



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Urimelige standardvilkår i forbrukerforhold

- *Inngrepsterskel etter avtl. §§ 36 og 37*

Tuyen Than Thi Ngo

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2016



Innhold

1.	Innledning.....	3
1.1	Presentasjon av problemstilling	3
1.2	Hva er standardvilkår og standardavtale?	4
1.3	Rettskildebildet	5
1.4	Avgrensninger	9
1.5	Oppgavens framstilling	9
2	Presentasjon av avtl. §§ 36 og 37	10
2.1	Avtaleloven § 36	10
2.1.1	Bakgrunn og formål.....	10
2.1.2	«Urimelig» eller «i strid med god forretningsskikk»	11
2.1.3	Generalklausul med rettslige standard.....	14
2.2	Avtaleloven § 37	15
2.2.1	Bakgrunn og formål.....	15
2.2.2	1.ledd: virkeområde.....	17
2.2.3	1.ledd nr.1: «urimelig», «god forretningsskikk» og «senere inntrådte forhold»	17
2.2.4	1.ledd nr. 2: «betydelig skjevhet».....	20
2.2.5	2.ledd: Forbruker	22
2.2.6	Rettspraksis	22
2.3	Hva er forskjellen mellom avtl. §§ 36 og 37?	23
3.	Innholdet i retningslinjene.....	25
3.1	Avtalebalanse	26
3.2	Kontraktsforholdets egenart	30
3.3	«partenes stilling»	34
3.4	«forholdene ved avtalens inngåelse»	37
3.5	«senere inntrådte forhold»	38
4.	Urimelighetsvurderingen.....	42
4.1	Hvilke krav stilles til næringsdrivende?	44
4.2	Hvilke krav stilles til forbruker?	46
5	Avslutning	47
	Kildeliste	49

1. Innledning

1.1 Presentasjon av problemstilling

Næringsdrivendes bruk av standardavtaler i forbrukerforhold øker stadig og har fått en mer fremtredende rolle i vårt moderne rettssamfunn. Mange av dagliglivets forhold berøres av standardavtaler. Noen av standardavtalene inneholder mange tettekrevne sider med standardvilkår, disse kan være mange og uoversiktlige. En forbruker kan lett overse urimelige og ubalanserte standardvilkår. Flere bestemmelser i avtaleloven (avtl.) har som formål å gi den underlegen part i avtaleforholdet et vern mot den annens parts misbruk av avtalefriheten. Jeg skal i denne avhandlingen se nærmere på avtl. §§ 36 og 37.¹

Avtaleloven får anvendelse mellom næringsdrivende fra forskjellige steder i Norge. I dag blir avtaleloven anvendt både mellom næringsdrivende og næringsdrivende, privatperson og privatperson, næringsdrivende og privatperson (forbruker). Avtaleloven regulerer avtaleinngåelsen, fullmakter og ugyldighet og er delvis deklarasjonsrett. At avtaleloven er deklarasjonsrett betyr at partene kan bruke andre regler eller komme til annen løsning for å inngå avtale. Avtalelovens bestemmelser om ugyldighet er ufravikelige. Med ufravikelig menes at det ikke er adgang til å avtale noe annet enn hva loven fastsetter. Avtalefriheten i norsk rett har dermed fått begrensninger gjennom avtaleloven. I punkt 1.3 foretas det en nærmere redegjørelse av avtalefriheten.

Med underlegen part menes den av avtalepartene med minst eller ingen forhandlingsstyrke. En forbruker har normalt ikke inngående kunnskaper om avtaleinngåelse eller avtaleytelsens egenskaper, og kan stå økonomisk svakere enn en næringsdrivende. For nærmere redegjørelse for hva forhandlingsstyrke innebærer se punkt 3.3. Et annet formål med avtl. § 36 er å motvirke urimelige vilkår generelt. Med dette menes at selv om en part anses som underlegen, kan avtalen revideres til ugunst for den underlegen part fordi avtalevilkåret er urimelig for den annen part. Forbrukeren vil typisk være den underlegne part i en forbrukeravtale med en næringsdrivende. Når standardvilkår anses urimelig for forbrukeren, gir avtl. §§ 36 og 37 adgang til at standardvilkåret tilsidesettes. Hvilke standardvilkår som anses urimelig må vurderes ut fra retningslinjene i avtl. § 36 2.ledd. Problemstillingen i det følgende er hvilke

¹ Lov 31.mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer

retningslinjer etter avtl. §§ 36 og 37 har betydning for urimelighetsvurderingen av standardvilkår i forbrukerforhold. Det vil si hvilke forhold tillegges vekt for domstolenes inngrepsterskel etter disse bestemmelser når avtalepartene er en næringsdrivende og en forbruker.

1.2 Hva er standardvilkår og standardavtale?

En standardavtale er et ferdigtrykt avtaleformular som er utarbeidet med sikte på å brukes i en rekke likeartede avtaleforhold.² Standardavtalen kan være ensidig utarbeidet av den ene part eller forhandlet frem av flere parter eller deres representanter.

Det finnes mange standardavtaler som inneholder kun standardiserte vilkår (standardvilkår). Typiske standardavtaler er avbetalingsavtaller, forsikringspoliser og diverse online tjenester. Slike avtaler er masseavtaler. Med masseavtale menes en type avtaleform som typisk kan gjelde veldig mange parter og inngås hyppig i dagliglivet. Strømvavtaler, nettleieavtaler, mobilabonnementavtaler, kjøp av bussbilletter, kjøp av internetttilgang og betaling for parkering er noen av mange masseavtaler som forbrukere inngår i dagliglivet.

Det finnes også standardavtaler som inneholder en del standardvilkår, men gir partene adgang til å ta inn andre vilkår individuelt. Forbehold om endringer er typiske standardvilkår som gir en eller alle parter adgang til å ta inn andre vilkår. Standardvilkårene hos Canal Digital om «PRIS, BETALINGSVILKÅR OG ENDRINGER» og «ENDRINGER I TJENESTENE» gir Canal Digital adgang til å endre priser, andre vilkår og tjenestene og forbrukeren kan med de begrensinger som følger avtalen, «endre sammensetningen av sine Tjenester og bestille eller avbestille tillegg til disse.»³

² Jon Gisle mfl., Jusleksikon 2010 4.utgave s. 384

³ <https://kabel.canaldigital.no/hjelp/abonnement-og-avtaler/vilkar/> (2.mai 2016) punkt 6: «...CD har rett til å endre priser og andre vilkår. Når endringene er av en viss betydning og til ugunst for Kunden, skal CD varsle Kunden via brev eller epost, og senest en måned før endringen trer i kraft. Kunder som ikke ønsker å godta slike nye vilkår kan, med mindre endringen skyldes endringer i offentligrettslige regler, vederlagsfritt heve avtalen med øyeblikkelig virkning. Ved betaling eller bruk av Tjenestene etter at endringene har trådt i kraft, anses Kunden å ha akseptert endringen...»

og punkt 7: «Kunden kan når som helst med de begrensinger som følger av denne avtale, herunder bindingstid og oppsigelsestid, endre sammensetningen av sine Tjenester og bestille eller avbestille tillegg til disse. CD har rett til å endre Tjenestene, dog slik at der endringene er av en viss betydning og av ugunst for Kunden gjelder punkt 6, 4. ledd. Mindre endringer i kanalsammensetning, tekniske spesifikasjoner eller bortfall av kanal eller annet innhold grunnet manglende distribusjonsrettigheter kan gjennomføres uten varsel til Kunden og uten at Kunden kan heve avtalen.»

Mange standardavtaler er eller bærer preg av å være utformet av den ene part eller dens representanter. Standardavtaler som er utformet av den ene part eller dens representanter kan inneholde avtalevilkår som oppfattes urimelig av den annen part. Årsaken til dette kan være at parten tar inn vilkår som først og fremst er til gunst for den selv, gjerne vilkår som flytter risikoen over på den andre part eller større ansvarsfraskrivelser. Likevel finnes det standardavtaler som er utformet ved forhandling mellom partenes representanter.⁴ Standardavtalene som forbrukermyndighetene eller organisasjonene har hatt innflytelse på kan normalt oppfattes å være rimelig for begge parter.

1.3 Rettskildebildet

Før avtaleloven var rettsstilstanden i avtaleretten bygget på ulovfestet rett. Med dette menes rettspraksis, handelsbruk (praksis mellom næringsdrivende), rettsoppfatninger i Norge og andre land og juridisk teori.⁵ Rettsstilstanden i dag er også bygget på lovfestet rett. I dette punktet tas det nærmere redegjørelser for grunnleggende prinsipper og rettskilder som får betydning ved inngrepsterskelen.

Prinsippet om privat autonomi innebærer at ethvert individ har selvbestemmelsesrett til å inngå avtaler eller ikke inngå avtaler. Prinsippet omfatter også at ethvert individ har frihet til å velge hvem vedkommende vil inngå avtale med og hvilket innhold avtalen skal ha. Dette prinsippet kalles også prinsippet om avtalefrihet. Disse to prinsippene er grunnleggende prinsipper om rettigheter ethvert individ har. Prinsippene vil alltid ha vekt i vurderingen av om avtalen eller avtalevilkåret skal tilsidesettes.

Prinsippet om at avtaler skal holdes, er gjeldende i norsk rett. Prinsippet er også blitt lovfestet i Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687 art. 5-1-2 (NL 5-1-2).

Utgangspunktet er at partene skal oppfylle sine plikter nøyaktig etter avtalen som er inngått mellom dem. Etter at avtalen er inngått mellom partene, kan den ikke ensidig endres. Partene kan ikke la være eller nekte å oppfylle avtalen fordi de angret seg i ettertid. Unnlattelse av å

⁴ <https://snl.no/standardkontrakt> (2.mai 2016)

⁵ Geir Woxholth, Avtalerett 9.utgave 2014 s. 36

oppfylle avtalen eller å endre innholdet av den, må alle parter som er bundet av avtalen bli enige om. Et slikt prinsipp skaper tillitt og forutberegnelighet i omsetningslivet og bidrar til økt vekst av produksjon av varer, salg og kjøp. Dette prinsippet utgjør alltid utgangspunktet og hovedregelen i avtaleretten og vil derfor ha stor vekt i vurderingen om standardvilkåret tilsidesettes.

Loven utgjør som regel utgangspunktet for borgerens forutberegnelighet når det gjelder rettigheter og plikter. Den henvendes mot og anvendes av alle borgere i Norge. Etter norsk juridisk metodelære vil lovteksten være utgangspunktet for å fastslå innholdet i avtl. §§ 36 og 37. Bestemmelsene har betydning i forbrukeravtaler og derfor er det viktig at forbrukere og næringsdrivende får riktig forståelse av gjeldene rett ved å kunne forholde seg direkte til lovens ordlyd. Dette betyr at borgere ikke skal være usikker på om lovteksten er gjeldene rett eller bare en del av rettsmaterialet for å finne frem til rettsregelen.⁶ Ordlyden vil derfor også få vekt i vurderingen om standardvilkåret tilsidesettes. Det blir derfor tatt utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden i punkt 2.1 og 2.2. Hovedkriteriet for tilsidesettelse av standardvilkår etter bestemmelsene er at avtalevilkåret må være urimelig, i strid med god forretningsskikk eller skape betydelig skjevhet mellom partene.

I tillegg til naturlig forståelse av ordlyden må andre rettskilder tas i bruk for å fastslå innholdet i bestemmelsene. Forarbeidene til avtaleloven er etter juridisk metodelære en relevant rettskildefaktor. I denne oppgaven er forarbeidene til avtl. §§ 36 og 37 av interesse. Disse er NOU 1979:32, Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) og Ot.prp. nr. 89 (1993-1994). Både Giertsen og Woxholth mener at rettsandvenderen bør være forsiktig med å legge stor vekt på disse forarbeidene når det gjelder inngrepsterskelen for urimelige avtalevilkår i forbrukeravtaler. Giertsen begrunner dette med at forarbeidene til avtl. § 36 gir tvetydige signaler. Han henviser til at forarbeidene på den ene siden krever at urimeligheten må være klart eller tydelig påvist⁷ og på den annen side uttales det at den underlegen avtalepart har behov for beskyttelse mot avtalevilkår som er utarbeidet av den «overlegen» part.⁸ Woxholths begrunnelse for at forarbeidene ikke bør tillegges stor vekt, er at de er over 30 år gamle. Han mener at

⁶ Roald Martinussen, Kjøpsrett 6 utgave 2012 s. 19

⁷ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 30: «...klart eller tydelig påvist...», «...positivt urimelig...», «...oppfattes som...et ganske strengt kriterium...» og «...ikke kurant å påbrope...»

⁸ Johan Giertsen, Avtaler 3.utgave 2014 s. 225-226

«det er mer nærliggende at Høyesterett ved fastsettelsen av terskelen i stedet legger større vekt på sin egen, nyere praksis og reelle hensyn, herunder beskyttelsesbehovet og at retten er tydelig når det gjelder sontringen mellom – og betydningen av – den generelle og konkrete urimelighetsterskelen.»⁹.

Det antas at bakgrunnen for Woxholths begrunnelse er at innholdet i ordlydene «urimelig» og «god forretningsskikk» skal forandre seg i takt med utviklingen i samfunnet. For 30 år siden var det ikke like mye fokus på forbrukervern slik det er i dag. Det kan tenkes at inngrepsterskelen også har endret seg og derfor bør domstolene legge større vekt på sin egen praksis, nye praksis og reelle hensyn (beskyttelsesbehovet). Giertsen og Woxholth sine synspunkter kan også underbygges med at Norge siden 1983 har fått flere lover som er ufravikelige med formål om å gi bedre forbrukervern. Norge har også inngått i EØS-avtalen som binder staten til å etterleve Rådskonferansen 93/13/EØF om urimelige vilkår i forbrukeravtaler (forbrukeravtaledirektivet) som også styrker forbrukerens stilling i forbrukeravtaler med næringsdrivende. Denne retts- og samfunnsutviklingen viser at forbrukervern tillegges mer vekt i forbrukeravtaler i dag enn når avtl. § 36 ble vedtatt i 1983. Forarbeidene uttalelser om inngrepsterskelen for urimelig avtalevilkår strider noe mot dagens retts- og samfunnsoppfatning. Utenom uttalelsene i forarbeidene om urimelighetsterskelen, må øvrige uttalelser i forarbeidene ha vekt i vurderingen om standardvilkåret tilsidesettes. Dette gjelder blant annet uttalelser om formålet med loven, formålet vil alltid være det samme selv om samfunnet stadig er i utvikling.

Avtl. § 36 er en generalklausul som inneholder en rettslig standard.¹⁰ For å finne ut om innholdet i bestemmelsen har utviklet seg siden den ble vedtatt, er rettspraksis på avtl. §§ 36 og 37 område der tvisten er mellom parter med ulikt forhandlingsstyrke relevant og viktig rettskilde. Innholdet i avtl. § 36 er dynamisk, og ment til å endres i takt og samsvarer de rådende samfunnsutviklinger og rettsoppfatning. Det er særlig avgjørelser fra Høyesterett som tradisjonelt har vesentlig vekt i norsk juridisk metodelære. Det er Høyesterett som er siste rettsinstans med kompetanse til avsi avgjørelser i tvisten. Høyesterett avgjørelser er bindende for partene. I de tilfeller det ikke foreligger høyesterettspraksis, kan avgjørelser fra lavere rettsinstanser også få vekt i vurderingen om et standardvilkår kan tilsidesettes.

⁹ Woxholth, Jussens Venner vol.48, Utviklingen i rettspraksis vedrørende anvendelsen av avtaleloven § 36 s. 269

¹⁰ Se punkt 2.1.3 for nærmere redegjørelse av generalklausul og rettslig standard.

Avtl. § 37 er vedtatt i forbindelse med vedtagelsen av forbrukeravtaledirektivet. Norge har forpliktet seg til å etterleve direktivets bestemmelser. Selv om EU-retten ikke er en relevant rettskildefaktor ved fastleggelsen av innholdet i avtl. §§ 36 og 37 i norsk rett, kan direktivet gi bidrag for hvordan ordlyden skal tolkes. Dette nettopp fordi avtl. § 37 har sin bakgrunn i direktivet og Norge er forpliktet til å etterleve denne. Forarbeider til avtl. § 37 og forbrukeravtaledirektivet viser at direktivet er et minimumsdirektiv.¹¹ Med dette menes at norsk rett ikke skal gi dårligere vilkår eller vern enn det som fremkommer av direktivet. Dette taler også for at bestemmelsene til direktivet kan gi bidrag til en nærmere redegjørelse av innholdet i avtl. § 36.

Ved tolkningen av bestemmelser i norsk lov som er vedtatt for å etterleve et EU-direktiv, vil EU-domstolens praksis om tolkningen av bestemmelsen være et relevant rettskilde. I relasjon til oppgavens problemstilling betyr dette at EU-domstolens praksis om tolkningen av forbrukeravtaledirektivet vil ha rettskildemessig vekt. Dette fordi på EØS-rettens område er det behov for konsistens, homogen og autonom forståelse av EØS-retten i hele EØS-området, jf. homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalens fortale avsnitt 16, art. 1 og 6. Med homogenitetsmålsetting menes at det i EØS/EU-området skal være ensartede regler, jf. EØS-avtalens fortale avsnitt 16 og art. 1. Homogenitetsmålsettingen medfører at EØS-avtalen tolkes, praktiseres og håndheves på samme måte som EU-retten.¹² På bakgrunn av homogenitetsmålsettingen har rettspraksis søkt å tolke EU-direktiver som gjennomføres i norsk rett i samsvar med EU-domstolens praksis, jf. presumsjonsprinsippet. Med presumsjon menes at norsk rett så vidt mulig tolkes i tråd med internasjonale og folkerettslige forpliktelser.¹³ Tendensen hos domstolene viser at det legges avgjørende vekt på EU-domstolens avgjørelser.¹⁴ Dette taler for at det bør legges særlig vekt på EU-domstolens praksis ved tolkningen av forbrukeravtaledirektivet, avtl. § 36 og § 37.

Det har også blitt skrevet en del om avtl. § 36 etter at denne ble vedtatt. Juridisk litteratur vil derfor være en relevant rettskildefaktor i både saker og drøftelsen hvor hverken forarbeider, rettspraksis eller direktivet gir en klar løsning eller regel. I oppgaven er det vesentlig lagt vekt

¹¹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 9, forbrukeravtaledirektivets fortale 12. og 17. avsnitt og art. 8

¹² Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, EØS-rett 3.utgave 2011 s. 87

¹³ Rt. 2000 s. 1811 på side 1827

¹⁴ Halvard Haukeland Fredriksen, EU/EØS-rett i norske domstoler (Europautredningen, rapport #3), 2011 s. 80 og 83

på Woxholth og Giertsen sine framstillinger om avtl. §§ 36 og 37. Dette fordi de har skrevet grundige avhandlinger om avtl. § 36 og 37 i forbindelse med forbrukeravtaler. Juridisk litteratur kan gi gode argumenter for eller imot om standardvilkår tilsidesettes. Likevel vil juridisk litteratur ha begrenset vekt når den vektes mot andre rettskildefaktorer.

I juridisk teori er det uenigheter om en avtale kan være en rettskilde. Bakgrunnen for uenigheten er at formålet med en avtale er å regulere et konkret rettsforhold mellom ulike parter. De tradisjonelle rettskildene i norsk juridisk metodelære er mer generelle og gir retningslinjer på hva som kan være relevant å legge vekt på i ett rettsforhold. Likevel kan standardavtale i større grad enn en konkret avtale, ligge nærmere opp til de tradisjonelle rettskilder i norsk rett. Dette fordi formålet med standardavtale er å regulere rettsforhold mellom ulike parter til ulike tider. Hvis standardavtale eller standardvilkårene gjennom tiden utvikler seg til å bli kutyme eller sedvane, trekker dette i retning av at standardavtalen er en relevant rettskildefaktor. Dette fordi kutyper eller sedvaner er relevante rettskildefaktorer.¹⁵ Normalt inneholder standardavtale standardvilkår, derfor kan standardavtale på samme rettsområde være et argument for eller imot at standardvilkåret er urimelig og bør tilsidesettes.

1.4 Avgrensninger

Avgrenser oppgaven til å behandle hvilke vilkår som må være oppfylt for at standardvilkåret kan tilsidesettes. Dette betyr at tolkningsregelen i avtl. § 37 1.ledd nr. 3 ikke kommer til å bli behandlet. Avtl. § 37 1.ledd nr. 4 som fastsetter hvem som har bevisbyrde, samt 3.ledd om lovvalg skal heller ikke behandles. Det avgrenses også til å bare behandle avtl. § 36 1. og 2. ledd. Avgrensningen begrunnes med at oppgavens kjerne er urimelighetsvurderingen og ikke tolknings-, bevisbyrde-, og lovvalg problematiseringen.

1.5 Oppgavens framstilling

Det som skal klarlegges er inngrepsterskelen med utgangspunkt i at det er benyttet standardvilkår i en forbrukeravtale. Oppgavens framstilling bygger derfor på norsk juridisk metode. Dette betyr at det ved klarlegging av inngrepsterskelen vil det tas utgangspunkt i ordlyden og øvrige rettskildefaktorer, herunder bestemmelsenes bakgrunn og formål (punkt

¹⁵ Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt 2.utgave 2004 s. 340

2). Siden avhandlingen ikke tar utgangspunkt i en konkret standardavtale eller standardvilkår, blir retningslinjene i avtl. § 36 2.ledd fortolket ut fra de relevante rettskildefaktorer for å fastlegge innholdet av avtl. § 36 1.ledd (punkt 3). Med dette menes at innholdet i retningslinjene bidrar til fastleggelsen av urimelige standardvilkår. Det er viktig å fastlegge hva som anses som urimelig fordi urimelige standardvilkår kan tilsidesettes av domstolene. Forbrukerens stilling som den underlegne part i møte med næringsdrivende gjør at retningslinjen om «partenes stilling» vil stå sentralt ved fastlegging inngrepsterskelen når det gjelder forbrukeravtaler (punkt 3.3). Retningslinjene må deretter vektlegges (punkt 4). Avslutningsvis sies det noen ord om hva undersøkelsen har vist og egen vurdering av retts situasjonen (punkt 5).

2 Presentasjon av avtl. §§ 36 og 37

2.1 Avtaleloven § 36

Avtl. § 36 1.ledd er det primære rettsgrunnlaget fordi bestemmelsen fastsetter det primære rettsvirkningen av at et avtalevilkår er urimelig. Det er derfor naturlig å starte oppgaven med en nærmere tolkning av ordlyden ved bruk av juridisk metode. Før det redegjøres for den naturlige tolkningen og fastsettelsen av innholdet i ordlyden ved bruk av rettskildefaktorene, skal bakgrunnen og lovens formål kort presenteres. Dette for å klargjøre innholdet i bestemmelsen.

2.1.1 Bakgrunn og formål

Opphavet til avtl. § 36 startet med en henvendelse fra forbrukerrådet og forundersøkelser i Norge og Norden med fokus på standardavtaler og urimelige avtalevilkår. Forbrukerrådets henvendelse gjaldt et behov for bedre forbrukervern ved standardavtaler.¹⁶ Denne henvendelsen var nok i sammenheng med samfunnets utvikling, der standardvilkår og standardavtale ble stadig mer brukt og forbrukerne hadde derfor mer behov for forbrukervern ved disse. Kontroll med standardavtaler var det første som ble utredet i desember 1976.¹⁷

¹⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 5

¹⁷ NOU 1976:61

Dette ansvaret ble tillagt det offentlige. I 1979 avga utvalget utredningen om lemping av avtalevilkår m.m.¹⁸

Før avtl. § 36 ble vedtatt hadde det utviklet seg en praksis hos domstolene med å innfortolke lempningsregler i de ulike og nye formuerettslige lover. På grunn av at disse lovene har en begrenset anvendelsesområdet ville det kunne bli forskjellsbehandling på de ulike rettsområder. Dette talte for å vedta en formuerettslig lempningsregel. En slik regel ville gi domstolene en hjemmel for å tilsidesette urimelige avtalevilkår. Dermed slipper dommeren å løse slike tilfeller gjennom drøftelse om vedtakelse og fortolkning. Dette betyr at dommeren slipper å legge til grunn at det urimelige vilkåret ikke var vedtatt eller tolker vilkårene slik at de urimelige konsekvenser unngås.¹⁹

Hovedbegrunnelsen for lempningsregelen i avtl. § 36 er hensynet til å beskytte den underlegne part i avtalen mot den andre parts misbruk av avtalefriheten. Formålet er derfor å motvirke de tilfeller der avtalen får et urimelig innhold på grunn av en ubalanse i styrkeforholdet mellom partene. Siden urimelige standardvilkår var det opprinnelige grunnen til vedtakelsen av avtl. § 36, vil det primære virkeområdet for bestemmelsen være urimelige standardvilkår.²⁰

Selv om avtl. § 36 kan anvendes ved urimelige standardvilkår, er ikke bestemmelsen begrenset til dette. Etter forarbeidene skal avtl. § 36 være en formuerettslig lempningsregel.²¹ Dette vil si at den kommer til anvendelse ved ensidige disposisjoner²² og avtalevilkår generelt.

2.1.2 «Urimelig» eller «i strid med god forretningsskikk»

Etter avtl. § 36 1.ledd kan en avtale og ensidige disposisjoner helt eller delvis tilsidesettes eller endres hvis avtalen er urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldene. En naturlig forståelse av ordlyden i bestemmelsen tilsier at det er to alternative kriterier for å tilsidesette eller endre en avtale. Avtalen må enten virke urimelig eller i strid med god forretningsskikk. Dette betyr også at en tilsidesettelse av standardvilkår i

¹⁸ NOU 1979:32

¹⁹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 6

²⁰ Woxholth, Jussens Venner Vol. 48 s. 259

²¹ NOU 1979:32 s. 60

²² Se også avtl. § 36 1.ledd 2.punktum

forbrukeravtaler er betinget av at standardvilkåret er enten urimelig eller i strid med god forretningsskikk å gjøre gjeldende.

Ingen tilfeller eller tvister er helt identiske, derfor må urimelighetsvurderingen og vurderingen av god forretningsskikk foretas konkret. Dette betyr at det må vurderes om avtalevilkåret generelt anses urimelig, og om vilkåret vil være urimelig å gjøres gjeldene i det konkrete tilfellet.²³ I tillegg til en konkret vurdering skal avtalen i sin helhet bedømmes om den er urimelig å gjøre gjeldene, jf. ordlyden i avtl. § 36 1.ledd «avtale...urimelig å gjøre den gjeldende». Dette betyr at det skal foretas en konkret og samlet vurdering om standardvilkåret som en del av avtalen anses urimelig å gjøres gjeldene.

Ordlyden «urimelige» og «god forretningsskikk» er vage, og trekker i retning av at vurderingen er skjønnsmessig. Den skjønnsmessige vurderingen i avtl. § 36 ligger hos rettsadvokaten. Etter forarbeidene ligger en slik skjønnsmessig vurdering først og fremst hos dommeren, jf. NOU 1979:32 s.61. Likevel kan ikke dommeren eller andre rettsadvokater foreta urimelighetsvurderingen eller god forretningsskikk vurderingen etter eget skjønn. Lovgiver har gitt retningslinjer for vurderingen av om avtalevilkåret eller avtalen er urimelig eller i strid med god forretningsskikk. Retningslinjene er gitt i avtl. § 36 2.ledd. Vilkårene «urimelig» og «god forretningsskikk» vil få et fastere innhold når retningslinjene fortolkes. En nærmere drøftelse av retningslinjene foretas i punkt 3.2. Dette betyr at retningslinjene i avtl. § 36 2.ledd skal tas med i vurderingen om standardvilkåret i forbrukeravtalen er urimelig eller i strid med god forretningsskikk.

I urimelighetsvurderingen og i vurderingen om avtalevilkåret eller avtalen er i strid med forretningsskikk skal det tas hensyn til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig, jf. avtl. § 36 2.ledd. En naturlig forståelse av «omstendighetene for øvrig» tilsier at retningslinjene i 2.ledd ikke er uttømmende.

Det fremkommer av forarbeidene at terskelen for avtalerevisjon er høy. Ved en tilsidesettelse legger forarbeidene til grunn at domstolene «finner urimeligheten klart eller tydelig påvist». Med dette menes at vilkåret må være «positivt urimelig». Dette betyr at

²³ NOU 1979:32 s.61 og Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s.42

selv om det kan tenkes rimeligere løsninger, er dette ikke nødvendigvis tilstrekkelig for en tilsidesettelse av avtalevilkåret. Vilkåret «urimelig» må oppfattes som «et strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope seg».²⁴ Rettspraksis har også vist til denne uttalelsen fra forarbeidene ved avgjørelser angående anvendelsen av avtl. § 36 i saker der partene har vært næringsdrivende og næringsdrivende, privat mot privat og næringsdrivende mot forbruker.²⁵

Gjennom rettspraksis som finnes på avtalerettens område, gis det inntrykk av at terskelen for tilsidesettelse av avtalevilkår er høy. I Rt. 1995 s. 1333 på side 1341, Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46, Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 46 og Rt. 2012 s. 355 avsnitt 55-56 uttaler Høyesterett at avtalevilkåret må anses som «kvalifisert urimelig» for at det aktuelle avtalevilkåret kan tilsidesettes.²⁶ En naturlig forståelse av «kvalifisert urimelig» tilsier at vilkåret må tydelig vise at det ville være urimelig å gjøre det gjeldende. Dette betyr at det i utpreget grad må anses urimelig å gjøre vilkåret gjeldende. Mulig årsak for en slik høy terskel må være fordi utgangspunktet i norsk rett er avtaler skal holdes. Lempingsadgangen i avtl. § 36 anses derfor som en unntaksregel som kan gjøres gjeldende i særlige tilfeller og bestemmelsen er karakterisert som «snever unntaksbestemmelse».²⁷ Et slikt synspunkt er også rimelig. Når partene selv har besluttet å inngå avtaler og blir bundet av den, er de selv ansvarlig for at den etterleves, jf. NL 5-1-2. Derfor må det foreligge særlige grunner for å tilsidesette en gyldig avtale. Dette må også gjelde for forbrukeravtaler med standardvilkår.

Som redegjort tidligere har avtl. § 36 til formål å gi den underlegne part i avtalen et særlig vern mot den annens parts misbruk av avtalefriheten. Styrkeforholdet mellom avtalepartene er på dette grunnlag et sentral moment i rimelighetsvurderingen, jf. Avtl. §

²⁴ Ot.prp. Nr. 5 (1982-1983) s.30

²⁵ Rt. 2011 s. 1304 avsnitt 52, Rt. 2011 s. 1359 avsnitt 45 og Rt. 2013 s. 388 avsnitt 58

²⁶ Rt. 1995 s. 1333 på side 1341: «Avgjørende må etter min mening være om selve klausulen om uoppsigelighet er så kvalifisert urimelig at det er grunnlag for tilsidesettelse.»

Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46: «Ved bedømmelsen av om ett eller flere avtalte vilkår eller hele avtalen er kvalifisert urimelig»,

Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 46: «En eventuell revisjon skal dessuten være begrenset til det som er nødvendig for å avbøte den kvalifiserte urimeligheten» og

Rt. 2012 s. 355 avsnitt 55-56: «En formulering om «klart» urimelig i selve lovteksten, vil imidlertid lett virke som et ytterligere krav om kvalifisert urimelighet ... Det er således de klare, i betydningen tydelige, urimeligheter som kan sensureres med hjemmel i bestemmelsen.»

²⁷ Rt. 2007 s. 431 avsnitt 45: «Det følger av forarbeider og rettspraksis at lemping etter § 36 bare unntaksvis kan finne sted.» og

Rt. 2013 avsnitt 44: «det klare utgangspunkt at avtaler skal holdes, og det er klart dekkende å si at det er tale om en heller snever unntaksbestemmelse»

36 2.ledd «partenes stilling».²⁸ Bestemmelsens rekkevidde er derfor snever i kommersielle avtaler, avtaler mellom profesjonelle som er likeverdige avtaleparter. En begrunnelse for dette kan være at i slike avtaler må forutberegnelighet veie tungt. Om forutberegneligheten svekkes på omsetningslivets område, kan dette føre til at færre næringsdrivende ønsker å inngå avtaler med hverandre. Dette vil kunne bremse samfunnets økonomiske vekst. At terskelen er høy i kommersielle avtaler er også kommet til uttrykk i rettspraksis.²⁹

Avtl. § 36 kan være mest aktuell i forbrukeravtaler, fordi inngrepsterskelen er lavere enn i kommersielle avtaler. Særlig kan bestemmelsen hindre at urimelige standardvilkår gjøres gjeldene ovenfor forbrukeren. I en standardavtale med standardvilkår er det normalt den næringsdrivende som har utarbeidet vilkårene, og som oftest er disse til gunst for den næringsdrivende. Forbrukeren har som regel ikke fått bidratt til utformingen av avtalen, og har derfor et særlig behov for vern som avtl. § 36 inneholder. Dette taler for at terskelen for tilsidesettelse av urimelige avtalevilkår bør anses for å være lavere i forbrukeravtaler.

Selv om avtl. § 36 kan være mest aktuell i forbrukeravtaler, finnes det lite rettspraksis på dette rettsområdet. Se punkt 2.2.6 for en nærmere redegjørelse på hvorfor det er lite rettspraksis om urimelige standardvilkår i forbrukeravtaler.

2.1.3 Generalklausul med rettslige standard

Med generalklausul menes i denne sammenheng en lovbestemmelse som inneholder en generelt utformet ordlyd. «urimelig» og «god forretningsskikk» i avtl. § 36 er ordlydene som karakteriserer en generalklausul. Dette betyr at avtl. § 36 er en generalklausul.

Med rettslig standard menes en rettsregel som viser til en vurderingsnorm utenfor seg selv som avgjørende kriterium.³⁰ Det som karakteriserer en rettslig standard er at ordlyden gir mulighet for at den kan tillegges ulikt innhold på ulik tid. Innholdet i ordlyden vil dermed

²⁸ Ot.prp. Nr. 5 (1982-1983) s. 34

²⁹ Rt. 1999 s. 922 på s. 944 :«For kontrakter mellom profesjonelle parter på et slikt saksområde som vi står overfor i denne saken - hvor rent økonomiske hensyn står sentralt - er det i lovforarbeidene presisert at terskelen for urimelighet skal være høy.»

Rt. 2000 s. 806 på s. 817: «I den grad det er tale om å bruke § 36 når det som her er tale om en avtale mellom profesjonelle, bør terskelen i alle fall være høy»

Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46: «Det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter» og

Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 46: «Terskelen for lemping er høy - det er de helt klare urimeligheter som rammes. For avtaler mellom næringsdrivende kreves spesielt mye»

³⁰ Jusleksikon (2010) s. 342-343

være avhengig av hva som er den alminnelige oppfatningen av det aktuelle rettsspørsmålet. «urimelig» og «god forretningsskikk» er rettslige standarder. Dette betyr at hva som anses for urimelig og god forretningsskikk vil være avhengig av borgernes moralske og sosiale oppfatninger. At ordlyden «urimelig» og «god forretningsskikk» er rettslige standarder betyr også at det som anses urimelig eller god forretningsskikk i fortiden, ikke nødvendigvis må anses som urimelig eller som god forretningsskikk i dagens samfunn. Dette gjelder også urimelige standardvilkår. Et standardvilkår som ble ansett som urimelig for 10 år siden, trenger ikke å anses som urimelig etter dagens moralske oppfatninger.

Avtl. § 36 er en generalklausul med rettslig standard. Bestemmelsen er dynamisk og innholdet av vilkårene forandrer seg i takt med utviklingen i samfunnet.

2.2 Avtaleloven § 37

Avtl. § 37 er ikke en selvstendig lempningsregel. Bestemmelsen er en presisering for den nærmere anvendelse av avtl. § 36 i bestemte angitte tilfeller.³¹ Med dette menes at avtl. § 37 bestemmer hvordan avtl. § 36 skal anvendes i forbrukeravtaler med ikke individuelt forhandlede vilkår. Typiske avtalevilkår i forbrukeravtaler som ikke er individuelt forhandlet er standardvilkår. Det er derfor av interesse å se nærmere på avtl. § 37 når det gjelder tilsidesettelse av urimelige standardvilkår i forbrukeravtaler. For å kunne fastsette innholdet i avtl. § 37 må bestemmelsens bakgrunn og formålet redegjøres. Derfor skal det gis en kort redegjørelse for bakgrunnen og formålet med avtl. § 37, deretter skal det foretas en tolkning av innholdet i bestemmelsen.

2.2.1 Bakgrunn og formål

Avtl. § 37 har sitt opphav i forbrukeravtaledirektivet. forbrukeravtaledirektivet ble vedtatt 5. april 1993 og inngår som en del av tilleggsavtalen til EØS-avtalen.³²

Medlemsstatene i EØS-avtalen har ulike lovgivninger om urimelige vilkår i forbrukeravtaler. Lovgivningen avviker fra hverandre i den grad at dette kan medføre en ubalanse i avtalevilkårene (mellom den næringsdrivende og forbrukeren) blant selgere og tjenesteytere. Slik at noen selgere og tjenesteytere får en konkurransefortrinn fremfor en annen selger eller

³¹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 7

³² St.prp. nr. 40 (1993-1994) s. 74

tjenesteyter. Direktivet skal derfor fremme en mer felles lovgivning på dette området og fjerne urimelige vilkår i forbrukeravtaler. Dette skal bidra til å opprettholde det indre marked uten indre grenser, fritt varebytte og fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital ved avtaler der annens stats lovgivning gjør seg gjeldende. Forbrukerne gis også med dette et bedre vern når de kjøper varer og tjenester gjennom avtaler der en annen medlemsstats lovgivning gjelder. Arbeidet for selgere av varer og leverandører av tjenester vil bli lettere i egen stat og det indre marked. Vedtagelsen og etterlevelse av direktivet vil medføre at konkurransen mellom selgere og tjenesteytere blir stimulert og samtidig får forbrukerne større valgmuligheter.³³

Formålet med direktivet er å sikre forbrukernes rettigheter ved forbrukeravtaler og fremme mest mulig likt lovgivning på dette området. Det fremkommer av fortalet til direktivet at medlemsstatene skal sørge for at forbrukeravtaler ikke inneholder urimelige vilkår. Forbrukeren skal vernes mot næringsdrivendes misbruk av sin stilling. Særlig når det gjelder ensidige utformede standardavtaler og standardvilkår.³⁴

Forbrukeravtaledirektivets anvendelsesområde er avtalevilkår som ikke er individuelt forhandlet i forbrukeravtaler, jf. forbrukeravtaledirektivets art. 3, jf. Art. 1 og 2. At visse deler av et vilkår eller et bestemt vilkår er individuelt forhandlet, skal ikke utelukke at art. 3 anvendes på resten av avtalen. Dette er betinget av at avtalen eller andre avtalevilkår likevel etter en helhetlig vurdering anses som ensidig utformet standardavtale eller standardvilkår, jf. forbrukeravtaledirektivets art. 3 nr. 2.

I forarbeidene er det påpekt at alle nordiske landene har regler som gir adgang til å tilsidesette eller endre urimelige avtalevilkår. I norsk rett er denne regelen fastsatt i avtl. § 36. Som redegjort for tidligere i pkt. 2.1.1 er avtl. § 36 en generell formuerettslig lempningsregel. Dette betyr at bestemmelsen kommer til anvendelse overfor alle former for formuerettslige avtaler.³⁵ Det er i forarbeidene uttalt at

«generelt må de samme hensyn som direktivet søker å ivareta, allerede sies å være i varetatt»

³³ Ot. Prp. nr. 89 (1993-94) s. 19

³⁴ Ot. Prp. nr. 89 (1993-94) s. 19

³⁵ Se punkt 2.1.1 for nærmere redegjørelse av avtl. § 36 som formuerettslig lempningsregel

gjennom avtl. § 36. Avtl. § 37 ble likevel vedtatt på grunn av at det kan være på få punkter i forbrukeravtaledirektivets bestemmelser som gir forbrukeren mer gunstige rettigheter enn eksisterende regler. Dette betyr at avtl. § 37 skal sikre forbrukerne

«fullt ut oppnår de rettigheter som følger av direktivet, samtidig som det for øvrig ikke gjøres endringer i den rettslige situasjonen som er etablert gjennom avtaleloven § 36».³⁶

2.2.2 1.ledd: virkeområde

Avtl. § 37 kan anvendes ved avtalevilkår som ikke er individuelt forhandlet mellom en forbruker og en næringsdrivende, jf. avtl. § 37 1.ledd og Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 16. En naturlig forståelse av «ikke er individuelt forhandlet» tilsier at vilkårene ikke er forhandlet frem mellom partene. Dette betyr at avtalen allerede var ferdig utformet ved avtaleinngåelsen. Den kan være utformet av den ene parten eller andre enn partene. En slik tolkning støttes av forarbeidene og forbrukeravtaledirektivet.³⁷ Bestemmelsen omfatter dermed standardvilkår i en avtale inngått mellom næringsdrivende og forbruker. Standardvilkår er det typiske tilfelle av «ikke individuelt forhandlet» avtalevilkår.

Virkeområdet til avtl. § 37 er dermed begrenset til å gjelde avtaler mellom en forbruker og en næringsdrivende med avtalevilkår som ikke er individuell forhandlet.

2.2.3 1.ledd nr.1: «urimelig», «god forretningsskikk» og «senere inntrådte forhold»

Avtl. § 37 1.ledd nr.1 1.punktum lyder:

«Ved anvendelse av § 36 skal det tas hensyn til forhold som nevnt i § 36 annet ledd».

En naturlig forståelse av «anvendelse av § 36» tilsier at det er kriteriene «urimelig» og «god forretningsskikk» og rettsvirkningen «helt eller delvis settes til side eller endres» som det henvises til i avtl. § 36 1. ledd. Dette betyr at avtl. § 37 1.ledd nr. 1 viser til at vilkårene og rettsvirkningen i avtl. § 36 gjelder også ved ikke individuelt forhandlet avtalevilkår. I forbindelse med oppgavens problemstilling, betyr dette at et eller flere standardvilkår i forbrukeravtale kan tilsesettes hvis det eller de er urimelige eller i strid med god

³⁶ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s.4

³⁷ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s.10

forretningsskikk å kunne gjøres gjeldende, jf. Avtl. § 36 1.ledd «helt eller delvis settes til side...virke urimelig eller i strid med god forretningsskikk...».

I vurderingen om standardvilkåret er urimelig eller i strid med god forretningsskikk skal retningslinjene i avtl. § 36 2.ledd legges til grunn, jf. avtl. § 37 1.ledd nr. 1 1.punktum. Dette betyr at i vurderingen om standardvilkåret er urimelig eller i strid med god forretningsskikk skal det legges vekt på avtalens innhold, partenes stilling, forholdene ved avtalens inngåelse, senere inntrådt forhold og omstendighetene for øvrig, jf. avtl. § 36 2.ledd.

Siden avtl. § 37 viser til kriteriene og rettsvirkningene i avtl. § 36 1.ledd og retningslinjene i 2.ledd skal tas med i urimelighetsvurderingen, må utgangspunktet også være at det skal foretas en konkret vurdering for å kunne fastslå om standardvilkåret er urimelig eller i strid med god forretningsskikk.³⁸ Et slikt utgangspunkt er også lagt til grunn av Woxholth.³⁹

Forbrukeravtaledirektivet har et vedlegg som inneholder en liste over vilkår som anses urimelige. Denne listen er veiledende og ikke uttømmende. Listen kalles «svartelisten». Den er ikke vedtatt som norsk lov og har derfor i utgangspunktet heller ingen rettskildemessig betydning. Likevel kan den få betydning i vurderingen om standardvilkåret anses urimelig ved å være et støtteargument. Departementet fremholder i forarbeidene at avtalevilkår som er opplistet i «svartelisten», særlig hvis vilkåret ikke er individuelt forhandlet vil i de fleste tilfeller «faktisk bli bedømt som urimelige etter generalklausulen i avtaleloven § 36».⁴⁰ Dette må også gjelde i de tilfeller der avtl. § 37 får anvendelse, samt standardvilkår i forbrukeravtaler.

Avtl. § 37 1.ledd nr. 1 2.punktum lyder «Senere inntrådte forhold skal likevel ikke tillegges betydning til skade for forbrukeren med den virkning at et avtalevilkår som ellers ville anses som urimelig, blir ansett som rimelig.». En naturlig forståelse av «senere inntrådte forhold» tilsier at det dreier seg om omstendigheter som ikke var tilstede ved avtaleinngåelsen. I forbindelse med oppgavens problemstilling betyr dette at forhold som oppstår etter avtaleinngåelsen kan være et moment i vurderingen om standardvilkåret er urimelig eller i strid med god forretningsskikk slik at det medfører at standardvilkåret tilsidesettes. En

³⁸ Se tidligere drøftelse om dette i punkt 2.1.2

³⁹ Woxholth (2014) s. 367

⁴⁰ Ot. Prp. nr. 89 (1993-94) s. 11

naturlig forståelse av «ellers ville anses som urimelig, blir ansett som rimelig» tilsier at avtalevilkåret anses som rimelig selv om det i utgangspunktet var urimelig. Dette betyr at avtalevilkåret i forbrukeravtalen var – ved avtaleinngåelsen – urimelig, men på grunn av senere inntrådte forhold blir dette vilkåret ansett som rimelig ved oppfyllestidspunktet. I slike tilfeller gir avtl. § 37 forbrukeren et sterkere vern etter avtl. § 36 enn det som ville vært tilfellet uten presiseringer i avtl. § 37. Med dette menes at selv om standardvilkåret anses rimelig på oppfyllestidspunktet, kan den likevel tilsidesettes hvis det anses urimelig ved avtaleinngåelsen og er til skade for forbrukeren, jf. avtl. § 37 1.ledd nr. 1, 2.punktum «ikke tillegges betydning til skade for forbrukeren». Avtl. § 36 er generell lempningsregel, i slike tilfeller der avtalevilkåret anses som urimelig på inngåelsestidspunktet, anses som rimelig på oppfyllestidspunktet, kan være et moment som taler for at avtalen ikke skal tilsidesettes, selv om dette kommer til skade for forbrukeren. Regelen i avtl. § 37 1.ledd nr. 1 2.punktum er derfor en unntaksregel fra den generelle lempningsregelen i avtl. § 36. Dette fremkommer også av lovens forarbeider.⁴¹

I lovens forarbeider er det vist til at forbrukeravtaledirektivet oppstiller begrensninger ved vurderingen om vilkåret skal tilsidesettes.⁴² Forbrukeravtaledirektivets art. 4 nr. 2 lyder:

«Vurderingen av om et vilkår er urimelig, skal ikke omfatte definisjonen av avtalens hovedgjenstand eller overenstemmelsen mellom prisen og betalingen på den ene side, og tjenestene eller varene som skal leveres som motytelse på den annen side, forutsatt at disse vilkårene er formulert på en klar og forståelig måte».

En naturlig forståelse av art. 4 nr. 2 tilsier at den avtalte prisen for varen eller tjenesten ikke skal tas med i vurderingen om avtalevilkåret er urimelig. Dette selv om den avtalte pris var i utgangspunktet urimelig. Siden avtl. § 37 har sin bakgrunn i forbrukeravtaledirektivet tolkes avtl. § 37 i samsvar med art. 4 nr. 2. Dette betyr at avtl. § 37 ikke får anvendelse ved avtalt pris, selv om prisen er standardisert og urimelig. En slik tolkning støttes av juridisk litteratur.⁴³ Årsaken til at avtalt pris ikke omfattes av forbrukeravtaledirektivet kan være at forbrukeren kan overveie om prisen er slik at han eller hun ønsker. En slik overveielse forutsettes at enhver alminnelig forbruker har evne til å ta. En annen årsak kan være at konkurransen i markedet ofte vil skape balanse mellom hovedgjenstandens verdi og

⁴¹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 16

⁴² Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 9

⁴³ Alf Petter Høgberg og Jo Hov, Alminnelig avtalerett 1.utgave 2009 s. 442

salgsprisen.⁴⁴ Det er presisert i forarbeidene at forbrukerdirektivet er et minimumsdirektiv, jf. Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 9. Avtl. § 36 oppstiller ikke en slik begrensning som direktivet oppstiller i art. 4 nr. 2. Siden forbrukeravtaledirektivet er et minimumsdirektiv kan tilfeller som forbrukeravtaledirektivets art. 4 nr. 2 begrenses mot, likevel komme i betraktning i urimelighetsvurderingen ved anvendelsen av avtl. § 36. Avtl. § 36 kan dermed gi forbrukeren et bedre vern i slike tilfeller. I forbindelse med oppgavens problemstilling betyr dette at ved vurderingen om standardvilkåret er urimelig, kan

«avtalens hovedgjenstand eller overensstemmelsen mellom prisen og betalingen på den ene side, og tjenesten eller varene som skal leveres som motytelse på den annen side»⁴⁵

tas i betraktning gjennom å påberope avtl. § 36.

2.2.4 1.ledd nr. 2: «betydelig skjevhet»

Avtl. § 37 1.ledd nr. 2 lyder:

«Hvis ett eller flere avtalevilkår medfører en betydelig skjevhet til skade for forbrukeren i de rettigheter og plikter partene har etter avtalen, kan forbrukeren ved anvendelse av § 36 kreve at avtalen for øvrig skal være bindende for partene, dersom den kan bestå med uforandret innhold.».

En naturlig forståelse av «betydelig skjevhet» tilsier at det foreligger en ubalanse ved avtalevilkårene mellom avtalepartene som ikke anses normalt innenfor den type forbrukeravtale. Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger en betydelig skjevhet ved avtalevilkårene. Skjevheten må være til «skade for forbrukeren i de rettigheter og plikter... etter avtalen», jf. avtl. § 37 1.ledd nr.2. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at skjevheten i avtalevilkårene som gjelder partenes rettigheter og plikter, medfører at forbrukeren blir dårligere stilt enn vanlig.

Rettsvirkningen av at det foreligger en betydelig skjevhet i avtalevilkårene som gjelder rettigheter og plikter i forbrukeravtalen er at forbrukeren kan

«kreve at avtalen for øvrig skal være bindende for partene, dersom den kan bestå med uforandret innhold.».

⁴⁴ Giertsen (2014) s. 209

⁴⁵ Ot.prp. Nr. 89 (1993-1994) s. 9

En naturlig tolkning av ordlyden tilsier at et eller flere avtalevilkår som medfører betydelig skjevhet i partenes rettigheter og plikter etter avtalen, tilsidesettes mens resten av avtalen står seg. Denne rettsvirkning forutsetter at avtalen kan bestå med uforandret innhold. Dette betyr at avtalevilkår som ikke medfører en betydelig skjevhet i partenes rettigheter og plikter etter avtalen, kan gjøres gjeldende uendret.

I følge forarbeidene er det to alternative rettsfølger i bestemmelsen. Det første alternativet kan vi lese direkte fra ordlyden, oppheve det urimelige vilkåret (vilkår som medfører en betydelig skjevhet), mens resten av avtalen består uendret. Annet alternativ er at hele avtalen faller bort. Departementet har i samråd med øvrige nordiske landene, besluttet at det ikke gis adgang «til å revidere den «rimelige» delen av en avtale ikke kan opprettholdes i forbrukerforhold dersom forbrukeren krever at avtalen for øvrig skal være bindende».⁴⁶

Dette betyr at revisjonsadgangen etter avtl. § 37 1.ledd nr. 2 begrenses til å gjelde de avtalevilkår som medfører en betydelig skjevhet i partenes rettigheter og plikter. Begrunnelsen for en slik begrensning er at forbrukeren skal beskyttes mot å bli dårligere stilt når hele avtalen endres, jf. Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 12. Dette betyr at den næringsdrivende i avtalen ikke kan kreve at den «rimelige» delen forandres til ugunst eller urimelig for forbrukeren. Likevel kan den næringsdrivende eller forbrukeren gis adgang til å gjøre gjeldende at den «rimelige» delen av avtalen endres. En slik adgang kan gjøres gjeldende etter avtl. § 36 fordi den ikke inneholder samme begrensning som avtl. § 37 1.ledd nr. 2. Departementet anser en slik løsning «fleksibel og heldig» og «rammer ikke forbrukeren på noen urimelig måte».⁴⁷ I forbindelse med avhandlingens problemstilling betyr dette at standardvilkår i en forbrukeravtale som medfører en ubalanse mellom forbrukeren og den næringsdrivende som anses ikke å ligge innenfor det normale i den type forbrukeravtale og er derfor til skade for forbrukerens rettigheter og plikter etter avtalen, kan tilsidesettes hvis resten av avtalen kan gjøres gjeldende uendret, jf. Avtl. § 37 1.ledd nr. 2. Hvis den ikke kan det, må hele avtalen falle bort, jf. Ot. Prp. nr. 89 (1993-94) s. 12. Både den næringsdrivende

⁴⁶ Ot. Prp. Nr. 89 (1993-94) s. 12

⁴⁷ Ot. Prp. Nr. 89 (1993-94) s. 12

og forbrukeren gis adgang til å revidere resten av avtalen gjennom å påberope avtl. § 36 som rettslig grunnlag.

2.2.5 2.ledd: Forbruker

Avtl. § 37 2.ledd definerer hvem som er forbruker. En forbruker er «enhver fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet», jf. avtl. § 37 2.ledd. En naturlig tolkning av ordlyden tilsier at alle borgere som inngår en avtale som privatperson anses som forbruker. Dette stemmer med hva forarbeidene legger til grunn i definisjonen av hvem som er forbruker i bestemmelsen.⁴⁸

Avtl. § 37 kommer til anvendelse når minst en av partene er en forbruker og minst en av de andre partene er næringsdrivende.

2.2.6 Rettspraksis

Det finnes ikke noe høyesterettspraksis på avtl. § 37 sitt område, og jeg har ikke funnet underrettspraksis. Grunnen til dette kan være at tvister i forbrukeravtaler løses på andre måter, for eksempel gjennom megling eller annen klageinstans som forbrukertvistutvalget og markedsrådet. Klageinstansene er domstollignende forvaltningsorganer, de avgjør tvistene ved å fatte vedtak. Vedtakene er forvaltningsvedtak etter forvaltningsloven og kan ikke påklages. Er partene uenige vedrørende vedtaket må vedtaket bringes inn til domstolen.⁴⁹

En annen grunn kan være at forbrukeravtaletvistene normalt omhandler «beskjedne økonomiske verdier».⁵⁰ Å føre en rettssak, særlig å føre saker fra tingretten helt til Høyesterett, kan koste mye penger. Når saksomkostningene er betydelig mer enn hva tvisten dreier seg om, kan det bli lite motiverende å bringe saken inn til domstolene. Det kan også være belastende og tidskrevende å føre en rettssak. Belastningen, tidsbruken og den økonomiske risikoen ved å føre rettssaken er noe forbrukeren selv må vurdere. Det gis ingen garanti for at retten dømmer i forbrukerens favør. Da kan det være mer gunstig for forbrukeren å klage eller sende inn saken til klageinstans på rettsområdet for behandling. Dette vil normalt være gratis eller koste mindre enn å føre en rettssak.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 7

⁴⁹ <http://www.forbrukertvistutvalget.no/om-forbrukertvistutvalget/> (2.mai 2016) og <http://www.markedsradet.no/om-marknadsradet-mr/> (2.mai 2016)

⁵⁰ Hilde Hauge, Jussens Venner vol. 50, Avtalelovens § 36 som bidrag til forbrukervern – belyst ved røeggen-
dommen s. 193

Det har i de senere årene blitt vedtatt flere lover innenfor ulike forbrukeravtaleområder. Blant disse kan det nevnes forbrukerkjøpsloven, håndverkertjenesteloven og avhendingslova. De nye reglene anses å gi forbrukeren tilstrekkelig vern på det aktuelle forbrukeravtaleområdet. Det kan derfor være enklest for forbrukeren å påberope gjeldene bestemmelse på rettsområdet tvisten gjelder. For eksempel ved kjøp av elektronikk fra en næringsdrivende, kan forbrukeren gjøre gjeldene rettsvirkninger etter forbrukerkjøpsloven når avtalen blir misligholdt av selger. Dette kan være en av grunnene til at avtl. § 37 ikke blir påberopt ved eventuell rettssak.

Det har likevel i de siste årene kommet noen dommer som er av interesse i forbindelse med hvilke momenter som gjør seg gjeldene i vurderingen om avtalevilkår i forbrukeravtalen skal tilsidesettes. Rettsgrunnlaget i disse dommene er avtl. § 36 og bestemmelser i andre lover. Siden retningslinjene som skal tas med i vurderingen om standardvilkåret i forbrukeravtalen anses urimelig etter avtl. § 37, er de samme som i avtl. § 36 så vil dommene være veiledende for innholdet i avtl. § 37. Det er derfor aktuelt å så på rettspraksis på avtl. § 36 område, der den er anvendt i forbrukerforhold med ikke individuelle forhandlede vilkår. Dette fordi ikke individuelle forhandlede vilkår ligger nær opp til standardvilkår som er utarbeidet av næringsdrivende i forbrukeravtaler.

2.3 Hva er forskjellen mellom avtl. §§ 36 og 37?

I utgangspunktet kan begge bestemmelsene brukes i forbrukeravtaler som grunnlag for tilsidesettelse av urimelig avtalevilkår. Dette fordi avtl. § 37 henviser til avtl. § 36. Avtl. § 37 presiserer hvordan retningslinjene i avtl. § 36 skal anvendes i forbrukeravtaler med ikke individuelle forhandlede avtalevilkår. Det som skiller bestemmelsene fra hverandre er at avtl. § 37 kan bare anvendes ved forbrukeravtaler som inneholder et eller flere vilkår som ikke er individuelt forhandlet mellom partene, jf. Avtl. § 37 1.ledd. Dette betyr at avtl. § 37 får anvendelse når det er inngått en avtale mellom en næringsdrivende og forbruker, i tillegg må hele eller deler av avtalen være ferdig utformet av den næringsdrivende før avtaleinngåelsen. Avtl. § 37 gjelder bare de avtalevilkår som var ferdig utformet ved avtaleinngåelsen. Dette betyr at i avtaler som er delvis forhandlet og delvis ferdig utformet, kan ikke avtl. § 37 påberopes som grunnlag for tilsidesettelse av vilkår som er forhandlet frem mellom partene.

Avtl. § 36 inneholder ikke annen begrensning enn at avtalen må være på formuerettens området, jf. avtl. § 41. Dette betyr at avtl. § 36 har større saklig virkeområdet enn avtl. § 37. Etter lovens forarbeider er en avtale formuerettslig hvis den i form og innhold tilsvarer det privatpersoner kan inngå avtale om.⁵¹ Dette betyr blant annet at avtl. § 36 kan påberopes i forbrukeravtaler, kommersielle avtaler og annen bindende disposisjon.⁵²

Ordlyden i forbrukeravtaledirektivet art. 4 nr. 1 legger opp til at hvert enkelt avtalevilkår vurderes isolert, om vilkåret anses urimelig. Som nevnt i punkt 2.1.2 legger avtl. § 36 opp til en vurdering av hvorvidt avtalen i sin helhet anses urimelig. Siden avtl. § 37 har bakgrunn i forbrukeravtaledirektivet, trekker dette i retning av at denne bestemmelsen bør tolkes likt med forbrukeravtaledirektivet art. 4 nr.1. Med dette menes at vurderingstemaet i avtl. § 37 er om hvert enkelt avtalevilkår anses som urimelig. Dette betyr at vurderingstemaet i avtl. §§ 36 og 37 er noe ulikt. I EU-domstolens avgjørelse i sak C-472/11 uttales det at nasjonale domstoler ved bedømmelsen av om et avtalevilkår er urimelig, «skal tage hensyn til alle andre vilkår i aftalen.».⁵³ Dette trekker i retning av at standardvilkår som er omfattet av avtl. § 37 vurderes på lik linje som andre avtalevilkår etter avtl. § 36. Giertsen nevner at det ikke er klare holdepunkter om forbrukeravtaledirektivet tillater «avvik fra utgangspunktet om at hvert vilkår må bedømmes isolert».⁵⁴ I avhandlingen legges det til grunn at standardvilkår bedømmes som en del i en avtale i forbindelse med om vilkåret er urimelig eller ikke. Dette fordi både avtl. §§ 36 og 37 har til formål å beskytte den underlegne part mot den overlegne parts misbruk av avtalefriheten som medfører at avtalen blir betydelig ubalansert mellom partenes rettigheter og plikter. At et standardvilkår isolert sett anses som urimelig, medfører dette ikke nødvendigvis en betydelig ubalanse mellom partenes rettigheter og plikter. Noe ubalanse mellom partenes rettigheter og plikter vil det normalt oppstå i en forbrukeravtale. Dette trekker i retning av at ikke enhver «urimelig» standardvilkår i avtalen tilsier en tilsidesettelse og det er den samlede og konkrete vurdering som er avgjørende.⁵⁵

⁵¹ Ot.prp. Nr. 5 (1982-1983) s. 17

⁵² NOU 1979:32 s. 45-48 og Ot.prp. Nr. 5 (1982-1983) s. 17

⁵³ Sak C-472/11 avsnitt 41: «Det tredje spørsmål skal derfor besvares med, at den nationale ret ved bedømmelsen af, om det kontraktvilkår, der er grundlaget for den påstand, der er nedlagt for den, eventuelt er urimeligt, skal tage hensyn til alle andre vilkår i aftalen.»

⁵⁴ Giertsen (2014) s. 229

⁵⁵ Se punkt 2.1.2

Rettsvirkningene etter avtl. §§ 36 og 37 er noe ulike. Bestemmelsenes rettsvirkninger er ikke oppgavens tema, men dette er en side ved bestemmelsene som belyser forskjellen mellom dem. Det er blir derfor det en kort redegjørelse for rettsvirkningen av bestemmelsene. Etter avtl. § 36 er det fem mulige alternativer for inngrep når det foreligger urimelig avtalevilkår i forbrukeravtaleen.⁵⁶ Det første alternativet er at urimelige avtalevilkår tilsidesettes og resten av avtalen består uendret, jf. avtl. § 36 «helt heller delvis settes til side». Andre alternativ er at urimelige avtalevilkår endres, mens resten består, jf. avtl. § 36 «endres». Med dette menes at vilkårene kan erstattes med bakgrunnsretten eller annet vilkår som dommeren anser hensiktsmessig, jf. Rt. 1988 s. 276 og Rt. 1988 s. 295.⁵⁷ Tredje alternativ er at urimelige avtalevilkår opprettholdes mot at andre vilkår i avtalen endres, jf. avtl. § 36 «delvis...settes til side eller endres».⁵⁸ Fjerde alternativ er at hele avtalen endres eller tilsidesettes og erstattes med bakgrunnsretten eller annet vilkår som dommeren anser rimelig og hensiktsmessig, jf. avtl. § 36 «helt...settes til side eller endres».⁵⁹ Femte alternativ er at avtalen i sin helhet tilsidesettes og partene blir ubundet av avtalen, jf. avtl. § 36 «helt...settes til side». Etter avtl. § 37 er det kun to mulige alternativer for inngrep når det foreligger urimelige avtalevilkår i forbrukeravtaleen. Det første er at urimelige avtalevilkår tilsidesettes mens resten av avtalen består uendret, jf. avtl. § 37 1.ledd nr. 2.⁶⁰ Det andre alternativet er at hele avtalen tilsidesettes, se punkt 2.2.4 for nærmere redegjørelse for begrunnelsen. Rettsvirkningene etter avtl. § 36 er mer fleksible enn etter avtl. § 37. Dette betyr at hvis avtl. § 37 påberopes for å tilsidesette urimelige standardvilkår i forbrukeravtaleen, kan ikke «rimelige» standardvilkår endres slik avtl. § 36 gir adgang til.

3. Innholdet i retningslinjene

Om et standardvilkår kan tilsidesettes er avhengig om det anes urimelig eller strider mot god forretningsskikk å gjøre den gjeldende, jf. avtl. § 37 1.ledd nr. 1, jf. Avtl. § 36 1.ledd. Om avtalen eller standardvilkårene anses urimelige beror på en konkret vurdering.⁶¹ I vurderingen skal retningslinjene i avtl. § 36 2.ledd tillegges vekt.

⁵⁶ Giertsen (2014) s. 271

⁵⁷ Se punkt 3.2.1 for mer om dommene og Giertsen (2014) s. 271

⁵⁸ Giertsen (2014) s. 271

⁵⁹ Giertsen (2014) s. 271

⁶⁰ Se tidligere drøftelse om denne rettsvirkningen i punkt 2.2.4

⁶¹ Se tidligere drøftelse om dette i punkt 2.1.2

3.1 Avtalebalanse

Avtalens innhold er etter forarbeidene det som utgjør utgangspunktet for urimelighetsvurderingen. Det nevnes noen typetilfeller som kan rammes av avtl. § 36. Dette gjelder

«avgjørelser i anledning avtaleforholdet ensidig legges i den ene part hånd, omfanget av byrder som legges på hver av partene, urimelig pris, misbruk av rettighet, betydningen av endrete forhold, den alminnelige rimelighetsoppfatning til enhver tid, helheten i partenes forskjellige avtaleforhold, betydningen av om partene er bundet ved avtaler i et annet led og om det er en avtale av internasjonal karakter.».⁶²

Kort oppsummert gjelder alle disse typetilfeller avtaler som medfører en urimelighet, gjerne også ubalansert fordeling av rettigheter og plikter. Typetilfellene er ikke uten videre urimelige. Det må alltid foretas en konkret vurdering uansett hvilke tilfelle det gjelder.

Bakgrunnsretten kan danne et utgangspunkt for vurderingen om standardvilkåret er urimelig etter avtl. §§ 36 og 37, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-415/11 avsnitt 68. Med dette menes at det «urimelige» standardvilkåret i forbrukeravtalen ses i forhold til hva loven på rettsområdet bestemmer. Dette betyr at det må vurderes om standardvilkåret utgjør et avvik etter loven på rettsområdet. Et avvik fra deklarasjonslov, bakgrunnsretten, vil sjelden alene avgjøre om standardvilkåret er urimelig og må tilsidesettes, jf. Rt. 2001 s.716 på side 722.⁶³ Formålet med deklarasjonslov er nettopp at den skal kunne fravikes og trekkes i retning av at avvik fra bakgrunnsretten ikke kan medføre at standardvilkåret er urimelig. På den annen side hvis den overlegne parten utnyttet adgangen til å fravike bakgrunnsretten og opptrer illojalt som medfører en ubalanse til gunst for den overlegne parten, kan standardvilkåret anses urimelig, jf. Rt. 2011 s.1168 avsnitt 20.⁶⁴ Dette kan begrunnes med at

⁶² Ot.prp. Nr. 5 (1982-1983) s. 31

⁶³ Rt. 2001 s. 716 på side 722: «Den omstendighet at det økonomiske oppgjøret er gjennomført på en annen måte enn det som følger av lovens regler, kan da åpenbart ikke være tilstrekkelig grunn for å sette avtalen til side». Selv om saken ikke gjelder standardvilkår i forbrukeravtale, kan Høyesterett uttalelse om bakgrunnsretten som moment i vurderingen tas til inntekt i kontraktsretten ved urimelighetsvurderingen av standardvilkår.

⁶⁴ Rt. 2011 s. 1168 avsnitt 20: «Avtaler der det kan påvises at en part har utnyttet et skjevt styrkeforhold eller har opptrådt illojalt, står i en særstilling.». Denne dommen gjelder heller ikke standardvilkår i forbrukeravtaler, men kan likevel tas som inntekt for urimelighetsvurderingen av standardvilkår.

et slikt opptreden anses som et misbruk av avtalefriheten som avtl. §§ 36 og 37 har til formål å motvirke. Giertsen nevner at et avvik fra bakgrunnsretten til gunst for den overlegne parten i forbrukeravtalen i noen tilfeller alene kan være tilstrekkelig til urimelighet. Han eksemplifiserer at et vidtgående ansvarsfraskrivelse som fritar den næringsdrivendes ansvar ved eget avtalebrudd i en forbrukeravtale kan være et avvik fra bakgrunnsretten som medfører at avtalevilkåret anses urimelig.⁶⁵ Rettspraksis viser også at avvik fra bakgrunnsretten som er forsvarlig eller saklig grunnlagt kan trekke i retning av at avtalevilkåret opprettholdes, jf. Rt. 2000 s. 1800 på side 1806 og Rt. 2006 s. 420 avsnitt 47. Selv om disse to dommene ikke var forbrukeravtaler, var vurderingstemaene tilsidesettelse av avtalevilkår etter avtl. § 36, derfor vil Høyesteretts uttalelser angående momentene i urimelighetsvurderingen etter avtl. § 36 være relevant rettskilde for urimelighetsvurderingen ved standardvilkår i forbrukeravtaler.

Noen næringsdrivende tilbyr tjenester via Internett og avtalen inngås gjerne med noen tastetrykk. Standardvilkårene for å kunne leie eller kjøpe tjenesten opplyses også på nettsiden. Disse kan være mange og uoversiktlige. En forbruker vil lett kunne overse urimelige og ubalanserte standardvilkår. Særlig når de standardiserte vilkårene kan godtas av forbrukeren ved å hake av «enig» eller «jeg godtar...» i stedet for at standardvilkårene presenteres forbrukeren på papir og krever fysisk undertegnelse, kan det være lett å ikke lese alle vilkår. Årsaken til dette kan være at fysisk undertegnelse gir forbrukeren inntrykk av at dette er alvorlig og kan få rettslige og økonomiske konsekvenser. En elektronisk avtale som inngås med noen tastetrykk gir inntrykk av at avtalen skal inngås raskt og enkelt. Dette kan medføre at forbrukeren inngår avtalen uten å lese standardvilkårene. Noen næringsdrivende som tilbyr tjenester via Internett kan ha oversiktlige standardvilkår. Likevel kan disse være mange og inneholder vage ord og uttrykk. Forbrukeren kan derfor bli forvirret og usikker, men likevel godtar uten nærmere undersøkelser. I det følgende gis det et eksempel fra en nettside som tilbyr tjeneste, på standardiserte vilkår som kan anses oversiktlige men utydelige. Eksemplet er vilkåret om oppgjør og belastning av bankkort for leietakere av leiebil på denne nettsiden. Vilkåret lyder:

«Ved bruk av [selskapets] tjenester gir du oss rett og tilgang til å belaste betalingskort du har registrert i vårt system for alle utestående beløp du er ansvarlig for, inkludert, men ikke begrenset til, depositum, leie, gebyr, egenandeler og skadeerstatning.»⁶⁶

⁶⁵ Giertsen (2014) s. 245

⁶⁶ https://nabobil.no/vilkaar_leietaker (2.mai 2016) punkt 4 «Oppgjør – Belastning av betalingskort»

Ordlyden «du er ansvarlig for» kan åpne for tolkningstvil. Standardvilkåret sier ikke klart om nabobil.no selv kan vurdere at forbrukeren er ansvarlig for det utstående beløp eller at partene (selskapet og forbrukeren) er enige om at forbrukeren er ansvarlig for det utstående beløp. Er partene enige om at forbrukeren er ansvarlig for det utstående beløp, vil det normalt ikke oppstå tvist om at selskapet kan trekke beløpet fra forbrukerens betalingskort. Legges den første tolkningen til grunn, kan standardvilkåret kunne anses som urimelig og ubalansert. Dette fordi etter en normal inndrivningsprosess, må den som mener at han har rett på penger fra andre, sende pengekravet til en instans med rettslig kompetanse til å avsi bindende avgjørelser, for eksempel forliksrådet eller domstolene. Om selskapet gjennom standardvilkåret får trekke kontoen til forbrukeren etter egen vurdering (inndrivning av pengekravet uten avgjørelse fra rettslig kompetent instans) mister forbrukeren rett til å få saken prøvd av den kompetente instansen. Dersom forbrukeren er uenig med selskapet om saken, men selskapet har trukket beløpet de mener forbrukeren er skyldig i, må forbrukeren være den aktive part. Med dette menes at forbrukeren må være den som bringer saken inn til et kompetent instans for å kreve tilbake pengene sine. Standardvilkåret endrer dermed utgangspunktet for inndrivning av pengekrav som selskapet mener at forbrukeren skylder. Dette betyr at standardvilkåret gir selskapet rett til direkte innkreving av pengekravet og medfører at partenes aktivitetsplikt forrykker i forbrukerens disfavør. Dermed skapes det en ubalanse mellom partenes rettigheter og plikter etter avtl. § 37 1.ledd nr. 2.

Kontraktspraksis kan være et moment i urimelighetsvurderingen. Med kontraktspraksis menes den praksis som oppstår i ulike rettsområder om avtalens innhold og hvilke parter som skal bære hvilke byrder og risikofaktorer. Gjennom etablerte og alminnelig kontraktspraksis skaper avtalepartene en felles forståelse av hvilke vilkår og tolkning som skal legges til grunn i avtalen. Når rettsandvenderen skal bruke kontraktspraksis som et moment i urimelighetsvurderingen, er det naturligvis kontraktspraksis på det aktuelle rettsområdet og ikke kontraktspraksis generelt det vises til.⁶⁷ Når kontraktspraksis ikke får betydning i urimelighetsvurderingen må forholdet være spesiell. Veletablerte og allment praktiserte standardvilkår anses for både å være rimelige og balanserte mellom partene. Hagstrøm nevner at veletablerte og allment praktiserte avtalevilkår innenfor bransjen, normalt ikke kan

⁶⁷ Viggo Hagstrøm, Lov og Rett (1994) s. 143

sensureres etter avtl. § 36.⁶⁸ Standardvilkår eller standardavtale som er utformet gjennom forhandlinger mellom organisasjoner som er representative for begge parter interesser og som er praktisert vil normalt anses som rimelige.⁶⁹ Standardvilkår som er usedvanlige byrdefulle og som likevel er etablerte og praktiserende trekker i retning av at vilkårene skaper en ubalanse i partenes rettigheter og plikter. Standardvilkår som skaper ubalanse i partenes rettigheter og plikter taler for at de tilsidesettes etter avtl. § 37. Woxholth nevner også at slike vilkår vil være utsatt for sensur.⁷⁰

Avtl. § 37 omfatter ikke avtalt pris, men det gjør avtl. § 36. Markedsprisen vil derfor kunne gi bidrag i urimelighetsvurderingen om standardvilkåret tilsidesettes. I Rt. 1988 s.276 ble leieprisen oppjustert på grunn av fall i pengeverdien. Grunneier hadde leid ut i 1899, 350 dekar av en landbrukseiendom til militæret for 200 kroner per år uten adgang til å si opp avtalen. Verdien av 1 krone fra 1899 tilsvarte 4 øre i 1988. Høyesterett anså å gjøre gjeldene prisen fra 1899 var urimelig og skapte et «ekstremt ubalanse i avtalen»⁷¹ og lempet avtalen. Det samme skjedde i Rt. 1988 s. 295, saken omhandlet også urimelig leiepris på grunn av fall i pengeverdien. Disse dommene indikerer på at det skal svært mye til før en kan lempe en avtale på grunn av avtalt pris. I begge sakene hadde det gått lang tid, og fall i pengeverdien var på grunn av inflasjonen som medførte betydelig tap for utleier og festeavgiftene kunne ikke reguleres etter avtalen. I avgjørelsene ble avtalen endret (prisen oppjustert), og ikke tilsidesatt. Dette trekker i retning av at fall i pengeverdi ikke i seg selv nok til en tilsidesettelse av et avtalevilkår, samt standardvilkår, men tilstrekkelig for å endre den avtalte prisen.

En annen sak som omhandler avtalt pris er Rt. 1993 s. 1497. I denne saken ble kjøpsavtalen revidert etter avtl. § 36. Begrunnelsen var at taksten på leiligheten som kjøperen ble presentert ikke tok hensyn til leilighetens andel i eiendommens fellesgjeld. Taksten som ble presentert

⁶⁸ Hagstrøm (1994) s. 156

⁶⁹ Rt. 1994 s. 626: «Speditøren kunne påberope seg ansvarsbegrensningen i spedisjonskontrakten selv om transportskaden var en følge av grov uaktsomhet fra speditørens kaiinspektør ved stuing av lasten. Det ble lagt vekt på at spedisjonskontrakten var en standardkontrakt fremkommet gjennom forhandlinger mellom organisasjoner som var representative for spedisjonsbedriftene og kundene. Verken alminnelige rettsgrunnsetninger eller avtaleloven § 36 ga grunnlag for i denne sak å tilsidesette standardkontraktens regulering av ansvaret. Kaiinspektøren ble ikke ansett for å tilhøre spedisjonsselskapets ledelse. En innsigelse om at ledelsen hadde opptrådt grovt uaktsomt førte ikke frem.» (sammendrag tatt fra lovdata.no, <https://lovdata.no/pro/#document/HRSIV/avgjorelse/hr-1994-49-a?searchResultContext=1072> (2.mai 2016))

⁷⁰ Woxholth (2014) s. 330

⁷¹ Rt. 1988 s. 276 på side 286

kjøper ansås som villedende. Det ble lagt til grunn at selger visste om leilighetens andel i fellesgjelden på eiendommen. Avtalen anses for å ha inneholdt urimelig overpris for leiligheten uten at kjøper hadde forutsetninger for å komme til kunnskap om dette. Flertallet kom til at avtalen kunne endres (avtalt pris 650 000 kroner redusert til 500 000 kroner), mens mindretallet stemte for at avtalen i sin helhet måtte tilsidesettes. Det kan tenkes at resultatet ville blitt det samme i dag. En budgiver som har vunnet budrunden, har i utgangspunktet villet ha leiligheten til avtalte pris etter kunnskap om alle kostnader, samt gjeld på leiligheten. Det kan derfor være mest hensiktsfullt å endre avtalevilkåret hvis det viser seg at leiligheten var urimelig overpriset. Dette trekker også i retning av at urimelig overpris ikke er tilstrekkelig for tilsidesettelse av avtalevilkår, samt standardvilkår i forbrukerforhold, men tilstrekkelig for endring av avtalt pris.

I Rt. 2013 s. 388 (Røeggen-dommen) forelå det også en ubalanse mellom partene, banken og forbrukeren. Forbrukeren hadde betalt mye for den usikre avkastningsmuligheten. Denne dommer kommer jeg tilbake til senere i avhandlingen.

3.2 Kontraktsforholdets egenart

Et moment i urimelighetsvurderingen, som Woxholth mener ligger i grenseland mellom «avtalens innhold» og «partenes stilling», og som ikke er uttrykkelig nevnt i loven er kontraktsforholdets egenart. Med kontraktsforholdets egenart menes de særtrekk ved kontraktstypen. I urimelighetsvurderingen bedømmes det aktuelle kontraktsforholdet ut fra sine særtrekk, jf. Rt. 1988 s. 295 på side 303 og Rt. 1992 s. 1381 på side 1394-1395.⁷²

Masseavtaler inneholder normalt standardvilkår. At standardvilkåret inngår i en masseavtale kan både tale for og imot tilsidesettelse. Er det klart at standardvilkåret anses urimelig overfor alle parter, vil det naturligvis være positivt å tilsidesette det urimelige standardvilkåret. På den annen side kan det være betenkelig å tilsidesette slike avtaler når standardvilkåret anses som urimelig over få eller noen av partene, mens standardvilkåret anses rimelig overfor de øvrige som er i flertall. En tilsidesettelse av standardvilkår fra masseavtaler kan derfor få

⁷² Rt. 1988 s. 295 på side 303 «de forskjellige typer av kontraktsforhold må bedømmes ut fra sine særtrekk» og Rt. 1992 s. 1381 på side 1394-1395 «må de forskjellige typer av kontraktsforhold bedømmes ut fra sine særtrekk».

konsekvenser for flertallet som også kan være forbrukere. Er dette tilfelle kan det trekkes i retning av at standardvilkåret ikke tilsidesettes.

Er det regulert i avtalen hvordan risikoen fordeles og den kan slå begge veier, kan dette trekke i retning av at kontrakten ikke er urimelig. Dette betyr at kontraktsforholdet regulerer en avtalt risikofordeling mellom forbrukeren og næringsdrivende, de har lik risiko for tap og fortjeneste noe som taler mot tilsidesettelse, gjelder også standardvilkår.⁷³ Personlig skyldansvar ved gjeldsbrev overfor en bank i forbindelse med tilleggssikkerhet for eiendoms panten hos banken, er et eksempel på en kontrakt som regulerer risikoen mellom partene. Fall i eiendomsprisene enten det var forutsett eller uforutsett som medfører at sikkerheten i eiendommen blir utilfredsstillende kan ikke gi grunnlag for tilsidesettelse. Dette fordi risikoen for slikt ansvar som er regulert i kontrakten har til formål å dekke fall i eiendomsprisene.⁷⁴

En annen type særtrekk ved en kontrakt kan være at en part gjennom kontrakten har godtatt at den annen part får en fordel. Oppnår den annen part slik fordel kan dette ikke anses å innebære at avtalen eller standardvilkåret i avtalen er urimelig. I Rt. 2012 s.1537 krevde utleier at leieavtalen som var inngått i 1964 skulle revideres med grunnlag i avtl. § 36. Leieavtalen var uoppsigelig fra utleierens side og var «knyttet til en avdragsfri obligasjon som bare kunne overdras sammen med leieretten».⁷⁵ Leietaker hadde fra 1985 fremleiet lokalet med utleierens samtykke. Hovedleietaker døde i 2009, på dette tidspunktet utgjorde hovedleieforholdet ca. 500 000 kr og i fremleieforholdet ca. 1 450 000 kr. Høyesterett la til grunn at leieretten ikke faller bort ved hovedleietakerens død. Ektefellen satt i uskiftet bo og overtok denne leieretten. I vurderingen ble det lagt vekt på fire forhold. Et av forholdene var at kontrakten ikke var tidsbegrenset. Annet forhold var at hvis utleier ble gitt medhold ville hovedleietaker ha tapt obligasjonsinnskuddet. Neste forhold var at leiedifferansen ikke var tilstrekkelig. Siste forhold var at tidligere og nåværende fremleieforhold var godkjent av utleieren og utviklingen var noe utleier kunne forutse ved siste godkjenning i 1994. At utleier kunne forutse en slik utvikling ved siste godkjenning betyr at utleier ved avtaleinngåelsen

⁷³ Hagstrøm, LoR (1994) s.157

⁷⁴ Se Rt. 1994 s.1537 på side 1294 «De ankende parter har videre påberopt seg avtaleloven § 36. Heller ikke denne anførselen kan føre fram. Jeg viser til det jeg tidligere har sagt om hele situasjonen da søsknene forpliktet seg. Det er det uforutsette fall i eiendomsprisene som gjorde at sikkerheten for lånet ble utilstrekkelig. Dette omfattes imidlertid nettopp av den risiko som det personlige ansvaret skal dekke.»

⁷⁵ Sammendrag fra lovdata i Rt. 2012 s. 1537.

måtte ha godtatt risikoen for at leiemarkedet kunne gå begge veier. Utleier kunne enten få god fortjeneste på utleien hvis utviklingen i leiemarkedet ble negativt eller tape på å utleie av lokalet til hovedleietaker i stedet for en annen hvis utviklingen i leiemarkedet ble positivt. Standardvilkår som regulerer risikoforhold som kan gå begge veier for partene trekker i retning av at det er rimelig, og ingen tilsidesettelse.

Enkelte kontrakter kan inneholde standardvilkår som betraktes risikofylt eller spekulativt. Med spekulativt innhold menes at innholdet i kontrakten bygger på ren tekning og utarbeidet med den hensikt å tjene penger. Høyesterett har uttalt at lemping ikke er aktuelt i saker som gjelder spekulasjonsartet forretningsvirksomhet, med mulighet for store gevinster og samtidig risiko for stort tap, jf. Rt. 1983 s. 716 på side 730. Et slikt syn gjør seg også gjeldene i dag også. I Røeggen-dommen avsnitt 55 uttaler Høyesterett at

«avtaler som inneholder elementer av spekulasjon eller risiko, kan ikke settes til side alene av den grunn at risikoen slår til. En investor må selv bære risikoen for egne forventninger om markedsutviklingen og lignende antagelser om fremtiden, så langt disse ikke er basert på villedende informasjon fra motparten. Og det må videre kunne legges til grunn at investor er kjent med helt grunnleggende forhold knyttet til investeringer».

Tilsidesettelse av slike standardvilkår vil motarbeide formålet med kontrakten.

Som nevnt tidligere, er det ikke tilstrekkelig å tilsidesette et standardvilkår fordi vilkåret senere medfører tap eller økte kostnader for parten. Enkelte uttalelser fra Høyesterett i Røeggen-dommen indikerer at de har lagt vekt på særtrekk ved avtalen. Dommen sier følgende:

avsnitt 74:

«Kjernen i avtalene fra Røeggens side når avtaleforholdet ses samlet, var altså at han tok opp lån for å kjøpe en «sjanse» - muligheten for avkastning etter seks år»

avsnitt 85:

«den omstendighet at det som nå finnes av tilgjengelige beregninger, viser at Røeggen mest sannsynlig ville tape på sin investering, sier likevel noe om risikoen ved

produktene og er derfor ikke helt uten interesse ved vurderingen av avtalene og den informasjon banken ga om avtaleforholdet, opp mot avtaleloven § 36.»

avsnitt 94:

«Røeggen ved lånefinansiering betalte mye for den usikre avkastningsmuligheten som avtalene ga ham.»

avsnitt 99:

«investor «måtte ut» på et gitt forfallstidspunkt. I motsetning til ved kjøp av aksjer kunne han ikke sitte med obligasjonene i håp om at utviklingen ville snu.»

avsnitt 100:

«aksjeindeksobligasjoner, særlig ved lånefinansiering, innebar en risikofylt investering, og var komplekse produkter som det var krevende å overskue konsekvensene av for ikke-profesjonelle investorer.»

overnevnte avsnitt indikerer på at Høyesterett hadde lagt noe vekt på at forbrukeren hadde inngått en svært kostelig og risikofylt avtale med betydelig sjanse for tap. Dommens avsnitt 88:

«bankens risiko knyttet til avtaleforholdet var relativt beskjeden.»

indikerer på at Høyesterett hadde lagt noe vekt på at banken tapsrisiko var liten. Uttalelsene i dommen trekker i retning av at Høyesterett hadde lagt vekt på avtaleforholdets egenart i urimelighetsvurderingen.

Siden Røeggen-dommen omhandlet avtalevilkår som ikke er individuelt forhandlet mellom partene, med dette menes at vilkårene var utarbeidet av banken, kan dommen være en relevant rettskilde til urimelighetsvurderingen ved standardvilkår i forbrukeravtaler. Dette betyr at standardvilkårene kan utgjøre et særtrekk i en forbrukeravtale. Kontraktsforholdets egenart kan være et moment i urimelighetsvurderingen som kan medføre en tilsidesettelse av standardvilkåret.

Kontraktens varighet kan være et moment å ta med i vurderingen. I dag er det vanlig å inngå avtaler med bindingstid. Med bindingstid menes at den ene parten binder seg til

avtalensinnhold i en avtalt periode med den annen part. Mobilabonnementer og kjøp av mobiltelefoner med nedbetaling er typisk en kontrakt med bindingstid på normalt 1 år. Etter bindingstiden har forbrukeren mulighet til å forhandle frem en ny avtale, for eksempel fremlegge et ønske om å betale en mindre sum i måneden for abonnementet. Hvor lang tid som gjenstår før forbrukeren har mulighet til å kreve avtalen endret eller komme seg ut av den gjennom forhandlinger, kan få betydning i urimelighetsvurderingen. Er det lenge til at forbrukeren får adgang til å forhandle eller komme seg ut av avtalen, trekkes dette i retning av at standardvilkåret om bindingstid er urimelig.⁷⁶

3.3 «partenes stilling»

Ved avtaleinngåelse mellom næringsdrivende og forbruker vil det vanligvis være ulikhet i partenes forhandlingsstyrke. På bakgrunn av dette kan forbrukervern i avtaleforhold forstås slik at det gjelder normer som gir forbrukeren et bedre vern enn det som følger av alminnelig avtale- og kontraktsrettslige regler.⁷⁷ Selv om forhandlingsstyrke indikerer at det faktisk gjennomføres forhandlinger og i forhold til forbrukeravtaler med standardvilkår, der standardvilkår allerede ved avtaleinngåelsen er ferdig utformet av den næringsdrivende, har forbrukeren likevel mulighet til å forhandle. Det vanligste er kanskje forhandling av standardiserte priser. Forbrukeren kan alltid legge frem et forslag om å endre eller fjerne noen standardvilkår, selv om den næringsdrivende normalt avslår forslaget.

Som nevnt innledningsvis (punkt 1.1) er det forhold som styrker den næringsdrivendes forhandlingsstyrke. Det som styrker den næringsdrivendes forhandlingsstyrke i forbrukeravtaler er at den næringsdrivende i de fleste tilfeller vil ha mer kunnskap knyttet til regler om avtaleinngåelse og avtaleytelsens egenskaper. I mange tilfeller er det den næringsdrivende som er den økonomisk overlegne parten, dette ville også kunne styrke næringsdrivendes forhandlingsstyrke. Når det gjelder standardavtaler og standardvilkår, vil disse i de fleste tilfeller være utarbeidet av den næringsdrivende eller dennes representanter

⁷⁶ Rt. 1988 s. 295: «Krav om oppregulering av festeavgift for en boligtomt på grunnlag av fall i pengeverdien under henvisning til avtaleloven § 36, jfr. dom inntatt foran i Rt-1988-276. En tomt på ca. 1090 m² ble i 1955 bortfestet for en årlig festeavgift på kr. 98,20. Kontrakten er stedsevarig. Festeavgiften kunne etter kontraktens ordlyd ikke reguleres.» (sammendrag tatt fra lovdata.no,

<https://lovdata.no/pro/#document/HRSIV/avgjorelse/rt-1988-295-44a?searchResultContext=1361> (2.mai 1016)), på s. 302: «Det ville virke hårdt om det forhold at kontrakten ble inngått i nokså umiddelbar forkant av denne utvikling, skulle avskjære bortfesteren fra muligheten for regulering.»

⁷⁷ Hauge, Jussens Venner vol. 50 s.189

uten at forbrukeren har fått mulighet for innflytelse. Dette vil styrke den næringsdrivendes forhandlingsstyrke i en forbrukeravtale. Samlet sett er forhandlingsstyrken til forbrukeren i en avtale med den næringsdrivende svakere. Spesielt i avtaler med standardvilkår utarbeidet av næringsdrivende, der forbrukeren ikke hadde mulighet for å gjøre innflytelse på hvordan de utformes, trekker i retning av at forhandlingsstyrken til forbrukeren svekkes betydelig. Forbrukeren har derfor behov for forbrukervern gjennom loven og spesielt i avtaler der forbrukeren ikke har vært med å utformet avtalevilkårene. Avtl. § 37 1.ledd nr. 1, 2.punktum gir forbrukeren et slikt vern ved å gjøre unntak fra den alminnelige regel i avtl. § 36 2.ledd.⁷⁸ Bestemmelsen presiserer også at hvis avtalevilkårene i forbrukeravtalen medfører «betydelig skjevhet til skade for forbrukeren...rettigheter og plikter» kan forbrukeren kreve å få vilkåret tilsidesatt mens resten av avtalen består.⁷⁹

Formålet med avtl. §§ 36 og 37 er å beskytte den underlegen part i avtalen mot den annen misbruk av avtalefriheten og dens overlegne stilling i avtaleforholdet og motvirke urimelige avtalevilkår.⁸⁰ Lovens formål er også kommet frem i bestemmelsens ordlyd, jf. avtl. § 36 2.ledd «partenes stilling». Forhandlingsstyrkeforholdet mellom forbrukeren og næringsdrivende får derfor betydning ved urimelighetsvurderingen.

Selv om forbrukeren normalt er den underlegne parten i avtaler med næringsdrivende, er det ikke nødvendigvis alltid slik at forbrukeren anses som den underlegen part i forhold til den profesjonelle. En forbruker med forhandlingsstyrke, forbrukeren har erfaring fra forretningslivet, tilgang til å skaffe seg profesjonell rådgivning, høy utdannelse, god økonomi og gode forutsetninger til å ivareta sine egne interesser, kan likestilles med den profesjonelle. Selv om avtl. § 37 uttrykker at virkeområdet er forbrukeravtaler, tilsier henvisningen til avtl. § 36 at forbrukerens subjektive forhold knyttet til avtalen kan ha relevans i forbindelse med retningslinjen «partenes stilling» i avtl. § 36 2.ledd. I Rt. 2012 s. 1926 (Fokus Bank-dommen) og Rt. 2012 s. 355 (Longvik-dommen) omhandlet tvisten om urimelig forbrukeravtale. I begge sakene var partene på den ene siden forbrukere og den annen side banken som er næringsdrivende. Noen av partene i Fokus Bank-dommen var juridiske personer, men resultatet ble det samme for juridiske personer og privatpersoner. Forbrukerne i Fokus Bank-dommen hadde investert i et finansielt produkt og i Longvik-dommen hadde

⁷⁸ Se tidligere drøftelse i punkt 2.2.3

⁷⁹ Se punkt 2.2.4 for nærmere drøftelse av «betydelig skjevhet».

⁸⁰ Se tidligere drøftelse i punkt 2.1.1 og 2.2.1

forbrukerne investert i lånefinansierte kjøp av sammensatte investeringsprodukter. I begge disse sakene fikk forbrukerne ikke medhold i at avtalen var urimelig og måtte tilsidesettes på grunn av uriktig informasjon som ble gitt ved avtaleinngåelsen. Det kommer ikke uttrykkelig av dommene at Høyesterett har lagt vekt på partenes stilling ved vurderingen. Likevel er det uttalelser fra dommene som indikerer at forbrukere med forhandlingsstyrke ikke har like stort behov for vern i forbrukeravtaler som forbrukere med liten eller ingen forhandlingsstyrke typisk vil trenge, se Fokus Bank-dommen avsnitt 2 der forbrukerne betegnes som «mer velstående privatkunder» og i Longvik-dommen var faren (ikke profesjonell) betegnet som «utdannet ingeniør, og han har vært gårdbruker siden 1979» og sønnen (ikke profesjonell) «Student ved BI». Urimelighetsterskelen i disse to dommene var høy, jf. Fokus Bank-dommen avsnitt 46:

«rettslig utgangspunkt at en investors risiko for egne investeringsbeslutninger forlattes der det er *kvalifiserte mangler* ved den informasjon tilbyder har gitt investor, og investor har basert sin investeringsbeslutning på denne.»⁸¹

Videre i Longvik-dommen avsnitt 55-56:

«*ikke enhver skjevhet* i et avtaleforhold medfører lempingsadgang etter bestemmelsen...Det er således de *klare*, i betydningen *tydelige*, urimeligheter som kan sensureres med hjemmel i bestemmelsen.»⁸²

Også Rt. 2000 s. 1800 og Rt. 2006 s. 420 indikerer at Høyesterett la lempingsterskelen høyt fordi partene ikke var underlegne. I Rt. 2000 s. 1800 ble arbeidstakeren ansett å «kom fra god stilling», noe som indikerer at arbeidstakeren hadde gode erfaringer innen arbeidslivet og slike arbeidskontrakter, se side 1804. I Rt. 2006 s. 420 hadde arbeidstakeren benyttet advokatbistand under forhandlingene og dermed hadde «solide forutsetninger for å bedømme» avtalevilkåret (bindingstiden), se avsnitt 50. Det kan diskuteres om utfallet hadde vært motsatt hvis arbeidstakerne anses som underlegne part med lite forhandlingsstyrke.

Et år senere etter at det ble avsagt dom i Fokus Bank- og Longviksaken i Høyesterett, kom det en ny sak som ligner på Fokus Bank-dommen og Longvik-dommen. Denne saken ble behandlet i storkammer med 11 dommere, se Røeggen-dommen. Et storkammeravgjørelse gir

⁸¹ Min kursivering

⁸² Mine Kursiveringer

dommen en spesiell rettskildemessig vekt fordi bare saker av «særlig viktighet» som behandles i storkammer, jf. domstolloven § 5 4.ledd. I denne saken fikk forbrukeren medhold i sitt krav om tilsidesettelse av avtalen. Forbrukeren ble betegnet som «ikke profesjonelle» investor, jf. Røeggen-dommen avsnitt 100. Høyesterett uttalte at

«aksjeindeksobligasjoner, særlig ved lånefinansiering, innebar en risikofylt investering, og var komplekse produkter som det var krevende å overskue konsekvensene av for ikke-profesjonelle investorer.»⁸³

Urimelighetsterskelen var lavere i Røeggen-dommen enn i Fokus Bank-dommen og Longvik-dommen tross for alle tre sakene hadde likhetstrekk og forbruker som den ene part.

Høyesterett i Røeggen-dommen har også gitt uttrykk for at forbrukeravtaledirektivet gir

«et generelt syn om at forbrukere i møte med profesjonelle aktører har et særlig vern»

og at forbrukerperspektivet har fått en betydelig tyngde i rettssamfunnet reflekteres i den konkrete rimelighetsvurderingen.⁸⁴ «partenes stilling» vil også stå sentralt i avtaler mellom en næringsdrivende og en forbruker, jf. Røeggen-dommen avsnitt 54. Dette trekker i retning av at partenes forhandlingsstrykeforhold får betydning i urimelighetsvurderingen. I forbindelse med oppgavens problemstilling betyr dette at selv om forbrukeren har inngått en forbrukeravtale med standardvilkår, vil forbrukerens subjektive forhold få betydning ved urimelighetsvurderingen.

Rettspraksis gir inntrykk av at en forbruker må anses som den underlegne part i forhold til den næringsdrivende for å kunne nyte forbrukervern etter avtl. §§ 36 og 37. Videre må det foretas en konkret vurdering om forbrukeren anses som en underlegen part i avtalen. Den konkrete vurderingen tas med utgangspunkt i forbrukerens subjektive forhold, jf. Rt. 2000 s. 1800, Rt. 2006 s. 420, Fokus bank-dommen, Longvik-dommen og Røeggen-dommen.

3.4 «forholdene ved avtalens inngåelse»

Etter avtl. § 36 2.ledd skal forholdene ved avtalens inngåelse også vektlegges i urimelighetsvurderingen av om standardvilkåret anses urimelig. En naturlig tolkning av

⁸³ Røeggen-dommen avsnitt 100

⁸⁴ Røeggen-dommen avsnitt 61

«forholdene ved avtalens inngåelse» tilsier at det er hvilke forhold som forelå ved avtaleinngåelsen og som var grunnlaget for at partene inngikk avtalen som skal vektlegges i urimelighetsvurderingen. Dette betyr at det er hvordan avtalen er kommet i stand på som skal vektlegges. Giertsen nevner at høy kvalitet ved avtaleinngåelsen kan tale for at avtalen opprettholdes selv om avtaleinnholdet er ubalansert. Motsatt hvis avtalen ble inngått på en ikke betryggende måte, kan dette være et tungt argument for at standardvilkåret eller standardavtalen anses urimelig og kan tilsidesettes.⁸⁵ Woxholth nevner også at det er hvordan avtalen er kommet i stand på som er kjernespørsmålet i «forholdene ved avtalens inngåelse».⁸⁶ I forbrukeravtaler vil næringsdrivendes opplysningsplikt være det sentrale for om «forholdene ved avtalens inngåelse» anses betryggende.⁸⁷

Høyesterett har i flere saker gitt uttrykk for at betryggende forhold ved avtaleinngåelsen er et argument for at avtalen ikke tilsidesettes.⁸⁸ Røeggen-dommen er en sentral dom som fastsetter hva som anses betryggende ved avtaleinngåelsen i forbrukeravtaler. Som nevnt i punkt 3.3 har Røeggen-dommen spesiell rettskildemessig vekt fordi den er storkammeravgjørelse. Høyesterett uttaler at banken som den profesjonelle part har et ansvar for å gi riktig, nøktern og realistisk informasjon når det inngås avtaler med uerfarne investorer. Røeggen var forbruker og uerfaren investor. Det ble ikke tilstrekkelig fremhevet at en fortsatt ubrutt og sterk vekst i aksjemarkedet var en usikker forventning. Videre at banken ikke hadde forklart Røeggen risikoen ved produktet og konsekvensene av avtalen på en forståelig måte. I tillegg inneholdt informasjonsmaterialet som Røeggen fikk direkte misvisende og uriktige opplysninger om vesentlige forhold, herunder avkastningspotensialet. Høyesterett konkluderte etter dette at Røeggen ville ha avstått fra investeringen hvis banken hadde gitt riktig, nøktern og realistisk informasjon, jf. dommens avsnitt 128-129. Dette betyr at ikke betryggende forhold ved avtaleinngåelsen trekker i retning av at standardvilkåret anses urimelig og kan tilsidesettes.

3.5 «senere inntrådte forhold»

⁸⁵ Giertsen (2014) s. 233

⁸⁶ Woxholth (2014) s. 318

⁸⁷ Woxholth (2014) s. 318-319 og Giertsen (2014) s. 236-237

⁸⁸ Giertsen (2014) s. 233-234, se dommene som Giertsen nevner til støtte for at Høyesterett la vekt på at avtalene var inngått på en betryggende måte (Rt. 1989 s. 1215, Rt. 1993 s. 509, Rt. 1994 s. 626, Rt. 1994 s. 833, Rt. 2000 s. 610, Rt. 2000 s. 1800, Rt. 2004 s. 1588 og Rt. 2006 s. 420)

Viser til punkt 2.2.3 for en nærmere redegjørelse av den naturlige tolkningen av senere inntrådte forhold. Giertsen nevner at en rekke forhold som inntreffer etter avtaleinngåelsen «kan virke inn på en parts evne til å innfri sine forpliktelser eller på lønnsomheten av en avtale».⁸⁹

I forbindelse med avhandlingens problemstilling er spørsmålet om det virker urimelig å gjøre standardvilkåret gjeldene på grunn av endrende omstendigheter etter avtaleinngåelsen. Woxholth nevner fire typetilfeller der senere inntrådte forhold kan gjøre seg gjeldene ved urimelighetsvurderingen.

Første typetilfelle hvor senere inntrådte forhold kan gjøre seg gjeldene er når omstendighetene etter avtaleinngåelsen medfører at en oppfyllelse av avtalen vil være fysisk farlig. Slike omstendigheter kan være krig, krisetilstander og terrorisme.

Annen typetilfelle hvor senere inntrådte forhold kan gjøre seg gjeldene er når omstendighetene etter avtaleinngåelsen medfører at en oppfyllelse av avtalen blir fysisk vanskelig eller umulig å gjennomføre. Slike omstendigheter kan være værforhold; storm, jordskjelv, tsunami, osv.

Tredje typetilfelle er når omstendighetene etter avtaleinngåelsen medfører at en oppfyllelse av avtalen er ulovlig. Slike omstendigheter kan være lovendring som medfører at oppfyllelse vil være imot gjeldene lov.

Fjerde typetilfelle er når omstendighetene etter avtaleinngåelsen medfører at en oppfyllelse av avtalen blir økonomisk mer byrdefull å gjennomføre. Slike omstendigheter kan være inflasjon, deflasjon eller annet uventet og tyngende økonomiske forhold.⁹⁰ Om typetilfellet inflasjon, henvises det til redegjørelsen for Rt. 1988 s. 276 og Rt. 1988 s. 295 i punkt 3.1.

Ligger standardvilkåret innenfor disse typetilfellene trekker det i retning av at det er urimelig å gjøre standardvilkåret gjeldene etter sitt innhold.

Forutsetningslæren eller læren om bristene forutsetninger er ulovfestede regler som har stått sentralt ved spørsmål om en avtale eller avtalevilkår, samt standardvilkår kan tilsidesettes på grunn av senere inntrådte forhold. Denne ulovfestede reglen er «langt eldre enn avtaleloven fra 1918». For å kunne tilsidesette et standardvilkår etter forutsetningslæren, må forbrukeren

⁸⁹ Giertsen (2014) s. 256

⁹⁰ Woxholth (2014) s. 349

ikke kunne forutse eller burde forutsett at forholdene kunne endre seg.⁹¹ Med dette menes at forutsetningssvikten var upåregnelig. Forarbeidene uttaler

«at vurderingene mht betydningen av senere inntrådte forhold stort sett vil måtte bli de samme etter den foreslåtte alminnelige lempingsregel, som etter læren om bristene forutsetninger».

Rettspraksis viser også at tersklene etter disse to reglene ikke er så ulike.⁹² I Rt. 2013 s. 769 var et av vilkårene for å tilsidesette oppgjørsavtalen og krav om tilleggserstatning at forandringen var upåregnelig. Nedenfor følger en nærmere redegjørelse av dommen. Dette betyr dersom et standardvilkår på grunn av upåregnelig forutsetningssvikt anses urimelig for forbrukeren, kan dette trekke i retning av at standardvilkåret kan tilsidesettes.

Giertsen mener at senere inntrådte forhold i hovedsak bør drøftes etter avtl. § 36 fordi bestemmelsen er nyere, mer moderne enn forutsetningslæren og gir større fleksibilitet når det gjelder vilkårs- og virkningstiden. Likevel kan forutsetningslæren være aktuelt å påberope når det gjelder individuelle forutsetninger. Med dette menes at forbrukerens motivasjon, forutsetningen var synlig for den næringsdrivende og forutsetningssvikten var upåregnelig er relevante momenter i urimelighetsvurderingen etter avtl. § 36.⁹³

Som nevnt i punkt 3.2 kan avtaler med standardvilkår som betraktes risikofylt eller spekulativt i utgangspunktet ikke tilsidesettes fordi risikoen slår inn. Dette betyr at selv om senere inntrådte forhold medfører at forventningen om gevinst ikke slår til, kan avtalen i utgangspunktet ikke tilsidesettes. Se tidligere drøftelse om dette i punkt 3.2.

⁹¹ Giertsen (2014) s. 258

⁹² Se Rt. 1994 s. 1288 på side 1293-1294 (Tre søsken overtok deler av morens gjeld til banken. Formålet med dette var å oppnå skattefordeler. Søsknene krevde at avtalen lempes på grunn av bristende forutsetninger, bankens forsømmelse av opplysningsplikt og avtl. §§ 33 og 36. Avtalen ble ikke lempet.), Rt. 2000 s. 806 på side 813 (Et kraftverk krevde at avtalt pris for konsesjonskraft til kommunen skulle økes. Avtalen kunne ikke reguleres på grunnlag av bristende forutsetninger og prisbestemmelsen kunne ikke tilsidesettes etter avtl. § 36.), Rt. 2004 s. 1588 avsnitt 32 og 38 (Arbeidstakeren og kommunen hadde inngått en omplasseringsavtale. Arbeidstakeren krevde denne omplasseringsavtale tilsidesatt etter læren om bristende forutsetninger, avtl. §§ 33 og 36.) og Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 68 (En entreprenør hadde inngått en entreprisekontrakt med staten. Spørsmålet var hvem som hadde «risikoen for gjennomsnittlig faktisk saltforbruk per vintersesong ble tre ganger så høyt som gjennomsnittet av det som ved anbudsinnbydelsen ble oppgitt som tidligere rapportert saltforbruk.»), se <https://lovdata.no/pro/#document/HRSIV/avgjorelse/hr-2010-1875-a?searchResultContext=1495> (2.mai 2016). Det var ikke grunnlag for å revidere kontrakten etter forutsetningslæren eller avtl. § 36.)

⁹³ Giertsen (2014) s. 260

Giertsen nevner at sosiale hensyn unntaksvik kan være et avgjørende moment for tilsidesettelse etter retningslinjen i avtl. § 36 «senere inntrådte forhold».⁹⁴ Rt. 2013 s. 769 var et slikt tilfelle. I denne saken var det en passasjer som satt i en minibuss, bussen ble påkjørt bakfra av en personbil. Passasjerer i minibussen fikk nakkesmerter og hun krevde erstatning mot forsikringsselskapet til personbilen, If Skadeforsikring NUF (If). Ulykken skjedde i 1996. If og passasjerer inngikk en avtale om erstatning. Passasjerer aksepterte et beløp som endelig oppgjør, alt inkludert. Inntektstap var ikke inkludert i erstatningsbeløpet fordi passasjerens ervervsevne var i behold ved avtaleinngåelsen. Passasjerer ble 50 % ufør i 2010. Hun krevde at erstatningssummen måtte økes på grunn av dette. Høyesterett uttalte at passasjerens tap av ervervsevne skulle være et moment i urimelighetsvurderingen etter avtl. § 36. Høyesterett legger til grunn underrettspraksis veiledende normer om at det oppstilles tre kumulative vilkår for tilleggserstatning etter endelig erstatningsoppgjør. Første vilkår er at skaden har forandret seg vesentlig til ugunst for skadelidte etter avtaleinngåelsen, enten medisinsk eller ervervsmessig invaliditet. Det andre vilkåret er at forandringen lå utenfor det begge parter regnet med ved avtaleinngåelsen (forandringen var upåregnelig). Tredje vilkåret er at avtalen, «i ettertid fremstår som urimelig og ubalansert i forhold til riktig oppgjør».⁹⁵

Høyesterett legger til grunn at 50 % tapt ervervsevne er en vesentlig forandring (første vilkår oppfylt).⁹⁶ Videre at erstatningsbeløpet på 50 000 kroner ikke reflekterer muligheten for tap av ervervsevnen, derfor var avtalen klart urimelig og ubalansert (tredje vilkår oppfylt).⁹⁷ Til slutt uttaler Høyesterett at lagmannsretten hadde lagt til grunn et for strengt syn angående partenes forutsetninger for passasjerens ervervsevne. Høyesterett legger til grunn at muligheten for tap i ervervsevne var tilstrekkelig fjern (andre vilkår oppfylt).⁹⁸ Første vilkåret indikerer at det skal tas hensyn til sosiale forhold. I denne saken var det passasjerens vesentlige tap av ervervsevne som var tatt hensyn til (sosiale forhold) i vurderingen om oppgjørsavtale for personskade må tilsidesettes på grunn av etterfølgende omstendigheter.

Terskelen for å tilsidesette et standardvilkår på grunn av senere inntrådte forhold er høy, jf. Ot.prp. nr.5 (1982-1983) side 35

⁹⁴ Giertsen (2014) s. 267

⁹⁵ Rt. 2013 s. 769 avsnitt 47

⁹⁶ Rt. 2013 s. 769 avsnitt 49

⁹⁷ Rt. 2013 s. 769 avsnitt 50

⁹⁸ Rt. 2013 s. 769 avsnitt 53

«mer ekstraordinære tilfeller...virke urimelig...på grunn av senere inntrådte omstendigheter...adgang til å sette avtalen til side helt eller delvis.»

og Rt. 2011 s. 1641 avsnitt 72.⁹⁹ Dette gjelder i både i forbrukeravtaler og kommersielle avtaler. Likevel indikerer Rt. 2013 s. 769 på at inngrepsterskelen er lavere når forhandlingsstyrken mellom partene er ulike, se avsnitt 51-52 «lagmannsretten etter mitt syn et for strengt krav».

4. Urimehghetsvurderingen

Avtl. § 36 inneholder en konkret rimelighetsstandard. I relasjon til oppgaven betyr dette at det er rimeligheten av standardvilkår som skal vurderes. Rimelighetsstandarden er også relativ.¹⁰⁰ Med dette menes at terskelen for lemping av en avtale anses for å være høyere der begge eller alle avtalepartnere er kommersielle aktører og innsiktsfulle enn i de avtaler der den ene part eller flere parter er underlegne. Siden rimelighetsstandarden fastlegges konkret og relativt trekker dette i retning av at rettsandvenderen bør være tilbakeholden med å legge avgjørende vekt på generelle uttalelser i forarbeidene om hvor høyt terskelen generelt bør ligge. Dette fordi forarbeidene er gamle. De synspunkter som gjorde seg gjeldene på det tidspunktet, gjør seg nødvendigvis ikke gjeldene i dagens samfunn.¹⁰¹

I den konkrete bedømmelsen skal det foretas en totalvurdering. Med dette menes at de retningslinjer og momenter samlet enten tilsier at standardvilkåret eller avtalen er urimelig eller i strid med god forretningsskikk eller rimelig. Momenter som skal tas med er balansen mellom avtalepartene (innholdsmangler), betydningen og i hvilken grad den ene eller flere avtaleparter er underlegen den annen (partenes stilling), avtalens inngåelse

⁹⁹ Rt. 2011 s. 1641: «Saken gjaldt tvist om hvilken pris som skal betales ved overdragelse av leilighet i borettslag for eldre. Høyesterett kom til at fortolkning av borettslagets vedtekter om prinsipper for prisfastsettelse, tilsa konsumprisregulering. Avtaleloven § 36 ga ikke grunnlag for å endre eller sette til side prisreguleringsbestemmelsen i vedtektene. Andelseieren hadde ved kjøpet av leiligheten blitt gjort spesielt oppmerksom på vedtektsbestemmelsen om klausulering av kjøper og regulering av pris ved senere overføring av andelen.», sammendrag tatt fra lovdata.no, se <https://lovdata.no/pro/#document/HRSIV/avgjorelse/hr-2011-2303-a?searchResultContext=1899> (2.mai 2016)

¹⁰⁰ Woxholth, Jussens Venner vol. 48 s. 265

¹⁰¹ Se tidligere drøftelse i punkt 2.1.3

(tilblivelsesmangler), senere inntrådte forhold og andre relevante momenter, jf. avtl. § 36 2.ledd.¹⁰²

Forutberegnelighet er et hensyn som også er relevant å ta med i vurderingen. Dette fordi det i norsk rett råder et prinsipp om at avtaler skal holdes.¹⁰³ Avtalepartene skal kunne forutse sine rettigheter og plikter etter avtalen. De skal kunne vite hva de skal forholde seg til og hvilke forventinger som kan ventes av den annen part. At avtalen eller deler av den blir lempet, er et inngrep i privatautonomien og privatlivet til de det gjelder. Dette trekker i retning av at lemping av en avtale eller avtalevilkår er unntakstilfeller på grunn av andre hensyn som gjør seg gjeldene og har tyngre samfunnsmessig vekt. Dette betyr også at tilsidesettelse av standardvilkår i forbrukeravtaler bare kan skje unntaksvis.

I punkt 2.1.1 er det nevnt at avtl. § 36 ble vedtatt på bakgrunn av og med det formål å gi den underlegne part et særlig vern mot den annens misbruk av avtalefriheten. I punkt 2.2.1 er det også nevnt at avtl. § 37 ble vedtatt på bakgrunn og formål av å gi forbrukeren, som er den underlegne part, et særlig vern mot den næringsdrivende misbruk av sin stilling og avtalefrihet. Dette betyr at avtl. §§ 36 og 37 ikke uten videre gir grunnlag for lemping fordi avtalen har blitt ufordelaktig for en av partene. Avtalen eller standardvilkåret må anses urimelig eller i strid med god forretningsskikk å gjøres gjeldende for at den kan tilsidesettes, jf. Avtl. §§ 36 1. ledd og 37 1. ledd nr. 1.

Urimelighetsterskelen varierer fra det ene kontraktsområdet til det annet. Nyere praksis på ikke individuelle forhandlede avtalevilkår fastsetter at «partenes stilling» vil stå sentralt ved i forbrukeravtaler, jf. Røeggen-dommen avsnitt 54. Likevel indikerer rettspraksis at «partenes stilling» alene ikke kan være avgjørende i urimelighetsvurderingen. I en forbrukeravtale skal partenes rettigheter og plikter være balanserte, jf. Røeggen-dommen avsnitt 94:

«ikke være i tvil om at Røeggen ved lånefinansiering betalte mye for den usikre avkastningsmuligheten som avtalene ga ham».

Dette betyr at det foreligger en ubalanse mellom Røeggens ytelse og bankens lånefinansierte sammensatte produkt. Særlig forbrukeravtaler som er risikopreget eller spekulativt som i

¹⁰² Se også Rt. 1990 s.500 på s. 511, Rt. 2000 s. 806 på s. 816 og Røeggen-dommen avsnitt 51.

¹⁰³ Se tidligere drøftelse i punkt 1.2

Røeggen-dommen, får avtalens tilblivelse stor vekt, jf. Røeggen-dommen avsnitt 128-129.¹⁰⁴ Årsaken er at det stilles strenge krav til næringsdrivendes opplysningsplikt i forbrukeravtaler som er risikopreget eller spekulativt, jf. Røeggen-dommen avsnitt 128. Dette betyr at ved vurderingen om standardvilkår i forbrukeravtalen anses urimelig skal det legges vekt på avtalebalanse, «partenes stilling» og avtalens tilblivelse.

Giertsen nevner at avtalebalanse har størst vekt ved forbrukeravtaler som omfattes av forbrukeravtaledirektivet, herunder standardvilkår i forbrukeravtaleen. Dette vil si at når forbrukeravtaleen som omfattes av forbrukeravtaledirektivet anses ubalansert (til skade for forbrukeren) kan vekten av «forholdene ved avtalens inngåelse» være mindre enn når forbrukeravtaleen ikke omfattes av den.¹⁰⁵ At avtalebalanse får mer vekt enn forholdene ved avtaleinngåelsen får kun betydning hvis avtalen var inngått på betryggende grunnlag. Dette betyr at ved urimelighetsvurderingen kan ubalanserte standardvilkår anses som urimelige selv om avtaleinngåelsen var skjedd på en betryggende måte.

Nyere rettspraksis, forbrukeravtaledirektivet og juridisk litteratur gir inntrykk av at avtalebalanse, forbrukerens subjektive forhold og forholdene ved avtaleinngåelsen har størst vekt ved forbrukeravtaler som omfattes av forbrukeravtaledirektivet, herunder standardvilkår i forbrukeravtaler.¹⁰⁶

4.1 Hvilke krav stilles til næringsdrivende?

I utgangspunktet anses næringsdrivendes opplysningsplikt å være begrenset til konkrete forhold av betydning for risikoen, og som forbrukeren ikke har mulighet til å gjøre seg kjent med, jf. Rt. 1994 s.1288 på side 1294. Etter Røeggen-dommen stilles det krav om «riktig, nøktern og realistisk informasjon» ved risikopregede og komplekse avtaler med forbrukere som anses å være «småsparere og uerfarne investorer».¹⁰⁷ Dette indikerer at ved forbrukeravtaler stilles det en viss opplysningsplikt fra næringsdrivende for vesentlige forhold som kan få betydning ved avtaleinngåelsen. Selv om dommen omhandlet finansielle

¹⁰⁴ Se punkt 3.4 for en nærmere redegjørelse av dommens avsnitt 128-129

¹⁰⁵ Giertsen (2014) s. 234-235

¹⁰⁶ Jf. Røeggen-dommen, forbrukeravtaledirektivets art. 3 nr.1 «avtalevilkår...anses som urimelig dersom ...medfører en betydelig skjevhet i de rettigheter og plikter partene har i henhold til avtalen, til skade for forbrukeren» og Giertsen (2014) s. 234-235

¹⁰⁷ Røeggen-dommen avsnitt 128

produkter kan Høyesteretts uttalelser om hvilke krav som stilles til banken (næringsdrivende) anvendes i andre typer forbrukeravtaler. Et krav om at den næringsdrivende skal gi riktig, nøktern og realistisk informasjon før avtaleinngåelsen må anses som god forretningsskikk. Dette betyr at næringsdrivende som inngår avtaler med forbrukere må gi riktige, nøkterne og realistiske informasjon før avtaleinngåelsen. Vesentlige standardvilkår som kan få betydning for inngåelse av avtalen bør forbrukeren gjøres oppmerksom på av den næringsdrivende. Om forbrukeren ikke har fått riktig, nøktern og realistisk informasjon, trekker dette i retning av at standardvilkåret kan tilsidesettes.

Det stilles krav til klar ordlyd om partenes rettigheter og plikter ved standardavtaler. I tillegg stilles det krav til at ordlyden er forståelig for en forbruker.¹⁰⁸ Et slikt krav følger også av forbrukeravtaledirektivets art. 5 1.punktum. Artikkelen 1.punktum lyder:

«I avtaler der alle eller noen av de vilkår som forelegges forbrukeren, er utformet skriftlig, skal disse vilkårene *alltid* formuleres på en *klar og forståelig* måte.»¹⁰⁹

En naturlig tolkning av «alltid...klar og forståelig» tilsier at avtalevilkår som er utformet av den næringsdrivende i forbrukeravtaleen skal til enhver tid utformes på en tydelig måte slik at forbrukeren forstår hva vilkåret innebærer. Det er ikke tilstrekkelig at vilkåret språklig fremstår som «klar», vilkåret må i tillegg være forståelig for forbrukeren. Dette kan være fordi den næringsdrivende kan omgå formålet med forbrukeravtaledirektivets art. 5 1.punktum ved å bruke fagord som forbrukeren ikke gjenkjenner og forstår. Forbrukerens aksept av avtalevilkår utformet av den næringsdrivende skal i utgangspunktet bero på en riktig forståelse. Giertsen nevner at kravet om klar og forståelig avtaletekst må relatere seg til forbrukeren og derfor er det ikke tilstrekkelig at avtaleteksten er forståelig for personer med spesiell kompetanse innen fagområdet.¹¹⁰ For eksempel er det ikke tilstrekkelig med en avtaletekst som er forståelig for entreprenører, men ikke for forbrukeren. I tillegg til at avtalevilkåret må være klar, må også avtalen i sin helhet være klar. Dette ved at vilkår som hører sammen, framstilles sammen i avtalen.¹¹¹ Er ikke standardvilkåret utformet på en klar

¹⁰⁸ Røeggen-dommen avsnitt 125: «banken *forsikre* seg om at kunden *forstår* innholdet i den handelen han begir seg inn på, og *ikke gi misvisende eller feilaktige* opplysninger om *viktige* forhold av *betydning* for investeringsbeslutningen» (mine kursiveringer)

¹⁰⁹ Min kursivering

¹¹⁰ Giertsen (2014) s. 211

¹¹¹ Giertsen (2014) s. 211

og forståelig måte for forbrukeren, trekker dette i retning av at standardvilkåret kan tilsidesettes.

4.2 Hvilke krav stilles til forbruker?

Som nevnt i punkt 1.3 er hovedregelen at avtaler skal holdes, jf. NL 5-1-2. Dette medfører at enhver er ansvarlig for hvilke plikter og rettigheter som inngås med en annen person. Derfor har enhver ansvar for at avtalevilkår leses før avtalen signeres og partene bundet av avtalen. Dette gjelder også forbrukeren. Selv om visse kontraktstyper inneholder mange standardvilkår, er utgangspunktet at forbrukeren leser disse før avtaleinngåelsen. Ved at forbrukeren tar seg tid til å lese standardvilkårene kan forbrukeren få bedre forståelse av hva han egentlig undertegner. Nærmere forståelse av avtalen vil medføre at unødvendige misforståelser og økonomiske tap unngås. Dette ved at forbrukeren kan stille spørsmål til den næringsdrivende om de vilkår forbrukeren mener er utydelige, urimelige eller ubalanserte. I Rt. 1995 s. 245 ble kausjonisten bundet av en gjort pantobligasjon og pantsettelseserklæring som hun selv hadde underskrevet. Kausjonisten anførte at hun ikke var bundet av pantobligasjonen og pantsettelseserklæringen fordi hun ikke hadde lest dokumentene før hun undertegnet dem. Hun var i den tro at dokumentene hun undertegnet var forsikringsdokumenter. I rubrikken hvor hun hadde undertegnet stod det med trykt skrift «skylderens underskrift» og «Pantsetters/sikkerhetsstillers underskrift».¹¹² Om dette uttaler Høyesterett at dokumentenes generelle form og teksten i rubrikken hun undertegnet gir «således klart uttrykk for noe helt annet enn at underskriften har med forsikring å gjøre».

Høyesterett karakteriserer kausjonistens handling som «grovt uaktsom». Hennes grove uaktsomhet ved å undertegne dokumentene uten å skaffe seg kunnskap om innholdet, «må føre til at hun blir bundet etter dokumentenes innhold, idet Elcon...opptrådt forsvarlig».¹¹³

¹¹² Rt. 1995 s. 245 på side 248

¹¹³ Rt. 1995 s. 245 på side 249

Dette trekker i retning av at når forbrukeren velger å ikke lese standardvilkår, tross for at den næringsdrivende opptrådte forsvarlig medfører i utgangspunktet at standardvilkåret ikke anses urimelig og derfor opprettholdes.

I en situasjon der forbrukeren har inngått en standardavtale med en næringsdrivende, og forbrukeren har lest standardvilkårene før avtaleinngåelsen, den næringsdrivende har også opptrådt forsvarlig, kan det fortsatt være mulig å tilsidesette standardvilkår. Dette så fremt vilkårene anses som urimelig, etter avtl. §§ 36 og 37, se punkt 3, 3.2 og 3.2.1-3.2.4.

5 Avslutning

Som drøftet i avhandlingen må standardvilkåret være urimelig for at den skal kunne tilsidesettes. Hvilke standardvilkår som anses urimelig må vurderes etter retningslinjene i avtl. § 36 2.ledd. Dette betyr at det skal foretas en totalvurdering. Inngrepsterskelen er høy ved standardvilkår og avtalevilkår generelt. Både Longvik-dommen og Røeggen-dommen indikerer at selv om parten er en forbruker, betyr det ikke uten videre at parten er underlegen. Dommene gir inntrykk av at den forbrukeren som har forhandlingsstyrke blir ansett som likeverdig med næringsdrivende og nyter ikke forbrukervern på samme måte som den forbrukeren med liten eller ingen forhandlingsstyrke. Rettspraksis viser at «partenes stilling» ikke alene kan medføre at standardvilkåret anses urimelig. Det må flere forhold til for at et standardvilkår anses urimelig og kan tilsidesettes. Røeggen-dommen gir inntrykk av at avtalens tilblivelse er avgjørende i forbrukerforhold. Siden avtl. § 37 enda ikke har blitt eksplisitt påberopt for domstolene, er det vanskelig å si noe om rettsituasjonen i dag fordi avtl. § 37 presiserer hvordan retningslinjene i avtl. § 36 skal anvendes i forbrukeravtaler med standardvilkår.

Ut ifra både eldre og nyere rettspraksis er utgangspunktet det samme at avtaler skal holdes og derfor er inngrepsterskelen fortsatt høy, også i forbrukeravtaler. Dette synes jeg er fornuftig. Fra mitt synspunkt kan en lavere inngrepsterskel medføre at rettsituasjonen i kontraktsretten ville være mer usikker. Næringsdrivende ville muligens unngå å inngå avtaler med forbrukeren når adgangen til å tilsidesette forbrukeravtalen lettere får gjennomkraft i rettsapparatet. Dette ville ikke medført noen fordeler for forbrukeren eller omsetningslivet. Jeg synes at forbrukervern i stor grad er ivaretatt gjennom ulike preseptoriske lover på

forskjellige rettsområder som angår forbrukere. Disse betegnes som spesiallover. Med dette menes at lovene har til formål å regulere rettstvister på et bestemt rettsområde (forbrukerrett). Avtl. §§ 36 og 37 blir dermed ikke alltid praktisk å påberope da avtaleloven er en alminnelig lov. Som nevnt i avhandlingen er avtl. §§ 36 og 37 «snever unntaksregel». Avtl. §§ 36 og 37 kan ses som sikkerhetsventiler for de forbrukeravtaler som ikke fanges opp av preseptorisk forbrukerlovgivning. På bakgrunn av at det finnes preseptoriske lover som gir forbrukervern og avtl. §§ 36 og 37 tror jeg at rettssituasjonen for domstolenes inngrepsterskel i forbrukeravtaler med standardvilkår blir det samme i nærmeste fremtid.

Kildeliste

Lover:

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15.april 1687

Lov 31.mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer

Lov 13.august 1915 nr. 5 om domstolene

Forarbeider:

NOU 1976:61

NOU:1979:32

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983)

Ot.prp. nr. 89 (1993-1994)

EU-direktiv:

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

Domsregister:

Rt. 1983 s. 716

Rt. 1988 s. 276

Rt. 1988 s. 295

Rt. 1989 s. 1215

Rt. 1990 s. 500

Rt. 1992 s. 1381

Rt. 1993 s. 509
Rt. 1993 s. 1497
Rt. 1994 s. 626
Rt. 1994 s. 833
Rt. 1994 s. 1288
Rt. 1994 s. 1537
Rt. 1995 s. 245
Rt. 1995 s. 1333
Rt. 2000 s. 610
Rt. 2000 s. 806
Rt. 2000 s. 1800
Rt. 2000 s. 1811
Rt. 2001 s. 716
Rt. 2003 s. 1132
Rt. 2004 s. 1588
Rt. 2006 s. 420
Rt. 2007 s. 431
Rt. 2010 s. 1345
Rt. 2011 s. 1168
Rt. 2011 s. 1304
Rt. 2011 s. 1359
Rt. 2011 s. 1641
Rt. 2012 s. 355
Rt. 2012 s. 1537
Rt. 2012 s. 1926

Rt. 2013 s. 388

Rt. 2013 s. 769

EU-domstolens praksis:

Sak C-415/11

Sak C-472/11

Litteratur:

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3.utgave (2014)

Gisle, Jon mfl., *Jusleksikon*, 4.utgave (2010)

Hagstrøm, Viggo, *Lov og Rett* (1994)

Hauge, Hilde, *Jussens Venner vol. 50, Avtalelovens § 36 som bidrag til forbrukervernet – belyst ved røeggen-dommen*

Haukeland Fredriksen, Halvard, *EU/EØS-rett i norske domstoler (Europautredningen, rapport #3)*, (2011)

Hov, Jo, Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 1.utgave (2009)

Martinussen, Roald, *Kjøpsrett*, 6 utgave (2012)

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt* 2.utgave (2004)

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad, *EØS-Rett*, 3.utgave (2011)

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 9.utgave (2014)

Woxholth, Geir, *Jussens Venner vol. 48, Utviklingen i rettspraksis vedrørende anvendelsen av avtaleloven § 36*