imidlertid ikke adgang til å reise dette spørsmålet etter at saksøkte hadde bestridt realiteten i saken.

Den ungarske domstolen stilte så spørsmål om den *ex officio* skulle prøve om kontrakten inneholdt urimelige vilkår.¹³⁷ EU-domstolen svarte bekreftende, og begrunnet dette i at den nasjonale domstolen skulle sikre den «effektive virkning» (dansk)/«effectiveness» (engelsk)/«l'effet utile»(fransk).¹³⁸ Som det fremgår særlig tydelig av den franske oversettelsen, ble plikten altså forankret i direktivet etter en tolkning basert på tolkningsprinsippet *effet utile*. Overførbarheten av EU-domstolens premisser til norsk rett er dermed betydelig.

Om innholdet i kravet til *ex officio* anvendelse uttalte EU-domstolen at dette var en plikt:

«(...) til *ex officio* at prøve dette spørsmål, så snart den råder over de opplysninger vedrørende de rettlige eller faktiske omstendigheter, som denne prøvelse krever (...)»¹³⁹

Det sentrale er altså at retten skal anvende de rettslige og faktiske forhold som retten har tilgjengelig. Når det gjelder de rettslige omstendigheter, innebærer dette et krav om at retten anvender reglene i forbrukeravtaledirektivet, gjennomført i norsk rett gjennom avtl. § 37, jf. § 36, av eget tiltak. Det følger av tvl. § 11-3 at domstolen har ansvaret for rettsanvendelsen, uavhengig av partenes argumentasjon. EU-domstolens krav på dette punktet innebærer dermed ikke ytterligere prosessuelle plikter for norske domstoler, sammenliknet med

¹³⁷ C-243/08 Pannon avsnitt 19.

¹³⁸ C-243/08 Pannon avsnitt 32.

¹³⁹ C-243/08 Pannon avsnitt 32. Tilsvarende formulering er senere lagt til grunn av EFTA-domstolen i E-25/13 Gunnar V. Engilbertsson mot Íslandsbanki hf. avsnitt 162.

det som gjelder andre regler.¹⁴⁰ Rettsanvendelsen etter tvl. § 11-3 skal imidlertid skje innenfor de rammer som følger av tvl. § 11-2, jf. § 11-3 første punktum. Spørsmålet i det videre er dermed hvilke krav plikten til å anvende tilgjengelige faktiske omstendigheter stiller til norsk prosessrett.

3.2 Krav og påstand

I norsk sivilprosess er kravet det rettsforholdet saken gjelder, og dette setter yttergrensene for rettens kompetanse.¹⁴¹ Hvilket eller hvilke krav saken gjelder, beror på en tolkning av partenes påstander og de påberopte påstandsgrunnlag, og avgjøres ved en totalbedømmelse basert på ganske vage og skjønnsmessige kriterier.¹⁴² Det følger av dette at vurderingen ikke vil være lik i alle medlemsstater. Formålet med en plikt til *ex officio* anvendelse ville kunne bli svekket dersom plikten blir begrenset av slike vilkår av utpreget nasjonal karakter. Det er derfor heller ikke holdepunkter i direktivet eller EU-domstolspraksis for at anvendelsespliktene er begrenset til det som anses å være ett krav i norsk sivilprosess. Som sitatet fra *Pannon* ovenfor viser, knyttes begrensningene i anvendelsesplikten heller til andre uttrykk. Prinsipielt er det derfor ikke utelukket at domstolen også må trekke inn andre krav når forbrukeravtaledirektivet skal anvendes *ex officio*.

Tvistemålsutvalget la til grunn at det viktigste momentet i vurderingen av hva som er samme krav, er om rettsfølgene er kvalitativt ulike.¹⁴³ Som det fremgår av direktivets art. 6 (1), skal medlemsstatene fastsette lovgivning som gir den rettsvirkningen at urimelige vilkår «ikke binder forbrukeren». Det er dermed et tungt moment i retning av at direktivet oppstiller en plikt til å gå utenfor de krav partene har trukket inn i saken, dersom det at vilkåret ikke skal binde forbrukeren fører til kvalitativt nye rettsvirkninger sammenliknet med det partene har anført.

¹⁴⁰ Den materielle adgangen til å endre et urimelig vilkår som §§ 37 og 36 ellers åpner for, gjelder imidlertid ikke innenfor forbrukeravtaledirektivets virkeområde, jf. C-618/10 Bannesto avsnitt 73 og C-26/13 Kásler. Se om dette Arnesen 2016, særlig s. 54 flg. og Steennot 2015 s. 598–603.

¹⁴¹ Backer 2015 s. 251.

¹⁴² NOU 2001: 32 B s. 703, Skoghøy 2017 s. 950.

¹⁴³ NOU 2001: 32 A s. 382, Backer 2015 s. 341, Skoghøy 2017 s. 1081.

Den typiske situasjonen i praksis fra EU-domstolen hvor plikten kommer til anvendelse, er at den næringsdrivende går til søksmål mot forbrukeren med krav om betaling som forutsetter at forbrukeren er bundet av en potensielt urimelig avtaleklausul. Når direktivet krever at en urimelig avtaleklausul «ikke binder forbrukeren», innebærer dette at domstolen avviser saken, eller at den næringsdrivende ikke får medhold av domstolen i realiteten. Forbrukeren blir dermed frifunnet, noe som ikke innebærer en kvalitativt ny rettsvirkning sammenliknet med det partene har anført, og dermed heller ikke at dommeren går utenfor de krav partene har trukket inn i saken.

Selv om problemstillingen sjelden har oppstått i avgjørelsene fra EU-domstolen, er det også interessant å nevne tilfellet der forbrukeren går til søksmål mot den næringsdrivende. Det kan slutes fra *Rampion*, hvor forbrukeren saksøkte den næringsdrivende i en sak som gjaldt forbrukerkredittdirektivet, at domstolens anvendelsesplikt gjelder tilsvarende i slike tilfeller.¹⁴⁴ Det kan eksempelvis tenkes et søksmål for å få negativ fastsettelsesdom for at vedkommende ikke har en betalingsplikt etter en avtale fordi betalingsplikten forutsetter binding etter en urimelig avtaleklausul. Også i slike tilfeller er det mindre nærliggende at domstolens anvendelse av direktivet innebærer at nye krav trekkes inn. Dette fordi partene, her forbrukeren, gjennom sine prosesshandlinger også i slike tilfeller selv har trukket inn det rettsforholdet reglene i forbrukeravtaledirektivet aktualiserer. Det er dermed lite praktisk at plikten til *ex officio* anvendelse innebærer at dommeren må trekke inn det som prosessuelt anses å være nye krav i saken. Dette er en følge av forbrukeravtaledirektivets materielle innhold.

At retten trekker inn nye krav, er mer praktisk i tilfeller hvor forbrukerbeskyttelsen gir forbrukeren nye materielle rettigheter som partene ikke nødvendigvis anfører for domstolen. EU-domstolens praksis om *ex officio* anvendelse i tilknytning til andre forbrukerbeskyttelsesdirektiv viser dette. Denne praksisen viser også at EU-domstolen ikke har sett det som en relevant

¹⁴⁴ Direktiv 87/102/EØF, nå erstattet av direktiv 2008/48/EF. Ebers 2010 s. 832.

begrensning at retten gjennom sin *ex officio* anvendelse gir dom for noe kvalitativt annet enn det partene har krevd dom for.

*Hueros/Autociba*¹⁴⁵ er et eksempel på dette, og er egnet til å belyse hvordan EU-domstolen forholder seg til kravets grense. Spørsmålet for EU-domstolen i saken gjaldt tolkningen av direktiv 1999/44/EF (forbrukerkjøpsdirektivet), og sakens realitet gjaldt et omleveringskrav fra en forbruker som følge av en mangel ved en bil. Den nasjonale domstolen fant at forbrukeren ikke hadde rett på omlevering, men at vedkommende i utgangspunktet hadde krav på prisavslag. Etter nasjonal spansk rett måtte imidlertid parten fremme et prisavslagskrav samtidig som omleveringskravet. Avgjørelsens rettskraft ville også omfatte et eventuelt prisavslagskrav, slik at forbrukeren ville være avskåret fra å fremme dette for domstolen i et senere søksmål. EU-domstolen kom til at en slik regel som hindret både forbrukeren fra å endre sin påstand under saken, og å anlegge ny sak om direktivrettigheten, var i strid med effektivitetsprinsippet. Forbrukere uten særlig kunnskap om tvisteløsningen ville ellers kunne bli satt i en vanskelig situasjon. Det er en risiko for at forbrukeren på dette tidspunktet ikke er kjent med sine rettigheter, og vedkommende kan også frykte at argumentasjonen knyttet til den prinsipale påstanden om heving vil bli svekket ved å fremsette en subsidiær påstand om prisavslag.¹⁴⁶

Ettersom avgjørelsen bygget på effektivitetsprinsippet, er avgjørelsens overføringsverdi til norsk prosess noe usikker. Den negative materielle rettskraften i norsk rett omfatter kravet, jf. tvl. § 19-15 (3). Ettersom omlevering gir krav på realytelse, og et prisavslagskrav er et pengekrav, ville dette trolig måtte anses som prosessuelt ulike krav i norsk rett. Forbrukeren ville dermed ikke være avskåret fra å reise nytt søksmål om prisavslag etter norsk prosessrett. Det er derfor mulig at gjennomføringen av direktivet ikke ville vært urimelig vanskelig, selv om en norsk dommer ikke hadde en tilsvarende plikt til å trekke inn et krav om prisavslag. Det sentrale for EU-domstolen var

¹⁴⁵ C-32/12 *Hueros/Autociba*. Om avgjørelsen, se Jansen 2014.

¹⁴⁶ Jansen 2014 s. 985.

imidlertid å unngå at det var opp til forbrukeren selv å foreta den rettslige vurderingen av mangelen.¹⁴⁷ Forbrukeren må også i norsk rett vurdere de rettslige virkningene av mangelen, ved at vedkommende må nedlegge en påstand om prisavslag for å trekke inn et krav som kan gi en slik dom. For å hindre dette, vil det også i norsk rett være nødvendig for retten å kunne gå utenfor de krav partene har fremmet for domstolen og avgjøre disse.

Etter tvl. § 11-2 må rettens avgjørelse også ligge innenfor partenes påstander. Påstanden er det parten krever dom for, jf. tvl. § 9-2 (2) bokstav c. Dette innebærer at retten ikke kan gi dom for noe kvalitativt annet enn partenes påstander. Påstanden setter også kvantitative begrensninger.¹⁴⁸ Det følger av EU-domstolens argumentasjon i *Hueros/Autociba*, at heller ikke den påstanden forbrukeren har nedlagt kan sette begrensninger i domstolens *ex officio* anvendelse av forbrukerens rettigheter etter direktivet.

Selv om plikten til *ex officio* anvendelse i praksis som hovedregel ikke krever at den nasjonale domstol går utenfor de krav partene har trukket inn i saken, er dette dermed ikke prinsipielt utelukket. Det kan også være praktisk, særlig i tilfeller hvor *ex officio* plikter er knyttet til andre forbrukerbeskyttelsesdirektiv enn forbrukeravtaledirektivet, som oppstiller rettigheter med et annet kvalitativt innhold enn forbrukeren har anført.

3.3 Påstandsgrunnlag

Etter tvl. § 11-2 må rettens avgjørelse bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt. Påstandsgrunnlaget er de faktiske forhold parten bygger sin påstand på, jf. tvl. § 11-2 (1) siste punktum. Tvistemålsutvalget la til grunn at dette er det grunnlag en part påberoper som «bærer den påstand han har nedlagt».¹⁴⁹ Dette innebærer at påstandsgrunnlaget omfatter alle de faktiske omstendigheter som må foreligge for at parten skal gis medhold i sin påstand.¹⁵⁰ I denne

¹⁴⁷ C-32/12 *Hueros/Autociba* avsnitt 40.

¹⁴⁸ NOU 2001: 32 B s. 703.

¹⁴⁹ NOU 2001: 32 B s. 704, se også Rt. 2010 s. 1442 avsnitt 21.

¹⁵⁰ Øyen 2014 s. 204.

sammenheng innebærer dette de faktiske omstendigheter som oppfyller vilkårene i forbrukeravtaledirektivet, eller eventuelt de andre forbrukerbeskyttelsesdirektivene.

EU-domstolen la til grunn i *Pannon*, at et krav om at forbrukeren må påberope at en vernetingsklausul er urimelig, ville sette effektiviteten til direktivet i fare, fordi forbrukeren kan være uvitende om sine rettigheter.¹⁵¹ Når forbrukeren ikke er oppmerksom på sine rettigheter, kan det heller ikke forventes at vedkommende påberoper seg de rettslig relevante faktiske omstendighetene som skal til for at direktivets regler kommer til anvendelse. Ugyldigheten skal derfor inntre uten at det stilles særlige krav til at forbrukeren påberoper faktiske omstendigheter under prosessen.¹⁵²

Den viktigste delen av påstandsgrunnlaget ved anvendelsen av forbrukeravtaledirektivet vil være det potensielt urimelige avtalevilkåret. Som EU-domstolen presiserte i *Banif*, må imidlertid den nasjonale domstolen ved vurderingen av om det foreligger et urimelig vilkår gjøre en samlet vurdering, og også ta hensyn til andre vilkår i kontrakten.¹⁵³ Dette viser at domstolens plikt med hensyn til påstandsgrunnlaget er vidtgående, og er ikke begrenset til det potensielt urimelige avtalevilkåret.

I tilfeller hvor de faktiske omstendighetene først og fremst er egnet til å vise at den næringsdrivendes påstandsgrunnlag ikke kan føre frem, er det lite naturlig å si at dette er et nytt eller supplerende påstandsgrunnlag for forbrukeren.¹⁵⁴ EU-domstolens argumentasjon om anvendelsesplikten omfatter også slike tilfeller. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom forbrukeren enda ikke har gitt oppgjør, og den næringsdrivende saksøker forbrukeren med krav om betaling.¹⁵⁵ Dersom kontraktsgjenstanden har en mangel som gjør at forbrukeren eksempelvis kan kreve prisavslag eller heving, vil dette kunne hindre den næringsdrivendes søksmål i å føre frem.

¹⁵¹ C-243/08 *Pannon* avsnitt 24.

¹⁵² Generaladvokaten skrev i innstillingen til C-137/08 *Pénzügyi* avsnitt 105, med henvisning til *Pannon* avsnitt 24, at rettsvirkningen skal inntre «*ipso jure*».

¹⁵³ C-472/11 *Banif* avsnitt 41.

¹⁵⁴ Øyen 2014 s. 208.

¹⁵⁵ Jansen 2014 s. 988.

EU-domstolen tok imidlertid et sentralt forbehold i *Pannon* når det ble lagt til grunn at:

«Ved utførelsen af denne forpligtelse skal den nationale ret dog ikke i medfør af direktivet unnlade at anvende det pågældende vilkår, hvis forbrugeren, efter at han er blevet belært af retten, ikke har til hensigt at gøre gældende, at vilkåret er urimeligt og ikke-bindende.»¹⁵⁶

Direktivet medfører altså ikke en forpliktelse for nasjonale domstoler til å unnlate å anvende et mulig urimelig vilkår dersom forbrukeren, etter å ha blitt informert av retten, ikke ønsker å gjøre urimeligheten og dermed ugyldigheten gjeldende.¹⁵⁷ Selv om et vilkår er urimelig, kan forbrukeren likevel ha en interesse i at dette opprettholdes. Et eksempel hvor dette kan være praktisk er der urimeligheten er knyttet til en vernetingsklausul.¹⁵⁸ Det kan da være i forbrukerens interesse å unnlate å påberope seg urimeligheten, ettersom alternativet vil være at saken henvises til kompetent domstol. Dette kan etter omstendighetene være lite ønskelig fra forbrukerens side. Forbrukeren har også adgang til å unnlate å påberope seg andre typer vilkår. Slik unnlattelse er mindre praktisk, men kan eksempelvis være ønskelig som følge av at kontrakten for øvrig anses å være gunstig, og ikke vil kunne opprettholdes dersom vilkåret faller bort. Dersom domstolen også i slike tilfeller måtte anvende direktivets regler, ville det innebære at forbrukeren ble stilt svakere som følge av at den næringsdrivende inkluderte et urimelig vilkår i avtalen.

Selv om forbrukeren har en rett til å kreve et urimelig avtalevilkår anvendt, ligger det ikke i EU-domstolens formulering at domstolen har en absolutt plikt til å informere forbrukeren om den mulige urimeligheten før direktivets regel anvendes. I enkelte tilfeller, særlig der forbrukeren ikke møter, vil det fremstå unødvendig og uforholdsmessig å kreve at retten informerer forbrukeren. Igjen er urimelige vernetingsklausuler et nærliggende eksempel. En plikt til informasjon og rett til kontradiksjon vil likevel kunne følge av

¹⁵⁶ C-243/08 *Pannon* avsnitt 33.

¹⁵⁷ Se også C-227/08 *Martin Martín* avsnitt 35, og generaladvokat Trstenjaks innstilling i C-137/08 *Pénzügyi* avsnitt 106.

¹⁵⁸ Ancery og Wissink 2010 s. 313.

nasjonale prosessregler, for norsk rett særlig tvl. § 11-1 som vil bli nærmere omtalt nedenfor. Prinsippet om en rettferdig rettergang kan også stille krav om informasjon overfor partene.¹⁵⁹

Utgangspunktet er dermed at direktivets regler skal anvendes uavhengig av forbrukerens opptreden, og retten er ikke bundet ved rettsanvendelsen av de påstandsgrunnlag forbrukeren har påberopt. Dersom forbrukeren unnlater å påberope relevante påstandsgrunnlag, skal retten altså sørge for at vedkommende får gjennomført sine rettigheter etter direktivet. Ved å ta et uttrykkelig og informert standpunkt om at vedkommende ikke ønsker å påberope seg et potensielt urimelig avtalevilkår som påstandsgrunnlag for rettigheter etter forbrukeravtaledirektivet, kan forbrukeren likevel binde retten. Denne adgangen kan beskrives som en rett til «informert avkall» på beskyttelsen etter forbrukeravtaledirektivet.¹⁶⁰

3.4 Bevisføring

Det siterte i *Pannon*¹⁶¹ om at domstolen må anvende de tilgjengelige faktiske elementene har selvsagt også virkninger for rettens plikt til bevisføring. Det nærmere innholdet i kravet til bevisføringen, er imidlertid ikke opplagt. For det første er det uklart hva som skal til for at domstolen «råder over» et faktisk element. For det andre er det nødvendig å undersøke om det er grunn til å utvide plikten til bevisføring for enkelte typer vilkår i forbrukerbeskyttelsesdirektivene ytterligere.

Storkammeravgjørelsen *Pénzügyi*¹⁶² kan bidra til å belyse innholdet i plikten til bevisføring i tilknytning til begge disse forholdene. Saken gjaldt en låneavtale for finansiering av et bilkjøp. Betalingsforpliktelsen ble misligholdt, og långiver fikk så utstedt et betalingspåbud etter en ikke-kontradiktorisk prosessform. Dette skjedde for en domstol som var tillagt kompetansen etter en vernetingsklausul i kontrakten, og denne lå i en annen rettskrets enn

¹⁵⁹ Ancery og Wissink 2010 s. 313.

¹⁶⁰ Arnesen 2016 s. 59, fotnote 125.

¹⁶¹ C-243/08 *Pannon* avsnitt 32.

¹⁶² C-137/08 *Pénzügyi*.

der forbrukeren hadde sitt bosted. Forbrukeren reiste så innsigelser mot betalingspåbudet, men presiserte ikke hva innsigelsene bygget på, og anførte dermed heller ikke at vernetingsklausulen var urimelig. Retten oppdaget likevel at forbrukeren ikke hadde bopel i den rettskrets søksmålet var anlagt. Den nasjonale domstolen hadde imidlertid ikke etter partenes opptreden og anførsler tilstrekkelige bevis for å anvende forbrukerens rettigheter i forbrukeravtaledirektivet. Den ungarske domstol stilte derfor spørsmål til EU-domstolen om plikten til *ex officio* anvendelse, som var slått fast i *Pannon*, også innebar en plikt til å *innhente* faktiske og rettslige opplysninger for å håndheve forbrukerens rettigheter etter direktivet. Et bekreftende svar, ville altså ytterligere skjerpe plikten til å anvende forbrukeravtaledirektivet til også å hente inn nye bevis.

EU-domstolen løste spørsmålet med grunnlag i en tolkning av direktivet basert på *effet utile*, noe som blant annet vises i at begrunnelsen var å sikre «effektiviteten» (dansk)/«effectiveness» (engelsk)/«l'efficacité» (fransk) i forbrukerbeskyttelsen EU-lovgiver har ønsket med direktivet.¹⁶³ Slutninger fra saken har dermed stor overføringsverdi til norsk prosessrett.

EU-domstolen slo fast at den nasjonale domstol må, uavhengig av bestemmelsene i nasjonal rett, «ex officio undersøge» om det foreligger en urimelig vernetingsklausul, og la med dette til grunn det samme kravet som allerede var slått fast i *Pannon*. Ved spørsmålet om direktivet kommer til anvendelse, må imidlertid domstolen også «indlede en undersøgelse med henblik på at konstatere» om klausulen faller innenfor anvendelsesområdet.¹⁶⁴ I den engelske oversettelsen ble det ansett å være en plikt til å «assess of its own motion» om urimelighetsvilkåret var oppfylt, mens for inngangsvilkåret var det også en plikt til å «investigate of its own motion» om dette var oppfylt. EU-domstolens argumentasjon viser at i tilknytning til inngangsvilkår gjelder det en særlig streng plikt til aktivitet hvor også nye bevis må hentes inn.

¹⁶³ C-137/08 Pénezügyi avsnitt 51.

¹⁶⁴ C-137/08 Pénezügyi avsnitt 56.

Pénzügyi innebærer dermed at det må oppstilles et skille i norske domstolers plikt til bevisføring mellom inngangsvilkår, og om vilkåret er urimelig. Dommeren har eksempelvis en større plikt til aktivitet knyttet til spørsmålet om avtalevilkåret har vært gjenstand for individuell forhandling, sammenliknet med hvorvidt innholdet i vilkåret er urimelig.

For spørsmålet om *urimelighetsvilkåret* er oppfylt, plikter dommeren som nevnt kun å anvende de faktiske omstendigheter som retten «råder over». I skjerpelsen i EU-domstolens argumentasjon knyttet til inngangsvilkår, ligger det at det for urimelighetsvilkåret må trekkes en grense mot at dommeren gjennomfører undersøkelser for å hente inn nye bevis. Det er tilstrekkelig at retten anvender bevis som er blitt tilgjengelige for retten etter partenes opptrøden i saken. Det kan likevel ikke stilles ytterligere krav om at partene, særlig forbrukeren, har anført eller påberopt seg beviset i samsvar med nasjonale bevisføningsregler. Det er hvilke bevis retten kan føre uten nærmere utredning og undersøkelse, som avgjør hvilke bevis som er omfattet av plikten.

Plikten til å anvende de tilgjengelige faktiske elementene stiller nye krav til domstolens bevisføringsplikt sammenliknet med det som ellers gjelder i norsk prosessrett. Etter tvl. § 11-1 (1), kan retten kun treffe sin avgjørelse basert på behandlingen i rettsmøtet. Det kan være en forskjell i det bevismateriale som er tilgjengelig for retten i saken, og det som er gjenstand for bevisføring i rettsmøtet. I saker om forbrukeravtaledirektivet kan det eksempelvis være tilfellet at hele kontrakten mellom forbrukeren og den næringsdrivende er blitt tilgjengelig for retten gjennom partenes innlegg under saksforberedelsen. Forbrukeren kan imidlertid overse relevansen, eller av andre grunner unnlate å føre de vilkår som kan være i strid med direktivet som bevis under rettsmøtet, slik at retten i utgangspunktet ikke kan benytte avtalevilkårene som bevis ved anvendelsen av direktivrettighetene. Dommeren må i slike tilfeller ha en kompetanse og plikt til å sørge for at beviset som kan være relevant for anvendelsen av urimelighetsvilkåret i direktivet, blir ført i samsvar med § 11-1 (1) slik at avgjørelsen kan bygge på dette.

Som EU-domstolen slo fast i *Banif*, innebærer det å trekke inn nye faktiske omstendigheter at retten «som hovedregel er forpliktet» til å sørge

for kontradiksjon innen de nasjonale prosessuelle regler.¹⁶⁵ For norsk rett følger det også av tvl. § 11-1 (3) at retten ikke kan bygge på et faktisk grunnlag som partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om. Det er særlig viktig at retten sikrer kontradiksjon om spørsmålet om et vilkår er urimelig når den næringsdrivende ikke får noen oppfordring til imøtegåelse av bevis fra forbrukerens prosesshandlinger.

Når det gjelder omfanget og fremgangsmåten for innhenting av bevis knyttet til forbrukeravtaledirektivets *anvendelsesområde*, foretok ikke EU-domstolen noen nærmere presisering i *Pénzügyi*.¹⁶⁶ *Froukje Faber*¹⁶⁷ gjaldt en liknende problemstilling, og kan bidra til å belyse innholdet i bevisføringsplikten om inngangsvilkår. Avgjørelsen er også et eksempel på krav om *ex officio* anvendelse utenfor forbrukeravtaledirektivet. Saken gjaldt en mangel ved en bil, hvor kjøpekontrakten (i dansk oversettelse) hadde tittelen «Købsaftale med en privatperson». Det var ut fra dette ikke mulig for den nederlandske domstol å avgjøre hva som var formålet med kjøpet av bilen, og dermed hvorvidt kjøperen var en forbruker slik at kjøpet var omfattet av rettighetene etter direktiv 1999/44/EF (forbrukerkjøpsdirektivet). Slik informasjon hadde heller ikke kommet frem i partenes øvrige anførsler for retten. Den nederlandske domstol stilte derfor spørsmål til EU-domstolen om den hadde en plikt til å innhente ytterligere opplysninger om dette.

EU-domstolen løste spørsmålet med grunnlag i effektivitetsprinsippet. Etter Eldjarns syn kan rekkevidden av avgjørelsen være usikker, ettersom domstolen også ser ut til å trekke inn ekvivalensprinsippet i avsnitt 57.¹⁶⁸ Deresom ekvivalensprinsippet og dermed nasjonal nederlandsk prosessrett hadde avgjørende betydning for EU-domstolens resultat, vil dette i stor grad begrense avgjørelsens overføringsverdi til norsk prosessrett. Det er derfor nødvendig å undersøke denne uklarheten i argumentasjonen noe nærmere før det

¹⁶⁵ C-472/11 *Banif* avsnitt 31.

¹⁶⁶ Dette ledet til at generaladvokat Trstenjak i den senere avgjørelse *Banesto*, la til grunn at dette måtte skje i samsvar med de prosessuelle reglene i hver enkelt medlemsstat, se generaladvokatens innstilling i C-618/10 *Banesto* avsnitt 32.

¹⁶⁷ C-497/13 *Froukje Faber*. Se omtale av avgjørelsen i Rott 2016.

¹⁶⁸ Eldjarn 2016 s. 239, med henvisning til C-497/13 *Froukje Faber* avsnitt 57.

det trekkes slutninger fra avgjørelsen om innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse. Spørsmålet er om det at EU-domstolen trakk inn ekvivalensprinsippet svekker overføringsverdien av avgjørelsen, eller om EU-domstolens argumentasjon knyttet til effektivitetsprinsippet gjør at det uansett kan trekkes slutninger fra avgjørelsen av betydning for norsk prosessrett.

Ettersom *Froukje Faber* gjaldt et annet forbrukerbeskyttelsesdirektiv enn forbrukeravtaledirektivet, og dermed også et nytt vilkår, kunne det forventes at EU-domstolen ville bygge slike eventuelle nye positive plikter til innhenting av opplysninger på en tolkning av direktivet på liknende måte som domstolen gjorde i *Océano*, *Pannon* og *Pénzügyi* i forbindelse med forbrukeravtaledirektivet. EU-domstolen løste likevel spørsmålet ved å anvende effektivitetsprinsippet. Dette forutsetter i utgangspunktet at direktivet først må tolkes for å utlede den eventuelle positive forpliktelsen til å anvende direktivet *ex officio*, før det stilles spørsmål om den nasjonale regelen innebærer et urimelig hinder mot gjennomføringen av direktivregelen. EU-domstolen foretok imidlertid ikke noen selvstendig tolkning av direktivet i *Froukje Faber*. Dette kan forklares med at EU-domstolen så det slik at den positive forpliktelsen allerede var tilstrekkelig etablert i tidligere EU-domstolspraksis, særlig *Pénzügyi* om inngangsvilkår, selv om disse avgjørelsene ikke direkte gjaldt forbrukervilkåret i forbrukerkjøpsdirektivet. I tillegg var plikten til *ex officio* anvendelse allerede utvidet til annen forbrukerlovgivning.¹⁶⁹ Disse avgjørelsene kunne altså gi tilstrekkelige holdepunkter for hvilke positive forpliktelser som fulgte av forbrukerkjøpsdirektivet. Det fantes gode holdepunkter for at også forbrukerkjøpsdirektivet måtte tolkes slik at det inneholdt en plikt til å innhente bevis for å avklare om direktivet kom til anvendelse. Det sentrale spørsmålet for EU-domstolen var da om det at den nasjonale domstolen ikke kunne stille parten spørsmål for å avklare om inngangsvilkåret var oppfylt, var et urimelig hinder mot gjennomføringen.

¹⁶⁹ Eksempelvis i C-429/05 Rampion avsnitt 63 som gjaldt direktiv 1987/102 om forbrukerkreditt

Når *Froukje Faber* leses i lys av tidligere EU-domstolspraksis, fremstår det slik at EU-domstolen gjennom sin anvendelse av effektivitetsprinsippet, forutsatte at tilsvarende plikter som følger av en tolkning av forbrukeravtaledirektivet med hensyn til *ex officio* anvendelse, også må utledes fra forbrukerkjøpsdirektivet. En eventuell ytterligere begrunnelse for resultatet i ekvivalensprinsippet er dermed overflødig, og svekker ikke overføringsverdien. Dette innebærer at slutninger fra avgjørelsen om innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse har overføringsverdi til norsk prosessrett.

EU-domstolen konkluderte med at den nasjonale domstolen var forpliktet til å avgjøre hvorvidt en part var forbruker når avtalen kunne falle innenfor forbrukerkjøpsdirektivet, dersom den kunne skaffe informasjonen ved en enkel forespørsel til partene.¹⁷⁰ Dette fremstår å være en konkretisering av den plikten til utredning for inngangsvilkår som ble etablert i *Pénzügyi*, nå anvendt på forbrukerkjøpsdirektivets område.

I *Froukje Faber* innebar domstolens plikt avklaring av om parten hadde kjøpt bilen «som led i sit erhverv», jf. forbrukerkjøpsdirektivet art. 1. I *Pénzügyi* gjaldt plikten avklaring av spørsmålet om klausulen hadde vært gjenstand for «individuel forhandling», jf. forbrukeravtaledirektivet art. 3 (1). *Pénzügyi* og *Froukje Faber* må forstås slik at utredningsplikten gjelder generelt for inngangsvilkår i forbrukerbeskyttelsesdirektivene, dersom de relevante faktiske omstendigheter er enkle å hente inn for retten. Det er eksempelvis tilsvarende enkelt å finne ut om selger er «erhvervsdrivende», jf. forbrukeravtaledirektivet art. 2 bokstav c, som om kjøper er forbruker, og undersøkelsesplikten må også gjelde dette. Omfanget av plikten omfatter i hvert fall det å stille spørsmål til parten, slik som ville vært tilstrekkelig i *Froukje Faber*. Hvorvidt EU-domstolens premisser i *Pénzügyi* må forstås slik at også andre måter å innhente bevis omfattes, er usikkert.

En slik plikt til utredning innebærer prinsipielt et brudd med forhandlingsprinsippet.¹⁷¹ Plikten til innhenting av bevis gjelder imidlertid vilkår som

¹⁷⁰ C-497/13 *Froukje Faber* avsnitt 48.

¹⁷¹ Generaladvokat Trstenjak påpekte i innstillingen til avgjørelse i C-137/08 *Pénzügyi* avsnitt 110–111, at en utredningsplikt ville bryte med forhandlingsmaksimen som preget medlemsstatenes lovgivning.

kun krever enkel bevisføring. Som i *Froukje Faber*, vil gjerne rettens spørsmål til partene være tilstrekkelig. Inngrepet i forhandlingsprinsippet kan dermed sies å være av større prinsipiell enn praktisk betydning.

Begrunnelsen for at det ikke er oppstilt noen tilsvarende plikt til utredning i forbindelse med urimelighetsvilkåret, kan være fordi dette anses å innebære et for stort inngrep i forhandlingsprinsippet. Anvendelse av dette vilkåret er mer komplekst, og krever mer omfattende bevisføring enn det som er tilfellet for inngangsvilkår. En slik plikt ville kreve større aktivitet fra dommeren, og dermed medføre en større endring av rollefordelingen mellom dommeren og partene i saken.

Som en ytterligere begrunnelse kan det vises til det generaladvokat Trstenjak påpekte i sin innstilling til avgjørelse i *Pénzügyi*. Det er lite behov for utredningsplikt når det gjelder spørsmålet om det foreligger en urimelig vernetingsklausul. Grunnen til dette er at prøvingen uansett kan gjøres gjennom den nasjonale domstols prøving av egen stedlig kompetanse.¹⁷² I tilknytning til andre typer potensielt urimelige avtalevilkår, vil den nasjonale domstol ofte ha det tilstrekkelige faktiske grunnlag tilgjengelig. Dette fordi det må forventes at det blir lagt frem et eksemplar av kontrakten for retten.¹⁷³ Det å anvende de faktiske omstendigheter den nasjonale domstolen «råder over», slik EU-domstolen stilte som krav i *Pannon*, vil dermed i stor utstrekning uansett være tilstrekkelig for å sikre anvendelsen av urimelighetsvilkåret.

3.5 Tidspunktet for inntreden av domstolens plikter

Som EU-domstolen slo fast i *Pannon*, oppstår plikten til å anvende de rettslige og faktiske omstendigheter etter forbrukeravtaledirektivet når domstolen «råder over» disse.¹⁷⁴ Det kan imidlertid være grunn til å stille opp ytterligere krav for at det skal inntre en plikt for domstolen hvor brudd kan innebære saksbehandlingsfeil. Dette fordi det ikke er mulig for en domstol å vite om

¹⁷² Generaladvokatens innstilling i C-137/08 *Pénzügyi* avsnitt 112.

¹⁷³ Generaladvokatens innstilling i C-137/08 *Pénzügyi* avsnitt 113.

¹⁷⁴ C-243/08 *Pannon* avsnitt 32 og 35, og gjentatt i C-40/08 *Asturcom* avsnitt 53.

den har tilgjengelig de tilstrekkelige faktiske omstendigheter til å gjennomføre prøvingen av et mulig urimelig vilkår uten i noen grad å undersøke disse faktiske elementene.

Som generaladvokat Trstenjak i *Pénzügyi* la til grunn, er det derfor nærliggende å forstå plikten slik at den oppstår når retten med grunnlag i partenes anførsler eller andre omstendigheter får grunn til å anta at det kan foreligge et urimelig avtalevilkår.¹⁷⁵ Dette innebærer en viktig og nødvendig begrensning i plikten til *ex officio* anvendelse.

Dersom det ikke stilles opp ytterligere krav for at plikten skal oppstå, vil dette stille urealistiske krav til oversikt og innsikt hos dommeren. Som eksempel kan det tenkes en sak om en avtale om kompliserte finansielle produkter med en omfattende bevisføring. Det kan i slike tilfeller ikke forventes at en dommer av eget tiltak skal undersøke alt tilgjengelig faktisk materiale med sikte på å avklare om det foreligger urimelige avtalevilkår. En slik plikt vil ikke nødvendigvis begrense seg til avtaledokumentet, også andre mulige bevis som kan føre til at det foreligger urimelige avtalevilkår i strid med direktivet, vil kunne være relevant. Dette gjelder eksempelvis hvilken informasjon forbrukeren fikk i forkant av avtaleinngåelsen. En slik plikt som oppstår uavhengig av sakens konkrete omstendigheter vil være meget omfattende, og vil kunne innebære at det foreligger saksbehandlingsfeil på tross av at dommeren ikke hadde en praktisk mulighet til å oppdage beviset som kunne vise at det forelå et brudd på direktivet. Det må dermed finnes konkrete omstendigheter i saken som kan tilsi at forbrukeravtaledirektivet kommer til anvendelse for at det skal oppstå en plikt til *ex officio* anvendelse for domstolen. Dette innebærer likevel ikke at det kan stilles krav om en spesiell handlemåte fra forbrukerens side for at plikten skal oppstå. Retten må være ubundet av partens mangelfulle eller unnlatte prosesshandlinger slik det er redegjort for ovenfor.

¹⁷⁵ Generaladvokatens innstilling i C-137/08 *Pénzügyi* avsnitt 109.

3.6 Konklusjon

Som behandlingen i kapittel 3 har vist, er det en omfattende prosessuell plikt som EU-domstolen har pålagt nasjonale domstoler for å sikre anvendelsen av forbrukeravtaledirektivet. Trstenjak og Beysen oppsummerer helhetsinntrykket i kravet om *ex officio* anvendelse treffende når de skriver at:

«the ECJ has not fundamentally called into question the concepts of procedural and remedial autonomy of the Member States in matters covered by the consumer protection directives. The ECJ has, however, resorted to a consumer-oriented interpretation of those concepts. By emphasizing the weak position of the consumer, the ECJ implicitly raised the effectiveness threshold which national procedural rules for the enforcement of rights under the consumer protection directives must meet.»¹⁷⁶

Det sentrale innholdet i forpliktelsen er at den nasjonale domstolen skal anvende de tilgjengelige faktiske omstendigheter ved anvendelsen av direktivreglene. Forbrukeren skal få sine rettigheter etter direktivet anvendt uten at det stilles nærmere krav til forbrukerens opptreden under domstolsbehandlingen. Plikten gjelder dermed uavhengig av formelle skranker i norsk prosessrett som stiller krav om forbrukerens aktivitet i tilknytning til krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis. Dommeren får dermed i disse sakene en mer aktiv rolle med hensyn til å klarlegge tvistens materielle innhold, sammenliknet med det som er utgangspunktet i norsk sivilprosess.

Til rettens plikt om å anvende de tilgjengelige faktiske omstendigheter kommer viktige nyanser. For det første gjelder dette det strengere kravet til aktivitet i tilknytning til forbrukeravtaledirektivet og de andre forbrukerbeskyttelsesdirektivenes inngangsvilkår. For det andre er det grunn til å understreke den rett forbrukeren har til å kreve et potensielt urimelig vilkår anvendt i kontraktsforholdet med den næringsdrivende. Dette er sentrale trekk som vil ha betydning når plikten skal overføres til norsk prosessrett i det videre.

¹⁷⁶ Beysen og Trstenjak 2011 s. 120–121.

4 Norske domstolers *ex officio* anvendelse av direktivet

4.1 Det rettslige grunnlaget i norsk prosessrett

Plikten til *ex officio* anvendelse må ha det samme innhold i EFTA-pilaren som EU-domstolen har lagt til grunn i EU-pilaren, jf. punkt 2.1. Norske domstoler må dermed anvende avtl. §§ 37 og 36, innenfor forbrukeravtaledirektivets virkeområde, *ex officio* slik EU-domstolen har oppstilt krav om. Hvordan disse kravene skal oppfylles, er et internrettslig spørsmål, jf. EØS-avtalen art. 7 bokstav b.¹⁷⁷

For å oppfylle plikten i intern norsk rett, er det nødvendig at domstolens plikt har et rettslig grunnlag. Mer presist innebærer dette et spørsmål om hvilken lovbestemmelse som skal være det primære rettsgrunnlaget som gir rettsvirkningen som oppfyller kravet om *ex officio* anvendelse av direktivet.¹⁷⁸ Flere alternativer er mulige, og det vil bli redegjort for disse i det videre. Etter å ha valgt primært rettsgrunnlag, vil det i punkt 4.2–4.5 bli redegjort for hvordan dette må tolkes for å gi rettsvirkninger som samsvarer med de krav EU-domstolen har stilt opp gjennom kravet om *ex officio* anvendelse.

Det er først og fremst to mulige tilnærminger til spørsmålet om hva som skal være primært rettsgrunnlag for oppfyllelsen av anvendelsesplikten. Det primære rettsgrunnlaget kan enten være alminnelige prosessregler om dommeraktivitet, eller de materielle reglene som gjennomfører direktivet, altså avtl. §§ 37 og 36.

Anvendelse av den materielle regelen likner den tilnærming EU-domstolen har hatt til spørsmålet, hvor plikten utledes direkte fra direktivet. Ordlyden i avtl. §§ 37 og 36 gir i likhet med direktivet få holdepunkter for de

¹⁷⁷ Det ligger i dette at betydningen av EU-domstolens praksis vil variere med de nasjonale prosessreglene. Se Mancaloni 2016 s. 574 som viser dette i italiensk og nederlandsk rett. Det er særlig interessant at Italia, ved gjennomføringen av forbrukeravtaledirektivet, tok inn en regel som forpliktet domstolen til å anvende direktivets regler *ex officio*. Den senere praksis fra EU-domstolen har dermed ikke medført store endringer med hensyn til når direktivreglene skal anvendes i italiensk prosess. Det er nærliggende å anta at dette også er grunnen til at ingen av forhåndsavgjørelsene fra EU-domstolen som er behandlet her, er avsagt etter spørsmål fra italienske domstoler.

¹⁷⁸ Om lov som primært rettsgrunnlag, se Nygaard 2004 s. 177.

aktivitetsplikter EU-domstolen har oppstilt for retten. Dette kan i utgangspunktet tale mot at disse bestemmelsene kan være primært rettsgrunnlag for plikten til *ex officio* anvendelse. Presumsjonsprinsippet innebærer imidlertid at norske bestemmelser, så langt det er mulig, må tolkes slik at de er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.¹⁷⁹ Selv med svak eller ingen støtte i ordlyden, vil det etter norske rettskildeprinsipper være mulig å utlede prosessuelle aktivitetsplikter for retten ved en formålsrettet tolkning av avtl. §§ 37 og 36, hvor den folkerettslige forpliktelsen trekkes inn som rettskildefaktor.¹⁸⁰

Ulempen med å forankre den prosessuelle plikten i materiell regel er at dette innebærer en fragmentering av prosessreglene. Plikten blir et spesielt og særegent tillegg i tilknytning til en enkelt materiell regel, og den settes ikke i sammenheng med andre regler i norsk prosessrett om plikt til dommeraktivitet. Som følge av at det finnes prosessuelle regler om aktivitetsplikt som likner, og i stor utstrekning også overlapper med plikten til *ex officio* anvendelse av direktivet, kan dette gjøre at plikten fremstår som mer særpreget enn det som reelt er tilfellet.

En alternativ tilnærming som innebærer en mindre grad av fragmentering, er å anvende alminnelige lovbestemmelser om dommeraktivitet som primært rettsgrunnlag. Ved en tolkning av disse, hvor plikten til å anvende forbrukeravtaledirektivet *ex officio* anvendes som rettskildefaktor etter presumsjonsprinsippet, kan det utledes virkninger som oppfyller anvendelsesplikten. Selv om plikten til *ex officio* anvendelse uansett i noen grad vil kunne føre til særegne tolkninger av disse lovbestemmelsene, innebærer dette likevel at plikten til anvendelse settes i sammenheng med regler om domstolsaktivitet som allerede eksisterer i norsk prosessrett. Plikten blir med dette i større grad et koherent tillegg til prosessreglene, sammenliknet med det som gjelder dersom avtl. §§ 37 og 36 anvendes som primært rettsgrunnlag. De

¹⁷⁹ Arnesen og Stenvik 2015 s. 64.

¹⁸⁰ Som Arnesen og Stenvik 2015 s. 67 legges det her til grunn at det er den folkerettslige forpliktelsen, ikke den folkerettslige rettskildefaktor, som er relevant ved fastleggelsen av norske rettsreglers innhold i lys av folkeretten.

krav til domstolsaktivitet som EU-domstolen har oppstilt, vil derfor i det følgende bli utledet fra alminnelige prosessregler som primært rettsgrunnlag.

For at de norske prosessreglene skal kunne oppfylle plikten til *ex officio* anvendelse, er det nødvendig at de kommer til anvendelse i de samme tilfellene, og at innholdet i dommerens kompetanse er minst like omfattende som plikten etter direktivet. Hvorvidt de alminnelige norske prosessreglene om dommeraktivitet kan oppfylle plikten til *ex officio* anvendelse, beror dermed på vilkår- og virkningssiden av norske prosessregler og det som følger av direktivet.

Enkelte deler av plikten til *ex officio* anvendelse oppfylles ved regler som kommer til anvendelse i alle saker, uavhengig av EU-domstolens praksis. Et eksempel på et slikt sammenfall er som nevnt rettens ansvar for rettsanvendelsen etter tvl. § 11-3. Det er imidlertid ikke gitt at regler om domstolsaktivitet som har sitt opphav i norsk rett fullt ut oppfyller den plikten til anvendelse av forbrukeravtaledirektivet som EU-domstolen har lagt til grunn.

Presumsjonsprinsippet gir betydelige muligheter til å tolke norsk prosessrett i samsvar med EU-domstolens krav. Norske rettskildeprinsipper vil likevel sette en grense for om det primære rettsgrunnlaget kan oppfylle plikten til *ex officio* anvendelse. På vilkårssiden er den sentrale skranken om en analogisk anvendelse av regelen på tilfeller som faller innenfor forbrukeravtaledirektivets virkeområde utelukket.¹⁸¹ På virkningssiden er grensen hvorvidt det primære rettsgrunnlaget kan gi grunnlag for den aktuelle rettsvirkningen direktivet oppstiller krav om.¹⁸²

Ettersom pliktene EU-domstolen har oppstilt er knyttet til *rettens* kompetanse, er det kun i hvilken grad regler om rettens kompetanse er egnet til å oppfylle plikten til *ex officio* anvendelse som vil bli undersøkt i det videre. Det at enkelte lands prosessregler legger til rette for at den private selv kan ivareta sine interesser, er ikke tilstrekkelig.¹⁸³ At det finnes regler i norsk rett om småkravsprosess, jf. tvl. kapittel 10, som legger til rette for at partene

¹⁸¹ Om analogi, se Nygaard 2004 s. 237–241.

¹⁸² Nygaard 2004 s. 178.

¹⁸³ Forente saker C-240/98–C-244/98 Océano avsnitt 26.

kan ivareta sine interesser også i saker av mindre økonomisk betydning, er dermed ikke i seg selv tilstrekkelig for å sikre direktivets krav til forbrukerbeskyttelse. Partshjelp (tvl. § 15-7), *amicus curiae* (tvl. § 15-8) og statens rett til å opptre for Høyesterett i saker om Grunnloven og internasjonale forpliktelser (tvl. § 30-13) faller også utenfor. Heller ikke disse reglene gir retten kompetanse til aktivitet, men forutsetter at andre aktører ønsker å anvende kompetansen. Dette gir i tillegg reglene et *ad hoc* preg ved at de ikke kommer til anvendelse i alle saker som gjelder forbrukeravtaledirektivet. De gir ikke den samme sikkerheten for direktivets materielle gjennomslag som dommeraktivitet, og er dermed heller ikke egnet til å oppfylle plikten til *ex officio* anvendelse.

Spørsmålet i det videre, er i hvilken grad alminnelige prosessregler kan være primære rettsgrunnlag som gir virkninger som oppfyller plikten til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet.

4.2 Prosessforutsetninger

Prosessforutsetninger er de vilkår som stilles for at domstolen kan ta stilling til realiteten i en sak.¹⁸⁴ Det går et skille mellom absolutte og relative prosessforutsetninger. De absolutte prosessforutsetningene må retten håndheve av eget tiltak, mens de relative må påberopes av parten for at retten skal ta stilling til spørsmålet om de er oppfylt.¹⁸⁵ Hvorvidt prosessforutsetningen er absolutt eller relativ, beror på en tolkning av den aktuelle bestemmelsen.¹⁸⁶ Ettersom plikten til *ex officio* anvendelse innebærer en plikt til anvendelse uavhengig av partenes opptreden, er det i hvilken utstrekning absolutte prosessforutsetninger kan sikre *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet som er spørsmålet i det videre.

Alle de absolutte prosessforutsetningene vil kunne føre til at retten *ex officio* sikrer at forbrukeren ikke blir bundet av et urimelig avtalevilkår. Dette fordi en avvisning av saken vil hindre en realitetsbehandling hvor den næringsdrivende vinner frem med et krav som bygger på et urimelig avtalevilkår.

¹⁸⁴ Hov 2017 s. 58.

¹⁸⁵ Skoghøy 2017 s. 244–245.

¹⁸⁶ Skoghøy 2017 s. 245.

Enkelte prosessforutsetninger vil imidlertid være særlig egnet til å oppfylle direktivets krav, fordi prosessforutsetningen gir forbrukeren en beskyttelse mot å svekke sin prosessuelle stilling i avtale med den næringsdrivende. Det vil i slike tilfeller kunne være sammenfall mellom den beskyttelse som følger av prosessforutsetningen, og den beskyttelse som følger av forbrukeravtaledirektivet. Det er derfor grunn til å fremheve disse prosessforutsetningene særskilt.

Tre av de mest sentrale avgjørelsene som har utviklet innholdet i domstolens aktivitetsplikt, *Océano*, *Pannon* og *Pénzügyi*, gjaldt vernetingsklausuler.¹⁸⁷ Den næringsdrivende vil kunne ha en praktisk og økonomisk interesse i at alle tvister med forbrukere behandles for samme domstol, gjerne en domstol som ligger nært forretningsstedet. Dette kan føre til at det blir tatt inn en vernetingsklausul i avtaler med forbrukere. En slik klausul kan imidlertid være et urimelig vilkår overfor forbrukeren, fordi det skaper en ubalanse mellom partene. Ubalansen kan være en følge av forbrukerens vanskeligheter med å føre saken for den aktuelle domstolen, men også den fordel den næringsdrivende får av å kunne føre saken nært forretningsstedet. Slike klausuler kan derfor rammes av det materielle innholdet i forbrukeravtaledirektivet.

Det materielle vernet av forbrukeren vil imidlertid være vanskelig å gjennomføre prosessuelt, dersom urimeligheten må påberopes av forbrukeren for den domstolen som er tillagt kompetansen i klausulen. Forbrukeren kan eksempelvis mangle kunnskap om at vernetingsklausulen kan være et urimelig vilkår etter forbrukeravtaledirektivet. Selv om forbrukeren har kunnskap om vernet i direktivet, vil vedkommende også settes i en særlig vanskelig stilling dersom årsaken til urimeligheten er at det er ressurskrevende eller vanskelig å møte for den aktuelle domstolen.¹⁸⁸ Dersom retten ikke kan anvende direktivets regler *ex officio*, vil forbrukeren måtte møte og gjøre gjeldende urimeligheten for en domstol som det er urimelig å kreve at vedkommende møter for.¹⁸⁹ Dette ville dermed gi forbrukervernet etter direktivet liten

¹⁸⁷ Forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano*, C-243/08 *Pannon*, C-137/08 *Pénzügyi*.

¹⁸⁸ Se eksempelvis C-243/08 *Pannon*

¹⁸⁹ Som generaladvokat Saggio påpekte i sin innstilling i forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano*, vil et krav om påberopelse i slike tilfeller gi «paradoksale virkninger».

praktisk betydning. Som EU-domstolen har slått fast i de nevnte sakene, er det dermed nødvendig at den nasjonale dommer slår fast av eget tiltak at en slik klausul ikke binder forbrukeren, uavhengig av forbrukerens opptreden. Selv om EU-domstolens argumentasjon i disse sakene er generell, og ikke begrenset til vernetingsklausuler, viser EU-domstolspraksis at vernetingsklausuler i denne sammenheng er en type avtalevilkår som er praktisk viktig. Dette innebærer samtidig at en viktig del av plikten til *ex officio* anvendelse vil kunne oppfylles dersom absolutte prosessforutsetninger i norsk prosessrett hindrer realitetsbehandling i tilfeller hvor forbrukeren har avtalt en urimelig vernetingsklausul.

Det følger av tvl. § 4-6 (3) at:

«En avtale mellom en forbruker og en næringsdrivende som **begrenser søksmålsadgangen** utover det som følger av §§ 4-4 og 4-5, må inngås skriftlig. En avtale inngått før tvisten oppstod, er ikke bindende for forbrukeren.»
(Uthevet her).

Spørsmålet i det videre er i hvilken grad tvl. § 4-6 (3) kan være et primært rettsgrunnlag for dommeraktivitet som hindrer at tvisten realitetsbehandles for en domstol som er tillagt den stedlige kompetansen etter en urimelig vernetingsklausul.

Etter første punktum stilles det opp et skriftlighetskrav for avtaler om vernetingsklausul mellom forbrukere og næringsdrivende, og av annet punktum følger det at en vernetingsavtale som er inngått før den rettslige uenigheten oppstod, ikke binder forbrukeren. Det følger av domstolloven¹⁹⁰ § 36 (1) og tvl. § 4-7 at domstolens stedlige kompetanse er en absolutt prosessforutsetning, og prøves dermed av rettens eget tiltak.

Når det gjelder innholdet i avtalen tilsier ordlyden «begrenser søksmålsadgangen» at forbrukeren ikke vil være bundet av en forhåndsavtalt vernetingsklausul som gir vedkommende færre mulige vernetingsklausuler å anlegge søksmål for, eller snevrer inn adgangen for å anlegge søksmål ved et vernetingsklausul, sammenliknet med det som ellers ville følge av tvl. § 4-4 og 4-5. I de tre

¹⁹⁰ Lov om domstolene.

nevnte avgjørelsene om vernetingsklausuler fra EU-domstolen, innebar klausulen en eksklusiv stedlig kompetanse. Dette innskrenker forbrukerens mulige vernetting. Der avtalen mellom den næringsdrivende og forbrukeren går ut på dette, vil kravet om *ex officio* anvendelse dermed være ivaretatt i norsk rett, jf. tvl. § 4-7.

I praksis ligger imidlertid forbrukerens vanskeligheter, og dermed urimeligheten i sakene fra EU-domstolen ikke i det at forbrukerens *søksmålsadgang* innskrenkes, men heller i at forbrukeren blir tvunget til å føre sin sak som saksøkt for et vernetting som ligger hos den næringsdrivende. Det kan dermed tenkes en vernetingsklausul som ikke er eksklusiv, men som gir den næringsdrivende en mulighet til å anlegge søksmål for et vernetting som er langt fra forbrukerens bopel. Denne vil like fullt kunne være urimelig etter direktivet, men i slike tilfeller er det mindre nærliggende å si at vernetingsklausulen «begrenser søksmålsadgangen» som følger av §§ 4-4 og 4-5, jf. tvl. § 4-6 (3) første punktum. Forbrukeren har her fremdeles alle de alternative vernetting i §§ 4-4 og 4-5 i behold dersom vedkommende ønsker å anlegge søksmål. Forbrukerbeskyttelsen i tvl. § 4-6 (3) har dermed etter ordlyden i utgangspunktet et snevrere virkeområde enn forbrukerbeskyttelsen mot vernetingsklausuler etter direktivet.

Formålet med § 4-6 (3) må være å hindre at forbrukeren svekker sin prosessuelle posisjon gjennom avtale før tvisten har oppstått. Forbrukeren har ikke nødvendigvis den tilstrekkelige kunnskap eller innsikt i konsekvensene av en klausul som begrenser søksmålsadgangen når avtalen inngås. Det vil kunne være tilsvarende vanskelig for forbrukeren å forutse konsekvensene av en avtale som gir den næringsdrivende mulighet til å anlegge søksmål for et ytterligere vernetting. Hensynet til vern av forbrukeren gjør seg altså gjeldende på liknende måte i slike saker. Som følge av dette, er det grunn til å tolke § 4-6 (3) utvidende, slik at den ikke bare gjelder avtaler som begrenser forbrukerens mulige vernetting når forbrukeren anlegger søksmål. Bestemmelsen må gjelde alle vernetingsklausuler som kan være urimelige etter direktivet, også der den næringsdrivende gis en utvidet adgang til å anlegge

søksmål. Alternativet til å sikre direktivbeskyttelsen som en prosessforutsetning, er å undersøke vernetingsklausulens mulige urimelighet under realitetsbehandlingen. Dette er lite hensiktsmessig, om i det hele tatt praktisk mulig.

EU-domstolens avgjørelser i *Mostaza Claro* og *Asturcom* oppstod i forbindelse med ordinære domstolers behandling av *voldgiftsavgjørelser*, der voldgiftsrettens kompetanse bygget på potensielt urimelige voldgiftsklausuler.¹⁹¹ Spørsmålene til EU-domstolen har omhandlet ordinære domstolers plikter i et etterfølgende søksmål om gyldigheten av voldgiftsavgjørelsen (*Mostaza Claro*), og ved tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsavgjørelse (*Asturcom*). Avgjørelsene har altså ikke omhandlet voldgiftsdomstolens *ex officio* anvendelse av direktivet. Det vil likevel være en sammenheng mellom voldgiftsrettens aktivitet som hindrer at forbrukeren er bundet av en urimelig voldgiftsklausul, og en etterfølgende behandling for ordinære domstoler. Dersom voldgiftsretten *ex officio* hindrer at en urimelig voldgiftsklausul binder forbrukeren, hindrer dette voldgiftsrettens kompetanse, slik at det ikke blir avsagt realitetsavgjørelse i saken. Et etterfølgende gyldighetssøksmål for nasjonale domstoler er dermed ikke aktuelt. Dersom en voldgiftsavgjørelse som bygger på en urimelig voldgiftsklausul må oppheves ved et senere gyldighetssøksmål av ordinære domstoler, vil det i tillegg være særlig grunn for voldgiftsretten til å anvende rettighetene *ex officio*.¹⁹² Det er dermed først grunn til å undersøke hvilke regler som kan sikre forbrukeravtaledirektivets gjennomslag under voldgiftsbehandlingen.

Voldgiftsloven inneholder regler som kan hindre at forbrukeren blir bundet av en urimelig voldgiftsklausul. Voldgiftsloven § 11 lyder:

«En voldgiftsavtale inngått før tvisten oppsto, er ikke bindende for forbrukeren.

En voldgiftsavtale der en forbruker er part, skal tas inn i et eget dokument og undertegnes av begge parter. Avtalen kan inngås elektronisk dersom det

¹⁹¹ C-168/05 *Mostaza Claro* og C-40/08 *Asturcom*.

¹⁹² Ryssdal 2002 s. 682.

er benyttet en betryggende metode for å autentisere avtaleinngåelsen og sikre avtalens innhold.

En forbruker som innlater seg på forhandlinger for voldgiftsretten uten å ha blitt gjort oppmerksom på hva en voldgiftsdom vil bety når det gjelder muligheten for overprøving, og at voldgiftsavtalen etter reglene i første og annet ledd ikke er bindende, kan gjøre gjeldende at voldgift ikke er bindende avtalt uten hensyn til fristen i § 18 tredje ledd.»

Det følger av første ledd at voldgiftsavtaler som er inngått før det ble en aktuell rettslig uenighet, ikke binder forbrukeren. Som Høyesterett la til grunn i Rt. 2010 s. 769, er regelen ment å beskytte forbrukeren, slik at den næringsdrivende derfor ikke kan påberope seg ugyldigheten.¹⁹³

Det er først grunn til å stille spørsmål ved hvorvidt første ledd skal anvendes av voldgiftsrettens eget tiltak. Det følger av voldgiftsloven § 18 (3) at innsigelser mot voldgiftsrettens domsmyndighet må gjøres gjeldende senest i partens første innlegg til realiteten i kravet. Forbrukeren må dermed i utgangspunktet gjøre gjeldende at voldgiftsdomstolen ikke har kompetanse til å behandle tvisten første gang det fremsettes anførsler knyttet til sakens realitet. Etter det siterte i voldgiftsloven § 11 (3) mister likevel ikke forbrukeren sin mulighet til å påberope seg ugyldighet etter fristen i § 18 (3) dersom forbrukeren ikke har fått tilstrekkelig informasjon om at vedkommende ikke er bundet av voldgiftsklausulen. Forbrukerens frist for å gjøre voldgiftsrettens manglende kompetanse gjeldende, blir dermed i disse tilfellene utsatt. Dette viser at voldgiftsretten ikke skal anvende § 11 (1) *ex officio*, men at forbrukeren må påberope seg regelen.¹⁹⁴ Dette innebærer et krav til aktivitet fra forbrukeren som gjør at bestemmelsen i utgangspunktet ikke ivaretar plikten til *ex officio* anvendelse etter forbrukeravtaledirektivet.

Den nevnte saken *Mostaza Claro*¹⁹⁵ er egnet til å vise innholdet i plikten for ordinære norske domstoler. Saken gjaldt en liknende fristregel i nasjonal spansk rett som krevde at forbrukerens innsigelser mot voldgiftsrettens

¹⁹³ Rt. 2010 s. 769 U avsnitt 29.

¹⁹⁴ Woxholth 2013 s. 251.

¹⁹⁵ C-168/05 *Mostaza Claro*.

kompetanse måtte fremmes ved innledningen av saken. EU-domstolen slo fast at forbrukerens passivitet under voldgiftsbehandlingen, ikke kunne avskjære vedkommende fra å gjøre gjeldende at voldgiftsklausulen var et urimelig avtalevilkår i en etterfølgende sak for nasjonale domstoler.¹⁹⁶ Dette ble begrunnet i at det i spansk rett gjaldt en regel om at voldgiftsavgjørelser som stred mot regler av *ordre public*-karakter var ugyldige. En tilsvarende regel om ugyldige voldgiftsavgjørelser som strider mot *ordre public* gjelder i norsk rett etter voldgiftsloven § 43 (2) bokstav b. Brudd på regler av *ordre public*-karakter er, som det fremgår av ordlyden, når avgjørelsen «virker støtende på rettsordenen». EU-domstolen kom til at regler om forbrukerbeskyttelse var så sentrale innen fellesskapet, at også disse måtte anses å være av *ordre public*-karakter.¹⁹⁷

De krav EU-domstolen stilte opp i *Mostaza Claro* med grunnlag i ekvivalensprinsippet, må som følge av den tilsvarende regelen i voldgiftsloven § 43 (2) bokstav b få tilsvarende anvendelse i norsk rett. Forbrukeravtaledirektivets krav håndheves ikke her direkte, men dette innebærer en indirekte kontroll ved at rommet for ugyldighetssøksmål for nasjonale domstoler utvides.¹⁹⁸ En urimelig voldgiftsklausul kan med dette føre til at voldgiftsavgjørelsen må oppheves ved et etterfølgende ugyldighetssøksmål for en ordinær domstol. Dette forutsetter at forbrukerens rett til å påberope seg den urimelige voldgiftsklausulen i det etterfølgende søksmålet for ordinære domstoler ikke kan være tapt ved forbrukerens passivitet under voldgiftsbehandlingen. Voldgiftsloven § 11 (3) kan dermed ikke tolkes antitetisk.¹⁹⁹

Ivaretakelsen av forbrukeren i forbindelse med voldgift har imidlertid en grense. I *Asturcom*²⁰⁰ hvor forbrukeren ikke reiste ugyldighetssøksmål innen søksmålsfristen slik at avgjørelsen var rettskraftig, forelå det etter EU-domstolens syn ingen plikt for den nasjonale domstolen til å behandle spørs-

¹⁹⁶ C-168/05 *Mostaza Claro* avsnitt 39.

¹⁹⁷ C-168/05 *Mostaza Claro* avsnitt 35–39.

¹⁹⁸ Magnussen 2000 s. 92 som skriver dette i forbindelse med C-126/97 *Eco Swiss*.

¹⁹⁹ Woxholth 2013 s. 260.

²⁰⁰ C-40/08 *Asturcom*.

målet om opphevelse av voldgiftsavgjørelsen. Søksmålsfristen for et eventuelt ugyldighetssøksmål på tre måneder i voldgiftsloven § 44 (1) kan dermed likevel avskjære forbrukerens søksmål med krav om ugyldighet som følge av en urimelig voldgiftsklausul for de ordinære domstoler. Som det vil bli kommet tilbake til under punkt 6.2, vil det imidlertid kunne oppstå særlige plikter for domstolen under tvangsfullbyrdelsen av en slik avgjørelse.

Som vist over, har vernetings- og voldgiftsklausuler vært opphav til flere av de mest sentrale forhåndsavgjørelsene knyttet til *ex officio* anvendelse. Med de tolkninger som er redegjort for ovenfor, gir norske lovbestemmelser en plikt til aktivitet fra domstolens side som bidrar til å oppfylle kravet om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet. Med dette vil en stor gruppe praktiske tilfeller av urimelige avtaleklausuler ikke binde forbrukeren.

Selv om flere av tilfellene EU-domstolen har behandlet har knyttet seg til slike klausuler, er argumentasjonen likevel helt generell for urimelige avtalevilkår.²⁰¹ Forbrukerens rettigheter må ivaretas uansett hva det urimelige avtalevilkåret går ut på. En slik kasuistisk ivaretagelse av enkelte typiske avtalevilkår er dermed ikke tilstrekkelig for fullt ut å ivareta forpliktelsene etter direktivet. Det er derfor nødvendig også å undersøke hvorvidt andre regler om dommeraktivitet kan hindre at forbrukeren blir bundet av urimelige avtalevilkår uavhengig av innholdet i avtaleklausulen.

4.3 Aktiv saksstyring

For å sikre hensynene til konsentrasjon, hurtighet og proporsjonalitet, er det nødvendig med saksstyring fra rettens side.²⁰² Det er derfor gitt flere regler i tvisteloven som gir domstolen plikt til aktiv saksstyring. Med aktiv saksstyring menes dommerens ansvar for å sikre effektivitet og en forsvarlig fremdrift i saken, særlig ved planlegging og styring av saksbehandlingen.²⁰³ Den

²⁰¹ C-243/08 Pannon avsnitt 32.

²⁰² NOU 2001: 32 A s. 133.

²⁰³ Backer 2015 s. 274.

aktive saksstyringen er noe annet enn rett og plikt til aktivitet som er av direkte betydning ved løsningen av tvisten.²⁰⁴ Det er likevel ikke noe skarpt skille mot rettens prosessuelle og materielle veiledning, jf. punkt 4.4.²⁰⁵

Hovedregelen om rettens aktive saksstyring følger av tvl. § 11-6, og gjelder behandlingen i alle rettsinstanser. Ved manglende saksstyring, følger sanksjonene av tvl. § 11-7. Det er i tillegg gitt særskilt regulering i tvl. § 9-4 under saksforberedelsen, tvl. § 9-11 under forberedelsen av hovedforhandlingen, og tvl. § 9-13 under hovedforhandlingen.²⁰⁶

Det følger av tvl. § 11-6 at retten skal legge en plan for behandlingen, slik at saken gjennomføres «effektivt og forsvarlig». En plan som legger opp til en konsentrert behandling av de sentrale punktene i tvisten, vil kunne bidra til at forbrukeren får gjennomført sine rettigheter etter forbrukeravtaledirektivet. Den sentrale begrunnelsen bak reglene om aktiv saksstyring fremstår imidlertid å være å holde sakskostnadene nede.²⁰⁷ Dette gjelder av hensyn til partene i tvisten, men også for å begrense domstolens ressursbruk.²⁰⁸

Den aktive saksstyringen tar utgangspunkt i partenes prosessopplegg, og dommeren har ikke kompetanse til å utvide sakens materielle innhold. Reglens betydning for å sikre at domstolen anvender tilgjengelige faktiske omstendigheter som partene ikke allerede har påberopt seg eller ført i saken, er derfor begrenset. Der partenes anførsler ikke berører forbrukerrettigheter, vil aktiv saksstyring ha liten betydning for å oppfylle kravet om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet.

Den aktive saksstyringen forutsetter imidlertid at dommeren i noen grad setter seg inn i prosessuelle og materielle spørsmål i tvisten, herunder forbrukerens forhold. Dette vil kunne bidra til at dommeren oppdager potensielt urimelige avtalevilkår, og eventuelt veileder forbrukeren om dette. Den

²⁰⁴ NOU 2001: 32 A s. 136.

²⁰⁵ Backer 2015 s. 179–180.

²⁰⁶ Bestemmelsene gjelder i utgangspunktet behandlingen i tingretten, men er også gitt anvendelse for lagmannsretten og Høyesterett, jf. tvl. §§ 29-14 (3), 29-18 (1), 30-8 (3), 30-11 (2).

²⁰⁷ NOU 2001: 32 A s. 133–136.

²⁰⁸ NOU 2001: 32 A s. 114.

fremste betydningen av den aktive saksstyringen for å ivareta forbrukeravtaledirektivet, kan slik anses å være indirekte ved å legge til rette for veiledning overfor forbrukeren.

4.4 Rettens veiledning

4.4.1 Innledning

Rettens veiledning er rettens adgang og plikt til å rettlede partene om materielle og prosessuelle spørsmål som retten skal ta stilling til, og avgrenses her mot aktiv saksstyring, jf. punkt 4.3.²⁰⁹ De viktigste grunnene til at forbrukeren ikke foretar hensiktsmessige prosesshandlinger som kan sikre anvendelse av forbrukeravtaledirektivet, er mangel på kunnskap og ressurser til advokatbi-stand.²¹⁰ Veiledning fra retten vil både redusere betydningen av forbrukerens manglende kunnskap, og mangel på profesjonell juridisk rådgivning. Rettens veiledning fremstår å være en type dommeraktivitet som er velegnet for å redusere disse hindringene for at forbrukeren får materielt gjennomslag for sine rettigheter i prosessen. Spørsmålet i det videre er i hvilken grad rettens veiledningsplikt etter tvisteloven oppfyller kravet om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet.

Tvl. § 11-5 gir uttrykk for et skille mellom første ledd som gjelder prosessuelle forhold, og andre ledd som gjelder materielle forhold. Veiledningskompetansen om prosessuelle spørsmål følger av § 11-5 (1), og pålegger retten en plikt til veiledning om «saksbehandlingen og andre formelle forhold» så langt dette er nødvendig for at partene kan ivareta egne interesser. Ordlyden er vid, og omfatter veiledning om de prosessuelle regler som kan sørge for at løsningen av tvisten skjer på en prosessuelt hensiktsmessig måte. Dersom feil likevel gjøres, må retten veilede om adgangen til å rette opp disse,

²⁰⁹ Backer 2015 s. 274 behandler det samme under «materiell prosessledelse». Uttrykket «materiell prosessledelse» kan i nasjonal sammenheng også avgrenses mot prosessuell veiledning, slik som i Eldjarn 2016 s. 19. Ettersom tvisteloven anvender uttrykket «veiledning», er det dette som vil bli benyttet her.

²¹⁰ Forente saker C-240/98–C-244/98 Océano avsnitt 26.

jf. særlig tvl. § 16-5. Det viktigste formålet med den prosessuelle veiledningsplikten er å sørge for at partene ikke lider rettstap som følge av manglende kunnskap om saksbehandlingsreglene.²¹¹

Hovedregelen om veiledningen om materielle spørsmål følger av § 11-5 (2). Retten skal i samsvar med kompetansen som følger av tredje til sjuende ledd gi veiledning som skal bidra til at retten kan komme til et materielt riktig resultat.²¹² Veiledningen er dermed særlig tett knyttet til en av hovedfunksjonene i tvisteloven, å sikre den materielle rettens gjennomslag.

Etter § 11-5 (3) har retten en plikt til å sørge for at tvistesporsmål og partenes påstander og standpunkter blir klargjort. Bestemmelsen tar utgangspunkt i partenes prosessopplegg, og ligger i skjæringspunktet mellom prosessuell og materiell veiledning.²¹³ Denne adgangen innebærer i liten grad at retten går utenfor partenes prosessopplegg, og bidrar dermed heller ikke til å oppfylle plikten til *ex officio* anvendelse.

De operative bestemmelsene om materiell veiledning finnes i § 11-5 (4) og (5).²¹⁴ Det er her retten gis den største adgangen til å sørge for at partene foretar nye prosesshandlinger som kan bidra til at avgjørelsen blir materielt riktig. Dette er dermed også de viktigste reglene for å oppfylle kravet om *ex officio* anvendelse. Tvl. § 11-5 (4) og (5) lyder slik:

«(4) Retten kan oppfordre en part til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken.

(5) Retten kan oppfordre en part til å tilby bevis.»

Som uttrykket «kan» tilsier, er hovedregelen at retten kun har en kompetanse, ikke en plikt til materiell veiledning etter disse reglene.²¹⁵ Hvorvidt veiledningen gis, beror dermed i stor grad på dommerens skjønn, i tillegg til kunnskap om nærliggende materielle regler. I enkelte særlige tilfeller kan det også oppstå en plikt for retten til å gi veiledning om materielle forhold. Ettersom

²¹¹ Schei m.fl. 2013 s. 409.

²¹² NOU 2001: 32 A s. 139.

²¹³ Skoghøy 2017 s. 964.

²¹⁴ Skoghøy 2017 s. 964, Schei m.fl. 2013 s. 409.

²¹⁵ NOU 2001: 32 B s. 709.

kravet om *ex officio* anvendelse innebærer en plikt for den nasjonale domstolen, er en skjønnsmessig adgang til veiledning ikke tilstrekkelig for å oppfylle direktivets krav. Det er derfor dommerens *plikt* til veiledning som undersøkes i det videre.

For at rettens veiledning etter tvl. § 11-5 skal kunne oppfylle plikten til *ex officio* anvendelse av direktivet, er det nødvendig at veiledningen oppstår i de samme saker, og gir de samme virkninger som er lagt til grunn for forbrukeravtaledirektivet i EU-domstolens praksis. For å avgjøre om rettens veiledningsplikt kan oppfylle kravet om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet, må det derfor gjøres en sammenlikning på vilkår- og virkningssiden.

4.4.2 Oppstår veiledningsplikten i de samme tilfeller som plikten til *ex officio* anvendelse?

Veiledningsplikten etter tvisteloven gjelder tilfeller hvor saken er særlig viktig for parten, det alternative påstandsgrunnlaget eller beviset har klar relevans i saken, og parten vil bli påført et rettstap om dette ikke påberopes.²¹⁶

Veiledningsplikten etter § 11-5 oppstår dermed etter en vurdering av sakens konkrete omstendigheter, særlig partens forhold. Dette gjelder både hvilken evne parten har til å ivareta egne interesser, og partens behov for at interessene blir ivaretatt i saken. Selv om tvistegenstanden i forbrukersaker ofte er av mindre verdi, og tvisten derfor sjelden vil være særlig viktig for parten, er det ikke utelukket at retten etter omstendighetene kan ha en veiledningsplikt. Et eksempel på dette kan være ved søksmål fra den næringsdrivende med krav om tilbakebetaling av et lån med sikkerhet i forbrukerens bolig. Konsekvensene for forbrukeren vil i et slikt tilfelle kunne være så store at det oppstår et tilstrekkelig stort behov for å ivareta parten at retten har en plikt til veiledning.

Etter tvl. § 11-5 (6) må retten ved veiledningen ta hensyn til om parten har prosessfullmektig, og da særlig om prosessfullmektigen er advokat. En advokat må forventes å ha kunnskap om prosessuelle og materielle regler av

²¹⁶ NOU 2001: 32 B s. 709.

betydning, og dermed reduseres behovet for veiledning fra retten. Dersom advokaten gjør noe som fremstår som en forglemmelse eller misforståelse, må imidlertid retten likevel veilede.²¹⁷ Dette understreker også at plikten oppstår etter en konkret vurdering hvor særlig partens forhold er av betydning.

Plikten til *ex officio* anvendelse etter direktivet er også avhengig av at det foreligger konkrete omstendigheter i saken som kan utløse rettens aktivitetsplikt. Omstendighetene som er relevante er likevel ulike. Omstendighetene som er relevante etter direktivet retter seg mot rettsregelen og hvorvidt den er anvendelig ut fra de faktiske forhold i den konkrete saken.²¹⁸ Plikten påvirkes i utgangspunktet ikke av at den konkrete forbrukeren er særlig svak eller særlig sterk, selv om beskyttelsen bygger på en forutsetning om at forbrukeren er en svak part.²¹⁹ Dette vises for eksempel ved at det er uten betydning om forbrukeren har engasjert advokat i det konkrete tilfellet.²²⁰ Plikten etter direktivet verner ikke bare forbrukeren mot egen mangel på kunnskap eller juridisk bistand, men også der den juridiske bistanden er dårlig.²²¹ Det at det ses bort fra den konkrete partens forhold har sammenheng med at plikten til *ex officio* anvendelse ikke bare skal sikre den konkrete forbrukeren, men også forbrukervern mer generelt, og integrasjon av det indre marked, jf. 4.6.4.

Selv om vilkårene prinsipielt avgjøres på ulike måter, kan vilkårene likevel i praksis være oppfylt i noen av de samme sakene. For eksempel kan retten generelt anses å ha en plikt til veiledning overfor selvprosederende parter i småkravsprosess.²²² Dette vil kunne omfatte mange av sakene som gjelder forbrukeravtaledirektivet.

Vilkårssiden av veiledningsplikten vil likevel ikke være oppfylt i alle de tilfellene der plikten til *ex officio* anvendelse av direktivet oppstår. Ved å anvende den folkerettslige forpliktelsen som rettskildefaktor, må derfor tvl. § 11-5 tolkes slik at retten har en veiledningsplikt overfor forbrukeren i tilfeller

²¹⁷ NOU 2001: 32 B s. 708.

²¹⁸ C-243/08 Pannon avsnitt 32.

²¹⁹ Eksempelvis forente saker C-240/98–C-244/98 Océano avsnitt 25.

²²⁰ C-429/05 Rampion avsnitt 65.

²²¹ Rott 2016 s. 518.

²²² Skoghøy 2017 s. 966.

der direktivet etter EU-domstolens praksis skal anvendes *ex officio*. Plikten oppstår på tidspunktet retten råder over de faktiske og rettslige omstendigheter som er nødvendige for å anvende forbrukeravtaledirektivet, med de nyanseringer som er angitt ovenfor i punkt 3.5.

4.4.3 Tilsvare innholdet i veiledningsplikten innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse?

I det videre vil virkningssiden av tvl. § 11-5 (4) og (5) undersøkes. Innholdet i plikten må avgrenses både positivt og negativt, altså hva dommeren kan, og ikke kan gjøre ved utøvelsen av veiledningsplikten. Særlig den negative siden er avgjørende for i hvilken utstrekning veiledningsplikten kan oppfylle innholdet i kravet til rettens *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet.

Når det gjelder den positive siden av veiledningen, gir tvl. § 11-5 (4) og (5) retten kompetanse til å stille spørsmål og tilskynde partenes standpunkt om nye faktiske og rettslige forhold som kan være relevante i saken. Dette kan eksempelvis gjelde endring av påstand, påberopelse av nye påstandsgrunnlag og bevis. Ordlyden er vid, og er ikke begrenset til dette. Tolket i lys av plikten til *ex officio* anvendelse, må veiledningsplikten også gi dommeren kompetanse til å veilede forbrukeren for å fremsette en helt ny påstand eller trekke inn nye krav som ikke har vært gjort til søksmålgjenstand for å gjennomføre forbrukerens rettigheter etter forbrukeravtaledirektivet. Gjennom henvendelser til parten vil det være mulig å få forbrukeren til å foreta de nødvendige prosesshandlinger, og gjøre det mulig for retten å treffe en avgjørelse som sikrer forbrukerens rettigheter etter direktivet. Veiledningsplikten vil dermed i stor utstrekning kunne oppfylle viktige deler av plikten til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet.

Det gjelder imidlertid viktige begrensninger i innholdet i rettens veiledning som vil kunne få betydning for i hvilken grad kravet om *ex officio* anvendelse kan oppfylles. For det første gjelder dette § 11-5 (7) som hindrer retten i å gi partene «råd», og krever at veiledningen foretas på en måte som

ikke «svekker tilliten» til rettens upartiskhet.²²³ Kravet om domstolenes upartiskhet gjelder alle deler av saksbehandlingen, og følger også av Grl. § 95, EMK²²⁴ art. 6 nr. 1 og SP²²⁵ art. 14 nr. 1. Dette setter begrensninger for hvor langt veiledningen kan gå i å oppfordre, og hvordan veiledningen formuleres overfor parten. Hensynet til rettens upartiskhet tilsier også at den materielle veiledningen skjer åpent i rettsmøter der begge parter er med, eller ved skriftlige henvendelser som meddeles begge parter.²²⁶ Det er ingen overdrivelse når Backer skriver at «[d]et må likevel medgis at grensen mellom veiledning og råd ikke alltid er krystallklar».²²⁷ Som det understrekes i forarbeidene, vil det være en «hårfin grense» mellom tilfeller hvor dommeren bør veilede, og tilfeller hvor det gis råd i strid med § 11-5 (7).²²⁸ Veiledning som eksempelvis skjer gjennom spørsmålsstilling til partene kan ha en ladet karakter, og fremstå som en oppfordring til partene, og dermed svekke tilliten til rettens upartiskhet. Dersom dommeren går langt i å gi råd til forbrukeren om hva vedkommende bør foreta seg for at forbrukeravtaledirektivets regler skal anvendes, kan dette dermed være problematisk som følge av kravet til domstolens upartiskhet.

Det kan imidlertid være mindre grunn til å anse dommerens opptreden som egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet, og dermed sette skranker for innholdet i veiledningen, i saker hvor det gjelder en veiledningsplikt etter forbrukeravtaledirektivet. Kravene i tvl. § 11-5 (7) er noen grad relative ut fra den materielle regelen det veiledes om. Som Backer skriver, kan det i tvilstilfeller være grunn til å legge vekt på behovet for en materielt riktig avgjørelse ved vurderingen av tilliten til domstolens upartiskhet.²²⁹ Indispositive saker, jf. tvl. § 11-4, er et eksempel hvor det oppstår et slikt økt behov for en materielt riktig avgjørelse. I kommentarutgaven til tvisteloven legges det til grunn

²²³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 407.

²²⁴ Den europeiske menneskerettskonvensjon.

²²⁵ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.

²²⁶ Backer 2015 s. 278.

²²⁷ Backer 2015 s. 278.

²²⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 407.

²²⁹ Backer 2015 s. 278.

at i slike saker er det både adgang til å gi mer konkret veiledning i klarere ordelag, og også å gi råd, så lenge dette gjøres på en nøktern og nøytral måte.²³⁰ På liknende måte må EU-domstolens praksis forstås slik at en viktig del av formålet med veiledningen er å nå et materielt riktig resultat i disse sakene. Terskelen for når dommeren opptrer på en måte som svekker tilliten til rettens upartiskhet må dermed heves i forbindelse med forbrukeravtaledirektivet. Dersom EU-domstolens praksis stiller krav som går lenger enn det som kan tillates som følge av behovet for en materielt riktig avgjørelse, kan også den folkerettslige forpliktelsen om anvendelse av forbrukeravtaledirektivet være en avgjørende rettskildefaktor for at § 11-5 (7) må tolkes innskrenkende.

Dommeren må dermed kunne gå langt i sin veiledning i saker hvor forbrukeravtaledirektivet kan komme til anvendelse. Begrensningen som ligger i kravet om rettens upartiskhet setter altså i liten grad skranker for innholdet i dommerens veiledning overfor forbrukeren om rettighetene etter forbrukeravtaledirektivet.

Etter at retten har veiledet, vil forbrukeren kunne velge å følge opp veiledningen ved å foreta den relevante prosesshandlingen, eller unnlate å gjøre det. Ettersom veiledningen som nevnt kan gå langt, og anvendelse av forbrukeravtaledirektivet som oftest vil være i forbrukerens interesse, vil veiledning som hovedregel være tilstrekkelig for å sikre at de nødvendige prosesshandlinger blir foretatt. Dersom forbrukeren følger opp veiledningen, er plikten til *ex officio* anvendelse oppfylt.

Dersom forbrukeren unnlater å følge opp veiledningen, beror det på en nærmere vurdering av forbrukerens opptreden og bakgrunnen for denne, om plikten til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet er oppfylt. Forbrukeren har som nevnt en rett til å gi et informert avkall på vernet etter forbrukeravtaledirektivet, jf. *Pannon*.²³¹ Denne retten kan i norsk prosessrett sies å være særlig tett knyttet til påberopelse av påstandsgrunnlag, men er ikke begrenset til dette. EU-domstolen må forstås å ha gitt forbrukeren en

²³⁰ Schei m.fl. 2013 s. 419.

²³¹ C-243/08 *Pannon* avsnitt 33.

generell kompetanse til å hindre rettens *ex officio* anvendelse av direktivet. Dette innebærer at forbrukeren også kan hindre rettens bevisførsel, eller at retten går utover forbrukerens påstand eller krav. Dersom forbrukeren har fått tilstrekkelig informasjon om sine potensielle rettigheter etter direktivet, og inntar standpunktet at uansett om det foreligger et urimelig vilkår ønsker vedkommende ikke direktivets regler anvendt, må retten være bundet av dette og unnlate å gå utenfor forbrukerens prosesshandlinger. Der den manglende aktiviteten fra forbrukeren med hensyn til å foreta de nødvendige prosesshandlinger som sikrer anvendelse av direktivet er et resultat av forbrukerens uttrykkelige og informerte valg, er plikten til *ex officio* anvendelse oppfylt.

Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor forbrukeren, tross betydelig veiledning fra retten, ikke forstår hva dommeren vil med veiledningen, eller ikke evner å følge opp denne gjennom de nødvendige prosesshandlinger. Unnlatelsen av å følge opp veiledningen er i disse tilfellene ikke uttrykk for et informert avkall fra forbrukerens side. Årsaken kan være at forbrukeren er særlig ressurs svak, men kan også være en konsekvens av kompliserte saksforhold, eller en kombinasjon av disse. At direktivet kan komme til anvendelse i komplekse saker, viser både EFTA-domstolens praksis om indeksregulerte lån, og Høyesteretts avgjørelse i Røeggen-saken som gjaldt aksjeindeksobligasjoner.²³² I disse sakene var det blant annet spørsmål om forbrukeren hadde forstått avtalens innhold. Når forbrukeren har problemer med å forstå innholdet i avtalen, kan det også være vanskelig å foreta de nødvendige prosesshandlinger som skal til for å sørge for at retten kan anvende forbrukeravtaledirektivets regler på avtalen. Heller ikke i mindre komplekse saker er det imidlertid gitt at veiledning, selv om den går langt, er tilstrekkelig overfor en forbruker som er helt ukjent med prosessrettens formelle skranker. For eksempel kan det tenkes at forbrukeren ikke forstår at vedkommende vil være tjent med å legge ned en subsidiær påstand om prisavslag i tillegg til en prinsipal påstand om heving. Som følge av forskjeller i de materielle rettighetene,

²³² E-25/13 Gunnar V. Engilbertsson mot Íslandsbanki hf., E27/13 Sævar Jón Gunnarsson mot Landsbankinn hf., Rt. 2013 s. 388 S (Røeggen).

vil dette siste særlig kunne være praktisk ved anvendelsen av andre forbrukerbeskyttelsesdirektiv enn forbrukeravtaledirektivet.

Med enkelte unntak for henvisning til riktig domstol etter tvl. § 4-7, og adgang til å gjøre mindre formelle endringer i domsslutningen sammenliknet med partenes påstander, kan imidlertid ikke domstolen følge opp veiledningen ved å utøve kompetansen på vegne av parten.²³³ Dette følger av hva veiledning *er*, og følger også av tvl. § 11-2 som legger til partene å styre sakens materielle innhold. Veiledningen skal sikre at partene selv kan ivareta sine interesser i saken. Et utslag av dette er tvl. § 16-5 som legger til parten selv å rette en mangelfull prosesshandling. Den avgjørende kompetansen ligger altså etter tvl. § 11-5 til parten, og retten kan ikke utøve denne på partens vegne. I slike tilfeller er imidlertid ikke rettens plikt til å anvende forbrukeravtaledirektivet *ex officio* oppfylt gjennom rettens veiledning. Selv etter en tolkning av tvl. § 11-5 hvor også presumsjonsprinsippet anvendes, kan det ikke utledes en slik kompetanse for retten. Det at retten ikke kan følge opp veiledningen ved å foreta prosesshandlingen på vegne av parten, innebærer en helt sentral begrensning for i hvilken grad kravet om *ex officio* anvendelse kan oppfylles gjennom veiledning.

I saker hvor reglene i forbrukeravtaledirektivet kan komme til anvendelse, har retten dermed en veiledningsplikt på det tidspunkt som er redegjort for i punkt 3.5. Den skjønnsmessige adgangen til veiledning som følger av ordlyden «kan» i tvl. § 11-5 (4) og (5), må i disse sakene forstås som «skal». Kravet om rettens upartiskhet i § 11-5 (7) vil i liten grad begrense hvor langt retten kan gå i veiledningen. Dette vil i de aller fleste tilfeller være tilstrekkelig for å oppfylle plikten til *ex officio* anvendelse.

For unntakstilfellene hvor parten ikke forstår veiledningen, eller ikke evner å følge opp denne, er rettens veiledning ikke tilstrekkelig for å oppfylle kravet om *ex officio* anvendelse. Det må derfor undersøkes om det finnes andre regler om dommeraktivitet som kan oppfylle EØS-rettens krav i disse tilfellene.

²³³ Backer 2015 s. 275.

4.5 Rettens plikt til bevisføring i dispositive saker

Det følger av tvl. § 11-2 (2) og forutsetningsvis av tvl. § 21-3, at partene har det primære ansvaret for bevisføringen. Som klar hovedregel gjelder derfor ingen plikt for domstolen til å sørge for bevisføring i dispositive saker.²³⁴ Utgangspunktet er at dersom retten skal påvirke bevisføringen, må dette skje gjennom veiledning overfor partene. Selv om retten etter omstendighetene kan gå langt i veiledningen, og også oppfordre partene til å tilby nye bevis etter § 11-5, innebærer dette som påpekt ingen absolutt sikkerhet for at bevisene blir ført av forbrukeren.

I § 21-3 (2) er retten gitt en selvstendig adgang til å sørge for bevisføring. Bestemmelsen lyder slik:

«I saker hvor offentlige hensyn medfører begrensninger i partenes rådighet, jf. § 11-4, har retten plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag. I andre saker **kan** retten sørge for bevisføring **med mindre partene motsetter seg** dette.» (Uthevet her).

Etter tvl. § 21-3 (2) andre punktum gis retten en skjønnsmessig kompetanse til å supplere partenes bevisføring, med mindre begge parter eksplisitt gir uttrykk for at de ikke ønsker den bevisføringen retten har tatt initiativ til.²³⁵ Som følge av at partene har det primære ansvaret for bevisføringen, er det nødvendig at materiell veiledning overfor parten forsøkes før retten selv sørger for bevisføringen. Det er likevel en sammenheng og glidende overgang mellom disse aktivitetene for domstolen.²³⁶

Som Tvistemålsutvalget la til grunn, finnes det saker som er dispositive, men hvor andre forhold enn partenes rådighet over rettsforholdet likevel tilsier at man må følge enkelte av prinsippene for indispositive saker.²³⁷ Dette kan eksempelvis være styrkeforholdet mellom partene, eller begrensninger i partenes ressurser.²³⁸ Det kan ses som et utslag av dette, når det i forarbeidene

²³⁴ NOU 2001: 32 B s. 946, Schei m.fl. 2013 s. 786, Skoghøy 2017 s. 967, Hov 2017 s. 201, se eksempelvis Rt. 1993 s. 647 U, Rt. 1979 s. 216 U, Rt. 1994 s. 1645 U

²³⁵ NOU 2001: 32 B s. 946.

²³⁶ Se eks. Rt. 1992 s. 744 U, Rt. 2009 s. 630 U, Eldjarn 2016 s. 103–104.

²³⁷ NOU 2001: 32 A s. 510.

²³⁸ NOU 2001: 32 A s. 510.

ble lagt til grunn under henvisning til Hov og Schei, at retten også i dispositive saker unntaksvis kunne ha en plikt til å sørge for bevisføring.²³⁹ Dette kan ses slik at «kan» i tvl. § 21-3 (2) annet punktum, i enkelte tilfeller må forstås som «skal».

Dette primære rettsgrunnlaget vil kunne gi de nødvendige rettsvirkninger for å oppfylle de deler av plikten til *ex officio* anvendelse som gjelder bevisføring. Tv. § 21-3 (2) annet punktum vil kunne sikre både plikten til å anvende de tilgjengelige bevis for å anvende urimelighetsvilkåret (oppstilt i *Pannon*), og plikten til å skaffe nye bevis om direktivets inngangsvilkår (oppstilt i *Pénzügyi*). Når det gjelder de bevis som er tilgjengelige for domstolen, vil bevisføringsplikten være praktisk dersom forbrukeren ikke forstår hva dommeren vil med veiledningen, eller hvordan beviset føres for retten. For bevis som ikke er tilgjengelige, men som retten må skaffe for å avklare hvorvidt direktivet kommer til anvendelse, vil rettens plikt i tillegg avhjelpe tilfeller hvor forbrukeren ikke forstår hvordan beviset skal innhentes. Virkningene av tvl. § 21-3 (2) er dermed velegnet til å oppfylle innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse. Spørsmålet i det videre er i hvilken grad plikten kommer til anvendelse i saker innenfor forbrukeravtaledirektivets virkeområde.

I forarbeidene til tvisteloven ble det lagt til grunn at plikten først og fremst oppstår i tilfeller hvor saken betyr «svært mye» for parten, og parten ikke har tilstrekkelige ressurser til å ivareta egne interesser.²⁴⁰ Et sjeldent eksempel fra høyesterettspraksis, som også nevnes i forarbeidene til tvisteloven, er Rt. 1950 s. 981.²⁴¹ Saken gjaldt utkastelse, og Høyesteretts kjæremålsutvalg la til grunn at det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke

²³⁹ NOU 2001: 32 B s. 946 med videre henvisninger til Schei 1998 s. 377, Hov 1999 s. 202.

²⁴⁰ NOU 2001: 32 B s. 946, jf. s. 709, se også Skoghøy 2017 s. 967.

²⁴¹ Rt. 1950 s. 981 U, omtalt i NOU 2001: 32 B s. 709. Eldjarn 2016 s. 104 flg. legger til grunn at Høyesterett har lagt til grunn en slik plikt til bevisføring i en rekke avgjørelser. Disse sakene gjelder også mindre viktige rettsgoder enn det som var tilfellet i Rt. 1950 s. 981 U. De to avgjørelsene Eldjarn særlig omtaler, Rt. 1979 s. 216 U og Rt. 1992 s. 744 U, gjelder imidlertid etter mitt syn noe annet. Det ble her oppstilt en plikt til å oppfordre partene til å legge frem bevis, altså en plikt til materiell veiledning. Som Eldjarn også påpeker i fotnote 435 på s. 103, presenterer kjæremålsutvalget i Rt. 1979 s. 216 U på s. 217 to alternative måter lagmannsretten kunne anvendt for å unngå saksbehandlingsfeil. Lagmannsretten kunne «selv å be selvangivelsen og næringsoppgaven fremlagt, eller til å gjøre partene oppmerksom på at innholdet av disse dokumenter kunne bli tillagt avgjørende

hadde sikret ytterligere bevisføring om leietakeren hadde inngått kjøpsavtale. Dersom dette var tilfellet ville det hindre utkastelse, noe som viser at saken gjaldt et retts gode av stor betydning for parten. Når det gjelder kravet om at saken må være av stor betydning for parten, vil dette som hovedregel ikke være tilfellet i saker på forbrukeravtaledirektivets område. Unntak kan likevel tenkes på liknende måte som for veiledningsplikten ovenfor, eksempelvis ved urimelige vilkår i avtaler om boliglån hvor det er avtalt sikkerhet i boligen.

Et annet vilkår for rettens bevisføring må oppstilles med grunnlag i forarbeidenes omtale av rettens adgang til å oppfordre partene til å tilby nye bevis etter tvl. § 11-5 (5), altså materiell veiledning. Det ble lagt til grunn at slik oppfordring bare burde gis i tilfeller hvor det er «nærliggende» at beviset vil få avgjørende betydning for utfallet av saken.²⁴² Begrunnelsen for dette var at slik oppfordring kan fremstå som et forhåndsstandpunkt og svekke tilliten til domstolens upartiskhet. Dersom retten selv fører beviset vil dette i enda større grad enn en oppfordring til å føre beviset kunne svekke tilliten til rettens upartiskhet. Kravet om at det er «nærliggende» at beviset får avgjørende betydning må dermed også gjelde ved rettens plikt til bevisførsel etter § 21-3 (2) andre punktum.

Det stilles ikke noe slikt krav om bevisets betydning i saken etter EU-domstolens praksis. Retten skal anvende de tilgjengelige bevis, uansett om det er nærliggende at disse får avgjørende betydning eller ikke. Plikten i *Pannon* gjelder imidlertid bevis som er tilgjengelige for retten, slik at dommeren ikke innhenter nye bevis, noe som gjør bevisføringen mindre egnet til å skape tvil om rettens upartiskhet. Bevisføringsplikten fra *Pénzügyi* gjelder innhenting av nye bevis, men gjelder kun inngangsvilkår, og dermed vurderingstemaer som ofte er enklere, noe som gjør dommerens opptreden mindre egnet

vekt». Når saksbehandlingsfeilen drøftes på s. 218 er det sentrale imidlertid at «[e]n enkel forespørsel fra lagmannsretten ville her vært tilstrekkelig». Utvalget drøftet dermed hvorvidt det forelå en plikt til å be partene om ytterligere bevisføring. Det er slik jeg ser det, ikke grunnlag for å slutte fra avgjørelsen at det ville foreligget en saksbehandlingsfeil ved at retten unnlot å føre bevisene også for det tilfellet at retten hadde oppfordret parten til å legge disse frem. Når det gjelder Rt. 1992 s. 744 U, skulle lagmannsretten gitt parten «adgang til å dokumentere» opplysningen. Også her var det parten som skulle ført beviset. Se også Skoghøy 2017 s. 968.

²⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 407.

til å skape tvil om rettens upartiskhet. For begge sider av bevisføringsplikten finnes dermed nyanser som gjør bevisføringen mindre egnet til å svekke hensynet til rettens upartiskhet. Dette, i tillegg til at den folkerettslige forpliktelsen anvendes som tolkningsfaktor, gjør at det ikke kan gjelde et krav om at det må være nærliggende at beviset får avgjørende betydning for at retten kan føre dette.

Tvl. § 11-5 (6) viser at retten ved vurderingen av om det skal føres bevis i tillegg må ta hensyn til hvorvidt parten er selvprosederende.²⁴³ Plikten til bevisføring etter direktivet gjelder imidlertid prinsipielt i alle saker, uavhengig av den konkrete forbrukerens ressurser, og om vedkommende er representert ved advokat.²⁴⁴ Selv om dette i utgangspunktet innebærer en ulikhet på vilkårssiden, vil bevisføringsplikten som følger av direktivet likevel som hovedregel ha praktisk betydning hvor partene ikke er representert ved advokat under prosessen. Advokater må forventes å klare å forstå og følge opp rettens veiledning, slik at parten som klar hovedregel vil være selvprosederende i de tilfeller hvor bevisføringsplikten etter direktivet er aktuell. I et lite praktisk tilfelle hvor forbrukerens advokat ikke forstår rettens veiledning, må likevel retten uansett føre beviset som følge av plikten etter direktivet.

Parten har etter § 21-3 (2) andre punktum siste ord, ved at retten likevel ikke kan sørge for bevisføring dersom partene «motsetter seg dette».²⁴⁵ Såfremt retten informerer forbrukeren om den mulige direktivbeskyttelsen, er dette i samsvar med kravet i *Pannon* om at forbrukeren kan gi et informert avkall på vernet etter direktivet.²⁴⁶

Tvl. § 21-3 (2) annet punktum må i lys av den folkerettslige forpliktelsen som følger av forbrukeravtaledirektivet tolkes slik at bevisføringsplikten gjelder ved spørsmål om forbrukeravtaledirektivet kommer til anvendelse, og om det foreligger urimelige avtalevilkår i strid med direktivet når retten råder over disse bevisene. Dette må gjelde uavhengig av sakens betydning for

²⁴³ Eldjarn 2016 s. 105.

²⁴⁴ C-429/05 Rampion avsnitt 65.

²⁴⁵ Se NOU 2001: 32 B s. 946, Hov 2017 s. 217, Eldjarn 2016 s. 106.

²⁴⁶ C-243/08 Pannon avsnitt 33.

forbrukeren, bevisets betydning i saken, og om vedkommende har advokatbi-stand.

Rettenes plikt til bevisføring i dispositive saker gir dermed viktige bidrag til å oppfylle de krav EU-domstolen har stilt opp med grunnlag i forbrukeravtaledirektivet. Det at kompetansen har sitt rettslige grunnlag i tvl. § 21-3 (2) og kun gir retten kompetanse til å føre nye *bevis*, setter imidlertid avgjørende begrensninger. Retten har ikke kompetanse til å gå utenfor partenes påstander, påstandsgrunnlag eller krav. En slik plikt ville gripe sterkere inn i partenes autonomi, sammenliknet med det som gjelder ved plikt til supplerende bevisføring.²⁴⁷ Som følge av klar ordlyd og at dette innebærer et sterkere inngrep i partenes autonomi, kan det ikke være adgang til å tolke bevisføringskompetansen i tvl. § 21-3 (2) andre punktum slik at den også omfatter en adgang til å gå utenfor partenes krav, påstander og påstandsgrunnlag.

4.6 Skal forbrukeravtaledirektivet anses å være et indispositivt element?

4.6.1 Aktualitet

Preseptorisk lovgivning til beskyttelse av forbrukere, slik som forbrukeravtaledirektivet, er tradisjonelt i norsk rett ikke ansett å være indispositive regler.²⁴⁸ Tvister på formuerettens område er i utgangspunktet dispositive, men det finnes enkeltregler som innebærer unntak hvor partenes rådighet likevel er begrenset.²⁴⁹

Kravet om *ex officio* anvendelse i tilfeller hvor parten ikke evner å ivareta sine rettigheter etter direktivet, har imidlertid likhetstrekk med enkelte av virkningene som kan oppstå ved indispositivitet. En av de største autoritetene i norsk sivilprosess, Skoghøy, har også lagt til grunn en forståelse av plikten til *ex officio* anvendelse slik at den innebærer at forbrukeravtaledirektivet må anses å være et indispositivt element.²⁵⁰ Dette gjør det aktuelt og

²⁴⁷ Eldjarn 2016 s. 105–106.

²⁴⁸ Hov 2017 s. 137, Haaskjold 2013 s. 131 og Skoghøy 2017 s. 600. Skoghøy legger likevel til grunn at *Banesto* har medført en endring av dette, i lys av de *ex officio* krav EU-domstolen har stilt opp.

²⁴⁹ NOU 2001: 32 B s. 708.

²⁵⁰ Skoghøy 2017 s. 600–601.

interessant med en grundig behandling av spørsmålet om reglene om indispositivitet også må utvides til å omfatte forbrukeravtaledirektivet.

Den oppfyllelse av anvendelsesplikten som er redegjort for ovenfor oppfyller anvendelsesplikten i stor utstrekning, og gir god sammenheng i prosessreglene. Tolkningene av disse primære rettsgrunnlagene kan imidlertid ikke oppfylle alle sider ved plikten til *ex officio* anvendelse. Særlig gjelder dette som nevnt tilfeller hvor parten forholder seg passivt under tvisteløsningen, uten at dette gir uttrykk for et informert avkall fra forbrukeren. Derksom det å anse forbrukeravtaledirektivet som et indispositivt element kan oppfylle plikten også i disse tilfellene, samtidig som dette skjer på en koherent måte, må denne løsningen velges.

Til forskjell fra gjennomgangen ovenfor hvor ulike primære rettsgrunnlag har supplert og utfyllt hverandre, innebærer det å se forbrukeravtaledirektivet som et indispositivt element i stor utstrekning en fullstendig alternativ tilnærming til spørsmålet om hvordan plikten til *ex officio* anvendelse skal oppfylles i norsk rett. Når plikten etter direktivet uansett vil være ivaretatt gjennom en tolkning av tvl. § 11-4, vil de fleste av de primære rettsgrunnlagene nevnt ovenfor kunne tolkes uavhengig av den folkerettslige forpliktelsen som rettskildedefaktor. Disse alminnelige prosessreglene vil da anvendes på samme måte for forbrukeravtaledirektivet som i saker som gjelder andre materielle regler.

Hvorvidt kravet om *ex officio* anvendelse skal anses å være et indispositivt element i norsk rett, må også her bygge på en sammenlikning av innholdet i vilkår og virkning i de to regelsettene. I det videre er det først nødvendig å redegjøre for enkelte sentrale kjennetegn ved indispositive elementer.

4.6.2 Indispositive elementer

Indispositive elementer har en nær sammenheng med skillet som går mellom dispositive og indispositive saker i norsk sivilprosess.²⁵¹ Tematikken er kompleks, og gjelder særlig i hvilken grad retten er bundet av partenes prosesshandlinger.

Utgangspunktet for rollefordelingen i prosessretten er som nevnt at retten har ansvaret for rettsanvendelsen etter tvl. § 11-3, og dette gjelder både i dispositive og indispositive saker. Det følger imidlertid av tvl. § 11-3 første punktum, at denne kompetansen må utøves innenfor rammen av tvl. § 11-2 (1). Etter § 11-2 (1) kan retten kun avgjøre de «krav» som er reist i saken, og avgjørelsen må bygge på de «påstandsgrunnlag som er påberopt», og ligge innenfor rammen av partenes «påstander».

Enkelte materielle regler er imidlertid av en slik karakter at domstolene er gitt en særskilt kompetanse for å sikre en materielt korrekt anvendelse. Disse reglene er indispositive. Den generelle bestemmelsen om indispositivitet er tatt inn i tvl. § 11-4 og lyder slik:

«I saker om personstatus, barns rettsforhold etter barneloven, administrative tvangsvedtak etter kapittel 36 og i andre saker hvor **offentlige hensyn** begrenser partenes rådighet i søksmålet, er **retten ikke bundet av partenes prosesshandlinger lenger enn dette er forenlig med de offentlige hensyn**.

Retten kan likevel bare avgjøre de krav som er reist i saken.» (Uthevet her).

Lovteksten legger med ordlyden «lenger enn dette er forenlig», opp til en relativ vurdering av de «offentlige hensyn». Kompetansefordelingen i saken kan endres i en rekke ulike relasjoner, i den utstrekning de «offentlige hensyn» tilsier dette. Ordlyden setter dermed få skarpe grenser for hvilke typetilfeller som kan tenkes. Der vilkåret er oppfylt, utvides rettens kompetanse for å sikre en materielt riktig anvendelse av rettsregelen.²⁵²

Rettsvirkningene ved indispositivitet gjelder ikke direkte hvorvidt retten skal ha kompetanse til å anvende rettsreglene som følger av forbrukeravtaledirektivet. Formelt har retten alltid denne kompetansen, jf. tvl. § 11-3.

²⁵¹ NOU 2001: 32 B s. 706.

²⁵² Rt. 2012 s. 967 A avsnitt 27.

Partenes kompetanse til å styre sakens materielle innhold innebærer likevel at partene i saken kan trekke opp snevre rammer for rettens kompetanse til rettsanvendelse.²⁵³

Indispositivitet innebærer imidlertid at retten, i motsetning til det som gjelder ved veiledning, er ubundet av partenes prosesshandlinger. Dersom forbrukeravtaledirektivet anses å være et indispositivt element, kan dette dermed gi retten kompetanse til å foreta de nødvendige prosesshandlinger. For det tilfellet at en forbruker unnlater å foreta en prosesshandling som følge av mangel på kunnskap eller ressurser, kan dette innebære at kravet om *ex officio* anvendelse vil oppfylles i større grad enn det som er mulig med veiledning.

I juridisk teori²⁵⁴ og i forarbeidene²⁵⁵ er de endringene i kompetansen § 11-4 kan føre til, hovedsakelig delt i tre ulike kategorier. Dette er saker som er tilnærmet fullt ut indispositive, saker som er indispositive i én retning, og saker med indispositive elementer.

Indispositive elementer er materielle regler som partene ikke kan råde over i ellers dispositive saker. Hvorvidt en materiell regel er et indispositivt element, er et rettsspørsmål som beror på den materielle regelen.²⁵⁶ De konkrete forholdene i saken er derfor uten betydning for rettens kompetanse etter tvl. § 11-4.²⁵⁷ Om retten i en konkret sak skal benytte kompetansen, og eventuelt i hvilken utstrekning, avgjøres likevel ut fra den konkrete sakens forhold. I saker hvor det «offentlige hensyn» er sammenfallende med partens egne interesser, vil dette eksempelvis ofte kunne ivaretas gjennom materiell veiledning.²⁵⁸ Dette fordi parten i slike tilfeller vil ha en egeninteresse i å foreta de prosesshandlinger som ivaretar «offentlige hensyn».

For å undersøke om forbrukeravtaledirektivet skal anses å være et indispositivt element i norsk prosessrett, er det først nødvendig å undersøke vil-

²⁵³ Aasland 1969 s. 175.

²⁵⁴ Aasland 1969 s. 145 flg., Skoghøy 2017 s. 595 flg., Hov 2017 s. 136, Schei m.fl. 2013 s. 402 flg.

²⁵⁵ NOU 2001: 32 B s. 707, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 176.

²⁵⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 405.

²⁵⁷ Eldjarn 2016 s. 187.

²⁵⁸ Lindell 2012 s. 114 påpeker dette i svensk rett.

kårssiden, altså hvorvidt tvl. § 11-4 kan komme til anvendelse på forbrukeravtaledirektivet. Selv om dette tradisjonelt ikke er en indispositiv regel, er det mulig en slik tolkning må legges til grunn som følge av EU-domstolens praksis.

Det sentrale vilkåret for indispositivitet og indispositive elementer er «offentlige hensyn». Spørsmålet er dermed om de hensyn som begrunner direktivet, og særlig plikten til å anvende direktivet, er «offentlige hensyn», jf. tvl. § 11-4. Dersom begrunnelsen finnes i interesser som ikke er «offentlige hensyn», vil en anvendelse av tvl. § 11-4 på forbrukeravtaledirektivet forutsette en utvidende tolkning av vilkåret.

Ved indispositive elementer er det imidlertid en nær sammenheng mellom vilkår og virkning som kan gjøre en utvidende tolkning mer problematisk enn ved de primære rettsgrunnlagene som har vært behandlet ovenfor. Virkningen av at det foreligger «offentlige hensyn», er at retten ikke er bundet av partene lenger enn dette er «forenlig med de offentlige hensyn». Vilkalet «offentlige hensyn» styrer dermed ikke bare *om* det foreligger et indispositivt element, men også i hvilken *utstrekning* retten er ubundet av partenes prosesshandlinger.

Det er ikke utelukket at det kan gjøres en utvidende tolkning eller analogisk anvendelse av tvl. § 11-4 på regler som ikke ivaretar «offentlige hensyn». Den nære sammenhengen mellom vilkår og virkning ved indispositivitet kan imidlertid innebære at de hensyn som søkes ivaretatt gir rettsvirkninger som skiller seg fra det som ellers gjelder for rettens kompetanse etter tvl. § 11-4. Dersom det ved utvidende tolkning oppstår slike rettsvirkninger som bryter med det systemet som ellers gjelder ved indispositivitet, vil den utvidende tolkningen gi et lite koherent tolkningsresultat, og må anses å være utelukket.

I det videre vil det bli undersøkt om forbrukeravtaledirektivet og plikten til *ex officio* anvendelse er begrunnet i «offentlige hensyn». Dersom dette ikke er tilfellet, må det undersøkes om en utvidende tolkning av «offentlige hensyn» gir en sammenheng mellom vilkår og virkning som tilsvarer den som gjelder ved indispositivitet etter tvl. § 11-4.

Ordlyden «offentlige hensyn» i tvl. § 11-4 er vag, og det er vanskelig å presisere innholdet i ordlyden nærmere. Hensynene kan både være abstrakte, eksempelvis i form av moralske interesser, men kan også gjelde konkrete virkninger. Både ideelle og økonomiske interesser er omfattet. Vagheten i ordlyden var nødvendig for å skape den fleksible generelle regelen som var målsetningen i lovarbeidet.²⁵⁹ Vilkåret setter samlet få grenser for hva som prinsipielt er relevant. Det kan sies å være en rettslig standard som kan utvikle seg over tid, med skiftende samfunnsendringer, rettsregler, og endrede syn på domstolens rolle.

Ordlyden har en forbindelse til andre vage og vidtrekkende formuleringer i tvisteloven. Dette gjelder eksempelvis «allmenne interesser» i tvl. § 15-8 som vilkår for å inngi skriftlig innlegg. Heller ikke dette er det enkelt å gi noen skarp definisjon av.²⁶⁰ Uttrykket «allmenne interesser» blir også benyttet i juridisk teori ved beskrivelsen av innholdet i «offentlige hensyn».²⁶¹ Det er likevel grunn til å påpeke at ordlyden «offentlige hensyn» går noe videre, og er særlig rettet mot offentligrettslige regler.²⁶²

Utfordringene med å presisere ordlyden nærmere viser seg også i juridisk teori, hvor det skjer en liten grad av presisering av vilkårets innhold.²⁶³ Det er beskrivende for utfordringene når det redegjøres slik for hvordan grensen skal trekkes i forarbeidene:

«Det sentrale spørsmålet er om rettsforholdet er slik at hensyn til **andre interesser enn de sakens parter kan råde over, nødvendiggjør begrensninger i partenes adgang til å råde over saken**. Et stikkord kan være at

²⁵⁹ NOU 2001: 32 B s. 706.

²⁶⁰ Johnsen 1986 s. 387 flg. avstår også fra å definere begrepet «allmenne interesser».

²⁶¹ Backer 2015 s. 78, Eldjarn 2016 s. 187. Øyen 2014 s. 198 bruker uttrykket «allmenne hensyn».

²⁶² I forarbeidene nevnes indispositivitet i sammenheng med «offentligrettslige hensyn» NOU 2001: 32 A s. 145.

²⁶³ Skoghøy 2017 s. 596 viser primært til uttalelsene i forarbeidene sitert nedenfor, uten å foreta nærmere presiseringer. Eldjarn 2016 s. 186 legger under henvisning til uttalelsen i forarbeidene til grunn at vilkåret omfatter «samfunnsinteresser ut over de partene kan råde over». Hov 2017 s. 133 skriver at «[u]ttrykket 'offentlige hensyn' brukes her i en nokså vid og omtrentlig betydning, nærmest som ensbetydende med 'samfunnsmessige hensyn'». Backer 2015 s. 78 legger til grunn at ordlyden kan dekke «saker der det offentlige er part», og saker der «allmenne hensyn» gjør seg gjeldende.

offentlige interesser tilsier at saken belyses eller avgjøres i et **bredere perspektiv** enn bare det som følger av partenes prosesshandlinger. Dette kan være hensynet til offentlige interesser i meget vid forstand, for eksempel hensynet til hvilken løsning av en tvist om daglig omsorg for et barn som vil være til det beste for barnet.»²⁶⁴ (Uthevet her).

Tvistemålsutvalget foretar her i liten grad noen nærmere presisering. Det vises til interesser som partene ikke kan råde over som «offentlige hensyn». Det er imidlertid hvorvidt partene kan råde over den aktuelle interessen som er spørsmålet.²⁶⁵

At interessene må belyses i et «bredere perspektiv» enn det partenes prosesshandlinger gir grunnlag for, gir likevel en viss veiledning, ved at hensyn partene kan ventes å ivareta på en forsvarlig måte gjerne faller utenfor. Avslutningsvis nevnes også at begrepet må forstås vidt, slik at barnets beste er et «offentlig(e) hensyn» i saker om daglig omsorg. Dette kan ses som et eksempel på et tilfelle hvor interessen må belyses i et slikt «bredere perspektiv», ettersom barn ikke nødvendigvis er part i saker som angår dem. Som følge av at barnet ikke har partsrettigheter, vil ikke materiell veiledning nødvendigvis sikre ivaretagelsen av barnets beste, og det vil dermed kunne være et behov for indispositivitet. Selv om den subjektive rettskraften er begrenset til partene, jf. tvl. § 19-15, vil avgjørelsen kunne ha betydelige faktiske virkninger for barnet. Noe veiledning gis dermed gjennom eksempelet.

Det er likevel klart at ikke ethvert tredjemannshensyn er tilstrekkelig for å begrunne indispositivitet. Eksempelvis kan det tenkes en sak om arrest i speditørens skip hvor tredjemanns varer er om bord på skipet. Eieren av varene har her en sterk interesse i at arrest nektes, men slike saker er likevel ikke indispositive. Det kreves altså noe mer enn en sterk tredjepersons interesse. Det er dette *mer* som er krevende å formulere positivt. Materielle regler

²⁶⁴ NOU 2001: 32 B s. 707.

²⁶⁵ Dette i tillegg til sirkelresonnementet Tvistemålsutvalget selv gjør oppmerksom på, § 11-4 avklarer ikke rettsvirkningene ved indispositivitet, dette avgjøres av de materielle regler, NOU 2001: 32 B s. 706–707.

kan imidlertid også ivareta «offentlige hensyn» uten at dette har konsekvenser for partenes rådighet.²⁶⁶

For å finne ytterligere veiledning i hva som kjennetegner materielle regler som er indispositive elementer, er det nødvendig å undersøke regler som tradisjonelt anses å være indispositive elementer i norsk rett, og om det er likheter eller forskjeller sammenliknet med forbrukeravtaledirektivet.

På formuerettens område er både NL²⁶⁷ 5-1-2 og straffelovens ikrafttredelseslov (strl.ikrl.)²⁶⁸ § 12 indispositive elementer.²⁶⁹ Det følger av NL 5-1-2 at avtaler skal holdes, med mindre de strider mot «Ærbarhed». Det er retts- og samfunnsoppfatningen om moralhensyn som er det sentrale i vurderingen av om en avtale strider mot «Ærbarhed».²⁷⁰ Bestemmelsen gir uttrykk for et samspill mellom rettsregler og moral.²⁷¹ Det ligger i dette at vilkåret vil være gjenstand for en dynamisk utvikling og endring i hvilke avtaler som rammes.

Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 2004 s. 1582. Saken gjaldt en avtale om at kjøper av en konsesjonspliktig landbrukseiendom, som i tillegg til den offisielle kjøpesummen, skulle betale et hemmelig tilleggsbeløp. Høyesterett uttalte at avtalen var i strid med «Ærbarhed» fordi den forpliktet partene til å begå en alvorlig forbrytelse, og dermed innebar et «kvalifisert brudd på allment aksepterte moralnormer».²⁷² Dette forholdet representerer ikke nødvendigvis noen nedre terskel for avtaler i strid med «Ærbarhed», men er et av få eksempler i rettspraksis, noe som viser at bestemmelsen først og fremst rammer grovere tilfeller.

Som Hauge påpeker, finnes det viktige forskjeller mellom «urimelig» i avtl. § 36 (som delvis gjennomfører forbrukeravtaledirektivet), og «Ærbarhed» i NL 5-1-2, ved at den førstnevnte bestemmelsen bygger på et partsperspektiv, mens den andre bygger på et samfunnsperspektiv.²⁷³ Dette viser også

²⁶⁶ Eldjarn 2016 s. 186.

²⁶⁷ Kong Christian Den Femtis Norske Lov.

²⁶⁸ Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden.

²⁶⁹ NOU 2001: 32 B s. 708, Krüger 1989 s. 380–381.

²⁷⁰ Giertsen 2014 s. 194.

²⁷¹ Haaskjold 2013 s. 62 med videre henvisning til Stang 1935 s. 572.

²⁷² Rt. 2004 s. 1582 A avsnitt 40.

²⁷³ Hauge 2009 s. 423–424.

hvorfor kun den sistnevnte bestemmelsen tradisjonelt er ansett å være et indispositivt element. Når samfunnets interesser knytter seg til grunnleggende moralnormer, kan det ikke være opp til partene å avgjøre om bestemmelsen skal anvendes av retten eller ikke. En anvendelse som avhenger av partenes prosesshandlinger, gir ikke den tilstrekkelige sikkerheten for at målet om en materielt riktig avgjørelse nås. I dette ligger likevel ikke at den ene parten ikke kan bli beskyttet gjennom anvendelsen. Som hovedregel vil den ene parten ha en interesse i at NL 5-1-2 anvendes. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis tilfellet, og regelen må sikres anvendelse uansett.

Det andre indispositive elementet som er nevnt i forarbeidene til tvisteloven er straffelovens ikrafttredelseslov § 12.²⁷⁴ Det følger av denne bestemmelsens første ledd at «Af Spil og Væddemaal opstaar ingen Forpligtelse, og en Anerkjendelse af derved stiftet Gjæld er uforbindende». Rettssystemet kan altså ikke anvendes for å kreve inn spillegjeld. Det er klart at en slik regel vil ivareta hensynet til debitor, og dette kan anses å være den fremste begrunnelsen bak den materielle regelen i dag.²⁷⁵ Når det gjelder dommerens prosessuelle plikt til å anvende strl.ikrl. § 12, må denne imidlertid ses i et historisk perspektiv. Bestemmelsens primære oppgave har vært samfunnsmessig, hvor veddemål ble sett på som unyttig, samfunnsskadelig og uønsket.²⁷⁶ Dette skaper et behov for at anvendelsen sikres uavhengig av partene på liknende måte som ved NL 5-1-2.

Selv om det er vanskelig å gi en positiv definisjon av «offentlige hensyn», er det likevel mulig å avgrense begrepet negativt mot enkelte typer hensyn. At de konkrete partene i saken ikke kan avgjøre spørsmålet om indispositivitet, vises ved at dette er et rettsspørsmål som må avgjøres uavhengig av den konkrete saken.²⁷⁷ At en part i en konkret sak har et sterkt behov for at en regel anvendes, kan dermed ikke begrunne indispositivitet. Hensynet til den

²⁷⁴ NOU 2001: 32 B s. 708.

²⁷⁵ Hauge 2009 s. 492.

²⁷⁶ Hauge 2009 s. 496.

²⁷⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 405.

konkrete parten i prosessen må heller ivaretas på andre måter, eksempelvis gjennom fri rettshjelp.²⁷⁸

Det er likevel mulig at hensynet til parten i mer abstrakt forstand kan begrunne indispositivitet. Dette gjelder hensynet til den type part en rettsregel retter seg mot, slik som forbrukere i forbindelse med forbrukeravtaledirektivet.²⁷⁹ Som det er lagt til grunn i teorien, er det ikke mulig å trekke en prinsipiell grense mellom regler gitt av hensyn til den enkelte, og regler som er gitt av hensyn til hele samfunnet.²⁸⁰ Samfunnet består av enkeltindivider, og regler som først og fremst tar sikte på å regulere den enkeltes rettsstilling vil også ha samfunnsmessig betydning, og regler med samfunnsmessig siktemål vil kunne ha konsekvenser for den enkelte. I klare tilfeller er det likevel mulig å trekke et skille.

Det er liten grunn til at domstolen av paternalistiske grunner skal påtvinge en løsning av hensyn til *partene* som partene selv ikke ønsker på forbrukerrettens område hvor partsautonomien står sterkt. Det vil også være mindre grunn til å pålegge retten et særskilt ansvar for å ivareta partshensyn, ettersom de konkrete partene i stor grad vil ivareta dette gjennom sine prosesshandlinger, eventuelt etter rettens veiledning. I slike saker er det dermed et mindre behov for at saken belyses i et «bredere perspektiv» enn det partenes prosesshandlinger gjør, jf. det siterte fra forarbeidene ovenfor. At partshensyn blir ivaretatt på andre måter, innebærer likevel ikke noen prinsipiell begrunnelse mot at dette også kan være relevant som «offentlige hensyn» i § 11-4. De samme hensyn kan ivaretas gjennom ulike regler uten at det ligger noen inkonsekvens i det. Sammenhengen med andre regler viser likevel at det finnes andre regler som fører til at partshensyn blir ivaretatt i prosessen, uavhengig av om de kan begrunne at materielle regler er indispositive element.

I teorien har det lenge pågått en diskusjon om pristiltaksloven²⁸¹ § 2, og tilsvarende bestemmelser som denne har erstattet, skal anvendes *ex officio*

²⁷⁸ Lov om fri rettshjelp.

²⁷⁹ Eldjarn 2016 s. 188 og 192 flg. legger til grunn at partshensyn kan begrunne indispositivitet.

²⁸⁰ Hov 2017 s. 138, Aasland 1969 s. 176, Woxholth 2013 s. 235.

²⁸¹ Lov om pristiltak.

av domstolen.²⁸² Skoghøy legger til grunn at pristiltaksloven § 2 skal anvendes *ex officio*.²⁸³ I denne sammenheng er det imidlertid Skoghøys begrunnelse som er interessant. Det avgjørende for Skoghøys standpunkt er at bestemmelsen forbyr gjennomføring av avtaler som strider mot bestemmelsen, og derfor kan «bestemmelsen ikke bare ta sikte på å beskytte enkeltindivider, men må også ha som formål å beskytte bredere samfunnsmessige interesser».²⁸⁴ Skoghøy forstås her slik at han trekker et skille mellom hensynet til enkeltindividet som ikke begrunner indispositivitet, og bredere samfunnsmessige interesser som kan begrunne indispositivitet. Woxholth forstås også å trekke en grense mot partshensyn.²⁸⁵

Det konkluderes etter dette med at verken hensynet til den konkrete parten, eller den type part (partshensyn) som skal beskyttes gjennom regelen, kan være «offentlige hensyn» og begrunne indispositivitet. Spørsmålet i det videre er hvorvidt det gjør seg gjeldende «offentlige hensyn» i forbindelse med forbrukeravtaledirektivet, jf. tvl. § 11-4.

4.6.3 Overholdelse av internasjonale forpliktelser som «offentlige hensyn»?

Som vist ovenfor, setter vilkåret «offentlige hensyn» få skranker for hvilke hensyn som prinsipielt er relevante for å begrunne indispositivitet. Dette åpner samtidig for flere ulike innfallsvinkler til spørsmålet om forbrukeravtaledirektivet er et indispositivt element.

Én mulighet er en anvendelse av tvl. § 11-4, hvor det å oppfylle Norges internasjonale forpliktelser anses å være «offentlige hensyn». Hvilke hensyn som begrunner de materielle reglene i forbrukeravtaledirektivet er med en slik tilnærming uten betydning. Den folkerettslige forpliktelsen er oppfyllelse av innholdet i kravet om rettens *ex officio* anvendelse, slik dette er beskrevet over i kapittel 3. Innholdet i den folkerettslige forpliktelsen er med

²⁸² Stang 1935 s. 618 la til grunn at parten selv måtte påberope ugyldigheten etter trustloven § 13, Gjelsvik og Eckhoff 1955 s. 360 la til grunn det samme etter den tilsvarende bestemmelsen i prisloven § 18, mens Aasland 1969 s. 179–180, Frihagen 1964 s. 91, Hov 1976 s. 171 flg. la til grunn at prisloven § 18 skulle anvendes *ex officio*.

²⁸³ Skoghøy 2017 s. 600.

²⁸⁴ Skoghøy 2017 s. 600.

²⁸⁵ Woxholth 2013 s. 229.

denne tilnærmingen identisk med de «offentlige hensyn». Når det gjelder rettsvirkningen, tilsier dermed de «offentlige hensyn» at rollefordelingen mellom partene og retten endres, slik at den fullt ut samsvarer med innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet. På denne måten vil altså plikten til *ex officio* anvendelse fullt ut oppfylles i norsk prosessrett.

Tradisjonelt er de «offentlige hensyn» og vurderingen av indispositivitet knyttet til rettsregelen, i denne sammenheng forbrukeravtaledirektivet.²⁸⁶ Selv om tilnærmingen dermed vil innebære en utvikling av synet på indispositivitet, er ordlyden «offentlige hensyn» tilstrekkelig vid til å åpne for dette. Det å tillegge internasjonale forpliktelser en slik betydning vil imidlertid kunne føre for langt i en monistisk retning. Norsk rett bygger i utgangspunktet på det dualistiske prinsipp, slik at norsk rett ved motstrid går foran folkeretten.²⁸⁷ Selv om rettsvirkningen her bygger på en tolkning av § 11-4, vil dette i realiteten innebære at innholdet i den internasjonale forpliktelsen får direkte betydning for fordelingen av partenes og rettens kompetanse i norsk rett. Dette vil også kunne gjelde eventuelle andre internasjonale forpliktelser som stiller krav til norske prosessregler. Rekkevidden av de implikasjoner som følger av en slik tolkning av tvl. § 11-4 er dermed uklare, og anses derfor å være en lite hensiktsmessig måte å oppfylle kravet om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet.

4.6.4 Hensyn som begrunner plikten til *ex officio* anvendelse

De «offentlige hensyn» må dermed knyttes til rettsregelen, altså forbrukeravtaledirektivet gjennomført i avtl. §§ 37 og 36. Her er det imidlertid nødvendig med en presisering. Selv om det vil være en nær sammenheng, må det trekkes et skille mellom de hensyn den materielle regelen ivaretar, og de hensyn som begrunner en endring i den prosessuelle kompetansefordelingen mellom retten og partene etter tvl. § 11-4. Dersom den materielle regelen ivaretar interesser som anses å være «offentlige hensyn», men partenes rådighet i prosessen ikke svekker ivaretakelsen av disse, er uansett partenes binding av retten «forenlig med de offentlige hensyn», slik at regelen ikke er indispositiv, jf.

²⁸⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 405.

²⁸⁷ Rt. 2007 s. 234 A avsnitt 54.

tvl. § 11-4. Hvilke hensyn den materielle regelen ivaretar, er dermed ikke det avgjørende for om en regel er indispositiv. Vilkårene og virkningen ved indispositivitet finnes i de interesser den prosessuelle kompetanseendringen skal ivareta. Ved vurderingen av om forbrukeravtaledirektivet skal anses å være et indispositivt element, er det sentrale derfor å undersøke hvilke hensyn som skal ivaretas gjennom den prosessuelle plikten til *ex officio* anvendelse, og ikke de materielle reglene i direktivet. Det er hva som er begrunnelsen bak plikten til *ex officio* anvendelse, og om dette er «offentlige hensyn» som er spørsmålet i det videre. Som følge av den nære sammenhengen mellom anvendelsesplikten og de materielle reglene, tas det likevel utgangspunkt i direktivets formål.

Som det fremgår av avsnitt 6 i fortalen til forbrukeravtaledirektivet, var hensikten med direktivet:

«at **lette etableringen af det indre marked og beskytte borgerne i deres egenskab af forbrugere** ved erhvervelse af varer og tjenesteydelser gennem aftaler, der er omfattet af andre medlemsstaters love, er det vigtigt at fjerne urimelige kontraktvilkår fra disse aftaler» (uthevet her).

Forbrukeravtaledirektivet er altså materielt begrunnet i hensynet til beskyttelse av forbrukeren, og å lette etableringen av det indre marked.²⁸⁸ Direktivet gir ikke anvisning på noe klart prioritetsforhold mellom disse hensynene.²⁸⁹ Det er likevel ikke nødvendigvis slik at begge disse hensyn eller avveiningen mellom dem på tilsvarende måte har begrunnet hvorfor EU-domstolen har oppstilt en prosessuell plikt til *ex officio* anvendelse.

EU-domstolens uttrykkelige begrunnelse for at direktivet stiller krav om *ex officio* anvendelse er at:

«den ved direktivet indførte beskyttelsesordning 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

²⁸⁸ Sml. Arnesen 1996 s. 885.

²⁸⁹ Schillig 2011 s. 939.

den erhvervsdrivende, uten at han kan øve noen indflydelse på disses innhold.

Formålet med direktivets artikkel 6, som pålegger medlemsstatene at fastsette, at urimelige vilkår ikke binder forbrukerne, ville ikke kunne nås, såfremt forbrukerne måtte anses for forpliktet til selv at gjøre gjeldende, at sådanne vilkår er af urimelig karakter. I saker, som ofte vedrører mindre beløp, kan advokatsalæret overstige sagsgenstandens verdi, hvilket kan afholde forbrukeren fra at tage til genmæle over for anvendelsen af et urimeligt vilkår. Selv om procesreglerne i flere medlemsstater giver private adgang til selv at varetage deres interesser i sådanne saker, er der en ikke ubetydelig risiko for, at forbrukeren bl.a. på grund af ukendskab til reglerne ikke gør gjeldende, at det vilkår, som påberåbes over for ham, er urimeligt. En **effektiv beskyttelse af forbrukeren** kan følgelig kun opnås, såfremt den nationale domstol anses for berettiget til at tage stilling til et sådant vilkår *ex officio*.»²⁹⁰ (Uthevet her).

EU-domstolen påpeker her det asymmetriske partsforholdet som finnes ved avtaleinngåelsen, og de vanskeligheter som oppstår ved forbrukerens anvendelse av rettighetene i en etterfølgende prosess. For å sikre en «effektiv beskyttelse af forbrukeren» under disse forholdene, er det nødvendig at retten anvender forbrukeravtaledirektivet *ex officio*.

Selv om dette ikke kommer klart til uttrykk i det siterte, er det ved vurderingen av hva som har begrunnet plikten til *ex officio* anvendelse, mulig å skille mellom målet om en effektiv rettighetsbeskyttelse for individet, og en effektiv gjennomføring av EU-retten.²⁹¹ For forbrukeravtaledirektivet innebærer dette et skille mellom beskyttelse av forbrukeren, og en effektiv gjennomføring av EU-retten innenfor forbrukeravtaledirektivets område. Beskyttelse av forbrukeren omfatter her både den konkrete forbrukeren i saken,

²⁹⁰ Forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano* avsnitt 25–26. Liknende formuleringer eksempelvis gjentatt i C-243/08 *Pannon* avsnitt 22.

²⁹¹ Galetta 2010 s. 19.

men også forbrukervern mer generelt som et selvstendig gode.²⁹² Det er selvsagt en nær sammenheng mellom det å sikre en effektiv gjennomføring av EU-retten innenfor direktivets område, og hensynet til forbrukervern. *Ex officio* anvendelse av direktivets regler vil bidra til å ivareta begge hensynene. Som følge av sammenhengen mellom vilkår og virkning ved indispositivitet, er det likevel nødvendig å undersøke nærmere hvorvidt begge hensynene har begrunnet innholdet i anvendelsesplikten for å vurdere hvorvidt forbrukeravtaledirektivet skal anses å være et indispositivt element.

Dersom forbrukervern er det avgjørende for anvendelsesplikten, kan dette bygge på den betraktning at forbrukervern er så viktig at det må sikres et særskilt vern i prosessen. EU-domstolen har understreket gjentatte ganger i sin praksis at forbrukerretten er et sentralt rettsområde i EU-retten.²⁹³

En innvending til en slik begrunnelse, kan oppstilles med grunnlag i EU-domstolens avgjørelse i *van der Weerd*.²⁹⁴ Her ble det lagt til grunn at regelens betydning for fellesskapet, ikke kunne være tilstrekkelig til å begrunne en plikt for nasjonale domstoler om å anvende regelen av eget tiltak.²⁹⁵ Det ble likevel gjort unntak for avgjørelser som hadde knyttet plikter om *ex officio* anvendelse til forbrukeravtaledirektivet. Det er mulig å forstå dette slik at EU-domstolen her gjorde unntak fra utgangspunktet om at regelens betydning ikke er tilstrekkelig til å begrunne en plikt til *ex officio* anvendelse, slik at forbrukeravtaledirektivets betydning likevel var avgjørende for å begrunne anvendelsesplikten. Det å oppstille et slikt unntak fremstår imidlertid lite konsekvent i lys av at det finnes andre EU-regler av tilsvarende viktighet for fellesskapet hvor det ikke er oppstilt noen tilsvarende plikt. Dette tilsier at forbrukervernets betydning ikke alene kan begrunne anvendelsesplikten for forbrukeravtaledirektivet. Det må altså ha vært en annen, eller ytterligere begrunnelse for unntaket knyttet til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet.

²⁹² Thorson 2016 s. 79 legger til grunn at det er den offentlige interesse i å beskytte den svake parten som begrunner plikten, og beskyttelse av rettighetene til individet spiller ingen, eller kun en indirekte rolle.

²⁹³ Se eksempelvis C-168/05 *Mostaza Claro* avsnitt 37.

²⁹⁴ Forente saker C-222/05–C-225/05 *van der Weerd* m.fl.

²⁹⁵ Forente saker C-222/05–C-225/05 *van der Weerd* m.fl. avsnitt 41.

Anvendelsesplikten kan alternativt, eller i tillegg, begrunnes i hensynet til gjennomføring av EU-retten, og dermed sikre et effektivt indre marked. At dette er hensynet som begrunner anvendelsesplikten, er i så fall begrunnet i at de mekanismer for privat rettshåndhevelse som ellers sikrer gjennomføring av EU-retten, ikke fungerer på samme måte i forbrukersaker. Som følge av forbrukerens små ressurser og tvistegjenstandens lave verdi, kan resultatet bli at gjennomføringen av reglene ikke sikres på samme måte som ellers, og anvendelsesplikten skal bidra til å avhjelpe dette. Beskyttelse av individet fra domstolens side i den konkrete saken kan dermed sies å være middelet for å nå målet om en effektiv gjennomføring av EU-retten.²⁹⁶ Dette har også en forbindelse til forbrukervern, ettersom forbrukervernregler sikres gjennomført. Forbrukervern er imidlertid med denne begrunnelsen underordnet, det sentrale er å gjennomføre regler som bidrar til effektiviteten i det indre marked.

Innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse av direktivet ivaretar begge hensynene. Innholdet er særlig knyttet til å avbøte konsekvensene av forbrukerens manglende ressurser og kunnskap. Forbrukerens mangelfulle prosesshandlinger vil kunne hindre ivaretagelsen av både forbrukervernet og et effektivt indre marked, fordi direktivet ikke får materielt gjennomslag. Dette kan i utgangspunktet tilsi at begge interessene har begrunnet anvendelsesplikten. Det ville imidlertid vært vanskelig å gi anvendelsesplikten et innhold som begrenset seg til å ivareta ett av hensynene. Innholdet EU-domstolen har gitt plikten kan derfor kun tillegges begrenset vekt i retning av at både forbrukervern og hensynet til et effektivt indre marked har begrunnet anvendelsesplikten.

Det finnes holdepunkter i EU-domstolens argumentasjon både for at forbrukerbeskyttelse, og hensynet til et effektivt indre marked begrunner plikten til *ex officio* anvendelse. Dette vises eksempelvis i det siterte fra *Océano*,

²⁹⁶ Galetta 2010 s. 21. I samme retning Micklitz 2015 s. 506.

hvor EU-domstolen legger vekt på en «effektiv beskyttelse av forbrukeren».²⁹⁷ En slik begrunnelse kan ivareta både forbrukervern, og en effektiv gjennomføring av EU-retten på dette området for å sikre det indre marked. Sitatet kan likevel sies å fremheve forbrukerbeskyttelsen i særlig grad. I *Mostaza Claro* la EU-domstolen imidlertid til grunn at direktivet hadde som formål å styrke forbrukerbeskyttelsen, men var i tillegg også nødvendig for utførelsen av oppgaver som er lagt til fellesskapet, særlig en forbedring av levestandarden og livskvaliteten. Det var «arten og betydningen af den almene interesse» som begrunnet anvendelsesplikten.²⁹⁸ Dette tilsier at også hensynet til det indre marked også har vært et avgjørende grunnlag for plikten.

Det må etter dette legges til grunn at kravet om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet er oppstilt av hensyn til både forbrukervern og det indre marked.

4.6.5 Er hensynet til forbrukervern og markedsintegrasjon «offentlige hensyn»?

I det foregående er hensynene EU-domstolen har lagt vekt på ved vurdering av plikten til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet blitt klarlagt. I det følgende er det nødvendig å undersøke hvorvidt hensynet til forbrukervern og markedsintegrasjon er «offentlige hensyn» som kan begrunne indispositivitet. Dette vil som nevnt kunne avgjøre om tvl. § 11-4 kan være primært rettsgrunnlag for de virkninger som EU-domstolen har stilt krav om.

For å avklare om forbrukeravtaledirektivet skal anses å være et indispositivt element, er det ikke nødvendig å gi noen positiv definisjon av «offentlige hensyn» i større grad enn det som allerede er gjort. Det avgjørende er hvorvidt hensynet til forbrukervern og å fremme integrasjon av det indre mar-

²⁹⁷ Forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano* avsnitt 26. En liknende formulering om at direktivet skulle sikre en «effektiv forbrukerbeskyttelse» ble benyttet i forente saker C-222/05–C-225/05 *van der Weerd* m.fl. avsnitt 40.

²⁹⁸ C-168/05 *Mostaza Claro* avsnitt 38, og gjentatt i C-472/10 *Invitel* avsnitt 41.

ked er omfattet. Hensynet til å fremme integrasjon av det indre marked fremstår slik at det har den nødvendige karakteren av å være en bredere samfunnsinteresse, og anses å falle innenfor «offentlige hensyn», jf. § 11-4.

Ved spørsmålet om hensynet til forbrukervern er «offentlige hensyn», må det differensieres mellom den konkrete forbrukeren, og forbrukervern for øvrig. Når det gjelder det siste, er det mest nærliggende at dette ikke kan være «offentlige hensyn». Dette er et partshensyn, og det vises her til drøftelsen av dette ovenfor i punkt 4.6.2. Hensynet til forbrukere i alminnelighet fremstår imidlertid ikke å ha hatt en selvstendig betydning for utformingen av innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse utover det hensynet til markedsintegrasjon har hatt. Hvorvidt hensynet til forbrukere kan være «offentlige hensyn», vil derfor ikke bli behandlet nærmere.

I *Pannon* tok imidlertid som nevnt EU-domstolen et viktig forbehold. EU-domstolen la til grunn at den nasjonale domstolen ikke skulle unnlate å anvende et kontraktsvilkår fordi det var urimelig «hvis forbrukeren, etter at han er blevet belært af retten, ikke har til hensigt at gøre gældende, at vilkåret er urimeligt og ikke-bindende».²⁹⁹ Uavhengig av om retten mener at et vilkår kan være i strid med direktivet, må dette altså anvendes dersom forbrukeren, etter å ha fått adekvat informasjon om dette fra retten, likevel ikke ønsker å anføre at vilkåret er urimelig. Denne retten for forbrukeren til å gi et informert avkall på vernet etter forbrukeravtaledirektivet, viser at hensynet til den *konkrete forbrukeren* har lagt avgjørende føringer for utformingen av innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse. Dette er som nevnt en interesse som ikke kan være «offentlige hensyn», jf. tvl. § 11-4.

EU-domstolen gir med dette den konkrete forbrukeren siste ord i saken, noe som også kan hindre at den nasjonale domstolen kan komme til et materielt riktig resultat, sammenliknet med det som ellers følger av forbrukeravtaledirektivet. Dette kan hindre at avgjørelsen vil ha en avskrekkende effekt på andre næringsdrivende, og vil også kunne svekke oppnåelsen av

²⁹⁹ C-243/08 *Pannon* avsnitt 33.

hensynet til markedsintegrasjon.³⁰⁰ Dette viser at ved plikten til *ex officio* anvendelse, veier hensynet til den konkrete forbrukeren tyngre enn alminnelige forbrukervern- og markedsintegrasjonshensyn. Sett fra EU-domstolens ståsted er en slik avveining av hensynene som kommer til uttrykk ved forbrukerens kompetanse likevel akseptabel. Forbrukersakene vil som hovedregel bli løst i samsvar med direktivet, og i de enkeltsakene hvor forbrukeren likevel ønsker det urimelige vilkåret anvendt, vil dette måtte forventes å ivareta forbrukerens interesser best. En slik adgang truer ikke det alminnelige forbrukervernet eller den effektive gjennomføringen av direktivets regler i særlig grad. Det fremstår dermed som en hensiktsmessig avveining ved ivaretakelsen av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende.

Forbrukerens kompetanse til å gi et informert avkall, innebærer at det ved oppfyllelsen i norsk prosessrett må oppstå en rettsvirkning hvor den konkrete parten kan avgjøre hvorvidt den materielle regelen skal anvendes. Dersom direktivet skal anses å være et indispositivt element, innebærer dette samtidig at forbrukeren må gis en kompetanse til å avgjøre om de «offentlige hensyn», altså markedsintegrasjon og forbrukervern utenfor den konkrete saken, blir ivaretatt i prosessen. Den sentrale rettsvirkningen ved indispositivitet etter tvl. § 11-4, er imidlertid at partens opptreden ikke kan avskjære domstolen fra å avsi en materielt riktig avgjørelse hvor de «offentlige hensyn» ivaretas. Det er ikke tilstrekkelig at domstolen som hovedregel vil kunne anvende den materielle rettsregelen korrekt. Forbrukerens kompetanse til å råde over om direktivets regler skal anvendes, innebærer dermed en fundamental ulikhet, sammenliknet med det som gjelder ved indispositive elementer. Denne ulikheten er en konsekvens av at EU-domstolens krav til rettens kompetanse styres av hensynet til den konkrete parten, noe som ikke er «offentlige hensyn», jf. tvl. § 11-4. Ulikheten i interesser som skal ivaretas gjennom reglene skaper dermed en viktig ulikhet på virkningssiden.

³⁰⁰ EU-domstolen fremhevet at håndhevelse vil avskrekke andre næringsdrivende fra å benytte tilsvarende avtalevilkår og slik bidra til å oppnå formålet med direktivets art. 7 i C-168/05 *Mostaza Claro* avsnitt 27, og gjentok dette i C-472/10 *Invitel* avsnitt 41.

Det er grunn til å kommentere det at partene har adgang til å inngå rettsforlik i saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær, selv om hensynet til barnets beste som «offentlig(e) hensyn» etter tvl. § 11-4 gjør seg gjeldende.³⁰¹ Dette kan ha likhetstrekk med den kompetanse forbrukeren er gitt etter direktivet til å gi avkall på vernet, ettersom foreldrene her får siste ord. Dette kunne tilsi at den kompetansen partene skal ha til å styre rettsanvendelsen etter direktivet ikke er utelukket ved indispositivitet. I slike tilfeller blir det imidlertid ikke treffende å si at foreldrene råder over de «offentlige hensyn» under forliket. Her er det nettopp enighet mellom foreldrene som i størst grad ivaretar hensynet til barnets beste.³⁰² I saker etter forbrukeravtaledirektivet, innebærer imidlertid forbrukerens rådighet at ivaretagelsen av de «offentlige hensyn» kan bli svekket.

Indispositivitet innebærer en for streng håndhevelse av direktivets regler, sammenliknet med innholdet i den plikten EU-domstolen har oppstilt. Den avveiningen EU-domstolen har gjort av hensynet til markedsintegrasjon, forbrukervern og den konkrete forbrukeren gjennom innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse, innebærer liten grad av samsvar med det systemet som gjelder i norsk rett ved indispositive elementer. Dersom forbrukeravtaledirektivet skal anses å være et indispositivt element, må enten «offentlige hensyn» tolkes utvidende slik at hensynet til den konkrete forbrukeren omfattes, eller det må gjøres et unntak i rettsvirkningen hvor parten likevel tillegges den avgjørende rådigheten på tross av at en slik kompetanse ikke ivaretar de «offentlige hensyn». Begge alternativer innebærer imidlertid et brudd med den nære sammenheng mellom vilkår og virkning som ellers gjelder etter tvl. § 11-4. Dette innebærer dermed en lite koherent løsning.

4.6.6 Ekvivalensprinsippet og indispositive elementer

Etter ekvivalensprinsippet må EU/EØS-regler gis minst det samme prosessuelle vernet som tilsvarende nasjonale regler. Det ble lagt til grunn i *Levez* at kravet om likebehandling kommer til anvendelse hvor «sagsgenstanden og

³⁰¹ Backer 2008 s. 513.

³⁰² Kjølberg og Johansen 2006 s. 153, Eldjarn 2016 s. 191.

søgsmålsgrunlaget er de samme». ³⁰³ Som vist i resonnetet ovenfor, fremstår det lite nærliggende at de regler som anses å være indispositive element i norsk rett, etter en slik vurdering gjelder liknende rettsspørsmål som forbrukeravtaledirektivet. Ekvivalensprinsippet kommer dermed i utgangspunktet ikke til anvendelse. Med den dynamiske metoden som anvendes av EU og EFTA-domstolen, kan det imidlertid være grunn til raskt å undersøke muligheten for at EFTA-domstolen likevel vil kunne komme til et resultat hvor forbrukeravtaledirektivet må anses å være et indispositivt element i norsk rett.

EU-domstolen har gått langt i å tillegge forbrukeravtaledirektivet en betydning som fører til at ekvivalensprinsippet sikrer direktivets gjennomslag i nasjonal rett. Et eksempel på dette er *Mostaza Claro* hvor brudd på forbrukerens rettigheter etter forbrukeravtaledirektivet måtte behandles på samme måte i et etterfølgende ugyldighetssøksmål om voldgiftsavgjørelse som brudd på regler av *ordre public*-karakter. ³⁰⁴ Som Schebesta påpeker ser EU-domstolen her og i den senere *Asturcom* ut til å ha utviklet anvendelsen av ekvivalensprinsippet til noe som kan beskrives som «maximum equivalence». ³⁰⁵ EU-domstolen anser her forbrukerbeskyttelse å ha en betydning innen EU-retten som den i utgangspunktet ikke har i nasjonal rett. EU-domstolen anvender her et autonomt *ordre public*-begrep. ³⁰⁶ Ettersom *ordre public* regler er gitt en spesiell beskyttelse i nasjonal rett, måtte dette etter EU-domstolens syn derfor også anvendes på forbrukeravtaledirektivet.

På liknende måte kan det tenkes at EFTA-domstolen, dersom den får seg forelagt et tolkningsspørsmål etter ODA artikkel 34 knyttet til forbrukeravtaledirektivet, ville gå langt i å sikre forbrukeravtaledirektivets gjennomslag. Et mulig resonnement kan være at det er sentralt å komme til et materielt riktig resultat i saker som gjelder forbrukeravtaledirektivet, og nasjonale regler som gir dommeren en kompetanse til å sikre dette også må anvendes på tilsvarende måte for forbrukeravtaledirektivet. En annen mulighet er at

³⁰³ C-326/96 Levez avsnitt 41.

³⁰⁴ C-168/05 Mostaza Claro avsnitt 35–39.

³⁰⁵ Schebesta 2010 s. 878.

³⁰⁶ Ebers 2010 s. 835. Se også Sørensen 2016 s. 817 flg.

EFTA-domstolen legger vekt på at forbrukeravtaledirektivet skal ivareta hensynet til forbrukervern og markedsintegrasjon, og konkluderer med at nasjonale regler som ivaretar slike hensyn må anvendes tilsvarende for forbrukeravtaledirektivet. Selv om EFTA-domstolen kun tolker EØS-retten og ikke subsumerer, vil det være en glidende overgang, og EFTA-domstolen kan gjennom tolkningen styre anvendelsen av norsk rett.³⁰⁷ Dette kan tenkes å føre til at forbrukeravtaledirektivet må anses å være et indispositivt element i norsk rett.

Det er imidlertid flere forhold som skiller EU-domstolens tolkning i *Mostaza Claro*, og denne hypotetiske tolkningen fra EFTA-domstolen. For det første avverget tolkningen i *Mostaza Claro* det som kunne være et betydelig hinder for effektiviteten i forbrukeravtaledirektivets anvendelse på voldgiftsklausuler. Uten en mulighet for etterfølgende ugyldighetssøksmål, kunne forbrukeren komme i en situasjon hvor anvendelse av rettighetene etter direktivet var avhengig av at forbrukeren hadde kunnskap om når innsigelser mot voldgiftsrettens kompetanse måtte fremsettes. Det oppstår ikke tilsvarende utfordringer med anvendelsen av direktivets regler *ex officio*, selv om dette ikke anses å være et indispositivt element i norsk rett. Anvendelsen kan som vist under punkt 4.2-4.5 bygge på andre rettsgrunnlag.

For det andre innebar ikke de vidtrekkende kravene til håndhevelsen i *Mostaza Claro* at forbrukeren ble fratatt den avgjørende kompetansen til å avgjøre om rettighetene etter forbrukeravtaledirektivet skulle anvendes. Dette fordi anvendelsesplikten forutsatte et ugyldighetssøksmål for nasjonale domstoler fra forbrukeren. Dersom direktivet anses å være et indispositivt element, vil forbrukeren i utgangspunktet ikke ha en slik kompetanse. Anvendelsesplikten i *Mostaza Claro* passet dermed bedre inn i det systemet for beskyttelse av forbrukeren som er oppstilt av EU-domstolen, sammenliknet med det som ville være tilfellet dersom direktivet anses å være et indispositivt element. Det er dermed lite nærliggende at EFTA-domstolen gjennom en tolkning av forbrukeravtaledirektivet og anvendelse av effektivitetsprinsippet vil

³⁰⁷ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 201.

stille krav om at forbrukeravtaledirektivet skal anvendes som et indispositivt element. Forbrukeravtaledirektivet og EU-domstolens praksis kan etter dette ikke begrunne en tolkning av tvl. § 11-4 hvor forbrukeravtaledirektivet anses å være et indispositivt element.

4.7 Konklusjon

Gjennomgangen har vist at prosessreglene etter tvisteloven i stor utstrekning ivaretar de krav om *ex officio* anvendelse EU-domstolen har stilt opp. Reglene sikrer i stor utstrekning den norske dommeren den nødvendige kompetanse til å anvende reglene i forbrukeravtaledirektivet, slik at plikten til *ex officio* anvendelse oppfylles.

Som vist, er det likevel ved en rekke prosessuelle regler nødvendig å trekke inn forpliktelsen til å anvende direktivet *ex officio* som rettskildefaktor for å komme til et resultat som er i samsvar med plikten EU-domstolen har oppstilt. Oppfyllelsen av plikten i norsk rett må skje både gjennom anvendelse av regler om prosessforutsetninger, ugyldighetssøksmål, rettens veiledning overfor partene, og rettens bevisføring i dispositive saker. Som vist under punkt 4.6, er imidlertid tvl. § 11-4 lite egnet til å tjene som primært rettsgrunnlag for å oppfylle plikten til anvendelse av direktivet.

Enkelte deler av plikten kan likevel ikke oppfylles ved tolkning av alminnelige prosessregler om domstolens aktivitet. Dette gjelder de unntakstilfellene hvor parten ikke klarer å følge opp rettens veiledning som gjelder andre krav, påstander og påstandsgrunnlag på en adekvat måte, men heller ikke motsetter seg rettens anvendelse gjennom et informert avkall. Det er derfor nødvendig å supplere norske prosessregler med en ytterligere form for aktivitetsplikt for å oppfylle den folkerettslige forpliktelsen til å anvende direktivet *ex officio*. Det primære rettsgrunnlaget for denne plikten må være avtl. §§ 37 og 36. Selv om dette alternativet ble forkastet som primært rettsgrunnlag innledningsvis i punkt 4.1 for å unngå en fragmentering av prosessreglene, vil anvendelsesområdet for disse unntakstilfellene være så snevert at fragmenteringen er begrenset. Avtl. §§ 37 og 36 som primært rettsgrunnlag anses dermed likevel å være den mest koherente løsningen her når øvrige primære rettsgrunnlag er utelukket.

Ordlyden i avtl. §§ 37 og 36 gir imidlertid ikke holdepunkter for at det gjelder en slik plikt. Det kan da stilles spørsmål ved omplikten til *ex officio* anvendelse er gjennomført i norsk rett. At det finnes manglende holdepunkter for prosessuelle plikter gjelder imidlertid også direktivets tekst, og det er ut fra denne teksten EU-domstolen har oppstilt pliktene. Selv om EU-domstolen anvender en særlig formålsrettet metode, må også norske rettskildeprinsipper, særlig presumsjonsprinsippet, åpne for en tilsvarende tolkning hvor prosessuelle plikter utledes av avtl. §§ 37 og 36.

Unnlatelse av å oppfylleplikten vil være en saksbehandlingsfeil som vil kunne lede til opphevelse, jf. tvl. § 29-21 (1) og § 29-23 (3).³⁰⁸ Det kan også tenkes at staten blir erstatningsansvarlig, eksempelvis for forbrukerens sakskostnader etter tvl. § 20-12 (1) bokstav b.

³⁰⁸ Slik også forutsetningsvis Hauge 2015 (2) s. 167.

5 *Ex officio* anvendelse utenfor forbrukeravtaledirektivet

5.1 *Ex officio* anvendelse av forbrukerrettigheter med opphav i intern norsk rett

EU-domstolen begrunner anvendelsesplikten i forbrukerbeskyttelse og hensynet til det indre marked. Dette gjør seg gjeldende i stor grad også for andre forbrukerbeskyttelsesdirektiv, noe som har gjort at EU-domstolen har oppstilt tilsvarende plikter til *ex officio* anvendelse etter disse direktivene.³⁰⁹

Som følge av EU-domstolens krav om *ex officio* anvendelse og begrunnelsen for dette, er det nærliggende å stille spørsmål ved om kravet om *ex officio* anvendelse av forbrukerbeskyttelsesdirektivene har en *spill over*-effekt som påvirker hvordan andre deler av norsk prosessrett skal forstås. Når norsk prosessrett må oppfylle kravet om *ex officio* anvendelse innenfor forbrukerbeskyttelsesdirektivenes virkeområde, kan det være grunn til å oppstille tilsvarende plikter også for andre forbrukerregler.

Skoghøy har argumentert for at det er grunn til å overføre EU-domstolens argumentasjon også på andre forbrukerregler.³¹⁰ En slik utvidelse av plikten ville innebære en betydelig endring i norsk prosessrett. Dette vil innebære en plikt til *ex officio* anvendelse av eksempelvis håndverkertjenesteloven, forbrukerkjøpsloven og bustadoppføringslova.³¹¹ Det er likevel klart at EØS-retten ikke stiller slike anvendelseskrav for forbrukerretten med opphav i intern norsk rett. Det eksisterer dermed ingen folkerettslig forpliktelse som kan anvendes som tolkningsfaktor for å oppstille tilsvarende plikter som det er gjort i tilknytning til forbrukeravtaledirektivet ovenfor. Samtidig kan det finnes andre tungtveiende argumenter for at plikten til *ex officio* anvendelse bør utvides til andre forbrukerregler. Det er dermed et åpent spørsmål i hvilken grad EØS-rettens krav om *ex officio* anvendelse skal tillegges betydning slik at også andre interne norske forbrukerregler skal anvendes *ex officio*.

³⁰⁹ C-429/05 Rampion, C-227/08 Martín Martín, C-32/12 Hueros/Autociba, C-497/13 Froukje Faber.

³¹⁰ Skoghøy 2017 s. 602.

³¹¹ Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere, Lov om forbrukerkjøp, Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.

Dette er et spørsmål som kan gi grunnlag for grundige analyser. I denne sammenheng er det likevel i det følgende kun rom for å skissere enkelte hovedpunkter som vil være styrende for om plikten skal gis et videre anvendelsesområde.

Det mest tungtveiende argumentet for en *spill over*-effekt hvor det oppstilles en plikt til *ex officio* anvendelse også for interne norske forbrukerregler, er hensynet til koherens i prosessretten. Den samme plikten til dommeraktivitet i forbindelse med alle regler om forbrukervern vil skape god sammenheng, uavhengig av et skille mellom regler med opphav i intern norsk rett og EØS-rett. Særlig fra forbrukerens perspektiv vil det kunne fremstå inkonsekvent dersom dommeren har en større aktivitetsplikt fordi regelen har opphav i EU/EØS-retten.³¹² Dette kan eksempelvis være tilfellet dersom dommerens *ex officio* anvendelse av forbrukerkjøpsloven avhenger av om regelen har sitt opphav i forbrukerkjøpsdirektivet.³¹³ Det vil også i mange tilfeller være uklart om en konkret regel helt eller delvis har sitt opphav i EØS-rett. I tillegg kan en norsk lovregel gå lenger i forbrukerbeskyttelsen i de tilfeller EØS-retten stiller krav om minimumsharmonisering. For slike regler kan det ved et skille oppstå spørsmål om dommeren kun skal anvende minimumskravet som følger av EØS-retten *ex officio*, eller alle rettigheter som følger av regelen.

En utvidelse av plikten kan også støttes på at deler av de hensyn som har vært avgjørende for at EU-domstolen har oppstilt plikten til *ex officio* anvendelse, også gjør seg gjeldende for interne norske forbrukervernregler. Forbrukeren vil også kunne mangle de nødvendige ressurser og kunnskap for å få håndhevet sine rettigheter som følger av intern norsk rett. En aktivitetsplikt for norske domstoler vil kunne redusere denne risikoen. En plikt til å anvende andre forbrukerregler *ex officio* vil også kunne gjøre det lettere for forbrukere å føre sine saker uten å engasjere advokat. Dette vil både kunne sikre reglens gjennomslag, samtidig som kostnadene holdes nede, og er dermed i samsvar med tvistelovens formål, jf. § 1-1.

³¹² Krans 2015 s. 583.

³¹³ Forbrukerkjøpsdirektivet gjelder kun mangelsspørsmål, og eksempelvis ikke forsinkelse.

Den klare hovedregelen er imidlertid at retten må bygge på partenes prosesshandlinger, jf. tvl. § 11-2. En generalisering av plikten til *ex officio* anvendelse vil innebære at et unntak fra denne hovedregelen utvides. Det som skaper koherens innenfor forbrukerretten, fremstår dermed mindre koherent når prosessretten ses i et bredere perspektiv. Vekten av denne innvendingen svekkes imidlertid av at store deler av en plikt til *ex officio* anvendelse kan oppfylles gjennom rettens veiledning overfor partene, og dermed slik at retten fremdeles bygger på det materielle innhold partene har trukket inn i saken. At retten selv foretar prosesshandlingen i de unntakstilfeller hvor forbrukeren ikke evner dette, er likevel et prinsipielt viktig unntak fra tvl. § 11-2.

Innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse er likevel som vist ovenfor omfattende, og det skal lite til av konkrete holdepunkter for at den skal inntre. Den kan dermed være krevende å oppfylle for den nasjonale dommeren. Der- som denne plikten utvides til et stort antall forbrukervernregler, vil dette stille store krav til dommerens oversikt over tvistens faktum og de relevante for- brukerbeskyttelsesreglene.

Etter mitt syn er den beste løsningen å unnlate å oppstille en plikt til *ex officio* anvendelse av forbrukerregler med opphav i intern norsk rett. Selv om det finnes gode grunner til å veilede forbrukeren i disse tilfellene, fremstår det for strengt å pålegge dommeren en plikt til dette hvor unnlattelse som nevnt vil være en saksbehandlingsfeil som kan lede til opphevelse. Den manglende konsekvensen i dommerens opptreden i tilknytning til de ulike forbrukerreg- lene vil i betydelig utstrekning avhjelpe av at dommeren har en kompetanse, men ikke plikt til veiledning i disse sakene. At det helt unntaksvis vil kunne oppstå saker hvor forbrukeren ikke får gjennomført sine rettigheter som følge av unnlatte eller mangelfulle prosesshandlinger, er etter mitt syn ikke avgjø- rende.

5.2 *Ex officio* anvendelse av arbeidstakerrettigheter

EU-domstolens praksis gir også grunn til å reise spørsmålet om norske domstoler skal anvende andre regler med opphav i EØS-retten av eget tiltak. Utenfor forbrukerbeskyttelse er spørsmålet ikke avklart.³¹⁴ Svaret er avhengig av hvorvidt EU-domstolens argumentasjon knyttet til plikten om *ex officio* anvendelse gjør seg tilsvarende gjeldende på andre rettsområder.

Skoghøy legger til grunn at EU-domstolens argumentasjon også må omfatte preseptoriske bestemmelser i arbeidsforhold til beskyttelse av arbeidstakere.³¹⁵ Begrunnelsen for dette er at det asymmetriske forholdet som oppstår mellom en forbruker og næringsdrivende, også oppstår mellom en arbeidstaker og arbeidsgiver.³¹⁶ Skoghøy tar ikke forbehold for at reglene må ha sitt opphav i EØS-retten. Som nevnt ovenfor anses imidlertid ikke koherensbetraktninger å kunne begrunne en utvidelse av anvendelsesplikten til regler utenfor EØS-retten. For å påvirke norsk prosess i denne sammenheng, er det nødvendig at det foreligger en folkerettslig forpliktelse, og det avgjørende er derfor om dette kan oppstilles innen EU/EØS-retten. Drøftelsen i det videre begrenser seg dermed til hvorvidt det er grunn til å overføre EU-domstolens argumentasjon om *ex officio* anvendelse til arbeidstakerrettigheter som har sitt opphav i EU/EØS-retten.

Det er innledningsvis grunn til å minne om at de krav EU-domstolen har stilt til *ex officio* anvendelse representerer et unntak fra hovedregelen om at det ikke foreligger noen slik plikt for nasjonale domstoler, jf. punkt 1.5. Dersom begrunnelsen bak anvendelsesplikten gjør seg gjeldende også innenfor andre rettsområder med samme styrke, kan det imidlertid være grunn til å utvide dette unntaket. Spørsmålet i det videre er dermed hvorvidt EU-domstolens begrunnelse for nasjonale domstolers *ex officio* anvendelse gjør seg gjeldende på tilsvarende måte for preseptoriske regler som skal beskytte arbeidstakeren overfor arbeidsgiveren.

³¹⁴ Micklitz 2013 s. 641.

³¹⁵ Skoghøy 2017 s. 602.

³¹⁶ Skoghøy 2017 s. 602.

Vern av arbeidstakere i kontraktsforhold med sine arbeidsgivere, må i likhet med forbrukerrettigheter anses å være regler av sentral betydning for EU/EØS-retten. Videre er både arbeidstakere og forbrukere som hovedregel i en svak posisjon vis-à-vis sin avtalepartner, både på grunn av manglende ressurser og kunnskap. Det er derfor ikke tvilsomt at også arbeidstakeren kan være i en posisjon hvor det kan være vanskelig å håndheve sine rettigheter på grunn av manglende ressurser og kunnskap. Dette kan i likhet med det som gjelder for forbrukeravtaledirektivet, skape en risiko for at reglene ikke får materielt gjennomslag i domstolene.

EU-domstolen fremhever imidlertid i sin argumentasjon om *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet at tvistegjenstanden i forbrukersaker ofte gjelder mindre beløp.³¹⁷ Dette kan gjøre at forbrukerens vurdering av kost/nytte ved en prosess med advokatutgifter kan føre til at forbrukeren ikke håndhever sine rettigheter for domstolen. For arbeidstakeren gjelder sakens gjenstand som hovedregel et viktigere retts gode, både økonomisk og ideelt, sammenliknet med det som er tilfelle for forbrukeren. Selv om også arbeidstakeren kan ha meget begrensede ressurser, må arbeidstakere likevel i større grad forventes å søke profesjonell bistand, enten på egenhånd eller gjennom arbeidstakerorganisasjoner. Som EU-domstolen presiserte i *Rampion* kan det ikke være avgjørende for rettens plikt om parten har engasjert advokat i det konkrete tilfellet.³¹⁸ Forskjellen i betydningen av det beskyttede retts godet skaper imidlertid en systematisk forskjell i den materielle rettens gjennomslag, sammenliknet med det som er tilfellet i forbrukersakene. Når det er mer nærliggende at arbeidstakeren skaffer seg kunnskap om sine rettigheter og håndhever disse, skaper dette samtidig et mindre behov for å oppstille en spesiell anvendelsesplikt slik som EU-domstolen har gjort i forbrukersaker.

EU-domstolens begrunnelse slår imidlertid ikke inn i samme grad som i forbrukersaker. Behovet fremstår dermed ikke like stort, og kan ikke veie tilstrekkelig tungt til å begrunne et inngrep i rollefordelingen mellom partene og retten, hvor hovedregelen er at partene har ansvaret for sakens materielle

³¹⁷ Forente saker C-240/98–C-244/98 *Océano* avsnitt 26.

³¹⁸ C-429/05 *Rampion* avsnitt 65.

innhold. Det konkluderes derfor med at tilsvarende plikter om *ex officio* anvendelse ikke gjelder preseptoriske regler til beskyttelse av arbeidstakere. Hvorvidt denne forskjellen i muligheten for håndhevelse innebærer forskjeller i domstolens plikt til *ex officio* anvendelse er imidlertid ikke opplagt.

6 *Ex officio* anvendelse utenfor ordinær domstolsbehandling

6.1 Innledning

I tillegg til de konsekvensene som gjelder ved den ordinære rettergangen for domstolene, gir EU-domstolens praksis grunn til også å nevne enkelte andre prosessuelle implikasjoner av kravet om *ex officio* anvendelse. Dette vil bli behandlet i det videre, og gjelder saksbehandlingen under tvangsfullbyrdelse, i forliksrådet, og ved utenrettslig tvisteløsning.

6.2 Plikter under tvangsfullbyrdelse

I *Asturcom*³¹⁹ gjaldt saken tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsavgjørelse hvor forbrukeren ikke hadde møtt under voldgiftsbehandlingen, og hadde heller ikke reist søksmål innen fristen på to måneder, slik at avgjørelsen var rettskraftig. EU-domstolen la som nevnt under punkt 4.2 til grunn at søksmålsfristen ikke var i strid med effektivitetsprinsippet. Etter nasjonal spansk rett, hadde imidlertid domstolen en kompetanse til å prøve hvorvidt det forelå brudd på regler av *ordre public* karakter under tvangsfullbyrdelsen.³²⁰ En slik kompetanse måtte da også anvendes i forbindelse med forbrukeravtaledirektivet fordi også disse reglene må anses å være *ordre public*.³²¹ Ettersom denne delen av avgjørelsen anvendte ekvivalensprinsippet som rettslig grunnlag, er betydningsfulle slutninger for norsk rett betinget av at det her gjelder tilsvarende regler som i spansk rett. Spørsmålet blir da hvorvidt namsmyndighetene, altså namsmannen eller tingretten, jf. tvangsl. § 2-1, har en tilsvarende kompetanse som forelå i nasjonal spansk rett i *Asturcom*.

Innvendinger mot tvangsgrunnlaget er uttømmende regulert i tvangsl. § 4-2. Det følger av § 4-2 (4) at: «For innvendinger mot et krav som er fastslått

³¹⁹ C-40/08 *Asturcom*. Se om avgjørelsen, Schebesta 2010 som særlig problematiserer det at EU-domstolen anser forbrukerbeskyttelsen å være *ordre public* regler, og derved pålegger nasjonale domstoler plikter i kraft av ekvivalensprinsippet. Se om det samme Ebers 2010 s. 835 flg. som mener EU-domstolen her underminerer prinsippet om rettskraft.

³²⁰ C-40/08 *Asturcom* avsnitt 55.

³²¹ Dette er også slått fast i tidligere EU-domstolspraksis, se eksempelvis C-168/05 *Mostaza Claro* avsnitt 35–37 og C-40/08 *Asturcom* avsnitt 52.

i voldgiftsdom, gjelder voldgiftsloven kapittel 10». Etter voldgiftsloven § 46 (2) bokstav b, som er en del av voldgiftsloven kapittel 10, følger det at:

«[d]omstolene skal av eget tiltak nekte anerkjennelse og fullbyrding av en voldgiftsdom når (...) anerkjennelse eller fullbyrding av voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen (ordre public)»

Norske domstoler gis her en kompetanse til å prøve om en voldgiftsavgjørelse er i strid med regler av *ordre public*-karakter under tvangsfullbyrdselen, noe som har klare likhetstrekk med den spanske domstolens kompetanse i *Asturcom*. Selv om en voldgiftsavgjørelse er rettskraftig, må domstolen dermed likevel ikke tvangsfullbyrde denne dersom dette strider mot reglene i forbrukeravtaledirektivet.

Når det gjelder hvem som er pålagt plikten til å prøve *ex officio* om det foreligger brudd på *ordre public*-regler, er dette i § 46 (2) «[d]omstolene». Ettersom tvangsl. § 4-2 regulerer spørsmålet om innvendinger uttømmende, gjelder det ikke en tilsvarende plikt for namsmannen til å vurdere om en voldgiftsavgjørelse er i strid med *ordre public*-regler. Ettersom kravet om domstolenes håndhevelse av rettighetene er en følge av ekvivalensprinsippet, og ikke innholdet i direktivet, er det ikke grunn til å tolke «[d]omstolene» i voldgiftsloven § 46 (2) utvidende til også å gjelde namsmannen. Det er dermed bare i de tilfeller tingretten er namsmyndighet at spørsmålet om en voldgiftsavgjørelse er i strid med forbrukeravtaledirektivet må tas opp *ex officio* under tvangsfullbyrdselen.³²² I andre tilfeller må forbrukeren angripe voldgiftsavgjørelsen for alminnelige domstoler før den er rettskraftig.

EU-domstolen har i tillegg stilt opp krav i forbindelse med tvangsfullbyrdselen som ikke er betinget av nasjonale regler om *ex officio* opptreden. At kravet om *ex officio* anvendelse har konsekvenser under tvangsfullbyrdselen av fast eiendom, ble lagt til grunn i *Aziz*.³²³ *Aziz* gjaldt en låneavtale med sikkerhet i forbrukerens bolig. Forbrukeren misligholdt låneavtalen, og kre-

³²² Dette gjelder særlig de tilfeller som er nevnt i tvangsl. § 11-3.

³²³ C-415/11 *Aziz*, se om avgjørelsen i Sánchez 2014 særlig s. 959–960, Micklitz 2013 s. 633 flg., Lilleholt og Sein 2014 s. 20 flg., og Reich m.fl. 2014 s. 162–163.

ditoren innledet så en fullbyrdelsesprosedyre, og domstolen utstedte et betalingspålegg overfor forbrukeren. Forbrukeren gikk så til søksmål og anførte at et av vilkårene i låneavtalen var urimelig. Dette var forbrukerens eneste aktuelle mulighet til å påberope seg urimeligheten, men søksmålet stanset likevel ikke tvangssalget av eiendommen. Forbrukeren måtte derfor flytte fra eiendommen, og hadde kun adgang til å kreve erstatning for den urettmessige tvangsfullbyrdelsen. Domstolen forbrukeren anla søksmålet for, stilte som følge av tvangssalget spørsmål til EU-domstolen om denne behandlingsmåten, hvor domstolen ikke kunne stanse tvangssalget, var i strid med forbrukeravtaledirektivet.

EU-domstolen konkluderte med at en slik prosessuell ordning hvor domstolen var avskåret fra å stanse tvangsfullbyrdelsen var i strid med effektivitetsprinsippet.³²⁴ Avgjørelsen ble dermed truffet ut fra en bedømmelse av prosessen som helhet, og overføringsverdien til norsk rett må ses i lys av dette.³²⁵ Det er likevel mulig å trekke betydningsfulle konklusjoner fra premissene til tvangsfullbyrdelse i norsk rett.

Aziz innebærer at det må stilles krav om at den nasjonale domstol må ha kompetanse til å stanse tvangsdekningen i fast eiendom dersom forbrukeren anfører at det foreligger urimelige avtalevilkår i strid med forbrukeravtaledirektivet. Hvorvidt det stilles krav om at dette spørsmålet reises *ex officio* av domstolen også under tvangsfullbyrdelsen, er ikke avklart, og det er nærliggende at EU-domstolen vil måtte ta stilling til dette i fremtiden.³²⁶

I norsk rett behandles begjæring om tvangsdekning i fast eiendom av tingretten, jf. tvangsfullbyrdelsesloven (tvangsl.)³²⁷ § 11-3. Under denne behandlingen har tingretten etter tvangsl. § 6-5 kompetanse til å avgjøre at fullbyrdelsen skal utsettes. Det var en slik adgang den spanske domstol i *Aziz* ikke hadde, og tvangsl. § 6-5 innebærer at den norske tvangsfullbyrdelsesprosessen ikke er i strid med EU-domstolens krav etter effektivitetsprinsippet.³²⁸

³²⁴ EU-domstolen bekreftet synspunktene fra *Aziz* i forente saker C-537/12 og C-116/13 Banco Popular og C-169/14 Sánchez Morcillo.

³²⁵ C-415/11 *Aziz* avsnitt 53.

³²⁶ Micklitz 2013 s. 642.

³²⁷ Lov om tvangsfullbyrdelse.

³²⁸ Lilleholt og Sein 2014 s. 43.

Tvangsfullbyrdelsesloven § 6-5 gjelder også andre formuesgoder enn fast eiendom. Dersom det må oppstilles liknende krav i tilknytning til disse, vil norsk rett også i slike tilfeller ivareta forbrukeren i tilstrekkelig grad.

EU-domstolen har også behandlet spørsmål om spanske prosessregler om inndrivelse av pengekrav er i strid med effektivitetsprinsippet.³²⁹ Reglene ga kreditor en adgang til en hurtig inndrivelse av krav ved å gi kreditor tvangsgrunnlag etter en enkel prøving i tilfeller hvor det ikke fremmes innsigelser fra debitor (forbrukeren). EU-domstolen slo fast i *Banesto*, og gjentok i *Finanmadrid*, at direktivbeskyttelsen er til hinder for en ordning hvor retten ikke på noe tidspunkt i prosessen, og heller ikke under tvangsfullbyrdelsen, *ex officio* tar stilling til hvorvidt det foreligger urimelige avtalevilkår med mindre forbrukeren fremmer innsigelser.³³⁰ En slik prosessordning er i strid med effektivitetsprinsippet, fordi et slikt krav til forbrukerens anførsler vil kunne gjøre gjennomføringen av direktivbeskyttelsen urimelig vanskelig.

Dette stiller også krav under tvangsfullbyrdelsen i norsk rett i tilfeller der det ikke har vært adgang til å prøve forbrukerens rettigheter etter direktivet tidligere i prosessen. Særlige likhetstrekk med den spanske prosessordningen har regelen om særlig tvangsgrunnlag i tvangsl. § 7-2 bokstav f. Etter denne bestemmelsen er også «[s]kriftstykke som fordringshaveren selv har sendt skyldneren og som viser kravets grunnlag og omfang» tvangsgrunnlag. Ved et slikt tvangsgrunnlag er det ikke skjedd en prøving av direktivreglene før dette sendes til namsmannen. Selv om saksøkte etter tvangsl. § 7-6 (2) i slike tilfeller skal «oppfordres» til å opplyse om sitt standpunkt til kravet, innebærer dette ingen absolutt sikkerhet for at forbrukeren fremmer de nødvendige innsigelser. Direktivbeskyttelsen og effektivitetsprinsippet krever at forbrukeren også i tilfeller av slike uimotsagte krav må få gjennomført sine rettigheter. På liknende måte som under ordinær domstolsbehandling, er det her en risiko for at forbrukeren som følge av manglende kunnskap eller ressurser ikke utviser den nødvendige aktivitet. I tilfeller hvor reglene i forbrukeravtaledirektivet kan underbygge innsigelser til kravet mot saksøkeren, må

³²⁹ C-618/10 *Banesto* avsnitt 48–57 og C-49/14 *Finanmadrid*.

³³⁰ C-618/10 *Banesto* punkt 1 i konklusjonen, og C-49/14 *Finanmadrid* avsnitt 36.

namsmannen av eget tiltak sørge for at disse fremmes. Denne plikten må oppfylles på liknende måte som dommeren må opptre, jf. kapittel 4. Namsmannen må primært veilede, men dersom forbrukeren ikke skjønner hvordan innsigelsene fremmes, må namsmannen gjøre disse gjeldende på vegne av forbrukeren. Også i slike tilfeller må forbrukeren likevel ha en rett til å gi et informert avkall og dermed unnlate å fremme innsigelsene. Dersom innsigelser fremmes og saksøkeren ønsker forlikrårsbehandling, skal dette gjøres, jf. tvangsl. § 7-7 (2) tredje punktum. Dersom saksøkeren ikke ønsker forlikrårsbehandling, skal namsmannen heve saken, jf. tvangsl. § 7-7 (2) fjerde punktum.

6.3 Plikter for forlikrådet

EU-domstolen har ikke behandlet spørsmålet om plikten til *ex officio* anvendelse gjelder ved behandling ved et organ som forlikrådet. Forlikrårsbehandlingen har imidlertid klare likhetstrekk med ordinær domstolsbehandling. Grensene for rettens kompetanse som følger av tvl. kapittel 11 gjelder også for forlikrårsbehandlingen «så langt de passer», jf. tvl. § 6-1 (2). I de tilfeller hvor forlikrådet avsier dom etter tvl. § 6-10 vil denne ha tvangskraft og rettskraft, jf. tvl. §§ 19-13 og 19-14. Det vil dermed være det samme behovet for å sikre ivaretagelse av forbrukerens rettigheter ved at forlikrådet anvender de tilgjengelige rettslige og faktiske elementer som ved ordinær domstolsbehandling. Plikten til *ex officio* anvendelse må dermed også anses å gjelde der forlikrådet avsier dom.

Det kan imidlertid være utfordrende å sikre gjennomføringen av plikten til *ex officio* anvendelse av forbrukeravtaledirektivet i forlikrådet, ettersom det ikke stilles krav om juridisk utdanning for å være medlem. Det er derfor en risiko for at forlikrårsmedlemmene ikke ser betydningen av å innhente opplysninger som kan oppfylle inngangsvilkårene i forbrukerbeskyttelsesdirektivene. Når det gjelder anvendelsen av de faktiske elementer som forlikrådet har tilgjengelig, kan forlikrådet bygge en dom både på sakens dokumenter, og behandlingen i rettsmøter, jf. tvl. § 6-1 (2), jf. § 11-1 (2).³³¹ Det

³³¹ Schei m.fl. 2013 s. 377.

vil dermed som hovedregel være liten forskjell mellom de faktiske elementer forliksrådet har tilgjengelig, og det forliksrådet etter tvisteloven kan bygge avgjørelsen på. Der de tilgjengelige opplysningene verken har vært påberopt eller står tematisk i sammenheng med det som er påberopt, vil forliksrådet likevel være avskåret fra å anvende dette uten at dette presenteres for partene.³³² Kontradiksjonsprinsippet som kommer til uttrykk i § 11-1 (3) vil også kunne sette vilkår som må oppfylles før forliksrådet kan anvende alle de tilgjengelige faktiske og rettslige elementer og dermed oppfylle plikten etter forbrukeravtaledirektivet.

6.4 Plikter ved utenrettslig tvisteløsning

I tillegg til behandlingen for domstolene og forliksrådet, finnes det en rekke ulike organ og nemnder som behandler tvister som kan aktualisere forbrukeravtaledirektivet.³³³ Det er dermed nærliggende å stille spørsmål ved hvorvidt forbrukeravtaledirektivet og EU-domstolens praksis stiller krav om *ex officio* anvendelse under slik behandling.

Den klare hovedregelen er at nemndsbehandling ikke har retts- eller tvangskraftvirkninger.³³⁴ Dette innebærer at nemndsbehandlingen ikke fremstår som et fullverdig alternativ til domstolsbehandling, og behandlingen vil ikke avskjære forbrukeren fra å gjøre gjeldende sine rettigheter etter forbrukeravtaledirektivet i et senere søksmål. Det er dermed mindre grunn til å oppstille prosessuelle plikter for slike nemnder som følge av EU-domstolens praksis

Forbrukerklageutvalgets³³⁵ vedtak er likevel gitt virkning som rettskraftig dom dersom vedtaket ikke bringes inn for tingretten, jf. forbrukerklageloven³³⁶ § 7 (5). Forbrukerklageutvalget er et forvaltningsorgan, jf. forbrukerklageloven § 2, og er finansiert av staten.³³⁷ Forbrukerklageutvalget er

³³² Skoghøy 2017 s. 898.

³³³ Se oversikt over de ulike nemndene NOU 2010: 11 s. 20 flg.

³³⁴ NOU 2010: 11 s. 79.

³³⁵ Tidligere Forbrukertvistutvalget.

³³⁶ Lov om Forbrukerklageutvalget.

³³⁷ NOU 2010: 11 s. 80.

også i likhet med domstolene bundet av partenes krav, påstander og påstandsgrunnlag, jf. forbrukerklageloven § 6 (4). Sammen med retts- og tvangskraftvirkning gir dette saksbehandlingen klare likhetstrekk med den som skjer for domstolene. Forbrukeren vil dermed ha det samme behovet for ivaretagelse i prosessen for Forbrukerklageutvalget som for de ordinære domstolene. EU-domstolens praksis viser gjennomgående at det legges lite vekt på formelle skiller i saksbehandlingen, det er den reelle ivaretagelsen av forbrukeravtaledirektivets rettigheter som er det sentrale. Det er dermed liten grunn til å legge vekt på det formelle skillet mellom domstol og forvaltningsorgan i dette tilfellet. Forbrukerklageutvalget må dermed anvende forbrukeravtaledirektivet på samme måte som domstolene i samsvar med de krav som følger av EU-domstolens praksis.

Saksbehandlingen i Forbrukerklageutvalget er skriftlig, og partene har ikke møterett, jf. forbrukerklageloven § 6 (1). Dette innebærer at muntlig veiledning er utelukket under behandlingen i utvalget. Dette gjør at veiledning blir mer arbeids- og tidkrevende, og kan føre til at forbrukeravtaledirektivets prosessuelle krav kan komme mer på spissen enn ved muntlig domstolsbehandling. Det kan for eksempel tenkes at det ut fra sakens dokumenter ikke er mulig å fastslå hvorvidt et avtalevilkår er individuelt forhandlet, og dermed heller ikke om forbrukeravtaledirektivet kommer til anvendelse. Forbrukerklageutvalget vil i slike tilfeller ha en plikt til å be partene om opplysninger som kan avklare dette. For Forbrukerklageutvalget forutsetter dette skriftlig korrespondanse med partene, heller enn muntlig veiledning under hovedforhandling. Selv om Forbrukerklageutvalget skulle se det slik at saken kan hensiktsmessig behandles uten at denne informasjonen innhentes, eksempelvis fordi andre regler ivaretar parten tilstrekkelig, har utvalget uansett en plikt til å innhente informasjon etter direktivet.

Når det gjelder plikten til å anvende alle tilgjengelige faktiske omstendigheter for å avklare om det foreligger et urimelig avtalevilkår, vil også denne delen av *ex officio* plikten i større grad kunne få en selvstendig betydning sammenliknet med domstolsbehandling. Det kan for eksempel tenkes at Forbrukerklageutvalget ser nye påstandsgrunnlag som vil kunne føre frem for

forbrukeren, men som følge av den forsinkelse det ville medføre for saksbehandlingens anses det i utgangspunktet ikke hensiktsmessig å gi forbrukeren veiledning om dette. Med kravet om *ex officio* anvendelse, kan Forbrukerklageutvalget være forpliktet til å foreta en slik veiledning eller anvende påstandsgrunnlaget av eget tiltak. Dette kan føre til at det også er nødvendig å gi den næringsdrivende mulighet til kontradiksjon.

7 Videre utvikling av plikten til *ex officio* anvendelse

Det er lett å være enig med Generaladvokat Wahl om at:

«Sandsynligvis ville de fleste medlemsstater på indførelsestidspunktet ikke kunne have forudset den indvirkning, som direktiv 93/13/EØF ville have på deres retsordener næsten 20 år senere.»³³⁸

EU-domstolen har utledet omfattende prosessuelle krav fra en tekst med tilsynelatende kun materielt innhold, noe som nok har vært overraskende på mange av medlemsstatene. Selv om utviklingen av plikten til *ex officio* anvendelse nok har vært overraskende, er det liten grunn til å anta at den gradvise utviklingen som startet med avsigelsen av *Océano* 27.06.2000 er over.

Når det gjelder innholdet i den positive plikten til *ex officio* anvendelse, må de viktigste trekkene likevel antas å være avklart. En ytterligere skjerpelse av plikten er lite nærliggende, ettersom dette vil kunne gripe tyngre inn i disposisjons- og forhandlingsprinsippet. *Pénzügyi* forstås slik at EU-domstolen ikke ønsker dette. Spørsmålet fra den nasjonale domstolen i denne saken var om retten måtte hente inn ytterligere bevis (utover det den «råder over»), for å avklare om det forelå et urimelig avtalevilkår. EU-domstolen hadde her en opplagt mulighet til å skjerpe anvendelsesplikten av direktivet ytterligere. Når EU-domstolen likevel unnlot å gjøre dette, må dette anses å gi uttrykk for en begrensning av pliktens omfang av hensyn til rollefordelingen mellom partene og retten under tvisteløsningen.

EU-domstolens argumentasjon knyttet til den konkrete forbrukeren og vedkommendes kompetanse til å binde rettsanvendelsen i den konkrete saken setter også begrensninger. Dersom anvendelsesplikten skal skjerpes ytterligere, vil det kunne være nødvendig å innskrenke retten til å gi et informert avkall på vernet etter direktivet, og dermed hensynet til forbrukeren. Dette vil innebære en omprioritering av de hensyn som hittil har lagt avgjørende føringer i EU-domstolens praksis, noe som fremstår som lite nærliggende.

³³⁸ Generaladvokatens innstilling i forente saker C-482/13, C-484/13, C-485/13 og C-487/13 Caja 2 avsnitt 1.

Det finnes dermed skranker som gir lite rom for en ytterligere skjerpelse av innholdet i anvendelsesplikten. Dersom dette likevel skjer, må disse i samsvar med tilnærmingen over, gjennomføres i norsk rett ved tolkning av primære rettsgrunnlag i prosessretten. Der dette ikke er mulig, må det likevel falles tilbake på rettsgrunnlaget i avtl. §§ 37 og 36.

Den fremtidige utviklingen av innholdet i plikten til *ex officio* anvendelse, vil sannsynligvis heller bygge på en negativ tilnærming etter effektivitetsprinsippet. Spørsmålet vil være om nasjonale prosessregler som vanskeliggjør håndhevelsen av forbrukerens rettigheter på en urimelig måte hindrer direktivets gjennomslag. I norsk rett vil det eksempelvis kunne være problematisk om domstolen avsier fraværdom etter tvl. § 16-10 mot en part, dersom dette innebærer at partens rettigheter etter forbrukeravtaledirektivet ikke blir gjennomført. Det problematiske ved å avsi en fraværdom i en sak som aktualiserer forbrukeravtaledirektivet er særlig tydelig dersom forbrukerens manglende oppmøte skyldes en urimelig vernetingsklausul. Dersom urimeligheten etter direktivet i en slik situasjon er knyttet til en vernetingsklausul, vil urimeligheten imidlertid unngås ved at saken henvises til rett vernetings, jf. tvl. § 4-7. Urimeligheten kan imidlertid også knytte seg til andre vilkår, og avsigelse av en fraværdom mot en forbruker kan innebære at forbrukeren anses bundet av et urimelig vilkår. Dette kan også anses å være et urimelig hinder mot gjennomføringen av reglene etter direktivet. Det kan også stilles spørsmål ved hvorvidt retten kan prekludere forbrukerens prosesshandlinger etter tvl. §§ 9-16 eller 16-6 (3), dersom dette hindrer anvendelsen av forbrukeravtaledirektivet. Der prosesshandlingen kan foretas uten at det trekkes inn nytt faktum utover det retten uansett skal anvende *ex officio*, kan preklusjon ikke være aktuelt. For tilfeller hvor forbrukeren samtidig trekker inn nytt faktum, er det hittil ikke holdepunkter i EU-domstolspraksis for at domstolen ikke kan prekludere prosesshandlingen. Det er mulig at slike regler, og eventuelle andre i norsk prosessrett som hindrer den positive forpliktelsen EU-domstolen har oppstilt, må tolkes innskrenkende som følge av den folkerettslige forpliktelsen til å håndheve forbrukeravtaledirektivet *ex officio*.

Det er også grunn til å stille spørsmål ved hvorvidt plikten til *ex officio* anvendelse krever at domstolen og forliksrådet må føre noen grad av kontroll med rettsforlik forbrukeren og den næringsdrivende inngår, jf. tvl. § 19-11. Det sentrale ved forbrukerbeskyttelsen i forbrukeravtaledirektivet er imidlertid at forbrukeren skal beskyttes mot konsekvensene av å ha inngått en avtale i en svak forhandlingsposisjon og uten å ha tilstrekkelig innsikt i konsekvensene av vilkårene i avtalen. Dette fremstår også å være formålet med de øvrige forbrukerbeskyttelsesdirektivene. Når det har oppstått en rettslig uenighet er det enklere for forbrukeren å få slik innsikt, noe som reduserer behovet for rettens *ex officio* beskyttelse. For forbrukeravtaledirektivet kan det også hevdes at direktivet ikke kan anses å omfatte et slikt tilfelle, ettersom vilkårene i forliket vil være individuelt forhandlet og dermed falle utenfor direktivets virkeområde.

Det største rommet for utvikling av plikten til *ex officio* anvendelse vil knytte seg til spørsmålet om overføring til andre EU/EØS-regler. Spesielt aktuelt er utvidelse til arbeidstakerrettigheter, men også andre områder kan være aktuelle, eksempelvis regler om diskrimineringsrett og miljørett.³³⁹ Som vist ovenfor er imidlertid begrunnelsen bak plikten til *ex officio* anvendelse knyttet til helt særegne forhold som oppstår i forbrukersaker. En slik utvidelse av i virkeområdet er dermed lite sannsynlig, men ikke utelukket.

³³⁹ Micklitz 2013 s. 641.

Kilder

Lover

Kong Christian Den Femtis Norske Lov, LOV-1687-04-15.

Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden, LOV-1902-05-22-11.

Lov om domstolene, (domstolloven) LOV-1915-08-13-5.

Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer, (avtaleloven) LOV-1918-05-31-4.

Lov om fri rettshjelp, (rettshjelploven) LOV-1980-06-13-35.

Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere, (håndverkertjenesteloven) LOV-1989-06-16-63.

Lov om tvangsfullbyrdelse, (tvangsfullbyrdelsesloven) LOV-1992-06-26-86.

Lov om pristiltak, (pristiltaksloven) LOV-1993-06-11-66.

Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m., (bustadoppføringslova) LOV-1997-06-13-43.

Lov om forbrukerkjøp, (forbrukerkjøpsloven) LOV-2002-06-21-34.

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister, (tvisteloven) LOV-2005-06-17-90.

Lov om Forbrukerklageutvalget, (forbrukerklageloven) LOV-2017-02-17-7.

Direktiv

85/577/EØF

Rådsdirektiv 85/577/EØF av 20. desember 1985 om forbrukervern ved avtaler som inngås et annet sted enn på den næringsdrivendes faste forretningssted.

87/102/EØF

Rådsdirektiv av 22. desember 1986 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om forbrukerkreditt.

93/13/EØF

Rådsdirektiv 93/13/EØF av 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrukeravtaler.

1999/44/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier.

2008/48/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/48/EF av 23. april 2008 om forbrukerkredittavtaler og opphevelse av rådsdirektiv 87/102/EØF.

2011/83/EU

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/83/EU av 25. oktober 2011 om forbrukerrettigheter som endrer rådsdirektiv 93/13/EØF og europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF og som opphever rådsdirektiv 85/577/EØF og europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF.

EU-domstolen

33/76 Rewe

16.12.1976, ECLI:EU:C:1976:188.

45/76 Comet

16.12.1976, ECLI:EU:C:1976:191.

Forente saker C-6/90 og 9/90 Francovich

19.11.1991, ECLI:EU:C:1991:428.

C-431/93 van Schijndel og van Veen

14.12.1995, ECLI:EU:C:1995:441.

C-326/96 Levez

01.12.1998, ECLI:EU:C:1998:577.

C-126/97 Eco Swiss

01.06.1999, ECLI:EU:C:1999:269.

Forente saker C-240/98-C-244/98 Océano,

27.06.2000, ECLI:EU:C:2000:346.

C-473/00 Cofidis

21.11.2002, ECLI:EU:C:2002:705.

C-237/02 Freiburger Kommunalbauten

01.04.2004, ECLI:EU:C:2004:209.

C-168/05 Mostaza Claro

26.10.2006, ECLI:EU:C:2006:675.

Forente saker C-222/05-C-225/05 van der Weerd m.fl.

07.06.2007, ECLI:EU:C:2007:318.

C-429/05 Rampion

04.10.2007, ECLI:EU:C:2007:575.

C-243/08 Pannon
04.06.2009, ECLI:EU:C:2009:350.

C-40/08 Asturcom
06.10.2009, ECLI:EU:C:2009:615.

C-227/08 Martín Martín
17.12.2009, ECLI:EU:C:2009:792.

C-484/08 Caja
03.06.2010, ECLI:EU:C:2010:309.

C-137/08 Pénzügyi
09.11.2010, ECLI:EU:C:2010:659.

C-76/10 Pohotovosť 1
16.11.2010, ECLI:EU:C:2010:685.

C-453/10 Pereničová
15.03.2012, ECLI:EU:C:2012:144.

C-472/10 Invitel
26.04.2012, ECLI:EU:C:2012:242.

C-618/10 Banesto
14.06.2012, ECLI:EU:C:2012:349.

C-472/11 Banif
21.02.2013, ECLI:EU:C:2013:88.

C-415/11 Aziz
14.03.2013, ECLI:EU:C:2013:164.

C-397/11 Jörös

30.05.2013, ECLI:EU:C:2013:340.

C-488/11 Jahani

30.05.2013, ECLI:EU:C:2013:341.

C-32/12 Hueros/Autociba

03.10.2013, ECLI:EU:C:2013:637.

Forente saker C-537/12 og C-116/13 Banco Popular

14.11.2013, ECLI:EU:C:2013:759.

C-26/13 Kásler

30.04.2014, ECLI:EU:C:2014:282.

C-169/14 Sánchez Morcillo

17.07.2014, ECLI:EU:C:2014:2099.

C-34/13 Kušionová

10.09.2014, ECLI:EU:C:2014:2189.

Forente saker C-482/13, C-484/13, C-485/13 og C-487/13 Caja 2

21.01.2015, ECLI:EU:C:2015:21.

C-497/13 Froukje Faber

04.06.2015, ECLI:EU:C:2015:357.

C-32/14 ERSTE Bank

01.10.2015, ECLI:EU:C:2015:637.

C-49/14 Finanmadrid

18.02.2016, ECLI:EU:C:2016:98.

Forente saker C-381/14 og C-385/14 Caixabank,

14.04.2016, ECLI:EU:C:2016:252.

C-377/14 Radlinger

21.04.2016, ECLI:EU:C:2016:283.

C-168/15 Pohotovost 2,
28.07.2016, ECLI:EU:C:2016:602.

C-421/14 Banco Primus

26.01.2017, ECLI:EU:C:2017:60.

C-598/15 Banco Santander

07.12.2017, ECLI:EU:C:2017:945.

Generaladvokatens innstillinger

Forente saker C-240/98-C-244/98 Océano, generaladvokat Saggio,
16.12.1999, ECLI:EU:C:1999:620.

C-227/08 Martín Martín, generaladvokat Trstenjak,

07.05.2009, ECLI:EU:C:2009:295.

C-484/08 Caja, generaladvokat Trstenjak,

29.10.2009, ECLI:EU:C:2009:682.

C-137/08 Pénczügyi, generaladvokat Trstenjak,

06.07.2010, ECLI:EU:C:2010:401.

C-618/10 Banesto, generaladvokat Trstenjak,

14.02.2012, ECLI:EU:C:2012:74.

C-32/12 Hueros/Autociba, generaladvokat Kokott,

28.02.2013, ECLI:EU:C:2013:128.

Forente saker C-482/13, C-484/13, C-485/13 og C-487/13 Caja 2,
generaladvokat Wahl,
16.10.2014, ECLI:EU:C:2014:2299.

C-49/14 Finanmadrid, generaladvokat Szpunar,
11.11.2015, ECLI:EU:C:2015:746.

EFTA-domstolen

E-15/10 Posten Norge mot EFTA
18.04.2012.

E27/13 Sævar Jón Gunnarsson mot Landsbankinn hf.
24.11.2014.

E-25/13 Gunnar V. Engilbertsson mot Íslandsbanki hf.
28.08.2014.

Høyesterett

Rt. 1950 s. 981 U

Rt. 1979 s. 216 U

Rt. 1992 s. 744 U

Rt. 1993 s. 647 U

Rt. 1994 s. 1645 U

Rt. 1999 s. 393 A

Rt. 2004 s. 1582 A

Rt. 2005 s. 597 A (Allseas)

Rt. 2007 s. 234 A

Rt. 2009 s. 630 U

Rt. 2010 s. 769 U

Rt. 2010 s. 1442 U

Rt. 2012 s. 967 A

Rt. 2013 s. 388 S (Røeggen)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) Om lov om endring i avtaleloven.

NOU 2001: 32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2001: 32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

NOU 2010: 11 Nemndsbehandling av forbrukertvister.

Litteratur

Aasland 1969:

Aasland, Gunnar, «Fri rådighet over sakens gjenstand - særlig som betingelse for rettsforlik», *Jussens Venner*, 1969 s. 143–183.

Ancery og Wissink 2010:

Ancery, Alain og Mark Wissink, «ECJ 4 June 2009, Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Győrfi», *European Review of Private Law*, 2010 s. 307–316.

Arnesen 1996:

Arnesen, Finn, «Om den fellesskapsrettslige regulering av urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 884–904.

Arnesen 2016:

Arnesen, Finn, «Valget mellom endring og ugyldighet i forbrukerkontrakter», i *Ugyldighet i privatretten: minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.), 2016 s. 49–62.

Arnesen og Stenvik 2015:

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode : særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg., 2015.

Augdahl 1971:

Augdahl, Per, *Norsk civilprosess*, 4. utg., 1971.

Backer 2008:

Backer, Inge Lorange, *Barneloven : kommentarutgave : lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre*, 2. utg., 2008.

Backer 2014:

Backer, Inge Lorange, «Goals of Civil Justice in Norway: Readiness for a Pragmatic Reform», i *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Alan Uzelac (red.), 2014 s. 105–121.

Backer 2015:

Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2015.

Beysen og Trstenjak 2011:

Beysen, Erwin og Verica Trstenjak, «European consumer protection law: curia semper dabit remedium?», *Common Market Law Review*, 2011 s. 95–124.

Bull 2002:

Bull, Henrik, *Det indre marked for tjenester og kapital : import av finansielle tjenester*, 2002.

Ebers 2010:

Ebers, Martin, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009, Case C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira – From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata» *European Review of Private Law*, 2010 s. 823–846

Ekelöf 1987:

Ekelöf, Per Olof, *Rättegång* : 5, 6. utg., 1987.

Eldjarn 2016:

Eldjarn, Erik, *Materiell prosessledning*, 2016.

Fredriksen 2007:

Fredriksen, Halvard Haukeland, «Domstolenes rolle ved rasjonalisering av generalklausuler i EF- og EØS-retten – Illustrert ved den fellesskapsrettslige regulering av urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold», *Lov og Rett*, 2007 s. 3–20.

Fredriksen 2008:

Fredriksen, Halvard Haukeland, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008 s. 289–359.

Fredriksen og Mathisen 2014:

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utg., 2014.

Frihagen 1964:

Frihagen, Arvid «Prislovens § 18 - straffebestemmelse og ugyldighetsregel», *Jussens Venner*, 1964 s. 66–94.

Galetta 2010:

Galetta, Diana-Urania, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?: A Study on the “Functionalized Procedural Competence” of EU Member States*, 2010.

Giertsen 2014:

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utg., 2014.

Gjelsvik og Eckhoff 1955:

Gjelsvik, Øystein og Torstein Eckhoff, *Prisloven av 26. juni 1953 : med kommentarer*, 1955.

Haaskjold 2013:

Haaskjold, Erlend, *Kontraktsforpliktelser*, 2. utg., 2013.

Hauge 2009:

Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner : analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære*, 2009.

Hauge 2015:

Hauge, Hilde, «Samspillet mellom privatrett og offentlig rett på avtalerettens område», i *Aftaleloven 100 år : Baggrund, status,*

utfordringer, fremtid, Mads Bryde Andersen, Johan Bärlund, Boel Flodgren, and Johan Giertsen (red.), 2015 s. 131–152.

Hauge 2015 (2):

Hauge, Hilde, «Unfair Contract Terms in Nordic Contract Law», i *The Nordic Contracts Act : Essays in Celebration of its One Hundredth Anniversary*, Torgny Håstad (red.), 2015 s. 157–177.

Hov 1976:

Hov, Jo, *Rettsforlik*, 1976.

Hov 1999:

Hov, Jo, *Rettergang 1 : Sivil- og straffeprosess*, 1999.

Hov 2017:

Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 3. utg., 2017.

Jansen 2014:

Jansen, Sanne, «Price reduction as a consumer sales remedy and the powers of national courts: *Duarte Hueros*», *Common Market Law Review* 2014 s. 975–992.

Johnsen 1986:

Johnsen, Jon T., «Håndheving av almene interesser», i *Samfunn, rett, rettferdighet : festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Anders Bratholm, Torkel Opsahl, and Magnus Aarbakke (red.), 1986 s. 387–401.

Kjølberg og Johansen 2006:

Kjølberg, Gunn-Mari og Sigrid Redse Johansen, *Barnefordelingstvister : håndbok i barnerettslige emner*, 2006.

Krans 2015:

Krans, Bart, «EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar», *European Review of Private Law*, 2015 s. 567–587.

Krüger 1989:

Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, 1989.

Lilleholt 2015:

Lilleholt, Kåre, «Grenser for kontraktsfridommen», i i *Aftaleloven 100 år : Baggrund, status, udfordringer, fremtid*, Mads Bryde Andersen, Johan Bärlund, Boel Flodgren, and Johan Giertsen (red.), 2015 s. 259–278.

Lilleholt 2016:

Lilleholt, Kåre, «Verknader av brot på lovfaste informasjonsppliker i forbrukarkontraktforhold», i *Ugyldighet i privatretten: minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.), 2016 s. 291–303.

Lilleholt og Sein 2014:

Lilleholt, Kåre og Karin Sein, «Enforcement of Security Rights in Residential Immovable Property and Consumer Protection: An Assessment of Estonian and Norwegian Law», *Oslo Law Review*, 2014 s. 20–46.

Lindell 1987:

Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor : en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, 1987.

Lindell 2012:

Lindell, Bengt, *Civilprocessen : rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 3. utg., 2012.

Magnussen 2000:

Magnussen, Mads, «Opphevelse av voldgiftsdommer som strider mot konkurransereglene i eu og eøs», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2000 s. 82–96.

Mancaleoni 2016:

Mancaleoni, Anna Maria, «The Obligation on Dutch and Italian Courts to Apply EU Law of Their Own Motion», *European Review of Private Law*, 2016 s. 553–578.

Micklitz 2013:

Micklitz, Hans-W., «Case C-415/11, Mohamed Aziz V Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), NYR», i *Landmark cases of EU consumer law : in honour of Jules Stuyck*, Evelyne Terryn, Gert Straetmans, and Veerle Colaert (red.), 2013 s. 633–652.

Micklitz 2015:

Micklitz, Hans-W., «The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations», *European Review of Private Law*, 2015 s. 491–524.

Micklitz og Reich 2014:

Micklitz, Hans-W. og Norbert Reich, «The Court and Sleeping Beauty: The revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, 2014 s. 771–808.

Mæland 2013:

Mæland, Henry John, *Kort prosess : en innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3. utg., 2013.

Nygaard 2004:

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., 2004.

Patti 2015:

Patti, Francesco Paolo, «The Effectiveness of Consumer Protection in Sales Contracts – Some Observations from Recent European Case Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015 s. 179–184.

Reich 2005:

Reich, Norbert, *Understanding EU Law : objectives, principles and methods of community law*, 2. utg., 2005.

Reich 2014:

Reich, Norbert, *General principles of EU civil law*, 2014.

Reich m.fl. 2014:

Reich, Norbert, Hans- W. Micklitz, Peter Rott, og Klaus Tonner, *European consumer law*, 2. utg., 2014.

Robberstad 2015:

Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 3. utg., 2015.

Rott 2016:

Rott, Peter, «Improving consumers' enforcement of their rights under EU consumer sales law: Froukje Faber», *Common Market Law Review*, 2016 s. 509–525.

Ryssdal 2002:

Ryssdal, Anders, «Voldgift og EUs konkurranserett - domstolenes kontrollerende funksjon», i *Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv*, Peter Lødrup, Steinar Tjomsland, Magnus Aarbakke, and Gunnar Aasland (red.), 2002 s. 667–686.

Šadl 2015:

Šadl, Urška, «The Role of Effet Utile in Preserving the Continuity and Authority of European Union Law: Evidence from the Citation Web of the Pre-accession Case Law of the Court of Justice of the EU», *European Journal of Legal Studies*, 2015 s. 27–45.

Sánchez 2014:

Sánchez, Sara, «Unfair terms in mortgage loans and protection of housing in times of economic crisis: Aziz v. Catalunyaacaixa», *Common Market Law Review*, 2014 s. 955–974.

Schebesta 2010:

Schebesta, Hanna, «Does the National Court Know European Law? A Note on *Ex Officio* Application after *Asturcom*», *European Review of Private Law* 2010, s. 847–880.

Schei 1998:

Schei, Tore, *Twistemålsloven : lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr 6, 1915 : med kommentarer*, 2. utg., 1998.

Schei m.fl. 2013:

Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch, og Toril M. Øie, *Twisteloven : Kommentarutgave*, 2. utg., 2013.

Schillig 2011:

Schillig, Michael, «Directive 93/13 and the 'price term exemption': a comparative analysis in the light of the 'market for lemons' rationale», *International and Comparative Law Quarterly*, 2011 s. 933–963.

Sejersted m.fl. 2011:

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utg., 2011.

Skoghøy 2017:

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utg., 2017.

Stang 1935:

Stang, Fredrik, *Innledning til formueretten*, 3. utg., 1935.

Steennot 2015:

Steennot, Reinhard, «Public and Private Enforcement in the Field of Unfair Contract Terms», *European Review of Private Law*, 2015 s. 589–619.

Strandberg 2011:

Strandberg, Magne, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner*, 2011 s. 165–181.

Strandberg 2012:

Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker : en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*, 2012.

Stuyck 2010:

Stuyck, Jules, «Case C-243/08, Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 4 June 2009, and Case C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Maria Cristiba Rodriguez Nogueira, judgment of the Court (First Chamber) of 6 October 2009», *Common Market Law Review*, 2010 s. 879–898

Sørensen 2016:

Sørensen, Marie Jull, «In the Name of Effective Consumer Protection and Public Policy!», *European Review of Private Law*, 2016 s. 791–822.

Thorson 2016:

Thorson, Bjarte, *Individual Rights in EU Law*, 2016.

Tridimas 2006:

Tridimas, Takis, *The general principles of EU law*, 2. utg., 2006.

Trstenjak 2013:

Trstenjak, Verica, «Procedural Aspects of European Consumer Protection Law and the Case Law of the CJEU from the Perspective of Insurance Law», *European Review of Private Law*, 2013 s. 451–478.

van Duin 2017:

van Duin, Anna, «Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13/EEC», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017 s. 190–198.

Westberg 2010:

Westberg, Peter, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, 2010.

Woxholth 2013:

Woxholth, Geir, *Voldgift*, 2013.

Woxholth 2017:

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 10. utg., 2017.

Øyen 2014:

Øyen, Ørnulf, «Prosessuell preklusjon i sivilprosessen», *Jussens venner*, 2014 s. 187-221.

