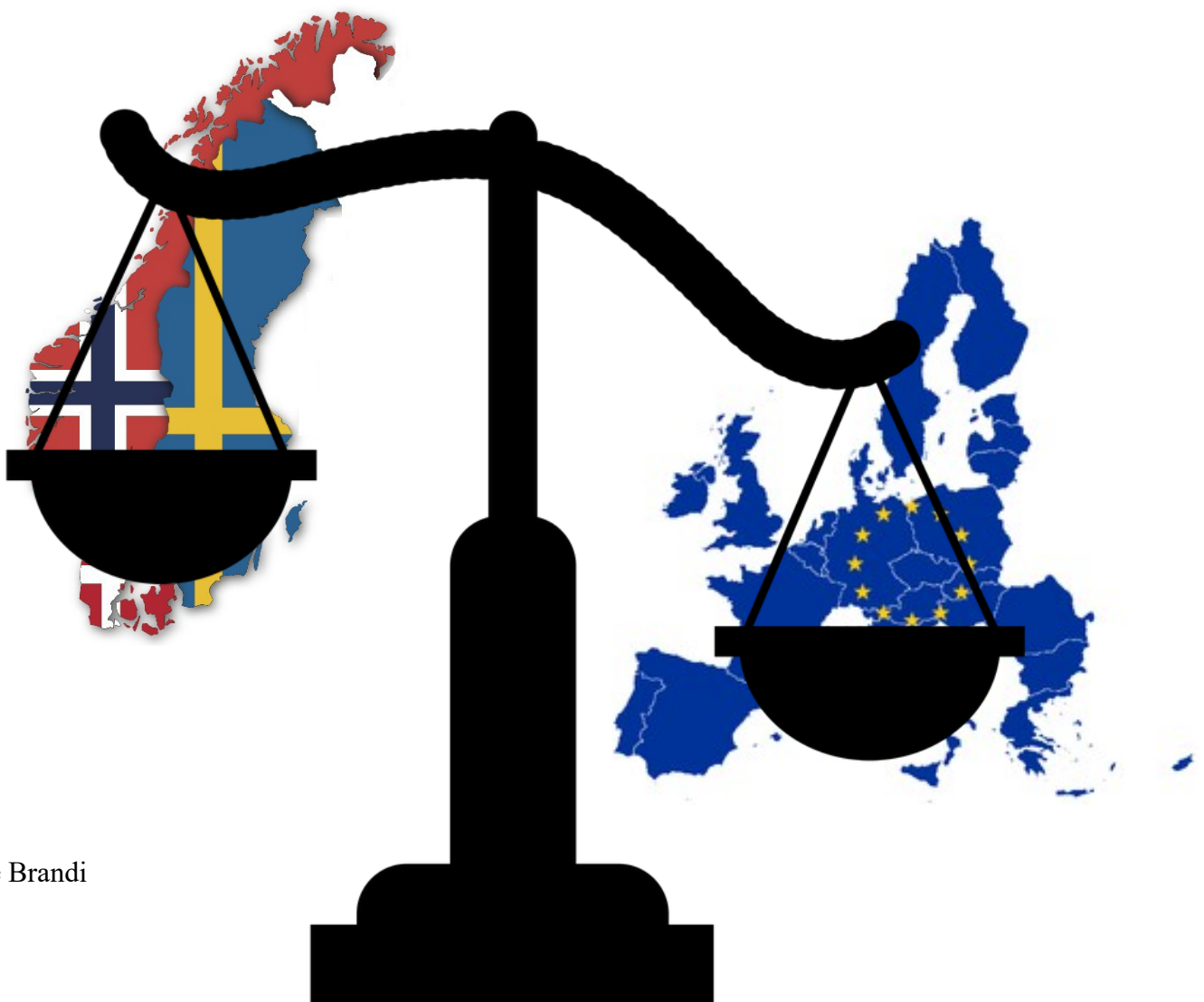


Urimelige aftalevilkår i skandinavisk forbrugerret



Abstraction

The purpose of the project is to make a comparative analysis of the consumer law rules in the area for unfair terms, within Denmark, Norway and Sweden, to see how the European Union have affected the nordic law community.

First of all, the project will elucidate and argue that there is a Nordic scientific community (also within law) and what influences. that led to this community. In this context, the international influence of the consumer law, from the The European Union will be explained, mainly on how the European Union can influence national legal systems. Particularly interesting is that Norway is not part of the European Union, but alone part of the EEA cooperation. An explanation on how the European Union impacts the EEA has been added, to clarify the difference, and investigate if this have and impact for the Norwegian consumer.

Before the European Union, Denmark, Norway and Sweden influenced each other's legal systems. (The first common rules that were agreed upon was in the area of enforcement). After the European Union, The community moved from the Nordic countries to all of Europe. The European Union has the opportunity to issue regulations, which has directly applicable in national legal systems and directives, which have to be implemented into the national legal systems. Most regulations / directives, etc. also applies within the EEA, through annexes signed to the EEA-agreement. This way, new regulations and/or directives are able to apply within the EEA too. Although a directive is not implemented, there is a possibility that a consumer may -nevertheless- invoke the provisions of the directive (direct applicability). This possibility is uncertain within the EEA. Moreover, EU law have precedence over national legal systems. In relation to the EEA, it is uncertain too, thou the discussion is not through yet.

The second part of the project addresses the substantive rules for unfair terms in consumer contracts. First of all, it is necessary to determine who a consumer is, after which a

comparative analysis of the rules on unfair terms in consumer relations will be reviewed and analyzed. The starting point for the analysis will be EU directive on unfair in consumer contracts as a common denominator. Afterwards, the national legal systems will be analyzed and compared to the EU law for a start, but also compared against each other secondarily.

Since the rules, in the national legal systems, are based on the same directive, the rules are fundamental alike. This means that the national legal systems within Denmark, Norway and Sweden, suffer from the same problems. The consumer protection adopted within the directive on unfair terms are a preventive protection, which the national legal systems undermine by allowing the national courts to change unfair terms in consumer contacts. There may also be some criticism in the national implementation of the rule of interpretation, the directive on unfair terms in consumer contracts imply. At least in Danish law, where a narrow method of interpretation has been used, contrary to the European Union practises which speaks for a broad method of interpretation.

Overall, traces of a nordic law community is still there in Denmark Norway and Sweden. The countries have implemented the directive on unfair terms in consumer contracts equally, and therefore are meet with the same challenges too.

Abstraction	0
Kapitel 1: Problemformulering og Metode	4
1.1 Problemformulering	4
1.2 Metode	5
1.3 Komparativ analyse	5
1.4 Kildekritik	5
1.5 Drejebog	6
Kapitel 2: Det nordiske fællesskab	8
Kapitel 3: International påvirkning	12
3.1 Internationale målsætninger for forbrugerretten	12
3.2 Den europæiske unions påvirkning af national ret	13
3.3 Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS)	19
3.4 Sammenfatning	23
Kapitel 4: Forbruger	25
Kapitel 5: Aftaleretten	28
5.1 EU-retten	28
5.1.1 Formål og anvendelsesområde	28
5.1.2 Urimelighed	30
5.1.3 Fortolkning	34
5.1.4 Retsvirkningerne	35
5.2 Skandinaviske lande	35
5.2.1 Danmark	36
5.2.1.1 Anvendelsesområde	36
5.2.1.2 Urimelighed	37
5.2.1.3 Fortolkning	41
5.2.1.4 Retsvirkningerne	42
5.2.3 Norsk ret	44
5.2.3.1 Anvendelsesområde	44
5.2.3.2 Urimelighed	44
5.2.3.3 Fortolkning	46
5.2.3.4 Retsvirkningerne	46
5.2.4 Svensk ret	47
5.2.4.1 Anvendelsesområde	47
5.2.4.2 Urimelighed	48
5.2.4.3 Fortolkning	48
5.2.4.3 Retsvirkningerne	49
5.3 Sammenfatning	49
Kapitel 6: Konklusion og perspektivering	52
6.1 Konklusion	52
6.2 Perspektivering	54
Litteraturliste	55

Kapitel 1

Problemformulering og Metode

1.1 Problemformulering

Formålet med projektet er at lave en komparativ analyse af de forbrugerretlige regler på området for urimelige aftalevilkår inden for Danmark, Norge og Sverige . Problemformuleringen lyder:

Hvordan kan og har EU-retten påvirket det skandinaviske retlige samarbejde inden for urimelige forbrugerftale vilkår i Danmark, Norge og Sverige? Heri, hvilke forskelle og ligheder, der er mellem de respektive lande.

Det nordiske lande er blevet valgt grundet deres retlige traditioner. Interessen for dette spørgsmål bygger på en stadig større indflydelse fra EU, og hvordan denne indflydelse har påvirket de retlige traditioner i Skandinavien. Projektet er afgrænset til Danmark, Norge og Sverige, fordi Danmark og Sverige er medlem af den europæiske union, imens Norge alene har undertegnet EØS-aftalen.

Det komparative element forekommer som en analyse af reglernes implementering; i forhold til EU-retten (vandret) og i forhold til landene imellem (vandret). Da EU-retten udgør udgangspunktet for projektets materiale regler, vil de EU-retlige forbrugerregler også blive underlagt en retsvidenskabelig analyse, og således danne rammerne for en objektiv sammenligning.

1.2 Metode

Den videnskabelige metode på juraens område er den retsvidenskabelige metode. Den retsvidenskabelige omfatter primært retsdogmatikken. Ved retsdogmatikken analyseres og fortolkes retskilder for at komme frem til gyldig gældende ret gennem en systematisk beskrivelse og fortolkning af retskilderne. "Retskilder kan opfattes som *informationskilder*

*vedrørende retssystemet*¹. Retskilderne angiver, hvilke typer materiale man udleder retsregler mv. af, heriblandt; trakter, forordninger, direktiver, Grundloven, love, domme, men også uskreven ret, såsom sædvaner og forholdets natur. Love, praksis, sædvaner og forholdets natur anses som de traditionelle retskilder.¹ I de nordiske lande anvendes en subjektiv fortolkningsmetode, hvilket betyder, at forarbejder inddrages ved fortolkningen af retskilderne.² Hertil kan den juridiske litteratur inddrages som fortolkningsbidrag, men denne udgøre ikke en endelig retskilde!

1.3 Komparativ analyse

Komparativ ret sammenligner forskellige retssystemer eller systemers materielle regler ud fra en analytisk eller en Länderberichte-metode, hvor hvert retssystem beskrives for sig. Formålet er bl.a. at undersøge, hvordan forskellige nationale regler søger at læse samme juridisk problem.³ Projektet vil primært bruge Länderberichte-metode, hvor reglerne om urimelige aftalevilkår i forbrugerforhold vil blive undersøgt i Danmark, Norge og Sverige. Hertil vil der også indgå en analytisk tilgang til det komparative element ved at sammenligne reglerne i Danmark, Norge og Sverige.

1.4 Kildekritik

Som nævnt tager retsvidenskabelig metode udgangspunkt i retskilder. Dette er også udgangspunktet for projektet. Fra EU-retten vil der blive set på traktater, direktiver og praksis fra EU-Domstolen. Direktiver indeholde ofte et præambel, der bidrager til fortolkning af direktivet, bl.a. ved at redegøre for, hvilke hensyn der ligger bag. Til fortolkning af EU-retten vil der derfor primært blive kigge på præambelen og på EU-Domstolens praksis.

Fra national ret vil der primært blive set på de traditionelle retskilder. Dog har der været begrænset adgang til retspraksis og de subjektive folkningsbidrager (forarbejder) fra Norge og Sverige. Litteraturen har derfor været det væsentligste fortolkningsbidrag ved undersøgelsen af norsk og svensk ret på området for urimelige aftalevilkår i forbrugerforhold.

¹ D. Tvarnø og R. Nielsen (2017) s. 29

² D. Tvarnø og R. Nielsen (2017) s. 69

³ D. Tvarnø og R. Nielsen (2017) s. 30 og 257

Særligt svensk ret har været vanskelig at skaffe kilder til. Grundet dette forhold er det valgt at have et større fokus på dansk ret end norsk og svensk ret.

Da projektet bevæger sig mellem EU-retten og national ret, er det også relevant at afgøre retskildehierarkiet mellem EU-retten og national ret. EU-retten har som udgangspunkt forrang. Diskussionen om EU-rettens forrang indgår som en del af projektet i afsnit 3.2, og vil derfor ikke gennemgås her.

1.5 Drejebog

I stedet for et traditionel afgrænsning er det valgt, at afgrænsningen også skal fungere som drejebog for projektet, grundet projektets komparative tilgang til juraen. Drejebogen vil beskrive formålet med projektets kapitler samt afgrænse deres anvendelsesområde og analyseområde;

Kapitel 2 har til formål at belyse og argumentere, at der findes et nordisk videnskabeligt fællesskab, også inden for juraen, og hvilke strømninger, der ledte til dette fællesskab. Indirekte indeholder kapitlet også en redegørelse af den første internationale påvirkning af nordens retstilstande, og falder derfor sammen med kapitel 3. Analysen udgør dog også et historisk perspektiv, og er derfor gjort i et selvstændigt kapitel.

Formålet med kapitel 3 er at redegøre for den internationale påvirkning af forbrugerretten. Heri, hvem der påvirker forbrugerretten i Danmark, Norge og Sverige, deres målsætning og hvordan dette gøres. Der vil i den forbindelse kun blive set på de overordnede regler fra med udgangspunkt i, hvordan forbrugeren påvirkes. Det er derfor med vilje undladt at medtage de materielle regler for implementering af EU-retten. Reglerne har en nær tilknytning til projektet, men er undladt, da de kun angår medlemsstaternes forpligtelser, ikke forbrugers rettigheder/forpligtelser. Hvad der er vigtigt for forbrugeren, er hvad og hvornår EU-retten kan påberåbes. Denne afgrænsning er også af pladsmæssige hensyn. Der kunne sagtens skrives et selvstændigt projekt om dette område.

Formålet med kapitel 4 er, at redegøre og analysere, hvem en forbruger er. Dette gøres først med udgangspunkt i EU-retten, der som grundlag efterfølgende vil blive sammenlignet til de nationale retters implementering af reglerne.

Kapitel 5 har til formål at analysere, hvordan EU-retten mv. påvirker reglerne for urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler i Danmark, Norge og Sverige, og sammenligne deres retsgrundlag på området for at finde ligheder eller forskelle, i implementeringen. Som kapitel 4, vil udgangspunktet gøres ud fra EU-retten. EU-rettens påvirkning på området, vil derfor også udføre et væsentlige element i kapitlet.

Kapitel 2

Det nordiske fællesskab

De første skridt mod et nordisk fællesskab opstod allerede i det 16. århundrede under navnet Kalmarunionen. Fællesskabet holdt dog ikke, og blev opdelt i to riger; et med Danmark, Norge og Island, og et andet med Sverige og Finland. Selvom Norden blev splittet, blev en kulturel forbindelse mellem de to riger stadig opretholdt. Som eksempel findes *Nikodemus Tessin*, der var arkitekt, og som udarbejdede udkast til nye slotte både for Danmark og Sverige. På baggrund af dette kulturelle fællesskab startede også et fælles videnskabeligt fællesskab i løbet af det 18. århundrede. Af særlige kendte videnskabelige forhold er *Carsten Niebuhr ekspeditionen* fra 1766-1767 til Arabien, hvor både danske og svenske forskere deltog, og oprettelsen af *Skandinavisk Literatur-Selskab* i København i 1796. Det videnskabelige samarbejde var dog stadig begrænset af fortrolighed, f. eks. måtte de danske professorer på Lunds Universitet i Sverige ikke forlade landet uden kongens tilladelse.⁴

Vendepunktet for fortroligheden, og adgang til et åbent videnskabeligt fællesskab, skete i 1829, hvor det første oprør mod fortrolige landene imellem fandt sted. Efterfølgende opstod der en række protester fra nordiske videnskabsfolk, der senere ledte til 'naturforsker møder' i årene 1839-1847. I denne forbindelse blev der også indgået en videnskabelig kontrakt mellem *Nordens jurister* på en række juristmøder.⁵ Et forhold, der havde særlig betydning for det nordiske juridiske møder, var de unge juristers studentermøder, der blev afholdt mellem 1843-1856, mellem studerende fra alle de nordiske lande. Konkret kan nævnes studentermødet i 1854, afholdt i København, hvor politiker og jurist, *Orla Lehmann*, holdt en tale for de unge, der endte i en tiltale for majestætsfornærmelse. Talen til de unge argumenterede for, det praktiske ved et nordisk juridisk fællesskab inden for kriminal- og civillovgivningen.⁶ De unge jurister inspirerede, hvad der i datiden kaldes skandinavisme, som var med til skabe bevidsthed om vores fælles skandinaviske rødder.

⁴ H. Tamm (1972) s. 11.

⁵ H. Tamm (1972) s. 11.

⁶ H. Tamm (1972) s. 16.

Som det første konkrete eksempel, det nye juridiske fællesskab ledte til, var en tilvejebringelse af fælles regler for gensidige fuldbyrdelse domme i civil sager, mellem Danmark og Sverige i 1861. Norge tilsluttede sig senere disse fælles regler.

Den tidligste kilde på en nordiske forbindelse inden for juraens område var ved en brevudveksling mellem den svenske professor i jura, *David Nehrman-Ehrenstråle*, der systemisk sendte breve fra Københavns Universitet til de danske forskere på Lunds Universitet, omkring 1726, hvor videnskabsdelingen ellers var godt fortrolig. Denne brevudveksling udgør det første initiativ til en nordisk forbindelse på retsvidenskabens område.⁷

Starten på et nordisk juridisk (og videnskabeligt) fællesskab døde dog brat efter krigen i 1864, hvor Danmark havde stået alene mod Preussen og Østrig. Verden var dog i stor udvikling, og landene havde fået etableret jernbaner og sejlruiter, tilgængelige for den almindelige borger. Der var herved ikke så langt imellem landene længere, og borgerne i Skandinavien fik øjnene op for hinanden.⁸ Særligt spillede den kulturelle indflydelse en stor rolle, og de skandinaviske forfattere, som f.eks. den danske H. C. Andersen, blev en del af alle de nordiske landes almindelige daglige skønlitteratur.⁹ Denne kulturelle indflydelse ledte til et nyt forsøg på et nordisk fællesskab. Den svenske jurist H. E. Shack udtrykte det således, at den kulturelle strømning måtte være udtryk for Norden som en kulturel enhed, hvorfor en juridisk (videnskabelig) enhed måtte være i lige forhold hertil.¹⁰

Denne nye åbenhed ledte til det første nordiske samarbejds møde på juraens område i 1872.¹¹ På mødet blev der diskuteret de væsentlige overensstemmelser i retsopfattelsen mellem de nordiske lande og den fælles oprindelse heraf. Særligt området for civil- og straffeprocesserne blev diskuteret (nok på baggrund af tankerne fra skandinavisme), men også fælles regler inden for obligationsretten på baggrund af nye formueretlige udgangspunkter i tysk ret. Den første konkrete fælles lovgivning i forbindelse med de nordiske samarbejds møder var vekselloven fra 1880, der skulle gøre det nemmere og mere sikkert for borgere at handle i Skandinavien, og dermed fremme handlen mellem de skandinaviske lande. Af samme hensyn blev der også indgået lovsamarbejder om varemærker, handelsregistre og for firmaer. Der blev også aftalt et fælles tidsskrift under

⁷ H. Tamm (1972) s. 14.

⁸ H. Tamm (1972) s. 17.

⁹ H. Tamm (1972) s. 18.

¹⁰ H. Tamm (1972) s. 19.

¹¹ D. Tamm (2016) s. 459.

navnet *Tidsskrift for Retsvidenskab*, som skulle af den norske redigeres af videnskabsforfatteren *Francis Hagerup*¹²

Således var grundlaget på plads for et skandinavisk økonomisk fællesskab. Et problem var dog, at disse regler alene var rammeregler for handlen. Hvad der gjaldt borger og borgere imellem fremgik stort set alene i retsgrundsætninger og praksis. Der var således ingen regler for aftalers indgåelse, misligholder, varers kvalitet mv.. Dansk professor i jura *Julius Lassen* indledte derfor et samarbejde med den danske politiker og jurist, højesteretssagfører *Octavius Hansen*, samt den svenske politiker og jurist, *Carl Lindenhagen* i starten af det 20. århundrede. Gennem en redegørelse og analyse af den nordiske obligationsret overbeviste de den svenske Rigsdag og den svenske jurirminister om at indlede en nordisk fælles obligationsret mellem Danmark og Sverige.¹³ I Norge var man af den opfattelse, at retten udvikler sig bedst af sig selv, og ikke ved lovgivning. Den norske presse var også skeptisk angående kodificering af de obligationsretlige regler, og stillede spørgsmålstejn ved hensigtsmæssigheden af sådan en kodificering.¹⁴ For at imødekomme Norges skepsis, blev der derfor aftalt, at kodificeringen skulle afgrænses til visse dele af obligationsretten. På baggrund af den norske professor i retsvidenskab, *Francis Hagerups* analyse af hele situationen, blev kodificeringen afgrænset til køb af løsøre og bytte, samt kodificeringen af de almindelig grundsætninger for afslutning af retshanlder. For at koordinere lovsamarbejdet, aftalte man tre nationale kommissioner, der fandt sted i København, Oslo og Stockholm. Det første konkrete resultatet af samarbejdet var Lov om køb af 1906, og senere Kommissionsloven og Aftaleloven af 1917.

Efter indgåelsen af de obligationsretlige lovgivninger blev det fra den svenske Rigsdag foreslået, at det nordiske samarbejde også skulle inddrage familieretten i kommissionsarbejdet, særligt grundet ægteskaber på tværs af landegrænserne.¹⁵ Danmark og Norge tilsluttede sig dette synspunkt, hvilket konkret ledte til to grundlæggende love; om ægteskab (i 1922) og om ægteskabets formueretlige retsvirkninger (i 1925).

Det nordisk retlige (og videnskabelige samarbejde generelt), er dermed kendetegnet ved, at kulturelle strømninger har gjort de nordiske lande afhængige af hinanden. Ikke blot én gang,

¹² D. Tamm (2016) s. 460.

¹³ D. Tamm (2016) s. 461.

¹⁴ D. Tamm (2016) s. 462.

¹⁵ D. Tamm (2016) s. 464.

men hele to gange har et kulturelt fællesskab ledt til et videnskabeligt fællesskab (også inden for juraen).

Kapitel 3

International påvirkning

3.1 Internationale målsætninger for forbrugerretten

EU og forbrugerret er tæt knyttet sammen. Unionen har som målsætning at “fremme forbrugernes interesser og sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau [ved] at beskytte forbrugernes sundhed, sikkerhed og økonomiske interesser [samt] ret til oplysning og uddannelse [...]” jf. TEUF art. 169. Unionen vil opnå dette mål igennem forbrugerbeskyttelsesforanstaltninger i regelsæt til gennemførelsen af “det indre marked og foranstaltninger, som støtter, supplerer og overvåger den [juridiske] politik, medlemsstaterne fører” jf. TEUF art. 169, stk. 2 litra a-b jf. TEUF art. 114. Foranstaltningerne er dog ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater føre en strengere beskyttelse, så længe den stadig er i overensstemmelse med Unionens traktater jf. TEUF art. 169, stk. 4. Således kan det siges, at Unionens målsætningen er at skabe en minimumsbeskyttelse.

Målsætningens er gjort på baggrund af en 2020 plan, som også beskriver, hvad der ligger i målsætningen jf. Europa-parlamentets og rådets forordning nr. 254/2014. Art. 3 i forordningen beskriver specifikt, hvilke målsætninger der skal opnås, heriblandt; styrket og øget produktsikkerhed gennem effektiv varsling af farlige forbrugsgoder, at give forbrugerne bedre information om deres rettigheder, samt at styrke håndhævelsesmulighederne medlemstaterne imellem jf. forordning nr. 254/2014. Art. 3, litra a-d. Unionens målsætninger er bred formuleret, således at rækkevidden af 2020 planen er svær at definere. Modsat sætter planen alligevel dog forbrugerretten i fokus.

Særligt interessant er det, hvordan denne målsætning indarbejdes i EØS. Der findes ikke et lignende regelsæt i EØS aftalen. I medførelse af EØS aftalens art. 72, skal reglerne for forbrugerbeskyttelse findes i bilag 14. Bilaget indeholde adoptioner fra Unionens regelsæt. For eksempel er direktivet for urimelige aftalevilkår i forbrugerforhold, som gennemgået nedenfor, adopteret jf. EØS aftalen, bilag 14, nr. 7a. Direktiverne er vedtaget med

målsætningerne i øjemed og ved at adoptere direktiverne, vil målsætningerne stadig være til stede i EØS landenes regelsæt. Det får jo ikke en anden ordlyd.

3.2 Den europæiske unions påvirkning af national ret

Europa som en union, så lyset første gang i forbindelse med de afsluttende forhandlingerne til Nicetraktaten. Ved de afsluttende forhandlinger, blev der vedtaget et Konvent, der bl.a. havde opgave at udarbejde et forfatningsgrundlag til en fælles union. Som den var udfærdiget, ville retsvirkningerne være ophævelse af alle fællesskabs traktaten og EU-traktater, til fordel for oprettelsen af Den Europæiske Union (herefter Unionen) som juridiske person. Forslaget til forretningsgrundlaget kunne dog ikke vedtages, da det krævede suverænitetsoverdragelse fra medlemsstaterne (en folkeafstemning i Frankrig og Holland respektivt, ledte til et nej). Helt spildt var arbejdet dog ikke. På baggrund af de nye ideer og tanker om EU, som forfatnings arbejdet havde ledt til, blev Lissabontraktaten undertegnet.¹⁶

Denne måde at skabe en union på har skabt nogle særlige træk hos Den Europæiske Union. For det første kan unionen ikke sammenlignes med andre folkeretlig organisationer. Grunden hertil er, at de nationale stater ikke overlades den fulde kontrol med implementering af unionens retsakter. For det andet er de demokratiske processer væsentlige anderledes. Særlige reglerne om direkte valg til parlamentet adskiller sig fra det repræsentative udgangspunkt i folkeretten. For det tredje er retskildernes anvendelse anderledes. I folkeretlige organisationer indeholder traktater ofte alle de regler, der gælder mellem parterne. I Unionen, hvor Traktaten om den Europæiske Unions Formål (TEUF) (sammen med TEU) er grundlæggende, indeholder TEUF kun en begrænset andel af Unionens regelsæt. TEUF er på denne måde alene en ramme traktat, der giver adgang til undertegning af selvstændige retsordener. Som sidste karakteristika kan EU-retten heller ikke anses som et nationalret, grundet forordningers direkte virkningen i nationale retsordener.¹⁷

¹⁶ E. Sørensen og H. Danielsen (2019) s. 37.

¹⁷ E. Sørensen og H. Danielsen (2019) s. 38f.

Formålet med den europæiske Union og grundlaget for de første EF-traktater var idealet om en fælles marked, dvs. et udvidet hjemmemarked for de erhvervsdrivende i medlemsstaterne (se blandt andet TEUF art. 28 om toldunionen og art. 26 fri bevægelighed af varer, personer mv.).¹⁸ Siden da er Unionens formål blevet udvidet en del. Blandt andet fremgår det af TEU art. 3, stk. 1 at “Unionens mål er at fremme fred, [...] og befolkningens velfærd”, og i TEU art. 3 stk. 3, 3. del at “fremme [...] ligestilling mellem kvinder og mænd”.

I forbindelse med Unionens dannelse blev Unionens organer også defineret. Der findes i alt syv EU-retlige institutioner i Unionen, hvor de fire vigtigste er Europa-parlamentet (parlamentet), Det Europæiske Råd (Rådet), Europa-kommissionen (kommissionen) og EU-Domstolen. Parlamentet og Rådet udgør tilsammen den lovgivende magt i Unionen. Hertil udgøre kommissionen den udøvende magt, dog med den hage, at kommissionen også kan fremsætte lovforslag. EU-Domstolen fungerer følgelig som den dømmende magt.

Sammen med defineringen af Unionens organer blev indført regler for organernes kompetencer jf. TEU § 5, stk. 1, 1.pkt. TEU fastsætter om kompetencefordeling at “I medfør af princippet om kompetencetildeling handler Unionen kun inden for rammerne af de beføjelser, som medlemsstaterne har tildelt den i traktaterne, med henblik på at opfylde de mål, der er fastsat heri. Beføjelser, der ikke er tildelt Unionen i traktaterne, forbliver hos medlemsstaterne”. Princippet om kompetencefordeling indebærer at Unionen bl.a. ikke kan lave analogier til andre retsområder, end dem medlemsstaterne har givet tilladelse til” TEU art. 5, stk. 2.

Princippet om kompetencefordeling er ikke alene om at afgrænse Unionens mulighed for at påvirke medlemsstaterne. Som undtagelse kan Unionen handle på områder, hvor den ikke har enekompetence, når den “påtænkte handlings omfang eller virkninger bedre kan nås på EU-plan” jf. TEU art. 5, stk. 3

Unionen skal altså altid sikre sig, at pligter mv. der udspringer af nye regelsæt, ikke helt eller delvis overlades til medlemsstaternes, således at området ikke harmoniseres.¹⁹ Nærhedsprincippet tillader sig et vis politisk spænd, der mest af alt er politisk. Reglens anvendelse har kun haft en begrænset retlig betydning. EU-Domstolen har desuden også

¹⁸ E. Sørensen og H. Danielsen (2019) s. 42.

¹⁹ E. Sørensen og H. Danielsen (2019) s. 39.

været tilbageholdende med fortolkning i henhold til nærhedsprincippet, med den effekt, at det politiske skøn stadig ikke er afgrænset.²⁰

Et andet princip, der begrænser Unionens mulighed for at påvirke medlemsstaterne, er proportionalitetsprincippet. "I medfør af proportionalitetsprincippet går indholdet og formen af Unionens handling ikke videre end nødvendigt for at nå målene i traktaterne" jf. TEU art. 5, stk. 4. I praksis vil det sige, at hvor der er flere muligheder foranstaltninger, skal den foranstaltning, der er mindst byrdefuld, altid vælges, samt at byrden ikke må være uforholdsmæssig til opnåelse af det tilsigtede mål.²¹

Et tredje er princip effektivitetsprincippet, som går ud på at regelsæt fra Unionen skal være effektive i nationale retsorden, dvs. nationale medlemsstater ikke må lave andre regelsæt mv. der underminerer eller umuliggør gennemførelsen af bestemmelser fra Unionen. Effektivitetsprincippet må alt andet lige anses som en udvidelse af Unionens kompetence, ved at overlade en vis kontrol til medlemstaterne ved anvendelse af Unionsretten. Effektivitetsprincippet findes ikke som selvstændig regel, men gennemsyre TEUF og TEU f. eks. i TEU art. 19, stk. 1, 2. del

Ved udstedelse af regelsæt er det forskelligt, hvordan disse får effekt i medlemsstaterne. Som udgangspunkt opdeles EU-retskilderne i to hovedgrupper med i alt fem typer af retskilder. De primære retskilder udgør traktaterne og praksis, mens de sekundære retskilder udgør forordningerne, direktive og internationale aftaler.

Traktaterne indeholder hovedsagelig rammeregler, med de nødvendige hjemler til udstedelse af EU-retlige regelsæt. Traktatbestemmelser er umiddelbart anvendelige jf. C-26/62 Gend en Loss. Ved umiddelbart anvendelig forstås, at borger i medlemsstaterne kan påberåbe sig traktatens regler i de nationale stater. Sagen opstiller dog tre betingelser før en traktatbestemmelse er umiddelbart anvendelig; 1) bestemmelsen skal indeholde en klar og præcis forpligtigelse, 2) der må ikke knytte sig forbehold til bestemmelsen 3) bestemmelsens gennemførelse, må ikke være afhængig af gennemførelsesforanstaltninger fra medlemsstaterne eller Unions side. Praksis viser dog, at disse betingelser ikke overholdes af EU-Domstolen, og at der i stedet foretages en

²⁰ E. Sørensen og H. Danielsen (2019) s. 130.

²¹ E. Sørensen og H. Danielsen (2019) s. 131.

helhedsvurdering, hvor det bedømmes, om bestemmelsen er egnet til at blive påberåbt direkte.²²

Praksis udledes fra EU-Domstolen. EU-praksis spiller en væsentlig rolle i fortolkningen af EU-retten, men domstolen er begrænset i muligheden for at træffe afgørelse i konkrete sager. Et område, hvor EU-Domstolen er beslutningsdygtig, er for eksempel EU-konkurrenceretten. Hvor Domstolen er beslutningsdygtig, er afgørelsen bindende jf. TEUF art. 288, stk. 1, 4. del. Domstolens fortolkningsmetode tager udgangspunkt i en formålsfortolkning, med henblik på både formålet med den konkrete bestemmelse, men også bestemmelsens formål i Unionen.²³ Herfor tillægger EU-Domstolen også Unionsretten en dynamisk fortolkning. Ved dynamisk fortolkning forstås, at Unionens retskilder skal fortolkes tidssvarende. Således kan en regel fortolkes indskrænket i krisetider eller udvidet, når det går godt. Særligt relevant er ordlyden i Unionens retskilder. Ordvalget kan fremkomme gammeldags, og end med udtryk, der fortolkes anderledes i nutidens Unionsret. En dynamisk fortolkning hjælper altså til, at Unionsretten altid vil blive underlagten en tidssvarende fortolkning.²⁴

Forordninger "er bindende i alle enkeltheder, og gælder umiddelbart i hver medlemsstat" jf. TEUF art. 288 stk. 1, 2. del dvs. at bestemmelser i forordninger kan påberåbes direkte hos de nationale medlemsstaters domstole, af private borger, under samme kriterier som ved trakter.

Direktiver "er [...] bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen" jf. art. 288, stk. 3. Udgangspunktet for direktiver er derfor, at disse skal implementeres i de nationale retsordener dvs. indføres direkte i gældende ret. Det er ikke tilstrækkeligt at have et princip i retspraksis i den nationale stat. Reglerne skal indføres direkte i lovtekster og lignende juridiske dokumenter (som bekendtgørelse mv.) jf. effektivitetsprincippet. Når et direktiv udstedes, sættes der altid en frist for medlemsstaterne til at implementere direktivet i den nationale retsorden. Dette efterlader følgelig spørgsmålet om et direktiv skal implementeres for at være effektivt. EU-Domstolen tog stilling til spørgsmålet C-41/74 van Duyn;

²² E. Sørensen og H. Danielsen (2019) s. 171.

²³ E. Sørensen og H. Danielsen (2019) s. 116f.

²⁴ E. Rytter (2014) s. 91

Sagen angik, hvorvidt den britiske regering kunne nedlægge indrejseforbud og nægte at give arbejdstilladelse til udlændinge, der kom til Storbritannien for at studere Scientology. Motiverne for denne handling var, at Storbritannien fandt Scientologys virksomhed skadelig for deres samfund. Grundet bl.a. reglerne om forsamlingsfrihed og religionsfrihed, kunne Storbritannien ikke forbyde Scientology virksomhed, så i stedet ville de bremse udvidelsen af udefrakommende medlemmer. Frøken van Duyn blev fanget af denne bremse. Hun var en integreret del af Scientology i Amsterdam, og skulle nu arbejde som sekretær hos en Scientologi-kirke i Storbritannien. Storbritannien anvendte interne love i statens immigrationsregler, der hjemlede nægtelse af indrejse af hensyn til den rejsendes karakter, forhold eller forbindelser. Frøken van Duyn derimod støttede sin ret til indrejse på reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed. Således påberåbte hun sig en bestemmelse i et direktiv, der ellers som udgangspunkt skulle have været implementering før bestemmelsen kunne påberåbes jf. TEUF art. 288, 3. del. I EU-Domstolens argumentation antages det først at "Rådet ved ikke at anvende en forordning men et direktiv har ville tillægge denne retsakt en anden virkning end en forordning" jf. præmis 11. Modsat fremgår det, at blot fordi den daværende art. 189 [i dag TEUF art. 288] nævner at en forordningen er umiddelbart anvendelig, betyder dette ikke, at direktiver ikke også kan være det, og fremhæver, at direktivets "nyttevirkningen af en sådan retsakt formindskes, såfremt [borger er] forhindret i at påberåbe sig den under retssager og de nationale domstole" jf. præmis 12.

EU-Domstolens argumentation i C-41/74 van Duyn tillader således Frøken van Duyn at påberåbe sig rettigheder direkte i en direktivbestemmelse for at opretholde nytteværdien af direktivet. Nyere praksis har siden hen udvidet forståelsen om direktivers umiddelbar anvendelse, og fastsat betingelser for, hvornår en direktivbestemmelse kan påberåbes direkte af borger. For det første er det en betingelse, at direktivet indeholder forpligtelser for en medlemsstat og ikke en privat. Dertil er der opstillet en række betingelser, der svarer til betingelserne for traktatbestemmelser umiddelbare anvendelighed, dvs. at der stilles krav om, at forpligtelsen er klar, præcis og ubetinget, samt af bestemmelsen ikke forudsætter yderligere gennemførelsesforanstaltninger. EU-Domstolen har også ført en lempelig fortolkning af betingelserne, således at direktivbestemmelser med skøn kan være umiddelbar anvendelige, såfremt bestemmelsen isoleret set fremstår klar og præcis.²⁵

Internationale aftale eller folkeretlige aftaler bliver gennemgået i afsnittet om EØS, og vil derfor ikke blive behandlet her.

Det er ikke utænkeligt, at et direktiv mv. vil stride imod eventuelt allerede gældende national ret. Udgangspunktet for løsningen gøres efter princippet om EU-rettens forrang. EU-rettens forrangen er absolut, og indebærer, at direktiver mv. har forrang for national ret. Rækkevidden af princippet er stadig diskuteret, særligt på forfatningsområdet. Unionen har,

²⁵ E. Sørensen og H. Danielsen (2019) s. 174.

gennem praksis, fastslået, at de nationale forfatninger også er underlagt princippet om fællesskabsrettens forrang. Denne fortolkning bygger på Case 6/64 Costa vs. Enel.

EU-Domstolen udtrykker det således, at; "hvis fællesskabsretten som følge af senere national lovgivning havde forskellig gyldighed fra stat til stat, ville det bringe virkeliggørelsen af traktatens mål [...] i fare og ville indebære en [...] forbudt forskelsbehandling jf. Case 6/64 Costa vs. Enel s. 535. Retten fortsætter "af alt dette fremgår det, at den af traktaten affødte ret, der hidrører fra en [EU-retskilde], på grund af sin selvstændige natur retsligt må gå forud for en hvilken som helst national bestemmelse" jf. Case 6/64 Costa vs. Enel s. 536.

Udtrykket 'hvilken som helst national bestemmelse' som det fremgår af Case 6/64 Costa vs. Enel, indebærer også nationale forfatninger. Undersøger man derimod de nationale staters synspunkt, er resultatet -oftest-, at EU-retten ikke har forrang for medlemsstaternes forfatninger. Se hertil i dansk ret U 1998.800 H, hvor retten fastslår, at internationale organisationer ikke kan udstede regelsæt eller træffe afgørelser i strid med den danske Grundlov.²⁶

Ifølge TEUF art. 26, stk. 1 skal Unionen vedtage "foranstaltninger med henblik på oprettelse af det indre marked eller sikring af dets funktion". Disse foranstaltninger udgør, hvad der sammenfattet kan betegnes som harmoniseringen.²⁷ Harmonisering sker på tre niveau; ved totalharmonisering, ved optimal harmonisering og ved minimumsharmonisering.

Totalharmonisering (og harmonisering generelt) ses ofte i forordninger og i direktiver, og pålægger medlemsstaterne at implementere EU-retlige regelsæt direkte, uden plads til skøn i regelsættets anvendelsesområde. Ved den optimale harmonisering efterlader et vist skøn hos medlemsstaterne ved den nationale implementering. Hvor stort et skøn der gives, fremgår af det enkelte regelsæt. Ved minimumsharmonisering forstås, at det EU-retlige regelsæt udgør minimumsrettigheder, dvs. at medlemsstaterne har mulighed for at udvide rettighederne, det EU-retlige regelsæt medfører, principielt ubegrænset.

Unionen består i dag af 28 officielle medlemsstater inklusiv Danmark, der har været medlem siden 1. januar 1973, og Sverige, der har været medlem siden 1. januar 1995. Det nyeste stat til at deltage i fællesskabet er Kroatien d. 1 juli 2013.

²⁶ Munk-Hansen, C (2018) s. 282.

²⁷ E. Sørensen og H. Danielsen (2019) s. 673.

3.3 Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS)

EØS-aftalen er en integreret del af EU-retten²⁸, og har til formål at udvide EU's indre marked til også at omfatte EFTA-staterne²⁹ dvs. at EU-institutionerne indirekte har kompetence til at lovgive i EFTA-staterne, og at EU-Domstolen får kompetence til at fortolke med bindende virkning for EFTA-staterne. EU-Domstolens kompetence rækker også til fortolkning af EØS-aftalens omfang. For opretholdelse af det indre marked er det vigtigt, at der ikke er forskel i fortolkningen af EU-retlige regler, om det er en EØS-stat eller et EU-stat, og det er derfor afgørende, at EØS-aftalen er i overensstemmelse med EU-retten. Kort fortalt giver EØS-aftalen myndigheder og private i EFTA-staterne samme rettigheder som myndigheder og private i EU-medlemsstaterne jf. bl.a. Case 81/13, præmis 59 jf. præmis 58: EØS-aftalen indebærer, at EFTA-staterne er tredjemandstater "which can be placed on the same footing as Member State[s]". Retligt set skaber samarbejdet nogle problemer, når der sker sammenstød mellem EFTA-rettigheder og EU-retlige forpligtelser. Sammenstødet sker oftest på området for harmonisering af EU-retten i EØS-samarbejdet.

EFTA (European Free Trade Association) er en mellemstatslig organisation, som ikke selv er del i EØS-aftalen. Under forhandlingerne af EØS-aftalen var det dog underforstået, at EFTA-staterne ville indgå i EØS-samarbejde, hvorfor det retligt set ikke påvirkede EFTA-staternes retsstilling over for EU, uagtet om organisationen var med eller ej. Resultatet af forhandlingerne lede derfor til tosøjle-strukturen.

Tosøjle-strukturen er et rammeværk, hvor der i EØS er to søjler; en EU søjle og en EFTA søjle. Under forhandlingen blev spørgsmålet om kontrol af EØS-staterne afgørende. Det var fra EØS-staternes side utænkeligt at overlade suveræniteten til EU, mens det fra EU side var uacceptabelt at lade EØS-staterne kontrollere sig selv. Her kom EFTA-organisationens uafhængighed af EØS-samarbejdet til gode. Løsningen blev nemlig en aftale om en fast EFTA komité (ESA) og en EFTA-domstole m.fl. jf. EØS-aftens art. 108. ESA (EFTA Surveillance Authority) har til formål at sikre "the fulfilment of the obligation under [EØS-aftalen]" igennem procedure "similar to those existing in the community" hos EØS-staterne dvs. overvåge om EØS-staterne overholder og implementerer EU-lovgivningen. ESA fungerer således som garanti for, at EU overholder EØS-aftalen.³⁰

²⁸ H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 23.

²⁹ H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 31.

³⁰ H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 25.

Den væsentligste forskel i kompetence mellem ESA og EU-institutionerne er, at EU-institutionerne har mulighed for at gribe direkte ind over for medlemsstaterne og nogle enkelte tilfælde endda direkte over for private igennem regelsæts, der skal implementeres eller virker direkte. ESA derimod er baseret på traditionel folkeret. Dette indebærer et krav om enstemmighed, før ESA kan overlade kompetence til at gribe ind over for en EØS-medlemsstaterne. Hertil kan ESA heller ikke ses som et lovgivende organ. Deres forpligtelser bygger på overvågning af allerede eksisterende EØS/EU-ret, ikke ny ret, der bliver vedtaget i ESA.³¹

EFTA-domstolen har samme formål som EU-Domstolen (at afgøre fortolkningsspørgsmål), dog med begrænset adgang for søgsmål. EFTA-domstolen har ikke kompetence til at behandle søgsmål fra eller imod EU-medlemsstater, eller kompetence til at afgøre nationale fortolkningsspørgsmål hos EU-medlemsstater, dvs. at EFTA-kompetenceområde alene er EØS-medlemslandene.³²

EØS-aftalens (og andre folkeretlig aftaler EU har indgået) plads i EU-retten har været til diskussion. EU-Domstolen tog stilling til forholdet i de forenede sager Case 401/12, Case 403/12 Vereniging Milieudefensie (præmis 53) og Case 404/12, Case 405/12 Stichting Natuur en Milieu (præmis 45) sammenhold. EU-Domstolen konkluderede først, at en folkeretlige aftale mellem EU og en tredjemands stat må fortolkes i lyset af aftalens oprindelse. Efterfølgende konkluderedes det, at EU-institutioner med kompetence til at indgå folkeretlige aftaler, frit kan gøre dette, dvs. frit kan aftale, hvilken retsorden der skal gælde mellem EU og tredjemandsstaten. Dette indebærer derfor, at folkeretlige aftaler som udgangspunkt har direkte virkning med forrang i EU's retsorden, uden nogen særlig implementering, og hvor der intet er aftalt, overlades udfyldningen til de nationale domstole, der skal lægge vægt på fortolkning af EU-retlige traktater samt aftalens ånd, opbygning og/eller indhold. Det kan have betydning, om den folkeretlige aftale indeholder bestemmelser om direkte virkning i EU. For eksempel indeholder EØS-aftalen ingen sådan bestemmelse (nok mest af alt for ikke at overlade den fulde forpligtelse til at påse EØS-aftalens integration i Unionen til EU-institutionerne alene). Med ordlyden fra de forenede cases giver sagen natur også mulighed for, at EU kan indgå folkeretlige aftaler,

³¹ H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 137ff.

³² H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 170.

således aftalens retsorden ikke skal have direkte virkning i EU. Fremgår der ingen bestemmelse om dette i aftalen, må forholdet begrundes ud fra en fortolkning af aftalen.³³

Selvom udgangspunktet for folkeretlige aftaler indgået mellem Unionen og tredjemandstater er, at aftalen har forrang og direkte virkning, er forholdet mindre skabt, når det kommer sig til EØS-aftalen. Tvisten kan særligt fremhæves, hvis der kigges på EU-praksis holdt op imod EØS-aftalens protokol 35.

Protokol 35 siger, at implementering i EU skal ske “without requiring [of] any Contracting Party to transfer legislative powers to any institution of the [EØS]” og at implementering i EU derfor skal ske “through national procedures”. Således kan EØS (og dermed EU) som udgangspunkt ikke lave regler med direkte virkning for EØS-medlemslandene. Tilsvarende er der i dokumentet for de afsluttede forhandlinger indgået en række forhold, der kan beskrives som fraskrivelse. Angående protokol 35 er det aftalt, at protokollen ikke skal “restrict the effects of those existing internal rules which provide for direct effect and primacy of international agreements” dvs. at EØS aftalen ikke kan begrænse allerede eksisterende nationale retsregler med direkte retsvirkninger og med forrang for internationale aftaler.

Omvendt er der i praksis den modsatte opfattelse, her Case T115/94 Opel Austria. EU-Domstolens underret tog her stilling til, hvorvidt EØS-aftalen (EU-retten) kunne påberåbes med direkte virkning af parterne;

Art. 10 i EØS-aftalen, der forbyder told på import og eksport og eventuelle afgifter med undtagelse af de fastsatte regler i protokol 5, fastsætter en ubetinget og præcis regel, med forbehold af en enkelt undtagelse, som i sig selv er ubetinget og præcis, og har derfor direkte virkning jf. Case T-115/94 præmis 3.

Underretten til EU-Domstolen giver altså EU-retten direkte virkning alene med baggrund i allerede eksisterende praksis, og ikke på baggrund af, hvorvidt regleren er implementeret eller ej, dvs. at EØS-aftalen har direkte virkning, såfremt bestemmelsen opfylder betingelserne for direkte anvendelighed, fastsat i EU retten.

EU-rådet gjorde ingen bemærkninger til sagen, og sagen blev aldrig anket til EU-Domstolen.

³⁴ Udgangspunktet må dog stadig være, at EØS-aftalen ikke indebærer, at EU-retten får

³³ H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 351ff.

³⁴ H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 353 (i fodnote 1063).

direkte virkningen i EØS-medlemslandene. EØS-aftalen får på denne måde en særlig plads som folkeretlig aftale i EU. Det er op til de enkelte medlemmer at implementere de EU-retlige forpligtelser, der udspringer af EØS-aftalen, og op til de enkelte private at afgøre, om andre EU-retlige regelsæt skal virke direkte. Der kan måske gøres en undtagelse i de tilfælde, hvor der, inden implementering, allerede findes regler. Sådanne områder vil ikke blive fanget af protokol 35. Dette skal dog prøves ved EFTA- eller EU-Domstolen, før noget konkret kan siges.

Ved siden af reglerne om implementering fremhæver protokol 35 også, at EØS-aftalen "aims at achieving a homogenous [EØS]". Der er tydeligt, at harmonisering spiller en stor rolle i EØS-regelsættet. Det fremgår bl.a. af EØS-aftalens art. 1, at "The aim [...] is to promote a continuous and balanced strengthening of trade [...] with equal trade conditions [...] and in] respect of the same rules, with a view to creating a homogeneous [EØS]", og af EØS-aftalens art. 6, at afgørelser skal fortolkes "in conformity with the relevant rulings of the [EU-Domstol]". EFTA-domstolens følger art. 6 se bl.a. Case E-4/01 Karlsson præmis 25 og 26 m.fl.³⁵ Selvom der er klart, at EØS-aftalen også indebærer harmonisering mellem EU-retsregler, samt praksis -som i EØS-aftalens art. 1 og 6- er omfanget af harmoniseringen usikker. Der er tale om en gråzone som illustreret i E-28/15 Jabbi, Norge mod Jabbi.

Sagen angik fortolkning af bestemmelserne i unionsborger-direktivet. EU-Domstolen havde tidligere fortolket direktivet således, at det ikke kunne påberåbes af en unionsborger, som ønskede en familie genforening i sin hjemstat med en ægtefælles fra en tredjemandstat.³⁶ Senere blev denne praksis analogt fortolket ind i Unionens regler om fri bevægelighed af personer. EØS-aftalen indeholder ingen tilsvarende regler om unionsborgerskab til EU. Tvisten var nu, om Jabbi kunne tillægges samme rettigheder som i unionsborger-direktivet ved at påberåbe sig reglerne om fri bevægelighed i EØS-aftalens del 3, altså om reglerne fandt analog anvendelse, selvom unionsborger-direktivet ikke er en del af EØS-aftalen. EFTA-domstolen gjorde særligt to forhold gældende. Et, at adgangen til fri bevægelighed af person var en essentiel del af det indre marked (præmis 37) og to, at reglerne om fortolkning af den fri bevægelighed af personer, i lyset af praksis på området af direktivet om unionsborgerskab, gælder derfor i EØS-landene, når det er i forbindelse med at sikre det

³⁵ For flere sager hvor der anvendes en EU-konform fortolkning se; H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 52. Sagerne omhandler alle sager hvor EFTA-domstolen anvender EU-Case law til fortolkning af EØS-aftalen.

³⁶ H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 53.

indre marked jf. præmis 38. Forholdet for familiegenforeningen fandtes i den konkrete sag, ikke at være i denne forbindelse, og sagen blev afvist. Dog er sagen stadig interessant, da den åbner op for regelsæt i EØS, der som udgangspunkt ikke er en del af EØS-aftalen. Det er således klart, at den EU-retlige harmonisering også indgår som en del af EØS-retten, men usikkert, hvilket rækkevidde den har. E-28/15 Jabbi er vel nok et enkeltstående tilfælde, men viser stadig, at der er usikkerheder i EØS/EU-samarbejdet.³⁷

I dag består EØS-medlemslandene af Island, Liechtenstein og Norge jf. EØS-aftalens art. 2 b. Schweiz sagde nej til EØS-samarbejde i sin tid, men er i dag integreret igennem sidestående aftale. Det er således, at selve organisationen bestående af ESA og EFTA-domstolen m.fl. er blevet til, ved aftaler imellem EFTA-staterne, og ikke igennem EFTA selv, hvorfor der er misvisende at kendetegne området under EFTA-institutionerne, da der er tale om en organisation med sidestående aftaler. Begrebet bruges i flæng i litteraturen, og bruges også under et i denne fremstillingen, men retlig set kan de ikke siges at være én i praksis.³⁸

3.4 Sammenfatning

Unionen er særligt karakteriseret ved, at den ikke kan anses som folkeretlig organisationen, grundet medlemsstaterne selv har en vis autorisation til at implementere EU-retlige regelsæt.

Formålet med Unionen har primært været tilnærmelse af medlemsstaternes retsregel, for -i første omgang- at danne et større hjemmemarked i medlemsstaterne. Senere har Unionen udviklet sig til andre retslige område, for eksempel ligestilling mellem kvinder og mænd.

Traktater, EU-praksis, fordringer, direktiver og internationale aftale, indgået af Unionen, har som udgangspunkt forrang for nationale regelsæt. Udstrækningen EU-rettens forrang diskuteres dog stadigt, både i forhold til internationale aftaler, indgået af Unionen og medlemsstaternes forfatninger.

Som udgangspunkt, skal direktiver implementeres i nationale ret, men direktivets bestemmelser kan dog påberåbes direkte fra direktivet af forbrugere, hvis bestemmelsen er klart og tydeligt, og tillader forbrugeren en rettighed, der ikke er afhængig af andre foranstaltninger. Denne mulighed er usikker for borger indenfor EFTA/EØS.

³⁷ H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 54.

³⁸ H. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 25

Et afgørende element for at opnå et stort hjemmemarked mv., er udgangspunktet om harmonisering. Ved harmonisering tilnærmes medlemsstaternes nationale retsorden hinanden således, at en Unionsborger i princippet vil blive mødt af de samme regler, når de handler grænseoverskridende mv.

EØS er karakteriseret ved tosøjle-strukturen med EFTA på den ene side, og Unionen på den anden side. Desuden er et væsentlig træk også, at EØS-samarbejdet er aftalebaseret.

EØS-aftalen er en integreret del af EU-retten, og har til formål at udvide Unionens indre marked til også at omfatte EFTA-staterne. Udgangspunktet for Unionens kompetence i EFTA-landene, er det samme som gælder inden for Unionen. Dog kan en fortolkning af EØS-aftalen lede til det resultat, at EFTA-staterne bevidst har ville fraskrive sig visse aspekter af Unionens kompetencer.

Unionens påvirkningen af EFTA-medlemsstaterne er til dels begrænset. Unionens kompetencer i EØS-samarbejdet skal ses i lyset af en fortolkning af aftalen mellem Unionen og EØS. Udgangspunktet i Unionens øjemed er de samme, der gælder for andre medlemsstater. Modsat kan en fortolkning af EØS-aftalen lede til det resultat, at EFTA-staterne bevidst har ville fraskrive sig visse aspekter af Unionens kompetencer.

Denne strid om Unionens kompetencer i EØS-samarbejdet har ledt til at vis usikkerhed i forhold til den EU-retlige harmonisering. Der er dog klart, at harmonisering også indgår som en del af EØS-aftalen, men harmoniseringens udstrækningen er ikke klarlagt.

Kapitel 4

Forbruger

Da projektets kerne er forbrugerne, er det afgørende at afgrænse, hvem en forbruger er. Først og fremmest er der et ordlydsproblem mellem de nordiske lande og EU-retten.

Fra dansk ret hedder det sig i den danske aftalelov, at "Ved en forbrugeraftale forstås i denne lov en aftale, som en erhvervsdrivende indgår som led i sit erhverv, når den anden part (forbrugeren) hovedsagelig handler uden for sit erhverv jf. § 38 a, stk. 2. Betingelsen om, at forbrugeren hovedsagelig handler uden for sit erhverv, går igen i norsk og svensk ret. Fra norsk ret: "enhver fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet" jf. den norske avtalelovs § 37, stk. 2, og svensk ret: "en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet" jf. den svenske forbrugerftalelovs § 2, stk. 2. Både norsk og svensk ret er afgrænset til fysiske personer, hvilket den danske aftalelov ikke stiller som en betingelse. Derved kan juridiske personer også være forbrugere i dansk ret. Dette er et kendt princip fra dansk ret, se bl.a. den danske købelovens § 4 a, eller den danske markedsføringslovs § 2, stk. 1, nr. 1, der direkte nævner "En fysisk eller juridisk person" som mulige forbrugere.

Fra EU-retten anvendes fortolkningen 'en fysisk person, der ikke handler som led i sit erhverv'. Se bl.a. i direktivet 93/13 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftalers art. 2, litra b, i direktivet 11/83 om forbrugers rettigheders arts. 2, stk. 1, eller i direktivet 99/44 om visse aspekter af forbruger købs art. 1, stk. 2, litra a m. fl. Ifølge EU-retten er man derved kun forbruger, hvis man ikke handler som led i sit erhverv. EU-retten tillader derfor alene fysiske personer, ikke juridiske personer, at være forbrugere.

Angående udtrykket 'hovedsageligt' er det fra præambelen til direktivet 11/83 om forbrugers rettigheders bestemt, at der "I tilfælde af aftaler med dobbelt formål, hvor aftalen indgås dels som led i og dels ikke som led i den pågældende persons erhverv, og det erhvervsmæssige formål er så begrænset, at det ikke er fremherskende i forbindelse med aftalen, bør den pågældende person imidlertid ligeledes betragtes som en forbruger" jf. betragtning 17, 2. pkt. Forbrugerrettighedsdirektivet finder anvendelse bl.a. på forbruger købsaftaler,

forbrugertjenesteydelsesaftaler, forbruger aftale om fjernsalg m.fl. indgået mellem en erhvervsdrivende og en forbruger art. 3, stk. 1, 1. pkt jf. art. 2, stk. 1 nr. 5, 6 og 7, dvs. stort set alle forbruger aftaler. Lægges forbrugerrettighedsdirektivets fortolkning til grund, vil de nordiske landes udvidelse af begrebet, til også at finde anvendelse på forbrugere, der hovedsageligt handler uden for deres erhverv, ikke konfliktuerer ved implementering af EU-forbrugerretten.

Som eksempel på en fortolkning af forbrugerbegrebet i dansk ret, se bl.a. U 1992.806 Ø, hvor en ældre herre investerede i diamanter med henblik på videresalg. Ved nedlæggelse af sin virksomhed havde den ældre herre finansieret sin egen pension ved investeringer i obligationer. Hans plan var at leve af renterne fra obligationerne, men det viste sig ikke muligt, hvorfor han senere investerede i diamanter. Herren fandtes ikke at være forbruger. I denne forbindelse, se også U 1955.432 H, hvor en række personer også havde investeret i diamanter med henblik på videresalg. I sagen fandt Højesteret, at blot fordi investeringerne er gjort med henblik på videresalg, udelukker dette ikke, at investorerne er forbrugere. Forskellen i sagerne var, hvem der opfordrede til investeringsaftalen. I U 1992.806 Ø var det den ældre herre, mens det i U 1955.432 H var investerings selskabet igennem postkasse reklamer mv. Hertil havde den ældre herre også intentioner om at leve af investeringerne. Til sidst kan nævnes en forskel i investeringsbeløbene. Den ældre herre investerede for ca. 5 mio. kr., mens beløbene i den anden sag kun udgjorde 100.000-200.000 kr.

Som eksempel på udvidelsen af forbrugerbegrebet, til også at dække personer, der hovedsageligt handler uden for deres erhverv, i for EU-retten, se bl.a. Case 110/14 Costea. I sagen havde en selvstændig advokat kontor i hans bolig. Han foretog et lån med sikkerhed i hans bolig og med hans selskab som kautionist. Lånets formål blev ikke opgjort. EU-Domstolen præciserer, at der er tale om to aftaler, én mellem advokaten og kreditvirksomheden, og én mellem advokaten og hans firma jf. præmis 29. Advokaten var på den måde stadig den svage part over for kreditvirksomheden, og derfor inden for beskyttelsesområdet for forbruger jf. præmis 27. Slutteligt lægger EU-Domstolen vægt på, at formålet med lånet ikke er specificeret, jf. præmis 30.

Angående den danske udvidelse af forbrugerbegrebet til også at gælde juridiske personer, er dette ikke i overensstemmelse med EU-retten. Som det fremgår af direktiv 93/13 om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler m.fl. er en forbruger en 'fysisk person' og en erhvervsdrivende er en 'fysisk og juridisk person' jf. art. 2, stk. 1, litra b og c. Dette skal fortolkes således, at kun erhvervsdrivende kan være juridiske personer jf. Case 541/99 Cape, præmis 16 jf. præmis 13. I Case 110/14 Costea argumenterer retten for, at advokaten indtræder i samme beskyttelsesområde som en forbruger, derved at han indtager en svagere stilling over for kreditvirksomheden. En nystartet virksomhed, der umiddelbart ikke ejer noget, vil også stå i samme svage stilling overfor andre virksomheder, og selv nogle forbrugere, og vil dermed indtræde i samme beskyttelsesområde. Den EU-retlige afgrænsning af forbrugerbegrebet, til kun at gælde fysiske personer, savner derfor

sammenhæng med de hensyn, der ligger bag denne fortolkning (i hvert fald inden for området for urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler).

Kapitel 5

Aftaleretten

5.1 EU-retten

5.1.1 Formål og anvendelsesområde

Udgangspunktet for de fælles aftaleretlige forbrugerregler er Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler (direktiv 93/13 fremadrettet). Formålet med direktiv 93/13 er en "indbyrdes tilnærmelse af medlemstaternes love og administrative bestemmelser om urimelige kontraktvilkår i aftaler" jf. direktiv 93/13 art. 1, stk. 1.

Grundlaget for direktiv 93/13 var forskelligheden i regelsæt, en forbruger kunne møde, når denne handlede inden for grænserne af Unionens indre marked. Foruden en eventuel uvidenhed om, hvilke regler der gælder for urimelige kontraktvilkår, i forbrugerens egen medlemsstat, ville en forbruger også skulle vide, hvordan de enkelte medlemsstater fortolker urimelighed i forbrugersager, ved fysisk handel i medlemsstaterne. Som en del af Unionens mål om et indre marked ville dette betyde, at forbrugere -nok- ville have et mindre incitament til at indgå grænseoverskridende handel, hvilket underminerer et indre marked.³⁹

Anvendelsesområdet for direktiv 93/13 er alene "kontraktvilkår, der ikke har været genstand for individuel forhandling" dvs. standardkontrakter jf. direktiv 93/13 art. 3, stk. 1. Ved en standardkontrakt forstås en kontrakt, der "[...] er udarbejdet på forhånd [hvorfor] forbrugeren derved ikke har haft nogen indflydelse på indholdet [...]" af kontrakten jf. direktiv 93/13 art. 3, stk. 2, afsnit 1. Har enkelte dele af kontrakten været underlagt individuel forhandling, udelukker dette ikke, at der er tale om en standardkontrakt, såfremt en samlet vurdering fører til den konklusion, at der alligevel er tale om en standardkontrakt jf. direktiv 93/13 art. 3, stk. 2, afsnit 2. Påstår den erhvervsdrivende, at kontrakten er individuelt forhandlet, har denne også bevisbyrde herfor jf. jf. direktiv 93/13 art. 3, stk. 2, afsnit 3. Dette gælder både

³⁹ Præambelen til Rådets Direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler side 1.

ved skriftlige og mundtlige aftaler uafhængigt af, om vilkårene er indeholdt i et eller flere dokumenter.⁴⁰

Anvendelsesområdet er dog begrænset af en række regler:

Først og fremmest omhandler direktivet aftaler mellem forbrugere og erhvervsdrivende. Således udelukkes bl.a. arbejdskontrakter, aftaler vedrørende arveret og familieret samt aftaler om oprettelse af selskaber og om disses vedtægter mv.⁴¹

For det andet begrænses anvendelsesområdet til ikke at inddrage aftalevilkår, der afspejler retsregler mv. i internationale konventioner mv. som Unionen er part i jf. direktiv 93/13 art. 2, stk. 2. Det antages, at disse typer af regler ikke er urimelige, og en retlig gennemgang er derfor heller ikke nødvendig.⁴² Grænsen for en afspejling er dog ikke fastlagt, så hvor meget et aftalevilkår skal afvige fra regler i internationale konventioner, før der er tale om et aftalevilkår inden for rammerne af direktiv 93/13, er usikkert.

Som en tredje begrænsning er vilkår, der omhandler “[...] definitionen af aftalens hovedgenstand eller overensstemmelsen mellem pris og varer [kvalitet] eller mellem tjenesteydelser og betalingen herfor, for så vidt disse vilkår er affattet klar og forståeligt” jf. direktiv 93/13 art. 4, stk. 2. På denne måde er undtagelsen til undtagelsen, når vilkåret ikke er affattet klart og tydeligt, dvs. definitionen af aftalens hovedgenstand mv. falder uden for direktiv 93/13s anvendelsesområde, hvis vilkåret er klart og forståeligt. Modsat vil et vilkår som dette falde inden for anvendelsesområdet, såfremt det ikke er affattet klart og forståeligt (hvordan klart og forståeligt fortolkes gennemgås nedenfor i afsnit 5.1.3). Dog kan der imidlertid tages hensyn til aftalens hovedgenstand mv. ved vurderingen af, om andre kontraktvilkår er urimelige i f.eks. ved forsikringsaftaler, hvor præmien er defineret ud fra risiko.⁴³

Som et eksempel findes EU-Domstolen i Case 26/13 Kásler (gennemgås nedenfor i afsnit 5.1.3). Retten blev spurgt, hvorvidt et vilkår, der fastsætter vekselkursen, når der er tale om et lån i udenlandske valuta, som

⁴⁰ Præambelen til Rådets Direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler side 2, afsnit 3.

⁴¹ Præambelen til Rådets Direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler side 2 afsnit 2.

⁴² Præambelen til Rådets Direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler side 2 afsnit 4.

⁴³ Præambelen til Rådets Direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler side 2, afsnit 12.

udstedes i indenlandske valuta og alene kan tilbagebetales i indenlandske valuta, anses for at udgøre et vilkår om hovedgenstanden mv. jf. præmis 35, nr. 1. Vilkåret angik således forholdet mellem tjenesteydelser og betalingen jf. art. 4 stk. 2, der som udgangspunkt er en undtagelse til anvendelsesområdet af direktiv 93/13, når der er affattet klar og forståeligt jf. direktiv 93/13 art. 4 stk. 2. Domstolen fandt, at vilkåret alene indeholdte beregningsmetoden for valutatransaktionerne, og dermed ikke faldt ind under undtagelsen i direktiv 93/13 art. 4, stk. 2.

Den sidste afgrænsning for anvendelsesområdet af direktiv 93/13 er ikke en begrænsning, men en modifikation til udgangspunktet. I medfør af direktiv 93/13 art. 8 kan medlemsstaterne "vedtage eller bevare strengere bestemmelser, der er forenelige med Traktaten, for at sikre en mere omfattende beskyttelse af forbrugerne". Denne type regel er også kendt som et beskyttelsespræceptivt værn, således at strengere regler, der er med til at beskytte forbrugeren, og som ikke er imod direktiv 93/13 mv., gyldigt kan vedtages i medlemsstaterne.

I Case 484/08 Caja de Madrid blev EU-Domstolen spurgt, om direktiv 93/13 var til hindring for at udvide anvendelsesområdet for artikel 4, stk. 2, således at beskrivelsen af hovedgenstand mv. ville kunne indgå i urimelighedsvurderingen, til fordel for forbrugeren jf. direktiv 93/13, art. 8, stk. 1 jf. præmis 24. Retten siger først og fremmest, at artikel 4, stk. 2 ikke indeholder en undtagelse til anvendelsesområdet af direktiv 93/13, men udgør en kontrolregel dvs. en regel, der skal kontrollere, om de erhvervsdrivendes standardvilkår er klare og forståelige jf. præmis 31-33. Dette er således et teoretisk udgangspunkt. Selvom art. 4, stk. 2, skal kontrollere erhvervsdrivendes standardvilkår, vil artikel 4 også - for forbrugeren - være en begrænsning i anvendelsesområdet af direktiv 93/13. Konklusionen fra Domstolen er dog klar; "artikel 4, stk. 2, og artikel 8 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for nationale forskrifter som de i hovedsagen omhandlede, der tillader en retslig vurdering af, om kontraktvilkår er urimelige, når disse omfatter definitionen af aftalens hovedgenstand [mv.] [...], selv om disse vilkår er affattet klart og forståeligt" jf. præmis 44. Kontrollementet i artikel 4, stk. 2 vil altså ikke blive undermineret, hvis denne type vilkår også bliver underlagt en rimelighedsvurdering jf. direktiv 93/13 art. 8, stk. 1.

5.1.2 Urimelighed

Udgangspunktet for, hvad der udgør et urimeligt kontraktvilkår, er klart; "Et kontraktvilkår [...] anses for urimeligt, hvis det på trods af kravene om god tro, bevirker en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser ifølge aftalen til skade for forbrugeren" jf. direktiv 93/13 art. 3 stk. 1 jf. art. 2, litra a.

Betingelserne i medførelse af direktiv 93/13 artikel 3, stk. 1 er således at:

1. Forbrugeraftalevilkåret skal bevirke en betydelig skævhed mellem parternes pligter og rettigheder jf. aftalen.
2. Den betydelige skævhed skal være til skade for forbrugeren.

Den tredje betingelse omhandler god tro jf. direktiv 93/13 art. 3, stk. 1 (fra engelsk 'good faith', og fransk 'bonne foi'). Fra præamblen til direktiv 93/13 fremgår det, at den erhvervsdrivende kan opfylde kravet om god tro, hvis denne har handlet loyalt og rimeligt over for forbrugernes interesser.⁴⁴ Til fortolkning af dette har EU-Domstolen i Case 415/11 Aziz (se gennemgang nedenfor) beskrevet det således, at den erhvervsdrivende skal have handlet loyal og rimeligt med forbrugeren, således at den erhvervsdrivende med rimelighed kan vente, at forbrugeren vil acceptere vilkårene, såfremt det var individuel forhandling jf. præmis 69. Først og fremmest er denne fortolkning af god tro-begrebet ikke i overensstemmelse med nordisk ret, hvor god tro bygger på en viden/burde viden, oftest i spørgsmål om ansvar f.eks. i erstatningsretten. Ses der på indholdet, skal god tro fortolkes i henhold til den erhvervsdrivendes loyale adfærd mv., over for forbrugeren. Nærmere er begrebet oversat til 'hæderlig forretningsskik' i dansk ret, hvilket stemmer overens med den fortolkning, der skal lægges til grund i præamblen og Case 415/11 Aziz præmis 69.

Vurderingen suppleres af direktiv 93/13 art. 4 stk. 1, der fastslår, at der ved vurderingen skal tages hensyn til, hvilke varer aftalen omfatter, og omstændighederne ved aftalens indgåelse samt omstændighederne i forbindelse med aftalens indgåelse, og ved indgåelsen af alle andre vilkår i aftalen eller andre sammenhængende aftaler. Således kan der ikke indgå senere indtrufne omstændigheder i vurderingen. Bliver et aftalevilkår urimeligt efter aftaleindgåelsen, falder forholdet altså uden for anvendelsesområdet af direktiv 93/13.

Om vurderingen fremgår det af præamblen, at "det er nødvendigt at fastsætte generelle kriterier til vurdering af, om kontraktvilkår er urimelige". At nedsætte generelle kriterier bevirker en ensartet vurdering og er derfor også afgørende for at opnå ensartethed på det indre marked. Vurderingen "skal suppleres med en samlet vurdering af de forskellige berørte interesser" heri bl.a. god tro (hæderlig forretningsskik) og parternes styrkeforhold.⁴⁵

⁴⁴ Præamblen til Rådets Direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler side 2, afsnit 9.

⁴⁵ Præamblen til Rådets Direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler side 2, afsnit 7 og 8.

Disse generelle kriterier er således, at:

1. det urimelige aftalevilkår skal være urimeligt ved eller føre aftalens indgåelse mv.
2. hæderlig forretningsskik ikke nødvendigvis betyder, at vilkåret er rimeligt.
3. vurderingen angår alle aftalevilkår, der er sammenhængende den pågældende aftale.
4. varetypen inddrages i vurderingen.
5. parternes styrkeforhold inddrages i vurderingen.

Foruden de generelle kriterier indeholder direktiv 93/13 et bilag med en liste over kontraktvilkår, der kan betegnes som urimelig jf. direktiv 93/13 art. 3, stk. 3 ('the grey list'). Det skal bemærkes, at det er en *vejledning*, der således hverken er en facitliste eller udtømmende liste, dvs. punkterne i vejledningen udgør et formodningsudgangspunkt, hvor konkrete forbrugerftalevilkår kan være rimelige, selvom de fremgår af listen, f.eks hvis resten af talen skaber ligevægt mellem parternes pligter og rettigheder jf. direktiv 93/13, art. 3, stk. 1.

For at tilnærme, hvad der ligger i begrebet 'betydelig skævhed' er det nødvendig at se på praksis fra EU-Domstolen. I Case 415/11 Aziz og i Case 226/12 Álvarez blev EU-Domstolen spurgt ind til fortolkningen;

I Case 415/11 Aziz havde forbrugeren (Aziz) indgået en låneaftale med sikkerhed i hans families bolig, til tilbagebetaling over 33 år. Særligt var tre vilkår fra aftalen, som kom under behandling jf. direktiv 93/13. Det første vilkår angik morarenter på 18,75%, der automatisk ville indtræde uden fremsendelse af krav, for beløb som ikke var betalt ved forfaldsdagen jf. præmis 20. Det andet vilkår lød, at hele lånet vil forfalde, såfremt blot en af de aftale rater forfalder, både med hensyn til lånekapitalen og renter jf. præmis 21. Som et tredje vilkår var det angivet, at långiver kunne overtage pantet for at få dækket eventuel gæld, men ligeledes med henblik herpå at kræve direkte betaling jf. præmis 22. På baggrund af dette tredje vilkår nåede sagen til tvangsfuldbyrdelse i den nationale ret. I forhold til det første vilkår, om morarenter, udtaler EU-Domstolen, at urimelighedsvurderingen "skal undersøge dels de nationale regler, som finder anvendelse mellem parterne i det tilfælde, hvor der ikke er aftalt nogen [...], for at kontrollere, at renten er egnet til at sikre opfyldelsen af de forfulgte mål i den pågældende medlemsstat, og at den ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målene" jf. præmis 74 jf. præmis 68. Retten siger altså, at national ret skal anvendes som kontrolgrundlag for rimelighed (indirekte, at nationale ret antages at være rimelig). Angående det andet vilkår om førtidig ophævelse af aftaler i længerevarende kontraktforhold (33 år), ved låntagers misligholdelse, udtalte EU-Domstolen, at de nationale domstole skal "efterprøve, om den erhvervsdrivendes ret til at ophæve hele lånet er betinget af forbrugers manglende overholdelse af en forpligtelse, som er af afgørende betydning i forhold til den pågældende aftale" og hvor en sådan "misligholdelse er tilstrækkeligt alvorlig hvad angår lånets varighed og størrelse" jf. præmis 73. Låntagers misligholdelse skal altså være alvorlig i forhold til aftalens helhed (fra den engelske oversættelse er alvorligt

oversat fra 'sufficiently serious'). I denne alvorlighedsvurdering indgår "om den nævnte ret fraviger de gældende regler på området, og om den nationale lovgivning fastsætter egnede og effektive midler, som giver den forbruger, der er omfattet af et sådant vilkår, mulighed for at fjerne virkningerne af ophævelsen af lånet" jf. præmis 73. Således skal der først tages stilling til, om misligholdelsen, der vækker retsvirkningerne af et ophævelsesklausul, er af alvorlig betydning for aftalen, og efterfølgende, om forbrugeren, gennem nationale ret, har mulighed for at afværge ophævelsen. I forhold til det sidste vilkår, om realisering af pantet, udtaler EU-Domstolen, at "der ikke er sket en harmonisering af de nationale mekanismer for" tvangsfuldbyrdelse (og anerkendelse- samt fuldbyrdelsesmekanismer) jf. præmis 50 jf. præmis 49. EU-Domstolen fortsætter dog, at vilkårene stadig "ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende situationer, der er underlagt national ret (ækvivalensprincippet)" jf. præmis 50. Denne udtalelse vejer stort til fortolkning af 'betydelig skævhed'. Findes der således ingen EU-retlig mekanismer på et givent område af forbrugerretten, skal ækvivalensprincippet lægges til grund (i hvert fald ved klausuler om retsvirkningerne/fuldbyrdelse af aftalen). Om retsvirkningerne af vilkårene udtaler Domstolen også "at give forbrugeren en efterfølgende retsbeskyttelse af rent erstatningsmæssig art [...], er en mangelfuld og utilstrækkelig beskyttelse" jf. præmis 60. I sagen blev boligen affattet på tvangsauktion, således Aziz ikke længere havde ejendomsretten, og vil derfor alene kunne kræve erstatning, såfremt aftalevilkåret fandtes ikke at binde Aziz jf. direktiv 93/13 art. 6. Dette skyldtes, at Aziz først indstævnte långiver efter tvangsfuldbyrdelsen. Der var hverken vindikationsmulighed eller mulighed for opsættende virkning gennem nationale foranstaltninger, og Aziz kunne derfor alene søge erstatning, mod at han og hans familie blev sat på gaden. Overordnet set leder EU-Domstolens fortolkningsbidrag til, at begrebet »betydelig skævhed« til skade for forbrugeren skal vurderes på grundlag af en undersøgelse af de nationale regler, der ville finde anvendelse, såfremt parterne ikke havde indgået en aftale jf. præmis 76. Forbrugeren skal bringes i en mindre gunstig retsstilling, end forbrugeren ville have efter national ret. Ved denne vurdering skal der laves en undersøgelse af forbrugers retsstilling, under hensyn til de midler, han har til rådighed.

Case 226/12 Álvarez omhandlede en aftale om køb af bolig. Efter aftalen skulle Álvarez afholde udgifter til kommunale værdistigningsafgift for byejendomme, da der var taget forbehold for dette i prissættelsen af boligen. Desuden skulle Álvarez også afholde udgifter til individuel tilmelding til forsyningsselskaber, når disse var forudbetalt af sælger. I denne forbindelse indbetalte Álvarez 1.223,87 EUR til sælger. Efterfølgende anlagde Álvarez sag mod sælger, med påstand om tilbagebetaling af de nævnte udgifter. Påstanden lød, at vilkårene om værdistigningsafgiften og forsyningstilslutningen var urimelige i henhold til direktiv 93/13 art. 3, stk. 1, da vilkårene ikke havde været til individuel forhandling og medførte en betydelig skævhed i parternes rettigheder og pligter. Sælgers forsvar lød, at vilkårene havde været forelagt en individuel forhandling, og at der ikke forelå en betydelig skævhed, hvis beløbene ansås i forhold til den samlede pris på boligen. Ved sagens prøvelse i anden instans blev EU-Domstolen inddraget til fortolkningshjælp. EU-Domstolen fandt, at en 'betydelige skævhed' ikke nødvendigvis kræver en betydelig økonomisk skævhed. Således skal der i Álvarez sagens vilkår både ses på den økonomiske byrde, men også de forpligtelser, der pålægges parterne i aftalen. EU-Domstolen udtrykker det således, at hvilket som helst vilkår blot skal udgøre en tilstrækkeligt alvorligt indgriben i parternes pligter og rettigheder jf. præmis 73 (i overensstemmelse med ordlyden i Aziz præmis 73). Indirekte bekræfter sagen også, at der er tale om en helhedsvurdering af aftaler, og ikke kun enkeltstående vilkår.

5.1.3 Fortolkning

Som allerede nævnt indeholde direktiv 93/13 en fortolkningsregel i artikel 4, stk. 2 hvorved vilkår, der beskriver hovedgenstand mv. kun findes indenfor direktiv 93/13s anvendelsesområde, såfremt vilkårene ikke er klart og forståeligt udført. Ved siden af artikel 4, stk. 2, er direktiv 93/13s artikel 5, hvor udtrykket 'klart og forståeligt' også fremgår. Artikel 5 siger, at vilkår, der tilbydes forbruger skriftligt, skal være udarbejdet klart og forståeligt jf. direktiv 93/13 art. 5, stk. 1, 1. led. Opstår der fortolkningstvivil, skal den fortolkning, der er mest gunstig for forbrugeren gælde jf. direktiv 93/13 art. 5, stk. 1, 2. led. I forbindelse med Case 26/13 Kásler blev EU-Domstolen spurgt ind til, hvordan udtrykket 'klart og forståeligt' skal fortolkes:

Sagen omhandlede en låntager, der foretog et realkreditlån i udenlandske valuta sikret ved pant. Lånets tilbagebetaling vilkår lød på månedlige ydelser, fastsat på baggrund af den kurs, som långiver anvendte ved udbetalingen af valutaen dagen før ydelsens forfaldt til betaling. På baggrund af dette lagde låntager sag an mod långiver med påstand om, at vilkåret var urimeligt. Den nationale domstol gav låntaget medhold, bl.a. fordi vilkåret ikke var klart og forståeligt ved ikke at definere, hvilken mekanisme banken brugte ved beregning af udbetalingerne (som EU-Domstolen i Case 415/11 Aziz præmis 50). Vilkaeret kunne således både beregnes efter en tilbagebetalings- og udbetalingsmetode med to forskellige resultater. Efterfølgende blev sagen appelleret af långiver, med påstand om, at sagen angik beskrivelsen af hovedgenstanden og forholdet mellem kvalitet og pris (undtagelsen til anvendelsesområdet af direktiv 93/13 jf. art. 4, stk. 2 - Se ovenfor i afsnit 5.1.1). Aftalen ville desuden heller ikke kunne opretholdes, såfremt tilbagebetalingsvilkåret fandtes urimeligt (art. 6, stk. 1). I denne forbindelse blev EU-Domstolen spurgt ind til rækkevidden af direktiv art. 6, stk. 1, hermed om art. 6, stk. 1 er til hinder for en ændring af det urimelige vilkår, således at udgangspunktet i deklatorisk nationale ret indsættes, så at aftalen stadig kan opretholdes, samt fortolkning af udtrykket 'klart og forståeligt' jf. art. 4, stk. 2 (Fortolkningen af 'klart og forståeligt' gennemgås her, mens spørgsmålet om retsvirkningerne gennemgås i næste afsnit 5.1.4 "Retsvirkningerne"). Angående fortolkning af udtrykket 'klart og forståeligt' stiller EU-Domstolen en række kriterier op, der kan inddrages i vurderingen. For det første skal der ses på, om forbrugeren er svagere stillet "end den erhvervsdrivende hvad angår bl.a. informationsniveau" jf. præmis 72. Vurderingen af informationsniveauet indeholder bl.a. "den reklame og de oplysninger, som den erhvervsdrivende fremkom med under forhandlingen af aftalen" mv. jf. præmis 74. EU-Domstolen siger om dette kriterie, at fortolkning af udtrykket 'klart og forståeligt' skal fortolkes bredt, hvorfor informationsniveau også skal inddrages jf. præmis 72. Det andet kriterium er, at vilkårene skal være "klart beskrevet i aftalen, så en forbruger på grundlag af klare og forståelige kriterier kan forudse, hvilke økonomiske følger [aftalen] kan få for ham" og således, at han er "i stand til at bedømme de for ham potentielt alvorlige økonomiske følger af anvendelsen og dermed de samlede omkostninger i forbindelse med lånet" præmis 73. Som et sidste kriterium i vurderingen tilføjer EU-Domstolen, at fortolkningen af 'klart og forståeligt' "ikke alene indebærer, at det omhandlede vilkår i sig selv grammatisk set skal være affattet klart og forståeligt for forbrugeren" men også indeholder en tydelig beskrivelse af, hvordan vilkåret "konkret fungerer" jf. præmis 75. Ved vurdering af 'klart og forståeligt' holdes den erhvervsdrivendes

informationsniveau herved op imod, hvad forbrugeren indså/burde indse ud fra informationsniveau, den erhvervsdrivende fremkommer med ved forhandlingerne. Indtager forbrugeren en ringere stilling i forhold til forståelsen af de konkrete vilkårs funktion, på baggrund af denne vurdering, vil vilkåret (som udgangspunkt) ikke være er klart og forståeligt.

5.1.4 Retsvirkningerne

Retsvirkningerne ved, at et aftalevilkår findes urimeligt er, at vilkåret "ikke binder forbrugeren, og at aftalen forbliver bindende for parterne på i øvrigt samme vilkår, hvis den kan opretholdes uden de urimelige kontraktvilkår" jf. direktiv 93/13 art. 6, stk. 1, 1. led. "Uden de urimelige kontraktvilkår" skal fortolkes som om, at vilkåret bortfalder dvs. som minimum erklæres uvirkeligt. Spørgsmålet om rækkevidden af art. 6, stk. 1, kom for EU-Domstolen i Case 26/13 Kásler som nævnt ovenfor (spørgsmålet om, hvorvidt deklaratorisk nationale ret kan indsættes, således at aftalen stadig kan opretholdes).

Angående spørgsmålet fastslår EU-Domstolen først og fremmest, at art. 6, stk. 1 ikke åbner op for en mulighed, der tillader de nationale domstole at tilpasse en aftale ved at ændre i den jf. præmis 77. Hensynet bag denne fortolkning er præventiv, dvs. at erhvervsdrivende ikke ville afskrækkes fra at anvende urimelige aftalevilkår. Ved blot at ændre vilkår, vil den erhvervsdrivendes interesser stadig blive sikret til et rimeligt niveau, hvilket underminerer art. 6, stk. 1s præventive formål jf. præmis 79. Dog åbner domstolen også op for en undtagelse. I de tilfælde, hvor et aftalevilkår er urimeligt, til skade forbrugeren, og aftalen ikke kan opretholdes uden det urimelige vilkår, kan de nationale retter erstatte vilkåret med nationale deklaratoriske regler. Dette gælder, når erstatningen af reglerne balancerer aftalen, således forbrugeren ikke lider negative følger jf. præmis 82-84. Den erhvervsdrivende vil stadig have et incitament til at indføre urimelige aftalevilkår i en standardaftale, såfremt den erhvervsdrivende ved, at hele aftalen vil bortfalde eller tilpasses. For at opretholde et højt beskyttelsesniveau er det derfor nødvendigt at binde den erhvervsdrivende, således den erhvervsdrivende -altid- vil lige en ulempe ved anvendelsen af urimelige aftalevilkår.

5.2 Skandinaviske lande

I forbindelse med implementering af direktiv 93/13 blev der i de nordiske lande afholdt en række møder.⁴⁶ Formålet med møderne var at drøfte, hvordan man kunne opretholde retsenhed i de nordiske lande ved implementeringen. De nordiske lande blev her enige om, at forbrugerbeskyttelsen allerede var af højere niveau i Skandinavien, og derfor, at niveauet ikke måtte sænkes ved implementeringen. På denne baggrund blev det aftalt, at landenes

⁴⁶ L 27 af 1994 afsnit 5.2.1

generalklausuler (i dansk ret aftalelovens § 36) skulle forblive uændret. Der var dog uenighed om rækkevidden af de interne nationale regler, hvor det blev argumenteret, at visse aspekter af direktiv 93/13 allerede var opfyldte ved de daværende forbrugerbeskyttelsesregler. Dette endte i en aftale om at implementere direktiv 93/13 efter fortolkning af egen ret, således at landene kunne udforme den nye lovgivning til at omfavne retstilstanden i de enkelte lande. Det følgende afsnit vil analysere disse regler og sammenligne dem.

5.2.1 Danmark

De danske regler om urimelige aftalevilkår i forbrugeraftaler tager udgangspunkt i bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens områdes kapitel 4 (§§ 38 a - 38 d) (herefter AFTL), indført ved L 27 Forslag til lov om ændring af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område og visse andre love. (Urimelige aftalevilkår i forbrugeraftaler m.v.). (lovforslag til ændringsloven nr. 1098 af 1994). Ændringsloven havde til formål at implementere direktiv 93/13 i den danske aftalelov.

5.2.1.1 Anvendelsesområde

Reglerne i AFTL finder anvendelse "på forbrugeraftaler, herunder vilkår i forbrugeraftaler" jf. AFTL § 38a, stk. 1. "Ved en forbrugeraftale forstås [...] en aftale, som en erhvervsdrivende indgår [med en forbruger]" jf. AFTL § 38a, stk. 2. Den erhvervsdrivende har bevisbyrden for, at en aftale ikke er en forbrugeraftale jf. AFTL § 38a, stk. 3.

Som udgangspunkt er kernen i direktiv 93/13 standardvilkår. Dansk ret har udvidet dette udgangspunkt til at gælde for alle forbrugeraftaler, også de individuelt forhandlede, dog med en begrænsningen ved fortolkningsreglen i § 38 b (se nedenfor). Herved kan alle forbrugeraftalevilkår blive underlagt en urimelighedsvurdering efter jf. direktiv 93/13 art. 3, stk. 1, og ikke kun standardvilkår. Hertil er anvendelsesområdet afgrænset til kun at gælde mellem erhvervsdrivende og forbruger. dvs arbejdskontrakter og arveaftaler mv. falder uden for anvendelsesområdet. Valget fra dansk side om at udvide anvendelsesområdet for urimelighedsvurdering til alle forbrugeraftalevilkår, er i overensstemmelse med direktiv 93/13 art. 1, stk. 1 jf. art. 8, stk. 1. At udvide reglerne til at favne alle forbrugeraftaler giver en bredere forbrugerbeskyttelse, uden yderligere at underminere andre dele af direktivets

regler. Således vil *både* standardvilkår og andre forbrugeraftalevilkår blive omfavnet. Det er dermed ikke tale om en 'enten eller'-implementering, hvorfor udvidelsen ikke underminerer direktiv 93/13. Kapitlet finder i øvrigt anvendelse på aftaler i deres helhed og på enkelte vilkår i en aftale, i overensstemmelse med direktiv 93/13, art. 4, stk. 1.⁴⁷

Den danske aftalelove indeholder herved ikke regler for vilkår, der spejler regler i internationale konventioner mv. eller vilkår om aftalens hovedgenstand mv. jf. direktiv 93/13 art. 1, stk. 2 og art. 4, stk. 2. Angående regler i internationale konventioner mente den daværende jurstistminsiter, at direktiv 93/13 art. 1, stk. 2 var udtryk for allerede gældende praksis, og at regleren derfor kun har teoretisk betydning, hvorfor undtagelsen ikke blev implementeret.⁴⁸ Angående vilkår om hovedgenstanden mv. i direktiv 93/13 art. 4. stk. 2, var holdningen, at implementeringen vil medføre en ringere forbrugerbeskyttelse, end hvad der allerede gjaldt efter dansk ret. En udvidelse i medfør af direktiv 93/13 art. 8, stk. 1, var derfor nødvendig (ved at undlade implementeringen). Udvidelsen blev senere bekræftet i overensstemmelse med direktiv 93/13 som minimumsdirektiv jf. art. 8, stk. 1 jf. Case 484/08 Caja de Madrid (se ovenfor).

Overordnet set er anvendelsesområdet for reglerne i direktiv 93/13 betydeligt udvidet i dansk ret. Dette er dog blot udtryk for opretholdelsen af den daværende retstilstand for forbruger, således at det samme beskyttelsesniveau ville blive opretholdt efter implementering af direktiv 93/13.

5.2.1.2 Urimelighed

Udgangspunktet for vurderingen af urimelige aftalevilkår i forbrugeraftaler i dansk ret er AFTL § 38 c. Regleren siger, at "Ved forbrugeraftaler gælder § 36, stk. 1" jf. § 38 c, stk. 1, 1. pkt. Området for § 36 er urimelige aftalevilkår og aftalevilkår, der strider mod redelig handlemåde jf. AFTL § 36, stk. 1, 1. pkt. Hertil fortsætter AFTL § 38 c, at såfremt det vil stride "mod hæderlig forretningsskik, og bevirke en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser til skade for forbrugeren at gøre et aftalevilkår gældende" (bevirker det særlige retsvirkninger for forbrugeren) jf. AFTL § 38 c, stk. 1. Således at der arbejdes med to former for forbrugeraftaler i dansk ret; 1) forbrugeraftaler i stride mod

⁴⁷ L 27 af 1994 bemærkningerne til § 38 a.

⁴⁸ L 27 af 1994 afsnit 5.2.2

hæderlig forretningskik, og som bevirke en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser til skade for forbrugeren jf. AFTL § 38 c, stk. 1, og 2) andre urimelige forbruger aftaler jf. AFTL § 36. Urimeghed i forbruger aftale er derved opdelt i to. Første vurdering omhandler vilkår, som er urimeghet efter AFTL § 36, stk. 1, og den anden vurdering om vilkår bevirker en betydelig skævhed i parternes pligter og rettigheder til skade for forbrugeren jf. AFTL § 38 c, stk. 1, 1. pkt. jf. AFTL § 36, stk. 1.

Ved vurderingen skal der tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse og aftalens indhold. Dette gælder også for vilkår i andre aftaler, der er sammenhængende pågældende aftale jf. AFTL § 38 c, stk. 2 jf. § 36, stk. 2.⁴⁹ Dog blev det bestemt ved implementering, at senere indtrufne omstændigheder også kan indgå i vurdering, såfremt det ikke er til skade for forbrugeren, eller hvis et aftalevilkår, der oprindeligt var rimeligt, efterfølgende er blevet urimeghet for forbrugeren eller den erhvervsdrivende jf. AFTL § 36.⁵⁰

Udtrykket 'hæderlig forretningskik' er en oversættelse af udtrykket 'god tro' i direktiv 93/13 art. 3, stk. 1 (se afsnit 5.1.2). Udtrykket god tro i dansk ret bygger oftest på en vurdering af viden/burde viden, imens præambelen til direktiv 93/13 -i tråd med Case 415/11 Aziz- bygger på loyalt dvs. den erhvervsdrivendes adfærd, og ikke forbrugers/den erhvervsdrivendes viden.⁵¹ Det blev derfor valgt at anvende begreb 'hæderlig foretningskik', der også refererer en erhvervsdrivendes adfærd frem for hans viden og burde viden.⁵²

Grundet opdeling af urimeghedsvurdering efter to paragraffer i dansk ret er det nødvendigt at afgrænse området for AFTL § 36, for at afgøre, hvilket elementer de danske domstole anvender, før der tages stilling til, om vilkåret strider mod hæderlig forretningskik, og om vilkåret bevirker en betydelig skævhed i parternes pligter og rettigheder jf. AFTL § 38 c, stk. 1, 2. pkt. Udtrykket 'redelig handle måde' marker en sammenhæng mellem § 36, og den danske markedsføringslovens § 1, og er derfor ikke relevant i denne sammenhæng.⁵³ Dernæst har § 36 til formål at give en beskyttelse mod en økonomisk stærkere og mere sagkyndig aftalepartner, der udnytter denne overlegenhed eksempelvis ved

⁴⁹ L 27 af 1994 bemærkningerne til § 38 c.

⁵⁰ L 27 af 1994 afsnit 5.2.8.

⁵¹ Præambelen til Rådets Direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimeghet kontraktvilkår i forbruger aftaler side 2, afsnit 9.

⁵² L 27 af 1994 afsnit 5.2.6.

⁵³ L 27 af 1994 afsnit 3.1.3

standardkontrakter, ansvarsfraskrivelser eller ved konventionalbod.⁵⁴ Vurderingen efter AFTL § 36 har dermed en nær tilknytning til urimelighedsvurderingen direktiv 93/13 art. 3, stk. 1 jf. præambelen til direktiv 93/13 side 2, afsnit 9. Dette er selvom AFTL § 36 ikke inddrager betingelserne om betydelig skævhed og hæderlig forretningsskik. Vurderingen efter AFTL § 38 c må derfor gøres efter strengere kriterier end § 36, der allerede anvender momenter efter direktiv 93/13. Vurdering efter § 36 er desuden en helhedsvurdering, hvorfor aftaler med tredjemand også undtagelsesvis kan inddrages i vurderingen jf. AFTL § 36, stk. 2.⁵⁵ Vejledende for, hvornår et aftalevilkår er urimeligt gøres med udgangspunkt i deklatorisk national ret jf. AFTL § 36. Ved udtrykke 'deklatorisk national ret' indfortolker man også sædvanlige fremgangsmåder i de pågældende brancher, aftalen vedrører (sædvaner). Dette er således endnu et vurderingsmoment, i overensstemmelse med direktiv 93/13 jf. Case 415/11 Aziz. Det er umiddelbart problematisk for implementeringen af direktiv 93/13, at alle momenterne, der skal inddrages i artikel 3, stk. 1, også inddrages i § 36, der alene nævner urimelighed. Modsat vil det stadig være de samme momenter, der anvendes til vurderingen, om det er vilkårets urimelig eller hvorvidt det udgør en betydelig skævhed, til skade for forbrugeren. Urimeghedsvurderingen efter AFTL § 38 c, stk. 1, 2. pkt. er dermed den samme som i direktiv 93/13 art. 3, stk. 1, efter samme momenter, mens AFTL § 38, stk. 1, 2. pkt. åbner muligheden for at inddrage andre forbrugerftalevilkår end de, inden for direktiv 93/13s anvendelsesområde, efter samme momenter.

Lovgiver ønskede ikke at binde retsanvendelse af generalklausulen ved at gennemføre generelle kriterier til rimelighedsvurdering. Dog opstillede Forbrugerkommissionen en række ikke-udtømmende momenter på baggrund af retspraksis, der kan anvendes ved vurdering af forbrugerftalevilkår. Den daværende Jursistminister tilsluttede sig forståelse. Momenterne er bl.a "om et givet aftalevilkår er usædvanligt inden for vedkommende branche og usædvanligt byrdefuldt og "om en erhvervsdrivende behandler en kunde anderledes/dårligere end den pågældende sædvanligvis behandler sine kunder eller at denne bestemte kunde".⁵⁶ Som et eksempel på anvendelsen af AFTL § 38 c kan nævnes U 2002.706 H. Sagen angik et erstatningsvilkår i en købekontrakt vedrørende brugt bil. Brugtvognsforhandleren forlangte 10% af købesummen i erstatning ved misligholdelse af købekontrakten. Retten fandt, at rimelighedsvurderingen skulle tage udgangspunkt i, hvad brugtvognsforhandleren vil kunne kræve efter den almindelige -deklatoriske- erstatningsret. I den konkret sag kunne brugtvognsforhandleren ikke bevise noget tab, hvorfor udgangspunktet efter den almindelige erstatningsret var 0 kr., ikke 10 % af købesummen. Vilkåret var derfor urimeligt. Dommen illustrerer udgangspunktet i Case 415/11 Aziz, som udtrykt i lovforslaget til ændringsloven (L 27 af 1994). End mere kan U 2014.3282 Ø nævnes. Østre Landsret kom frem til, at såfremt en forbrugerftale, der indeholder en sanktionsmulighed, kan forbrugeren kun sanktioneres, såfremt den erhvervsdrivende ikke uden væsentlig

⁵⁴ L 27 af 1994 afsnit 3.1.2 og 3.1.4

⁵⁵ L 27 af 1994 afsnit 3.1.3

⁵⁶ L 27 af 1994 afsnit 3.1.4

ulempe og uden tab kan afværge sanktionen. I den konkrete sag var et opslag i kunderegistreret hos et parkeringsfirma tilstrækkeligt til at konstatere et gyldigt parkeringsbevis.

Som ved anvendelsesområdet er området for urimelighedsvurderingen udvidet markant fra direktiv 93/13. Aftalelovens § 38 c, stk. 1 tillader, at alle forbrugerftalevilkår kan blive vurderet efter samme momenter som inden for direktiv 93/13, der ellers kun finder anvendelse på standardvilkår i forbrugerftaler. Dog skal det holdes for øje, at AFTL § 36 beskytter -ikke kun forbruger- mod bl.a. standardvilkår, hvorfor udvidelsen til alle forbrugerftalevilkår stadig er begrænset til visse typer af vilkår. Hertil anvendes AFTL § 36, stk. 1 også overfor andre en forbrugere. En effekt heraf er en vis standardisering i vurderingen, der gælder, både for forbruger og for erhvervsdrivende jf. AFTL § 38 c, stk. 1, 1. pkt., jf. § 36, stk. 1.⁵⁷ Dette er et bevidst valg fra dansk side, da direktivet ikke udelukker at erhvervsdrivende bliver underlagt lignende beskyttelse mod urimelige aftalevilkår, såsom forbrugere.

Grundet ordvalget er udtrykket 'god tro' blevet oversat til 'hæderlig forretningsskik' og fortolkes således i overensstemmelse med direktiv 93/13. Hæderlig forretningsskik fremgår alene af AFTL § 38, stk. 1, 2. pkt., og er dermed ikke en del af vurderingen efter AFTL § 36 jf. AFTL § 38, stk. 1, 1. pkt. Således er kriteriet om hæderlig forretningsskik henført under vurdering i medføre af direktiv 93/13, som direktivet foreskriver, og dermed findes der ingen udvidelse/indskrænkning på dette område af implementering.

Både direktiv 93/13 og den danske aftalelov udelukker, at der i vurdering indgår senere indtrufne omstændigheder jf. direktiv 93/13 art. 4, stk. 1 og AFTL § 38 c, stk. 2. Dog åbner dansk ret op for senere indtrufne omstændigheder, såfremt det ikke er til skade for forbrugeren, eller hvis et aftalevilkår, der oprindeligt var rimeligt, efterfølgende er blevet urimeligt for forbrugeren (eller den erhvervsdrivende). Direktiv 93/13 åbner ikke op for sådan en mulighed foruden direktivets art. 8, stk. 1 (minimumsharmonisering), og omfatter derfor endnu en udvidelse fra udgangspunktet i direktiv 93/13. Det giver unægteligt forbrugeren en bedre beskyttelse, særligt i langvarige kontrakter, såsom abonnementaftaler på telefon, forsyning, internet, medlemskaber, fordelsklubber, forsikringer osv. Det er dog endnu ikke prøvet, hvorvidt en sådan udvidelse er i overensstemmelse med direktiv 93/13.

⁵⁷ L 27 af 1994 afsnit 5.2.4

I overensstemmelse med Case 415/11 Aziz fremgår det direkte i forarbejderne til den danske aftalelov, at AFTL § 38 c, stk. 1, 1. pkt. jf. AFTL § 36 tager udgangspunkt i parternes retsstilling i national ret. Et problem ved dette fortolkningsbidrag er rækkevidden, da samme momenter anvendes ved 38 c, stk. 1, 2. pkt og § 36 vurderingen. Med præjudikatet i Case 226/12 Álvarez præmis 73 kan det siges, at AFTL § 38, stk. 1, 2. pkt., (betydelig skævhed til skade for forbrugeren) skal udgøre en tilstrækkelig alvorlig fravigelse fra nationale udgangspunkt. Dette vil skabe en skillelinje mellem § 38 c, stk. 1, 1. punkt og 2. punkt. En sådan udlægning af Case 226/12 Álvarez og af den danske aftalelov har dog ingen hold i retskilder mv.

5.2.1.3 Fortolkning

Ved fortolkning af aftalevilkår i forbruger aftaler er udgangspunktet, at standardvilkår, ved fortolkningstvivil, skal fortolkes mest gunstigt for forbrugeren jf. AFTL § 38 b, stk. 2, 1.pkt. Er aftalen skriftlig, skal den desuden være udarbejdet på et klart og forståeligt sprog jf. AFTL § 38 b, stk. 2. Den erhvervsdrivende har bevisbyrden for, at et aftalevilkår har været individuelt forhandlet jf. AFTL § 38 b, stk. 1, 2. pkt.

Reglen nævner direkte standardvilkår, og er således indskrænket til at følge udgangspunktet i direktiv 93/13. Denne type fortolkningsgrundlag var allerede kendt, i dansk ret, som uklarhedsreglen/koncipistreglen (ved tvivlsomhed lægges den mindst byrdefulde fortolkning for giveren til grund). Ideen bag at nævne standardvilkår var ikke at udelukke andre fortolkningsmetoder ved andre aftalevilkår end standardvilkår.⁵⁸ Fortolkningsreglen finder anvendelse, når alle fortolkningsmomenter er blevet inddraget. og det stadig er tvivlsomt, hvordan et aftalevilkår skal forstås, og dermed, hvilken betydning det har.⁵⁹

Som eksempel på, at AFTL § 38 b kun finder anvendelse, når der er tvivl, er U 1998.1722 V, hvor køber alene have gjort AFTL § 38 b, stk. 1 glædende. Vestre Landsret fandt, at der var tale om en standardkontrakt i et forbrugerforhold, men også, at der ikke var tvivl om aftalens indhold. Køber tabte derfor sagen. Retten kommenterede desuden på, at AFTL § 38 c jf. § 36 ikke blev gjort gældende, hvilket alt andet lige må tyde på, at vilkåret nok var urimeligt. Dette blev dog som sagt ikke prøvet.

Denne måde at fortolke direktiv 93/13 art. 5, stk. 1 er ikke i overensstemmelse med kriterierne i Case 26/13 Kásler. Tidligt vil et tvetydigt/tvivlsomt vilkår forhindre forbrugeren i at

⁵⁸ L 27 af 1994 afsnit 5.2.5.

⁵⁹ L 27 af 1994 bemærkningerne til § 38 b.

forudse de økonomiske konsekvenser ved at indgå aftalen, hvorfor sådan et vilkår vil være uklart og uforståeligt, jf. direktiv 93/13 art. 5, stk. 1 jf. Case 26/13 Kásler, præmis 73. Vilkårene i en forbruger aftale skal desuden tydeligt beskrive, hvordan vilkåret konkret fungerer jf. Case 26/13 Kásler præmis 72. I U 1998.1722 V, som nævnt ovenfor, blev det indfortolket, at der ikke kræves enighed blandt parterne, før køberen blev forpligtet til at opføre et hus på ny købt grund fra sælger. Hvis dette, er nødvendigt at indfortolke, beskriver vilkåret ikke tydeligt, hvordan det konkret fungerer. Der kan derfor stilles en vis kritik af den måde, Danmark har implementeret AFTL § 38 b, særligt ved den måde, reglen anvendes på.

5.2.1.4 Retsvirkningerne

Hvilke retsvirkninger der finder anvendelse, er afhængig af, hvorvidt vilkåret i forbruger aftalen strider mod hæderlig forretningskik, og bevirker en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser til skade for forbrugeren jf. AFTL § 38 c, stk. 1. 2 pkt. Er betingelserne i AFTL § 38 c, stk. 1, 2. pkt. opfyldt, kan forbrugeren kræve, at aftalen opretholdes uden ændring, og uden det urimelige aftalevilkår, hvis det er muligt jf. AFTL § 38 c, stk. 1, 2. pkt. Er vilkåret urimeligt, men er betingelserne efter AFTL § 38 c ikke opfyldt, eller kræver forbrugeren ikke aftale opretholdt uden ændringer, eller er opretholdelsen ikke mulig uden det pågældende vilkår, kan aftalen ændres eller tilsidesættes helt eller delvis jf. AFTL § 38 c, stk. 1 jf. AFTL § 36, stk. 1, dvs., at AFTL § 38 c ikke udelukker urimelighed/retsvirkningerne efter AFTL § 36. Ved lovarbejdet i forbindelse med direktiv 93/13 blev det fra dansk side argumenteret, at art. 6 stk. 1, på den ene side har en åben ordlyd ved udtrykket 'ikke binder', der kan fortolkes således, at dette ikke udelukker ændring i vilkår på baggrund af art. 6, stk. 1. På den anden side har art. 6, stk. 1 også en snæver ordlyd ved udtrykket 'uden de urimelige vilkår', der udelukker at ændre i vilkår. Det fandtes, at beskyttelsen af forbrugeren ikke altid vil være til fordel for forbrugeren, hvis et vilkår altid skal tilsidesættes, hvor direktiv 93/13 blev implementeret med en mulighed for at ændre i vilkår.⁶⁰

Udgangspunktet i direktiv 93/13 er, at kontraktvilkår i forbruger aftaler, der udgør en betydelig skævhed i parternes rettigheder og pligter, og som er til ugunst for forbrugeren, kun kan tilsidesættes (ikke ændres), medmindre aftalen ikke kan opretholdes uden vilkåret jf. direktiv 93/13 art. 6, stk. 1 jf. Case 26/13 Kásler. I disse tilfælde kan det urimelige vilkår erstattes med en deklatorisk national regel (lov eller sædvane). Hensynet bag dette er et præventivt

⁶⁰ L 27 af 1994 afsnit 5.2.9.

værn mod urimelige aftalevilkår, når erhvervsdrivende udformer deres standardkontrakter. Der er således, både i aftaleloven og i direktiv 93/13, hensynet til beskyttelsen af forbrugeren, som der bruges til at retfærdiggøre retsvirkningerne ved urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler. Modsat er målet for at opnå beskyttelsen ikke den samme. Dansk ret vil beskytte forbrugeren ved at udvide, hvilke retsvirkninger urimelig aftalevilkår kan have. EU-retten vil beskytte forbrugeren ved at afgrænse, hvilke retsvirkninger urimelige aftalevilkår kan have.

Som eksempel på denne retstilstand om at ændre i urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftale efterleves er U 2003.1883 V, hvor et vilkår i en internet-abonnementsaftale delvis blev tilsidesat. Sagen angik telefonopkald til en sextjeneste via internettet (dengang anvendte internettet telefonnetværket for at forbinde personer, og det skete principielt ved et 'opkald' fra et dailer program på forbrugerens computer til teleudbyderens server). Utsigtet havde forbrugeren installeret en dailer fra en online sextjeneste, der automatisk ringede sextjenestens server op. Da der var tale om en anden dailer end den, teleudbyderen anvendte, blev opkaldene til sextjenesten via den nye dailer anset som udlandsopkald, til en forhøjet takst hos teleudbyderen. Dette problem, med automatiske dialers, var kendt hos teleudbyderen. Forbrugeren, havde i sin internetabonnement, et vilkår, der tillod internetadgang for max 300 kr. om måneden, men da daileren principielt lavede et opkald, fandt dette vilkår ikke at afgrænse forbrugeren. Forbrugeren blev derimod mødt med krav på cirka 30.000 kr. Vestre Landsret fandt først og fremmest, at teleudbyderen var kendt med risikoen for misbrug, særlig fra tjenesten i den konkret sag, hvilket retten sammenlignede med misbrug at stjålne mobiltelefoner (upåregnelige tab). At vippe denne risiko over på forbrugeren udgjorde en betydelig skævhed i rettigheder og pligter, til ugunst for forbrugeren, der hertil også var velfærdstruende for forbrugeren, og konkluderede, at det vil være mod hæderlig forretningsskik at opretholde kravet. Til nuancering af debatten kan nævnes U 2002.706 H. Sagen angik en bilsælger, der, ved annullering af en købekontrakt, forlangte 10% af købesummen i en standard erstatning. Højesteret tilsuttede sig landsrettens bemærkninger, og tillod, at erstatningsvilkåret blev erstattet med udgangspunktet i almindelige deklaratorisk ret dvs. i overensstemmelse med EU-retten jf. Case 26/13 Kásler.

Denne retlige stridighed mellem Danmark og Unionen, om ændring af urimelige aftalevilkår i forbrugeraftaler, når vilkåret bevirker en betydelige skævhed i parternes rettigheder og pligter, og er til ugunst for forbrugeren jf. AFTL § 38 c jf. § 36 er også påpeget i den danske juridiske faglitteratur. *Marie J. Sørensen* har i hendes artikel "*Om adgangen til at ændre urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler*" (U2013B.383) foretaget et skarp analyse af den danske praksis på området. Først konkluderer hun, at praksissen er sparsom ud fra et række hensyn, bl.a. at de fleste sager på forbrugerrettens område løses uformelt⁶¹. Hertil argumenteres det også, at praksis har været varsom med anvendelsen af ændringsmuligheden, i forbrugerforhold, og/eller helt eller delvis at lade vilkår bortfalde, samt

⁶¹ U2013B.383 afsnit 4, øverst.

at den praksis vi har, ikke laver en skarp opdeling ved anvendelsen af AFTL § 38 c og AFTL § 36.⁶² Særligt er problemet ved efterfølgende omstændigheder, der efter AFTL § 38 c vurderingen, ikke indgår, men som kan inddrages i § 36 vurderingen. Hertil kan det påpeges, at findes et vilkår at være urimeligt efter AFTL § 36, skal der foretages en ny vurderingen uden de efterfølgende omstændigheder efter AFTL § 38 c.⁶³ Dansk praksis giver således et uklart billede af den faktiske retstilstand i henhold til direktiv 93/13s anvendelsesområde som anført ovenfor i U 2003.1883 V overfor U 2002.706 H jf. U2013B.383.

5.2.3 Norsk ret

Norsk ret om urimelige aftalevilkår i forbrugeraftaler tager udgangspunkt i Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt of om ugyldige viljeserklæring § 37 (herefter NAFTA).

5.2.3.1 Anvendelsesområde

Reglerne i norsk ret finder anvendelse på "vilkår som ikke er individuelt forhandlet, og som inngår i en avtale mellom en forbruker og en næringsdrivende" jf. NAFTA § 37, stk. 1. Anvendelsesområdet i norsk ret er dermed lig med udgangspunktet i direktiv 93/13, dvs. på standardvilkår mellem en forbruger og en erhvervsdrivende.

NAFTA nævner ikke noget om vilkår, der afspejler internationale regler, eller vilkår, der beskriver varen, eller vilkår om forholdet mellem pris og kvalitet jf. direktiv 93/13 art. 1, stk. 2 og 4, stk. 2. I forbindelse med implementeringen på de nordiske samarbejds møder var der enighed om, at disse to forhold ikke skulle implementeres.⁶⁴

5.2.3.2 Urimeghed

Efter norsk ret bliver urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler opdelt i to grupper; 1) "aftalevilkår [der] medfører en betydelig skjevhet til skade for forbrukeren i de rettigheter og plikter partene har etter avtalen" jf. NAFTA § 37, stk. 1, nr. 2, og 2) aftalevilkår der "for så vidt det ville virke urimegh eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre [...] gjeldende jf.

⁶² U2013B.383 afsnit 4, nederst.

⁶³ U2013B.383 afsnit 4, midt.

⁶⁴ L 27 af 1994 afsnit 5.2.2 og 5.2.8

NAFTL § 36, stk. 1 (det norske generalklausul). Vurderingen efter det norske generalklausul er en helhedsvurdering.⁶⁵

I vurderingen kan inddrages "ikke bare til avtalens indhold, parternes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere indtrådte forhold og omstændigheder for øvrig" jf. NAFTA § 36, stk. 2. I forbrugerforhold må senere indtrådte omstændigheder dog kun tillægges betydning, såfremt en urimelig aftale uden inddragelse af senere indtrådte omstændigheder vil anses som rimelig, og dette er til skade for forbrugeren jf. NAFTA § 37, stk. 1, nr. 2, 2. pkt. Om forholdet til at inddrage senere indtrufne omstændigheder er det ikke klart, om sådan en udvidelse er i overensstemmelse med direktiv 93/13 art. 8, stk. 1 jf. art. 4, stk. 1 (se afsnit 5.2.1.2).

Ved implementeringen har man fra norsk side ment, at betingelsen om god tro (hæderlig forretningsskik), er opfyldt gennem i udtrykket 'god forretningsskikk' jf. NAFTA § 36. Da betingelsen om god tro jf. direktiv 93/13, art 3, stk. 1, fremgår af det norske generalklausul, er alle urimelighedsvurderinger i Norge underlagt denne betingelse. Ved nordiske arbejdsgruppes implementeringsmøde var der enighed om, at udtrykket 'god tro' ikke var i overensstemmelse med begrebet i nordisk ret.⁶⁶ Denne måde at implementere direktiv 93/13 art. 3, stk. 1s betingelse om god tro virker derfor bemærkelsesværdig, og må betyde at Norge alligevel ikke var enig.

Hertil pålægges forbrugere også at skulle handle med 'god forretningsskikk' overfor den erhvervsdrivende jf. NAFTA § 36, hvilket beskytter den erhvervsdrivende i samme omfang som forbrugere. Direktiv 93/13 sætter ingen hædring op for, at erhvervsdrivende også kan beskyttes mod urimelige aftalevilkår. Det fremgår desuden af NAFTA § 36, stk. 2, at hensynet til parternes stilling skal tages i betragtning ved urimelighedsvurderingen. Hensynet til forbrugeren som en svag part må derfor også tages i betragtning ved urimelighedsvurderingen. Denne udvidet beskyttelse af den erhvervsdrivende må derfor alt andet lige ikke begrænse direktiv 93/13s beskyttelsesområde. Implementeringen er derfor forenelig med direktiv 93/13.

⁶⁵ G. Woxholt (2017) s. 390.

⁶⁶ L 27 af 1994 afsnit 5.2.9.

5.2.3.3 Fortolkning

Ved tvivl om fortolkning af et vilkår i forbrugeraftaler, der ikke har været underlagt en individuel forhandling, "skal vilkåret tolkes til fordel for forbrugeren" jf. NAFTA § 37, stk. 1, nr. 3. Der anvendes i nordisk ret en række andre fortolkningsprincipper, hvorfor fortolkningsreglen i NAFTA § 37, stk. 1, nr. 3 alene vedrører samme område som direktiv 93/13. På denne måde vil forbrugerftaler, hvor en anden fortolkningsmetode fører til et bedre/mere rimeligt resultat for forbruger, stadig kunne inddrages i andre forbrugerftaler end standardkontrakter. Reglen finder kun anvendelse ved fortolkning og ikke ved forståelsen af et vilkår. Tvetydige vilkår falder derfor uden for reglens anvendelsesområde.⁶⁷

Ved fortolkning efter norsk ret er udgangspunktet således ikke, at reglen er betinget af at være klare og forståelige jf. direktiv 93/13 art. 5. Om ikke andet giver denne implementering forbrugeren en bedre beskyttelse. Således vil forhold som strukturen af aftalen også kunne inddrages, f.eks. hvis en erhvervsdrivende dækker over urimelige vilkår igennem sammenhængende aftaler. Angående, at fortolkningen alene skal angå forståelsen vilkåret, henvises der til afsnit 5.2.1.3.

5.2.3.4 Retsvirkningerne

Retsvirkningerne af, at et aftalevilkår bevirker urimelighed blandt en forbruger og en erhvervsdrivende, er, at aftalen helt eller delvis kan tilsidesættes eller ændres jf. NAFTA § 36 jf. § 37 stk. 1, nr. 1. Såfremt et eller flere vilkår medfører en betydelig skævhed i parternes pligter og rettigheder til skade for forbrugeren, kan forbrugeren kræve aftalen opretholdt uden det urimelige vilkår, hvis det er muligt jf. NAFTA § 37, stk. 1, nr. 2.

Retsvirkningerne er dermed forskellige alt efter forholdet. Såfremt vilkåret bevirker en betydelig skævhed i parternes pligter og rettigheder til skade for forbrugeren, gives forbrugeren en 'ekstra' rettighed til at kræve aftalen opretholdt. Udgangspunktet i direktiv 93/13 er, at aftale skal opretholdes uden det urimelige aftalevilkår, hvis det er muligt. Forbrugeren skal på denne måde kræve/vælge, at retsvirkningerne efter direktiv 93/13 skal finde anvendelse - bortfald af det urimelige aftalevilkår, og fortsat opretholdelse af den øvrige aftale hvis det er muligt- når betingelserne om betydelig skæv til skade for forbrugeren er

⁶⁷ G. Woxholt (2017) s. 391f

opfyldt. Der er ikke nogen praksis på, om dette er til gavn for forbrugerbeskyttelsen, men alt andet lige skal forbrugeren kende og forstå konsekvenserne juridisk set for at tage et oplyst valg. Modsat har forbrugeren ikke et valg efter direktiv 93/13, hvor retsvirkningerne er konsekvent. Denne udlæggelse taler derfor imod en udvidelse af forbrugerbeskyttelsen, og dermed også en tvivlsom implementering.

5.2.4 Svensk ret

Udgangspunktet for urimelige kontrakvilkår i forbruger aftale i svensk ret er Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (fremadrettet AVLK). AVLK er en særlov til Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (den svenske aftalelov - fremadrettet AvtL)

5.2.4.1 Anvendelsesområde

AVLK finder anvendelse på "avtalsvillkor som näringsidkare använder när de erbjuder varor [...] till konsumenter." jf. AVLK § 1, stk. 1. Anvendelsesområdet udvides yderligere til også at gælde "avtalsvillkor som näringsidkare använder när de förmedlar sådana erbjudanden från en näringsidkare eller någon annan jf. AVLK § 1, stk. 2, dvs. aftalevilkår de handlende bruger, når de formidler tilbud fra en erhvervsdrivende.

I de enkelte bestemmelser, implementeret på baggrund af direktiv 93/13, fremgår det yderligere, at disse kun gælder for aftalevilkår, der ikke har været underlagt individuel forhandling og alene omhandler aftalevilkår mellem en forbruger og erhvervsdrivende jf. jf. AVLK §§ 10 og 11 i overensstemmelsen direktiv art. 1, stk. 1.

Hverken AVLK eller AvtL nævner noget om vilkår, der afspejler internationale regler, eller vilkår, der beskriver varen, eller vilkår om forholdet mellem pris og kvalitet, jf. direktiv 93/13 art. 1, stk. 2 og 4, stk. 2. I forbindelse med implementeringen på de nordiske samarbejds møder, var der enighed om, at disse to forhold ikke skulle implementeres (se afsnit 5.2.1.1 for baggrunden af denne opfattelse).⁶⁸

⁶⁸ L 27 af 1994 afsnit 5.2.2 og 5.2.8

5.2.4.2 Urimelighed

Efter svensk ret bliver urimelige forbrugerretlige aftalevilkår opdelt i to grupper 1) vilkår, der “strider mot god sed och medför en betydande obalans till konsumentens nackdel” jf. AVLK § 11, stk. 3 og 2) andre urimelig kontraktvilkår jf. AvtL § 36 (det svenske generalklausul). Opdelingen ligner derfor den danske, og der refereres derfor til afsnit 5.2.1.2 med det forbehold, at svensk praksis kan lede til en anderledes fortolkning.

Udtrykket ‘god sed’ skal oversættes til ‘hæderlig forretningsskik’. Udtrykket ‘god sed’ bygger på en viden/burde viden i nordisk ret, imens EU-rettens oversættelse af begrebet omhandler loyalitet mellem aftaleparterne. En oversættelse af god sed til ‘hæderlig foretningsskik’ har derfor været nødvendig for at implementere direktiv 93/13s art. 3, stk. 1 korrekt.⁶⁹ Udtrykket ‘betydande obalans’ er en direkte oversættelse af udtrykket ‘betydelig skævhed’.

Ved vurderingen kan “omständigheterna vid avtalets tillkomst, örhållanden och omständigheterna i övrigt” indrages jf. AVLK § 11 stk. 2 jf. AvtL § 36.

Senere indtrufne omstændigheder må kun inddrages når vilkåret er til ulempe for en forbruger og det vil være urimeligt at gøre aftalen gældende, uden inddragelsen jf. AVLK § 11, stk. 2. I denne henseende kan skal der også tages særligt hensyn til “behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet” jf. AvtL § 36, stk. 2. Det er som udgangspunkt for urimelighedsvurderingen ikke muligt at inddrage senere indtrufne omstændigheder jf. direktiv 93/13 art. 4, stk. 1, jf. art. 8,stk. 1, som anført oven i afsnit 5.1.2. (Se desuden afsnit 5.2.1.2 og 5.2.2.2 for en diskussion om senere indtrufne omstændigheder).

5.2.4.3 Fortolkning

Hvis aftalevilkår, der ikke været genstand for individuel forhandling “är oklar, skall vid en tvist mellan en näringsidkare och en konsument villkoret tolkas till konsumentens förmån” jf. AVLK § 10.

Reglens implementering af direktiv 93/13 art. 5, stk. 1, tager udgangspunkt i skriftlige vilkår. Efter AVLK § 10 kræves der ikke skriftlighed efter svensk ret. Alt efter fortolkning kan art. 5,

⁶⁹ L 27 af 1994 afsnit 5.2.6

stk. 1, 2 pkt. fortolkes selvstændig således, at uklarhedsreglen/koncipistreglen kun gælder på alle vilkår i standardkontrakter, eller i sammenhæng med art 8. stk. 1, 1. pkt, der tillader en bedre beskyttelse. Der er derfor ikke grundlag for at sige, om denne udvidelse er i overensstemmelse med direktivet.

5.2.4.3 Retsvirkningerne

Som nævnt er retsvirkningerne af urimelige aftalevilkår forskelligt alt efter, om aftalevilkårene udgør en betydelig skævhed til skade for forbrugeren eller ej, jf. AVLK § 11, stk. 3 jf. stk. 1 jf. AvtL § 36, stk. 1. Udgangspunktet er, at vilkåret kan "jæmkas eller læmnas" jf. AvtL § 36. 'Jæmkas eller læmnas' oversættes til 'ændres eller bortfalde'. Bortfalder eller erklæres en vilkår uanvendeligt og bevirker vilkåret en betydelig skævhed til skade for forbrugeren, udløser dette en særlig ret for forbrugeren til at kræve aftalen opretholdt, hvis dette er muligt uden vilkåret jf. AVLK § 11, stk. 3. I forhold til at ændre i aftaler tilføjes, at hvis vilkåret har en sådan betydning for aftalen, at det ikke med rimelighed kan kræves, at dette ellers gælder med uændret indhold, kan aftalen ændres eller tilsidesættes i sin helhed, jf. AvtL § 36 stk. 1, 2 pkt.

Hvordan muligheden for at ændre i urimelige forbrugervilkår med baggrund i direktiv 93/13 er, gennemgås i afsnit 5.2.1.4. Om forbrugers mulighed for at opretholde en aftale uden det urimelige aftalevilkår se afsnit 5.2.3.3.

5.3 Sammenfatning

Overordnet set er reglerne for urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler de samme i dansk, norsk og svensk ret. Dette er som udgangspunkt også forventeligt, da reglerne bør afspejle direktiv 93/13. Dog kan der påpeges nogle forskelle og ligheder;

Angående anvendelsesområdet af direktiv 93/13 er det fra dansk side bestemt, at generalklausulen indfortolker en særlig anvendelse på standardkontrakter. I norsk og svensk ret er anvendelsesområdet for direktiv 93/13 indskrænket til kun at gælde standardvilkår. Der var enighed på de nordiske samarbejds møder om at udvide anvendelsesområdet, således at vilkår, der angår forholdet mellem pris og kvalitet, også kan blive underlagt direktiv 93/13s anvendelsesområde, hvilket er tilfældet i alle landene.

Hertil åbner både Danmark, Norge og Sverige op for en urimelighedsvurdering af alle forbrugeraftalevilkår, ikke kun standardvilkår. Såfremt et vilkår derudover også bevirker en betydelig skævhed i parternes pligter og rettigheder, til skade for forbrugeren, vil forholdet efterfølgende bevæge sig ind på direktiv 93/13s område. 'Betydelig skævhed' efter direktiv 93/13 er dermed ikke en nødvendigt betingelse, før et standardvilkår i en forbrugeraftale kan være urimelig i nordisk ret, jf. de respektive landes generalklausuler.

Det var på de nordiske samarbejds møder forståelsen, at en sådan udvidelse var nødvendig for at bevare det daværende forbrugerbeskyttelsesniveau. Udgangspunktet, både for EU-retten og de nordiske lande, har været at beskytte den svage part over for urimelige aftalevilkår. I svensk ret har man gjort det klart, at hensynet til forbrugeren som den svage part ved implementering af en regler direkte i loven jf. AvtL § 36, stk. 2. I norsk ret indfortolkes det i 'hensynet til parterne' jf. NAFTL § 36, stk. 2, mens man i dansk ret indfortolker hensynet direkte i generalklausul jf. AFTL § 36. Kun Norge stiller hæderlig forretningssskik som betingelse ved alle urimelighedsvurderinger. I dansk og svensk ret er denne vurderingen henført til direktiv 93/13s anvendelseormåde alene.

Angående hensynene i urimelighedsvurderingen efter direktiv 93/13 art. 3, stk. 1, kan det også nævnes, at efterfølgende omstændigheder er udelukket fra vurdering jf. direktiv 93/13 art. 4, stk. 1. Alle de nordiske lande har udvidet dette hensyn ved også at inddrage efterfølgende hensyn, såfremt en urimelig aftale vil findes rimelig uden betragtning af senere indtrufne omstændigheder.

Angående fortolkningsreglen i direktiv 93/13s art. 5 var de nordiske lande ved samarbejde møderne enige om, at reglen kun skulle finde anvendelse på standardvilkår for ikke at udelukke andre fortolkningsmetoder i andre forbrugeraftaler end standardaftaler, hvis en anden fortolkningsmetode ved lede til gunst for forbrugeren. Danmark implementerede artiklen efter sin ord. Norge undlod udtrykt 'klart og tydeligt', og udvidede dermed artiklens anvendelsesområde. Sverige undlod at betinge fortolkning af skriftlighed, og udvidede dermed også direktiv 93/13 artikel 5s anvendelsesområde.

Angående retsvirkningerne er udgangspunktet det samme i alle tre nordiske lande. Aftalevilkåret kan ændres eller tilsidesætte helt eller delvis. Bevirker det urimelige aftalevilkår en betydelig skævhed i parternes rettigheder og pligter, til skade for forbruger, udløser dette

en ekstra rettighed hos forbrugeren til at opretholde aftalen uden det ugyldige aftalevilkår, hvis det er muligt. Om retsvirkningerne er implementeret korrekt efter direktiv 93/13, er tvivlsomt og direkte imod præjudikatet i Case 26/13 Kásler.

Kapitel 6

Konklusion og perspektivering

6.1 Konklusion

Hvordan kan og har EU-retten påvirket det skandinaviske retlige samarbejde inden for urimelige forbrugeraftale vilkår i Danmark, Norge og Sverige? Heri, hvilke forskelle og ligheder der er mellem de respektive lande.

1) *Hvordan kan EU-retten påvirke de nordiske lande?*

Unionen påvirker det nordiske retlige samarbejde gennem; traktater, EU-praksis, fordringer, direktiver og internationale aftaler, indgået af Unionen. EU-retten har forrang for nationale regelsæt, og internationale aftaler, indgået med eller af Unionen, har forrang foran Unionen. Udstrækningen EU-rettens forrang diskuteres dog stadig, både i forhold til internationale aftaler (EØS), indgået af Unionen og i forhold til medlemsstaternes forfatninger. Som udgangspunkt skal direktiver implementeres i nationale ret, men direktivets bestemmelser kan dog påberåbes direkte fra direktivet af forbrugere, hvis bestemmelsen er klart og tydeligt, og tillader forbrugeren en rettighed, der ikke er afhængig af andre foranstaltninger. Denne mulighed er usikker for borger indenfor EFTA/EØS. Et vigtigt element i EU-rettens påvirkning af de nationale retter er den EU retlige-harmonisering. Ved harmonisering tilnærmes medlemsstaternes nationale retsorden hinanden således, at en Unionsborger i princippet vil blive mødt af de samme regler, når de handler grænseoverskridende mv..

EØS-aftalen er en integreret del af EU-retten, og har til formål at udvide Unionens indre marked til også at omfatte EFTA-landene. Dette gøres som udgangspunkt på samme måde, som hvis EFTA-medlemsstaterne var direkte medlem af Unionen, med den forskel, at ESA overvåger EØS-medlemsstaterne, ikke Unionen, og at EFTA/EØS-samarbejdet har deres egne domstole (EFTA-Domstolen). Unionens påvirkning af EFTA-medlemsstaterne er til dels begrænset. Udgangspunktet for Unionens kompetence i EFTA-landene er det samme som gælder inden for Unionen. Dog kan en fortolkning af EØS-aftalen lede til det resultat, at EFTA-staterne bevidst har ville fraskrive sig visse aspekter af Unionens kompetencer.

Denne strid om Unionens kompetencer i EØS-samarbejdet har ledt til at vis usikkerhed i forhold til den EU-retlige harmonisering i EFTA-landene. Der er klart, at harmonisering også indgår som en del af EØS-aftalen, dog er harmoniseringens udstrækningen er ikke klarlagt.

2) Hvordan har EU-retten påvirket området for urimelige kontraktvilkår forbrugeraftaler?

EU-retten har primært påvirket området for urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler gennem direktiv 93/13. Et område, der ikke alene er påvirket af direktiv 93/13 er begrebet forbruger.

3) Hvilke forskelle og ligheder der er mellem de respektive landes implementering?

På området for forbrugerbegrebet er der en lighed ved, hvordan begrebet udtrykkes. Således anvendes udtrykket 'hovedsagelig uden for sit erhverv', når en forbruger beskrives. Af forskelle har man i dansk ret udvidet anvendelsesområdet til også at gælde juridiske personer som mulige forbruger, mod Norge og Sverige, der alene tillader fysiske personer at være forbrugere (i hvert fald inden for aftalerettens område).

Angående anvendelsesområdet af direktiv 93/13 er det fra dansk side bestemt, at generalklausulen indfortolker en særlig anvendelse på standardkontrakter. I norsk og svensk ret er anvendelsesområdet for direktiv 93/13 indskrænket til kun at gælder standardvilkår. Alle tre lande har desuden udvidet anvendelsesområdet for reglerne efter direktiv 93/13 til også at omfatte standardvilkår, der angår forholdet mellem pris og kvalitet.

Angående urimelighedsvurderingen åbner både Danmark, Norge og Sverige op for en urimelighedsvurdering af alle forbrugeraftalevilkår, ikke kun standardvilkår. Såfremt et vilkår derudover også bevirker en betydelig skævhed i parternes pligter og rettigheder, til skade for forbrugeren, vil forholdet efterfølgende bevæge sig ind på direktiv 93/13s område. 'Betydelig skævhed' og 'hæderlig forretningsskik' efter direktiv 93/13 er dermed ikke en nødvendig betingelse, før et standardvilkår i en forbrugeraftale kan være urimelig i nordisk ret, jf. de respektive landes generalklausuler med undtagelse af Norge, som stiller 'hæderlig forretningsskik' som betingelse ved alle urimelighedsvurderinger.

Angående fortolkningsreglen i direktiv 93/13s art. 5 var de nordiske lande ved samarbejde møderne enige om reglen kun skulle finde anvendelse på standardvilkår. Danmark implementerede artiklen efter sine ord. Norge undlod udtrykket 'klart og tydeligt', og udvidede dermed artiklens anvendelsesområde. Sverige undlod at betinge fortolkning af skriftlighed, og udvidede dermed også direktiv 93/13 artikel 5s anvendelsesområde.

Angående retsvirkningerne er udgangspunktet det samme i alle tre nordiske lande. Aftale vilkåret kan ændres eller tilsidesætte helt eller delvis. Bevirker det urimelige aftalevilkår en betydelig skævhed i parternes rettigheder og pligter, til skade for forbruger, udløser dette en ekstra rettighed hos forbrugeren til at opretholde aftalen uden det ugyldige aftalevilkår, hvis det er muligt.

6.2 Perspektivering

Der er særligt to områder, der er nært tilknyttet direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler. Det første området angår forbruger begrebet, og det andet området en ex officio forpligtigelse.

I forhold til forbrugerbegrebet, arbejder EU-retten med typer af forbruger; den svage forbruger, den gennemsnitlige forbruger og den informeret forbruger. Diskussionen af disse typer af forbruger er ikke relevant i forhold til aftaleretten, og er derfor ikke gennemgået. Typerne knytter sig derimod til markedsføringsretten i forhold til vildledende markedsføring, men kan også have betydning inden for mangelsbedømmelsen i køberetten mv.

I forhold til ex officio forpligtelsen udspringer denne kort sagt af forbrugers ret til at få prøvet, om et standardvilkår er urimeligt. For effektivt at efterfølge dette påbud er de nationale retter, i en række EU-Case, blevet pålagt at efterse alle vilkår i alle standardkontrakter, der kommer for rettens afgørelser. Det er et stort område, og et mindre afsnit i dette projekt vil ikke oplyse debatten tilstrækkeligt, hvorfor det er undladt. For baggrunden af denne debat se bl.a. de forenede Cases 240/98 til 244/98 Oceano og Case 243/08 Pannon m.fl.

Litteraturliste

Bøger

D. Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth (2017) *Retskilder og retsteorier* (5. udgave, 1. oplag) København K: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

E. Rytter, Jens (2014). *Individets grundlæggende rettigheder* (1. udgave, 2. oplag). København: Karnov Group Denmark A/S.

E. Sørensen, Karsten og H. Danielsen, Jens (2019). *EU-retten*. (7. udgave). København K: Djøf Forlag.

H. Fredriksen, Halvard og Mathisen, Gjermund (2018). *EØS-rett* (3. udgave). Bergen: Fagbokforlaget.

Munk-Hansen, Carsten (2018). *Retsvidenskabsteori* (2. udgave). København K: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Tamm, Ditlev (2016). *Juraens 100 bedste historier - rettens kulturhistorie fra middelalderen til i dag* (1. udgave, 1. oplag). Viborg: Specialtrykkeriet.

Woxholth, Geir (2017). *Avtalerett* (10. udgave, 1. oplag). Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.

Retskilder

Aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS-aftalen).

Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (AFTL).

Europa-parlamentets og rådets forordning nr. 254/2014 (forordning nr. 254/2014).

EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 11/83 af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder (forbrugerrettighedsdirektivet).

Forslag til lov om ændring af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område og visse andre lov (lovforslag 27 til ændringsloven nr. 1098 af 1994) (L 27 af 1994).

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL).

Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK).

Lov om avslutning av aftaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (NAFTL).

RÅDETS DIREKTIV 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler (direktiv 93/13).

Traktaten om den Europæiske Union (TEU).

Traktaten om den Europæiske Unions Formål (TEUF).

Artikler

Tamm, Henrik - *De nordiske juristmøder 1872-1972* - Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck A/S 1972 (ISBN: 87 170516 2).

J. Sørensen, Marie (2013) - *Om adgangen til at ændre urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler* - Ugeskriftet for Retsvæsen (U 2013B.383).

Domsliste

Danmark

U 1955.432 H

U 1992.806 Ø

U 1995.432 H

U 1998.800 H

U 1998.1772 V

U 2002.706 H

U 2003.1883 V

U 2014.3282 Ø

EU/EØS

Case 26/62 Gend en Loss

Case 41/74 van Duyn

Case T115/94 Opel Austria

De forenede Cases 240/98 til 244/98 Oceano

Case 541/99 Cape

Case 243/08 Pannon

Case 484/08 Caja de Marid

Case 415/11 Aziz

Case 226/12 Álvarez

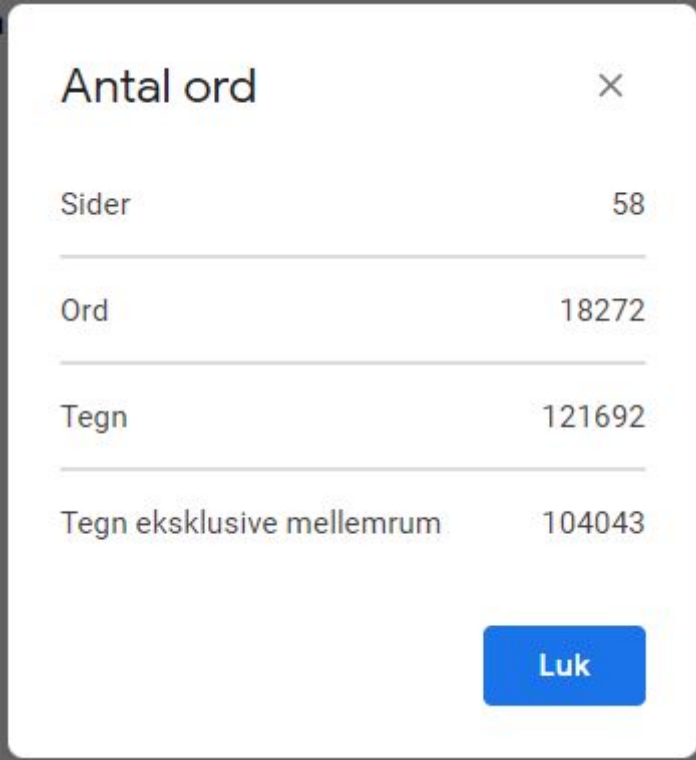
De forenede sager Case 401/12 og 403/12 Vereniging Milieudefensie

Case 110/14 Costea

E-28/15 Jabbi, Norge mod Jabbi.

Bilag

RÅDETS DIREKTIV 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler.



Antal ord		×
Sider	58	
Ord	18272	
Tegn	121692	
Tegn eksklusive mellemrum	104043	

Luk