

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Lisa-Mari Moen Jünge

EØS-rettens tjenere

Om norske domstolers plikt til å anvende
EØS-rett ex officio

EØS-rettens tjenere

Om norske domstolars plikt til å anvende
EØS-rett ex officio

Lisa-Mari Moen Jünge



Marlus nr. 487
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2017

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –
e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown
Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>
E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Denne avhandlingen ble skrevet mens jeg var vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett, Senter for europarett i studieåret 2016–2017. Jeg har hatt skriveplass i Høyesterett. Der har jeg også jobbet deltid som studentutreder. Dette har vært en strålende kombinasjon med hensyn til avhandlingens tema som ligger i skjæringsfeltet mellom EØS-rett og prosessrett.

Særlig takk fortjener min veileder, professor Finn Arnesen, som har vært til stor hjelp med sine nyttige og lærerike tilbakemeldinger. Tidligere høyesterettsdommer Karin Maria Bruzelius og lagdommer i Borgarting Lagmannsrett Eyvin Sivertsen sørget for grundig sensur og et spennende muntlig forsvar. Advokat Ketil Bøe Moen i Regjeringsadvokaten bidro med hjelpsomme tips og råd i en kaotisk startfase. Takk også til dere!

Høyesterett er et unikt sted å skrive masteravhandling. Skriveprosessen har utvilsomt blitt mye morsommere grunnet hyggelige kollegaer. Jeg vil spesielt takke utreder Lasse Gommerud Våg for både gode innspill og hjelp til korrektur, og utreder Christopher Haugli Sørensen for en oppklarende diskusjon om tvangsfullbyrdelseslovens system.

Også dyktige akademikere ved Senter for europarett har gitt faglige råd. Halvveis i prosessen holdt senteret et vinterseminar, hvor jeg fikk mulighet til å diskutere avhandlingen i plenum. Dette var lærerikt, og hjalp meg til å sette egne tanker i system. Med-vit.ass. Ingrid Hvidsten har lest utkast og gitt kommentarer underveis, og bibliotekar Inger Hamre har hjulpet til med litteratur og referanser. Takk også til Marius Rosenberg Amundsen for korrekturhjelp i innspurtfasen.

Teksten er den samme som ble levert til bedømmelse, men jeg har rettet enkelte småfeil som unnslopp korrekturen før levering. Originalen er tilgjengelig digitalt via Duo.

Eventuelle feil er alene mine egne.

Oslo, 16. august 2017

Lisa-Mari Moen Jünge

Innhold

1	INNLEDNING.....	9
1.1	Emne og problemet.....	9
1.2	Nasjonal prosessautonomi og to søstre	10
1.3	Videre struktur	12
2	RETTENS ALMINNELIGE PLIKT TIL Å ANVENDE EØS-RETTE EX OFFICIO.....	13
2.1	Rettens ansvar for rettsanvendelsen	13
2.2	Kort om kontradiksjon og materiell veiledningsplikt	15
2.3	Ekvivalensprinsippet.....	17
2.3.1	Tre hovedspørsmål.....	17
2.3.2	«Tilsvarende søksmål»	17
2.3.3	En splittet ekvivalenslære.....	24
2.3.4	Likhet som forkledd favorisering.....	25
2.4	Ekvivalensprinsippet og nasjonale ex officio-bestemmelser	29
2.4.1	En utvidet ex officio-plikt på voldgiftsrettens område.....	29
2.4.2	Ekvivalens og «offentlige hensyn» etter tvisteloven § 11-4	33
2.4.3	Ekvivalensprinsippet og forhandlingsprinsippet i rettspraksis	34
2.4.4	Bakgrunnen for den splittede ekvivalenslære	39
2.4.5	Indispositive EØS-saker etter tvisteloven § 11-4.....	45
2.5	Effektivitetsprinsippet.....	52
2.5.1	To hovedspørsmål.....	52
2.5.2	Effektivitetsavveiningen: <i>Begrunnelsesregelen</i>	53
2.5.3	Effektivitetsprinsippet og forhandlingsprinsippet i rettspraksis	55
2.5.4	Om rekkevidden av momentet domstolsadgang.....	61
2.6	Om såkalte fundamentale EØS-regler.....	68
2.6.1	Plikten til å anvende fundamentale regler ex officio	68
2.6.2	Effektivitetsprinsippet som grunnlag	68
2.6.3	Ekvivalens: Ordre public i alle tilfeller?.....	71
2.7	Konklusjon.....	73

3	RETTENS PLIKT TIL Å PRØVE VOLDGIFTSDOMMER	
	EX OFFICIO	75
3.1	Tre hovedspørsmål.....	75
3.2	Når voldgiftsretten ikke har vurdert EØS-reglene.....	76
3.3	EØS-regler som ordre public.....	77
3.4	Kan bare grove eller åpenbare brudd medføre uvirksomhet?	81
	3.4.1 Problemstillingen	81
	3.4.2 Kvalifikasjonskrav: Grove, alvorlige, klare eller åpenbare brudd	81
	3.4.3 Den tradisjonelle ordre public-forståelsen	84
	3.4.4 EU-domstolens tilnærming.....	85
	3.4.5 Kvalifikasjonskrav i lys av effektivitetsprinsippet	88
	3.4.6 Om prøvingsintensitet.....	92
3.5	Konklusjon.....	94
4	RETTENS PLIKT TIL Å ANVENDE FORBRUKERRETTE	
	EX OFFICIO	95
4.1	Hovedspørsmålene	95
4.2	Rettens plikt til å anvende forbrukeravtaledirektivet ex officio	95
	4.2.1 Kort om forbrukeravtaledirektivet.....	95
	4.2.2 En generell plikt.....	97
	4.2.3 Pliktens grunnlag	98
	4.2.4 Direktivkravets rekkevidde	101
	4.2.5 Rettens undersøkelsesplikt	107
	4.2.6 Rettens plikt til å fastslå alle konsekvensene av et urimelig vilkår	109
	4.2.7 Forbrukeren kan akseptere urimelige vilkår	112
4.3	Arven etter forbrukeravtaledirektivet	114
4.4	EU-domstolens begrunnelse og analogisk anvendelse	121
	4.4.1 Betydningen av individuelle rettigheter	121
	4.4.2 Analogisk anvendelse innenfor forbrukerområdet	124
	4.4.3 Analogisk anvendelse på andre rettsområder	125
4.5	Kort om ikke-gjennomførte EØS-rettsakter	127
4.6	Konklusjon.....	128
5	REFLEKSJONER OG SAMMENFATNING	129

LITTERATURLISTE.....	134
Lover	134
Traktater og konvensjoner m.m.....	135
Direktiver og forordninger	136
Forarbeider	138
Rettspraksis	138
Generaladvokatenes forslag til avgjørelser.....	144
Juridisk litteratur.....	145
Juridiske artikler.....	148
Andre kilder	156

1 Innledning

1.1 Emne og problemet

Domstolene er rettens tjenere. Den viktigste oppgaven er å stå til tjeneste for å løse konkrete tvister mellom parter. Slik får den enkelte mulighet til å ivareta sine rettigheter og få rettet opp urett som måtte være begått.¹ En annen viktig oppgave er å sikre at rettsreglene som lovgiver fastsetter, blir gjennomført.²

De siste tiårene har vi fått en rekke materielle regler i norsk rett som skyldes internasjonalt samarbeid. Størstedelen av disse har sin bakgrunn i EØS-avtalen, som har vist seg å ha betydning på de fleste samfunnsområder i Norge.³ Sivilprosess og EØS-rett er likevel ikke noe man umiddelbart tenker at går hånd i hånd. Det illustreres av at EØS-rettens betydning for norsk sivilprosess knapt ble problematisert da tvisteloven ble utarbeidet.⁴ Antagelig trodde man EØS-retten hadde liten betydning for sivil rettspleie. Det var neppe en riktig antagelse da, og nå, over ti år senere, kan vi konstatere at man tok positivt feil. Gjennom domstolsutviklede prinsipper griper EØS-retten direkte inn i norsk sivilprosess.

Denne avhandlingen tar for seg spørsmålet om norske domstoler har en plikt til å anvende EØS-retten *ex officio*, altså på eget initiativ og uavhengig av partenes anførsler og påstander. Partsautonomien har tradisjonelt regulert sivilprosessen. Når det er partene som skal trekke opp sakens rammer, innebærer dette en risiko for materielt «uriktige» avgjørelser. Realiseringen av fellesskapsrettens formål om rettsenhet og gjennomslagskraft, hviler også på nasjonale prosessregler. Derfor er det interessant å undersøke hvilken rolle EØS-retten krever at norske domstoler påtar seg for å sikre materielt riktige avgjørelser. Undersøkelsene vil vise at EØS-retten legger press på partsautonomien og den tradisjonelle

¹ Skoghøy (2017) s. 3.

² NOU 2001:32A s. 127, Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 15.

³ NOU 2012:2 s. 35.

⁴ Se NOU 2001:32A s. 151–155, Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 31–34.

rollefordelingen mellom parter og domstol, slik at domstolenes og sivilprosessens samfunnsfunksjon kan være i endring. Det er i så fall ikke ukontroversielt.

1.2 Nasjonal prosessautonomi og to søstre

Utgangspunktet i EØS-retten er, på samme måte som for EU-retten, at det er opp til hver enkelt medlemsstat å avgjøre hvordan avtalens materielle bestemmelser skal gjøres gjeldende for nasjonale domstoler. Prinsippet om *nasjonal prosessautonomi* ble først lagt til grunn i saken *Rewe*.⁵ Medlemsstatene kan dermed ha vidt forskjellige prosessuelle systemer – alle i samsvar med fellesskapsretten. Harmoniseringsmålsetningen gjelder ikke for prosessreglene som sådan.⁶ Ideen om prosessautonomi reflekterer at nasjonale prosessregler har røtter i kulturelle og etiske verdier som ikke uten videre skal tilsidesettes.⁷ Videre reflekterer den at materielle reglers krav på forrang ikke innebærer at prosessuelle regler automatisk må vike.⁸ Derimot aksepterer fellesskapsretten at anvendelsen av materielle rettsregler kan begrenses.⁹

Dette gjelder ikke uten forbehold. Med grunnlag i lojalitetsplikten har EU-domstolen utviklet to kumulative krav til ekvivalens og effektivitet.¹⁰ *Ekvivalensprinsippet* innebærer at prosessreglene ikke må være mindre gunstige for tvister med fellesskapsrettslig opphav enn for tvister med nasjonalt opphav. Hvis egnet sammenligningsgrunnlag ikke finnes, er prinsippet oppfylt. *Effektivitetsprinsippet* innebærer at nasjonale prosessregler ikke må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig for borgerne å håndheve sine fellesskapsrettslige rettigheter i domstolene.

⁵ Sak C-33/76 avsnitt 5. Begrepet ble først tatt i bruk i nyere rettspraksis, se f.eks. sak C-169/14 avsnitt 31.

⁶ Harmoniseringsmålsetningen innebærer at rettstilstanden skal være lik i alle EØS-land, se EØS-avtalens fortale, fjerde ledd, jf. Arnesen (2015) s. 23.

⁷ Arnull (2011) s. 52.

⁸ Prechal (1998) s. 683–687, Hoskins (1996) s. 365, Werlauff (1996) s. 400. Enkelte har likevel påpekt at sluttresultatet blir prosessuell forrang, se Delicostopoulos (2003) s. 600–613.

⁹ Generaladvokatens uttalelse i forente saker C-430/93 og C-431/93 avsnitt 31.

¹⁰ EF-traktaten artikkel 10, nå TEU artikkel 4 (3). Sml. EØS-avtalen artikkel 3.

Prinsippet må anvendes konkret på hver enkelt prosessregel som i et gitt tilfelle begrenser EØS-rettens gjennomslag. Er ikke kravet overholdt, må den nasjonale regelen tilsidesettes. Samlet vil jeg omtale kravene som *søsterprinsippene*.¹¹

Begrepet prosessautonomi gir inntrykk av at medlemsstatene er prosessuelt suverene. Trolig er det mer korrekt å se prosessautonomien som restkompetanse.¹² Som forutsatt i *Rewe*, gjelder prosessautonomien bare «in the absence of Community Rules». ¹³ Forutsetningen utgjør et viktig forbehold.¹⁴ Dette forbeholdet er så langt lite undersøkt i litteraturen, men på enkelte områder synes EU-domstolen å ha brukt forbeholdet som et utgangspunkt når den har utledet en *ex officio*-plikt direkte ut fra enkeltdirektiver. Dette kommer jeg til i kapittel 4.

Søsterprinsippene er akseptert av EFTA-domstolen¹⁵ og i norsk rett.¹⁶ Det er alminnelig antatt at forpliktelsene, slik EU-domstolen har utlagt dem, gjelder tilsvarende under EØS-avtalen, og dermed også for norsk rett.¹⁷ Dette legger også jeg til grunn, slik at fremstillingen i det følgende vil bygge på EU-domstolens rettspraksis, men spørsmålet om rekkevidden av EU-domstolens avgjørelser for EØS-retten vil bli problematisert hvor EU-rettens overnasjonale karakter er fremtredende.

¹¹ I utenlandsk litteratur brukes tidvis begrepet «twin principles», se f.eks. Engström (2009) s. 51. Etter min mening gir «søsterprinsippene» bedre uttrykk for at prinsippene er forskjellige, men beslektet.

¹² Wilman (2015) s. 405–407. Begrepet er kritisert: Kakouris (1997) s. 1389–1412, Tridimas (2006) s. 424, Haapaniemi (2009) s. 87–122, Prechal (2014) s. 179–181. Enkelte vil omdøpe prinsippet til «prosessuell kompetanse» eller «prosessansvar», se Craig (2011) s. 227, Van Gerven (2000) s. 502.

¹³ Sak C-33/76 avsnitt 5.

¹⁴ Schebesta (2010) note 21 s. 855, Corthaut (2015) s. 199 og 205.

¹⁵ Sak E-11/12 avsnitt 121.

¹⁶ Rt-2005-597 avsnitt 36–38. Se også Rt-2010-1500 avsnitt 65, samt Rt-1996-282 s. 287 og uttalelsen om at det ikke må være «unødig vanskelig å få prøvet om norsk regelverk eller norske forvaltningsvedtak samsvarer med EØS-regler». For øvrig er Rt-2000-1811 s. 1827 av interesse, hvor flertallet fastslår at lojalitetsplikten også gjelder for domstolene, med tilslutning fra mindretallet på s. 1836.

¹⁷ NOU 2001:32A s. 155, Fredriksen (2008) s. 296, Robberstad (2002) s. 201. Nærmere om den sentrale betydningen av EU-rettspraksis ved tolkning av EØS-retten: Bull (2015) s. 365–368.

1.3 Videre struktur

Avhandlingens hoveddel består av tre kapitler. Kapittel 2 omhandler rettens alminnelige plikt til å anvende EØS-rett ex officio. Fremstillingen viser at norske domstoler som utgangspunkt ikke har en mer omfattende plikt til å anvende EØS-retten enn annen juss. Samtidig er det knyttet en viss usikkerhet til søsterprinsippenes innhold og konkrete anvendelse på nasjonale prosessregler. Dette gir rom for utvikling og usikkerhet, og gir en klar oppfordring til å følge med på EU-domstolens rettspraksis.

Kapittel 3 og 4 er to spesialstudier. I kapittel 3 undersøker jeg rettens plikt til å prøve voldgiftsdommer ex officio. Fremstillingen vil vise hvordan ekvivalensprinsippet kan gripe inn i og utvikle et nasjonalt ex officio-grunnlag. Konsekvensen er at retten påføres en større plikt til å kontrollere at voldgiftsdommer respekterer EØS-retten enn det som var lovgivers intensjon ved utforming av voldgiftsloven. I kapittel 4 undersøker jeg rettens plikt til å anvende enkeltbestemmelser i ulike forbrukerdirektiver ex officio. Plikten er omfattende og rekker langt utover tvistelovens rammer. Studiene er utvalgt fordi rettspraksis viser at fellesskapsretten er særlig inngripende på disse områdene. Sammenfatning og refleksjoner gis i kapittel 5.

2 Rettens alminnelige plikt til å anvende EØS-retten *ex officio*

2.1 Rettens ansvar for rettsanvendelsen

Utgangspunktet etter norsk rett er at retten har ansvar for rettsanvendelsen. Dette følger av tvisteloven § 11-3 som angir at retten skal «av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler». Formålet er å sikre en riktig rettsanvendelse.¹⁸ Selv om partene er enige om lovtolkningen, binder ikke det retten. Retten kan dessuten bygge på rettsregler partene ikke har påberopt.¹⁹ Dette kalles maksimen om at domstolen kjenner rettsreglene (*jura novit curia*).

Det følger av tvisteloven § 11-3 at rettsanvendelsen skal skje innenfor de rammer som følger av § 11-2 (1). Begrensningen er sentral som utgangspunkt for avhandlingen. Dette innebærer at det er partene som avgjør om de vil benytte seg av rettsapparatet, hvilke krav som er søksmålgjenstand og hvilke påstander som skal nedlegges. Kravet er det søksmålet dreier seg om, og påstanden angir domsresultatet parten krever.²⁰ Dette omtales som *disposisjonsprinsippet*. Videre innebærer bestemmelsen at retten bare kan bygge på de påstandsgrunnlag som partene har påberopt. Dette omtales som *forhandlingsprinsippet*.²¹ Påstandsgrunnlag er de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på.²² Med det menes en omstendighet som umiddelbart er relevant når en rettsregel anvendes.²³ Forhandlingsprinsippet innebærer videre at det er partene

¹⁸ NOU 2001:32B s. 705, Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 167.

¹⁹ NOU 2001:32A s. 137, Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 166–167.

²⁰ Se tvisteloven § 9-2 (2) c).

²¹ Grensedragningen mellom disposisjons- og forhandlingsprinsippet trekkes forskjellig av ulike teoretikere. Jeg har tatt utgangspunkt i forarbeidenes definisjon, se Ot.prp. nr.51 (2004–2005) s. 34, slik også Skoghøy (2017) s. 571–572 gjør. Motsatt: Robberstad (2015) s. 14–17.

²² Jf. § 11-2 (1) tredje punktum.

²³ Skoghøy (2017) s. 572. Andre ord for påstandsgrunnlaget kan være søksmålsgrunnlag, innsigelser og anførsler, jf. NOU 2001:32B s. 703.

som har hovedansvaret for å skaffe bevisene.²⁴ Unntak gjelder bare dersom partene ikke motsetter seg det.²⁵

Disposisjons- og forhandlingsprinsippet skisserer rollefordelingen mellom parter og domstol. Formålet er å ivareta partenes handlefrihet og domstolenes nøytralitet, i tillegg til å sikre en hensiktsmessig arbeidsfordeling.²⁶ Dette medfører store innhugg i rettens kompetanse og plikt til å anvende jussen. Det følger av EØS-avtalen artikkel 3 at domstolene har en plikt til lojalt å anvende EØS-retten. Effektivitets- og ekvivalensprinsippet, som er utviklet av denne lojalitetsplikten,²⁷ medfører at norske domstoler i enkelte tilfeller vil ha en plikt til å anvende EØS-rett selv om dette innebærer å bygge på andre fakta enn partene har påberopt. Retten vil i så fall ha plikt til å introdusere nye omstendigheter og å etterspørre bevis. Når jeg i det videre bruker begrepet *ex officio*-plikt, er det denne situasjon jeg sikter til. Dette må holdes adskilt fra situasjonen hvor retten «bare» anvender jussen på fakta partene har etablert (*jura novit curia*).

Effektivitetsprinsippet kan medføre at forhandlings- og disposisjonsprinsippet må tilsidesettes på grunn av hensynet til EØS-rettens effektive gjennomslag. *Ekvivalensprinsippet* må anvendes på norske prosessregler som fra før gir dommeren adgang til å håndheve regler *ex officio*. Et slikt unntak følger av tvisteloven § 11-4. Bestemmelsen kommer til anvendelse i visse angitte sakstyper, samt når «offentlige hensyn» tilsier det. Saker som faller innenfor anvendelsesområdet anses som indispositive, i motsetning til de fleste saker som anses som dispositive.²⁸ Det at en sak er indispositiv innebærer at disposisjons- og forhandlingsprinsippet ikke gis fullt gjennomslag slik at retten ikke vil være bundet av partenes påstander og påstandsgrunnlag.²⁹ Retten vil da ha en plikt til å anvende

²⁴ Jf. § 11-2 (2) første punktum.

²⁵ Jf. § 11-2 (2) annet punktum og § 21-3 (2) annet punktum.

²⁶ NOU 2001:32A s. 137, Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 166–167.

²⁷ Se 1.2.

²⁸ Saken er bare indispositiv så langt det «er forenlig med de offentlige hensyn», jf. § 11-4. Se 2.4.5.2.

²⁹ Retten kan i noen tilfeller også være bundet av partenes påstandsgrunnlag i indispositive saker, men dette er ikke relevant for avhandlingen, se nærmere Schei (2013) s. 407. Skillet mellom indispositive og dispositive saker har dessuten betydning i en rekke andre sammenhenger, se f.eks. tvisteloven § 10-1 (3) c) om at småkravsprosess

jussen selv om dette fordrer bruk av andre fakta enn det partene har påberopt, og selv om dette innebærer å avsi dom som ligger utenfor rammen av partenes påstander.³⁰ Retten vil ha plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.³¹ To andre ex officio-unntak følger av voldgiftsloven §§ 43 annet ledd b) og 46 annet ledd b). Bestemmelsene kommer til anvendelse når voldgiftsdommer strider mot «ordre public». I slike tilfeller har domstolen en plikt til å tilsidesette voldgiftsdommen som uvirksom, selv om dette ligger utenfor partenes påstander og påstandsgrunnlag. Disse bestemmelsene gir uttrykk for at hensynet til materielt riktige avgjørelser i visse tilfeller veier tyngre enn partsautonomien.

I det følgende skal jeg undersøke hvordan søsterprinsippene skal anvendes på de norske prosessreglene som styrer rettens ex officio-kompetanse. Problemstillingen er om norske domstoler har en alminnelig plikt til å anvende EØS-rett ex officio i sivile saker.

2.2 Kort om kontradiksjon og materiell veiledningsplikt

Selv når retten har en ex officio-plikt, må den sørge for at partene gis tilgang til tilstrekkelig kontradiksjon.³² Siden avhandlingen er avgrenset til tilfeller hvor retten skal anvende juss som bygger på fakta partene

ikke kan anvendes, § 29-20 (3) om ankeinstansens kompetanse, § 16-10 (1) om at fraværtsdom ikke kan avsies. Se nærmere Schei (2013) s. 174flg., Skoghøy (2017) s. 594flg., Backer (2015) s. 76flg. Det er ikke gitt at grensdragningen for saker med og uten fri rådighet er den samme i alle henseender, jf. Schei (2013) s. 403, Aasland (1969) s. 144 og 155–156.

³⁰ Retten kan ikke avgjøre andre krav enn partene har reist, jf. § 11-4 annet punktum.

³¹ Jf. tvisteloven § 21-3 (2). Utgangspunktet er likevel at partene har hovedansvaret for bevisene.

³² Jf. Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 (1), SP artikkel 14 (1), tvisteloven §§ 11-1 (3) første punktum og 1-1 (2) første og annet strekpunkt. Tilsvarende er lagt til grunn av EU-domstolen: saker C-472/11 avsnitt 30–32, C-488/11 avsnitt 52, C-89/08 avsnitt 54. Kontradiksjon skal ivaretas etter de former som følger av nasjonal rett. Se også Wilman (2015) s. 43. Brudd på prinsippet er alvorlig saksbehandlingsfeil, se Rt-2013-65. Om forholdet mellom påberopte påstandsgrunnlag og kontradiksjon: Rt-2013-1079 avsnitt 18–19.

ikke har påberopt, forutsetter jeg at kontradiksjonsprinsippet alltid vil gjøre seg gjeldende. Kontradiksjon blir kanskje særlig viktig når retten ikke er begrenset av partenes påstandsgrunnlag.³³ Dermed medfører en *ex officio*-plikt i praksis en veiledningsplikt når kontradiksjonsprinsippet skal overholdes.³⁴ Jeg vil ikke behandle kontradiksjonsprinsippet nærmere, men nøyer meg med å vise til fremstillingene i litteraturen.³⁵

Norske domstoler har adgang til å gi materiell veiledning etter tvisteloven § 11-5 (2)-(7). Dette innebærer blant annet at retten *kan* oppfordre en part til å ta standpunkt til rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken, eller å oppfordre en part til å tilby bevis. I enkelte tilfeller *skal* materiell veiledning gis.³⁶ Veiledningsplikten er ikke avhandlingens tema.³⁷ Det er likevel viktig å presisere at materiell veiledning modifierer disposisjons- og forhandlingsprinsippet slik at grensedragningen mellom indispositive og dispositive saker ikke blir så tydelig som utgangspunktene omtalt ovenfor kan gi inntrykk av. Den veiledningsplikten som følger av *ex officio*-plikten vil skille seg fra den alminnelige veiledningsplikten. For det første vil det medføre en klar plikt og ikke bare kompetanse. For det andre vil retten være pliktig til å reise rettsspørsmål for å sikre EØS-rettens gjennomslag, og å kreve at partene tar stilling til dem. Veiledningen blir mer intensiv enn det tvisteloven § 11-5 forutsetter. Domstolen vil dessuten måtte anvende

³³ Backer (2015) s. 269.

³⁴ Se tvisteloven § 11-1 (3) annet punktum. Selv om kontradiksjon gjelder faktiske forhold, *bør* retten i visse tilfeller veilede partene når den «bare» anvender juss, særlig hvor rettsanvendelsen kan komme overraskende på partene, se tvisteloven § 11-3 om at retten skal sørge for et betryggende avgjørelsesgrunnlag i samsvar med § 1-1. Behandlingen må være tillitsskapende og forsvarlig, se også NOU 2001:32A s. 137 og Ot.prp. nr.51 (2004–2005) s. 167–169. I andre tilfeller medfører prinsippet om «equality of arms» at en part må få uttale seg om rettsanvendelsen dersom den andre har fått presentert sitt syn, jf. Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 (1), SP artikkel 14 (1).

³⁵ F.eks. Skoghøy (2017) s. 545.

³⁶ I Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 173 avviser departementet en generell plikt til materiell veiledning. Departementet uttaler at hensynet til effektiv saksavvikling gjør at det må bero på rettens skjønn hvor langt domstolene skal gå i å avdekke andre påstandsgrunnlag. Merk samtidig at det er uenigheter om hvorvidt tvistelovens skille mellom «skal» og «kan» må forstås bokstavelig, se Backer (2015) s. 275, sml. Robberstad (2015) s. 191 og Skoghøy (2017) s. 964.

³⁷ Se likevel 2.3.4 hvor jeg kort berører temaet.

EØS-retten uavhengig av partenes prosessopplegg, mens partene ved alminnelig veiledning i dispositive saker kan binde retten til sitt opprinnelige prosessopplegg uavhengig av domstolens veiledning.

2.3 Ekvivalensprinsippet

2.3.1 Tre hovedspørsmål

I *van Schijndel* uttaler EU-domstolen at det er opp til medlemsstatene å innføre detaljerte prosessuelle regler «for safeguarding rights which individuals derive from...Community law», men reglene må ikke være «less favourable than those governing similar domestic actions». ³⁸ Formuleringen gjentas i en rekke saker. ³⁹ Ekvivalensprinsippet innebærer altså et krav om prosessuell likebehandling av lignende søksmål, slik at saker med utspring i fellesskapsretten ikke stilles dårligere enn saker som har nasjonal tilknytning.

Dette reiser tre spørsmål: For det første hva som skal anses som «tilsvarende søksmål», ⁴⁰ For det andre hva det innebærer at prosessreglene skal være minst like gunstige. ⁴¹ Disse to spørsmålene tilsier at man må foreta en dobbel sammenligning. ⁴² For det tredje er det et spørsmål hvilken betydning det har at prinsippet knytter seg til «rettigheter» privatpersoner kan utlede av fellesskapsretten. ⁴³

2.3.2 «Tilsvarende søksmål»

Hva som anses som «tilsvarende søksmål» er ikke selvsagt. Et tolkningsalternativ er at søksmål som springer ut av lignende *regler* med grunnlag i henholdsvis nasjonal rett og EØS-retten, skal behandles likt. Dette

³⁸ Forente saker C-430/93 og C-431/93 avsnitt 17.

³⁹ F.eks. forente saker C-222/05-C-225/05 avsnitt 28, saker C-488/11 avsnitt 42, C-377/14 avsnitt 48.

⁴⁰ Se 2.3.2-2.3.3.

⁴¹ Se 2.3.4.

⁴² Prechal (2014) s. 182.

⁴³ Spørsmålet er felles for alle grunnlag for ex officio-plikt og behandles først i 4.4.1.

innebærer en ganske snever tolkning. Sejersted mfl. legger til grunn at *lignende regler* vil være et stikkord ved fastsettelsen av ekvivalensprinsippet's rekkevidde.⁴⁴ Dersom for eksempel konkurranseloven § 10 legges til grunn som indispositiv, vil det samme måtte gjelde for EØS-avtalen artikkel 53.⁴⁵ Det må være klart at ekvivalensprinsippet i det minste krever at materielt like regler med grunnlag i henholdsvis nasjonal rett og EØS-retten, krever prosessuelt like regler.

Et annet tolkningsalternativ er at søksmålene i videre forstand må ligne, og at ekvivalensprinsippet knytter seg til *kravenes* opprinnelse. I flere avgjørelser har EU-domstolen uttalt at tilsvarende søksmål er tilfeller hvor «purpose, cause of action and essential characteristics are similar».⁴⁶ I *Transportes* kom EU-domstolen til at et erstatningssøksmål knyttet til EU-regler var sammenlignbart med et erstatningssøksmål knyttet til forfatningsstrid.⁴⁷ Det avgjørende var med andre ord om søksmålene kunne anses sammenlignbare «med hensyn til gjenstand og vesentlige momenter».⁴⁸ Arnesen har lagt til grunn det samme vurderingstemaet når han har argumentert for at ekvivalensprinsippet medfører at staten må kunne holdes erstatningsansvarlig for tap voldt ved manglende tilpasning av lovbestemmelser til EØS-avtalen slik den er gjennomført i norsk rett, fordi slike søksmål ligner på søksmål hvor staten kan holdes erstatningsansvarlig etter norsk rett der det gis lover som strider mot Grunnloven eller forskrifter med lovstridig innhold.⁴⁹ Dette tolkningsalternativet innebærer et mer vidtrekkende og uklart prinsipp. Vurderingen får en viss likhet med tvistelovens identitetslære, det vil si spørsmålet om man står overfor «samme krav».⁵⁰ Vår rettsordens forståelse av «krav» er nød-

⁴⁴ Sejersted (2014) s. 81.

⁴⁵ Se 2.4.5.2.

⁴⁶ F.eks. saker C-261/95 avsnitt 34–38, C-78/98 avsnitt 49, C-177/10 avsnitt 90. Se tilsvarende hos EFTA-domstolen: E-11/12 avsnitt 124. Ingen av sakene gjaldt ex officio-spørsmålet.

⁴⁷ Sak C-118/08.

⁴⁸ Sejersted (2014) s. 81.

⁴⁹ Arnesen (2013) s. 121. Ekvivalensprinsippet blir i det tilfellet anvendt på en materiell regel.

⁵⁰ Se nærmere: Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 441, Skoghøy (2017) s. 1080flg.

vendigvis ikke sammenfallende med andre medlemsstaters forståelse av tilsvarende konstruksjoner, og sammenligningen bør derfor ikke trekkes for langt. En viss inspirasjon kan man kanskje uansett hente.

Identitetslæren kan illustrere at vurderingstemaet er bredere enn spørsmålet om man står overfor lignende regler. I Rt-2008-833 tok Høyesterett stilling til hva som skulle anses som et nytt krav etter tvistemålsloven §§ 366 og 367.⁵¹ Påstandsgrunnlagene var hjemlet i henholdsvis bestemmelsen om ansvar for manglende innbetaling av aksjekapital etter aksjeloven § 2-19 og bestemmelsen om styreansvar etter aksjeloven § 17-1. Høyesterett fant at selv om vilkårene i de to reglene var forskjellige, var det likevel «samme krav» fordi reglene beskyttet samme interesser, og fordi reglene hadde en rettshistorisk sterk sammenheng.⁵²

Reglens likhet er dermed ett moment, men situasjonen for øvrig vil også kunne ha betydning. Man kan spørre om EU-domstolen også har gitt ekvivalensprinsippet en enda bredere anvendelse:

I saken *Eco Swiss* gikk selskapet Benetton til sak med påstand om opphevelse av to voldgiftsdommer.⁵³ Bakgrunnen var at voldgiftsretten hadde konkludert med at Benetton skulle betale en betydelig erstatningssum til Eco Swiss og Bulova, med utspring i en lisensavtale mellom partene. Benetton anførte at voldgiftsdommene skulle oppheves fordi den underliggende lisensavtalen som erstatningskravet baserte seg på, var i strid med konkurransebegrensningsforbudet.⁵⁴ Slike avtaler skal ikke ha noen rettsvirkning.⁵⁵ Problemet for den nederlandske domstolen var at dette spørsmålet ikke hadde blitt behandlet under voldgiftsforhandlingene – hverken partene eller voldgiftsdommerne hadde tenkt på dette, og da kunne man etter nederlandsk rett ikke kjenne voldgiftsdommene ugyldige. Det fulgte riktignok av nederlandsk rett

⁵¹ Sml. tvisteloven § 29-4.

⁵² Avsnitt 58–62.

⁵³ Sak C-126/97.

⁵⁴ TEUV art. 101, tidligere EF-traktaten 85. Sml. EØS-avtalen artikkel 53 og konkurranseloven § 10

⁵⁵ Se nr. 2, sml. EØS-avtalen artikkel 53 nr. 2 og konkurranseloven § 10 (2).

at voldgiftsdommer kunne oppheves hvis de stred mot «public policy or accepted principles of morality», altså ufravelige rettsprinsipper (ordre public), men den nederlandske høyesterett (Hoge Raad) la til grunn at dette vilkåret, slik det ble forstått i nederlandsk rett, ikke var oppfylt.⁵⁶ Domstolen bad EU-domstolen om en prejudisiell uttalelse om hvorvidt den prosessuelle begrensningen i adgangen til å anvende konkurransebegrensningsforbudet var forenlig med EU-retten krav til nasjonale prosess-regler. EU-domstolen la til grunn at den nederlandske domstolen måtte anvende konkurransebegrensningsforbudet fordi dette var en fundamental bestemmelse i EU-retten som måtte likestilles med det som var ufravelige rettsprinsipper i nederlandsk rett.⁵⁷

Vurderingstemaet synes å være enda bredere enn spørsmålet om man står overfor lignende søksmål med hensyn til gjenstand og vesentlige momenter. Hoge Raad mente at ordre public-kategorien omfattet tilfeller hvor voldgiftsdommenes «terms or enforcement conflict with a mandatory rule so fundamental that no restrictions of a procedural nature should prevent its application».⁵⁸ En slik fundamental stilling hadde ikke konkurransereglene i nederlandsk rett. EU-domstolens svar var at konkurransebegrensningsforbudet var «a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the internal market».⁵⁹ Med andre ord måtte konkurransebegrensningsforbudet gis den samme behandlingen som ordre public-tilfeller etter nederlandsk rett fordi EU-regelen hadde *samme stilling* eller *status* innenfor EU-systemet som det de aktuelle ordre public-tilfellene hadde i nederlandsk rett.

⁵⁶ Ordre public er regler som skal beskytte samfunnets grunnprinsipper for et bestemt land, og innholdet varierer derfor fra land til land, se Moss (2007) s. 710 og 2.4.1. I den engelske språkversjonen brukes «public policy», mens «ordre public» brukes i den franske. I avhandlingen bruker jeg sistnevnte formulering da dette samsvarer med voldgiftsloven § 43 annet ledd b). Public policy har tradisjonelt blitt ansett som noe snevrere, se van den Berg (1981) s. 359, men i denne sammenheng har det ingen betydning.

⁵⁷ Avsnitt 36–37. Uttalelsen må anses som et obiter dictum ettersom saken ble avgjort på annet grunnlag, se 2.5.3.

⁵⁸ Avsnitt 24.

⁵⁹ Avsnitt 36.

EU-domstolen fastslo dette uten å vise til hvilke situasjoner som etter nederlandsk rett typisk ville omfattes av unntaksbestemmelsen. Noen egentlig sammenligning mellom tilfellene ble derfor ikke foretatt. En reell sammenligning ville ha innebåret at EU-domstolen måtte ha vurdert om nederlandske ordre public-tilfeller lignet konkurransebegrensningsforbudet hva gjaldt regelvilkår og virkninger, formål og vesentlige momenter. Nederlandske rettskilder ville i så fall ha blitt styrende for resultatet. Den valgte tilnærmingen innebar i realiteten at EU-domstolen reiste et lovtolkningsspørsmål om konkurransebegrensningsforbudet passet inn under den nederlandske ordre public-definisjonen, hvor det positive svaret ble utledet fra EU-rettslige rettskilder.⁶⁰ Gjennom EU-rettens bruk av ekvivalensprinsippet, fikk det nederlandske prosessvilkåret et utvidet anvendelsesområde.⁶¹

EU-domstolen viste ikke eksplisitt til ekvivalensprinsippet. Enkelte har derfor lest avgjørelsen som et utslag av effektivitetsprinsippet. I den senere avgjørelsen *van der Weerd* uttalte EU-domstolen at man ikke kan anvende *Eco Swiss* ved analysen av effektivitetsprinsippet fordi spørsmålet i *Eco Swiss* var hvorvidt nasjonale regler og fellesskapsregler var likestilt prosessuelt sett.⁶² I det følgende ser jeg resultatet i avgjørelsen som et rent utslag av ekvivalensprinsippet. Spørsmålet om *Eco Swiss* kan leses i lys av effektivitetsprinsippet, kommer jeg tilbake til.⁶³

⁶⁰ I realiteten en omskriving av nasjonale vilkåret, se også Corthaut (2012) s. 198. Enkelte har hevdet at EU-domstolen med dette tolket nasjonal rett og gikk utenfor sin kompetanse etter TEUV artikkel 267, tidligere EF-traktaten 234, se Magnussen (2000) s. 88 med videre henvisninger. Etter min mening synes EU-domstolen i stedet å utvikle en form for fellesskapsrettslig (indirekte) ordre public, se også Komminos (2000) s. 474 og Schebesta (2010) s.866–868. Etter mitt syn er problemet at EU-domstolen bryr seg for lite om hva som er nasjonal rett når den anvender ekvivalensprinsippet. Poenget er ikke at EU-domstolen *burde* ha tolket nasjonal rett, men at retningslinjene for hva som skal sammenlignes bør knyttes tettere til innholdet i nasjonal ordre public, og ikke bare den overfladiske definisjonen av begrepet.

⁶¹ Tilsvarende for norsk rett, se 2.4.1.

⁶² Forente saker C-222/05-C-225/05 avsnitt 40.

⁶³ Se 2.6.2.

Teknikken har blitt gjentatt i senere saker. Saken *Claro* gjaldt et lignende tilfelle som *Eco Swiss*. Forskjellen var at handlingen fant sted i Spania, og at den underliggende avtalen som ble anført som ugyldig i den etterfølgende domstolskontrollen inneholdt en voldgiftsklausul som var urimelig etter forbrukeravtaledirektivet.⁶⁴ EU-domstolen henviste til *Eco Swiss* og uttalte at når man hadde en nasjonal regel som sikret anvendelse av ordre public-regler, måtte man sikre samme anvendelse av fellesskapsregler «of this type».⁶⁵ Det kommer ikke klart frem av avgjørelsen hva som ville falle inn under ordre public-unntaket etter spansk rett, men det må anses som sikkert at urimelige avtaler etter forbrukeravtaledirektivet ikke ville omfattes av kategorien – ellers ville det ikke vært nødvendig å be EU-domstolen om en uttalelse.⁶⁶ EU-domstolen likestilte dermed forbrukeravtaledirektivets forbud mot urimelige avtalevilkår med det som i spansk rett ble ansett som ordre public. Det at EU-domstolen ikke engang viste til den spanske forståelsen av begrepet, bekrefter at EU-domstolen uten videre fyller et nasjonalt vilkår med sin egen forståelse. Sammenligningen gjøres bare overfladisk.⁶⁷ Også *Asturcom*-saken gjaldt et lignende tilfelle; EU-domstolen uttalte at ekvivalensprinsippet innebærer en likestilling av «rules of...same ranking».⁶⁸ Gjennom en slik overfladisk sammenligning utvider EU-domstolen anvendelsesområdet for den nasjonale bestemmelsen.⁶⁹

Også i *van der Weerd* vurderte EU-domstolen om man stod overfor «tilsvarende søksmål».⁷⁰ Flere personer reiste søksmål mot tilsynsmyndighetene på grunn av et vedtak om vaksinerings og slakting av en rekke kloddyr i Nederland på grunn av fare for smitte av munn- og

⁶⁴ Sak C-168/05. Rdir 93/13/EØF artikkel 6 (1).

⁶⁵ Avsnitt 35.

⁶⁶ Ifølge Corthaut (2012) s. 198 var slike regler ikke omfattet.

⁶⁷ Tilsvarende: Corthaut (2012) s. 199.

⁶⁸ Sak C-40/08 avsnitt 49. Saken behandles nærmere i 2.3.4.

⁶⁹ Se også sak C-76/10 for et lignende tilfelle. Saken kan likevel ikke sidestilles med *Asturcom* og *Claro* ettersom slovakisk ordre public langt på vei aksepterte at man kunne tilsidesette voldgiftsdommer som bygget på forbrukeravtaler med urimelige kontraktvilkår, se avsnitt 52.

⁷⁰ Forente saker C-222/05-C-225/05.

klovsyke, jf. munn- og klovsykedirektivet.⁷¹ Den nederlandske domstolen mente saken kunne sammenlignes med en tidligere EU-dom, noe som kunne få avgjørende betydning i den verserende saken.⁷² Problemet var at saksøkerne ikke hadde påberopt seg dette.⁷³ Etter nederlandsk rett kunne ikke domstolen gå utover sakens rammer eller legge andre fakta til grunn enn det som var påberopt av partene. Fra dette gjaldt unntak for brudd på ufravelige rettsprinsipper (ordre public). I nederlandsk rett ble unntaket forstått som forhold knyttet til domstolen og administrative myndigheters kompetanse, samt søksmålets formaliteter.⁷⁴ EU-domstolen fant at anvendelse av bestemmelsene i munn- og klovsykedirektivet ikke kunne anvendes fordi disse «do not occupy a similar position within the Community legal order».⁷⁵ Direktivet regulerte ikke aktuelle sentrale myndigheters kompetanse.⁷⁶

I *van der Weerd* anvendes begrepet «samme stilling». Sammenligningen synes likevel ikke å være like overfladisk som i *Eco Swiss, Claro* og *Asturcom*.⁷⁷ EU-domstolen tok utgangspunkt i typiske tilfeller som unntaket regulerer etter en nasjonal forståelse, og sammenlignet disse med den aktuelle situasjonen.⁷⁸ EU-domstolen gikk heller ikke i dette tilfellet konkret inn på regelnivå for å foreta sammenligningen, men dette kan ses i sammenheng med at generaladvokaten avviste at en detaljert analyse av den nasjonale rett var nødvendig fordi det var klart at EU-reglene ikke beskyttet samme interesser.⁷⁹ *Van der Weerd* må derfor anses

⁷¹ Rdir 85/511/EØF sml. Rdir 2003/85/EF.

⁷² Den relevante saken var sak C-28/05.

⁷³ Noe saksøkerne riktignok bestred, se avsnitt 24.

⁷⁴ Avsnitt 29. Se også generaladvokaten uttalelse avsnitt 37.

⁷⁵ Avsnitt 30–31.

⁷⁶ Avsnitt 29–30.

⁷⁷ Tilsvarende: Jans (2008) s. 4, Engström (2008) note 1 s. 85.

⁷⁸ Tilsvarende: C-161/15 avsnitt 32 om det grunnleggende EU-rettslige prinsippet «retten til å bli hørt» kunne likestilles med belgisk ordre public. EU-domstolen knyttet vurderingen tett til den belgiske definisjonen.

⁷⁹ Avsnitt 37–40.

som et eksempel på en smalere anvendelse av ekvivalensprinsippet enn det vi så i de tre andre avgjørelsene nevnt over.⁸⁰

2.3.3 En splittet ekvivalenslære

Rettspraksis viser at begrepet «tilsvarende søksmål» omfatter både tilfeller hvor reglene har lignende materielt innhold og formål, og hvor de har samme stilling. I det første tilfellet sammenligner EU-domstolen de nasjonale reglene med fellesskapsbestemmelsen. Sentrale momenter er reglens vilkår, rettsvirkninger og formål, hvor særlig det sistnevnte er avgjørende for om ekvivalensprinsippet krever at reglene får samme prosessuelle behandling.⁸¹ Dette vil jeg i det videre omtale som en *nasjonalorientert* tilnærming. Denne modellen passer best med utgangspunktet om nasjonal prosessautonomi.⁸² I det andre tilfellet foretar ikke EU-domstolen en egentlig sammenligning, men vurderer om den EU-rettslige regelen kan anses å ha samme status som de nasjonale reglene som gis en særlig prosessuell beskyttelse. Domstolen spør i realiteten om de fellesskapsrettslige reglene «passer inn» under det nasjonalrettslige begrepet, og utleder svaret alene fra EU-rettslige rettskilder. Dette vil jeg i det videre omtale som en *fellesskapsorientert* analyse.

De to tilnærmingene gir grunnlag for å spørre om ekvivalensprinsippet har fått et endret innhold over tid, eller om tilnærmingene eksisterer side om side og gjør seg gjeldende i ulike tilfeller.⁸³ Jeg mener EU-domstolen har oppstilt en splittet ekvivalenslære. Det er ekvivalensprinsippets formål som er splittet fordi det i enkelte tilfeller synes å innebære noe annet enn å forhindre forskjellsbehandling av fellesskapsrettslige og nasjonale krav – nemlig harmonisering av prosessregler.⁸⁴

⁸⁰ Avgjørelsen er et eksempel på at EU-domstolen går langt i selv å foreta den konkrete sammenligningen. I andre tilfeller har den uttalt at nasjonale domstoler skal foreta sammenligningen, se sak C-40/08 avsnitt 50.

⁸¹ Også Hjelmeng (2003) s. 47 fremhever at formålet er særlig viktig.

⁸² Se 1.2.

⁸³ Dette diskuterer jeg i 2.4.2-2.4.3.

⁸⁴ Dette kommer jeg tilbake til i 2.4.4.

2.3.4 Likhet som forkledd favorisering

Når man først har fastlagt at man står overfor «tilsvarende søksmål», må man undersøke om de nasjonale prosessreglene er mindre gunstige for fellesskapsreglene enn for de nasjonale reglene. Et krav om likebehandling skulle tilsi at like regler skal stilles prosessuelt likt. EU-domstolen har likevel ikke nøydt seg med det. I *van Schijndel* uttalte EU-domstolen at:

«The position is the same if domestic law confers on courts and tribunals a discretion to apply of their own motion binding rules of law. Indeed, pursuant to the principle of cooperation laid down in Article 5 of the Treaty, it is for national courts to ensure the legal protection which persons derive from...Community law...».⁸⁵

Uttalelsen har blitt opprettholdt i senere rettspraksis.⁸⁶ Dette innebærer at nasjonal *kompetanse* gjøres til en EU-rettslig *plikt*.⁸⁷ Dersom nasjonale domstoler har en adgang til å anvende materielle regler *ex officio*, vil den ha plikt til å utnytte adgangen ved materielle bestemmelser av EU-rettslig opphav.⁸⁸ Denne plikten utleder EU-domstolen av lojalitetsprinsippet.⁸⁹ Et tilsvarende lojalitetsprinsipp er inntatt i EØS-avtalen,⁹⁰ og jeg antar at det gjelder en tilsvarende plikt til å utnytte diskresjonær kompetanse etter norsk lovgivning.⁹¹

Ovenfor pekte jeg på *Asturcom*-saken som et eksempel på et tilfelle hvor EU-domstolen utvidet den nasjonale adgangen til å oppheve voldgiftsavgjørelser gjennom å definere forbrukeravtaledirektivets ugyldighetsregel

⁸⁵ Avsnitt 14.

⁸⁶ F.eks. saker C-2/06 avsnitt 45, C-40/08 avsnitt 54, C-397/11 avsnitt 30, C-488/11 avsnitt 46.

⁸⁷ EU-domstolens holdning er mer inngripende enn forslaget fra generaladvokaten, se avsnitt 38. Se også Shelkopyas (2003) s. 94, Wallerman (2016) s. 348.

⁸⁸ Ifølge Wallerman (2010) s. 115 står dette i kontrast til hvordan domstolen i andre saker har anvendt ekvivalensprinsippet. Eksempelvis uttalte EU-domstolen i sak C-118/08 avsnitt 33 at ekvivalensprinsippet skal «...apply without distinction to actions alleging infringement of European Union law and to similar actions alleging infringement of national law» (min uth.). Se tilsvarende EFTA-saken E-11/12 avsnitt 122.

⁸⁹ Tidligere EF-traktaten artikkel 5, nå TEU artikkel 4 nr. 3.

⁹⁰ EØS-avtalen artikkel 3.

⁹¹ Slik også Fredriksen (2008) s. 330–332 forutsetter.

som ordre public.⁹² Den underliggende tvisten gjaldt manglende betaling for et mobilabonnement. I avtalen mellom forbrukeren og selgeren var det inntatt en voldgiftsklausul som var urimelig. Saken ble like fullt behandlet, og voldgiftsdomstolen fastslo at forbrukeren skyldte selskapet Asturcom om lag 670 euro. Saken ligner *Claro*-saken på mange måter, men til forskjell fra forbrukeren i den saken som reiste ugyldighetssøksmål for å få voldgiftsdommen annullert, forholdt forbrukeren seg passiv i *Asturcom*. Søksmålsfristen løp ut, og voldgiftsdommen ble rettskraftig.⁹³ Da selgeren en stund senere ville få voldgiftsavgjørelsen tvangsfullbyrdet, ble retten oppmerksom på at vernetingsklausulen var urimelig etter forbrukeravtaledirektivet.⁹⁴ Den spanske domstolen stilte spørsmål til EU-domstolen om den pliktet å anvende direktivbestemmelsen ex officio, og å annullere voldgiftsdommen. Adgangen til å annullere voldgiftsdommen gjaldt imidlertid ikke etter søksmålsfristens utløp. Søksmålsfristen gjaldt uavhengig av kravets opprinnelse, og EU-domstolen vurderte først hvorvidt den var i samsvar med effektivitetsprinsippet.⁹⁵ Domstolen fant fristen rimelig, og uttalte at effektivitetsprinsippet ikke kunne strekkes så langt at det beskyttet den passive forbrukeren.⁹⁶ Dernest konstaterte EU-domstolen at forbrukeravtaledirektivets urimelighetsbestemmelse er ordre public,⁹⁷ og viste til at nasjonale domstoler plikter å anvende slike bestemmelser ex officio hvor man har diskresjonær kompetanse til dette etter nasjonal rett.⁹⁸ EU-domstolen viste til at spansk rettspraksis i senere tid hadde akseptert at nasjonale domstoler hadde kompetanse til ex officio å tilsidesette en voldgiftsdom i strid med ordre public.⁹⁹ I så fall *pliktet* retten å tilsidesette voldgiftsdommen.¹⁰⁰

⁹² Sak C-40/08.

⁹³ Avsnitt 33.

⁹⁴ Rdir 93/13/EØF.

⁹⁵ Sml. søksmålsfristen i voldgiftsloven § 44 første ledd på tre måneder.

⁹⁶ Avsnitt 47. Se 2.5.3 om effektivitetsprinsippet.

⁹⁷ Avsnitt 52 med henvisning til *Claro*.

⁹⁸ Avsnitt 54.

⁹⁹ Avsnitt 55. Med henvisning til at det tilligger den nasjonale domstolen å tolke nasjonale regler, avsnitt 56.

¹⁰⁰ Avsnitt 59. Se også sak C-76/10 avsnitt 53 som gjaldt et lignende tilfelle.

Eksempelet viser at EU-domstolen går langt i å pålegge nasjonale domstoler å utnytte nasjonale tolkningsrom. Avgjørelsen illustrerer at ekvivalensprinsippet kan virke mer inngripende i den nasjonale prosessautonomien enn effektivitetsprinsippet. I realiteten er likebehandlingskravet et forkledd favoriseringskrav.¹⁰¹ I *Asturcom* ble ikke bare forståelsen av hva som utgjør ordre public utvidet, men den nasjonale retten ble også tillagt en plikt den opprinnelig ikke hadde. Det er ikke et nytt fenomen at fellesskapsretten med grunnlag i lojalitetsprinsippet krever at nasjonalstatene utnytter tolkningsrom, så langt som mulig er, til å fremme fellesskapsretten. Det samme gjelder for prinsippet om direktivkonform tolkning – et krav som blant annet pålegger norske domstoler å anvende presumsjonsprinsippet.¹⁰²

I en norsk kontekst vil dette neppe få betydning for rettens plikt til å anvende EØS-regler ex officio fordi både voldgiftslovens og tvistelovens ex officio-grunnlag er pliktbestemmelser.¹⁰³ Ved fremtidig lovgivning må denne «bakdøren» tas i betraktning ettersom lovgiver uforvarende kan styrke EØS-rettens innflytelse på prosessretten gjennom å øke domstolens diskresjonære kompetanse.¹⁰⁴

Et spørsmål er om ekvivalensprinsippet pålegger norske domstoler en omfattende plikt til å gi partene materiell veiledning i alle EØS-rettslige saker. Retten har dels en plikt, men samtidig full kompetanse til å gi partene materiell veiledning i en viss utstrekning.¹⁰⁵ Som presisert innledningsvis medfører en ex officio-plikt i praksis en veiledningsplikt fordi domstolene må sørge for kontradiksjon.¹⁰⁶ Spørsmålet her er om uttalelsen over medfører en plikt til å veilede partene i alle andre tilfeller hvor dette ikke alt følger av en ex officio-plikt, for slik å få partene til å foreta

¹⁰¹ Ebers (2010) s. 823–846, Wallerman (2016) s. 340.

¹⁰² Arnesen (2015) s. 65 og 80. Prinsippet om direktivkonform tolkning er utviklet av EU-domstolen gjennom en rekke avgjørelser, se f.eks. saker C-14/83 og C-106/89. Presumsjonsprinsippet er et norsk tolkningsprinsipp som innebærer norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser, jf. Rt-2000-1811.

¹⁰³ Se voldgiftsloven §§ 43 annet ledd b) og 46 annet ledd b), samt tvisteloven §§ 11-3 sammenholdt med 11-2 (1) og 11-4.

¹⁰⁴ Se Wallerman (2010) s. 104–111 og (2016) s. 339.

¹⁰⁵ Jf. tvisteloven § 11-5 (2)-(7).

¹⁰⁶ Se 2.2.

nødvendige prosesshandlinger for å anvende EØS-retten i saken. Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at EØS-rettens lojalitetsprinsipp krever at norske domstoler strekker seg langt for å gi partene materiell veiledning.¹⁰⁷ EU-domstolens uttalelser gjaldt imidlertid ex officio-plikten. Som jeg vil komme tilbake til, bør man være varsom med å gi rettspraksis på dette området en vidtrekkende anvendelse.¹⁰⁸ Uansett kan ikke avgjørelsene innebære en plikt som går på tvers av kravene til forsvarlighet, proporsjonalitet, tidseffektivitet og hensynet til rettens upartiskhet.¹⁰⁹ Dette er verdier som anerkjennes innenfor fellesskapssystemet.¹¹⁰ Man kan også si det slik at veiledningskompetansen rekker så langt disse hensynene ikke begrenser den. I så fall innebærer ekvivalensprinsippet at den tilsvarende plikten begrenses på samme måte.¹¹¹ Resultatet kan neppe bli at norske domstoler har en plikt til å gi veiledning i alle tilfeller. Den generelle veiledningsplikten er diskutert av flere norske teoretikere, og jeg vil ikke forfølge spørsmålet i det videre.¹¹²

¹⁰⁷ EØS-avtalen artikkel 3.

¹⁰⁸ Se likevel Andersson (1999) s. 410–411, Werlauff (2000) s. 54 og Fenger (2004) s. 782–783 som mener tilsvarende må gjelde for veiledningsplikten.

¹⁰⁹ Jf. de prinsipper som følger av Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 (1) og tvisteloven §§ 1-1 og 11-5 (6)-(7).

¹¹⁰ Innenfor EU vil charterets artikkel 47 stå sentralt, se Wilman (2015) s. 41. Prinsippet om hensiktsmessig saksbehandling er også anerkjent av domstolen, se 2.5.2.

¹¹¹ Den konkrete avveiningen beror likevel på skjønn. Som Wallerman (2010) s. 106–114 argumenterer for, må man antagelig innfortolke en «similar balance» som ved anvendelsen av effektivitetsprinsippet, se 2.5.2, slik at plikten ikke er absolutt. EØS-retten kan likevel tenkes å få betydning for den konkrete avveiningen f.eks. slik at korrekt rettsanvendelse veier tyngre enn ellers. Etter min mening innebærer dette likevel ikke at man må se bort fra proporsjonalitetsprinsippet.

¹¹² Se Fredriksen (2008) s. 328–334, Eldjarn (2016) s. 240–244, Robberstad (2002) s. 195–222.

2.4 Ekvivalensprinsippet og nasjonale ex officio-bestemmelser

2.4.1 En utvidet ex officio-plikt på voldgiftsrettens område

Vi har sett at EU-domstolen i avgjørelsene *Eco Swiss*, *Claro* og *Asturcom* foretok en fellesskapsorientert analyse ved anvendelsen av ekvivalensprinsippet på nasjonale bestemmelser om adgang til å kjenne voldgiftsdommer ugyldig på grunn av strid med fellesskapsbestemmelser.¹¹³ Formålet i det følgende er å utdype denne tilnærmingen, samt å redegjøre for hva dette innebærer for norske voldgiftsregler.¹¹⁴

Dersom en voldgiftsdom bringes inn for norske domstoler i forbindelse med et ugyldighetssøksmål, skal retten av eget tiltak sette dommen til side dersom «voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen», jf. voldgiftsloven § 43 annet ledd b). Dersom ordre public-vilkåret er oppfylt, følger det av ordlyden «skal» at bestemmelsen innebærer en plikt for norske domstoler til å tilsidesette voldgiftsdommen ex officio – altså uavhengig av om partene har anført det. Forutsetningen er at en part har reist ugyldighetssøksmål innen søksmålsfristens utløp, men selve ordre public-bestemmelsen trenger altså ikke være påberopt.¹¹⁵ Tilsvarende har retten en plikt til å nekte anerkjennelse eller fullbyrding av voldgiftsdommer dersom de strider mot ordre public, jf. voldgiftsloven § 46 annet

¹¹³ Se 2.3.2-2.3.3.

¹¹⁴ Det er konkurransebegrensningsforbudet og forbrukeravtaledirektivets ugyldighetsregel som har blitt ansett som ordre public av EU-domstolen. Ifølge voldgiftsloven § 9 annet ledd kan de privatrettslige virkningene av konkurranselovgivningen prøves i en voldgiftssak. Dette inkluderer ugyldighets- og erstatningsspørsmål, se nærmere Woxholth (2013) s. 247–251. Voldgift i forbrukerforhold er noe mindre praktisk ettersom en voldgiftsavtale inngått før tvisten oppstod, ikke er bindende for forbrukeren, jf. voldgiftsloven § 11 første ledd. For avtaler inngått etter at tvisten oppstod, gjelder ytterligere regler, se annet og tredje ledd. Etter EØS-retten er det prinsipielt ingenting i veien for at slike tvister behandles gjennom voldgift – dette fremkommer implisitt av *Eco Swiss* og *Claro*.

¹¹⁵ Ugyldighetssøksmål må reises innen tre måneder etter at parten har mottatt dommen, jf. voldgiftsloven § 44 første ledd. En slik søksmålsfrist aksepteres av EØS-retten, se 2.5.3.

ledd b).¹¹⁶ Rettsvirkningen blir i begge tilfeller at voldgiftsdommen blir *uvirksom*.

Reglene er basert på UNCITRALs modellov,¹¹⁷ som igjen bygger på fullbyrdelsesreglene i New York-konvensjonen.¹¹⁸ Voldgiftslovens regler må derfor tolkes på bakgrunn av disse instrumentene.¹¹⁹ Av New York-konvensjonen fremgår det at en avgjørelse kan nektes fullbyrdet dersom den strider mot ordre public «of that country».¹²⁰ Et sentralt hensyn ved utformingen av konvensjonen var likevel at unntaket skulle være snevert.¹²¹ Utgangspunktet er at voldgiftsdommer skal være endelige, og de kan derfor bare settes til side eller bli nektet anerkjent eller fullbyrdet i særlige tilfeller.¹²²

Det følger av det som er sagt at det vil variere fra land til land hva som anses som ordre public. Begreps innhold formes av en stats kulturelle, rettslige, moralske og politiske tradisjoner.¹²³ Voldgiftslovens bestemmelser sikter til norsk ordre public.¹²⁴ Ifølge forarbeidene innebærer vilkåret at fundamentale prinsipper i rettssystemet og samfunnet har blitt krenket.¹²⁵ Høyesterett har lagt til grunn at bare «et resultat som

¹¹⁶ Merk at vurderingstema i denne bestemmelsen er knyttet til hvorvidt «anerkjennelse eller fullbyrding av voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen», mens vurderingstemaet etter § 43 annet ledd b) knytter seg til selve voldgiftsdommen. Bestemmelserne skal likevel forstås på samme måte, jf. Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 75, NOU 2001:33 s. 43, NOU 2001:32A s. 204. Se også tvisteloven § 19-16 (3) jf. (1).

¹¹⁷ Utarbeidet av FNs kommisjon for internasjonal handelsrett (UNCITRAL). Modellen er anerkjent av FNs generalforsamling (A/RES/40/72). 75 stater anses i dag som modellovland, jf. UNCITRAL (2017/2).

¹¹⁸ Moss (2009) s. 364–365. NY-konvensjonen er så langt ratifisert av 157 stater, jf. UNCITRAL (2017/1).

¹¹⁹ NOU 2001:33 s. 49, Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 75. Kolrud (2007) s. 266.

¹²⁰ Artikkel V (2) (b). Se tilsvarende UNCITRALs modellov artikkel 34 (2) (b) (ii) og 36 (1) (b) (ii).

¹²¹ Se konvensjonens fortale s. 2 fjerde avsnitt om at konvensjonens formål er å sikre at «the greatest number of cases as possible» blir anerkjent og fullbyrdet, samt E/2704 avsnitt 47, E/AC.42/4/Rev.1 avsnitt 49, NOU 2001:33 s. 114, Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 111, Schebesta (2010) s. 865, Born (2014) s. 2896flg.

¹²² Brozolo (2010) s. 33.

¹²³ Villiers (2011) s. 161–164, Shelkopyas (2003) s. 196.

¹²⁴ Berg (2006) s. 327, Kolrud (2007) s. 259.

¹²⁵ NOU 2001:33 s. 114, Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 111.

strider sterkt med vår rettsfølelse» kan omfattes av ordre-public-regelen.¹²⁶ Kjæremålsutvalget har tidligere uttalt at det skal «svært meget til for at ordre publicregelen får anvendelse», og at resultatet må «stå i sterk motstrid til vår etiske og sosiale oppfatning».¹²⁷ Det at voldgiftsretten har vurdert faktum eller rettsregler feil, oppfyller ikke vilkåret.¹²⁸ Heller ikke brudd på en preseptorisk rettsregel er nok i seg selv til å oppfylle kravet.¹²⁹ I litteraturen er trusler, bedrageri og bestikkelser nevnt som eksempler som kan utgjøre ordre public.¹³⁰

Selv om man skulle mene at EØS-avtalen artikkel 53 og avtalelovens § 37, som gjennomfører forbrukeravtaledirektivet, er viktige regler, er det vel få som vil påstå at disse er bærere av spesielt viktige moralske, etiske eller fundamentale verdier. De er heller ikke utslag av norsk lovgivervilje. Brudd på reglene vil derfor neppe i seg selv utgjøre ordre public etter norsk oppfatning.¹³¹ Dette underbygges av at det nå – selv etter *Eco Swiss* – anses som usikkert om interne konkurranserettslige regler er ordre public.¹³² Brudd på preseptoriske forbrukerregler nevnes ikke i litteraturen

¹²⁶ Rt-2009-1537 avsnitt 37. Saken gjaldt spørsmål om lovvalg i en erstatningssak om påståtte personvernkrænkelser i en bok der forfatteren hadde bodd hos en bokhandlerfamilie i Kabul, men jeg antar uttalelsen også er representativ for ordre public i voldgiftssammenheng. Se også Rt-2011-531 avsnitt 52.

¹²⁷ Rt-1996-1288 s. 1291. Uttalelsen gjaldt tvistemålsloven § 167 annet ledd sml. tvisteloven § 19-16 (3), men må gjelde tilsvarende for voldgiftsloven. Tilsvarende også for Rt-1999-837 s. 842, som gjaldt anerkjennelse av en dom etter Luganokonvensjonen artikkel 27 (1), hvor kjæremålsutvalget uttalte at det må foreligge brudd på grunnleggende rettsgrunnsetninger eller rettsikkerhetsprinsipper for at ordre public-unntaket skal være oppfylt.

¹²⁸ NOU 2001:33 s. 76, Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 75. Se også RG-2007-1461 som gjelder Lugano-konvensjonen artikkel 27 (1), Moss (2008) s. 154, Magnussen (2015) s. 120.

¹²⁹ Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 111. Se også Woxholth (2013) s. 894, Berg (2006) s. 327.

¹³⁰ Berg (2006) s. 328, Moss (2008) s. 156. I LB-2016-93835 uttalte lagmannsretten at en voldgiftsklausul fremkalt ved svik, ikke oppfyller vilkåret. Saken er ikke rettskraftig, og skal behandles i Høyesterett i september 2017.

¹³¹ En annen sak er at det kan tenkes at dette blir tilfellet etter en konkret vurdering. Det avgjørende er i så fall hvorvidt *fundamentale prinsipper* er krenket, slik at resultatet står i strid med vår moralske oppfatning.

¹³² Berg (2006) s. 330. Forarbeidene gir derimot ikke grunnlag for å skille mellom EØS-konkurransereglene og interne konkurranseregler, se NOU 2001:33 s. 52 og Woxholth (2013) s. 899. Internasjonalt har det vært en debatt hvorvidt konkurransereglene skal anses som ordre public, se Brozolo (2010) s. 31 flg.

som eksempler på ordre public, og synes dermed å stå enda fjernere fra hva unntaket tradisjonelt har blitt antatt å omfatte.¹³³

Etter *Eco Swiss*, *Claro* og *Asturcom* vil voldgiftslovens bestemmelser likevel utgjøre hjemler for å tilsidesette eller nekte anerkjennelse eller fullbyrding av voldgiftsdommer dersom de bryter nevnte bestemmelser. Rettspraksis fra EU-domstolen viser at det er irrelevant hva som er ordre public etter en nasjonal vurdering. Det sentrale er at bestemmelsene er ordre public etter fellesskapsretten, og bestemmelsene må derfor likebehandles med nasjonale bestemmelser med samme status.¹³⁴ Både konkurransebegrensningsforbudet og forbudet mot urimelige forbrukervilkår er sentrale for EØS-samarbeidet, og det er i utgangspunktet ingen grunn til at disse reglene skal ha en annen status innenfor EØS-systemet enn innen EU-systemet.¹³⁵ EØS-retten medfører at ex officio-plikten utvides.¹³⁶ Norske rettskilder spiller liten rolle ved den fellesskapsorienterte anvendelsen av ekvivalensprinsippet. Utviklingen ligger dermed i EU-domstolens hender. I kapittel 3 kommer jeg nærmere tilbake til pliktens rekkevidde. I denne sammenheng er dette ment som en illustrasjon av den fellesskapsorienterte tilnærmingen.¹³⁷ Det neste spørsmålet er om denne tilnærmingen også skal anvendes på tvisteloven § 11-4.

¹³³ Slike regler har tradisjonelt blitt ansett å beskytte den enkeltes og ikke fellesskapets interesser, jf. Skoghøy (2017) s. 600, Aasland (1969) s. 177–178.

¹³⁴ Se også NOU 2001:33 s. 52, Kolrud (2007) s. 260, Berg (2006) s. 330.

¹³⁵ Tilsvarende Hjelmeng (2003) s. 197 og Magnussen (2000) s. 94 hva gjelder konkurranseretten.

¹³⁶ Man kan ikke utlede en ex officio-plikt direkte ut fra *Eco Swiss*, jf. Andersson (2000) s. 456. *Eco Swiss* slår bare fast at enkelte bestemmelser er ordre public. Det blir derimot feil når Eldjarn (2016) s. 232 skriver at «avgjørelsen utvider dermed ikke nasjonale domstolers...plikt til å håndheve EU-retten». Poenget er at ordre public-begrepet utvides, og for stater med regler om at ordre public-tilfeller skal anvendes ex officio, blir resultatet en utvidet ex officio-plikt. Avgjørelsen griper slik direkte inn i nasjonal prosessautonomi.

¹³⁷ Schebesta (2010) s. 847 og 878 kaller dette «maximum equivalence».

2.4.2 Ekvivalens og «offentlige hensyn» etter tvisteloven § 11-4

I alminnelige tvistesaker er tvisteloven § 11-4 den sentrale bestemmelsen for dommeres plikt til å anvende juss ex officio. Dersom et tilfelle omfattes av bestemmelsens anvendelsesområde, er retten ikke bundet av partenes påstander og påstandsgrunnlag. Retten vil også ha en plikt til å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, noe som kan innebære at den må supplere partenes bevisførsel, jf. tvisteloven § 21-3 (2).

Tvisteloven § 11-4 angir når saker anses som indispositive. Det sentrale vilkår i denne sammenheng er at dette omfatter tilfeller når «offentlige hensyn» tilsier det. Uttrykket må forstås vidt.¹³⁸ Forarbeidene fastslår at det avgjørende er om de materielle reglene som kommer til anvendelse, tilsier slike begrensninger.¹³⁹ Saken er indispositiv hvis «allmenne interesser i vid forstand tilsier at saken blir belyst og avgjort i et bredere perspektiv enn bare det som følger av partenes prosesshandlinger».¹⁴⁰ Dette innebærer at en mer eller mindre homogen gruppe av materielle regler settes i prosessuell særstilling. Fellesnevneren er at disse reglene anses å ivareta interesser som går utover partenes egne interesser.

Spørsmålet er hvordan ekvivalensprinsippet skal anvendes på tvisteloven § 11-4. En nasjonalorientert analyse innebærer at man først må fastlegge hvilke nasjonale regler som beskyttes av bestemmelsen, og deretter må disse sammenlignes med den aktuelle fellesskapsregelen. Dette innebærer en konkret sammenligning av reglenes vilkår, rettsvirkninger, formål og omstendighetene for øvrig. Nasjonale rettskilder blir i så fall styrende. En fellesskapsorientert analyse innebærer at det avgjørende er om reglene har samme stilling innenfor fellesskapsretten. I så fall er det bare nødvendig å fastslå at fellesskapsreglene ivaretar offentlige hensyn, og dermed er en ex officio-plikt pålagt norske domstoler. Hvilke fellesskapsregler dette skulle være, er ikke klart. *Claro* og *Asturcom* gjaldt forbrukeravtaledirektivet, og domstolen forankret direktivbeskyttelsen i

¹³⁸ Schei (2013) s. 402, Skoghøy (2017) s. 596.

¹³⁹ Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 405.

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 177.

«the nature and importance of the public interest».¹⁴¹ Domstolen uttalte ikke eksplisitt det samme om konkurransebegrensningsforbudet i *Eco Swiss*, men når bestemmelsen ble ansett som ordre public, må det antas at dette nettopp var begrunnet i offentlige hensyn.¹⁴² Men kan ikke så å si samtlige av fellesskapsrettens regler begrunnes i offentlige hensyn fordi de er ment å ivareta (det økonomiske) fellesskapet? I så fall vil all EØS-rett måtte anvendes ex officio av norske domstoler. Dette vil helt klart sprengte tvistelovens rammer, og legge press på rollefordelingen mellom parter og domstol.

2.4.3 Ekvivalensprinsippet og forhandlingsprinsippet i rettspraksis

EU-domstolen tok for første gang stilling til ex officio anvendelse av fellesskapsregler i *Verholen*.¹⁴³ Generaladvokaten anbefalte EU-domstolen å fastslå at nasjonale domstoler har en plikt til å anvende alle fellesskapsregler ex officio.¹⁴⁴ EU-domstolen valgte isteden en forsiktig tilnærming, og nøyde seg med å fastslå at fellesskapsretten *ikke var til hinder* for at nasjonale domstoler ex officio undersøkte nasjonale reglers forenlighet med direktivet.¹⁴⁵ Dette innebar en henvisning til at den nederlandske domstolen sto fritt til å anvende egne prosessregler som oppstilte slike plikter, og må anses som en svært forsiktig og nasjonalorientert anvendelse av ekvivalensprinsippet.¹⁴⁶

Fire år senere gjorde EU-domstolen det klart i *van Schijndel* at nasjonale domstoler har en *plikt* til å anvende fellesskapsregler ex officio dersom man har kompetanse eller plikt til det for tilsvarende søksmål bygget på nasjonal rett.¹⁴⁷ Tvisten i saken gjaldt grunnlaget for tvunget medlemskap i et pensjonsfond for fysioterapeuter. Saksøkerne anførte

¹⁴¹ Saker C-168/05 avsnitt 38, C-40/08 avsnitt 52.

¹⁴² Sak C-126/97. I samme retning; Magnussen (2015) s. 225.

¹⁴³ Forente saker C-87/90-C-89/90.

¹⁴⁴ Avsnitt 19–22.

¹⁴⁵ Avsnitt 11–16.

¹⁴⁶ Svaret reflekterte dessuten spørsmålsformuleringen.

¹⁴⁷ Forente saker C-430/93 og C-431/93.

at medlemsplikten hverken hadde hjemmel i fondets pensjonsregulativ, eller i nederlandsk lov.¹⁴⁸ Først i anken til Hoge Raad gjorde partene gjeldende at underinstansen på eget initiativ burde ha tatt stilling til om det omtvistede medlemskapet var forenlig med fellesskapsrettens konkurranseregler.¹⁴⁹ Bare anførsler av rent rettslig karakter kunne etter nederlandsk rett gjøres gjeldende på dette tidspunktet.¹⁵⁰ Retten pliktet å supplere slike rettslige anførsler, men kunne ikke «go beyond the ambit of the dispute defined by the parties themselves» eller legge til grunn andre «facts or circumstances» enn det saken bygget på. Ettersom Hoge Raad fant at partenes anførsler knyttet seg til fakta og omstendigheter som underretten ikke hadde vurdert eller bygget på, reiste domstolen spørsmål om nasjonale domstoler pliktet å anvende EU-retten ex officio.¹⁵¹

EU-domstolen la til grunn at den nasjonale domstolen var forpliktet til på eget initiativ å anvende fellesskapsrettslig juss uavhengig av om partene hadde påberopt seg regelen, så langt dette fulgte av nasjonal rett.¹⁵² Dette gjaldt imidlertid ikke dersom domstolen måtte anvende fakta som partene ikke hadde påberopt og dermed forlate den passive rollen den var tilskrevet.¹⁵³

Selv om Nederland tilsynelatende hadde en prosessregel lik tvisteloven § 11-4 hvor domstolen kunne anvende regler ex officio «in exceptional cases where the public interest requires its intervention», anvendte ikke EU-domstolen ekvivalensprinsippet på denne bestemmelsen.¹⁵⁴ Domstolen kunne ha lagt til grunn at de aktuelle konkurransereglene ivaretok offentlige hensyn, og deretter påpekt at konkurransereglene stod i samme stilling som nasjonale regler av «public interest». Dette ville i så fall være i tråd med den fremgangsmåten som senere ble fulgt i *Eco Swiss, Claro* og *Asturcom*. Ex officio-spørsmålet ble i stedet utelukkende prøvd opp mot

¹⁴⁸ Avsnitt 8.

¹⁴⁹ Avsnitt 10.

¹⁵⁰ Se avsnitt 11 for gjengivelse av nederlandsk rett.

¹⁵¹ Avsnitt 12.

¹⁵² Avsnitt 15. Sml. tvisteloven § 11-3.

¹⁵³ Avsnitt 22. Sml. tvisteloven § 11-2.

¹⁵⁴ Avsnitt 21.

effektivitetsprinsippet.¹⁵⁵ Den mest nærliggende forklaringen er at EU-domstolen ikke fant ekvivalensprinsippet anvendelig.¹⁵⁶ Generaladvokaten fremhevet at nederlandske domstoler hadde en plikt til å anvende ordre public-regler uavhengig av partenes påstandsgrunnlag, og at ankepartene hadde anført at fellesskapsreglene måtte anses som ordre public uavhengig av den nederlandske definisjonen.¹⁵⁷ Dette avviste generaladvokaten, som mente at man ikke kunne gi fellesskapsreglene en særlig status.¹⁵⁸ Generaladvokaten påpekte at motsatt konklusjon ville virke forstyrrende på medlemsstatens rettssystemer.¹⁵⁹ Det eneste unntaket måtte være dersom nasjonale domstoler var forpliktet etter nasjonal rett til å anvende en tilsvarende bestemmelse *ex officio*.¹⁶⁰ *Van Schijndel* gir derfor holdpunkter for at man må foreta en nasjonalorientert analyse ved anvendelse av ekvivalensprinsippet i alminnelige tvistesaker. Generaladvokatens uttalelse er samtidig ikke entydig; generaladvokaten uttalte også at man burde anvende en vid fortolkning av ekvivalensprinsippet.¹⁶¹ Uansett er det tydelig at EU-domstolen valgte å ikke utnytte tolkningsrommet.

Mens EU-domstolen i *van Schijndel* aksepterte at nasjonale prosessregler stengte for at en ordinær domstol kunne anvende EU-konkurransereguleringene, åpnet den som nevnt ikke for den samme fleksibiliteten fire år senere i *Eco Swiss*.¹⁶² Man kan spørre om EU-domstolen siden *van Schijndel* har utviklet et bredere ekvivalensprinsipp. *Eco Swiss* gjaldt på den annen side domstolers adgang til å overprøve voldgiftsdommer, og det er dermed ikke gitt at sakene kan sammenlignes.¹⁶³

¹⁵⁵ Nærmere om dette i 2.5.3.

¹⁵⁶ En annen årsak kan være at spørsmålet synes å være stilt med en forutsetning om at saken var dispositiv, se avsnitt 12.

¹⁵⁷ Avsnitt 47. Også ordre public ivaretar offentlige hensyn, men jeg antar at kategorien er snevrere enn «public interest». Snijders (2014) s. 105 mener det ikke er noen forskjell.

¹⁵⁸ Avsnitt 48.

¹⁵⁹ Avsnitt 37.

¹⁶⁰ Avsnitt 38.

¹⁶¹ Avsnitt 28.

¹⁶² Magnussen (2015) s. 221.

¹⁶³ Prechal (2005) s. 162–163. Hverken *Eco Swiss* eller *Claro* gjaldt forhandlingsprinsippet ettersom partene selv påberopte seg ordre public-grunnen, se henholdsvis avsnitt 14 og 18. Samtidig gjaldt *Asturcom* et *ex officio*-tilfelle, uten at resultatet ble et annet.

Kraaijeveld-saken gjaldt selskapet Kraaijeveld som reiste sak om gyldigheten av en lokal reguleringsplan om dikeforsterkninger.¹⁶⁴ Det følger av miljøvirkningsdirektivet at man ved miljøinngrep må gjennomføre konsekvensanalyser i forbindelse med utarbeidelse av reguleringsplaner.¹⁶⁵ Det hadde ikke blitt gjort i dette tilfellet. Selskapet hadde imidlertid ikke påberopt seg dette som grunnlag for at reguleringsplanen var ugyldig. Ett av spørsmålene for EU-domstolen var om den nederlandske domstolen likevel, *ex officio*, pliktet å vurdere om konsekvensanalyse skulle ha blitt foretatt i henhold til direktivet. Dette ble besvart bekreftende.¹⁶⁶ Resultatet synes å følge av ekvivalensprinsippet.¹⁶⁷ Ved første øyekast synes avgjørelsen å være vanskelig å forene med *van Schijndel*. Det er likevel ikke grunn til å tro at avgjørelsen, som ble avsagt ett år senere, medførte en utvidelse av ekvivalensprinsippet. Av generaladvokatens uttalelse fremkommer det at saken ble behandlet i en forvaltningsdomstol hvor partene ikke har fri rådighet.¹⁶⁸ Dermed må avgjørelsen ses som et konkret utslag av ekvivalensprinsippet – når den nasjonale domstolens kompetanse ikke var begrenset ved anvendelsen av nasjonal rett, kunne dens kompetanse heller ikke være begrenset ved anvendelsen av EU-retten.¹⁶⁹ På grunn av disse særskilte omstendighetene, gir avgjørelsen få retningslinjer for hvordan ekvivalensprinsippet skal anvendes på tvisteloven § 11-4.¹⁷⁰

I 2.3.2 redegjorde jeg for *van der Weerd* som gjaldt spørsmål om enkeltbestemmelser i munn- og klovsykedirektivet skulle anvendes *ex*

Dette kan likevel ha sammenheng med det særlige beskyttelsesnivået innenfor forbrukerretten, se 4.2.4.

¹⁶⁴ Sak C-72/95.

¹⁶⁵ Rdir 85/337/EØF.

¹⁶⁶ Avsnitt 60 og 61.

¹⁶⁷ Avsnitt 60 og 57.

¹⁶⁸ Avsnitt 78 og 80.

¹⁶⁹ Som Fredriksen (2008) s. 325 påpeker, kan man derfor ikke utlede av *Kraaijeveld* at dommeren har en selvstendig plikt til å ivareta det offentliges interesse i en sak, slik Robberstad (2002) s. 219 legger til grunn. Offentligrettslige krav anses i norsk rett som dispositive så lenge det offentlige har adgang til å omgjøre vedtakene til gunst for den private part, jf. NOU 2001:32B s. 708.

¹⁷⁰ Se sak C-18/13 avsnitt 33–39 for annet eksempel på et konkret utslag av ekvivalensprinsippet som medførte *ex officio*-plikt på skatterettens område.

officio.¹⁷¹ Som nevnt syntes EU-domstolen å foreta en nasjonalorientert analyse ved anvendelsen av ekvivalensprinsippet.¹⁷² På samme måte som i *van Schijndel* bemerket domstolen at det fantes en nasjonal unntaksregel hvor domstolene skal anvende jussen ex officio dersom offentlige hensyn krever det, uten at adgangen ble brukt for å begrunne at direktivet skulle anvendes av domstolen på eget initiativ.¹⁷³ Ettersom *van der Weerd* ble avsagt åtte år etter *Eco Swiss*, kan det tyde på at EU-domstolen aldri har ment å utvide ekvivalensprinsippet i alminnelige søksmålssituasjoner.¹⁷⁴

I enkelte tilfeller, særlig innenfor forbrukerretten, synes EU-domstolen å ha anvendt en nasjonal unntaksregel om offentlige hensyn, lik tvisteloven § 11-4. Det klareste eksempelet er *Martín*, hvor domstolen tok utgangspunkt i et slikt unntak og uttalte «[i]t must, therefore, be ascertained...whether the Community law provision at issue...can be considered to be founded on such a public interest».¹⁷⁵ Med første øyekast tyder dette på en bred anvendelse av ekvivalensprinsippet. Når EU-domstolen fant at den nasjonale domstolen pliktet å anvende den aktuelle direktivbestemmelsen ex officio, synes dette likevel å være forankret i en direktivspesifikk plikt på forbrukerrettens område.¹⁷⁶ Det betyr at resultatet uansett ville ha blitt det samme, også uten den nasjonale unntaksregelen. Saken kan derfor ikke ses som et utslag av ekvivalensprinsippet, og gir ingen veiledning for hvordan ekvivalensprinsippet skal anvendes på tvisteloven § 11-4. Man kan likevel ikke utelukke at saken er et varsel om at EU-domstolen i fremtiden vil benytte en fellesskapsorientert analyse ved anvendelsen av ekvivalensprinsippet på nasjonale regler i alminnelige tvistesaker.¹⁷⁷

¹⁷¹ Forente saker C-222/05-C-225/05.

¹⁷² Avsnitt 29–30.

¹⁷³ Avsnitt 35.

¹⁷⁴ Dette støttes av sak C-161/15, se note 78 ovenfor.

¹⁷⁵ Sak C-227/08 avsnitt 20–21.

¹⁷⁶ Se 4.2.3.

¹⁷⁷ Se også Wallerman (2010) s. 110 som påpeker at domstolen gjennom frasen «only in exceptional cases where the public interest requires its intervention» har skapt rom for utvikling.

Etter mitt syn foreligger det sterkeste holdepunkter for at man skal foreta en nasjonalrettslig analyse ved anvendelsen av ekvivalensprinsippet i alminnelige sivile saker. I det følgende skal jeg se nærmere på hva som kan være bakgrunnen for at EU-domstolens tilnærming er varierende.

2.4.4 Bakgrunnen for den splittede ekvivalenslære

I motsetning til hva som er tilfellet i alminnelige tvistesaker, har EU-domstolen i tre saker om voldgift anlagt en fellesskapsorientert analyse ved anvendelsen av ekvivalensprinsippet. Dette har medført at adgangen til å kjenne voldgiftsdommer uvirksomme, har blitt utvidet.¹⁷⁸

Eco Swiss var den første avgjørelsen, og står derfor sentralt i undersøkelsen av hva som kan være den bakenforliggende årsaken til EU-domstolens tilnærming. I avgjørelsen tok EU-domstolen utgangspunkt i voldgiftsinstituttets stilling i et EU-rettslig perspektiv.¹⁷⁹ Slik avsluttes også resonnementet.¹⁸⁰ Dette gir grunnlag for en antagelse om at det er forhold ved voldgiftsinstituttet som gjør at ekvivalensprinsippet gis et litt annet innhold og anvendes bredere enn ellers.

Et poeng som EU-domstolen selv påpeker er at voldgiftsdomstoler ikke anses som «court or tribunal» i henhold til den någjeldende bestemmelsen i TEUV artikkel 267,¹⁸¹ og at voldgiftsdomstoler derfor ikke kan anmode EU-domstolen om prejudisielle avgjørelser om tolkningen av EU-retten.¹⁸² EU-domstolen understreket at fordi det er viktig å forhindre forskjeller i hvordan fellesskapsretten tolkes, må lovtolkningen kunne prøves for de alminnelige domstoler, som, om nødvendig, kan be EU-domstolen om en prejudisiell uttalelse.¹⁸³ Etter mitt syn må dette forstås som det sentrale

¹⁷⁸ Se 2.4.1.

¹⁷⁹ Avsnitt 31–32.

¹⁸⁰ Avsnitt 40.

¹⁸¹ Tidligere EF-traktaten 177. Sml. ODA-avtalen artikkel 34.

¹⁸² Avsnitt 40. Først lagt til grunn i sak C-102/81 *Nordsee*.

¹⁸³ Avsnitt 40.

formålet bak avgjørelsen.¹⁸⁴ Som jeg vil vise, er dette også et tungtveiende moment når effektivitetsprinsippet anvendes.¹⁸⁵

Shelkopyas hevder at EU-domstolens insistering på å sørge for foreleggesadgang er irrasjonell. Hun begrunner dette med at nasjonale domstoler bare foretar en minimumsprøving av om voldgiftsdommen kan godkjennes eller ikke, og begrenser dette mot en full overprøving av det substansielle spørsmålet.¹⁸⁶ På denne bakgrunn mener hun det har lite for seg å stille prejudisielle spørsmål til EU-domstolen, og at det i hovedsak er spørsmålet om hvilke EU-regler som er ordre public som er mest interessant på dette stadiet. Jeg mener dette kanskje er å legge litt for mye i skillet mellom en etterprøving og full overprøving. Domstolene må jo begrunne hvorfor en voldgiftsdom utgjør ordre public eller ikke, og i den forbindelse må domstolen ta stilling til substansielle sider ved saken.¹⁸⁷ Foreleggelsesprosedyren får riktignok mindre betydning dersom bare grove brudd på fellesskapsretten anses som ordre public, se nærmere 3.4.

Et annet poeng som begrunner at domstolene skal kunne overprøve voldgiftsdommer, er å hindre at partene skal omgå konkurransereglene ved å avtale voldgift, for deretter å fullbyrde avgjørelsen for domstolene. Dette hensynet ble ikke løftet frem i selve *Eco Swiss*-avgjørelsen, men det er fremhevet av generaladvokaten.¹⁸⁸ Å hindre omgåelse av de obligatoriske reglene, står også sentralt i forbrukersakene.¹⁸⁹ Å hindre omgåelser kan imidlertid ikke alene ha vært avgjørende. Som jeg vil vise, godtok EU-

¹⁸⁴ Se også generaladvokatens uttalelse hvor han nettopp påpeker at det er en nær sammenheng mellom en effektiv prøvelse av voldgiftsdommer og adgangen til å forelegge spørsmål til EU-domstolen, se avsnitt 29–32, 35, 43. I samme retning Brulard (2001) s. 538–539, Shelkopyas (2002) s. 586, Komninos (2000) s. 465–467, Delicostopoulos (2003) s. 607. Det samme må gjelde for *Claro* og *Asturcom* som bygger på en analog anvendelse av *Eco Swiss*.

¹⁸⁵ Se 2.5.3 og saken *Peterbroeck*.

¹⁸⁶ Shelkopyas (2003) s. 132–133.

¹⁸⁷ Også Corthaut (2012) s. 197 kritiserer synspunktet.

¹⁸⁸ Avsnitt 24 og 35.

¹⁸⁹ F.eks. Sak C-168/05 avsnitt 38.

domstolen i *Eco Swiss* at kravet var prekludert fordi søksmålsfristen ikke var overholdt.¹⁹⁰

Et tredje poeng er at partene skal få en mulighet til å få prøvd sine fellesskapsrettslige anførsler for en alminnelig domstol. Dette hensynet har nær sammenheng med den allmenne interessen i å sikre en ensartet tolkning av fellesskapsretten gjennom foreleggelsesadgang.¹⁹¹ Samtidig har poenget selvstendig betydning sett fra en parts ståsted. Dette er kanskje særlig viktig i saker hvor det er ulikt styrkeforhold mellom partene, slik som i forbrukersaker, men vil også være av interesse for den part som har oversett konkurransespørsmålet under voldgiftsbehandlingen. Selv om voldgiftsretten vil kunne prøve de materielle spørsmålene, kan man ikke være like trygg på at voldgiftsdommerne er fullt ut uavhengige og nøytrale, for eksempel ved prøving av voldgiftsklausuler hvor voldgiftsdommerne kan ha en personlig interesse i å opprettholde klausulen.¹⁹²

Til sammen utgjør disse tre poengene det jeg i det følgende vil omtale som *hensynet til domstolsadgang* eller *adgang til domstol*.¹⁹³ Når jeg allerede har antydnet at hensynet til domstolsadgang også er sentralt ved anvendelsen av effektivitetsprinsippet, tilsier det at grensen mellom søsterprinsippene kan være flytende. Denne grensen blir mer utydelig jo bredere anvendelse ekvivalensprinsippet gis.

Ekvivalensprinsippetets primære formål er å forhindre forskjellsbehandling av fellesskapsrettslige og nasjonale krav. På den annen side innebærer prinsippet at diskresjonær kompetanse medfører fellesskaps-

¹⁹⁰ Se 2.5.3.

¹⁹¹ Generaladvokatens uttalelse i *Eco Swiss* avsnitt 32.

¹⁹² Dette synes iallfall å være en oppfatning innenfor EU-systemet, jf. f.eks. generaladvokatens uttalelse i *Asturcom* avsnitt 66. Også Hov (2010) s. 481 påpeker at man ikke har den samme garanti for forsvarlig saksbehandling ved voldgiftsrett som ved ordinære domstoler, selv om voldgiftsretten etter voldgiftsloven § 31 har plikt til å anvende gjeldende rett.

¹⁹³ Dette må ikke forveksles med «access to court» under prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, nå forankret i EU-charteret artikkel 47 sml. EMK artikkel 6 og 13. Prechal (1998) s. 694 forklarer at det er en nær sammenheng mellom dette prinsippet og foreleggelsesprosedyren. Selv om det er visse fellestrekk vil «access to court» favne videre og omfatte kravene til en uavhengig domstol, domstolenes prøvingsadgang osv., se f.eks. Wilman (2015) s. 41.

rettslig plikt.¹⁹⁴ Dette tyder på at effektivitetsbetraktninger også inngår i ekvivalensprinsippet.¹⁹⁵ Det kan videre tenkes at dette ble avgjørende for EU-domstolen når den skulle ta stilling til hvorvidt man stod overfor «tilsvarende søksmål» i disse voldgiftsavgjørelsene.

Man kan spørre om EU-domstolen kunne ha kommet til samme resultat i de tre sakene ved å anvende effektivitetsprinsippet. Effektivitetsprinsippet består i en konkret avveining av ulike hensyn, og svaret er åpenbart bekreftende.¹⁹⁶ Dermed blir spørsmålet hvorfor EU-domstolen valgte å gå veien om (det utvidede) ekvivalensprinsippet. Det er mulig generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Eco Swiss* kan gi veiledning:

Det EU-domstolen skulle ta stilling til var om Hoge Raad pliktet å kjenne en voldgiftsdom ugyldig fordi den var i strid med konkurransebegrensningsforbudet. Nasjonal rett var til hinder for dette, og generaladvokaten prøvde rettstilstanden opp mot effektivitetsprinsippet. Generaladvokaten konkluderte med at begrensningen gjorde det uforholdsmessig vanskelig å anvende fellesskapsretten.¹⁹⁷ I stedet for å fastholde dette, valgte han å gjøre rede for «a different approach» som fortsatt ville gjøre det mulig for den nasjonale domstolen å anvende nasjonale prosessregler. Dette innebar å anerkjenne konkurransebegrensningsforbudet som ordre public, og dermed «extend the ambit of the Netherlands rule on judicial review of arbitration awards». Generaladvokaten mente dette ville være et mindre inngrep i den nasjonale prosessautonomi, samtidig som man hadde behov for å sikre effektiv overprøving av voldgiftsdommer som stred mot konkurransereglene. Han påpekte at selv om regelen regulerte forholdet mellom private, stod ikke private fritt til unndra seg fra forbudet. Til slutt uttalte han at den særlige betydningen konkurransereglene har, måtte tas hensyn til i avveiningen mellom overholdelse av nasjonale prosessregler og et konkurransedyktig marked.

¹⁹⁴ Se 2.3.4.

¹⁹⁵ Corthaut (2012) s. 202 kaller dette «effektiv ekvivalens». Tilsvarende: Engström (2008) s. 75.

¹⁹⁶ Se om effektivitetsprinsippet i 2.5.2.

¹⁹⁷ Alle gjengivelser og sitater fra avsnitt 38.

Generaladvokatens uttalelse tyder på at beskyttelse av konkurransebegrensningsforbudet ble ansett som det viktigste, og det ble grundig vurdert hvordan man kunne nå det målet på best mulig måte.¹⁹⁸ På bakgrunn av uttalelsen kan man anta at ekvivalensprinsippet ble det utvalgte redskap fordi dette ville ivareta statens prosessuelle autonomi – iallfall illusjonen av dette.¹⁹⁹ I stedet for å tilsidesette den nasjonale regelen som stridende mot EU-retten, kunne EU-domstolen legitimere sitt resultat, innpakket i likhetsbetraktninger. Ekvivalensprinsippet ble ansett som et mer skånsomt verktøy sammenlignet med effektivitetsprinsippet som ville ha gitt en direkte konfrontasjon mellom EU-retten og nasjonal prosessrett.²⁰⁰ Som Landolt påpeker, er statene ofte mer tilbøyelige til å akseptere utvikling av egne nasjonale prinsipper, enn å tilsidesette nasjonale regler til fordel for fellesskapsregler med en fremmed utforming og med overnasjonale verdier.²⁰¹ EU-domstolen ønsket å pålegge nasjonale domstoler å føre tilsyn med overholdelsen av konkurransereglene, og den mekanismen fant de gjennom å benytte seg av den kontrollordningen som alt var etablert for voldgiftsdommer i nasjonal rett.²⁰² Ved å anse konkurransereglene som ordre public, sikret dette samtidig full harmonisering på tvers av medlemsstatene ettersom samtlige medlemsland vil kjenne voldgiftsdommer uvirksomme med grunnlag i ordre public.²⁰³ Å anvende ekvivalensprinsippet var derfor den beste måten å sikre foreleggelsesadgang – til sammenligning innebærer effektivitetsprinsippet at man må foreta en konkret vurdering av den nasjonale regelen.²⁰⁴ Det å

¹⁹⁸ Se også generaladvokatens uttalelse til *van der Weerd* avsnitt 28 hvor han gjennomgår tidligere rettspraksis og uttaler om *Eco Swiss* at EU-domstolens primære anliggende var å sikre et rettsmiddel for å angripe voldgiftsavgjørelser i strid med konkurransebegrensningsforbudet.

¹⁹⁹ Dette blir bare en illusjon så lenge EU-domstolen dikterer hva som skal være ordre public, se også Schebesta (2010) s. 876.

²⁰⁰ Shelkopyas (2002) s. 582–583, Komninos (2000) s. 473. Slik unngikk også EU-domstolen å gripe direkte inn i New York-konvensjons system, jf. Schebesta (2010) s. 871.

²⁰¹ Landolt (2006) s. 190.

²⁰² Ryssdal (2002) s. 673.

²⁰³ Alle medlemsstatene har ratifisert New York-konvensjonen, se UNCITRAL (2017/1). Se også Liebscher (2008) s.552

²⁰⁴ Prechal (2005) s. 163 hevder dette var den eneste måten å sikre foreleggelsesprosedyren på. Tilsvarende: Komninos (2000) s. 473.

anvende ekvivalensprinsippet var rett og slett mer effektivt enn å anvende effektivitetsprinsippet!

I den forbindelse er det interessant at generaladvokatene i *Claro* og *Asturcom*, som begge gjaldt urimelige voldgiftsklausuler, anbefalte EU-domstolen å fastslå at «retten til å bli hørt» var krenket, se henholdsvis avsnitt 57–60 og 61. I stedet valgte domstolen å likestille artikkel 6 (1) som sådan med ordre public. Trolig var dette også for å effektivisere direktivet, samtidig gav fremgangsmåten inntrykk av å bevare nasjonalstatenes prosessautonomi.²⁰⁵

Etter min mening styrker dette konklusjonen om at man ikke kan anvende den fellesskapsorienterte analysen i alminnelige tvistesaker. Denne tilnærmingen gjelder spesielt på voldgiftsrettens område, hvor formålet er å sikre domstolsadgang. Den mer forsiktige tilnærmingen i alminnelige tvistesaker kan videre forklares med at forhandlingsprinsippet har sterkere tilknytning til statenes suverenitet enn voldgiftsinstituttet – som først og fremst er et resultat av partsautonomien.²⁰⁶ Et inngrep i førstnevnte vil dermed anses som mer dramatisk enn i det sistnevnte.

Ekvivalensprinsippet formål synes å være splittet. Dets primære formål i alminnelige tvistesaker er å hindre forskjellsbehandling av fellesskapsrettslige krav. På voldgiftsrettens område er det ment å sikre domstolsadgang og effektiv harmonisering på tvers av medlemsstatene. Dermed kan vi snakke om en splittet ekvivalenslære.

Dette er ikke det eneste eksempelet på at EU-domstolen har gitt ekvivalensprinsippet et varierende innhold. Sowery har analysert ekvivalensprinsippet anvendelse på prosessuelle regler om rettskraft. Hun har funnet at EU-domstolen synes å ha et ambivalent forhold til hva som er ekvivalensprinsippet funksjon og formål. Som eksempel har EU-domstolen uttalt at fellesskapsrettigheter av lik natur og viktighet må likestilles prosessuelt innenfor en bestemt medlemsstat. I et slikt tilfelle vurderes ikke fellesskapsreglene opp mot en nasjonal tilsvarende bestemmelse. Dette tilsier at formålet

²⁰⁵ I samme retning: Piers (2011) s. 224–230.

²⁰⁶ Sml. Komninos (2000) s. 469, Ryssdal (2002) s. 669.

ikke (bare) er å sikre likebehandling mellom fellesskapsrettslige og nasjonale krav, men å effektivisere beskyttelsen av bestemte EU-regler.²⁰⁷

2.4.5 Indispositive EØS-saker etter tvisteloven § 11-4

2.4.5.1 *Kort om tvisteloven § 11-4 og formuerettslige krav*

Som vi har sett må man foreta en nasjonalorientert analyse når man skal anvende ekvivalensprinsippet på tvisteloven § 11-4. Dette fordrer en toledet undersøkelse. Man må først vurdere om søksmålet bygget på nasjonale regler er indispositiv etter en tradisjonell tolkning av tvisteloven § 11-4. Deretter må man foreta en sammenligning med søksmålet bygget på EØS-regler.²⁰⁸ For å finne frem til om man står overfor «tilsvarende søksmål», må man vurdere reglens vilkår, virkning, formål og omstendighetene for øvrig. Dette vil jeg illustrere ved bruk av konkurransereglene siden disse har vært sentrale i EU-domstolens rettspraksis. Utgangspunkt for analysen må tas i de tilfeller som tradisjonelt har blitt ansett som indispositive.

Det avgjørende etter forarbeidene for om vilkåret «offentlige hensyn» er oppfylt, er hvorvidt allmenne interesser i vid forstand tilsier at saken blir belyst og avgjort i et bredere perspektiv enn bare det som følger av partenes prosesshandlinger.²⁰⁹ Motsetningsvis innebærer det at regler som i det vesentlige tar sikte på å beskytte én eller begge parter i rettsforholdet, er dispositive.²¹⁰ Spørsmålet må avgjøres på bakgrunn av generelle betraktninger og ikke på bakgrunn av den enkelte sak.²¹¹ Et utgangspunkt er at der partene gjennom avtale kan disponere over kravet utenom prosess, vil partene ha fri rådighet.²¹² Typisk inkluderer dette formuerettslige krav.²¹³ Også formuerettslige krav kan likevel være

²⁰⁷ Sowery (2016) s. 1722–1725.

²⁰⁸ Fredriksen (2008) s. 325–326.

²⁰⁹ NOU 2001:32B s. 707, Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 177.

²¹⁰ Aasland (1969) s. 176.

²¹¹ Skoghøy (2017) s. 596.

²¹² NOU 2001:32B s. 707.

²¹³ NOU 2001:32B s. 708.

indispositive i noen retninger.²¹⁴ Domstolen vil ved såkalte reproberte krav – det vil si forbudte krav – ha plikt til å anvende rettsregelen selv om hverken faktum eller rettsregel er påberopt av partene.²¹⁵ Dette vil være tilfellet dersom krav er i strid med NL 5-1-2 (mot lov eller ærbarhet) og strl. ikrl. § 12 (spill og veddemål).²¹⁶ I teorien er det uenigheter om andre formuerettslige krav er unntatt fri rådighet, for eksempel pristiltaksloven § 2 (om urimelige priser og forretningsvilkår).²¹⁷

2.4.5.2 Konkurransereglene og tvisteloven § 11-4

Konkurranserett kan gjøre seg gjeldende i tvistesaker på mange måter. Man kan for eksempel se for seg at et selskap krever erstatning for avtalebrudd. Dersom avtalen er ugyldig fordi den strider mot konkurransebegrensningsforbudet, uten at motparten har påberopt seg dette som grunnlag for å gå fri fra forpliktelsen, er spørsmålet om retten ex officio skal vurdere dette. Dette beror på om konkurransebegrensningsforbudet er underlagt partenes frie rådighet.

Spørsmålet i det følgende er om konkurranseloven §§ 10 og 11 anses som indispositive. Dersom det er tilfellet, må også EØS-avtalen artikkel 53 og 54 anses som indispositiv i henhold til ekvivalensprinsippet.²¹⁸ Selv om konkurranselovens bestemmelser ble vedtatt med EØS-reglene som forbilde, og det er lagt til grunn at rettspraksis fra EU-retten må veie tungt som rettskilde ved anvendelse av de norske forbudsbestemmelsene, er det ikke slik at de norske reglene nødvendigvis er identiske med EØS-avtalens regler.²¹⁹ Videre gjelder EØS-avtalens bestemmelser bare der hvor konkurransen kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene.²²⁰ En viss praktisk betydning kan det derfor få om bare det ene regelsettet, for eksempel «det norske», skulle anses å være indispositiv.

²¹⁴ Litt mer om hva dette innebærer nedenfor.

²¹⁵ Skoghøy (2017) s. 600, Fredriksen (2008) s. 324, Robberstad (2002) s. 212.

²¹⁶ NOU 2001:32B s. 708.

²¹⁷ Se Schei (2013) s. 404, Skoghøy (2017) s. 600 med videre henvisninger.

²¹⁸ Fredriksen (2008) s. 324, Hjelmeng (1998) s. 434, Eldjarn (2016) s. 226.

²¹⁹ Ot.prp.nr.6 (2003–2004) s. 224–225.

²²⁰ Ot.prp.nr.6 (2003–2004) s. 224 og 226, ESAs retningslinjer (2006).

Spørsmålet om konkurranselovens regler er indispositive er hverken vurdert i forarbeidene til tvisteloven eller konkurranseloven.²²¹ Spørsmålet er heller ikke løst i rettspraksis.

I Rt-1997-1859 forutsatte riktignok ankeutvalget på s. 1862 at EØS-avtalen artikkel 53 er dispositiv, men dette gjaldt et tilfelle hvor partene var enige om at forbudet var overtrådt.²²² Det er dessuten vanskelig å tillegge en slik avgjørelse fra kjæremålsutvalget særlig stor vekt når det heller ikke er tatt eksplisitt stilling til spørsmålet etter den relevante bestemmelsen. I plenumssaken HR-2016-2554-P synes flertallet å legge til grunn at etableringsretten etter EØS-avtalens artikkel 31 er dispositiv.²²³ Det er likevel ikke gitt at konkurransereglene og reglene om etableringsfrihet skal stå i samme prosessuelle stilling. Til det er reglernes rettslige forankring, utforming og formål for ulike. Rettspraksis gir dermed liten veiledning. Spørsmålet må løses ut fra de generelle utgangspunktene som angitt i forarbeidene, hvor det avgjørende er hvorvidt allmenne interesser tilsier at reglene bør anses som indispositive. Jeg vil først vurdere § 10.

Det følger av konkurranselovens formålsbestemmelse at lovens formål er å fremme konkurranse for å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. § 1. Konkurransbegrensningsforbudet i § 10 har som formål

²²¹ I forarbeidsuttalelsene som gjelder konkurranselagens kompetanse, synes utvalget og departementet å legge til grunn at begge konkurransereglene er indispositive etter tvisteloven § 11-4, se NOU 2014:11 s. 40, Prop.37L s. 15 (2015–2016). Uttalelsene er imidlertid ikke eksplisitte. I utredningen er det lagt til grunn at konkurransereglene er indispositive så lenge «partenes prosesshandlinger ikke er forenlige med det offentlige hensynet til homogen håndheving». Hva det innebærer, er ikke opplagt. Ettersom forarbeidene gjelder domstolens kompetanse på et annet område, har de uansett begrenset vekt.

²²² Dette må ses i sammenheng med at en sak bare er indispositiv så langt dette «er forenlig med de offentlige hensyn», jf. § 11-4. Kjennelsen er kommentert av Hjelmeng (1998) s. 420–435. Eldjarn (2016) s. 226 mener at Høyesterett ville hatt en annen holdning i dag. Det er jeg ikke enig i.

²²³ Saken gjaldt blant annet spørsmål om hvorvidt en boikott var ulovlig fordi den var i strid med den EØS-rettslige etableringsretten. I den forbindelse viste førstvoterende til en tidligere høyesterettsdom hvor et lignende spørsmål var behandlet. Førstvoterende, med tilslutning fra ni dommere, uttalte: «Det var i den saken ikke påberopt at fortrinnsretten var i strid med etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31, og dette ble derfor ikke vurdert av Høyesterett.» Dette *kan* tolkes som at flertallet mener at retten ikke har en plikt til å anvende EØS-avtalen artikkel 31 *ex officio*.

å forhindre konkurranseskadelig virksomhet.²²⁴ Dette taler i seg selv for at bestemmelsen skal anses som indispositiv. I § 10 annet ledd er det uttrykkelig regulert at avtaler i strid med forbudet, ikke skal ha noen rettsvirkning. Hov skriver at «[n]år partene mangler disposisjonsfrihet utenfor prosessen, bygger tvisteloven på at de heller ikke skal kunne oppnå en slik frihet ved å opptre på en bestemt måte under prosessen...».²²⁵ I tråd med dette utgangspunktet tilsier også reguleringen i annet ledd at bestemmelsen bør være unntatt partenes rådighet. Dette forsterkes av at bestemmelsen ikke bare statuerer ugyldighet mellom partene, men også *forbyr* å gjennomføre avtaler i strid med bestemmelsen. Dette taler klart i retning av at bestemmelsens funksjon primært er innrettet mot å beskytte samfunnets interesser, og ikke bare den enkelte parts interesser.²²⁶ Dette gjør at bestemmelsen får visse likhetstrekk ved såkalte reproberte krav som tradisjonelt anses som indispositive.²²⁷

Eldjarn mener spørsmålet kan løses ut fra voldgiftsloven § 9.²²⁸ Ifølge bestemmelsens første ledd er det bare tvister som partene har fri rådighet over, som kan løses ved voldgift. Etter annet ledd kan «de privatrettslige virkningene» av konkurranselovgivningen prøves i en voldgiftssak. Eldjarn slår dermed fast at de offentligrettslige virkningene av konkurranseloven § 10 er indispositive. Selv om jeg er enig i dette, er jeg usikker på hvorvidt han mener partene har fri rådighet over de privatrettslige virkningene, herunder spørsmålet om konkurransetri-dige avtalers gyldighet.²²⁹ Forarbeidene til voldgiftsloven forutsetter at ugyldighets- og erstatningsspørsmål kan voldgis.²³⁰ Dette innebærer derimot ikke at partene har fri rådighet over spørsmålet i alminnelige søksmål.²³¹ Som Aasland skriver, kan man tenke seg en løsning hvor

²²⁴ Hjelmeng (1998) s. 434.

²²⁵ Hov (2010) s. 478.

²²⁶ Sml. Skoghøy (2017) s. 600 om pristiltaksloven § 2.

²²⁷ Se 2.4.5.1.

²²⁸ Eldjarn (2016) s. 226.

²²⁹ Se Woxholth (2013) s. 247 for skillet mellom privatrettslige og offentligrettslige virkninger.

²³⁰ NOU 2001:33 s. 52.

²³¹ Se også note 29 om at grensen trekkes forskjellig etter de ulike bestemmelser.

voldgift kan brukes, men hvor avgjørelsen ikke kan gå utover de grenser som gjelder for partenes disposisjonsfrihet.²³² I forarbeidene er det uttalt at bakgrunnen for bestemmelsen er at voldgift ble ansett som en effektiv tvisteløsningsmekanisme for tvister i næringslivet, og en part skal derfor ikke kunne hindre voldgift ved å nedlegge påstand om at avtalen er ugyldig etter konkurransereglene.²³³ Tvisteløvsutvalget forutsetter dessuten at voldgiftsretten selv skal kunne anvende konkurransereglene av eget tiltak.²³⁴ Det skulle jo tilsi at bestemmelsen er indispositiv. Etter min mening må konkurranseloven § 10 anses indispositiv.

De samme hensyn som nevnt over gjør seg langt på vei gjeldende også for forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11. Til sammenligning inneholder ikke bestemmelsen en uttrykkelig ugyldighetsregulering.²³⁵ Det er likevel antatt at når misbruksatferd i strid med bestemmelsen har kommet til uttrykk gjennom privatrettslige avtaler, vil det kunne medføre ugyldighet.²³⁶ Dette gjelder imidlertid ikke absolutt – for eksempel hvor det dominerende foretaket selv påberoper seg bestemmelsen for å komme ut av avtaler.²³⁷ Dette trekker i retning av at bestemmelsen primært er ment å beskytte den antatt svakeste avtaleparten. Samtidig er bestemmelsen formulert som et klart forbud, noe som trekker i motsatt retning. Dersom partene kan binde retten ved å påberope seg et begrenset faktagrunnlag i slike saker, vil det motvirke forbudsbestemmelsen, og retten vil medvirke til å gjennomføre konkurransebegrensende avtaler.²³⁸ Derimot vil det fremme reglens formål, dersom partene vet at det er vanskelig å håndheve slike avtaler gjennom domstolsapparatet.²³⁹ Selv om det riktignok er

²³² Aasland (1969) s. 154–155.

²³³ Note 230.

²³⁴ Riktignok begrunnet i det som synes å være en misforståelse av *Eco Swiss*, se 3.2.

²³⁵ Sml. § 10 annet ledd.

²³⁶ Kolstad (2014).

²³⁷ Graver (2004) s. 353, Hjelmeng (2003) s. 252–261.

²³⁸ Sml. Andersson (1999) s. 208 som mener det er irrasjonelt å anse konkurransereglene som dispositive.

²³⁹ Sml. Andersson (1999) s. 207.

konkurransemyndighetenes oppgave å sørge for at reglene overholdes, vil domstolens undersøkelse bidra til å forhindre motstridende avgjørelser.²⁴⁰

Jeg legger avgjørende vekt på de samfunnsskadelige konsekvensene slike avtaler kan medføre, og mener at også § 11 må anses som indispositiv. Det er også en viss støtte for at reglene er indispositive i juridisk litteratur.²⁴¹ Når både konkurranse-loven §§ 10 og 11 anses som indispositive, må det samme gjelde for EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Det er åpenbart at disse reglene er tilstrekkelige like de norske konkurransereglene både hva gjelder vilkår, formål og virkninger, og en nærmere sammenligning er ikke nødvendig.

Et spørsmål er om man må «gå veien om» ekvivalensprinsippet.²⁴² EØS-avtalens bestemmelser er gjort til norsk lov gjennom EØS-loven § 1. Etter min mening kan man argumentere for at disse bestemmelsene anses som indispositive direkte etter tvisteloven § 11-4 – hensynet til offentlige interesser gjør seg tross alt ikke mindre gjeldende enn for de «norske» reglene.²⁴³ Et motargument kan være at det først og fremst er EU-/EFTA-domstolen som står for tolkning og videreutvikling av EØS-avtalens bestemmelser, mens Høyesterett vil ha øverste ansvar for tolkning og utvikling av

²⁴⁰ Sml. Andersson (1999) s. 212.

²⁴¹ Fredriksen (2008) s. 324 legger til grunn at både §§ 10 og 11 er indispositiv. Eldjarn (2016) note 1012 s. 226 legger til grunn at § 10 er indispositiv, men er avvisende hva gjelder § 11. Robberstad (2002) s. 212 legger til grunn «konkurranseretten» er indispositiv, og viser til den tidligere generelle ugyldighetsbestemmelsen i konkurranse-loven av 1993 § 5-1. Også Hov (2010) s. 488, Ryssdal (2002) s. 682 og Aasland (1969) s. 178–179 uttaler generelt at konkurranseretten er indispositiv. Hjelmeng (1998) s. 434 behandler bare konkurransebegrensningsforbudet, og legger til grunn at bestemmelsen er indispositiv, se likevel (2003) s. 555 hvor han viser til at domstolene ex officio kan reise konkurranserettslige spørsmål knyttet til ugyldighetssanksjonen. Generelt er det bred støtte for at § 10 er indispositiv, mens § 11 står i en mer uklar stilling. Standardverkene i sivilprosess behandler ikke spørsmålet, se Skoghøy (2017) s. 599–604 og Schei (2013) s. 400–407. I svensk litteratur argumenter Andersson (1999) s. 216–220 for at all konkurranse-stridighet i form av avtale må behandles som indispositive momenter i en rettsak mellom avtalepartene.

²⁴² Slik Fredriksen (2008) s. 324–325 og Eldjarn (2016) s. 226 gjør. Motsatt: Robberstad (2002) s. 213, slik forstår jeg også Hjelmeng (1998) s. 434.

²⁴³ I forarbeidene til voldgiftsloven skilles det ikke mellom bestemmelsene i konkurranse-loven og EØS-avtalen vedrørende spørsmålet om fri rådighet, se Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 31.

konkurranselovens bestemmelser. Videre er nok tradisjoner avgjørende – mens det finnes holdepunkter i teorien for at konkurranse-lovens regler anses indispositive, finnes færre uttalelser knyttet til EØS-bestemmelsene. På den annen side kan man trekke inn hensynet til statens folkerettslige forpliktelser som argument for at EØS-reglene er indispositive. Siden EU-domstolen har lagt til grunn at diskresjonær kompetanse medfører en fellesskapsrettslig plikt, kan man spørre om man ikke også har plikt til å utnytte det tolkningsrommet man har, ved tvil, for å sikre overholdelsen av preseptoriske fellesskapsregler.²⁴⁴ Hvorvidt man går den indirekte vei gjennom ekvivalensprinsippet har riktignok ingen praktisk betydning. Prinsipielt er det likevel interessant. Det er bare ved bruk av sosterprinsippene man kan si at EØS-rettens krav til nasjonale prosessordninger har grepet inn i norsk prosessrett. Uansett er eksempelet ment å illustrere hvordan ekvivalensprinsippet virker ved en nasjonalorientert analyse.

Selv om konkurransereglene anses som indispositive, vil dette bare gjelde så langt det «er forenlig med de offentlige hensyn», jf. tvisteloven § 11-4. Rådigheten kan være begrenset fullt ut, eller i én eller flere retninger.²⁴⁵ Hvorvidt en sak, eller deler av den, er indispositiv, vil variere med interessen som vernes og hvordan den gjør seg gjeldende.²⁴⁶ I konkurransesakene vil ikke partene kunne binde retten til at avtalen er gyldig dersom den er i strid med konkurransereglene. Det innebærer at retten *ex officio* må undersøke om en avtale er i strid med konkurranselovgivningen, selv om partene ikke har anført dette.²⁴⁷ På den annen side kan partene ved

²⁴⁴ Andersson (1999) s. 212.

²⁴⁵ For en mer inngående fremstilling på generelt grunnlag, se NOU 2001:32B s. 706–708, Skoghøy (2017) s. 594–611, Aasland (1969) s. 151, Backer (2015) s. 76. Om tvister som gjelder tredjemannsforhold ved brudd på konkurranseretten, se Andersson (1999) s. 213–216 som er skeptisk til at slike tilfeller er indispositive. I utredningen knyttet til gjennomføring av Rdir 2014/104/EU om privat håndhevelse er saker om erstatning for brudd på konkurransereglene forutsatt dispositive, se Regjeringen (2014) s. 20 og 66. Man må antagelig skille mellom slike situasjoner og den i det innledende eksempelet.

²⁴⁶ NOU 2001:32B s. 707, Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 177 og 405.

²⁴⁷ Retten vil ha plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, jf. tvisteloven § 21-3 (2). Se 3.4.6 om rettens undersøkelsesplikt, jeg antar de samme utgangspunktene gjør seg gjeldende her. Se også Andersson (1999) s. 218–284.

enighet binde retten til at en avtale er ugyldig, for eksempel i et søksmål som bare gjelder størrelsen på erstatningen. Domstolen behøver i et slikt tilfelle ikke å undersøke om avtalen likevel er gyldig, selv om man da risikerer at reglene ikke anvendes riktig. Det er ikke fare for at slike tilfeller skal være samfunnsskadelige.²⁴⁸

Når retten skal avsi dom, vil ikke begrensningene i tvisteloven § 11-2 (1) gjelde. Retten kan avsi dom utenfor rammen av partenes påstander, for eksempel frifinne en part selv om han ikke har nedlagt en slik påstand. Retten kan likevel bare avgjøre de krav som er reist i saken.²⁴⁹

2.5 Effektivitetsprinsippet

2.5.1 To hovedspørsmål

Mens ekvivalensprinsippet anvendes på nasjonale rettsgrunnlag, er effektivitetsprinsippet mer uforutsigbart. Det fremstår i det ytre som en potensielt langt mer aggressiv søster. Generelt er prinsippet bedre egnet til harmonisering av prosessregler på tvers av statene.²⁵⁰ Prinsippets formål er todelt. Det skal både sikre materielle fellesskapsreglers gjennomslag, i tillegg til å beskytte borgernes rettigheter.²⁵¹ Kanskje vil man intuitivt utlede dette av prinsippets navn. Likevel er det vanskelig å fastslå med korthet hva prinsippets innhold egentlig er. Avhandlingen er konsentrert til effektivitetsprinsippets anvendelse tilknyttet spørsmålet om *ex officio*-plikt. Tvisteloven § 11-2 (1) begrenser norske domstolars adgang til å sikre at EØS-reglene overholdes. Hovedproblemstillingen er om en slik begrensning er forenlig med EØS-rettens effektivitetskrav. Videre er formålet å undersøke om man kan utlede visse retningslinjer for når prosessregler som begrenser rettens adgang til å anvende riktig juss, må tilsidesettes på grunn av brudd med effektivitetsprinsippet.

²⁴⁸ Hjelmeng (1998) s. 434. Et tilsvarende skille er lagt til grunn for reproberte krav, se Skoghøy (2017) s. 600.

²⁴⁹ Jf. tvisteloven § 11-4 siste punktum, se 4.2.6.

²⁵⁰ Engström (2009) s. 59.

²⁵¹ Se likevel 4.4.1.

Også tidsfrister og kompetansebestemmelser kan utgjøre potensielle begrensninger.

2.5.2 Effektivitetsavveiningen: *Begrunnelsesregelen*

Opprinnelig var effektivitetsprinsippet et krav om at prosessreglene ikke måtte gjøre det «impossible in practice to exercise the rights» som nasjonale domstoler skal beskytte. Denne formuleringen fra sakene *Rewe* og *Comet*²⁵² fra 70-tallet, ble etter hvert til et krav om at det ikke må være «impossible or excessively difficult» – umulig eller uforholdsmessig vanskelig – å utøve de aktuelle rettighetene.²⁵³ Denne terminologiske endringen snek seg inn i rettspraksis på 80-tallet uten at EU-domstolen kommenterte bakgrunnen for den.²⁵⁴ Dermed tiltok EU-domstolen seg en større kompetanse til å vurdere nasjonale prosessregler.

Det sentrale spørsmålet er hva kravet innebærer.²⁵⁵ *Van Schijndel*-saken fra 1995 er det første eksempelet på at effektivitetsprinsippet anvendes på prosessuelle regler om domstolens adgang til å anvende jussen *ex officio*.²⁵⁶ EU-domstolen uttalte da at spørsmålet om en prosessuell regel gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig:

«...must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances. In the light of that analysis the basic principles of the domestic judicial system, such as protection of the rights of the defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure, must, where appropriate, be taken into consideration».²⁵⁷

²⁵² Saker C-33/76 avsnitt 5, C-45/76 avsnitt 16.

²⁵³ Forente saker C-430/93 og C-431/93 avsnitt 19.

²⁵⁴ Shelkopyas (2003) s. 81.

²⁵⁵ Generelt har dette variert med tid. I juridisk teori er det vist til at man kan se tre «tidsepoker» hvor domstolen har utvist variabel iver etter å gripe inn i prosessautomien, se Wilman (2015) s. 32, Craig (2011) s. 226flg.

²⁵⁶ Saken falt på samme dag som *Peterbroeck*, jf. nedenfor. Den første saken hvor *ex officio*-plikten ble undersøkt var i 1991-saken *Verholen*, men EU-domstolen anvendte bare ekvivalensprinsippet, se 2.4.3.

²⁵⁷ Forente saker C-430/93 og C-431/93 avsnitt 19.

Denne formuleringen, som kan kalles *begrunnelsesregelen*,²⁵⁸ har senere blitt anvendt i en rekke avgjørelser.²⁵⁹ Det er altså en sammensatt vurdering av regelen som begrenser EØS-rettens gjennomslag i den aktuelle saken som må foretas. Analysen skal være kontekstuell, og det er ikke prosessregelens formål alene som er avgjørende.²⁶⁰ Hensynene prosessregelen er begrunnet i, må avveies mot betydningen av å gi den konkrete EØS-rettslige regelens gjennomslag.²⁶¹ Man kan også se det slik at man må balansere interessen av en effektiv rettsbeskyttelse opp mot nasjonal prosessautonomi.²⁶² Det er den nasjonale prosessregelens stilling ut fra prosessen som helhet, slik den kommer til anvendelse i den konkrete saken, som skal vurderes, og ikke de spesifikke omstendighetene i saken for øvrig.²⁶³ Vurderingen er med andre ord objektiv og konkret.²⁶⁴

Som sitatet viser har EU-domstolen fremhevet tre hensyn som er viktige i de fleste nasjonale rettssystemer, og som skal inngå i vurderingen. Dette er kontradiksjonsprinsippet, rettsikkerhet eller forutberegnelighet, og en hensiktsmessig saksbehandling. Formuleringen «such as» tilsier at listen ikke er uttømmende.²⁶⁵ Vurderingstemaets ordlyd, «impossible» eller «excessively difficult», antyder at det er en høy terskel for at hensynet

²⁵⁸ På engelsk: «The Procedural Rule of Reason», f.eks. Prechal (1998) s. 691.

²⁵⁹ F.eks. sakene C-312/93 avsnitt 14, C-618/10 avsnitt 49, C-377/14 avsnitt 50.

²⁶⁰ Schebesta (2010) s. 859.

²⁶¹ Engström (2008) s. 68, Wilman (2015) s. 35, Prechal (1998) s. 690.

²⁶² Craig (2011) s. 239, Fredriksen (2005) s. 63. Accetto (2005) s. 396 mener at ettersom målet er fullstendig effektivitet, foretar man egentlig ikke en balansering opp mot nasjonal prosessautonomi.

²⁶³ At den ene parten er spesielt svak eller er representert av en spesielt dyktig advokat, har derfor ikke betydning, se saker C-497/13 avsnitt 47, C-429/05 avsnitt 65. Fordi prosessregelen må vurderes slik den anvendes i den konkrete saken, kan en regel i seg selv være forenlig med fellesskapsretten, men slå slik ut i den konkrete saken at den må tilsideettes, se sak C-327/00 avsnitt 56–57.

²⁶⁴ Schebesta (2010) s. 858. Delicostopoulos (2003) s. 605 har sammenlignet vurderingen som skal gjøres med *Dassonville-formelen*. Spørsmålet blir da om den nasjonale prosessregelen direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, er egnet til å hindre den effektive håndhevelsen av fellesskapsretten.

²⁶⁵ I sak C-63/01 avsnitt 53 ble hensynet til hurtig saksbehandling og økonomiske kostnader ansett å være legitime interesser, jf. Prechal (2014) s. 184.

til regelens effektivitet blir den avgjørende faktor.²⁶⁶ Det synes også å være praksis. Bare i én av seks avgjørelser har EU-domstolen lagt til grunn at hensynet til EU-rettens effektivitet medfører at nasjonale domstoler har en plikt til å anvende EU-retten *ex officio*.²⁶⁷ På forbrukerrettens område synes utgangspunktet å være motsatt.²⁶⁸

2.5.3 Effektivitetsprinsippet og forhandlingsprinsippet i rettspraksis

I *van Schijndel* gjorde partene først i anken til Hoge Raad gjeldende at underinstansen *ex officio* burde ha vurdert om det tvungne medlemskapet i et pensjonsfond for fysioterapeuter var i strid med konkurransereglene.²⁶⁹ Til tross for at man i dette tilfellet stod overfor sentrale regler på konkurranserettens område, herunder konkurransebegrensningsforbudet, fant likevel EU-domstolen at den nasjonale domstolen ikke hadde plikt til å anvende reglene *ex officio*.²⁷⁰ Begrunnelsen var at dette ville innebære at retten måtte anvende fakta som ikke var påberopt. En arbeidsfordeling mellom partene og retten, hvor retten inntar en passiv rolle, ble ansett som hensiktsmessig for å unngå forsinkelser i saken og for å sikre kontradiksjon.²⁷¹ EU-domstolen la vekt på at en slik rettsoppfatning, med hensyn til forholdet mellom statsmakten og borgerne, var felles for de fleste medlemsstatene.²⁷²

²⁶⁶ I Rt-2005–597 avsnitt 40 antok førstvoterende at kriteriet innebar en «streng norm» for når nasjonal prosesslovgivning kunne overstyres.

²⁶⁷ Dette var i *Peterbroeck*. Totalt medregnes *Verholen, van Schijndel, Kraaijeveld, van der Weerd* og *Heemskerk*. Merk samtidig at ekvivalensprinsippet sikret fellesskapsrettens gjennomslag i *Verholen* og *Kraaijeveld*, se 2.4.3.

²⁶⁸ Se 4.2.4.

²⁶⁹ Forente saker C-430/93 og C-431/93 avsnitt 10.

²⁷⁰ Avsnitt 22.

²⁷¹ Avsnitt 21.

²⁷² Avsnitt 21. Antagelig kan det tas som uttrykk for at sære regler eller rettsoppfatninger vanskeligere vil stå seg i en slik konkret avveining. Prechal (1998) s. 691 mener at dersom reglen er en del av medlemsstatenes juridiske arv, vil det være et argument for at den må aksepteres.

Peterbroeck-saken ble avsagt samme dag som *van Schijndel*, men med motsatt resultat.²⁷³ Saken gjaldt tvist om en skattesats for selskapsutbetalinger i Belgia. Det skattlagte selskapet anla en administrativ klagesak som ble behandlet av skattemyndighetene.²⁷⁴ Etter avslag på klage, ble saken brakt inn for domstolene. Først ved domstolsbehandlingen anførte selskapet at den ilagte skattesatsen utgjorde et hinder for den frie etableringsretten.²⁷⁵ Problemet var at argumenter som skattemyndighetene under klagebehandlingen ikke hadde tatt stilling til, heller ikke kunne påberopes for domstolene.²⁷⁶ Unntak forutsatte at anførslene var fremsatt i et prosesskriv, inngitt på en bestemt måte og innen en frist på 60 dager – hvis ikke ville anførslene prekluderes. Tidsfristen var ikke overholdt i dette tilfellet, og det medførte samtidig at den belgiske domstolen var forhindret fra å anvende etableringsrettsbestemmelsen *ex officio*. Spørsmålet til EU-domstolen var om en slik preklusjonsregel var forenlig med fellesskapsretten.²⁷⁷

EU-domstolen mente den belgiske domstolen var forpliktet til å anvende etableringsfrihetsbestemmelsen *ex officio*.²⁷⁸ Umiddelbart synes ikke *Peterbroeck* å kunne forenes med *van Schijndel*, kanskje særlig fordi EU-domstolen unnlot å klargjøre hva som gjorde situasjonene forskjellige.²⁷⁹ Ser man nærmere på EU-domstolens begrunnelse i *Peterbroeck*, påpekte EU-domstolen flere grunner til at den nasjonale preklusjonsregelen ikke kunne godtas. For det første var den belgiske domstolen den første instansen som kunne be EU-domstolen om en

²⁷³ Sak C-312/93.

²⁷⁴ Mer presist: Det belgiske selskapet *Peterbroeck* anla klagesak og søksmål mot den belgiske stat dels på vegne av seg selv, og dels på vegne av det nederlandske selskapet CBT. Sistnevnte hadde blitt skattlagt på bakgrunn av å ha mottatt et vederlag som aktiv selskapsdeltaker i *Peterbroeck*, se avsnitt 3–4.

²⁷⁵ TEUV artikkel 49, tidligere EØF-traktaten artikkel 52. Sml. EØS-avtalen artikkel 31.

²⁷⁶ Dette synes å gjelde både faktiske og rettslige anførsler. Etter belgisk rett ble et argument ansett som nytt dersom det i sin gjenstand, karakter eller sitt rettslige grunnlag avvok fra de argumenter som hadde blitt gjort gjeldende overfor skattedirektoratet, se avsnitt 6.

²⁷⁷ Avsnitt 10–11.

²⁷⁸ Avsnitt 21. Generaladvokaten kom til motsatt konklusjon.

²⁷⁹ Engström (2008) s. 76. Shelkopyas (2003) s. 98 kaller resultatforskjellene «et mysterium».

prejudisiell uttalelse.²⁸⁰ For det andre var fristen alt utløpt før saken ble behandlet i retten. Dette innebar at retten aldri fikk mulighet til å ta opp fellesskapsretten *ex officio*, noe som også gjaldt for høyere instanser.²⁸¹ For det tredje mente domstolen at den nasjonale prosessregelen ikke var rimelig begrunnet i rettsikkerhetsprinsippet og prinsippet om en hensiktsmessig saksbehandling.²⁸² Selv om fristen på 60 dager ikke kunne anses som urimelig i seg selv, medførte en totalvurdering av forholdene at fristen gjorde det uforholdsmessig vanskelig for selskapet å få håndhevet sine rettigheter.²⁸³

Jeg forstår EU-domstolens begrunnelse slik at det avgjørende var hensynet til domstolsadgang. Uttrykket konsumerer både hensynet til å sikre foreleggelsesprosedyren for EU-domstolen, og hensynet til at partene skal få utøve sine rettigheter. Til sammenligning var dette også avgjørende i *Eco Swiss*, og man kan derfor se en sammenheng mellom avgjørelsene.²⁸⁴ Forskjellen er at *Eco Swiss* ble løst ut fra ekvivalensprinsippet. *Eco Swiss*-saken illustrerer samtidig at hensynet til domstolsadgang ikke alltid er avgjørende. Saken reiste ytterligere ett spørsmål jeg ikke har redegjort for:

I nederlandsk rett gjaldt en tidsfrist på tre måneder for søksmål om å sette til side en voldgiftsdom.²⁸⁵ I forbindelse med voldgiftsbehandlingen hadde voldgiftsretten først avsagt en dom som fastslo erstatningsansvaret, og senere en ny dom som fastsatte kompensasjonens størrelse. Søksmålsfristen var bare overholdt for den siste dommen, mens den første dommen hadde blitt rettskraftig. Dette innebar at voldgiftsdommene ikke kunne kjennes ugyldige selv om de var i strid med ordre public. Den siste dommen kunne ikke kjennes ugyldig på grunn av den nære

²⁸⁰ Avsnitt 17. Ifølge TEUV artikkel 267, tidligere EF-traktaten artikkel 177, kan slike spørsmål bare stilles av en «court» eller «tribunal». Dette kravet oppfylte ikke den administrative klagemyndigheten som hadde behandlet saken i første omgang.

²⁸¹ Avsnitt 18–19.

²⁸² Avsnitt 20.

²⁸³ Avsnitt 16.

²⁸⁴ Se 2.4.4. Se også generaladvokatenes sammenligning av sakene i sak C-222/05-C-225/05 avsnitt 28 og sak C-126/97 avsnitt 25.

²⁸⁵ Sml. voldgiftsloven § 44 første ledd.

sammenhengen mellom avgjørelsene.²⁸⁶ EU-domstolen vurderte om dette var forenlig med effektivitetsprinsippet. Som omtalt fremholdt EU-domstolen viktigheten av at nasjonale domstoler anvender konkurransebegrensningsforbudet da den la til grunn at bestemmelsen måtte likestilles med ordre public.²⁸⁷ Likevel måtte søksmålsfristen aksepteres. EU-domstolen påpekte at fristen ikke syntes «excessively short», og at den kunne rettferdiggjøres i grunnleggende prinsipper den nasjonale rettsordenen bygget på, nærmere bestemt prinsippet om «legal certainty», og herunder rettskraft.²⁸⁸ Tilsvarende betraktninger ble avgjørende i *Asturcom* som gjaldt forbrukeravtaledirektivet.²⁸⁹ En søksmålsfrist på to måneder ble da akseptert. Det avgjørende var at fristen ikke begynte å løpe før voldgiftsdommen var forkynt, slik at forbrukeren ikke stod i en situasjon hvor fristen begynte å løpe eller løp ut, uten at hun hadde hatt kjennskap til virkningen som bruddet på EU-retten medførte for henne.²⁹⁰

Noen synes å mene at *Peterbroeck* og *Eco Swiss* medførte endringer i den rettsstilstanden som ble fastlagt i *van Schijndel*, fordi dommene gir uttrykk for at den nasjonale prosessautonomi må vike til fordel for fellesskapsrettens effektivitet.²⁹¹ Rettsstilstanden fastlagt i *van Schijndel* ble etter min mening bekreftet gjennom den siste avgjørelsen *van der Weerd*.²⁹² Saken gjaldt anvendelse av munn- og klovsykedirektivet.²⁹³ Da saken kom opp for den nederlandske domstolen, var domstolen den første og siste instansen som kunne avgjøre rettstvisten.²⁹⁴ På samme måte som i *Peterbroeck* hadde saken først vært behandlet av administrative klagemyndigheter i førsteinstans. Resultatet ble likevel motsatt; nasjonale domstoler pliktet *ikke* å anvende munn- og klovsykedirektivet ex officio. I stedet la EU-domstolen seg tett opp til uttalelsene i *van Schijndel*, og

²⁸⁶ Sak C-126/97 avsnitt 43 og 48.

²⁸⁷ Se 2.3.2.

²⁸⁸ Avsnitt 45–46. Se også sak C-76/10 avsnitt 45–47.

²⁸⁹ Sak C-40/08 avsnitt 36–37. Se 2.3.4 om saken.

²⁹⁰ Avsnitt 45.

²⁹¹ Slik leser jeg Robberstad (2002) s. 195–222.

²⁹² Forente saker C-222/05-C-225/05 avsnitt 35–36.

²⁹³ Se 2.3.2 om saken.

²⁹⁴ *Van der Weerd* avsnitt 37.

bekreftet at nasjonal prosessautonomi og respekt for forhandlingsprinsippet fortsatt var den store hovedregelen.²⁹⁵

Mange teoretikere har forsøkt å forklare EU-domstolens varierende resultater. I tidlig teori ble det diskutert hvorvidt instanserekkefølgen hadde betydning ettersom *van Schijndel* ble avsagt i siste instans, mens *Peterbroeck* ble behandlet i første instans.²⁹⁶ Man kan argumentere for at det er enda større grunn til at domstolene skal forholde seg passive når fellesskapsrettsspørsmålet ikke har blitt behandlet i lavere instanser. EU-domstolens uttalelse om at det var irrelevant at den nederlandske domstolen i *van der Weerd* var (første og) siste instans, tyder derimot på at dette ikke har betydning i effektivitetsavveiningen.²⁹⁷

Innenfor det norske systemet er det ikke uvanlig at saken utvikler seg fra tingrett til lagmannsrett, og tvisteloven aksepterer i stor grad at nye påstandsgrunnlag og bevis fremsettes for første gang i lagmannsretten. Begrensninger gjelder hvor saken endrer karakter, herunder at kravet endres, se tvisteloven § 29-4. Dersom senere instanser oppdager EØS-rett tingretten burde ha anvendt *ex officio*, vil det være opphevelsesgrunn.²⁹⁸

Enkelte mener *Peterbroeck* er i utakt med øvrig rettspraksis ettersom EU-domstolen i *van der Weerd* uttalte at effektivitetsprinsippet bare innebærer en mulighet for partene til å reise fellesskapsrettslige anførsler for en domstol, og dermed la seg så tett opp til *van Schijndel*.²⁹⁹ Da overser de at dette nettopp var problemet i *Peterbroeck* – EU-domstolen mente

²⁹⁵ Se særlig domstolens anvendelse av *van Schijndel* i avsnitt 35–38.

²⁹⁶ Engström (2008) s. 77 med videre henvisninger.

²⁹⁷ Heller ikke i sak C-497/13 skilte domstolen mellom underinstansen og ankeinstansen ved spørsmål om nasjonale domstoler hadde en plikt til å anvende en bestemmelse i et forbrukerdirektiv *ex officio*, se avsnitt 31 sammenholdt med 44. En annen tidlig diskusjon var om EU-domstolen oppstilte ulike plikter for sivile og administrative domstoler. Også dette må tilbakevises med *van der Weerd*, se Engström (2008) s. 87.

²⁹⁸ Se petitavsnitt i 4.2.6.

²⁹⁹ Arnulf (2011) s. 12. Se også Roseberry (1999) s. 243–244 som forklarer utfallet i *Peterbroeck* med uenigheter innad i EU-domstolen. Det var de samme dommerne som avgjorde *Peterbroeck* og *van Schijndel*, så det er neppe grunnlag for en slik slutning.

at saksøkeren ikke fikk en slik mulighet.³⁰⁰ Andre er skeptiske til EU-domstolens uttalelse om partenes manglende muligheter for å påberope seg fellesskapsreglene når de rent faktisk kunne ha påberopt seg disse for både de administrative myndigheter og domstolen.³⁰¹ Poenget, slik jeg ser det, var at tidsrommet for når parten kunne påberope seg fellesskapsrettslige argumenter for en domstol med foreleggelsesadgang, ble for kort. Det var systemet som helhet som var problematisk.³⁰² Dette medførte at nasjonale domstoler pliktet å rette opp skjevheten ved å anvende fellesskapsreglene *ex officio*. I ettertid har også EU-domstolen uttalt at *Peterbroeck*-saken gjaldt spesielle omstendigheter hvor en kort tidsfrist fratok parten å gjøre sine rettigheter gjeldende.³⁰³ En slik tidsfrist stod man ikke overfor i de øvrige sakene. I *van Schijndel* ble dessuten saken behandlet i ordinære domstoler i to instanser, som begge hadde foreleggelsesadgang.³⁰⁴ Etter min mening er det derfor ikke disharmoni mellom avgjørelsene.³⁰⁵ Derimot illustrerer avgjørelsene at man må foreta en konkret vurdering i hver enkelt sak.³⁰⁶ Hvorvidt det er vanskelig å utøve en rettighet, synes å basere seg på en glideskala. Dermed kan små forskjeller gi ulike utslag.³⁰⁷

Også *Heemskerk*-saken knytter an til momentet domstolsadgang. Saken gjaldt tilbakekall av eksportrestitusjon som to selskaper hadde fått utbetalt ved frakt av kyr.³⁰⁸ Selskapene anla sak hvor de bestred riktigheten av tilbakekallelsen. Den nederlandske domstolen ble selv oppmerksom på en rekke argumenter som kunne ha betydning for avgjørelsen av tvisten i hovedsaken. Argumentene var knyttet til to landbruksforordninger³⁰⁹

³⁰⁰ Se også Komninos (2000) s. 469, Hoskins (1996) s. 374, Delicostopoulos (2003) s. 607.

³⁰¹ Tridimas (2006) s. 462.

³⁰² Thorsen (2016) s. 76.

³⁰³ Se *van der Weerd* avsnitt 40.

³⁰⁴ Generaladvokatens uttalelse i sak C-126/97 note 26 avsnitt 43. Prechal (1998) s. 693.

³⁰⁵ Se også Shelkopyas (2003) s. 97.

³⁰⁶ Craig (2011) s. 240, Tridimas (2006) s. 462.

³⁰⁷ Generaladvokatens uttalelse til *van der Weerd* avsnitt 23.

³⁰⁸ Sak C-455/06.

³⁰⁹ Rf 1254/199 og Kf 800/1999.

og kunne medføre skjerpelse av selskapenes plikter.³¹⁰ Retten hadde imidlertid ikke kompetanse til å overskride forhandlingsprinsippet.³¹¹ I tillegg gjaldt prinsippet om «Reformatio in pejus» som innebærer at saksøkeren ikke må stilles dårligere enn han ville ha blitt stilt dersom han ikke hadde anlagt sak.³¹² EU-domstolen la til grunn at en ex officio-plikt ikke kunne oppstilles i denne saken, til tross for at saken åpenbart gjaldt fundamentale interesser.³¹³ Domstolen påpekte at en ex officio-plikt ville stride mot retten til forsvar, rettssikkerhetsprinsippet og prinsippet om beskyttelse av den berettigede forventning som lå til grunn for forbudet.³¹⁴ Hadde EU-retten fått forrang gjennom effektivitetsprinsippet, ville kanskje nettopp det forhindre borgernes domstolsadgang ved at terskelen for å bringe forvaltningsavgjørelser inn for retten ville bli høyere – noe som indirekte kan forhindre foreleggelsesprosedyren.³¹⁵

En foreløpig sammenfatning blir dermed som følger: Uavhengig av hvor viktige de aktuelle EØS-rettighetene er, medfører ikke effektivitetsprinsippet en plikt for nasjonale domstoler til å anvende jussen ex officio. Dette gjelder bare under den forutsetning at partene har fått en *genuin* mulighet til å reise sine fellesskapsrettslige anførsler for en nasjonal domstol med foreleggelsesadgang.³¹⁶

2.5.4 Om rekkevidden av momentet domstolsadgang

EU-domstolens rettspraksis tilsier at effektivitetsprinsippet sjelden vil gripe inn i forhandlingsprinsippet. Dette er betryggende ettersom det ellers ville undergrave etablerte prinsipper som ligger til grunn for

³¹⁰ Avsnitt 45.

³¹¹ Avsnitt 44.

³¹² Avsnitt 44.

³¹³ Generaladvokaten la til sammenligning avgjørende vekt på at sentrale verdier som dyrevelferd og EUs finansielle interesser stod på spill, og la til grunn en ex officio-plikt, se avsnitt 113–129.

³¹⁴ Avsnitt 46–47.

³¹⁵ I samme retning: Jans (2015) s. 417. Corthaut (2012) mener dommen kan ses som et resultat av at EU-domstolen balanserer EU-rettslige verdier opp mot nasjonalstatenes konstitusjonelle tradisjoner, noe han er kritisk til, se s. 215 og 372–374.

³¹⁶ Slik EU-domstolen formulerte det i *van der Weerd* avsnitt 41.

nasjonale rettssystemer. Kjernen i effektivitetsprinsippet er at borgerne skal ha en reell mulighet til å gjennomtvinge sine rettigheter.³¹⁷ En faktisk mulighet er ikke nok. I tillegg skal hensynet til domstolsadgang sikre en riktig og ensartet anvendelse av fellesskapsretten. Formålet er i det følgende å undersøke rekkevidden av dette hensynet.

Jeg antar at momentet er særlig tungtveiende når de aktuelle fellesskapsrettslige bestemmelsene som står på spill kan begrunnes i offentlige interesser, altså interesser som rekker videre enn partenes egne.³¹⁸ Hvilke regler dette er, er nok likevel ikke helt klart. Antagelig kan man iallfall inkludere de sentrale bestemmelsene knyttet til de fire friheter og konkurransereglene, som *Peterbroeck* og *Eco Swiss* gjaldt, mens mindre sentrale direktiv faller utenfor, for eksempel munn- og klovsykedirektivet som var tilfellet i *van der Weerd*. Også regler som etter norsk rettstradisjon ikke i utgangspunktet anses å være bærere av slike interesser, må kanskje inkluderes ut fra et fellesskapsrettslig perspektiv, for eksempel enkelte bestemmelser om forbrukerbeskyttelse.³¹⁹ *Van Schijndel*, som blant annet gjaldt konkurranse-begrensningsforbudet, illustrerer imidlertid at regeltypen ikke alene er avgjørende.³²⁰ Videre kan det ha betydning hvordan regelen gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Dette kan illustreres med *Peterbroeck*-saken, slik Shelkopyas gjør: Hovedspørsmålet i saken var hvilken skattesats Peterbroeck skulle ilegges. Dette har en langt større allmenn interesse enn dersom selskapet bare hadde utfordret gyldigheten av ligningsvedtaket. Den nasjonale domstolen ble ikke bare et kontrollorgan for en enkeltavgjørelse, men domstolens rolle som *lovens* kontrollør ble satt på spissen.³²¹

Enkelte avgjørelser viser at det kan oppstilles begrensninger i domstolsadgangen. Hensynene som begrunner rettskraftinstituttet, nemlig

³¹⁷ Generaladvokatens uttalelser til *van Schijndel* avsnitt 25 og *van der Weerd* avsnitt 16.

³¹⁸ Eldjarn (2016) s. 235 skriver at «...effektivitetsprinsippet vil stille ulike krav til gjennomføring, avhengig av hvor sentral bestemmelsen er for EØS-samarbeidet». Se også Wilman (2015) s. 387, Robberstad (2002) s. 217, Roseberry (1999) s. 248, Andersson (2000) s. 456. Motsatt: Fenger (2004) s. 788–789.

³¹⁹ Se kapittel 4.

³²⁰ Tilsvarende: Corthaut (2012) s. 213.

³²¹ Shelkopyas (2003) s. 99–100.

å sikre forutberegnelighet og respekt for rettsavgjørelser, har blitt funnet mer tungtveiende.³²² Videre respekteres rimelige tids- og søksmålsfrister.³²³ Effektivitetsprinsippet kan ikke strekkes så langt at en nasjonal domstol må kompensere for en parts fullstendige passivitet.³²⁴

Hensynet til en hensiktsmessig arbeidsfordeling og partsautonomien – to hensyn som begrunner at nasjonale domstoler ikke har en *ex officio*-adgang – vil tilsynelatende ikke være tungtveiende nok dersom domstolsadgangen innsnevres. Det følger av *Peterbroeck* at forhandlingsprinsippet i slike tilfeller må tilsidesettes.³²⁵ Det er likevel en liten usikkerhet knyttet til den sistnevnte påstanden:

I *Peterbroeck*-saken kom det ikke klart frem av premissene hvorvidt alle relevante fakta var påberopt av partene, eller om anvendelsen av etableringsfriheten ville medføre at nye fakta eller bevis måtte innhentes.³²⁶ Som påpekt synes det å følge av belgisk rett at både nye faktiske og rettslige argumenter ble prekludert ved fristutløp.³²⁷ Dersom all fakta var påberopt og prosessbegrensningen i den konkrete saken hindret den nasjonale domstolen i å foreta en ren rettsanvendelse (*jura novit curia*), svekker det dommens rettskildeværdi for anvendelsen av effektivitetsprinsippet på forhandlingsprinsippet. I et slikt tilfelle er det lettere å kjøpe EU-domstolens argumentasjon om at den nasjonale prosessbegrensningen ikke var rimelig begrunnet i prinsipper om rettsikkerhet og hensiktsmessig saksbehandling.³²⁸

³²² Se 2.5.3.

³²³ Uttalelsene i *Peterbroeck* og *Eco Swiss* illustrerer at relativt korte tidsfrister aksepteres. Som tvistemålsutvalget forutsatte vil derimot ikke «svært korte» søksmålsfrister aksepteres, se NOU 2001:32A s. 155. I sak C-2/06 uttaler EU-domstolen uttrykkelig at «rimelige» preklusive søksmålsfrister er forenlig med effektivitetsprinsippet, se avsnitt 58. Se motsatt sak C-473/00 avsnitt 37 hvor en foreldelsesfrist på to år ikke ble akseptert i en forbrukersak. Hva som utgjør en rimelig tidsfrist vil variere fra sak til sak, se nærmere Wilman (2015) s. 34, Tridimas (2006) s. 427.

³²⁴ Jf. uttalelsen i *Asturcom* avsnitt 47. Se også saker C-34/13 avsnitt 56, C-32/14 avsnitt 62.

³²⁵ I samme retning: Wallerman (2016) s. 352.

³²⁶ Som også påpekt av Robberstad (2002) s. 215. Se videre Andersson (1997) s. 131–134.

³²⁷ Note 276.

³²⁸ Shelkopyas (2003) s. 100 synes å basere resultatforskjellene mellom *van Schijndel* og *Peterbroeck* på en forklaring tilnærmet denne. Hun legger til grunn at hensynet til

Dommen er uansett et eksempel på at domstolsadgangen tillegges stor betydning, men det er vanskelig å utlede fra saken hvor stor vekt momentet tillegges i avveiningen mot forhandlingsprinsippet. *Eco Swiss*-saken gjaldt et voldgiftstilfelle, og det er usikkert hvorvidt man kan utlede noe om momentets vekt av betydning for alminnelige tvistesaker. Saken gjaldt dessuten ikke forhandlingsprinsippet siden parten selv påberopte seg konkurransebegrensningsforbudet. *Eco Swiss* bidrar ikke med mer enn å bekrefte at domstolsadgang i enkelte tilfeller står sterkt innenfor felleskapsretten. Heller ikke forbrukersakene gir særlig veiledning ettersom det gjelder en direktivspesifikk plikt på dette området.³²⁹ EU-domstolen har uttalt at man ikke kan ta et resultat fra en tidligere avgjørelse og anvende det mekanisk på andre rettsområder.³³⁰ Dette tilsier at man bør være forsiktig med en vid fortolkning av dommene utenfor det aktuelle saksområdet. Engström har et godt poeng når hun påpeker at det er vanskelig å bruke rettspraksis som veiledning for hvordan de ulike hensyn skal avveies når resultatene er sakssensitive.³³¹ Det er heller ikke slik at enhver abstrakt henvisning til et av prinsippene som EU-domstolen har sagt at skal avveies under begrunnelsesregelen, vil representere en tilstrekkelig motvekt til effektivitetsprinsippet.³³²

På den annen side kan man si at når hensynet til domstolsadgang har blitt avgjørende i ulike sammenhenger, taler det med styrke for at momentet langt på vei kan sies å være avgjørende i de fleste tilfeller. EU-domstolen har også tidligere lagt til grunn at nasjonale regler som hindrer prosedyren i TEUV artikkel 267, må settes til side.³³³ Dette må antagelig ses på bakgrunn av at foreleggelsesprosedyren har vært sentral for utviklingen av EU-retten og for viktige konsepter som direkte virk-

effektiv saksbehandling ikke gjorde seg like sterkt gjeldende i *Peterbroeck* fordi dommeren ikke trengte å foreta nærmere undersøkelser av fakta og innhenting av bevis, slik at anvendelse av jussen dermed krevde langt mindre av dommeren enn hva tilfellet var i *van Schijndel*.

³²⁹ Se 4.2.3.

³³⁰ Sak C-473/00 avsnitt 37.

³³¹ Engström (2008) s. 71.

³³² Wilman (2015) s. 36. Dette gjelder kontradiksjonsprinsippet, rettsikkerhet eller forutberegnelighet og prinsippet om hensiktsmessig saksbehandling, se 2.5.2.

³³³ Jf. *van Schijndel* avsnitt 18 og *Peterbroeck* avsnitt 13 med videre henvisninger.

ning og forrang.³³⁴ Landolt mener hensynet står så sterkt at det ikke kan avskjæres uansett hvor viktig den nasjonale regelen som forårsaker avskjæringen er.³³⁵ Et eksempel fra et annet rettsområde er *Kühne & Heitz* hvor nederlandske myndigheter ble pålagt å gjenoppta en forvaltningsavgjørelse som var stadfestet som rettskraftig av den øverste nederlandske forvaltningsdomstolen på området. Avgjørelsen var basert på en uriktig forståelse av EU-retten, og det avgjørende var at avgjørelsen var avgjort uten prejudisiell foreleggelse.³³⁶ Det kan dermed ikke anses tvilsomt at momentet er spesielt tungtveiende innenfor EU-retten. Rettens ex officio-plikt kan anses som kompensasjon for manglende domstolsadgang.³³⁷

Et annet spørsmål uavhengig av dette, er om momentet har like stor vekt i et EØS-rettslig perspektiv. Som nevnt konsumerer momentet domstolsadgang både partsinteresser og hensynet til foreleggelsesprosedyren som skal sikre en uniform tolkning av EU-retten. Etter TEUV artikkel 267 tredje ledd har EU-medlemsstatenes nasjonale domstoler plikt til å forelegge spørsmål for EU-domstolen. Foreleggelsesprosedyren innenfor EU-systemet består derfor dels av en plikt og dels av en adgang.³³⁸ Til sammenligning har domstolene i EFTA-statene bare adgang, og ingen plikt, til å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen etter den tilsvarende regelen i ODA-avtalen artikkel 34 annet ledd. Dette kan tale for at momentet ikke står like sterkt i et EØS-rettslig perspektiv.³³⁹ Videre er EFTA-domstolens avgjørelser bare rådgivende og ikke bindende.³⁴⁰

Eksistensen av bestemmelsen i ODA-avtalen forutsetter at domstolene skal ha en mulighet til å vurdere om spørsmål skal forelegges for EFTA-

³³⁴ Zekos (2012) s. 393.

³³⁵ Landolt (2006) s. 191 og 196 og (2007) s. 74–84. Også Schebesta (2010) note 21 s. 855 mener det må foreligge foreleggelsesadgang på minst ett stadium.

³³⁶ Sak C-453/00 avsnitt 26–27. I sak C-234/04 avsnitt 23 avviste EU-domstolen at en ankedomstol ex officio må prøve sider ved underinstansens avgjørelse som ikke er påanket. Domstolen viste til at resultatet i *Kühne & Heitz* fulgte av at man hadde nasjonal omgjøringskompetanse.

³³⁷ Corthaut (2012) s. 204.

³³⁸ Sml. TEUV artikkel 267 annet ledd.

³³⁹ Jf. også forbeholdet i Rt-2005-597 avsnitt 38 om effektivitetsprinsippet på enkelte områder kan ha forskjellig rekkevidde innenfor EU- og EØS-retten.

³⁴⁰ Fredriksen (2008) s. 297–298.

domstolen. Man kan kanskje si at dette etablerer en vurderingsplikt som lojalt må etterfølges, jf. ODA-avtalen artikkel 2.³⁴¹ Denne plikten – selv om den bare forutsetter bruk av skjønn – bør ikke forhindres av nasjonale prosessbegrensinger uten god grunn.³⁴² EU-domstolen har på generelt grunnlag uttalt at nasjonale prosessregler hverken kan begrense den kompetanse eller plikt en domstol har etter TEUV artikkel 267, og dermed synes ikke pliktargumentet å være avgjørende.³⁴³ Videre er hensynet til en ensartet tolkning av fellesskapsretten ikke mindre viktig i et EØS-rettslig perspektiv, og EFTA-domstolens vektlegging av homogenitetsmålsettingen taler for at domstolen vil legge det samme til grunn.³⁴⁴ Det at EFTA-domstolens avgjørelser bare er rådgivende, kan dermed heller ikke være avgjørende. Til dette kommer det at EFTA-statene på ingen måte kan stille seg helt fritt, særlig med hensyn til faren for traktatbruddsmål.³⁴⁵ I praksis tillegges også EFTA-domstolens uttalelser «vesentlig vekt» og det kreves «særlige grunner» for å fravike dem.³⁴⁶ Videre er det «lite rimelig» at EØS-borgere skal gis en dårligere rettsstilling når det gjelder vernet av sine rettigheter, slik flertallet så det i Rt-2005-1365.³⁴⁷ I *Swiss Life* uttalte EFTA-domstolen at «access to justice» og «effective judicial protection» er essensielle elementer innen EØS-regelverket som bare kan oppnås dersom EFTA-borgerne har lik tilgang til domstolene som

³⁴¹ Sml. EØS-avtalen artikkel 3.

³⁴² Etter ODA-avtalen artikkel 34 tredje ledd kan underinstansens kompetanse til å forelegge spørsmål begrenses, men jeg kan ikke se at det er avgjørende. Det å avskjære adgangen helt, er langt mer inngripende.

³⁴³ Sak C-3/16 avsnitt 47.

³⁴⁴ Sak E-09/97 avsnitt 49–63 jf. Fredriksen (2008) s. 298. Se tilsvarende E-11/12 avsnitt 16. Homogenitets-målsetningen innebærer at EØS-retten skal være lik EU-retten, se EØS-avtalens fortale, femte ledd, samt EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3, jf. Arnesen (2015) s. 24.

³⁴⁵ Bull (2015) s. 370. Noe ESAs åpning av formell sak mot Norge som følge av Høyesteretts avgjørelse i Rt-2013-258 (STX-saken) illustrerer. Dette er første trinn i en traktatbruddsak, se nærmere Regjeringen (2016).

³⁴⁶ Jf. Rt-2000-1811 s. 1820, Rt-2013-258 avsnitt 94, HR-2016-2554-P avsnitt 77.

³⁴⁷ Avsnitt 58. Mindretallet la samme utgangspunkt til grunn, se avsnitt 111. Jf. også Fredriksen (2008) s. 298, Graver (2005) s. 2.

EU-borgerne.³⁴⁸ Jeg antar derfor at momentet domstolsadgang også vil ha stor vekt innenfor EØS-systemet og i en norsk kontekst.

På voldgiftsrettens område kan man i tillegg stille spørsmål om momentet gjør seg like sterkt gjeldende når voldgiftsretten har en indirekte foreleggelsesadgang, jf. voldgiftsloven § 30 annet ledd. Etter denne bestemmelsen kan voldgiftsretten be en domstol om å forelegge EØS-spørsmål for EFTA-domstolen. I annet punktum er det oppgitt at domstolen kan «oppfordre» EFTA-domstolen til å gi en rådgivende uttalelse, men EFTA-domstolen har ikke plikt til å etterkomme oppfordringen.³⁴⁹ Etter hva jeg kjenner til, har adgangen aldri blitt utprøvd. Det er derfor uklart om EFTA-domstolen har kompetanse og er villig til å svare på spørsmål som er stilt i forbindelse med en voldgiftssak.³⁵⁰ EU-domstolen synes riktignok å åpne for en indirekte foreleggelsesadgang gjennom *Nordsee* når den uttalte at voldgiftsrettene kan få assistanse av nasjonale domstoler ved tolkning av fellesskapsrettslige spørsmål.³⁵¹ Uttalelsen er ikke entydig, og jeg tillegger den derfor ikke avgjørende betydning.³⁵² Den sentrale begrunnelsen i EU-rettspraksis synes uansett å være at materielle rettsspørsmål skal sikres gjennom kontroll foretatt av den kompetente retten selv, slik at dette neppe får betydning for argumentets vekt.³⁵³ Hensynet til domstolsadgang står derfor like sterkt ved anvendelsen av effektivitetsprinsippet på voldgiftsrettens område.³⁵⁴

³⁴⁸ Sak E-11/12 avsnitt 117.

³⁴⁹ NOU 2001:33 s. 103, Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 63.

³⁵⁰ Magnussen (2015) s. 217, Stemsrud (2006) s. 3–9, Berg (2006) s. 251–253. Mer positiv: Fredriksen (2006) s. 177–182.

³⁵¹ Sak C-102/81 avsnitt 14, jf. Liebscher (1999) s. 85 og Möller (2004) s. 463. Hjelmeng (2003) s. 200 påpeker at det ikke er gitt at foreleggelsesadgangen for voldgiftsdomstoler er like begrenset som etter EU-retten, med henvisning til at EFTA-domstolens president, Baudenbacher, har gitt uttrykk for en mer åpen holdning.

³⁵² Motsatt: Nielsen (2010) s. 85.

³⁵³ Se også Prechal (1998) s. 694, Landolt (2006) s. 103.

³⁵⁴ Se diskusjonen i 3.4.5.

2.6 Om såkalte fundamentale EØS-regler

2.6.1 Plikten til å anvende fundamentale regler ex officio

Enkelte teoretikere mener man kan oppstille en regel om at fundamentale EØS-regler alltid skal anvendes ex officio.³⁵⁵ Det er særlig *Eco Swiss* som synes å danne grunnlaget for en slik diskusjon, dels fordi dommen har blitt knyttet opp mot effektivitetsprinsippet,³⁵⁶ kombinert med at EU-domstolen i *Manfredi* og *T-mobile* har gitt uttrykk for at konkurransereglene er «ordre public» og skal anvendes ex officio av domstolene i alle tilfeller.³⁵⁷ I det følgende skal jeg undersøke om det er grunnlag for å oppstille en generell regel om at norske domstoler har en plikt til å anvende fundamentale EØS-regler ex officio. I så fall er det et generelt unntak fra utgangspunktene som skissert ovenfor. Jeg vil besvare spørsmålet både ut fra effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet.

2.6.2 Effektivitetsprinsippet som grunnlag

Da EU-domstolen i *Eco Swiss* kom til at konkurransebegrensningsforbudet³⁵⁸ utgjorde en fundamental regel som den nederlandske domstolen måtte anvende ex officio, nevnte den ikke eksplisitt hvilket prinsipp den anvendte. Dommen kan derfor tolkes i lys av effektivitetsprinsippet. Domstolens fremgangsmåte minner om en balansering av hensyn etter begrunnelsesregelen, hvor hensynet til voldgiftsrettens effektivitet, forståelsen av New York-konvensjonen og hensynet til en uniform tolk-

³⁵⁵ F.eks. synes Robberstad (2002) s. 213 og 220 å mene at alle grunnleggende EØS-regler må anses unntatt fri rådighet. I ettertid har hun antydnet en viss moderasjon under henvisning til at hun «kanskje tok...munnen noe for full», se Robberstad (2015) s. 63. Lauwaars (2008) s. 1164 mener at konkurransebegrensningsforbudet må anvendes ex officio, også utenfor voldgiftstilfellene. Også Thorsen (2016) note 32 s. 76 påpeker at *Eco Swiss* langt på vei gir uttrykk for at fundamentale regler må anvendes ex officio. Motsatt: Eldjarn (2016) s. 229–234, Fredriksen (2008) s. 323, Andersson (2000) s. 446.

³⁵⁶ Jeg sikter til dommens spørsmål 2 om konkurransereglene var ordre public.

³⁵⁷ Forente saker C-295/04-C-298/04 og sak C-8/08.

³⁵⁸ Jf. TEUV artikkel 101, tidligere EF-traktaten artikkel 81. Sml. EØS-avtalen artikkel 53.

ning av EU-retten inngikk i avveiningen.³⁵⁹ Videre gir fremhevingen av konkurransebegrensningsforbudet som en «fundamental regel» uttrykk for en slags effektivitetstanke om at slike regler krever spesiell beskyttelse i møte med nasjonale prosessregler. Dette forklarer hvorfor en rekke teoretikere har lest *Eco Swiss* som et resultat av effektivitetsprinsippet.³⁶⁰

En slik tolkning støttes et stykke på vei av domstolens uttalelse i *Manfredi*, syv år senere. På generelt grunnlag statuerte domstolen, under henvisning til *Eco Swiss*, at både konkurransebegrensningsforbudet og forbudet mot å utnytte dominerende stilling³⁶¹ utgjør fundamentale regler – eller ordre public – som nasjonale domstoler må håndheve ex officio.³⁶² Tatt på ordet innebar dette et kjempesteg, hvor EU-domstolen uten videre oppstilte en ex officio-plikt i alminnelige tvistesaker. Uttalelsen knyttet ikke an til et nasjonalt rettsgrunnlag, og resultatet må ses som et utslag av effektivitetsprinsippet. Isolert sett gir dommen uttrykk for at fundamentale regler må gis et effektivt vern, og at nasjonale domstoler har en plikt til å håndheve disse ex officio.³⁶³

Problemet er at EU-domstolen i *Eco Swiss* baserte seg på et nasjonalt kompetansegrunnlag.³⁶⁴ Året etter *Manfredi* avsa EU-domstolen *van*

³⁵⁹ Se avsnitt 35–40.

³⁶⁰ F.eks. Wilman (2015) s. 198, Magnussen (2000) s. 90–91, Robberstad (2002) s. 213, Jans (2008) s. 6, Gustafson (1999) s. 100, Tridimas (2006) s. 465. Også lovgiver synes å ha lest *Eco Swiss* slik, se forarbeidene til voldgiftsloven: Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 63, NOU 2001:33 s. 52. Engström (2008) s. 79 peker på at *Eco Swiss* kan leses både restriktivt og vidt. Corthaut (2012) s. 196 ser dommen som en kombinasjon av søsterprinsippene.

³⁶¹ Jf. TEUV artikkel 102, tidligere EF-traktaten artikkel 82. Sml. EØS-avtalen artikkel 54.

³⁶² Avsnitt 31.

³⁶³ Hvilke andre regler dette skulle inkludere, er imidlertid uklart, sml. 3.3 nedenfor.

³⁶⁴ Se særlig avsnitt 37 og 41. Se videre 2.4.4 om bakgrunnen for at ekvivalensprinsippet ble valgt. På samme måte som Schebesta (2010) s. 866–868 mener jeg at EU-domstolen, ved å knytte ordre public til det nasjonale kompetansegrunnlaget, avviste at det fantes noen form for «ekte» fellesskapsrettslig ordre public som må anvendes i alle tilfeller. I stedet ble det skapt en «indirekte» ordre public som avhenger av det nasjonale grunnlaget, se også Sjöstrand (2012) s. 50 og Snijders (2014) s. 107–113. De øvrige argumentene som fremkommer av domstolens begrunnelser må dermed anses som støtteargumenter for resultatet. Man kan kanskje se det slik at EU-domstolen anvender effektivitetsbetraktninger, uten dermed å anvende effektivitetsprinsippet. Komminos (2000) s. 474 synes å mene domstolen skapte «ekte» ordre public.

der *Weerd* hvor den eksplisitt uttalte at *Eco Swiss* ikke kunne anvendes i en argumentasjon i tilknytning til effektivitetsprinsippet.³⁶⁵ Denne klare uttalelsen mener jeg man ikke kan se bort fra. Dette var i og for seg en obiter dictum-uttalelse, men EU-domstolen har siden fulgt opp *Eco Swiss* i *Claro* og *Asturcom*, hvor domstolen er tydelig på at det er ekvivalensprinsippet som anvendes.³⁶⁶ *Manfredi*-saken kan derfor vanskelig leses som en videreføring av *Eco Swiss* når resultatene representerer utslag av ulike prinsipper.³⁶⁷ Uttalelsen i *Manfredi* var et obiter dictum, avgitt i forbindelse med spørsmål om saken skulle fremmes. Det er derfor uklart hvor mye vekt den kan tillegges.³⁶⁸ *Eco Swiss* gjaldt som kjent bare konkurransebegrensningsforbudet og ikke forbudet mot å utnytte sin dominerende stilling.³⁶⁹ EU-domstolen tok også det forbeholdet at plikten bare gjaldt ved «annulment of an arbitration award».³⁷⁰ Til slutt må det igjen nevnes at *Eco Swiss* faktisk ikke gjaldt et ex officio-tilfelle.³⁷¹ Som Corthaut formulerer det, synes uttalelsen i *Manfredi* å være «a slip of the pen».³⁷²

To år senere uttalte likevel EU-domstolen i saken *T-Mobile* at konkurransebegrensningsforbudet er en fundamental regel som skal anvendes ex officio av nasjonale domstoler – igjen på generelt grunnlag og uten forbehold, med henvisning til *Eco Swiss* og *Manfredi*.³⁷³ Også resultatet i *T-Mobile* må ses som et utslag av effektivitetsprinsippet. Det er vanskelig å vurdere hvordan dette skal forstås. *T-mobile* gjaldt et bevisbyrdespørsmål og ikke direkte ex officio-plikten eller et spørsmål om å begrense parts-

³⁶⁵ Forente saker C-222/05-C-225/05 avsnitt 40. Engström (2008) s. 87 kritiserer domstolens uttalelser fordi det er vanskelig å se *Eco Swiss* som et rent utslag av ekvivalensprinsippet. Jeg for så vidt enig i dette, men vil heller formulere meg slik at domstolen manipulerte ekvivalensprinsippet, tilsvarende Schebesta (2010) s. 878.

³⁶⁶ Se særlig *Asturcom* avsnitt 49flg. På samme måte: sak C-76/10 avsnitt 48flg.

³⁶⁷ Fredriksen (2008) s. 323, Eldjarn (2016) s. 233.

³⁶⁸ Fredriksen (2008) s. 323, Eldjarn (2016) s. 233.

³⁶⁹ Snijders (2014) s. 107, Eldjarn (2016) s. 233.

³⁷⁰ Avsnitt 41, jf. de Groot (2003) s. 367.

³⁷¹ Eldjarn (2016) s. 233, Andersson (2000) s. 446.

³⁷² Corthaut (2012) s. 209.

³⁷³ Avsnitt 49.

autonomien, noe som taler for at dommen gir begrenset veiledning.³⁷⁴ En unyansert regel om at fundamentale regler skal anvendes ex officio av norske domstoler, ville stå i strid med hvordan effektivitetsprinsippet har blitt anvendt i annen rettspraksis som gjelder forhandlingsprinsippet.³⁷⁵ Jeg mener derfor at utgangspunktet om at effektivitetsprinsippet ikke medfører en plikt for nasjonale domstoler til å anvende fellesskapsretten «irrespective of the importance of that provision to the Community legal order», fortsatt står seg.³⁷⁶

2.6.3 Ekvivalens: Ordre public i alle tilfeller?

Når spørsmålet om fundamentale EØS-regler skal anvendes av norske domstoler ex officio har blitt diskutert i juridisk litteratur, har samtlige sett spørsmålet som et effektivitetsspørsmål.³⁷⁷ Man kan imidlertid se for seg en nasjonal regel som bestemmer at domstolene skal anvende ordre public-regler ex officio, og som gjelder i alle alminnelige tvistesaker. I norsk rett kan kanskje NL 5-1-2 ses som en slik regel.³⁷⁸

Selv om innholdet i ordre public defineres etter nasjonal rett, viser *Eco Swiss* at man må likestille den prosessuelle behandlingen av slike regler

³⁷⁴ Se avsnitt 44. Eldjarn (2016) s. 233–234.

³⁷⁵ Se 2.5.3. Dette gjelder også for konkurransereglene, se *van Schijndel*.

³⁷⁶ Som uttalt i *van der Weerd*, avsnitt 41, jf. også generaladvokatens uttalelse avsnitt 27. En annen sak er at reglens fundamentale karakter er et moment i vurderingen. Tilsvarende: Fredriksen (2008) s. 324, Eldjarn (2016) s. 230, Wilman (2015) s. 387, Andersson (2000) s. 446, Brulard (2001) s. 545, Schebesta (2010) s. 868, Engström (2009) s. 338–339.

³⁷⁷ Se henvisningene til Robberstad (2002), Fredriksen (2008) og Eldjarn (2016) ovenfor, se likevel Eldjarn s. 232.

³⁷⁸ Bestemmelsen regulerer krav som strider mot lov eller ærbarhet, og anses som indispositiv, se 2.4.5.1. Det er ikke automatikk i at avtaler i strid med bestemmelsen anses som ugyldige, se Rt-1993-312 s. 315 og Rt-2004-1582 avsnitt 34 hvor Høyesterett uttaler at dette «må avgjøres må avgjøres ved en tolking av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter - herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertrедelsen får slik virkning». Som nevnt knytter også ordre public an til en stats grunnleggende verdier, se 2.4.1. I flere land gjøres det unntak fra forhandlingsprinsippet ved ordre public-tilfeller, se generaladvokatens uttalelse i *van Schijndel* avsnitt 32–37. Diskusjonen her er ment å belyse betydningen det kan ha at EU-domstolen definerer enkelte fellesskapsregler som ordre public, men kan ses i forlengelsen av diskusjonen om ekvivalensprinsippet og § 11-4 i 2.4.2-2.4.3.

med regler som i fellesskapsretten anses som ordre public.³⁷⁹ Dersom dette også gjelder for ordre public-unntak som gjør seg gjeldende i alminnelige tvistesaker, kan det medføre en vidtrekkende ex officio-plikt på en rekke områder. Det er likevel ikke gitt at regler som defineres som ordre public ved domstolers prøvelse av voldgiftsdommer, også skal utgjøre ordre public i andre tilfeller. Det er et kjent fenomen at innholdet i ordre public ikke bare varierer fra stat til stat, men at det også varierer innenfor *samme stat* etter ulike prosessuelle regler.³⁸⁰ Dermed er det hverken usannsynlig eller unormalt om innholdet i ordre public skulle variere innenfor EU-/EØS-systemet.³⁸¹ Som vist er det få spor i EU-domstolens rettspraksis som viser vilje til å favorisere fundamentale fellesskapsregler på bekostning av forhandlingsprinsippet.³⁸² Generaladvokaten i *van Schijndel* avviste som nevnt at enkelte regler burde gis en særstilling i alminnelige tvistesaker, inkludert konkurransereglene.³⁸³ *Manfredi* og *T-mobile* gir grunnlag for å spørre om domstolen har fraveket sitt syn. Avgjørelsene er basert på effektivitetsprinsippet og gjaldt ikke partsautonomien, noe som taler sterkt mot en slik tolkning. Det kan likevel være at vi ser en tendens til

³⁷⁹ Se 2.3.2.

³⁸⁰ Shelkopyas (2003) s. 119 og 123–124, Prechal (2004) s. 600–602, de Groot (2003) s. 366–367.

³⁸¹ Corthaut (2012) har utforsket det EU-rettslige ordre public-begrepet i dybden. Han konkluderer blant annet med at ordre public manifesterer seg på ulike måter. Han peker på konkurransereglene som generelt anses som ordre public innenfor EU-ordenen, men at konsekvensene av dette ikke alltid er innlysende. For spørsmålet om ex officio anvendelse av konkurransereglene, avhenger resultatet av den prosessuelle konteksten, s. 250–251.

³⁸² Både Andersson (1999) s. 1999 og Shelkopyas (2003) s. 140–141 kritiserer EU-domstolens tvetydige holdning. Shelkopyas fremholder at EU-domstolen bare forkludrer et fra før uklart uttrykk. Motsatt: Corthaut (2012) s. 251 som mener dette sikrer en permanent balanse mellom de underliggende politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle verdier som gjør seg gjeldende på ulike måter i forskjellige sammenhenger.

³⁸³ Avsnitt 47–48. Imidlertid var han åpen for at avtaler som er «manifestly illegal» etter konkurransereglene skal være indispositive. Generaladvokaten påpekte samtidig at dette allerede ville følge av nasjonal rett, se avsnitt 49. For norsk rett og konkurranse-reglene, stemmer det, jf. 2.4.5.2.

at EU-domstolen er i ferd med å utvikle ordre public-begrepet utenfor voldgiftstilfellene.³⁸⁴

Denne antagelsen bekreftes gjennom enkelte saker på forbrukerrettens område. I *Faber*-saken la EU-domstolen til grunn at forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 5 (3)³⁸⁵ er ordre public.³⁸⁶ I *Jörös* og *Jahani* la domstolen det samme til grunn for forbrukeravtaledirektivet artikkel 6 (1).³⁸⁷ Dommene gir likevel liten veiledning for tilfeller utenfor forbrukerrettens område.³⁸⁸

Foreløpig er rettskildegrunnlaget for uklart til å fastslå at norske domstoler har en plikt til å anvende fundamentale EØS-regler ex officio.³⁸⁹

2.7 Konklusjon

EU-domstolens rettspraksis viser at fellesskapsretten i all hovedsak respekterer forhandlingsprinsippet. Norske domstoler vil som utgangspunkt ikke ha en alminnelig plikt til å anvende EØS-retten ex officio. Effektivitetsprinsippet krever primært at partene får en genuin adgang til

³⁸⁴ Andersson (1999) s. 1999 mener det er helt klart på bakgrunn av *van Schijndel* at hverken fellesskapsreglene generelt eller konkurranseretten spesielt har ordre public-status i alminnelige tvistesaker. Wilman (2015) note 178 s. 387 inntar etter min mening et riktig utgangspunkt når han skriver at det er et uløst spørsmål hvorvidt konkurranseretten er ordre public utenfor voldgiftstilfellene.

³⁸⁵ Rdir 1999/44/EF. En mangel som viser seg seks måneder etter risikoens overgang, må formodes å ha eksistert ved risikoens overgang hvis ikke annet bevises, se forbrukerkjøpsloven § 18 annet ledd.

³⁸⁶ Sak C-497/13 avsnitt 15 og 55–57.

³⁸⁷ Saker C-397/11 avsnitt 51, C-488/11 avsnitt 30. Bestemmelsen fastsetter at urimelige vilkår i standardkontrakter skal være ikke-bindende for forbrukeren.

³⁸⁸ Alle avgjørelsene gjaldt nasjonale prosessregler om at ankedomstolen bare kunne anvende regler ex officio dersom de utgjorde ordre public. Fremgangsmåten er den samme ved den fellesskapsorienterte analysen i voldgiftstilfellene, se 2.3.3. Se også sak C-429/05 avsnitt 57–69 hvor domstolen knytter en bestemmelse i forbrukerkreditt-direktivet til ordre public og allmenne hensyn.

³⁸⁹ Konkurransereglene er alt indispositive etter norsk rett, se 2.4.5.2. Hugget i stein er dette likevel ikke, og spesielt interessant er denne utviklingen med tanke på hvilke andre regler som EU-domstolen etter hvert skulle betrakte som ordre public, sml. diskusjonen i 3.3. Det er ikke vanskelig å forestille seg en svært omfattende ex officio-plikt.

å fremlegge sine argumenter for en domstol med foreleggelsesadgang. I praksis får ekvivalensprinsippet størst betydning for norske prosessregler. Norske dommere har en plikt til å håndheve EØS-regler ex officio der de har en plikt til å håndheve tilsvarende nasjonale regler ex officio.³⁹⁰ EU-domstolens rettspraksis illustrerer at det er usikkerhet knyttet til hvordan prinsippene skal anvendes og hvordan de vil utvikle seg i fremtiden. Potensielt kan de medføre store endringer i norsk prosessrett.

³⁹⁰ Fredriksen (2008) s. 321–328, Eldjarn (2016) s. 228, Engström (2008) s. 81.

3 Rettens plikt til å prøve voldgiftsdommer ex officio

3.1 Tre hovedspørsmål

I dette kapittelet er formålet å se nærmere på domstolens plikt til å anvende fellesskapsrettslige regler ex officio ved overprøving av voldgiftsdommer. I *Eco Swiss* la EU-domstolen til grunn at konkurransebegrensningsforbudet må likestilles med ordre public.³⁹¹ Dette tilsvarer EØS-avtalen artikkel 53. Gjennom *Claro* og *Asturcom* fikk artikkel 6 (1) i forbrukeravtaledirektivet samme status.³⁹² Bestemmelsen er gjennomført ved avtaleloven § 37. Vi har sett at resultatet er at voldgiftsdommer kan bli *uvirksomme* dersom de bryter med disse reglene, jf. voldgiftsloven §§ 43 annet ledd b) og 46 annet ledd b). Norske domstoler vil ha en plikt til å vurdere dette ex officio.³⁹³

Dommene, særlig *Eco Swiss*, har blitt oppfattet som kontroversielle fordi de anses å true voldgiftsinstituttets effektivitet.³⁹⁴ Et sentralt spørsmål er hvor vidtrekkende disse avgjørelsene er. Dette reiser tre problemstillinger: For det første hvilken betydning det har at voldgiftsdomstolen ikke har vurdert EØS-reglene. For det andre hvilke EØS-regler som er ordre public-bestemmelser. For det tredje om bare grove brudd kan medføre uvirksomhet. Dette er praktisk viktige spørsmål. I tillegg illustrerer studien hvordan søsterprinsippene kan gripe inn i og utvikle et nasjonalt grunnlag som oppstiller en ex officio-plikt.

³⁹¹ Sak C-126/97.

³⁹² Saker C-168/05, C-40/08. Bestemmelsen fastsetter at urimelige vilkår i standardavtaler skal være ikke-bindende for forbrukeren.

³⁹³ Se 2.4.1. Fordi det er forutsatt i forarbeidene at ordre public-unntaket skal dekke de samme situasjoner, vil jeg i det følgende ikke skille mellom tilfellene.

³⁹⁴ De to andre dommene er lite omtalt i litteraturen, særlig i norsk sammenheng.

3.2 Når voldgiftsretten ikke har vurdert EØS-reglene

Spørsmålet i det følgende er hvilken betydning, om noen, det har at EØS-reglene ikke har blitt vurdert av voldgiftsretten når nasjonale domstoler skal overprøve voldgiftsdommen. I *Eco Swiss* kom spørsmålet på spissen fordi det fulgte av nederlandsk rett at en part ikke kunne påberope seg en ugyldighetsgrunn for første gang i et ugyldighetssøksmål.³⁹⁵ EU-domstolen tok imidlertid ikke direkte stilling til spørsmålet, men nøyde seg med å vise til sakens hoved-spørsmål og at den hadde lagt til grunn at konkurransebegrensningsforbudet var ordre public. Dermed var det ikke nødvendig å behandle spørsmålet, mente domstolen.³⁹⁶ Dette må forstås slik at det ikke har noen betydning at det fellesskapsrettslige spørsmålet ikke har blitt prøvd av voldgiftsretten før det prøves av nasjonale domstoler.³⁹⁷ Resultatet må ses som et utslag av effektivitetsprinsippet ettersom den nederlandske regelen gjaldt uavhengig av kravets opphav.³⁹⁸

I den norske voldgiftsloven fremkommer det uttrykkelig at ordre public-bestemmelsene gjelder ex officio. Dette må innebære at det er uten betydning hva partene har anført og hva som kom frem under voldgiftsbehandlingen.³⁹⁹ Ex officio-plikten oppstår idet en voldgiftssak kommer inn. For ugyldighetssøksmål må søksmålet i tillegg være reist i tide.⁴⁰⁰

I forlengelsen av dette kan man spørre om *voldgiftsdommerne* er forpliktet til å anvende fellesskapsreglene ex officio. Voldgiftsdommernes kompetanse er begrenset på samme måte som ved sivile søksmål.⁴⁰¹ Det vil være rettssystematisk problematisk dersom voldgiftsdommerne må holde seg innenfor partenes avgrensning

³⁹⁵ Avsnitt 26.

³⁹⁶ Avsnitt 32. Tilsvarende i *Claro*, se avsnitt 20, 31 og 35.

³⁹⁷ Magnussen (2000) s. 90 og (2015) s. 221.

³⁹⁸ Generaladvokatens uttalelse til forente saker C-222/05-C-225/05 avsnitt 28. Også Magnussen (2000) s. 91 forutsetter dette.

³⁹⁹ Magnussen (2015) s. 234.

⁴⁰⁰ Se voldgiftsloven § 44 første ledd. Også de ugyldighetsgrunnene som domstolen ex officio skal ta stilling til vil prekluderes dersom fristen ikke overholdes, jf. NOU 2001:33 s. 78 og 115, Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 75 og 112.

⁴⁰¹ Jf. voldgiftsloven § 32 første ledd sml. tvisteloven § 11-2 (1).

av saken, dersom brudd på fellesskapsreglene kan gjøre voldgiftsdommen uvirksom.⁴⁰² Det er forutsatt i forarbeidene at voldgiftsdommerne har en plikt til å anvende konkurransereglene *ex officio*, men dette synes å bero på en feilslutning om at *Eco Swiss* forpliktet voldgiftsretten til å anvende EØS-konkurranseretten på eget initiativ.⁴⁰³ En lignende forutsetning er ikke gjort for avtaleloven § 37, og den rettssystematiske floken er ikke løst.⁴⁰⁴ Det er en fordel om voldgiftsretten har kompetanse til *ex officio* å anvende de EØS-regler som retten plikter å anvende *ex officio* ved overprøvingen.⁴⁰⁵ Avhandlingen gjelder domstolers *ex officio*-plikt, og jeg går ikke nærmere inn på dette.

3.3 EØS-regler som ordre public

EØS-avtalen artikkel 53 og avtaleloven § 37 skal behandles som ordre public når voldgiftsdommer bringes inn for domstolene i forbindelse med ugyldighetssøksmål eller tvangsfullbyrding. Problemstillingen er hvilke andre EØS-regler som er ordre public. EØS-rett i voldgiftssaker er ikke upraktisk. For eksempel kan man se for seg at voldgiftsdommen bryter med miljørettsdirektiver, reglene om offentlige anskaffelser eller reglene om de fire friheter. Dersom også brudd på disse reglene anses som ordre public, vil plikten til å tilsidesette voldgiftsdommer bli svært omfattende.

I forarbeidene til voldgiftsloven er bare konkurransereglene omtalt, men tvistelovsutvalget synes å forutsette at *alle* EØS-konkurransereglene

⁴⁰² Andersson (2000) s. 464–466, Ryssdal (2002) s. 673–6744, Moss (2009) s. 368–370.

⁴⁰³ NOU 2001:33 s. 52. Det kan neppe være grunnlag for en slik slutning ettersom voldgiftsretten ikke omfattes av EØS-avtalen eller samarbeidet innen EU, jf. NOU 2001:33 s. 48 og sak C-102/81 avsnitt 12. EU-domstolen har dermed ikke kompetanse til å fastsette dette, jf. Komninos (2000) s. 476. Se også Eldjarn (2016) s. 231, Fredriksen (2008) s. 323. Likevel kan man kanskje si at *Eco Swiss* «indirekte» pålegger voldgiftsdommerne en slik forpliktelse fordi de ellers vil være truet av at voldgiftsdommen blir uvirksom, se Blanke (2005) s. 175 og (2008) s. 86, Ryssdal (2002) s. 673–6744. Motsatt: Shelkopyas (2003) s. 301–318, de Groot (2003) s. 372. Se også Zekos (2012) s. 390–419, Andersson (2000) s. 455.

⁴⁰⁴ Bestemmelsen gjennomfører forbrukeravtaledirektivet.

⁴⁰⁵ Jf. synspunktene i NOU 2001:33 s. 52. Se også Magnussen (2015) s. 236, Kolrud (2007) s. 85–86.

er ordre public.⁴⁰⁶ Også i forarbeidene til lov om endringer i konkurranse-loven, som blant annet etablerer en egen konkurranseklagenemd, har lovgiver lagt til grunn at alle EØS-konkurranseregler er ordre public.⁴⁰⁷

Spørsmålet må avgjøres med utgangspunkt i fellesskapsretten. EU-domstolen kom frem til at konkurransebegrensningsforbudet og forbrukeravtaledirektivet artikkel 6 (1) er ordre public ved å vise til at disse utgjorde fundamentale regler for det indre markedets opprettelse og funksjon. Dette utledet EU-domstolen av EF-traktaten artikkel 3 (1) g) og (1) t).⁴⁰⁸ Dersom konkurransebegrensningsforbudet er ordre public alene på bakgrunn av dette, er det liten grunn til at ikke fellesskapsrettens øvrige konkurranseregler skulle ha samme stilling, herunder forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling⁴⁰⁹ og regelverket for offentlige anskaffelser.⁴¹⁰ I *Manfredi* la EU-domstolen til grunn at de ordinære domstolene har en plikt til å anvende både TEUV artikkel 101 og 102 ex officio.⁴¹¹ Selv om dommen ikke gjaldt voldgift, gir den støtte for at regelen i EØS-avtalen artikkel 54 må behandles på samme måte som forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.⁴¹²

Problemet med EU-domstolens argumentasjon er at grunnlaget for å anse konkurransebegrensningsforbudet og forbrukeravtaledirektivets ugyldighetsregel som ordre public, mangler. I alle de tre avgjørelsene er begrunnelsene knappe, og det er vanskelig å utlede noe bestemt om rettstilstanden. EF-traktaten artikkel 3 som domstolen viste til, ser ut som en programerklæring med en generell kategoriliste over unionens aktivitetsområder.⁴¹³ Følger man domstolens argumentasjon, kan dermed

⁴⁰⁶ NOU 2001:33 s. 52.

⁴⁰⁷ NOU 2014:11 s. 39 og 119, Prop.37L (2015–2016) s. 15. Se note 221 om vekt.

⁴⁰⁸ Sml. nå TEUV artikkel 3 (1) b) og 4 (1) f). *Eco Swiss* avsnitt 36, *Claro* avsnitt 36–37, *Asturcom* avsnitt 51. Se også sak C-76/10 avsnitt 49–50.

⁴⁰⁹ TEUV artikkel 102, EØS-avtalen artikkel 54.

⁴¹⁰ Magnussen (2000) s. 87, Gustafson (1999) s. 93.

⁴¹¹ Sml. EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

⁴¹² Blanke (2008) s. 81, Magnussen (2015) s. 223.

⁴¹³ Domstolen har tidligere uttalt at artikkel 3 slett ikke bare er en programerklæring, men nødvendig for utførelsen av fellesskapets oppgaver, jf. sak C-6/72 avsnitt 25 og generaladvokatens uttalelse i *Eco Swiss* avsnitt 36.

alle reglene som hører inn under disse kategoriene være ordre public.⁴¹⁴ Dette vil antagelig konsumere alle EU-rettens regler. Og så lenge det er gitt tilsvarende regler innenfor EØS-systemet, vil disse også utgjøre ordre public innenfor EØS, og unntak kan bare gjelde så lenge det ikke er en spesiell grunn til å vurdere EØS-reglene annerledes.⁴¹⁵ Når ordre public er ment å være en snever unntaksregel, vil en slik tolkning være problematisk.

En alternativ og snevrere forståelse er at ordre public bare omfatter de reglene hvor medlemsstatene uttrykkelig har forpliktet seg til å sørge for at alle tiltak, avtaler, bestemmelser mv. som står i strid med regelen, skal være ugyldig eller ikke-bindende.⁴¹⁶ En slik preseptorisk bestemmelse følger av både konkurransebegrensningsforbudet og forbrukeravtaledirektivet, og EU-domstolen henviste til disse i sin argumentasjon.⁴¹⁷ Denne tolkningen støttes av *Faber*-saken. EU-domstolen la der til grunn at en bevisbyrderregel i forbrukerkjøpsdirektivet er ordre public, og må anvendes ex officio.⁴¹⁸ Et sentralt argument var at bestemmelsen er preseptorisk for partene og for staten.⁴¹⁹ En slik tolkning kan videre begrunne hvorfor EU-domstolen i *van der Weerd* la til grunn at artikkel 11 (1) og 13 (1) i munn- og klovsykedirektivet *ikke* er ordre public.⁴²⁰ Det som taler i mot en slik tolkning er at mange viktige fellesskapsrettslige bestemmelser ikke oppstiller en slik preseptorisk regel, for eksempel

⁴¹⁴ Tilsvarende: Shelkopyas (2003) s. 126 og (2002) s. 581, Magnussen (2000) s. 87, Liebscher (1999) s. 84, Prechal (2004) s. 605, Landolt (2007) s. 80–81.

⁴¹⁵ Jf. slik Fredriksen (2014) s. 247–248 beskriver anvendelsen av homogenitetsprinsippet på generelt grunnlag.

⁴¹⁶ Se også Shelkopyas (2002) s. 581. Motsatt: Brulard (2001) s. 543.

⁴¹⁷ TEUV artikkel 101 nr. 2 sml. EØS-avtalen artikkel 53 nr. 2, Rdir 93/13 EØF artikkel 6 nr. 1.

⁴¹⁸ Sak C-497/13 avsnitt 57. Rdir 1999/44/EF artikkel 5 (3).

⁴¹⁹ Jf. direktivets artikkel 7 (1), se avsnitt 55. Saken gjaldt ikke voldgift, og som nevnt bør man være forsiktig med å anvende rettspraksis utenfor de konkrete rettsområdene. Likevel taler mye for at dette er et sjekkpunkt på listen for hva som er ordre public.

⁴²⁰ Se 2.3.2 om saken. Andre leser ut av dommen at EU-domstolen motsetningsvis legger til grunn at andre bestemmelser i direktivet som angår kontroll av syken, vil utgjøre ordre public, se Lauwaars (2008) s. 1171 og Eldjarn (2016) s. 236. Selv mener jeg man bør være tilbakeholden med slike slutninger, tatt i betraktning den uklare rettskildesituasjonen.

EØS-avtalen artikkel 54.⁴²¹ Til sammenligning er det ikke et vilkår at reglene er preseptoriske for å utgjøre norsk ordre public.⁴²² Fordi statene er pliktsubjekter etter fellesskapsrettens regler, er det likevel ikke gitt at dette er en fruktbar sammenligning.

I teorien spriker oppfatningene av hvilke regler som er ordre public. Enkelte mener at all konkurranserett må anses som ordre public.⁴²³ Noen fremhever miljøretten og arbeidsretten.⁴²⁴ Andre legger til grunn at alle regler knyttet til de fire friheter må anses som ordre public.⁴²⁵ Og noen har gått så langt at de har hevdet at direktivers grunnleggende ideer må anses som ordre public.⁴²⁶

Tilfanget av rettspraksis er begrenset, og begrunnelsene fra EU-domstolen knappe. Spørsmålet må derfor anses uavklart. Sammenhengen mellom konkurranseretten og forbrukerretten er også uklar – det ene er primærrett, mens det andre er sekundærrett, og man kan heller ikke utlede noe ut fra hvorvidt det er snakk om full- eller minimumsharmonisering.⁴²⁷ Et opplagt hierarki er det derfor neppe snakk om. EU-domstolens argumentasjon er ikke overbevisende. Etter min mening er det umulig å utlede noe bestemt om hvilke regler som er ordre public foruten de domstolen eksplisitt har definert som dette. Ethvert forsøk vil være ren synsing om hvilke regler som er spesielt viktige. Alt synes å koke ned til hvilke regler fellesskapsretten tåler at det er en risiko for at voldgiftsdommer bryter med.⁴²⁸ Norske domstoler bør være varsomme med å fastlegge hvilke EØS-regler som anses som ordre public. Dersom spørsmålet oppstår, bør man be EFTA-domstolen om hjelp.⁴²⁹

⁴²¹ Sml. Shelkopyas (2003) s. 127.

⁴²² Dette er likevel et moment i vurderingen, jf. Berg (2006) s. 327. Det gjelder stort sett i de fleste land at man ikke kan sette likhetstegn mellom preseptoriske regler og ordre public, se Villiers (2011) s. 164–165.

⁴²³ De Groot (2003) s. 372.

⁴²⁴ Schebesta (2010) s. 874, Liebscher (2008) s. 557.

⁴²⁵ Brulard (2001) s. 543, Tridimas (2006) s. 465. Roseberry (1999) s. 247–248 mener dommen gir grunnlag for at alle fellesskapsregler er ordre public.

⁴²⁶ Se Shelkopyas (2003) s. 310 med videre henvisninger.

⁴²⁷ Schebesta (2010) s. 873.

⁴²⁸ Som Prechal (2004) s. 606 påpeker, er dette en politisk vurdering.

⁴²⁹ Jf. domstoloven § 51a jf. ODA-avtalen artikkel 34 annet ledd.

3.4 Kan bare grove eller åpenbare brudd medføre uvirksomhet?

3.4.1 Problemstillingen

Dersom en EØS-regel først defineres som ordre public, er spørsmålet om man kan oppstille forbehold som begrenser anvendelsesområdet til ordre public-unntaket. Et forbehold gjør at færre voldgiftsdommer står i fare for å bli kjent uvirksomme, og det begrenser domstolens under-søkelsesplikt. I det videre tar jeg utgangspunkt i EØS-avtalen artikkel 53 og forbrukeravtaledirektivet artikkel 6 (1). Dette er de eneste reglene vi med sikkerhet kan si at er ordre public. Problemstillingen gjør seg likevel gjeldende for alle fellesskapsrettslige ordre public-regler. Før jeg går nærmere inn på EU-domstolens rettspraksis, vil jeg presentere bakgrunnen for problemstillingen.

3.4.2 Kvalifikasjonskrav: Grove, alvorlige, klare eller åpenbare brudd

I forarbeidene til voldgiftsloven har utvalget lagt til grunn at ugyldighet av voldgiftsdommer «bare kan gjelde ved grovere brudd på konkurransereglene».⁴³⁰ «Grovere brudd» må forstås som et krav til arten og alvorligheten av regelbruddet. Spørsmålet er om et slikt forbehold er i samsvar med EØS-retten.

I forarbeidene til tvisteloven har utvalget lagt til grunn at forholdet til EØS-reglene vil kunne tas opp «i full bredde».⁴³¹ Heller ikke i forarbeidene gitt i forbindelse med endringer i konkurranselovgivningen og opprettelsen av en konkurranseklagenemnd, er det oppstilt et skille mellom grove og mindre grove brudd.⁴³² Det finnes lite rettspraksis om bestemmelsen,

⁴³⁰ NOU 2001:33 s. 52.

⁴³¹ NOU 2001:32A s. 204. Utvalget påpeker samtidig at dette er uheldig.

⁴³² NOU 2014:11 s. 39 og 119, Prop.37 L (2015–2016) s. 15. Utvalget og departementet bygger på en analogisk anvendelse av *Eco Swiss*, og forutsetter at domstolene ex officio skal tilside sette konkurranseklagenemndas vedtak som ugyldige ved uriktig konkurranserettlig tolkning av EØS-konkurransereglene. Se note 221 om vekt.

men Borgarting lagmannsrett aksepterte forbeholdet i voldgiftslovens forarbeider når retten i LB-2013-92047 uttalte at «ugyldighet uansett bare vil inntre ved grovere overtredelser». ⁴³³ De norske rettskildene er med andre ord sprikende. Spørsmålet vil være tilsvarende aktuelt for avtaleloven § 37, som også er ordre public, men relevante norske rettskilder diskuterer bare konkurransereglens stilling.

I litteraturen har flere forfattere avvist at bare grove brudd på konkurransereglene utgjør ordre public. ⁴³⁴ Under henvisning til *Eco Swiss* har Eldjarn fremholdt at uttalelsene i forarbeidene til voldgiftsloven er en «klar feiltolkning av poenget» i avgjørelsen. ⁴³⁵ Andre forfattere har lagt til grunn at man kan oppstille kvalifikasjonskrav for at voldgiftsdommer skal kunne kjennes uvirksomme. Kravets utforming varierer, men gjengangere er at bruddet skal være «grovt», «alvorlig», «klart» eller «åpenbart» eller kombinasjoner av dette. ⁴³⁶ «Åpenbart» eller «klart» forstår jeg som at bruddet må vise seg for dommeren ved overfladiske undersøkelser.

⁴³³ Saken gjaldt etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31, og ikke konkurransereglene. Lagmannsrettens vurderinger er ikke overbevisende på dette punkt ettersom de faktisk ikke går inn i EØS-retten, men uten videre aksepterer forarbeidsuttalelsene. Lagmannsretten synes dessuten å overse ekvivalensprinsippet når den, etter å ha henvist til *Eco Swiss*, uttaler at «spørsmålet om en voldgiftsdom som strider mot EUs konkurranseregler blir ugyldig etter norsk ordre public, ikke er avklart» (min uth.). Poenget er at når ekvivalensprinsippet anvendes på bestemmelsen, spiller det ingen rolle om konkurransereglene er en del av norsk ordre public, se 2.4.1.

⁴³⁴ Kolstad (2006) s. 188, Kolrud (2007) s. 85, Hjelmeng (2003) s. 201 med unntak hvor man står overfor et erstatningsstillefelle. Slik leser jeg også Ryssdal (2002) s. 672 og 680–683. Tilsvarende Magnussen (2000) s. 87–88, se likevel Magnussen (2015) note 442 nedenfor. I utenlandsk og internasjonal litteratur: Gustafson (1999) s. 93, Blanke (2009) s. 65, Landolt (2006) s. 203 og (2007) s. 83, Lindsog (2012) s. 847 med videre henvisninger. Slik oppfatter jeg også Schebesta (2010) s. 875, Werlauff (2000) s. 59. Også de Groot (2003) s. 371 påpeker at vi må tenke annerledes om fellesskapsrettslig ordre public enn det som gjelder ellers.

⁴³⁵ Eldjarn (2016) s. 230.

⁴³⁶ Se Brozolo (2011) s. 774–775 og (2010) s. 38–50, Mourre (2006) s. 187–188, Meidanis (2005) s. 109–110, Komninos (2009) s. 27. Andersson (2000) s. 458–459 kommer under tvil til at et kvalifikasjonskrav kan oppstilles inntil videre, men innrømmer samtidig at sterke formålsgrunner taler for at man må lempe på slike nasjonale krav. Zekos (2012) s. 409 mener at EU-domstolen ikke har tatt stilling til dette.

Nielsen har foretatt den mest omfattende analysen i norsk rett.⁴³⁷ Han konkluderer med at rettsstilstanden er uavklart, men argumenterer for at voldgiftsdommer som bryter fellesskapsreglene bare omfattes av ordre public-unntaket dersom bruddet er «åpenbart».⁴³⁸ Han konkluderer med at avtaler med et konkurransebegrensende *formål* vil oppfylle vilkåret, mens bare enkelte tilfeller av avtaler som har en konkurransebegrensende *virkning* vil være omfattet.⁴³⁹ Ved avgjørelser som tilkjenner erstatning hvor dette bygger på en avtale i strid med forbudet, oppstiller han et tilleggsvilkår om at erstatningsutmålingen må anses som særlig støtende. Vilkåret «åpenbart» knytter han først og fremst til bevisstiden, slik at domstolen skal kunne fastslå at ordre public-unntaket er oppfylt ved en overfladisk vurdering.⁴⁴⁰ Samtidig mener han det må stilles krav til bruddets karakter.⁴⁴¹ Synspunktene har fått oppslutning i (publisert) juridisk litteratur.⁴⁴²

I europeisk rettspraksis er det lagt til grunn ulike oppfatninger. Enkelte jurisdiksjoner mener domstolene må foreta en full overprøving, mens andre oppstiller ulike kvalifikasjonskrav.⁴⁴³

⁴³⁷ Nicolai René Nielsen i masteravhandlingen *Avtaler med konkurranserettslige implikasjoner: voldgift og lovvalg*, levert i 2010 som en del av forskningsprosjektet «Voldgift og partsautonomi» ved Institutt for privatrett ved juridisk fakultet, Universitetet i Oslo.

⁴³⁸ Nielsen (2010) s. 110–111.

⁴³⁹ Nielsen (2010) s. 111.

⁴⁴⁰ Hvor det er «sterk mistanke» vil domstolen «i visse tilfeller» ha adgang til å gå grundigere til verks, se Nielsen (2010) s. 78.

⁴⁴¹ «Til en viss grad åpenbart i materiell forstand», se Nielsen (2010) s. 78.

⁴⁴² Magnussen og Klevstrand i Magnussen (2015) s. 223–227, Woxholth (2013) s. 898–899 og 945–946.

⁴⁴³ En grundig gjennomgang av utenlandsk rettspraksis vil sprengte rammene for denne avhandlingen. Jeg nøyer meg med å påpeke at nederlandske og belgiske domstoler har lagt til grunn at nasjonale domstoler vil være forpliktet til å foreta en fullstendig overprøving av voldgiftsavgjørelsen, mens andre jurisdiksjoner, som Frankrike og Sverige, har oppstilt ulike kvalifikasjonskrav for prøvingen, se Nielsen (2010) s. 55–56, 68–70 og 110, Mourre (2006) s. 171–188. Se også Brozolo (2011) s. 770flg., Zekos (2012) s. 406flg., Liebscher (2011) s. 790flg., Idot (2010) s. 75flg.

3.4.3 Den tradisjonelle ordre public-forståelsen

Den tradisjonelle forståelsen av ordre public er at en krenkelse av en preseptorisk rettsregel ikke er nok til å gjøre en voldgiftsdom uvirksom. I stedet må det foretas en konkret vurdering hvor de underliggende prinsippene, og ikke reglene i seg selv, beskyttes – selv om reglene er utgangspunktet for vurderingen. Unntaket er ment å ha et meget snevert anvendelsesområde.⁴⁴⁴ Man kan dermed si at det etter norsk rett kreves en *kvalifisert* uoverensstemmelse mellom voldgiftsdommens *resultat* og den norske rettsordenen.⁴⁴⁵ Et kvalifikasjonskrav som «grovt brudd» synes å være i overensstemmelse med denne tradisjonelle definisjonen.

Ved domstolsprøving er det selve voldgiftsavgjørelsen og ikke den underliggende saken som skal vurderes av domstolen.⁴⁴⁶ De alminnelige domstoler skal ikke fungere som en ankeinstans for voldgiftsavgjørelsen.⁴⁴⁷ Voldgiftsrettens funksjon er å sikre en rask og effektiv avklaring, og en voldgiftsdom er ment å være endelig. Domstolene kan bare utøve kontroll over voldgiftsdommer gjennom ugyldighetssøksmål og ved begjæring om tvangsfullbyrdelse.⁴⁴⁸ For den som vil fullbyrde en voldgiftsdom, holder det å legge frem en attestert kopi av avgjørelsen.⁴⁴⁹ Et kvalifikasjonskrav som «åpenbart brudd» synes å være i overensstemmelse med disse forutsetningene.

Det avgjørende for hvorvidt man kan oppstille et kvalifikasjonskrav må uansett avgjøres på bakgrunn av de sentrale fellesskapsrettslige rettskilder. Sentralt i denne vurderingen står *Eco Swiss* som prejudikatet for statenes plikt til å kjenne voldgiftsdommer uvirksomme som følge av brudd på fellesskapsreglene.

⁴⁴⁴ Se 2.4.1.

⁴⁴⁵ Ryssdal (2002) s. 672, Magnussen (2015) s. 231 og (2000) s. 95, Berg (2006) s. 327–328.

⁴⁴⁶ Sml. Rt-2009-1537 avsnitt 37, note 126. Se forutsetningsvis NOU 2001:33 s. 76–80. Moss (2009) s. 366.

⁴⁴⁷ Ot.prp.nr.27 (2003–2004) s. 12 og 17. Se også Rt-1988-1410 s. 1411. En annen sak er at partene kan avtale anke ved en ny voldgiftsrett.

⁴⁴⁸ Moss (2009) s. 364.

⁴⁴⁹ Jf. voldgiftsloven § 45 annet ledd.

3.4.4 EU-domstolens tilnærming

Jeg har avvist at *Eco Swiss* kan ses som et resultat av effektivitetsprinsippet.⁴⁵⁰ Tar man utgangspunkt i at det er ekvivalensprinsippet i streng forstand som anvendes i *Eco Swiss*, kan man argumentere for at det bare er de grove eller åpenbare brudd på fellesskapsreglene som kan utgjøre ordre public, fordi det bare er slike situasjoner som omfattes av norsk ordre public.⁴⁵¹ I så fall må man vurdere om kvalifikasjonskravet står seg i lys av effektivitetsprinsippet, slik det er forstått i rettspraksis for øvrig.⁴⁵²

Etter min mening er det grunnlag for å si at det er et bredere ekvivalensprinsipp som anvendes i *Eco Swiss*. Domstolen foretar ikke en egentlig sammenligning med nasjonal rett. Det er bare slik man kan forklare hvorfor konkurransebegrensningsforbudet og forbrukeravtaledirektivets ugyldighetsregel må «likestilles» med nasjonale ordre public-tilfeller.⁴⁵³ Denne forståelsen er også forenlig med EU-domstolens avveining av hensyn.⁴⁵⁴ Videre støttes tolkningen av at EU-domstolen skiller saken fra *van Schijndel*, hvor den syntes å anvende et snevert ekvivalensprinsipp.⁴⁵⁵ Et slikt bredt ekvivalensprinsipp gir ikke rom for nærmere å vurdere nasjonal rett, og derigjennom utlede et kvalifikasjonskrav.

I *Eco Swiss* uttaler EU-domstolen at «failure to comply with» konkurransebegrensningsforbudet gir grunnlag for å oppheve en voldgiftsdom.⁴⁵⁶ EU-domstolen fant støtte for sitt resultat gjennom at «...the provisions of Article 85 of the Treaty may be regarded as a matter of public policy within the meaning of the New York Convention».⁴⁵⁷ Dermed går dom-

⁴⁵⁰ Se 2.6.2.

⁴⁵¹ Magnussen (2015) s. 226, Andersson (2000) s. 458.

⁴⁵² Nielsen (2010) s. 50–51 mener *Eco Swiss* ikke løser spørsmålet om det er rom for å oppstille et kvalifikasjonskrav, men antar at et slikt krav kan oppstilles så lenge det er forenlig med effektivitetsprinsippet.

⁴⁵³ Om fellesskapsorientert tilnærming, se 2.3.3.

⁴⁵⁴ Man kan se det slik at pro- og contra-argumentene var ment å underbygge domstolens resultat. Et snevert ekvivalensprinsipp kunne ha blitt anvendt mer mekanisk uten videre rettferdiggjøring.

⁴⁵⁵ Avsnitt 40. Se 2.4.3.

⁴⁵⁶ Avsnitt 37.

⁴⁵⁷ Avsnitt 39.

stolen langt i å si at brudd på konkurransebegrensningsforbudet *i seg selv* er ordre public.⁴⁵⁸ Dette taler for at alle brudd på konkurransereglene kan resultere i en uvirksom voldgiftsdom, og at det ikke er rom for å oppstille et kvalifikasjonskrav. Dette støttes av senere rettspraksis. Formuleringen «failure to comply with» ble gjentatt i *Claro*, uten at domstolen fant grunn til å nyansere det.⁴⁵⁹ I *Asturcom* likestilte EU-domstolen plikt til å undersøke ordre public-tilfeller med å undersøke «whether that clause is unfair in the light of Article 6 of that directive».⁴⁶⁰ Heller ikke i den saken oppstilte domstolen noen kvalifikasjonsforbehold.⁴⁶¹ Det er altså de aktuelle fellesskapsreglene som sådan, og ikke kvalifikasjonen av bruddet på regelen, som skal likestilles med nasjonal ordre public. Dette bekrefter at det ikke er rom for å oppstille kvalifikasjonskrav.

På den annen side kan man si at ettersom «failure to comply with» står i strid med den alminnelige oppfatningen av hva ordre public er, har det formodningen mot seg at noe annet skal gjelde for fellesskapsretten.⁴⁶² Et slikt krav vil også innebære at domstolen i langt større grad må overprøve voldgiftsdommer enn ved spørsmål om det foreligger fundamentale feil som står i strid med rettsordenen.⁴⁶³ Generaladvokaten viste til at å anvende ekvivalensprinsippet ville innebære et mindre inngrep i den prosessuelle autonomi enn ved anvendelsen av effektivitetsprinsippet.⁴⁶⁴ Siden EU-domstolen fulgte generaladvokatens anbefaling, taler det for at det er rom for å oppstille kvalifikasjonsbegrensninger i ordre public-unntaketets anvendelsesområde. Samtidig kan uttalelsen tolkes som at å anvende ekvivalensprinsippet virket mer skånsomt sammenlignet med

⁴⁵⁸ Andersson (2000) s. 454. Motsatt: Brozolo (2011) s. 769.

⁴⁵⁹ Avsnitt 35.

⁴⁶⁰ Avsnitt 53.

⁴⁶¹ Tilsvarende: Sak C-76/10 avsnitt 51.

⁴⁶² I denne retning: Nielsen (2010) s. 47, Magnussen (2015) s. 224. En slik tolkning vil også stride mot NY-konvensjonens og modellovens forutsetninger om at unntakene skal tolkes snevert. Etter min mening bør man likevel ikke overdrive spenningsforholdet mellom disse instrumentene og fellesskapsretten ettersom det tilligger hver stat å definere innholdet i ordre public, se 2.4.1.

⁴⁶³ Nielsen (2010) s. 47, Magnussen (2015) s. 225.

⁴⁶⁴ Avsnitt 38.

en direkte konfrontasjon og tilsidesettelse av den nasjonale regelen i medhold av effektivitetsprinsippet.⁴⁶⁵

EU-domstolen har uttalt at nasjonale domstolars prøving av voldgiftsdommer kan være «more or less extensive depending on the circumstances» etter «the relevant legislation».⁴⁶⁶ Videre har domstolen uttalt at «it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognise an award should be possible only in exceptional circumstances».⁴⁶⁷ Isolert sett kan dette ses som en anerkjennelse av at overprøvingen kan begrenses.⁴⁶⁸ Dette kan gi rom for å oppstille et krav om at bruddet må være «åpenbart». Uttalelsene synes på den annen side ikke å være mer enn et formelt utgangspunkt.⁴⁶⁹ De etterfølges av et «however», sammen med uttalelser om de aktuelle EU-reglens fundamentale karakter.⁴⁷⁰ I ett tilfelle har EU-domstolen uttalt at undersøkelser i et tvangsfullbyrdelsestilfelle skal foregå «within the context of the enforcement proceedings».⁴⁷¹ Dette taler for at man kan oppstille et kvalifikasjonsvilkår som begrenser domstolens prøvingsintensitet, dersom det følger av nasjonal rett.

Rettspraksis er ikke entydig. Etter min mening er det likevel mest nærliggende å konkludere med at voldgiftsdommer som bryter fellesskapsregler som anses som ordre public, kan tilsidesettes som uvirk-somme.⁴⁷² Det er da ikke rom for å oppstille kvalifikasjonskrav. Enkelte begrensninger i domstolens prøvingsintensitet vil likevel måtte erkjennes. Dette kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor.

⁴⁶⁵ Se 2.4.4. Det kan også tolkes som at EU-retten ikke krever *systematiske* endringer i nasjonalstatenes overprøvingssystemer, sml. diskusjonen i Landolt (2007) s. 84flg.

⁴⁶⁶ *Eco Swiss* avsnitt 32 jf. sak C-102/81 avsnitt 14.

⁴⁶⁷ *Eco Swiss* avsnitt 35, *Claro* avsnitt 34.

⁴⁶⁸ Slik Brozolo (2010) s. 38 og Nielsen (2010) s. 82 legger til grunn.

⁴⁶⁹ Tilsvarende: Magnussen (2000) s. 86.

⁴⁷⁰ *Eco Swiss* avsnitt 35–36, *Claro* avsnitt 34–35.

⁴⁷¹ Sak C-76/10 avsnitt 53.

⁴⁷² Den underliggende avtalen blir derimot ikke uvirksom – selv ikke ved ugyldighet, se voldgiftsloven § 44 tredje ledd. Prinsipielt står dette likevel ikke i en annen stilling enn i indispositive saker hvor domstolens kompetanse begrenses av kravet, se 2.4.5.2 og 4.2.6.

En voldgiftsdom må anses å «bryte» reglene dersom den opprettholder eller legger til rette for fremtidige brudd på konkurransebestemmelsene, for eksempel hvor dommen blir et middel for å få gjennomført en urimelig forbrukeravtale, slik tilfellet var i *Claro*, eller hvor den fastsetter et erstatningskrav med utspring i en avtale som strider mot EØS konkurransebegrensningsforbudet, slik tilfellet var i *Eco Swiss*. Det kan også tenkes at voldgiftsdommen selv bryter med reglene eller bidrar til det, for eksempel der domsslutningen er i strid med et av forbudene.⁴⁷³ Det er imidlertid ikke gitt at voldgiftsdommen er i strid med ordre public hvor den feilaktig har forkastet et erstatningskrav på konkurranserettslig grunnlag.⁴⁷⁴ Etter min mening vil nok det være tilfellet dersom dommen indirekte opprettholder en lovstridig avtale.⁴⁷⁵ Dersom voldgiftsdomstolen bare har anvendt fellesskapsreglene for vidt slik at et krav har blitt forkastet av den grunn, kan det ikke anses som et brudd på reglene, selv om lovtolkningen er feil.⁴⁷⁶ Det er voldgiftsdommens *løsning* som må stride mot ordre public.⁴⁷⁷

3.4.5 Kvalifikasjonskrav i lys av effektivitetsprinsippet

Forutsatt at det er rom for å oppstille et kvalifikasjonskrav ved anvendelsen av ekvivalensprinsippet, må denne begrensningen prøves opp mot effektivitetsprinsippet.⁴⁷⁸ Spørsmålet er om et krav om at bruddet på fellesskapsreglene må være grovt eller åpenbart, gjør håndhevingen av fellesskapsretten umulig eller uforholdsmessig vanskelig. Type brudd man står overfor, hensynet til voldgiftsinstituttets effektivitet og hensynet til effektiv håndhevelse av fellesskapsreglene må vurderes.

Rettspraksis har vist at det avgjørende etter effektivitetsprinsippet er om partene har fått en genuin mulighet til å reise fellesskapsrettslige

⁴⁷³ Magnussen (2015) s. 228.

⁴⁷⁴ Magnussen (2015) s. 229.

⁴⁷⁵ Nærmere om ulike erstatningssituasjoner som berøres av forbudet og ikke: Hjelmeng (2003) s. 201–207.

⁴⁷⁶ Jf. Magnussen (2015) s. 224.

⁴⁷⁷ Brulard (2001) s. 544, Shelkopyas (2003) s. 360.

⁴⁷⁸ Slik også Nielsen (2010) s. 51 gjør.

anførsler for en domstol med foreleggelsesadgang.⁴⁷⁹ Dette skal sikre partenes individuelle interesser, men også allmennhetens interesse i rettslig avklaring og enhetlig tolkning av fellesskapsreglene. EU-domstolen synes å mene at konkurransebegrensningsforbudet og forbrukeravtaledirektivets ugyldighetsregel har en særlig fundamental stilling innenfor fellesskapsretten, og i slike tilfeller er hensynet til domstoladgang særlig viktig.⁴⁸⁰ Foreleggelsesadgangen synes også å være det sentrale formålet bak *Eco Swiss*.⁴⁸¹ Skulle man oppstille et krav om at bruddet må være «grovt» eller «åpenbart» for å utgjøre ordre public, ville dette i praksis medføre at nærmest ingen tolkningsspørsmål blir fremmet.⁴⁸² Dersom bruddet er kvalifisert, vil man jo sjeldnere være i tvil, mens det først og fremst er behov for prejudisielle avgjørelser hvor man er i tvil om jussen. Synspunktet har støtte i juridisk litteratur.⁴⁸³ Åpning for kvalifikasjonskrav, ville videre gjøre rettsstilstanden forskjellig mellom statene. Det blir uforutsigbart for aktører som må forholde seg til ulike krav.⁴⁸⁴ Det ville videre bli lettere for partene å omgå konkurransereglene.⁴⁸⁵ Generaladvokaten i *Eco Swiss* mente at det snevre ordre public-unntaket gjorde håndhevelsen av konkurransebegrensningsforbudet uforholdsmessig vanskelig.⁴⁸⁶ Også dette taler mot at et slikt krav vil aksepteres.⁴⁸⁷

⁴⁷⁹ Se 2.5.3.

⁴⁸⁰ Se 2.5.4.

⁴⁸¹ Se særlig avsnitt 40 og 2.4.4.

⁴⁸² Andersson (2000) s. 459, Prechal (1998) s. 696.

⁴⁸³ Shelkopyas (2002) s. 585, Baudenbacher (2002) s. 13–14, Landolt (2006) s. 203, Andersson (2000) s. 456–459, Gustafson (1999) s. 99. Behovet for enhetlig lovtolkning tilsier dessuten at man ikke kan bruke offentlig håndhevelse fra konkurransemyndighetene som argument for å utelukke domstolskontroll, jf. Komninos (2000) s. 470, Delicostopoulos (2003) s. 610. Motsatt: Magnussen (2015) s. 225, Nielsen (2010) s. 59 med videre henvisninger.

⁴⁸⁴ Argumentet kan synes som et paradoks ettersom domstolen anvendte ekvivalensprinsippet som i utgangspunktet ikke har en harmoniserende funksjon på tvers av statene, se likevel 2.4.4.

⁴⁸⁵ Gustafson (1999) s. 95.

⁴⁸⁶ Avsnitt 35.

⁴⁸⁷ Gustafson (1999) s. 99.

I *Maxicar*-saken la EU-domstolen til grunn at brudd på konkurransereglene bare kunne anses som ordre public etter Brussel I artikkel 34 (1), dersom det forelå et «manifest breach». ⁴⁸⁸ Saken gjaldt imidlertid tvangsfullbyrdelse av en domstolsavgjørelse. Til forskjell fra voldgiftstilfellene var partene dermed ikke avskåret fra tilgang på en domstol med foreleggelsesadgang, og dommen kan derfor ikke anvendes analogisk. ⁴⁸⁹ Hva som er ordre public, vil dessuten være forskjellig i ulike sammenhenger. ⁴⁹⁰ EU-domstolen uttalte at dommen ikke kunne nektes tvangsfullbyrdelse på grunn av feil rettsanvendelse, men at spørsmålet var hvorvidt «...the system of legal remedies in each Contracting State, together with the preliminary ruling procedure...affords a sufficient guarantee to individuals» (min uth.). ⁴⁹¹ *Maxicar* ble avsagt året etter *Eco Swiss*, og bekrefter således at å sikre foreleggelsesadgang var det sentrale formål i *Eco Swiss*.

En innvending er at når partene først har valgt voldgift, kan de anses å ha gitt avkall på muligheten for domstolsbehandling. ⁴⁹² Samtidig er det sentrale i EU-domstolens argumentasjon at partene skal sikres en slik mulighet ut fra *allmennhetens interesser*. ⁴⁹³ Partenes handlingsvalg er derfor av liten betydning i et slikt perspektiv. ⁴⁹⁴ Argumenter som at partene kan spekulere i overrumpling ved bruk av ugyldighetsinstituttet, blir dermed mindre vektige for å tolke *Eco Swiss* snevert. ⁴⁹⁵ Av samme grunner har det etter min mening ingen betydning hvorvidt partene «mente» å bryte fellesskapsreglene. ⁴⁹⁶ Har derimot partene først

⁴⁸⁸ Sak C-38/98 avsnitt 30. Rf 44/2001. Tidligere brusselkonvensjonen artikkel 27 (1).

⁴⁸⁹ Tilsvarende: Blanke (2009) s. 89–90, Landolt (2006) s. 202–203. Også Nielsen (2010) s. 94 inntar dette standpunktet, men med en viss modifikasjon. Motsatt: Shelkopyas (2003) s. 388.

⁴⁹⁰ Se 2.6.3.

⁴⁹¹ Avsnitt 33.

⁴⁹² Slik Shelkopyas (2002) s. 589–590 påpeker under henvisning til at EMD har akseptert at man kan gi avkall på prosessuelle rettigheter etter EMK når partene har inngitt saken til voldgift. Se også Nielsen (2010) s. 86.

⁴⁹³ Zecos (2012) s. 406.

⁴⁹⁴ Generaladvokatens uttalelse i *Eco Swiss* avsnitt 35 og 42.

⁴⁹⁵ Ryssdal (2002) s. 671, Andersson (1999) s. 209, Landolt (2006) s. 203.

⁴⁹⁶ Motsatt: Nielsen (2010) s. 77.

fått en mulighet for domstolsadgang, men ikke brukt den innen en rimelig søksmålsfrist, vil ikke effektivitetsprinsippet komme partene til gode.⁴⁹⁷ Som Shelkopyas påpeker er forutberegnelighet et argument for at søksmålsfrister aksepteres, men også for at adgangen til å kjenne voldgiftsdommer uvirksomme bør være snever.⁴⁹⁸ Det at EU-domstolen aksepterer rimelige søksmålsfrister, kan etter mitt syn likevel ikke brukes som argument for fullstendig utestengelse av ikke-kvalifiserte brudd på ordre public-regler.⁴⁹⁹ Det er nemlig forenlig med allmennhetens interesse at avgjørelser får rettskraft.⁵⁰⁰

De som argumenterer for kvalifikasjonskrav har særlig vist til voldgiftsrettens betydning som alternativ og effektiv konfliktløsning, og viktigheten av endelige voldgiftsavgjørelser.⁵⁰¹ Det kreves omfattende undersøkelser for å avdekke avtaler som («bare») har en konkurransebegrensende virkning, og ikke formål. Disse kan være vanskelige og usikre.⁵⁰² Også prosessøkonomiske hensyn taler mot at domstolen skal prøve dette.⁵⁰³ For konkurransereglene del har det imidlertid betydning at reglene er ment å ivareta hensyn som går utover partenes interesser, noe som tilsier at hensynet til en *riktig* anvendelse av reglene står sentralt.⁵⁰⁴ Etter mitt syn kan dermed hensynet til voldgiftsinstituttets effektivitet ikke anvendes som avgjørende argument for at enkelte situasjoner ikke skal underlegges en domstolskontroll.⁵⁰⁵ Dessuten kan man si at det rettsøkonomisk sett er full parallellitet mellom en aktiv konkurransepolitikk, herunder en utstrakt bruk av konkurransebestemmelsene, og bruk av avtalefrihet og voldgift, fordi begge rettsinstitutt favoriserer markeds-

⁴⁹⁷ EU-domstolen godtok en søksmålsfrist på tre måneder, se 2.5.3.

⁴⁹⁸ Shelkopyas (2002) s. 589

⁴⁹⁹ Motsatt: Nielsen (2010) s. 90.

⁵⁰⁰ I motsetning til Shelkopyas mener jeg derfor ikke at EU-domstolens argumentasjon er inkonsekvent.

⁵⁰¹ Magnussen (2015) s. 225, samt note 436 ovenfor. Se også NOU 2001:33 s. 52.

⁵⁰² Magnussen (2000) s. 87, Nielsen (2010) s. 68, 71 og 78.

⁵⁰³ Andersson (2000) s. 459.

⁵⁰⁴ Se generaladvokatens uttalelse avsnitt 35. Magnussen (2015) s. 225, Hjelmeng (2003) s. 59.

⁵⁰⁵ Motsatt: Magnussen (2015) s. 225, Nielsen (2010) s. 96.

løsninger og private avtaler.⁵⁰⁶ Som Ryssdal fremhever har bedriftene «ingen berettiget forventning om å kunne benytte voldgift for å unngå de rettsregler som er satt til å effektivisere det marked de selv benytter seg av».⁵⁰⁷ Det må også gjelde for brudd som er mindre alvorlige. Et krav som innebærer at domstolene må kvalifisere arten og graden av bruddet, synes uansett å innebære en ganske komplisert vurdering.

Hva gjelder forbrukersakene isolert sett, har EU-domstolen ikke godtatt at nasjonale domstoler endrer et urimelig forbrukervilkår, fordi det ikke fremstår som avskrekkende nok overfor den selger som omgår direktivets forbrukerbeskyttelse.⁵⁰⁸ Dette tilsier at det heller ikke vil være avskrekkende nok om bare de mest alvorlige bruddene kan medføre uvirksomme voldgiftsdommer. Hvis det er tilfellet, tilsier koherenshensyn at konkurranse-begrensningsforbudet bør behandles tilsvarende.⁵⁰⁹

Etter min mening kan ikke hensynet til voldgiftsdommers effektivitet bli avgjørende i en helhetsvurdering, sett i lys av reglens fundamentale karakter og hensynet til domstolsadgang. Et kvalifikasjonskrav må derfor i alle tilfelle tilsidesettes etter effektivitetsprinsippet.

3.4.6 Om prøvingsintensitet

Ettersom det ikke kan oppstilles et kvalifikasjonskrav, blir spørsmålet hvor grundig retten skal gå til verks når den skal prøve en voldgiftsdom. Det kan ikke være tvil om at domstolen skal gå langt i å undersøke de rettslige spørsmålene i saken. Er retten i tvil, kan den forelegge spørsmål for EFTA-domstolen.⁵¹⁰ Dette vil være i tråd med forutsetningene ovenfor.

Mer tvilsomt er det hvor langt retten skal gå i å undersøke faktum. Generaladvokaten uttalte at en plikt til å tilsidesette en voldgiftsdom forutsatte at ugyldighetsgrunnen var «apparent from the documents of the case and no specific inquiry has to be undertaken into matters of

⁵⁰⁶ En bredere analyse av denne symbiosen: Ryssdal (2002) s. 674–681.

⁵⁰⁷ Ryssdal (2002) s. 679.

⁵⁰⁸ F.eks. sak C-618/10 avsnitt 69–71.

⁵⁰⁹ Koherensargumentet svekkes av at det gjelder et direktivforankret, særlig beskyttelsesnivå på forbrukeravtaledirektivets område, se 4.2.3.

⁵¹⁰ Sml. Andersson (1999) s. 230.

fact».⁵¹¹ Dette ble ikke fulgt opp i dommen, og det er usikkert hvor langt utsagnet rekker. Likevel er det holdepunkter for at visse begrensninger må gjelde. I *Asturcom* uttalte EU-domstolen at ex officio-plikten gjelder «where it has available to it the legal and factual elements necessary for that task».⁵¹² På den andre siden er ikke dette det samme som at bruddet må springe dommeren i øynene, slik et åpenbarhetskrav kan gi inntrykk av. Dommeren må undersøke den dokumentasjonen han har tilgjengelig.

Videre kan det tenkes at domstolen må gjøre enkelte nærmere undersøkelser. EU-domstolen har uttalt at ex officio-plikten gjelder faktiske og rettslige opplysninger domstolen har tilgjengelig eller «may have at their disposal simply by making a request for clarification».⁵¹³ Dette er også i tråd med norsk rett: Av voldgiftsloven § 6 tredje ledd femte punktum fremgår det uttrykkelig at søksmål om å tilsidesette en voldgiftsdom som ugyldig «behandles etter de alminnelige reglene i tvisteloven». Ettersom ordre public-tilfellene skal behandles ex officio, må de behandles som indispositive saker etter tvisteloven. Retten vil da ha en plikt til å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, jf. tvisteloven § 21-3 (2) første punktum. Dette innebærer blant annet at domstolen kanskje må innhente tilgjengelige opplysninger fra konkurransemyndighetene.⁵¹⁴ Retten *kan* oppfordre partene til å fremlegge bevis eller ta standpunkt til rettslige og faktiske spørsmål, jf. tvisteloven § 11-5 (4) og (5) og *skal* gjøre det for å «klarlegge» rettslige spørsmål, jf. (3). Ettersom ordre public-tilfeller er indispositive, antar jeg at «kan»-kompetanse i enkelte tilfeller må leses som en «skal»-plikt for å sikre forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.⁵¹⁵ Tvangsfullbyrdelse skjer etter reglene i tvangsfullbyrdsloven, jf. voldgiftsloven § 45 tredje ledd.⁵¹⁶ Etter tvangsfullbyrdsloven § 5-3 har

⁵¹¹ Avsnitt 42.

⁵¹² Avsnitt 59. Se også uttalelsene gjengitt i 3.4.4.

⁵¹³ Sml. uttalelsen i sak C-497/13 avsnitt 44. Se også 4.2.5 for flere referanser.

⁵¹⁴ Sml. Andersson (2000) s. 460.

⁵¹⁵ I denne sammenheng minner jeg om at EU-domstolen også har uttalt at diskresjonær kompetanse utgjør fellesskapsrettslig plikt, se 2.3.4.

⁵¹⁶ NOU 2001:33 s. 86. Hvorvidt det er namsmannen eller tingretten som er kompetent namsmyndighet, reguleres av tvangsfullbyrdsloven. Plikten til å tilsidesette ordre public-stridige voldgiftsdommer som ugyldige er etter voldgiftsloven § 46 annet ledd

namsmannen ansvar for opplysning av saken, og skal av eget tiltak sikre at det foreligger tvangskraftig tvangsgrunnlag for kravet. Det samme gjelder for tingretten, jf. § 6-1 annet ledd. Namsmyndigheten kan av eget tiltak innhente uttalelser fra partene og andre og oppfordre dem til å skaffe bevis, jf. § 5-7 første ledd. Undersøkelsesplikten ved tvangsfullbyrdelse står dermed minst like sterkt som ved et ugyldighetssøksmål.

Når det følger undersøkelsesplikt av nasjonal lovgivning, ville det være direkte i strid med ekvivalensprinsippet å begrense prøvingen til å vurdere det «åpenbare».⁵¹⁷ Nasjonale domstoler har derimot ingen plikt til å begi seg ut på de mest kompliserte undersøkelser hvor bruddet sannsynligvis er perifert, selv om man skulle ha en mistanke om at reglene er brutt.⁵¹⁸ Jeg antar det alminnelige prinsippet om proporsjonalitet og hensiktsmessig saksbehandling vil komme til anvendelse.⁵¹⁹ Det er klart at dette i seg selv, i praksis, innebærer et innhugg i rettens plikt til å anvende fellesskapsreglene *ex officio* ved prøving av voldgiftsdommer, men det står ikke prinsipielt forskjellig fra andre regler retten skal håndheve *ex officio*.⁵²⁰

3.5 Konklusjon

Det er høyst usikkert hvilke regler som skal behandles som ordre public annet enn konkurransebegrensningsforbudet og forbrukeravtaledirektivets ugyldighetsregel. Dersom en fellesskapsregel først er ordre public, er det derimot ikke rom for å oppstille et kvalifikasjonskrav ved vurderingen. Alle voldgiftsdommer som bryter med fellesskapsrettslige ordre public-regler, må kjennes uvirksomme. Domstolens prøvingsintensitet vil imidlertid begrenses av alminnelige proporsjonalitetshensyn.

pålagt «domstolene», men jeg antar at tilsvarende plikt gjelder ved namsmannens behandling av saken.

⁵¹⁷ Hverken Nielsen (2010) eller Magnussen (2015) har vurdert dette.

⁵¹⁸ Slik Whittaker (2001) s. 217 påpeker, vil partenes bevisførsel fortsatt være viktigst.

⁵¹⁹ I tråd med tvisteloven § 1-1 (1) og (2) fjerde strekpunkt og synspunktene i Aasland (1969) s. 181. Fellesskapsretten anerkjenner også «the proper conduct of procedure», jf. *van Schijndel* avsnitt 19. Se også Andersson (1999) s. 218 som påpeker at det ikke vil være forsvarlig å velte hele kostnaden over på partene hvor det er høyst usikkert om reglene gjør seg gjeldende.

⁵²⁰ Sml. Aasland (1969) s. 181.

4 Rettens plikt til å anvende forbrukerretten ex officio

4.1 Hovedspørsmålene

EU-domstolen har slått fast at nasjonale domstoler har en plikt til å anvende ugyldighetsbestemmelsen i forbrukeravtaledirektivet ex officio i alminnelige tvistesaker.⁵²¹ Dette har blitt slått fast og utviklet gjennom en rekke avgjørelser, og må anses som sikker rett. Plikten på forbrukerrettens område står i kontrast til hva som synes å være de alminnelige utgangspunktene.⁵²² Det er derfor interessant å undersøke grunnlaget for og rekkevidden av denne plikten. Jeg vil også undersøke om den tilsvarende plikten gjelder i andre sammenhenger enn på forbrukeravtaledirektivets område.

4.2 Rettens plikt til å anvende forbrukeravtaledirektivet ex officio

4.2.1 Kort om forbrukeravtaledirektivet

Direktivet gjelder for avtaler mellom en forbruker og en næringsdrivende som ikke er individuelt fremforhandlet – altså såkalte standardkontrakter, og er gjennomført i norsk rett ved avtaleloven § 37. Direktivets anvendelsesområde er vidt, og gjelder for alle typer avtaler mellom en næringsdrivende og en forbruker.⁵²³ Formålet er å harmonisere medlemsstatenes lovgivning for å hindre bruk av urimelige vilkår i standardkontrakter, og derigjennom sikre forbrukeren et effektivt vern.⁵²⁴

⁵²¹ Rdir 93/13/EØF.

⁵²² Se kapittel 2. EU-domstolen gikk i *van der Weerd* langt i å understreke at forbrukersakene gjaldt et spesielt område, se avsnitt 40 og generaladvokatens uttalelse avsnitt 24.

⁵²³ Direktivets fortale avsnitt 10.

⁵²⁴ Se artikkel 1 og fortalen avsnitt 10. Wilman (2015) s. 162.

Etter artikkel 6 (1) er medlemsstatene forpliktet til å sikre at urimelige vilkår ikke er bindende for forbrukeren, og statene skal etter artikkel 7 (1) sørge for at det finnes «egne og effektive midler» til å sikre at anvendelsen av urimelige vilkår opphører.⁵²⁵ Ifølge norsk rett skal avtalen kjennes helt eller delvis ugyldig dersom et vilkår er urimelig, jf. avtaleloven § 37 jf. § 36.⁵²⁶ I utgangspunktet skal bare det urimelige vilkåret settes til side, men dersom avtalen ikke kan opprettholdes uten vilkåret, må hele avtalen settes til side. EU-domstolen har lagt til grunn at det ikke er adgang til å endre det urimelige vilkåret.⁵²⁷

Ved anvendelse av § 37 skal de retningslinjer som følger av avtaleloven § 36 og rettspraksis om bestemmelsen, legges til grunn.⁵²⁸ Avtalevilkår skal etter direktivets artikkel 3 (1) anses som urimelige dersom det til tross for kravet om god tro medfører en betydelig skjevhet i de rettigheter og plikter partene har i henhold til avtalen, til skade for forbrukeren. Direktivets hovedanliggende er innholdsmanglene.⁵²⁹ Selv om det er en konkret vurdering som skal gjøres, vil vilkår som omfattes av en liste vedlagt direktivet, som regel anses som urimelige.⁵³⁰ Ettersom avtaleloven § 36 anses å oppstille en lavere terskel for revisjon og ugyldighet enn direktivet, vil vurderingen normalt foretas etter generalklausulen.⁵³¹ Avtaleloven § 37 blir likevel ansett for å gi uttrykk for «et generelt syn om at forbrukere i møte med profesjonelle aktører har et særlig vern».⁵³²

⁵²⁵ Jf. også fortalen avsnitt 24. Dette omfatter blant annet at personer og organisasjoner skal kunne bringe en sak inn for kompetente myndigheter, jf. artikkel 7 (2).

⁵²⁶ Nærmere om bestemmelsens bakgrunn og andre lands løsninger: Wilman (2015) s. 163–165.

⁵²⁷ Sak C-618/10 avsnitt 64–71. Hvor dette ville være til ugunst for forbrukeren, er det i en viss grad rom for å supplere avtalen med bakgrunnsretten, se sak C-26/13 avsnitt 80–85. Se nærmere Arnesen (2016) s. 49–78.

⁵²⁸ Ot.prp.nr.89 (1993–1994) s. 15.

⁵²⁹ Arnesen (2016) s. 52.

⁵³⁰ Ot.prp.nr.89 (1993–1994) s. 15.

⁵³¹ Ot.prp.nr.89 (1993–1994) s. 11.

⁵³² Rt-2013-388 avsnitt 56–61. Foreløpig er dette den eneste saken hvor direktivet har blitt vektlagt, se også Giertsen (2014) s. 217.

4.2.2 En generell plikt

Spørsmålet om domstolens *ex officio*-anvendelse av direktivet ble reist første gang i 2000, i saken *Oceano*.⁵³³ I forbindelse med kjøp av leksikon, hadde flere forbrukere unnlatt å betale kjøpesummen. Ifølge kontrakten mellom selgerne og forbrukerne skulle søksmål alltid reises for en domstol i Barcelona, i nærheten av selskapenes forretningskontorer. Dette er i strid med de alminnelige utgangspunktene om at søksmål skal reises ved forbrukerens domisil. Den spanske domstolen var usikker på om den hadde kompetanse, og reiste spørsmål for EU-domstolen om verne-tingsklausulen var urimelig. Den var også usikker på om den hadde kompetanse til å reise urimelighetsspørsmålet *ex officio*, og bad samtidig om at EU-domstolen skulle vurdere dette.

Ikke overraskende konkluderte EU-domstolen med at verne-tingsklausulen var urimelig fordi det medførte en betydelig ubalanse mellom partene.⁵³⁴ Domstolen bekreftet videre at den spanske domstolen hadde kompetanse til å reise urimelighetsspørsmålet *ex officio*. Den understrekte at direktivets formål om at urimelige vilkår ikke skal være bindende ville stå i fare dersom forbrukeren selv var forpliktet til å påberope seg urimeligheten.⁵³⁵ EU-domstolen fremhevet forbrukerens svake posisjon; det ville være en reell fare for at forbrukeren ikke utfordret spørsmålet, særlig med tanke på forbrukerens manglende kunnskap om jussen. Domstolen fremhevet også at forbrukeren stod i en svakere økonomisk stilling, og at mange kunne bli avskrekket fra å reise søksmål på grunn av høye advokatutgifter.

Det var altså nødvendig for direktivets effektivitet at domstolen kunne reise spørsmålet *ex officio*. Kanskje var ikke resultatet overraskende. Hadde EU-domstolen kommet til motsatt konklusjon, måtte forbrukeren paradoksalt nok ha møtt opp i domstolen selv om det var urimelig å pålegge ham dette, og argumentert for at vilkåret som forpliktet ham til å gjøre det, var urimelig.⁵³⁶ Denne finurlige sammenhengen var antagelig

⁵³³ Forente saker C-240/98 til C-244/98.

⁵³⁴ Avsnitt 24.

⁵³⁵ Avsnitt 26.

⁵³⁶ Generaladvokatens uttalelse i *Oceano* avsnitt 24.

bakgrunnen for at det oppstod tvil om hvorvidt adgangen til å undersøke forbrukeravtaler ex officio bare gjaldt i tilknytning til kompetansespørsmål.⁵³⁷ To år senere ble det imidlertid bekreftet at nasjonale domstoler også kunne undersøke andre materielle avtalevilkår ex officio, og at dette gjaldt på et hvert stadium av saken.⁵³⁸ På generelt grunnlag uttalte EU-domstolen at beskyttelsen i direktivet gjaldt alle tilfeller hvor forbrukeren forhindres fra å påberope seg direktivbeskyttelsen på grunnlag av manglende kunnskap eller økonomi.⁵³⁹ Igjen ble altså forbrukerens svake stilling fremhevet.

I starten syntes EU-domstolen å være forsiktig med å oppstille en klar plikt, men dette ble raskt avklart.⁵⁴⁰ Siden har EFTA-domstolen fulgt opp EU-domstolens rettspraksis.⁵⁴¹ For norske domstoler innebærer dette at avtaleloven § 37 skal anvendes ex officio. Dette går på tvers av norsk prosessrett. Preseptorisk kontraktslovgivning har blitt ansett å være begrunnet i beskyttelse av individuelle interesser og ikke bredere samfunnsinteresser, noe som er en forutsetning for indispositivitet.⁵⁴²

4.2.3 Pliktens grunnlag

Enkelte har lagt til grunn at plikten på forbrukeravtaledirektivets område er et resultat av effektivitetsprinsippet.⁵⁴³ Det som gjennomsyrrer domstolenes premisser, er forbrukerens svakere stilling – både i forhandlingsstyrke og kunnskap – sammenlignet med en profesjonell.⁵⁴⁴ EU-domstolen har lagt til grunn at «effective protection of the consumer may be attained

⁵³⁷ F.eks. Stuyck (2010) s. 897.

⁵³⁸ Utgangspunktet i norsk rett er at enhver domstol av eget tiltak prøve om en sak hører under den, se domstoloven § 36. *Oceano* tolket snevert, ville derfor ikke utfordre norsk prosessrett.

⁵³⁹ Sak C-473/00 avsnitt 34.

⁵⁴⁰ Sml. «being able to» i *Oceano* avsnitt 33 med «required to» i sak C-243/08 avsnitt 35 og 45. Sistnevnte er nå standardformuleringen.

⁵⁴¹ Sak E-25/13 avsnitt 162.

⁵⁴² Skoghøy (2017) s. 600–601.

⁵⁴³ F.eks. Eldjarn (2016) s. 237.

⁵⁴⁴ Se f.eks. saker C-243/08 avsnitt 22, C-168/05 avsnitt 25, C-618/10 avsnitt 41, C-137/08 avsnitt 46–47.

only if the national court acknowledges that it has power to evaluate terms of this kind of its own motion». ⁵⁴⁵

Effektivitetsprinsippet skal sikre partene domstolsadgang. ⁵⁴⁶ Hensynet er også fremtredende i forbrukersakene – forbrukeren som den svake part vil ikke nødvendigvis reise de relevante spørsmålene selv på grunn av manglende kunnskap eller av frykt for økonomiske utgifter en retts sak kan medføre. Man kan se det slik at selv om adgangen til domstol ikke faktisk er forhindret, er den ikke fullt ut *reell* uten domstolens hjelp. ⁵⁴⁷ EU-domstolen har uttalt at artikkel 6 (1) er en obligatorisk bestemmelse som skal gjenopprette den formelle balansen mellom partenes rettigheter og plikter. ⁵⁴⁸ Ex officio-plikten må derfor i forlengelsen av dette anses å bidra til å avhjelpe den manglende likevekten mellom en forbruker og en næringsdrivende.

Man kan samtidig spørre om forbrukerens svakere stilling er så spesiell. En ubalanse mellom partene vil gjøre seg gjeldende i mange tilfeller utenfor forbrukeravtaledirektivets virkeområde. Wallerman har et godt poeng når hun påpeker at de samme problemene knyttet til ubalanse mellom partene i form av kunnskapsnivå og økonomisk stilling også gjorde seg gjeldende i *van Schijndel*, hvor to arbeidstakere utfordret rettsmessigheten av et obligatorisk pensjonsfond. ⁵⁴⁹ I den saken avviste imidlertid EU-domstolen at den nasjonale domstolen hadde en ex officio-plikt. ⁵⁵⁰ Dette gir grunnlag for å spørre om det er noe annet som kan begrunne hvorfor det ble oppstilt en ex officio-plikt for forbrukeravtaledirektivet.

Etter min mening kan grunnlaget for en ex officio-plikt på forbrukeravtaledirektivets område best forklares med at plikten utledes av direktivet, og ikke ut fra søsterprinsippene. Jeg vil betegne plikten som

⁵⁴⁵ *Oceano* avsnitt 26.

⁵⁴⁶ Se 2.5.3.

⁵⁴⁷ Ex officio-plikten oppstår først når saken allerede er brakt inn for domstolen. Temaet grenser derfor til retten til rettslig beskyttelse som sådan, jf. Thorsen (2016) s. 73. Domstolsadgang i denne sammenheng knytter seg derfor først og fremst til de enkelte anførslene.

⁵⁴⁸ Saker C-168/15 avsnitt 36, C-243/08 avsnitt 25, C-76/10 avsnitt 38.

⁵⁴⁹ Wallerman (2010) note 46 s. 112.

⁵⁵⁰ Se 2.5.3.

direktivspesifikk. Man finner ikke spor av begrunnelsesregelen i *Oceano*, selv om denne ble etablert i *van Schijndel* fem år tidligere. EU-domstolen tok i stedet utgangspunkt i enkeltbestemmelser i direktivet.⁵⁵¹ Først viste domstolen til artikkel 6 som oppstiller en plikt for statene til å sørge for at urimelige vilkår ikke er bindende for forbrukeren.⁵⁵² Videre så EU-domstolen til artikkel 7 (1) som oppstiller en plikt for statene til å sørge for at det finnes egnede og effektive midler for å sikre at bruken av urimelig vilkår opphører. Domstolen viste til at bestemmelsens formål bare kunne nås ved at statene sørget for «positive action unconnected with the actual parties to the contract».⁵⁵³ Ex officio-plikten blir dermed ansett som et egnet middel for å oppfylle disse bestemmelsenes formål.⁵⁵⁴ Med andre ord oppstiller direktivet en *materiell hjemmel* for ex officio-plikten.⁵⁵⁵ Dette grunnlaget utledes av konkrete direktivbestemmelser, tolket vidt, med bakgrunn i effektivitets- og formålshensyn.⁵⁵⁶ Som Courthaut beskriver det, er det direktivets *effet utile*, som medfører plikten.⁵⁵⁷ EU-domstolens tolkning av direktivet stiller seg dermed ikke metodisk annerledes enn den formålsrasjonelle tolkningen av direktiver som ofte anvendes innenfor fellesskapsretten.⁵⁵⁸

Det er likevel vanlig å si at direktivet tolkes i tråd med effektivitetsprinsippet.⁵⁵⁹ Effektivitetsprinsippet kan nemlig ses som et bredere prinsipp enn det redegjort for i 2.5. *Effektivitetsprinsippet* er utvik-

⁵⁵¹ Generaladvokaten i *Oceano* avsnitt 20 uttalte eksplisitt at bedømmelsen måtte foretas i lys av direktivets bestemmelser.

⁵⁵² Avsnitt 26.

⁵⁵³ Avsnitt 27. Gjentatt senere, f.eks. saker C-137/08 avsnitt 48, C-76/10 avsnitt 39.

⁵⁵⁴ *Oceano* avsnitt 28.

⁵⁵⁵ Lilleholt (2015) s. 276.

⁵⁵⁶ I samme retning: Wallerman (2010) s. 103, Schebesta (2010) s. 860–861, Engström (2009) s. 333, Leanerts (2014) s. 134. Wilman (2015) s. 387 mener grunnlaget ikke er avklart.

⁵⁵⁷ Courthaut (2012) s. 198. Tilsvarende: Micklitz (2014) s. 807.

⁵⁵⁸ På norsk kan man si at bestemmelsen tolkes ut fra sin «tjenelige virkning», se f.eks. E-08/07 avsnitt 24–28. Se også Fredriksen (2014) s. 236 om *effet utile* som tolkningsprinsipp.

⁵⁵⁹ Se f.eks. generaladvokatens uttalelse i forente saker C-222/05–C-225/05 avsnitt 24, og sak C-497/13 avsnitt 42.

let av EU-domstolen, og utgjør et minstekrav til nasjonale prosessregler. I mer generell forstand inkluderer effektivitet en pakke av ulike prinsipper og virkemidler som har til felles å fremme fellesskapsrettens formål om et integrert marked. Dette henspiller på *effet utile*, prinsippet om direktivkonform tolkning, forrangsprinsippet og *prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse*.⁵⁶⁰ Sistnevnte er et selvstendig prinsipp forankret i EU-charteret artikkel 47, med bakgrunn i nasjonalstatenes konstitusjoner og EMK artikkel 6 og 13, og en del av EUs primærrett. I den internasjonale litteraturen påløper en diskusjon om hvorvidt dette prinsippet i realiteten konsumerer effektivitetsprinsippet, eller om de er forskjellige, men dels overlappende.⁵⁶¹ Jeg antar at diskusjonen har først og fremst har teoretisk interesse, og jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.

4.2.4 Direktivkravets rekkevidde

Når *ex officio*-plikten følger av selve direktivet, kan det virke forvirrende at EU-domstolen i vid utstrekning likevel tyr til søsterprinsippene i sine avgjørelser. Domstolen har fått kritikk for det som kan synes som skiftende tilnærminger.⁵⁶² For eksempel legger Eldjarn til grunn at plikten til å anvende enkelte forbrukerregler *ex officio* følger av effektivitetsprinsippet, og bruker en avgjørelse fra forbrukerkjøpsdirektivets område som eksempel på det han mener er domstolens vaklende tilnærming: «[d]eretter gjøres ting uklart ved å fastslå at forbrukerkjøpsdirektivet er å anse som ordre public, og dermed skal anvendes på samme måte av nasjonale domstoler som andre regler av ordre public karakter».⁵⁶³ På bakgrunn av dette spør han om nasjonale domstolers plikt følger av ekvivalens- eller effektivitetsprinsippet.

Slik jeg ser det er *utgangspunktet* at nasjonale domstoler har en plikt til å anvende forbruker-avtaledirektivet *ex officio*. Domstolen har en positiv plikt til å avhjelpe den eksisterende ubalansen mellom partene, og

⁵⁶⁰ Prechal (2014) s. 189–196, Arnesen (2015) s. 59–62.

⁵⁶¹ F.eks. Krommendijk (2016) s. 1395–1418, Engstöm (2009) s. 61flg., Wilman (2015) s. 39, Haapaniemi (2009) s. 104–107, Jans (2015) s. 61–65, Thorsen (2016) s. 13–27.

⁵⁶² Schebesta (2010) s. 854, Eldjarn (2016) s. 239.

⁵⁶³ Eldjarn (2016) s. 239 om *Faber* omtalt nedenfor.

plikten følger av det bestemte direktivet.⁵⁶⁴ For norsk rett innebærer dette at ex officio-plikten går foran forhandlingsprinsippet nedfelt i tvisteloven § 11-2 (1), jf. EØS-loven §§ 2 jf. 1 og tvisteloven § 1-2. Utgangspunktet om nasjonal prosessautonomi gjelder ikke i dette tilfellet. Utgangspunktet er i stedet omvendt; på forbrukeravtaledirektivets område er nasjonalstatenes prosessregler til en viss grad harmonisert. Som nevnt innledningsvis er harmonisering en tredje begrensning i nasjonalstatenes prosessautonomi i tillegg til søsterprinsippene, jf. EU-domstolens forutsetning om at prosessautonomi bare gjelder «in the absence of Community Law».⁵⁶⁵

Spørsmålet er så i hvor stor grad direktivet harmoniserer nasjonale prosessordninger. EU-domstolen har lagt til grunn at statene har en plikt til å anvende ugyldighetsregelen ex officio. Direktivet kan derfor ikke innebære en harmonisering av prosessregler annet enn de som direkte begrenser domstolenes kompetanse til å anvende jussen og trekke inn ny fakta. I alminnelige saker hvor bare forhandlingsprinsippet utgjør en prosessbegrensning for fellesskapsrettens gjennomslag, er det ikke nødvendig å anvende søsterprinsippene.⁵⁶⁶ I tilfeller hvor andre prosessbegrensninger hindrer rettens ex officio-plikt, må disse vurderes konkret opp mot søsterprinsippene. I *Jörös* uttalte for eksempel EU-domstolen at nasjonale regler om ankeinstansens kompetanse, ikke er harmonisert som følge av direktivet. Fordi disse prosessreglene hindret ankeinstansen i å anvende ugyldighetsregelen ex officio, måtte reglene vurderes konkret opp mot søsterprinsippene.⁵⁶⁷

Så langt har domstolen vurdert en rekke ulike regler. Allerede sak nummer to, *Cofidis*, er et eksempel på at effektivitetsprinsippet fikk gjennomslag. Saken gjaldt en kredittavtale hvor tilbudet inneholdt villedende opplysninger, men den franske domstolen anså seg forhindret fra å kjenne avtalen ugyldig. Årsaken var en nasjonal foreldelsesregel som forpliktet debitor til å bringe saken inn for domstolen innen to år etter

⁵⁶⁴ Se 4.2.3.

⁵⁶⁵ Sak C-33/76 avsnitt 5. Jf. Corthaut (2015) s. 199 og 205.

⁵⁶⁶ Saker C-240/98-C-244/98, C-243/08 og C-137/08 er alle eksempler på dette.

⁵⁶⁷ Sak C-397/11 avsnitt 29–32.

begivenheten som var grunnlag for ugyldigheten fant sted.⁵⁶⁸ Foreldelsesregelen ble imidlertid tilsidesatt fordi den gjorde gjennomføringen av forbrukeravtaledirektivet «uforholdsmessig vanskelig».⁵⁶⁹ EU-domstolen mente foreldelsesfristen tillot at selgeren bare kunne avvente inntil fristen hadde løpt ut, for så å reise søksmål for å gjennomtvinge sitt urettmessige krav.⁵⁷⁰ Selv om domstolen tidligere hadde kommet til at kortere frister var akseptable, viste domstolen til at den aktuelle regelen måtte vurderes konkret ut fra den rollen den inntok i prosessen.⁵⁷¹

Jeg antar at avgjørelsen neppe får betydning for norsk rett. Foreldelsesfristen vil i praksis først begynne å løpe idet forbrukeren fikk eller burde skaffe seg kunnskap om fordringen, jf. foreldelsesloven § 10.⁵⁷² Til sammenligning startet den franske foreldelsesfristen å løpe fra da avtalen ble inngått. Avgjørelsen illustrerer likevel at alle regler som kan forhindre domstolens *ex officio*-plikt, må vurderes konkret opp mot søsterprinsippene. Etter effektivitetsprinsippet må man vurdere prosessreglene slik de fremkommer i den konkrete konteksten.

I medhold av *effektivitetsprinsippet* ble spanske regler om inndrivelse av ubestridte krav satt til side i *Banco Español*.⁵⁷³ Domstolen uttalte at direktivet ikke harmoniserer nasjonale regler om inndrivelse av ubestridte krav, og at dette som utgangspunkt tilligger statenes nasjonale prosess-autonomi.⁵⁷⁴ De spanske reglene gjorde det umulig å foreta en vurdering av om forbrukerkontrakter var urimelige, med mindre forbrukeren selv anførte dette.⁵⁷⁵ Fordi det var stor risiko for at forbrukere av flere grunner ikke ville fremsette slike påstander, var prosedyren egnet til

⁵⁶⁸ Sak C-473/00 avsnitt 13–14 og 11.

⁵⁶⁹ Avsnitt 36.

⁵⁷⁰ Avsnitt 35.

⁵⁷¹ Avsnitt 37.

⁵⁷² Avsnitt 11.

⁵⁷³ Sak C-618/10.

⁵⁷⁴ Avsnitt 46.

⁵⁷⁵ Avsnitt 48 og 52.

å underminere direktivets effektive beskyttelse.⁵⁷⁶ I *Aziz* ble spanske tvangsfullbyrdelsesregler satt til side av samme grunn.⁵⁷⁷ I *Radlinger* var den tsjekkiske domstolen etter nasjonale regler om insolvensbehandling forhindret fra *ex officio* å undersøke hvorvidt avtalen som lå til grunn for fordringen, var urimelig.⁵⁷⁸ Hverken denne regelen eller en regel som begrenset forbrukerens mulighet til å angripe visse type fordringer, kunne opprettholdes i medhold av effektivitetsprinsippet.⁵⁷⁹ EU-domstolen mente i *Caixabank* at en nasjonal regel som forpliktet retten til å stanse et individuelt søksmål om en urimelig renteklausul for å avvende et kollektivt søksmål anlagt av en forbrukerorganisasjon om tilsvarende klausul typer, var uforenlig med effektivitetsprinsippet.⁵⁸⁰ En regel som innebar at en underinstans ble bundet av ankeinstansens rettslige vurderinger måtte tilsidesettes i *Elchinov*.⁵⁸¹ I *Banif* ble derimot en nasjonal regel som skulle sikre kontradiksjon, ansett å være forenlig med effektivitetsprinsippet.⁵⁸²

Som vist har EU-domstolen i medhold av *ekvivalensprinsippet* lagt til grunn at artikkel 6 (1) må likestilles med nasjonale ordre public-tilfeller, slik at voldgiftsdommer som bryter bestemmelsen kan kjennes uvirk-somme.⁵⁸³ EU-domstolen har videre gitt direktivet ordre public-status i alminnelige tvistesaker. Dette har særlig fått betydning i tilfeller hvor nasjonale ankeinstansers *ex officio*-kompetanse har vært begrenset til ordre public-tilfeller.⁵⁸⁴ EU-domstolen har også lagt til grunn at dersom en ankeinstans har *adgang* til å foreta en rettslig omklassifisering i

⁵⁷⁶ Avsnitt 53–54. Tilsvarende: Sak C-49/14. Merk at generaladvokaten i *Banco Español* la det motsatte til grunn, se avsnitt 48 flg. Se også Beka (2012) s. 327, Rott (2012) s. 479.

⁵⁷⁷ Sak C-415/11 avsnitt 58–59. Tilsvarende: Forente saker C-537/12 og C-116/13, saker C-169/14, C-8/14, C-421/14. I saker C-34/13 og C-32/14 ble de nasjonale reglene funnet akseptable.

⁵⁷⁸ Sak C-377/14 avsnitt 43–53.

⁵⁷⁹ Avsnitt 59.

⁵⁸⁰ Forente saker C-381/14 og C-385/14 avsnitt 43. Tilsvarende: Forente saker C-568/14-C-570/14.

⁵⁸¹ Sak C-173/09 avsnitt 32.

⁵⁸² Sak C-472/11.

⁵⁸³ Se 2.4.1. Som Mak (2010) s. 446 påpeker, er det likevel uklart hvilke andre forbrukerbestemmelser som er ordre public, se også diskusjonen i 3.3.

⁵⁸⁴ Saker C-488/11 avsnitt 51, C-397/11 avsnitt 30, se også 2.6.3.

tråd med nasjonale prosessregler, *skal* den undersøke om avtalevilkår er urimelige under forbrukeravtaledirektivet, og eventuelt foreta en slik omklassifisering.⁵⁸⁵

Alle eksemplene viser at vurderingene blir ganske like som utenfor direktivets anvendelsesområde.⁵⁸⁶ Man kan undre over hva som blir igjen av en særskilt *ex officio*-plikt når man uansett må vurdere de nasjonale reglene opp mot søsterprinsippene. Det er likevel viktig å merke seg at utgangspunktene er forskjellige innenfor og utenfor direktivets anvendelses-område. Fordi direktivet krever en særlig prosessuell beskyttelse av forbrukerne, synes det å smitte over på den vurderingen som skal gjøres etter søsterprinsippene:

For det første synes ugyldighetsregelen å anses som så viktig at den utgjør ordre public – også i flere prosessuelle sammenhenger. For det andre synes vekt punktet å være forskjøvet til fordel for fellesskapsrettens effektivitet og hensynet til forbrukerens beskyttelse når nasjonale regler vurderes etter effektivitetsprinsippets begrunnelsesregel. Spørsmålet om det er uforholdsmessig vanskelig å utøve en rettighet kan som nevnt gi utslag i en glideskala.⁵⁸⁷ Forbrukerretten synes å være «on the very high end» på skalaen, slik at det ikke er behov for en særlig omfattende balansering.⁵⁸⁸ Terskelen for å tilside sette nasjonale prosessregler synes ikke å være spesielt høy, i motsetning til hva de alminnelige utgangspunktene er.⁵⁸⁹ EU-domstolen har uttalt at «the specific characteristics of court proceedings cannot constitute a factor which is liable to affect the legal protection from which consumers must benefit under the provisions of Directive 93/13».⁵⁹⁰ Bare i 6 av 23 tilfeller har domstolen akseptert nasjonale prosessregler som begrenser domstolens *ex officio*-plikt. I de

⁵⁸⁵ Sak C-397/11 avsnitt 38. I norsk rett følger dette allerede av tvisteloven § 11-3.

⁵⁸⁶ Dette illustreres ved at EU-domstolen anvender rettspraksis som faller utenfor direktivets virkeområde i disse sakene, se for eksempel bruken av *Eco Swiss i Asturcom* avsnitt 39, 41 og 43.

⁵⁸⁷ Generaladvokatens uttalelse i forente saker C-222/05-C-225/05.

⁵⁸⁸ Schebesta (2010) s. 861, Trstenjak (2011) s. 121.

⁵⁸⁹ Se 2.5.2. *Cofidis*, som omtalt over, er et godt eksempel siden en foreldelsesfrist på 2 år ikke kan sies å være spesielt kort.

⁵⁹⁰ Saker C-34/13 avsnitt 52–53, C-377/14 avsnitt 50, C-618/10 avsnitt 55.

tilfellene synes dette å være fordi reglene har basert seg på grunnleggende prosessuelle prinsipper som har sin forankring i samtlige av medlemsstatenes systemer og i fellesskapsretten selv, slik som kontradiksjon og rettskraft.⁵⁹¹ EU-domstolen har videre uttalt at nasjonale regler skal tolkes, så langt mulig, i samsvar med den effektive beskyttelse direktivet er ment å gi, og å favorisere den tolkningen som vil tillate ex officio-anvendelse av reglene.⁵⁹² Det synes derfor å ha stor betydning om man er på et område hvor utgangspunktet er at domstolene har en plikt til å anvende direktivet ex officio, eller om man er på et område hvor utgangspunktet er nasjonal prosessautonomi.

Den «legislative» begrunnelsen for ex officio-plikten vil være styrket der hvor forbrukerens prosessuelle stilling er påvirket i negativ retning på grunn av forhold knyttet til den næringsdrivende,⁵⁹³ eller der hvor sentrale interesser står på spill for forbrukeren.⁵⁹⁴ Det er likevel ikke det samme som at konkrete omstendigheter knyttet til den enkelte forbruker har betydning. Om det har domstolen uttalt at «the scope of the principles of effectiveness and equivalence are independent of the specific circumstances of each case».⁵⁹⁵ Dette medfører at den prosessuelle beskyttelsen

⁵⁹¹ Se om *Banifovenfor*, og om *Asturcom* og lignende sak C-76/10 i 2.4.3. Ekvivalensprinsippet sikret fellesskapsrettens gjennomslag i de to sistnevnte, i tillegg til C-397/11, C-488/11 – totalt 4 tilfeller. I 3 tilfeller har EU-domstolen lagt til grunn at fellesskapsrettens effektivitet ikke var truet etter en konkret vurdering: saker C-34/13, C-567/13, C-32/14. De 20 saker hvor søsterprinsippene anvendes, i tillegg til de nevnte: C-473/00, C-173/09, C-618/10, C-415/11, C-537/12 og C-116/13, C-169/14, C-8/14, C-421/14, C-49/14, C-381/14 og C-385/14, C-377/14, C-568/14-C-570/14. Ex officio-plikten er ytterligere bekreftet i 3 tilfeller hvor søsterprinsippene ikke ble anvendt, jf. note 566.

⁵⁹² Forente saker C-240/98-C-244/98 avsnitt 33.

⁵⁹³ Se sak C-76/10 avsnitt 44 hvor EU-domstolen uttalte at direktivbeskyttelsen sytes enda mer rettferdiggjort hvor selgeren hadde utpekt forbrukerens advokat, og hvor forbrukeren bare kunne velge en annen advokat mot at han betalte et tillegg på 15 % av kredittsummen.

⁵⁹⁴ Se saker C-415/11 avsnitt 61 og C-34/13 avsnitt 63–65 som begge gjaldt et tilfelle der forbrukerens familiebolig stod på spill.

⁵⁹⁵ Saker C-497/13 avsnitt 47, C-429/05 avsnitt 65. Det er den nasjonale prosessregelens stilling ut fra prosessen som helhet, slik den kommer til anvendelse, som skal vurderes konkret, og ikke partenes stilling.

av forbrukeren gjelder uavhengig av om han blir bistått av en advokat.⁵⁹⁶ Jeg antar det samme må gjelde dersom en forbrukerorganisasjon trer inn som partshjelper, jf. tvisteloven § 15-7 (1) b).⁵⁹⁷ Dette gjelder derimot ikke dersom en forbrukerorganisasjon reiser søksmål mot en næringsdrivende med krav om at generelle vilkår skal forbys.⁵⁹⁸

4.2.5 Rettens undersøkelsesplikt

Resultatet av EU-domstolens avgjørelser er en omfattende plikt som innebærer at retten på eget initiativ må undersøke om en forbrukeravtale er urimelig, selv om forbrukeren ikke har påberopt seg dette.⁵⁹⁹ Dette fremkommer klart av *Pannon* hvor domstolen uttalte:

«...the role thus attributed to the national court by Community law in this area is not limited to a mere power to rule on the possible unfairness of a contractual term, but also consists of the obligation to examine that issue of its own motion, where it has available to it the legal and factual elements necessary for that task, including when it is assessing whether it has territorial jurisdiction.»⁶⁰⁰

Retten må derfor undersøke dokumentene i saken med sikte på å klarlegge hvorvidt avtalen er urimelig, uavhengig av hva partene har anført.⁶⁰¹ Som det fremgår av det siterte, oppstår plikten idet retten har tilgjengelig alle relevante rettslige og faktiske opplysninger.⁶⁰² I praksis oppstår plikten idet saken bringes inn for retten. Som regel vil det være tilstrekkelig å

⁵⁹⁶ Sml. saker C-497/13 avsnitt 47, C-429/05 avsnitt 65, se 2.5.2. Hacker (2016) s. 171 er kritisk og mener dette strider mot domstolens hovedargumentasjon om å beskytte svake parter. Dommene må antagelig leses på annen måte, se 4.4.1.

⁵⁹⁷ Se sak C-76/10 avsnitt 28 hvor en forbrukerorganisasjon uttalte seg på vegne av en forbruker i en enkeltsak, uten at det synes å påvirke domstolens anvendelse av direktivbeskyttelsen.

⁵⁹⁸ Sak C-413/12 avsnitt 49–50, forente saker C-381/14 og C-385/14 avsnitt 26.

⁵⁹⁹ Eldjarn (2016) s. 238, Trstenjak (2011) s. 122.

⁶⁰⁰ Sak C-243/08 avsnitt 32.

⁶⁰¹ Eldjarn (2016) s. 238.

⁶⁰² Se også saker C-76/10 avsnitt 51, C-40/08 avsnitt 53, C-618/10 avsnitt 43, C-397/11 avsnitt 27.

undersøke avtalen vedlagt stevningen.⁶⁰³ Så vidt jeg kan se, er ikke plikten begrenset til de situasjoner hvor retten har en spesifikk mistanke om at et vilkår er brutt. EU-domstolen la i *Banif* til grunn at retten skal undersøke alle vilkår i avtalen, og ikke bare de selgeren baserer kravet sitt på.⁶⁰⁴ Oppdages EØS-retten for sent, må man reassumere forhandlingene.⁶⁰⁵

Dersom enkelte faktiske opplysninger mangler, kan det spørres om retten også har en plikt til å innhente slike opplysninger. Eldjarn legger til grunn at domstolen ikke vil ha en plikt til å foreta videre undersøkelser.⁶⁰⁶ Ordlyden i *Pannon* sitert over, taler for det. Nyere rettspraksis viser imidlertid at domstolen har moderert seg. I *Faber* uttalte EU-domstolen at retten må vurdere urimelighet «on the basis of the matters of fact and of law which they have at their disposal or may have at their disposal simply by making a request for clarification».⁶⁰⁷ Etersom norske domstoler har en plikt til å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag i saker som er indispositive etter norsk rett, må antagelig det samme gjelde for EØS-retten, slik ekvivalensprinsippet krever.⁶⁰⁸ I tråd med *Faber* synes dessuten en begrensning i undersøkelsesplikten å stå i et problematisk forhold til effektivitetsprinsippet. Saken *VB* støtter det. EU-domstolen statuerte en plikt for den nasjonale domstolen til å «investigate of its own motion», ved spørsmål om retten skulle foreta undersøkelser for å etablere nødvendig juss og fakta i et tilfelle man mistenkte at et vilkår kunne være urimelig, selv om det var i strid med nasjonal rett.⁶⁰⁹ Det potensielt urimelige vilkåret var en vernetingsklausul, og de faktiske sidene som syntes å trenge klarlegging, var hvorvidt vilkåret var individuelt fremforhandlet,

⁶⁰³ Eldjarn (2016) s. 239.

⁶⁰⁴ Sak C-472/11 avsnitt 37–41. Dette har sammenheng med at når man skal vurdere hvorvidt kontrakten medfører en betydelig skjevhet, må man se hen til alle vilkår i avtalen, jf. forbrukeravtaledirektivet artikkel 4 (1) jf. 3 (1).

⁶⁰⁵ Jf. tvisteloven § 9-17 (2). Konsekvensen kan ellers bli opphevelse, se nedenfor.

⁶⁰⁶ Eldjarn (2016) s. 238.

⁶⁰⁷ Sak C-497/13 avsnitt 44. Nærmere om saken i 4.3.

⁶⁰⁸ Jf. tvisteloven § 21-3 (2). Se også 3.4.6 – jeg antar utgangspunktene langt på vei vil være sammenfallende.

⁶⁰⁹ Sak C-137/08 avsnitt 25 spørsmål 3 og avsnitt 56. Forutsetningen er at forbrukeren har bestridt kravet, se C-618/10 avsnitt 44–45.

slik at det falt innenfor direktivets virkeområde.⁶¹⁰ Dette bekrefter at nasjonale domstoler i visse tilfeller aktivt må foreta enkelte nødvendige undersøkelser.⁶¹¹ Som jeg vil komme tilbake til, kan det være enkelte tilfeller hvor retten vil være fritatt fra undersøkelsesplikten.⁶¹²

4.2.6 Rettens plikt til å fastslå alle konsekvensene av et urimelig vilkår

EU-domstolen har flere ganger slått fast at den nasjonale domstolen har en plikt til å «establish all the consequences» dersom den finner at et vilkår er urimelig etter først å ha foretatt en undersøkelse *ex officio*.⁶¹³ Det er samtidig verdt å merke seg at selv om retten skal sørge for at de nødvendige konsekvenser inntreffer, forutsetter det at forbrukeren har blitt «fully informed» om sine rettigheter.⁶¹⁴ Dels har dette sammenheng med at forbrukeren skal kunne avstå fra å påberope seg sine rettigheter.⁶¹⁵ Dels har det sammenheng med kontradiksjonsprinsippet. Resultatet blir at *ex officio*-plikten i praksis medfører en veiledningsplikt.⁶¹⁶ Man må altså skille mellom spørsmålet om retten plikter å vurdere urimeligheten *ex officio*, og at den skal fastslå konsekvensene av en slik eventuell urimelighet.⁶¹⁷

⁶¹⁰ Se også avsnitt 51.

⁶¹¹ Etter effektivitetsprinsippet kan det tenkes at utfallet vil bli annerledes dersom man står overfor et annet type (potensielt) urimelig vilkår, eller dersom den nasjonale reglen er utformet noe annerledes. For norsk retts del har dette liten betydning ettersom undersøkelsesplikten uansett følger av ekvivalensprinsippet. Likevel illustrerer saken at også tvistelovens proporsjonalitetsprinsipp må vurderes opp mot effektivitetsprinsippet. Det er uansett lite trolig at det her vil oppstå noen konflikter, så lenge proporsjonalitetsprinsippet ikke oppstiller for snevre rammer for domstolens utfoldelse. Micklitz (2014) s. 782 mener tidshensyn kan begrense prøvingen ved forenklete inndrivelsesprosedyrer.

⁶¹² Se 4.2.7.

⁶¹³ F.eks. saker C-40/08 avsnitt 59, C-76/10 avsnitt 62, C-618/10 avsnitt 63, C-397/11 avsnitt 42 og 48.

⁶¹⁴ F.eks. saker C-472/11 avsnitt 28, C-397/11 avsnitt 42, C-488/11 avsnitt 50.

⁶¹⁵ Se 4.2.7.

⁶¹⁶ Se 2.2.

⁶¹⁷ I sak C-488/11 avsnitt 36 fremhever EU-domstolen at *ex officio*-spørsmålet består av to deler; urimelighetsvurderingen og konsekvensvurderingen.

Det første spørsmålet som reiser seg, er hvordan retten skal forholde seg til partenes påstander. EU-domstolen har flere ganger presisert at domstolene ikke skal avvente med å håndheve direktivet inntil forbrukeren påberoper seg en bestemt rettsvirkning, men anvende den rettsvirkningen som følger av nasjonal rett, innenfor rammene av direktivets krav.⁶¹⁸ Dette må forstås slik at heller ikke partenes påstander kan begrense domstolens kompetanse. Dette vil være i tråd med rettsstilstanden når saker anses som indispositive etter tvisteloven § 11-4.

I norsk rett er konsekvensen av et urimelig avtalevilkår at avtalen kan bli kjent helt eller delvis ugyldig, jf. avtaleloven § 37 jf. § 36.⁶¹⁹ Vi kan se for oss at en selger har reist søksmål mot en forbruker for manglende betaling for en tjeneste. Dersom forbrukeren har anført at tjenesten ikke har blitt kontraktsmessig oppfylt slik at han bare skal betale halvparten av kjøpesummen med fradrag for prisavslag, kan ikke domstolen avsi dom innenfor rammen av påstandene dersom hele avtalen må settes til side på grunn av ugyldighet. Retten både kan og skal sørge for at forbrukeren går fri i et slikt tilfelle.

Et neste spørsmål er om EØS-retten også medfører at norske domstoler må avgjøre andre krav enn de som er reist i saken. Følger vi eksempelet over, blir spørsmålet om forbrukeren skal frifinnes, eller om retten også skal avsi dom for at avtalen er ugyldig i sin helhet. Både for indispositive og dispositive saker er rettens kompetanse begrenset til å avgjøre de krav som er reist i saken, jf. tvisteloven § 11-2 (1) første punktum og § 11-4 annet punktum. Et krav anses «reist i saken» dersom partene har bedt retten om å treffe en avgjørelse om kravet ved å gjøre det til søksmålsgjenstand i saken.⁶²⁰ For å finne frem til hvilke krav partene har brakt inn for retten til avgjørelse, må man ta utgangspunkt i partenes påstander og de påstandsgrunnlag de har anført. Deretter må man tolke

⁶¹⁸ Note 613.

⁶¹⁹ Direktivet gir ikke rom for at retten reviderer avtalen, slik § 36 åpner for, se saker C-488/11 avsnitt 57, C-618/10 avsnitt 65. Se også forente saker C-154/15, C-307/15 og C-308/15 hvor EU-domstolen slo fast at direktivet er til hinder for at man tidsbegrenser de restituerende virkningene ved urimelige vilkår.

⁶²⁰ Skoghøy (2017) s. 949.

domsslutningen i lys av domspremissene, og foreta en sammenligning.⁶²¹ Under identitetstesten vurderer man om rettsfølgene er kvalitativt ulike, om det er store ulikheter mellom faktiske og rettslige vilkår for rettsfølgene, likhet eller ulikhet i de interesser som rettsreglene skal beskytte, i tillegg til at rettslig tradisjon vil ha betydning.⁶²² Jeg antar at prisavslag vil være et annet krav enn ugyldighet,⁶²³ og etter norsk prosessrett kan ikke domstolen gjøre noe annet enn å frifinne forbrukeren. Dette må også bli løsningen i en sak som gjelder erstatning for avtalebrudd, hvor retten ex officio har funnet at avtalen er ugyldig fordi den er i strid med konkurransereglene.⁶²⁴ Når EØS-retten på forbrukeravtaledirektivets område krever at domstolen skal fastslå konsekvensene et urimelig vilkår medfører, må dette likevel forstås som et krav om at retten skal avsi dom for hel- eller delvis ugyldighet.⁶²⁵ I så fall må det gå foran tvistelovens regler, jf. EØS-loven §§ 2 jf. 1 og tvisteloven § 1-2. I praksis vil man nok unngå direkte motstrid ved at retten veileder partene for å undersøke hva de ønsker avgjort, jf. tvisteloven § 11-5 (3).⁶²⁶ Prinsipielt er det likevel interessant at en forbrukersak helt kan endre karakter fra den innkommer til dom er avsagt.

Også ankedomstolens kompetanse begrenses av kravet, se tvisteloven § 29-20 (1). Dersom forbrukersak som i eksempelet over ankes, kan det spørres om retten skal avsi dom for urimelighet eller oppheve underinstansens dom. EU-domstolen har lagt til grunn at slike kompetansespørsmål tilligger den nasjonale prosessautonomi, men at man innenfor direktivets virkeområde har en plikt til å sørge for at forbrukernes rettigheter gis en effektiv beskyttelse i hver enkelt sak. Dette innebærer at nasjonale regler må tolkes «as

⁶²¹ Skoghøy (2017) s. 949.

⁶²² Jf. Rt-2008-833 avsnitt 33. Se nærmere f.eks. Skoghøy (2017) s. 950–953, Backer (2015) s. 338–348.

⁶²³ Sml. Backer (2015) s. 346 og Skoghøy (2017) s. 1082 som legger til grunn at ugyldighet og erstatning er ulike krav.

⁶²⁴ Om konkurransereglene som indispositive saker etter norsk prosessrett, se 2.4.5.2. Ugyldighet blir i begge disse eksemplene et prejudisielt rettsforhold.

⁶²⁵ I samme retning: Wallerman (2010) s. 112, Andersson (1999) s. 185.

⁶²⁶ Sml. Skoghøy (2017) s. 949. Se Eldjarn (2016) s. 32–38 og 196–199 om veiledning utenfor rammene av kravet.

far as possible» for å oppnå formålet til artikkel 6 (1) om at urimelige vilkår ikke skal binde forbrukeren.⁶²⁷ Etter min mening er det nærliggende å anse feilen som en absolutt saksbehandlingsfeil etter § 29-21 (2),⁶²⁸ men likevel slik at feilen også må ramme krav som er anket og det er nærliggende at feilen har hatt virkninger for avgjørelsen av kravene, jf. § 29-20 (1) annet punktum.⁶²⁹ I så fall må dommen oppheves slik at tingretten behandler saken på nytt.⁶³⁰ Dersom ankeinstansen behandler saken ubegrenset av kravet, vil motpartens ankemuligheter begrenses.⁶³¹

Et særlig spørsmål er om *ex officio*-plikten gjelder også der forbrukeren vinner frem med sitt krav. Dersom EØS-retten gir forbrukeren en bedre stilling, mener jeg plikten består. Hvor det andre grunnlaget gir tilsvarende eller bedre beskyttelse, virker det som unødvendig anstaltmakeri å kreve at domstolene også skal anvende EØS-grunnlaget.

4.2.7 Forbrukeren kan akseptere urimelige vilkår

Kravet om at domstolen *ex officio* skal fastslå at avtalen er helt eller delvis ugyldig, gjelder ikke dersom forbrukeren motsetter seg dette («opposes»)⁶³² Dette må innebære at forbrukeren også kan kreve at avtalevilkåret revideres.⁶³³ EU-domstolen har presisert at forbrukeren i så fall må gi sitt samtykke til at den urimelige klausulen opprettholdes, og at dette samtykke må være «free and informed».⁶³⁴ Etter ordlyden

⁶²⁷ Saker C-397/11 avsnitt 50, C-567/13 avsnitt 37. Tilsvarende: E-25/13 avsnitt 163.

⁶²⁸ Det er ikke bestemt i forarbeidene at listen er uttømmende, se NOU 2001:32B side 787, Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 477.

⁶²⁹ Dette fordrer at ankeinstansen foretar en lettere prejudisiell prøving av om kontrakten inneholder urimelige vilkår. Dersom det ikke er nærliggende, trenger ikke ankeinstansen å oppheve underrettens dom for brudd på manglende undersøkelser. Terskelen bør antagelig ikke være for høy. Til sammenligning skal § 29-21 (2) gis umiddelbar virkning dersom feilen er påberopt, se Skoghøy (2017) s. 1219.

⁶³⁰ Jf. tvisteloven §§ 29-23 (3) og 29-24. Tilsvarende for Høyesterett, jf. § 30-3.

⁶³¹ Noe som kan være problematisk etter EMK artikkel 6 (1), se NOU 2001:32A s. 349–354, Møse (2010).

⁶³² Saker C-243/08 avsnitt 35, C-397/11 avsnitt 41.

⁶³³ Arnesen (2016) s. 59–60.

⁶³⁴ Sak C-472/11 avsnitt 35.

innebærer det at forbrukeren ikke må være utsatt for noe form for press – hverken fra domstol eller motpart. Det at samtykke skal være informert, må innebære at forbrukeren skal være innforstått med både hva som blir konsekvensene av at vilkåret anvendes, og hva som blir konsekvensene av et urimelig vilkår, herunder om avtalen må kjennes helt eller delvis ugyldig. Det er bare dersom forbrukeren er opplyst om begge alternativer at han kan gjøre et opplyst valg.

Et annet spørsmål er hvor klart og uttrykkelig forbrukerens samtykke må være. Uttrykket «opposes» tilsier at forbrukeren uttrykkelig må protestere mot at retten fastslår ugyldighet. EU-domstolen har samtidig uttalt at «...the national court is not, however, required under the Directive to exclude the possibility that the term in question may be applicable, if the consumer, after having been informed of it by that court, does not intend to assert its unfair or non-binding status».⁶³⁵ Dette må tolkes slik at det ikke kreves en uttrykkelig protest, men at det holder at forbrukeren *ikke påberoper seg urimeligheten* etter å ha blitt informert av retten. En slik tolkning harmonerer derimot ikke med uttalelsene om at retten skal fastslå konsekvensene «without waiting for the consumer to make an application in that regard».⁶³⁶

I sum må dette tolkes slik at retten har en plikt til å sørge for at avtalen kjennes ugyldig selv om forbrukeren ikke uttrykkelig har påberopt seg dette eller nedlagt påstand om ugyldighet. Dersom forbrukeren ikke har berørt spørsmålet om urimelighet i sin prosedyre, selv etter å ha blitt informert av retten, kan domstolen, jf. ordlyden ovenfor, ikke *utelukke* at vilkåret skal anvendes. Er retten i tvil om hva forbrukeren ønsker, må den sørge for å veilede forbrukeren slik at dette blir klarlagt.⁶³⁷ Dersom retten forstår at forbrukeren fortsatt ønsker å være bundet til det urimelige vilkåret, bør den ikke avsi dom for ugyldighet. I et slikt tilfelle kan det ikke være krav om at forbrukeren uttrykkelig må protestere. Det er med andre ord ikke krav om at forbrukeren fremsetter klare anførsler eller påstander i den ene eller andre retning, og tvil kan bare løses ved at retten

⁶³⁵ Saker C-243/08 avsnitt 33, C-472/11 avsnitt 27.

⁶³⁶ Sak C-397/11 avsnitt 42 og 48.

⁶³⁷ Jf. tvisteloven § 11-5 (3).

anvender godt praktisk skjønn. Retten bør utvilsomt være rimelig sikker på at forbrukeren ønsker å være bundet til det urimelige vilkåret, dersom han ikke uttrykkelig har protestert mot at retten fastslår ugyldighet.

Et spørsmål i forlengelsen av dette vil være om domstolen kan unnlate å undersøke om vilkårene er urimelige dersom det i forkant klarlegges at forbrukeren uansett ikke ønsker at avtalen skal kjennes ugyldig. Etter min mening vil ikke en slik praksis være forenlig med forutsetningen om at forbrukerens samtykke skal være «informed». Dette må iallfall gjelde som et utgangspunkt, men det kan kanskje tenkes unntak hvor det er et bestemt vilkår som utpeker seg som potensielt urimelig, og hvor det er relativt klart hva rettsvirkningen i så fall må bli. I et slikt tilfelle kan det neppe være grunn til å hale ut saksbehandlingstiden med ytterligere undersøkelser.

4.3 Arven etter forbrukeravtaledirektivet

Begrunnelsen for å oppstille en *ex officio*-plikt på forbrukeravtaledirektivets område kan langt på vei overføres til en rekke andre områder innenfor forbrukerretten. Eldjarn stiller seg kritisk til at EU-domstolen ikke har oppstilt den samme plikten til å anvende andre forbrukerdirektiv *ex officio*, og viser som eksempel til fjernsalgsdirektivet, dørsalgsdirektivet og forbrukerkjøpsdirektivet.⁶³⁸ Han skriver at «[m]ed ett unntak nær eksisterer det ingen avgjørelser fra EU-domstolen som etablerer en lignende plikt for disse direktivene».⁶³⁹ Han viser også til at det ikke er etablert en positiv *ex officio*-plikt til å anvende det kommende forbrukerrettighetsdirektivet,⁶⁴⁰ som skal erstatte fjernsalgsdirektivet og dørsalgsdirektivet, og uttaler at «[å]rsaken til en slik tilbakeholdenhet er ikke åpenbar».⁶⁴¹ Jeg er til dels enig i at det er vanskelig å forstå hvorfor ikke andre forbrukeravtaledirektiv skal gis samme beskyttelse. Rettspraksis fra EU-domstolen

⁶³⁸ Rdir 97/7/EF, 85/885/EØF og 1999/44/EF.

⁶³⁹ Eldjarn (2016) s. 239. Unntaket han viser til er *Faber*-saken, se nedenfor.

⁶⁴⁰ Rdir 2011/83/EU.

⁶⁴¹ Eldjarn (2016) s. 240.

viser imidlertid at forbrukerbeskyttelsen er langt mer utbredt enn det Eldjarn legger til grunn.

Allerede i 2009 la EU-domstolen til grunn i *Martín* at informasjonsbestemmelsen om angrerett i dørsalgdirektivet skal anvendes ex officio av nasjonale domstoler.⁶⁴² Bestemmelsen er gjennomført ved angrerettloven § 8 første ledd h) som regulerer at selgeren «på klar og forståelig måte» skal opplyse forbrukeren om at det foreligger angrerett og angreskjema, samt vilkårene, tidsfristene og fremgangsmåten for å bruke angreretten. EU-domstolen formulerte seg riktignok slik at den nasjonale domstolen «kunne» anvende bestemmelsen ex officio.⁶⁴³ Svarets formulering må ses på bakgrunn av spørsmålet.⁶⁴⁴ Etter mitt syn er det likevel ikke tvil om at det her gjelder en ex officio-plikt. Det avgjørende må være at domstolen viste til at bestemmelsen er begrunnet i offentlige hensyn, og at fellesskapsretten i slike særlige tilfeller «krever» at domstolene anvender fellesskapsretten ex officio.⁶⁴⁵ Domstolen fremhevet at direktivets formål er å gjenopprette den ubalansen som oppstår i et kontraktsforhold når en selger oppsøker en uforberedt forbruker utenfor vanlig salgssted.⁶⁴⁶ Videre påpekte den at en forbruker ikke kan utøve angreretten uten å kjenne sin rett, og at informasjonsplikten derfor spiller en sentral rolle i direktivet – som en essensiell garanti for effektiv forbrukerbeskyttelse.⁶⁴⁷ Også øvrig rettspraksis på forbrukerområdet tilsier at det er liten grunn til å anlegge en snever forståelse.⁶⁴⁸

Dommen innebærer at også norske domstoler har en plikt til ex officio å undersøke om angrerettloven § 8 første ledd h) er overholdt. Bestemmelsen gjelder for både fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler av varer og tjenester.⁶⁴⁹ Jeg forstår avgjørelsen slik at EU-domstolen mener det følger en positiv og *direktivspesifikk* plikt for domstolene til å anvende

⁶⁴² Sak C-227/08. Rdir 85/577/EØF artikkel 4, nå Rdir 2011/83/EU artikkel 6 (1) h).

⁶⁴³ Avsnitt 29 og 36.

⁶⁴⁴ Avsnitt 17.

⁶⁴⁵ Avsnitt 20 og 28.

⁶⁴⁶ Avsnitt 22–23.

⁶⁴⁷ Avsnitt 27.

⁶⁴⁸ I samme retning: Ebers (2010) s. 833.

⁶⁴⁹ Se første ledd.

bestemmelsen *ex officio*. EU-domstolen anvendte ikke søsterprinsippene, men knyttet begrunnelsen til en konkret bestemmelse i direktivet. På grunn av vektleggingen av den konkrete bestemmelsens spesielle stilling i direktivet, er det imidlertid usikkert hvorvidt *ex officio*-plikten også gjelder for andre bestemmelser i direktivet. Dette må vurderes konkret. Retten vil ha en undersøkelses- og fastleggelsesplikt på samme måte som for forbrukeravtaledirektivet.⁶⁵⁰

EU-domstolen har videre bestemt at enkelte bestemmelser i forbrukerkjøpsdirektivet, må anvendes *ex officio*.⁶⁵¹ I *Faber*-saken fra 2015 la EU-domstolen til grunn at en nederlandsk ankedomstol pliktet å vurdere hvorvidt en part var forbruker, selv om parten ikke hadde anført noe om dette, hverken i underinstansen eller i anken.⁶⁵² Det fremstår som uklart hvorvidt plikten følger av direktivet eller etter en konkret anvendelse av søsterprinsippene. Domstolen tok utgangspunkt i den nasjonale prosess-autonomi, men viste samtidig til at den i andre tilfeller hadde oppstilt en plikt til å anvende enkelte forbrukerregler *ex officio*.⁶⁵³ Ettersom argumentasjonen i hovedsak er knyttet opp mot søsterprinsippene, er det nærliggende å se det slik at en *ex officio*-plikt ikke følger av direktivet som sådan.⁶⁵⁴

EU-domstolen uttalte at dersom retten har holdepunkter for å tro at en part er forbruker, har den plikt til å be partene komme med enhver nyttig opplysning – forutsatt at dette gjaldt for nasjonale krav.⁶⁵⁵ I norsk rett medfører tvisteloven § 11-5 (4) en slik plikt. Jeg bemerker imidlertid at EU-domstolen gikk ett skritt videre: Nasjonal rett som ikke har en tilsvarende bestemmelse, har nemlig uansett en plikt til å undersøke partens status som følge av effektivitetsprinsippet fordi det ellers vil være

⁶⁵⁰ Se 4.2.5-4.2.6. Etter angrerettloven medfører manglende overholdelse av opplysningsplikten at angrefristen forlenges, i tillegg kan det få betydning for forbrukerens restitusjonsplikt når angreretten brukes, se §§ 21 annet til tredje ledd, 25 tredje ledd og 26 annet ledd a). Som ved forbrukeravtaledirektivet må domstolen sørge for å gi forbrukeren en mulighet til å frasi seg sine rettigheter, se avsnitt 35.

⁶⁵¹ Rdir 1999/44/EF.

⁶⁵² Artikkel 1 (2) a) og forbrukerkjøpsloven § 1 annet og tredje ledd.

⁶⁵³ Avsnitt 37 sml. avsnitt 42.

⁶⁵⁴ Saken *Hueros* omtalt nedenfor, underbygger dette, se også Hacker (2016) s. 168–170.

⁶⁵⁵ Avsnitt 39.

stor risiko for at forbrukeren mister sine rettigheter. Det ville gjøre det uforholdsmessig vanskelig å sikre direktivets beskyttelse.⁶⁵⁶ Domstolen mente faren var spesielt stor på et rettsområde hvor forbrukeren ofte representerer seg selv.⁶⁵⁷

Det er ikke opplagt at dommen innebærer store endringer for norsk prosessrett. Som EU-domstolen påpekte, gjaldt spørsmålet heller rettens plikt til å foreta en riktig rettslig klassifisering og ikke å innbringe ny fakta i saken. Ifølge tvisteloven § 11-3 skal retten anvende riktig juss, og kombinert med rettens adgang til å veilede partene, vil dette i praksis gi samme resultat. Den største forskjellen blir vel at domstolen får en plikt til alltid å oppfordre partene til å ta stilling til om saken gjelder et forbrukerkjøp, dersom det er holdepunkter for dette i saksdokumentene.⁶⁵⁸ Trolig må dommen dessuten leses slik at retten alltid har plikt til *ex officio* å undersøke hvorvidt en kjøper er å anse som forbruker etter forbrukerkjøpsdirektivet.⁶⁵⁹ Dette innebærer at retten alltid må vurdere om forbrukerkjøpsloven kan komme til anvendelse, selv om dette ikke er anført av kjøperen.

I samme avgjørelse la EU-domstolen til grunn at presumsjonsregelen i direktivets artikkel 5 (3) skal anvendes *ex officio* dersom nasjonale domstoler har en plikt til å anvende ordre public-bestemmelser *ex officio*.⁶⁶⁰ Denne er gjennomført ved forbrukerkjøpsloven § 18 annet ledd som fastslår at en mangel som viser seg innen seks måneder etter risikoens overgang, må formodes å ha eksistert ved risikoens overgang, hvis ikke annet bevises. I praksis innebærer det at selgeren må bære risikoen for feil som oppstår etter kort tid. Jeg antar at også norske domstoler vil ha en plikt til å anvende bestemmelsen *ex officio* fordi den i medhold av ekvivalensprinsippet må likestilles med andre regler norske domstoler

⁶⁵⁶ Avsnitt 44–45.

⁶⁵⁷ Avsnitt 44. Det har likevel ingen betydning om forbrukeren representeres ved advokat, jf. avsnitt 47.

⁶⁵⁸ Sml. ordlyden «kan» i tvisteloven § 11-5 (4).

⁶⁵⁹ Se om undersøkelsesplikt i 4.2.5. Se også Eldjarn (2016) s. 239.

⁶⁶⁰ Avsnitt 56.

skal anvende *ex officio* i saker med begrenset rådighet.⁶⁶¹ Jeg antar retten får en plikt til å undersøke om bestemmelsen kommer til anvendelse ved å be partene klarlegge når risikoen gikk over og når mangelen viste seg for forbrukeren.⁶⁶²

Det er interessant å se hvordan EU-domstolen begrunnet regelens ordre public-status. Det avgjørende synes å være at artikkel 5 (3), lest i kombinasjon med artikkel 7, måtte anses å være «binding in nature» – både for partene, men også for medlemsstatene.⁶⁶³ Artikkel 7 er gjennomført ved forbrukerkjøpsloven § 3 om at det ikke kan avtales eller gjøres gjeldende vilkår som er ugunstigere for forbrukeren enn det som følger av loven. En kan dermed spørre om domstolen skal anvende *alle* reglene som er preseptoriske i forbrukerkjøpsloven *ex officio*. Forutsatt at kontrakten gir forbrukeren en ugunstigere erstatning enn det lovens løsning tilsier, skal retten tilkjenne forbrukeren en større erstatningssum selv om dette ligger utenfor rammen av partenes påstander og påstandsgrunnlag? Og skal retten, uavhengig av forbrukerens anførsler, alltid undersøke om forbrukeren oppnår gunstigere løsninger etter lovens system enn etter avtalen? *Faber* avgjør ikke dette direkte, men domstolens begrunnelse gir grunnlag for slike slutninger.⁶⁶⁴ *Faber*-avgjørelsen er nok et eksempel på domstolens diffuse kategorisering av enkeltbestemmelser som ordre public, som reiser en rekke spørsmål med uavklarte svar.⁶⁶⁵ Ettersom *ex officio*-plikten følger av ekvivalensprinsippet, vil retten, i tråd med tvisteloven § 11-4 annet punktum, bare kunne avgjøre de krav som er reist i saken.⁶⁶⁶

I *Hueros*-saken, som gjaldt spørsmål om å heve et bilkjøp, fant EU-domstolen at det ikke ville være forenlig med effektivitetsprinsippet at den spanske domstolen var forhindret fra *ex officio* å sikre forbrukeren et prisavslag i tråd med forbrukerkjøpsdirektivet, når

⁶⁶¹ Dette innebærer en fellesskapsorientert anvendelse av ekvivalensprinsippet, se 2.3.3. Se også 2.6.3 om ordre public i vanlige tvistesaker.

⁶⁶² Se 4.2.5 om undersøkelsesplikt.

⁶⁶³ Avsnitt 55.

⁶⁶⁴ Wilman (2015) s. 170 uttalte før *Faber*-saken at det er et åpent spørsmål hvorvidt artikkel 7 skal anvendes *ex officio*. Se også Loos (2007) s. 444.

⁶⁶⁵ Sml. 3.3.

⁶⁶⁶ Sml. 4.2.6.

hevingskravet ikke ville føre frem.⁶⁶⁷ I norsk rett er forbrukerens rett på prisavslag gjennomført ved forbrukerkjøpsloven § 31. EU-domstolen uttalte at en *ex officio*-plikt ikke kunne utledes av den aktuelle direktivbestemmelsen i seg selv, slik at dette i utgangspunktet lå under den nasjonale prosessautonomi.⁶⁶⁸ Saken er derfor bare et eksempel på et konkret utslag av effektivitetsprinsippet, og må ses i lys av de strenge prosessuelle reglene som gjaldt i spansk rett.⁶⁶⁹ Etter min mening kan man ikke forstå avgjørelsen slik at også norske domstoler har en plikt – *ex officio* – til å sikre forbrukeren et prisavslag i et tilfelle hvor et hevingskrav ikke fører frem.⁶⁷⁰

Et ytterligere direktiv som hittil ikke er nevnt, og som nasjonale domstoler må være oppmerksomme på, er forbrukerkredittdirektivet. Allerede i 2007 gjennom avgjørelsen *Rampion* la EU-domstolen til grunn at direktivets identifikasjonsregel skal anvendes *ex officio*.⁶⁷¹ Denne er gjennomført i norsk lov ved finansavtaleloven § 54b. Bestemmelsen gir forbrukeren rett til å fremme sine krav og innsigelser mot selgeren direkte overfor kredittgiveren, dersom kreditten er gitt etter avtale mellom selger og kredittgiver. Dette innebærer for eksempel at i en tvist mellom en forbruker og kredittgiver, skal domstolen *ex officio* vurdere om forbrukeren kan fritas for betalingsplikt på grunn av tilblivelsesmangler som hefter ved avtalen med selger.⁶⁷² Som ved forbrukeravtaledirektivet, utledet EU-domstolen plikten fra spesifikke holdepunkter i direktivet, og ikke ut fra en konkret anvendelse av søsterprinsippene. EU-domstolen påpekte at direktivet hadde et dobbelt formål – både å sikre etableringen

⁶⁶⁷ Sak C-32/12 avsnitt 34–41. Rdir 1999/44/EF artikkel 3 (5).

⁶⁶⁸ Avsnitt 29–31.

⁶⁶⁹ Forbrukeren ble bundet til påstandene fremsatt i stevningen, uten endringsmuligheter. I tillegg ville forbrukeren være forhindret fra å reise ny sak med krav han kunne ha påberopt, også subsidiært, under en tidligere sak, se avsnitt 35–36.

⁶⁷⁰ Se også Jansen (2014) s. 979.

⁶⁷¹ Sak C-429/05 avsnitt 57–69. Rdir 87/102/EØF artikkel 11 (2), nå Rdir 2008/48/EF artikkel 15 (2). Domstolen konkluderte med at direktivet «tillater» at domstolen anvender bestemmelsene *ex officio*, men dette må leses på bakgrunn av spørsmålets formulering, se avsnitt 16 og 70. Av samme grunner som for *Martín*, mener jeg at domstolens argumentasjon må forstås slik at det også gjelder en plikt i dette tilfellet.

⁶⁷² Se som eksempel LB-2014-165885 hvor et slikt tilfelle ikke førte frem.

av et felles marked og å beskytte forbrukerne.⁶⁷³ Domstolen viste til sin rettspraksis på forbrukeravtaledirektivets område, og fremholdt at heller ikke formålet med identifikasjonsregelen effektivt kunne nås dersom forbrukeren selv er forpliktet til å påberope seg bestemmelsen fordi det er en ikke ubetydelig risiko for at forbrukeren er uvitende om sine rettigheter, eller vil ha vanskeligheter med å utøve dem.⁶⁷⁴ Jeg antar at domstolene også ex officio må ta stilling til om bestemmelsen kommer til anvendelse.⁶⁷⁵

EU-domstolen utviklet ex officio-plikten på forbrukerkredittdirektivets område i 2016. I *Radlinger*-saken uttalte den at nasjonale domstoler skal ex officio undersøke om en kredittavtale inneholder de opplysninger en kredittgiver er forpliktet å gi en forbruker etter direktivet.⁶⁷⁶ Denne er gjennomført ved finansavtaleloven § 48 (2), og norske domstoler må på tilsvarende måte undersøke om denne er overholdt.⁶⁷⁷ Også i dette tilfellet må plikten anses direktivspesifikk. Domstolen anvendte argumenter velkjente fra forbrukeravtaledirektivets område for å begrunne ex officio-plikten.⁶⁷⁸ Hovedargumentet synes å være at opplysningsplikten er sentral for gjennomføringen av direktivets formål om et velfungerende forbrukerkredittmarked, og at direktivet skulle sikre en fullstendig og bindende harmonisering.⁶⁷⁹ EU-domstolen henviste samtidig til artikkel 5 og 7. Dette må forstås slik at ex officio-plikten også omfatter disse bestemmelsene. Disse er gjennomført ved finansavtaleloven § 46a om opplysningsplikt forut for inngåelse av kredittavtale.⁶⁸⁰ Det er også nærliggende å anta at formkravet om skriftlighet må anvendes av domstolene ex officio, selv om dette ikke er spesifikt påpekt avgjørelsen.⁶⁸¹

⁶⁷³ Avsnitt 59.

⁶⁷⁴ Avsnitt 60–65.

⁶⁷⁵ Se 4.2.5.

⁶⁷⁶ Sak C-377/14 avsnitt 74. Rdir 2008/48/EF artikkel 10 (2).

⁶⁷⁷ Merk at bestemmelsen ikke bare er en ren gjennomføring av direktivet, men har et videre anvendelsesområde, jf. Prop.65L (2009–2010) s. 220.

⁶⁷⁸ Avsnitt 63–70.

⁶⁷⁹ Avsnitt 61.

⁶⁸⁰ Nasjonal lovgivning synes heller ikke å kunne pålegge forbrukeren bevisbyrden for at informasjonsplikten er brutt, se sak C-449/13 avsnitt 32.

⁶⁸¹ Direktivets artikkel 10 (1) og finansavtaleloven § 48 (1). Se 4.2.5 om undersøkelsesplikt.

Finner retten at opplysningsplikten ikke er overholdt, skal den fastslå de konsekvensene som følger av nasjonal rett, innenfor direktivets rammer.⁶⁸² I norsk rett kan brudd på opplysningsplikten for eksempel få betydninger for angrefristen og kredittgivers adgang til å endre renter.⁶⁸³ Videre kan brudd få betydning for kontrakten som sådan.⁶⁸⁴ På samme måte som for forbrukeravtaledirektivet, må det skilles mellom dette og undersøkelsesplikten, og retten må sikre at partene gis kontradiksjonsadgang.⁶⁸⁵

4.4 EU-domstolens begrunnelse og analogisk anvendelse

4.4.1 Betydningen av individuelle rettigheter

EU-domstolen har knyttet *ex officio*-spørsmålet til temaet individuelle rettigheter. I *van Schijndel* uttalte den at nasjonale domstoler har en plikt til «safeguarding rights which individuals derive from the direct effect of Community law».⁶⁸⁶ Videre skal effektivitetsprinsippet sikre at utøvelsen av «rettigheter» ikke må gjøres umulig eller uforholdsmessig vanskelig.⁶⁸⁷ Jeg forstår «rettighet» som at bestemmelsen gir individer rettsposisjoner

⁶⁸² Det er opp til medlemstatene å fastlegge sanksjonene, men disse må være «effective, proportionate and dissuasive», jf. artikkel 23. Se også avsnitt 72.

⁶⁸³ Se finansavtaleloven §§ 51b (1) annet punktum og 48 (5).

⁶⁸⁴ Brudd på opplysningsplikt kan medføre ugylldighet etter avtaleloven §§ 33 og 36. Det er likevel ikke noen automatikk i dette, sml. Rt-2013-388 avsnitt 62 hvor Høyesterett uttalte at brudd på verdipapirhandelloven ikke automatisk fikk virkninger for kontrakten, men at dette var et hensiktsmessig utgangspunkt for hvilke krav man kunne stille til banken. Informasjonssvikt kan også gi grunnlag for mangelsvirkninger etter ulike lover, se Lilleholt (2016) s. 291–305.

⁶⁸⁵ Avsnitt 71. Se 4.2.6 om fastleggelsesplikten.

⁶⁸⁶ Forente saker C-430/93 og C-431/93 avsnitt 17. I nyere rettspraksis anvendes «...derive from European Union law», f.eks. sak C-488/11 avsnitt 42, noe som viser at det ikke er et krav at regelen har direkte virkning, se nærmere Prechal (2005) s. 160–161, Wilman (2015) s. 29–30, Leanerts (2014) s. 108.

⁶⁸⁷ Se 2.5.1.

som kan håndheves gjennom søksmål.⁶⁸⁸ Man kan få inntrykk av at EU-domstolens sentrale formål med å oppstille en ex officio-plikt, er å beskytte enkeltindividers rettigheter. Dette har betydning all den tid det er uklart hvilke fellesskapsrettslige bestemmelser nasjonale domstoler har plikt til å anvende ex officio.⁶⁸⁹

I *Heemskerk* avviste EU-domstolen at den nederlandske retten pliktet å anvende to landbruksforordninger ex officio.⁶⁹⁰ Ved motsatt resultat hadde det saksøkende firmaet blitt ilagt større plikter. Avgjørelsen kan derfor gi holdepunkter for å anta at rettighetsperspektivet er av sentral betydning for ex officio-plikten. Som nevnt mener jeg imidlertid at saken må ses på bakgrunn av at motsatt resultat ville hindret domstolsadgang og dermed også fellesskapsrettens effektivitet.⁶⁹¹ Rettighetsperspektivet var neppe avgjørende.⁶⁹²

Rettighetsargumenter har likevel blitt flittig brukt av EU-domstolen for å begrunne en særlig prosessuell stilling for visse fellesskapsrettslige forbrukerregler.⁶⁹³ Rettspraksisen kan gi inntrykk av at EU-domstolen søker å beskytte rettighetene til en bestemt gruppe individer – såkalt svake parter. Det er imidlertid vanskelig å se at formålet med ex officio-plikten er å beskytte individuelle interesser, når det generelle utgangspunktet om nasjonal prosessautonomi overlater et så bredt skjønn til nasjonale domstoler.⁶⁹⁴ Rettighets spørsmålet har derimot *indirekte* betydning: Det er offentlighetens interesse i å beskytte svake parters rettigheter som står sentralt, mens det sentrale formålet er å sikre direktivformålets effektive gjennomslag.⁶⁹⁵ Som Thorsen viser, fremkom dette tydelig i *Rampion* hvor den franske foreleggelsesdomstolen viste til at bare regler som var

⁶⁸⁸ Trstenjak (2011) s. 96. EU-domstolens rettighetsspråk kan være komplekst og vagt, se: Engström (2009) s. 6–9, Thorsen (2016).

⁶⁸⁹ Tilsvarende: Thorsen (2016) s. 78.

⁶⁹⁰ Sak C-455/06, se 2.5.3.

⁶⁹¹ Faktisk hadde ingen av partene ønske om at bestemmelsene skulle anvendes ettersom myndighetene heller ikke var interessert i et ugyldig vedtak.

⁶⁹² Se også generaladvokatens uttalelser avsnitt 121–124.

⁶⁹³ F.eks. sak C-34/13 avsnitt 58: «...in order to protect the rights granted to consumers by Directive 93/13...».

⁶⁹⁴ Se kapittel 2. Jf. Thorsen (2016) s. 79.

⁶⁹⁵ Thorsen (2016) s. 79–80.

ment å beskytte allmenne interesser, og ikke rent individuelle interesser, kunne anvendes *ex officio* av franske ankedomstoler. EU-domstolens svar var at forbrukerkredittdirektivets formål var å sikre et felles kredittmarked.⁶⁹⁶ *Asturcom* er et eksempel på at effektivitetsprinsippet ikke hjalp forbrukeren som hadde oversittet søksmålsfristen. Sett ut fra et rettighetsperspektiv burde effektivitetsprinsippet fått fullt gjennomslag, særlig ettersom EU-domstolen stadig har påpekt at forbrukeren som regel vil være ukjent med sine rettigheter.⁶⁹⁷ Når rettskraftensynet ble avgjørende, viser det at det er allmenne interesser som ligger bak EU-domstolens vurderinger, og ikke individorienterte interesser. Dette støttes av at EU-domstolen i *van der Weerd* synes å vektlegge at de aktuelle bestemmelsene hovedsakelig beskyttet individuelle interesser da den avviste at disse skulle anvendes *ex officio*.⁶⁹⁸

EU-domstolen har fått kritikk for å blande inn rettighetsbegrepet uten å være tydelig på hva som er avgjørende for at man oppstiller en *ex officio*-plikt, og flere har avvist at rettighetsbeskyttelse er avgjørende.⁶⁹⁹ Det kan synes som om EU-domstolen har tatt til seg kritikken. I nyere rettspraksis har EU-domstolen tydeligere presisert at det er «[t]he nature and importance of the public interest underlying the protection which the Directive confers on consumers [that] justify...the national court being required to assess of its own motion whether a contractual term is unfair». ⁷⁰⁰ Dermed bør det være avklart at man vinner lite ved å forsøke å besvare *ex officio*-spørsmålet ut fra et rettighetsperspektiv. EU-domstolens *primære* formål er neppe å beskytte individuelle rettigheter, og «rettigheter» er heller ikke en forutsetning for *ex officio*-plikt.⁷⁰¹ I stedet er spørsmålet hvilke politiske og rettslige områder man ønsker en særlig

⁶⁹⁶ Sak C-429/05 avsnitt 59.

⁶⁹⁷ Schebesta (2010) s. 863.

⁶⁹⁸ Forente saker C-222/05-C-225/05 avsnitt 32.

⁶⁹⁹ Hoskins (1996) s. 374, Vlaicu (2011) s. 165, Schebesta (2010) s. 858, Corthaut (2012) s. 441, Engström (2008) s. 79, Accetto (2005) s. 392. Motsatt: Andersson (2000) s. 456, Wilman (2015) s. 388.

⁷⁰⁰ Sak C-472/10 avsnitt 41. Se også saker C-8/14 avsnitt 19, C-168/15 avsnitt 29 og forente saker C-154/15, C-307/15 og C-308/15 avsnitt 56–57. Tilsvarende hos EFTA-domstolen: E-25/13 avsnitt 158.

⁷⁰¹ *Kraaijeveld*-saken illustrerer sistnevnte, se 2.4.3 og Hjelmeng (2003) s. 60–61.

beskyttelse av.⁷⁰² EU-domstolens tilnærming til ex officio-spørsmålet er derfor ikke så forskjellig fra vår rettsordens tradisjonelle tilnærming.⁷⁰³

4.4.2 Analogisk anvendelse innenfor forbrukerområdet

Rettspraksis viser at EU-domstolen over et kort tidsrom har utvidet domstolens plikt til ex officio å anvende bestemmelser på forbrukerrettens område – en plikt som er direktivspesifikk. Som enkelte påpeker, er det mye som tilsier at utviklingen inkluderer hele forbrukerrettsfeltet.⁷⁰⁴ Skoghøy legger til grunn at EØS-retten krever at domstolene også ex officio må anvende andre preseptoriske kontraktbestemmelser som er ment å beskytte forbrukere.⁷⁰⁵ Jeg er enig i at man kan argumentere for at dette bør være rettstilstanden, ut fra hensyn til rettsenhet og prosessuell forutberegnelighet for partene. Men slik EU-domstolen argumenterer, er det ikke gitt at EØS-retten stiller slike krav til norsk prosessrett. Hvorvidt man kan snakke om en direktivspesifikk plikt beror på «the system of protection introduced by [the] directives».⁷⁰⁶ *Faber-* og *Hueros-*sakene viser at forbrukerkjøpsdirektivet står i en uavklart stilling.⁷⁰⁷ EU-domstolen knytter dessuten plikten til konkrete bestemmelser, og ikke direktiver som sådan.⁷⁰⁸ Mens det overordnede spørsmålet synes å være om det aktuelle direktivet er begrunnet i offentlige interesser, synes andre sentrale momenter i vurderingen å være den konkrete bestemmelsens utforming – herunder om medlemsstatene har påtatt seg en uttrykkelig plikt til å sikre visse rettsvirkninger for forbrukeren – hvor sentral den

⁷⁰² Thorsen (2016) s. 79–80.

⁷⁰³ Sml. «offentlige hensyn» i tvisteloven § 11-4, se 2.4.2 og 2.4.5.1. Tilsvarende: Thorsen (2016) s. 79.

⁷⁰⁴ Wallerman (2010) note 45 s. 111, Engström (2009) s. 335.

⁷⁰⁵ Skoghøy (2017) s. 602. Skoghøy er ikke tydelig på om han mener plikten gjelder uavhengig av om forbrukeren vinner frem på annet grunnlag.

⁷⁰⁶ *Faber* avsnitt 42.

⁷⁰⁷ Se 4.3.

⁷⁰⁸ Se over om *Hueros-*saken og *Faber* avsnitt 42 hvor EU-domstolen sier at plikten knytter seg til «certain provisions» i forbrukerdirektiver eller «terms» som ble brukt i *Rampion* avsnitt 61. Se også generaladvokatens uttalelse i *Faber* avsnitt 71 hvor han påpeker at forbrukerbeskyttelsen kan variere fra bestemmelse til bestemmelse.

aktuelle bestemmelsen er for å oppnå direktivets formål, og om en *ex officio*-plikt er egnet og nødvendig for å oppnå formålet.

4.4.3 Analogisk anvendelse på andre rettsområder

Når forbrukeren som svak part er fremhevet i EU-domstolens argumentasjon, kan man spørre om hvilken prosessuell beskyttelse andre svake parter skal gis. Det må være klart at disposisjon- og forhandlingsprinsippet fortsatt gjelder for preseptorisk kontraktslovgivning utenfor forbrukerforhold, for eksempel ved anvendelsen av avtaleloven § 36.⁷⁰⁹ Også i profesjonelle kontraktsforhold kan det være ubalanse mellom partene hva gjelder kunnskap og økonomisk styrke. Det vil likevel ikke foreligge en *strukturell* ubalanse slik som i for-brukertilfellene.⁷¹⁰ Konkrete faktorer knyttet til den enkelte part, bør neppe være avgjørende.

Et rettsområde med strukturell ubalanse, er arbeidsretten. Skoghøy argumenterer for at domstolene *ex officio* bør anvende preseptoriske bestemmelser i arbeidsforhold til beskyttelse av arbeidstakere, fordi det ikke er noen grunn til å gjøre forskjell på slike bestemmelser og bestemmelser i forbrukerforhold.⁷¹¹ Synspunktet er, slik jeg forstår det, forankret i EØS-rettslig grunnlag. Sett fra synsvinkelen «svake parter», må dette langt på vei være riktig. Samtidig *kan* man argumentere for at arbeidstakere ikke i alle sammenhenger er svake parter, spesielt på områder hvor disse representeres av arbeidstakerorganisasjoner.⁷¹² Hva gjelder EØS-rettens krav, må man likevel ikke overse at EU-domstolens argumentasjon ikke utelukkende knytter seg til beskyttelsen av forbrukerens stilling, selv om dette er ett moment. Viktigst er hvorvidt det konkrete direktivet kan sies å ivareta offentlige hensyn, og da sett med fellesskapsrettslige briller.⁷¹³ Det avgjørende er i hvilken grad det aktuelle direktivet fremmer unionens overordnede interesser. Man må

⁷⁰⁹ Skoghøy (2017) s. 603, Hauge (2015/1) s. 139, Moss (2009) s. 364.

⁷¹⁰ Hauge (2015/2) s. 174.

⁷¹¹ Skoghøy (2017) s. 602.

⁷¹² Dette gjør seg særlig gjeldende hvor arbeidstakerorganisasjonen har ivaretatt den ansattes interesser før tvist oppstår, for eksempel i lønnsforhandlinger.

⁷¹³ Se 4.4.1.

derfor innta et overordnet og helhetlig perspektiv. Hvorvidt man står overfor en bestemt kategori av individer, har mindre interesse.⁷¹⁴ Det er ikke opplagt at arbeidstakerrettigheter som oftere kan stå i et spenningsforhold til næringsinteresser, fri flyt og markedsintegrasjon, skal ha den samme beskyttelsen som forbrukerrettighetene. For å oppstille en *ex officio*-plikt, blir det dessuten et tolkningsspørsmål hva medlemsstatene etter det konkrete direktivet har forpliktet seg til. Når plikten på forbrukerrettens område er konkret forankret i enkelte direktivbestemmelser, blir det vanskeligere å analogisere. Som nevnt må man være svært forsiktig med å anvende rettspraksis fra EU-domstolen analogisk på andre rettsområder enn de avgjørelsen gjelder – iallfall når resultatet blir en klar handlingsplikt for nasjonale domstoler. Etter min mening kan man derfor ikke anvende rettspraksis fra forbrukerrettens område analogisk i arbeidsrettslige saker. Utgangspunktet om at fellesskapsretten bare i særlige tilfeller krever at domstolene forlater den rolle de er tillagt etter nasjonal rett, må fortsatt gjelde som hovedregel, selv om unntakene fra dette synes å være under utvikling.⁷¹⁵ Det samme må gjelde i saker mellom individer og staten, selv om individet i slike tilfeller kan anses som en svak part.⁷¹⁶

Det må likevel vurderes konkret om et enkelt direktiv, for eksempel innenfor arbeidsrettens område, medfører en *ex officio*-plikt.⁷¹⁷ Så langt har ikke EU-domstolen oppstilt en lignende plikt knyttet til andre direktiver utenfor forbrukerrettens område.⁷¹⁸ Disposisjon- og forhandlingsprinsippets rekkevidde synes langt på vei å ligge i EU-domstolens

⁷¹⁴ Thorsen (2016) s. 80 mener dette har ingen interesse. Jeg mener dette kan være ett moment i vurderingen, men da bare ut fra synsvinkelen at det er i allmennhetens interesse å beskytte denne kategorien av individer.

⁷¹⁵ *Van Schijndel* avsnitt 21, se 2.5.3. Se også Engström (2008) s. 84.

⁷¹⁶ Jf. *van der Weerd* hvor domstolen avviste en *ex officio*-plikt i en sak mellom individer og statlige myndigheter, jf. Engström (2008) s. 87, se 2.5.3.

⁷¹⁷ Tilsvarende retningslinjer som i 4.4.2.

⁷¹⁸ EU-domstolen utledet ikke en slik plikt av Rdir 89/665/EØF om klagebehandling for offentlige anskaffelser, se sak C-315/01 avsnitt 46–51. Spørsmålet var imidlertid om direktivet *forhindret* en nasjonal domstol fra *ex officio* å vurdere om tildeling av en offentlig kontrakt var ulovlig, noe domstolen avkreftet. Se nærmere Wilman (2015) s. 82–83.

hender, og det vil ikke være overraskende om vi ser lignende utviklinger innen både arbeids- og miljøretten.⁷¹⁹ En annen sak er at man kan mene at den norske lovgiver bør endre tvistelovens utgangspunkter for dermed i større grad å sikre svake parter en bedre prosessuell stilling. Mer enn tidligere regnes det som en samfunnssak å beskytte den enkelte.⁷²⁰ En viss smitteeffekt fra EU-domstolens rettspraksis til tolkningen av tvisteloven § 11-4, vil heller ikke være overraskende.⁷²¹

4.5 Kort om ikke-gjennomførte EØS-rettsaker

Søsterprinsippene må anses som en integrert del av EØS-avtalen med utspring i lojalitetsprinsippet.⁷²² Dette innebærer at søsterprinsippene er gjennomført i norsk rett med forrang fremfor etablerte norske prosesregler, jf. EØS-loven §§ 2 jf. 1.⁷²³ Derimot gjelder ikke forrangsbestemmelsen for ikke-gjennomførte EØS-rettsaker. Et ikke-gjennomført, men folkerettslig bindende direktiv som oppstiller en *ex officio*-plikt, vil likevel måtte gå foran begrensningene i tvisteloven, jf. den generelle folkerettsreservasjonen i tvisteloven § 1-2. Så langt om domstolens plikter. Spørsmålet om ikke-gjennomførte rettsakters materielle rettigheter også kan *anvendes*, er et annet. Dette reguleres ikke av forrangsbestemmelsen i EØS-loven, men presumsjonsprinsippet vil langt på vei sikre EØS-rettens gjennomslag, slik at resultatet i praksis blir som om rettighetene var gjennomført. I tråd med flertallets synspunkter i *Finanger I*, vil særlig partskonstellasjonen og lovordlydens tøyelighet ha betydning.⁷²⁴ Hvor det offentlige er part og å pådømme EØS-bestemmelsen er til gunst for den private, antar jeg domstolen må anvende EØS-bestemmelsen i samme

⁷¹⁹ Tilsvarende: Corthaut (2015) s. 207–208.

⁷²⁰ Hov (2010) s. 484.

⁷²¹ Sml. hvordan Fenger (2004) s. 147–179 beskriver virkningen av EU-retten på dansk forvaltningsrett.

⁷²² EØS-avtalen artikkel 3. Se E-11/12 avsnitt 121.

⁷²³ Fredriksen (2008) s. 296. Prinsippene var godt festnet lenge før undertegnelsen av EØS-avtalen.

⁷²⁴ Rt-2000-1811.

utstrekning som om den hadde vært inkorporert, selv ved motstrid.⁷²⁵ I saker mellom private blir EØS-rettens krav et viktig bidrag til tolkningen av bestemmelser gitt av norske myndigheter, slik at det neppe vil være grunn til å gjøre forskjell. Er motstriden klar, må likevel EØS-regelen vike.⁷²⁶

4.6 Konklusjon

Plikten til å anvende forbrukeravtaledirektivet *ex officio* er omfattende og innebærer at norske domstoler, idet en sak kommer inn, uoppfordret må undersøke om en avtale er urimelig i henhold til direktivet. Dersom et vilkår anses som urimelig, skal domstolen informere forbrukeren og sikre at bruken av vilkåret opphører, med mindre forbrukeren fortsatt ønsker å være bundet. Tilsvarende plikt gjelder for enkelte andre spredte bestemmelser innen forbrukerområdet. Plikten er direktivspesifikk, og den enkelte bestemmelse i direktivet må underlegges en konkret vurdering. Det avgjørende er om direktivet er ment å sikre offentlige hensyn og om den konkrete fellesskapsbestemmelsen er sentral for å nå formålet.

⁷²⁵ Jf. uttalelsen punkt 5 s. 1829 og synspunktene i Graver (2005) s. 5–6. Se også Arnesen (2015) s. 143–147 for flere nyanser.

⁷²⁶ Slik utfallet ble i Rt-2000-1811, se særlig s. 1831–1833.

5 Refleksjoner og sammenfatning

Fellesskapsrettens følbare inngrep i nasjonale prosessordninger vil avhenge av hvordan den nasjonale prosessordningen er utformet.⁷²⁷ I avhandlingen har jeg analysert norske domstolars plikt til å anvende EØS-retten *ex officio*. Undersøkelsene har vist at partsautonomi fortsatt er den store hovedregelen. Fra dette gjelder viktige unntak.

For det første blir nasjonale regler om domstolenes aktivitetsplikt harmonisert gjennom tolkning av fellesskapsrettslige direktiver. Siden begynnelsen av 2000-tallet har norske domstoler i rask utvikling blitt pålagt en plikt til å anvende enkelte forbrukerregler *ex officio*. Begrunnelsen er forankret i (EU-/EØS-) fellesskapets allmenne interesse i å effektivisere forbrukerreglene. For de reglene det gjelder, er plikten omfattende og påfører domstolene en stor arbeidsbyrde. Noen mener dette stiller urimelige krav til dommerens aktivitet og innsikt.⁷²⁸ Det er ikke tvilsomt at utviklingen stiller store forventninger til dommeres kjennskap og årvåkenhet overfor EØS-retten. Med gode interne rutiner hos domstolene, trenger plikten likevel ikke å være uoverkommelig. Å innføre etterutdanningskurs for dommere eller å opprette enkelte spesialiserte utrederstillinger kan bli aktuelt.⁷²⁹ En klarere kodifisering av rettstilstanden i tvisteloven hadde dessuten sikret større forutsigbarhet for både pliktsubjekter og parter.⁷³⁰ Hovedregelen om at retten er bundet av partenes prosesshandlinger er langt dårligere legislativt begrunnet i

⁷²⁷ Fredriksen (2005) s. 63.

⁷²⁸ Eldjarn (2016) s. 239.

⁷²⁹ De færreste domstoler har et eget utrederkorps, og det er vel lite sannsynlig at *alle* vil få det. I dag er det bare Høyesterett og Gulating lagmannsrett som har en egen utredningsenhet, i tillegg til at de øvrige lagmannsrettene har 1–2 utredere, se Domstol (2017).

⁷³⁰ EU-domstolens rettspraksis er påfallende lite behandlet i norsk prosesslitteratur. Tvistelovens forarbeider gir heller ingen indikasjoner på hva EØS-retten krever. For forbrukerretten er det kanskje ikke overraskende ettersom en klar plikt først ble formulert i 2009 gjennom C-243/08, jf. synspunktene i C-168/15 avsnitt 30–36. Som Fredriksen (2008) s. 291 påpeker, er bevisstheten om at EØS-medlemskapet innebærer føringer på sivilprosessen, lite utviklet i Norge. Hverken for parter eller pliktsubjekt er det lett å holde seg informert.

tilfeller hvor parten ved en feil har unnlatt å påberope seg den aktuelle regelen enn der unnlatsen er et utslag av partens vilje.⁷³¹ En større plikt for domstolene til å beskytte såkalt svake parter på vegne av fellesskapet, hviler etter mitt syn ikke på noen uholdbar begrunnelse.⁷³² Kanskje kan EØS-rettens krav til prosessretten bidra til at prosessrettens sosiale funksjon får større oppmerksomhet i tiden fremover.⁷³³

Som Schebesta påpeker, er det ikke nytt at man griper inn i prosess-autonomien med grunnlag i offentlige hensyn, men det er nytt at dette dikteres av EU-domstolen.⁷³⁴ Hvilke direktivbestemmelser som må gis en slik beskyttelse er likevel uklart. Spørsmålet er gjenstand for atskillig diskusjon, og skaper usikkerhet for rettsanvendere og parter.

For det andre innebærer *effektivitetsprinsippet* at nasjonale prosessregler ikke må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve EØS-reglene. Essensen synes å være et krav om at partene skal gis en genuin domstolsadgang, derfor må domstolene i enkelte tilfeller sikre reell domstolsadgang gjennom ex officio håndhevelse av reglene. Utfordringen med prinsippet er at det fremstår som vagt og utilgjengelig. Det er vanskelig å vurdere en regel slik den fremstår konkret i den aktuelle konteksten. EU-domstolen gir få retningslinjer, og det blir ikke enklere av at forutberegnelighet og hensiktsmessig saksbehandling skal vektlegges når de fleste prosessregler er begrunnet i slike hensyn.⁷³⁵ Prinsippet praktiseres strengt, og generelt kan man derfor anta at norske prosessregler tilfredsstiller kravet. Prinsipielt er det likevel interessant at EU-domstolen har skapt et verktøy som gjør at den kan overprøve lovgivers valg.⁷³⁶ EØS-medlemskapet innebærer at norske prosessregler må

⁷³¹ Hov (2010) s. 478.

⁷³² Særlige prosessregler som tilgodeser den svake part for å sikre reell likebehandling mellom partene er ikke en ukjent tanke i norsk prosessrett, sml. tvisteloven § 11-5 (6), se Backer (2015) s. 23.

⁷³³ Schebesta (2010) s. 849.

⁷³⁴ Schebesta (2010) s. 849. Det er for øvrig positivt at EU-domstolen tydeligere har gitt uttrykk for at det er offentlige (fellesskaps-)hensyn som er avgjørende, se 4.4.1.

⁷³⁵ Prechal (2005) s. 176.

⁷³⁶ Engström (2008) s. 71.

være tuftet på hensyn som anses som legitime også i et fellesskapsrettslig perspektiv.⁷³⁷ Utviklingen ligger i EU-domstolens hender.

For det tredje innebærer *ekvivalensprinsippet* at EØS-rettslige søksmål ikke skal stå i en mindre gunstig prosessuell stilling enn tilsvarende nasjonale søksmål. Prinsippet påkaller en mer mekanisk anvendelse. Heller ikke det er uproblematisk. Rettspraksis viser at EU-domstolen har et ambivalent forhold til prinsippets formål og innhold. På voldgiftsrettens område har EU-domstolen benyttet en fellesskapsorientert og inngripende tilnærming. Norske domstoler har fått en omfattende plikt til *ex officio* å tilsidesette voldgiftsdommer. Gjennom bruk av det uklare begrepet «ordre public» har EU-domstolen utvidet domstolens kontrollfunksjon for å sikre at konkurranse- og forbrukerlovgivningen overholdes i voldgift.⁷³⁸ Dette sikrer rettens gjennomslag, men påfører domstolene en større arbeidsbyrde. Også i alminnelige tvistesaker synes EU-domstolen i økende grad å ville karakterisere enkeltbestemmelser som ordre public med den virkning at visse fundamentale fellesskapsregler må anvendes *ex officio*. Hvilke regler som er ordre public, er langt fra klart. Valget er rettspolitisk, på samme måte som ved fastleggelsen av hvilke direktivbestemmelser som skal gis en særlig prosessuell beskyttelse.

Unntakene viser at ideen om *prosessautonomi* er et luftslott. Det er praktiske og gode grunner til å unngå at utviklingen eskalerer. Som Arnesen og Stenvik påpeker kan «[o]verraskende mange spørsmål i norsk rett...ha en side mot EØS-retten, og denne siden vil det kreve innsikt, og ofte også rettslig fantasi, å identifisere».⁷³⁹ For at *ex officio*-plikten ikke skal bli illusorisk, må den ikke bli for omfattende. Risikoen er ellers at prisen for å utvikle fellesskapsrettens innhold blir veltet over på partene og nasjonale domstolsapparat. Dette blir ytterligere problematisk om EU-

⁷³⁷ Tilsvarende: Prechal (1998) s. 705.

⁷³⁸ Generaladvokaten i sak C-168/05 avsnitt 56 advarte mot utviklingen og anbefalte at forbrukerreglene ikke skulle anses som ordre public, og uttalte: «...I fear that it... might give excessively wide scope to a concept...which traditionally refers only to rules that are regarded as being of primary and absolute importance in a legal order».

⁷³⁹ Arnesen (2015) s. 15.

domstolen, som tidligere, fortsetter å konkludere i prinsipielle spørsmål uten annet enn en overfladisk begrunnelse.⁷⁴⁰

Manglende overholdelse av *ex officio*-plikten kan ha en rekke konsekvenser. Den viktigste er at en part kan påranke avgjørelsen og få den opphevet.⁷⁴¹ Både dommerne⁷⁴² og staten⁷⁴³ kan bli erstatningsansvarlige. Traktatbruddssøksmål og gjenåpning kan videre bli en konsekvens.⁷⁴⁴ Også dette taler for at man må unngå å pålegge dommere plikter det blir vanskelig å overholde.

Rettspraksis viser at fellesskapsretten beveger seg i retning av strengere krav til effektiv gjennomføring.⁷⁴⁵ Dette bidrar til harmonisering av prosessreglene på tvers av medlemsstatene. Enkelte snakker om en europeisering av prosessretten.⁷⁴⁶ Norske domstoler har allerede fått en mer omfattende plikt til å sikre overholdelse av EØS-retten enn det som følger av norsk prosessrett. Kanskje er dagens rettstilstand bare en indikasjon på hva vi kan vente de kommende år. Dette setter både

⁷⁴⁰ Se 3.3 om ordre public-begrunnelsen. Tilsvarende: Magnussen (2000) s. 86, Roseberry (1999) s. 247.

⁷⁴¹ Jf. tvisteloven §§ 29-23 (3) jf. 29-21 (2).

⁷⁴² Jf. domstoloven § 200 første ledd eller på ulovfestet grunnlag, se Robberstad (2002) s. 220. Terskelen er høy.

⁷⁴³ Jf. domstoloven § 200 annet ledd eller skadeserstatningsloven § 2-1. Tvisteloven § 20-12 (1) b) kan anvendes, men terskelen er høy, jf. Rt-2012-1338 avsnitt 17. EU-domstolen har lagt til grunn at det fellesskapsrettslige erstatningsansvaret også gjelder ved nasjonale domstolars brudd på *ex officio*-plikten, se sak C-168/15 avsnitt 30–36. Erstatningsansvar ble der ikke ilagt idet EU-domstolen presiserte at erstatningsansvar ikke kunne komme til anvendelse ved dommer avsagt før 4. juni 2009, fordi det var først da *ex officio*-plikten ble tydeliggjort gjennom C-243/08. I tråd med synspunktene i sak E-09/97 og Rt-2005-1365 er det grunn til å tro at tilsvarende vil gjelde for norske domstoler. Dette står i uavklart forhold til HR-2016-2195-S hvor flertallet (8-3) i en sak som gjaldt erstatningskrav for brudd på EMK la til grunn at omkamp om riktigheten av en høyesterettsdom måtte medføre avvisning etter domstoloven § 200 tredje ledd. Jeg antar domstollovens bestemmelse må tilsidesettes, jf. EØS-loven §§ 2 jf. 1. Se også Fredriksen (2008) s. 314. Flertallet tok ikke opp domstollovens forhold til EMK og den sammenlignbare forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3, noe som heller ikke var nødvendig dersom EMK ikke stiller tilsvarende prosessuelle krav til norsk sivilprosess.

⁷⁴⁴ Jf. ODA-avtalen artikkel 31 og 33 og tvisteloven § 31-4 b).

⁷⁴⁵ Tilsvarende: Lilleholt (2016) s. 297, Fredriksen (2008) s. 291.

⁷⁴⁶ F.eks. Werlauff (2000) s. 233–251, Eldjarn (2016) 221–244.

sivilprosessens samfunnsfunksjon og partsautonomien under press. Fra å være samfunnstjener med mål om å løse konkrete tvister mellom parter, er domstolene i større grad også blitt EØS-rettens tjenere.

Litteraturliste

Lover

Alle kilder sitert fra lovdata.no.

- 1687 Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov.
- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven).
- 1902 Lov 22. mai 1902 nr. 11 om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden (Straffelovens ikrafttredelseslov eller strl. ikrl.).
- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).
- 1915 Lov 13. august 1915 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven). [opphevet]
- 1918 Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven eller avtaleloven)
- 1969 Lov 13. juni nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).
- 1979 Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven eller EØSl.).
- 1992 Lov 26. juni 1992 nr. 86 om om tvangfullbyrdelse (tvangfullbyrdelsesloven eller tvangsl.).
- 1993 Lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven). [opphevet]
- 1993 Lov 11. juni 1993 nr. 66 om pristiltak (pristiltaksloven eller prisl.).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mrl.).
- 1999 Lov 25. juni nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).
- 2002 Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven).
- 2004 Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven eller konkurranseloven).

- 2004 Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven eller voldgiftsloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven eller tvisteloven).
- 2014 Lov 20. juni 2014 nr. 27 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven).
- 2016 Lov 15. april 2016 nr. 2 om endringer i konkurranseloven (konkurranseklagenemda, kartellforlik mm.).

Traktater og konvensjoner m.m.

- Brussel-konvensjonen Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 1968 (sitert fra eur-lex.europa.eu).
- EF-traktaten Treaty Establishing the European Community, Roma 1957 (sitert fra eur-lex.europa.eu).
- EMK The European Convention on Human Rights, Roma 1950 (sitert fra lovdata.no).
- EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, Porto 1992 (sitert fra lovdata.no).
- EU-charteret Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000 (vedtatt i 2007) (sitert fra eur-lex.europa.eu).
- Lugano-konvensjonen Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, Lugano 2007 (sitert fra lovdata.no).
- New York-konvensjonen Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 1958 (sitert fra uncitral.org).
- ODA-avtalen Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, Porto 1992 (sitert fra lovdata.no).
- SP International Covenant on Civil and Political Rights, 1966 (sitert fra lovdata.no).
- TEU Treaty on European Union, Lisboa 2007. (sitert fra eur-lex.europa.eu).

TEUV	Treaty on the Functioning of the European Union, Lisboa 2007 (sitert fra eur-lex.europa.eu).
UNCITRALs modellov	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 (sitert fra uncitral.org).

Direktiver og forordninger

Alle kilder sitert fra lovdata.no eller eur-lex.eu.

Rf 1254/1999	Rådets forordning (EF) nr. 1254/1999 af 17. maj 1999 om den fælles markedsordning for oksekød.
Kf 800/1999	Kommisjonens forordning (EF) nr. 800/1999 af 15. april 1999 om fælles gjennomførelsesbestemmelser for eksportrestituser for landbrugsprodukter.
Rf 44/2001	Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters (Brussels I).
Rdir 85/337/EØF	Rådsdirektiv 85/337/EØF av 27. juni 1985 om vurdering av visse offentlige og private prosjekters miljøvirkninger.
Rdir 85/511/EØF	Rådsdirektiv 85/511/EØF av 18. november 1985 om fellesskapsforanstaltninger til bekjempelse av munn- og klovsyke (munn- og klovsykedirektivet). [opphevet]
Rdir 85/885 EØF	Rådsdirektiv 85/885/EØF av 20. desember om dørsalg. [opphevet]
Rdir 85/577/EØF	Rådsdirektiv 85/577/EØF av 20. desember 1985 om forbrukervern ved avtaler som inngås et annet sted enn på den næringsdrivendes faste forretningssted. [opphevet]
Rdir 87/102/EØF	Rådsdirektiv 87/102/EØF av 22. desember 1986 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om forbrukerkreditt (forbrukerkredittdirektivet). [opphevet]

Rdir 89/665/EØF	Rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter.
Rdir 93/13/EØF	Rådsdirektiv 93/13/EØF av 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrukeravtaler (forbrukeravtaledirektivet).
Rdir 97/7/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF av 20. mai 1997 om forbrukervern ved fjernsalgsavtaler (jernsalgsdirektivet). [opphevet]
Rdir 1999/44/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier (jernsalgsdirektivet).
Rdir 2003/85/EF	Rådsdirektiv 2003/85/EF av 29. september 2003 om fellesskapets tiltak for bekjempelse av munn- og klovsyke, oppheving av direktiv 85/511/EØF og vedtakene 89/531/EØF og 91/665/EØF og endring av direktiv 92/46/EØF.
Rdir 2008/48/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/48/EF av 23. april 2008 om forbrukerkredittavtaler og opphevelse av rådsdirektiv 87/102/EØF.
Rdir 2011/83/EU	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/83/EU av 25. oktober 2011 om forbrukerrettigheter som endrer rådsdirektiv 93/13/EØF og europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF og som opphever rådsdirektiv 85/577/EØF og europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF (forbrukerdirektivet).
Rdir 2014/104/EU	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse bestemmelser om søksmål etter nasjonal rett vedrørende erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranseregler (direktivet om privat håndhevelse).

Forarbeider

Alle kilder sitert fra lovdata.no.

NOU 2001:32 A	<i>Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).</i>
NOU 2001:32 B	<i>Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).</i>
NOU 2001:33	<i>Voldgift. Lov om voldgift (voldgiftsloven).</i>
NOU 2012:2	<i>Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU.</i>
NOU 2014:11	<i>Konkurransklagenemnda. Etablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker.</i>
Ot.prp.nr.89 (1993–1994)	<i>Om lov om endring i avtaleloven.</i>
Ot.prp.nr.6 (2003–2004)	<i>A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).</i>
Ot.prp.nr.27 (2003–2004)	<i>Om lov om voldgift.</i>
Ot.prp.nr.51 (2004–2005)	<i>Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).</i>
Prop.65 L (2009–2010)	<i>Endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.).</i>
Prop.37 L (2015–2016)	<i>Endringer i konkurranseloven (Konkurransklagenemnda, kartellforlik mm.).</i>

Rettspraksis

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

Sak E-09/97	<i>Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95.</i>
Sak E-08/07	<i>Celina Nguyen v Staten v/Justis- og politidepartementet, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 224.</i>
Sak E-11/12 <i>Swiss Life</i>	<i>Beatrix Susanne Koch, Lothar Hummel and Stefan Müller v Swiss Life (Liechtenstein) AG, EFTA Ct. Rep. 2013 s. 272.</i>

Sak E-25/13 Gunnar V. Engilbertsson v Íslandsbanki hf., EFTA Ct.
Rep. 2014 s. 524.

Rettspraksis fra EU-domstolen

Alle kilder sitert fra curia.europa.eu eller eur-lex.eu.

- Sak C-6/72 Europemballage Corporation and Continental Can
Company Inc. v Commission of the European
Communities, EU:C:1973:22.
- Sak C-33/76 Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v
Rewe Landwirtschaftskammer für das Saarland, EU:C:1976:188.
- Sak C-45/76 Comet BV v Produktschap voor Siergewassen,
Comet EU:C:1976:191.
- Sak C-102/81 Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei
Nordsee Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and
Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG
& Co.
KG, EU:C:1982:107.
- Sak C-14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land
Nordrhein-Westfalen, EU:C:1984:153.
- Sak C-106/89 Marleasing SA v La Comercial Internacional de
Alimentacion SA, EU:C:1990:395.
- Forente saker A. Verholen and others v Sociale Verzekeringsbank
C-87/90-C-89/90 Amsterdam, EU:C:1991:314.
Verholen
- Sak C-312/93 Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS v Belgian State,
Peterbroeck EU:C:1995:437.
- Forente saker Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van
C-430/93 og Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten,
C-431/93 EU:C:1995:441.
van Schijndel
- Sak C-72/95 Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV and others v
Kraaijeveld Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland, EU:C:1996:404.
- Sak C-261/95 Rosalba Palmisani mod Istituto nazionale della
previdenza sociale (INPS), EU:C:1997:351.
- Sak C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV,
Eco Swiss EU:C:1999:269.

- Sak C-38/98 *Maxicar* Régie nationale des usines Renault SA v Maxicar SpA and Orazio Formento, EU:C:2000:225.
- Sak C-78/98 Shirley Preston and Othes v Wolverhampton Healthcare NHS Trust and Others and Dorothy Fletcher and Others v Midland Bank plc, EU:C:2000:247.
- Forenede saker C-240/98-C-244/98 *Oceano* Océano Grupo Editorial SA v Rocío Murciano Quintero, Salvat Editores SA v José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane, Emilio Viñas Feliu, EU:C:2000:346.
- Sak C-327/00 Santex SpA v Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, and Sca Mölnlycke SpA, Artsana SpA and Fater SpA, EU:C:2003:109.
- Sak C-453/00 *Kühne & Heitz* Kühne & Heitz NV v Produktschap voor Pluimvee en Eieren, EU:C:2004:17.
- Sak C-473/00 *Cofidis* Cofidis SA v Jean-Louis Fredout, EU:C:2002:705.
- Sak C-63/01 Samuel Sidney Evans v The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and The Motor Insurers' Bureau, EU:C:2003:650.
- Sak C-315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) v Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), EU:C:2003:360.
- Sak C-234/04 Rosmarie Kapferer v Schlank & Schick GmbH, EU:C:2006:178.
- Forente saker C-295/04-C-298/04 *Manfredi* Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA (C-296/04) and Nicolò Tricarico (C-297/04) and Pasqualina Murgolo (C-298/04) v Assitalia SpA, EU:C:2006:461.
- Sak C-28/05 G.J. Dokter and Others v Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, EU:C:2006:408.
- Sak C-168/05 *Claro* Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL, EU:C:2006:675.
- Forente saker C-222/05-C-225/05 *Van der Weerd* J. van der Weerd and Others (C-222/05), H. de Rooy sr. and H. de Rooy jr. (C-223/05), Maatschap H. en J. van 't Oever and Others (C-224/05) and B. J. van Middendorp (C-225/05) v Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, EU:C:2007:318.

Sak C-429/05 <i>Rampion</i>	Max Rampion and Marie-Jeanne Godard, née Rampion v Franfinance SA and K par K SAS, EU:C:2007:575.
Sak C-2/06	Willy Kempter KG v Hauptzollamt Hamburg-Jonas, EU:C:2008:78.
Sak C-455/06 <i>Heemskerk</i>	Heemskerk BV and Firma Schaap v Productschap Vee en Vlees, EU:C:2008:650.
Sak C-8/08 <i>T-mobile</i>	T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, EU:C:2009:343.
Sak C-40/08 <i>Asturcom</i>	Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira, EU:C:2009:615.
Sak C-89/08	European Commission v Ireland and Others, EU:C:2009:742.
Sak C-118/08 <i>Transportes</i>	Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v Administración del Estado, EU:C:2010:39.
Sak C-137/08 <i>VB</i>	VB Pénzügyi Lízing Zrt. v Ferenc Schneider, EU:C:2010:659.
Sak C-227/08 <i>Martín</i>	Eva Martín Martín v EDP Editores SL, EU:C:2009:792.
Sak C-243/08 <i>Pannon</i>	Pannon GSM Zrt. v Erzsébet Sustikné Gyórfi, EU:C:2009:350.
Sak C-173/09 <i>Elchinov</i>	Georgi Ivanov Elchinov v Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa, EU:C:2010:581.
Sak C-76/10	Pohotovosť s. r. o. v Iveta Korčkovská, EU:C:2010:685.
Sak C-177/10	Francisco Javier Rosado Santana v Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, EU:C:2011:557.
Sak C-472/10	Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v Invitel Távközlési Zrt, EU:C:2012:242.
Sak C-618/10 <i>Banco Español</i>	Banco Español de Crédito SA v Joaquín Calderón Camino, EU:C:2012:349.
Sak C-397/11 <i>Jőrös</i>	Erika Jőrös v Aegon Magyarország Hitel Zrt, EU:C:2013:340.

Sak C-415/11 <i>Aziz</i>	Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), EU:C:2013:164.
Sak C-472/11 <i>Banif</i>	Banif Plus Bank Zrt v Csaba Csipai, Viktória Csipai, EU:C:2013:88.
Sak C-488/11 <i>Jahani</i>	Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito v Jahani BV, EU:C:2013:341.
Sak C-32/12 <i>Hueros</i>	Soledad Duarte Hueros v Autociba SA and Automóviles Citroën España SA, EU:C:2013:637.
Sak C-413/12	Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León v Anuntis Segundamano España SL, EU:C:2013:800.
Forente saker C-537/12 og C-116/13	Banco Popular Español SA v Maria Teodolinda Rivas Quichimbo and Wilmar Edgar Cun Pérez and Banco de Valencia SA v Joaquín Valldeperas Tortosa and María Ángeles Miret Jaume, EU:C:2013:759.
Sak C-18/13	Maks Pen EOOD v Direktor na Direktsia 'Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika' Sofia, EU:C:2014:69.
Sak 26/13	Árpád Kásler and Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt, EU:C:2014:282.
Sak 34/13	Monika Kušionová v SMART Capital, a.s., EU:C:2014:2189.
Sak 449/13	CA Consumer Finance v Ingrid Bakkaus and Others, EU:C:2014:2464.
Sak C-497/13 <i>Faber</i>	Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV, EU:C:2015:357.
Sak C-567/13	Nóra Baczó and János István Vizsnyiczai v Raiffeisen Bank Zrt, EU:C:2015:88.
Sak C-8/14	BBVA SA v Pedro Peñalva López and Others, EU:C:2015:731.
Sak C-32/14	ERSTE Bank Hungary Zrt v Attila Sugár, EU:C:2015:637.
Sak C-49/14	Finanmadrid EFC SA v Jesús Vicente Albán Zambrano and Others, EU:C:2016:98.
Sak C-169/14	Juan Carlos Sánchez Morcillo and María del Carmen Abril García v Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, EU:C:2014:2099.

Sak C-377/14 <i>Radlinger</i>	Ernst Georg Radlinger and Helena Radlingerová v Finway a.s., EU:C:2016:283.
Sak C-421/14	Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García, EU:C:2017:60.
Forente saker C-381/14 og C-385/14 <i>Caixabank</i>	Jorge Sales Sinués and Youssouf Drame Ba v Caixabank SA and Catalunya Caixa SA (Catalunya Banc S.A.), EU:C:2016:909.
Forente saker C-568/14-C-570/14	Ismael Fernández Oliva v Caixabank SA (C-568/14), Jordi Carné Hidalgo, Anna Aracil Gracia v Catalunya Banc SA (C-569/14), and Nuria Robirosa Carrera, César Romera Navales v Banco Popular Español SA (C-570/14), ECLI:EU:C:2016:828.
Forente saker C-154/15, C-307/15 og C-308/15	Francisco Gutiérrez Naranjo v Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez v Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA v Emilio Irlés López and Teresa Torres Andreu, EU:C:2016:980.
Sak C-161/15	Abdelhafid Bensada Benallal v État belge, EU:C:2016:175.
Sak C-168/15	Milena Tomášová v Slovenská republika - Ministerstvo spravodlivosti SR and Pohotovost' s.r.o., EU:C:2016:602.
Sak C-3/16	Lucio Cesare Aquino v Belgische Staat, EU:C:2017:209

Rettspraksis fra Høyesterett

Alle kilder sitert fra lovdata.no.

Rt-1988-1410

Rt-1993-312

Rt-1996-282

Rt-1996-1288

Rt-1997-1859

Rt-1999-837

Rt-2000-1811 *Finanger I*

Rt-2004-1582

Rt-2005-597

Rt-2005-1365 *Finanger II*

Rt-2009-1537 *Bokhandleren i Kabul*

Rt-2008-833

Rt-2010-1500

Rt-2011-531

Rt-2012-1338

Rt-2013-65

Rt-2013-258 *STX*

Rt-2013-388 *Røeggen*

Rt-2013-1079

HR-2016-2195-S

HR-2016-2554-P *Holship*

Underrettspraksis

Alle kilder sitert fra lovdata.no.

RG-2007-1461

LB-2013-92047

LB-2014-165885

LB-2016-93835

Generaladvokatenes forslag til avgjørelser

Alle kilder sitert fra curia.europa.eu eller eur-lex.eu.

Forente saker C-87/90-C-89/90
Verholen Opinion of Mr Advocate General
Darmon, EU:C:1991:223.

Forente saker C-430/93 og
C-431/93 Opinion of Advocate General Jacobs,
van Schijndel EU:C:1995:185.

Sak C-312/93 Opinion of Advocate General Jacobs,
Peterbroeck EU:C:1994:184.

Sak C-72/95 Opinion of Advocate General Elmer,
Kraaijeveld EU:C:1996:135.

Sak C-126/97 <i>Eco Swiss</i>	Opinion of Advocate General Saggio, EU:C:1999:97.
Sak C-244/98 <i>Oceano</i>	Opinion of Advocate General Geelhoed, EU:C:2005:178.
Forente saker C-222/05-C-225/05 <i>Van der Weerd</i>	Opinion of Advocate General Poiares Maduro, EU:C:2007:124.
Sak C-168/05 <i>Claro</i>	Opinion of Advocate General Tizzano, EU:C:2006:265.
Sak C-455/06 <i>Heemskerk</i>	Opinion of Advocate General Bot, EU:C:2008:258.
Sak C-40/08 <i>Asturcom</i>	Opinion of Advocate General Trstenjak, EU:C:2009:305.
Sak C-618/10 <i>Banco Español</i>	Opinion of Advocate General Trstenjak, EU:C:2012:74.
Sak C-497/13 <i>Faber</i>	Opinion of Advocate General Sharpston, EU:C:2014:2403.

Juridisk litteratur

- Andersson (1997) Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen; EG-rätt och nationell sanksjons- och prosessrätt ur et svensk civilprocessuellt perspektiv*, 1997.
- Andersson (1999) Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler. En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten*, 1999.
- Arnesen (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg., 2015.
- Backer (2015) Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2015.
- Berg (2006) Berg, Borgar Høgetveit, Eirik Vikanes, Carsten Riekes, Øystein Askim mfl, *Voldgiftsloven med kommentarer*, 2006.
- Born (2014) Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2014.
- Corthaut (2012) Corthaut, Tim, *EU ordre public*, 2012.

- Craig (2011) Craig, Paul og Gráinne De Búrca, *EU Law. Text, cases and materials*. 6. utg., 2011.
- Eldjarn (2016) Eldjarn, Erik, *Materiell prosessledning*, 2016.
- Engström (2009) Engström, Johanna, *The Europeanisation of Remedies and Procedures through Judge-made Law: Can a Trojan Horse achieve Effectiveness? Experiences of the Swedish Judiciary*, Phd-avhandling / European University Institute, Firenze, 2009.
- Fenger (2004) Fenger, Niels, *Forvaltning & fællesskab. Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens*, 2004.
- Fredriksen (2014) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utg., 2014.
- Giertsen (2014) Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utg., 2014.
- Hjelmeng (2003) Hjelmeng, Erling, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, 2003.
- Hov (2010) Hov, Jo, *Rettergang I*, 2010.
- Jans (2015) Jans, J.H., S. Prechal, R.J.M. Widdershoven, J.E van den Brink mfl., *Europeanisation of Public Law*, 2. utg. 2015.
- Kolrud (2007) Kolrud, Helge Jakob, Kristin Bjella, Giuditta Cordero Moss, Anders Ryssdal, *Voldgiftsloven. Kommentarutgave*, 2007.
- Kolstad (2006) Kolstad, Olav, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng, *Norsk konkurranserett. Bind II Prosess og sanksjoner*, 2006.
- Landolt (2006) Landolt, Phillip, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, 2006.
- Leanerts (2014) Leanerts, Koen, Kathleen Gutman, Ignace Maselis, Janek Tomasz Nowak, *EU Procedural Law*, 2014.
- Lindskog (2012) Lindskog, Stefan, *Skiljeförfarande. En kommentar*, 2. utg., 2012.

- Nielsen (2010) Nielsen, Nicolai René, *Avtaler med konkurranserettslige implikasjoner: voldgift og lovvalg*, masteravhandling / Universitetet i Oslo, 2010 (sitert fra duo.uio.no).
- Prechal, (2005) Prechal, Sacha, *Directives in EC Law*, 2. utg., 2005.
- Robberstad (2015) Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 3. utg., 2015.
- Schei (2013) Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch, Torill M. Øie, *Tvisteloven. Kommentaarutgave Bind I*, 2. utg., 2013.
- Sejersted (2014) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utg., 2014.
- Shelkopyas (2003) Shelkopyas, Natalya, *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*, 2003.
- Sjöstrand (2012) Sjöstrand, Cecilia, *Effective Judicial Protection of Individuals, A duty for the Court of Justice or the National Courts?* CFE Working paper series no. 47 / Centre for European Studies, 2012. Tilgjengelig via: <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/1973523>. [sitert 02.05.2013].
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utg., 2017.
- Thorsen (2016) Thorsen, Bjarte, *Individual Rights in EU Law*, 2016.
- Tridimas (2006) Tridimas, Takis, *The General Principles of EC Law*, 2. utg., 2006.
- Van den Berg (1981) Van den Berg, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958*, 1981.
- Werlauff (2000) Werlauff, Erik, *Fælleseuropæisk procesret. Europaretlige krav til dansk retspleje*, 2. utg., 2000.
- Wilman (2015) Wilman, Folkert, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts. The EU Legislative Framework*, 2015.
- Woxholth (2013) Woxholth, Geir, *Voldgift*, 2013.

Juridiske artikler

- Aasland (1969) Aasland, Gunnar, «Fri rådighet over sakens gjenstand – særlig som betingelse for rettsforlik», *Jussens venner* (1969) s. 143–183 (sitert fra lovdata.no).
- Accetto (2005) Accetto, Matej og Stefan Zleptnig, «The principle of effectiveness: rethinking its role in community law», *European Public Law*, Vol. 11 nr. 3 (2005) s. 375–403 (sitert fra kluwerlawonline.com).
- Andersson (2000) Andersson, Torbjörn, «Svensk skiljedomsrätt och EG:s konkurransrätt – reflektioner i anledning av EG-domstolens avgörande i Eco Swiss-målet», *Juridisk tidskrift vid Stockholm Universitet*, Vol. 1999-2000 nr. 2 (2000) s. 443–466. Tilgjengelig via: <http://www.jt.se/author.asp?uid=478> [sitert 03.04.2017].
- Arnesen (2013) Arnesen, Finn, «Om det EØS-rettslige ekvivalensprinsippet – en refleksjon over en kommentar til noen merknader», *Lov og Rett*, Vol. 53 nr. 1 (2013) s.119–122 (sitert fra idunn.no).
- Arnesen (2016) Arnesen, Finn, «Valget mellom endring og ugyldighet I forbrukerkontrakter», *Ugyldighet i privatretten. Minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.) (2016) s. 49–62.
- Arnall (2011) Arnall, Anthony, «The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?», *European Law Review*, Vol. 36 nr. 1 (2011) s. 51–70 (sitert fra westlaw.co.uk).
- Baudenbacher (2002) Baudenbacher, Carl og Imelda Higgins, «Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration», *Columbia Journal of European Law* (2002) s. 1–18 (sitert fra heinonline.org).
- Beka (2012) Beka, Anthi, «Commentary note on Case C-618/10 Banco Español de Crédito SA v Joaquín Calderón Camino, judgment of 14 June 2012», *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, Vol.9 nr. 6 (2012) s. 326–328 (sitert fra degruyser.com).
- Blanke (2005) Blanke, Gordon, «The role of EC competition law in international arbitration: a plaidoye», *European Business Law Review*, Vol. 16 nr. 1 (2005) s. 169–181 (sitert fra heinonline.org).

- Blanke (2008) Blanke, Gordon og Renato Nazzini, «Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock: Part 2», *Global Competition Litigation Review* (2008) s. 78–89 (siteret fra westlaw.co.uk).
- Blanke (2009) Blanke, Gordon, «The Arbitration Agreement and Arbitrability – EC Competition Law Claims in International Arbitration», *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, Christian Klausegger, Peter Klein mfl. (red.) (2009) s. 3–92.
- Brozolo (2010) Brozolo, Luca Radicati di, «Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators», *OECD Hearings, Arbitration and Competition* (2010) s. 31.
Tilgjengelig via:
<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>
[siteret 10.04.2017].
- Brozolo (2011) Brozolo, Luca Radicati di, «Court Review of Competition Law Awards», *EU and US Antitrust Arbitration*, Gordon Blanke, Phillip Landolt mfl. (red.) (2011) s. 756–783.
- Brulard (2001) Brulard, Yves og Yves Quintin, «European Community law and arbitration: national versus Community public policy», *Journal of International Arbitration*, Vol. 18 nr. 5 (2001) s. 533–547 (siteret fra heinonline.org).
- Bull (2015) Bull, Henrik, «Høyesteretts bruk av EU- og EØS-rett» i *Lov, sannhet, rett. Norges Høyesterett 200 år* (2015) s. 358–392.
- De Groot (2003) De Groot, T. Diederik, «The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration», *Journal of International Arbitration*, Vol. 20 nr. 4 (2003) s. 365–373 (siteret fra kluwerarbitration.com).
- Delicostopoulos (2003) Delicostopoulos, John S., «Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems», *European Law Journal*, Vol. 9 nr. 5 (2003) s. 599–613. (siteret fra onlinelibrary.wiley.com, 08.03.2017).
- Ebers (2010) Ebers, Martin, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009, Case C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira – From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata», *European Review of Private Law*, Vol. 18 nr. 4 (2010) s. 823–846 (siteret fra kluwerlawonline.com).

- Engström (2008) Engström, Johanna, «National Court's Obligation to Apply Community Law Ex Officio – The Court Showing new Respect for Party Autonomy and National Procedural Autonomy?» *Review of European Administrative Law*, Vol. 1 nr. 1 (2008) s. 67–89. Tilgjengelig via: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1556083 [sitert 16.02.2017].
- Fredriksen (2005) Fredriksen, Halvard Haukeland, «EF-domstolens effektivitetsdoktrine og norsk sivilprosess», *Festskrift til Det juridiske fakultetet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet*. Det juridiske fakultets skriftserie nr. 108 (2005) s. 61–70 (sitert fra lovdata.no).
- Fredriksen (2006) Fredriksen, Halvard Haukeland, «Om voldgiftsretters mulighet til å innhente rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen», *Tidsskrift for forretningsjus* (2006), s. 176–181 (Sitert fra idunn.no).
- Fredriksen (2008) Fredriksen, Halvard Haukeland, «Tvisteloven og EØS-avtalen 1. innledning», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2008), s. 289–357 (Sitert fra lovdata.no).
- Graver (2004) Graver, Hans Petter, «Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranse-loven § 11», *Lov og Rett* (2004) s. 340–359 (sitert fra lovdata.no).
- Graver (2005) Graver, Hans Petter, «EØS, suverenitet og statens ansvar for manglende gjennomføring; kommentarer til Høyesteretts dom 28.oktober 2005, Finanger II», *Nytt i privatretten* nr. 4 (2005) s. 1–7. (sitert fra cappelendamundervisning.no).
- Gustafson (1999) Gustafson, Åsa og Lorelien Hoet, «Eco Swiss-målet: några kommentarer», *Ny Juridik*, Vol. 4 (1999) s. 84–101.
- Haapaniemi (2009) Haapaniemi, Pekka, «Procedural Autonomy: A Misnomer?» *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*, Laura Ervo, Minna Gräns og Antti Jokela (red.) (2009) s. 87–122.
- Hacker (2016) Hacker, Philipp, «One size fits all? Heterogeneity and the enforcement of consumer rights in the EU after Faber», *European Review of Contract Law*, Vol. 12 nr. 2 (2016) s. 167–177 (sitert fra degruyter.com).

- Hauge (2015/1) Hauge, Hilde, «Samspillet mellom privatrett og offentlig rett på avtalerettens område», *Avtaleloven 100 år* (2015) s. 131–152 (sitert fra lovdata.no).
- Hauge (2015/2) Hauge, Hilde, «Unfair Contract Terms in Nordic Contract Law», *The Nordic Contract Law 2015* (2015) s. 157–177 (sitert fra lovdata.no).
- Hjelmeng (1998) Hjelmeng, Erling, «Avtalers ugyldighet og gruppefritak under EØS-avtalen artikkel 53», *Lov og Rett* (1998), s. 420–435 (sitert fra lovdata.no).
- Hoskins (1996) Hoskins, Mark, «Tilting the balance: supremacy and national procedural rules», *European Law Review*, Vol. 21 nr. 5 (1996) s. 365–377 (sitert fra westlaw.co.uk).
- Idot (2010) Idot, Laurence, «Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators», *OECD Hearings, Arbitration and Competition* (2010) s. 51. Tilgjengelig via: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf> [sitert 10.04.2017].
- Jans (2008) Jans, Jan H. og A.T. Marseille, «Courts Raising Community Law on Their Own Motion», *Common Market Law Review*, (2008) s. 853–862. Tilgjengelig via: <https://ssrn.com/abstract=1121773> [sitert 10.01.2017].
- Jansen (2014) Jansen, Sanne, «Price reduction as a consumer sales remedy and the powers of national courts: Duarte Hueros ; Case note under C-32/12, Soledad Duarte Hueros v. Autociba SA, Automóviles Citroën», *Common Market Law Review*, Vol. 5 nr. 51 (2014) s. 975–991 (sitert fra kluwerlawonline.com).
- Kakouris (1997) Kakouris, C.M, «Do the Member States Possess Judicial Procedural 'autonomy'», *Common Market Law Review*, Vol. 34 nr. 6 (1997) s. 1389–1412 (sitert fra kluwerlawonline.com).
- Komninos (2000) Komninos, Assimakis P., «Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, judgment of 1 June 1999, full court», *Common Market Law Review*, Vol. 37 nr. 2 (2000) s. 459–478 (sitert fra kluwerlawonline.com).

- Komninos (2009) Komninos, Assimakis P., «Arbitration and damages actions post-white paper: Four common misconceptions», *Global Competition Litigation Review* (2009) s. 16–28 (siteret fra westlaw.co.uk).
- Krommendijk (2016) Krommendijk, Jasper, «Is there light on the horizon? The distinction between ‘Rewe effectiveness’ and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after *Orizzonte*», *Common Market Law Review*, Vol. 53 nr. 5 (2016) s. 1395–1418.
- Landolt (2007) Landolt, Phillip, «Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States’ Interests and in particular in light of EU Law Requirements», *Arbitration International*, Vol. 23 nr. 1 (2007) s. 63–92 (siteret fra heinonline.org).
- Lauwaars (2008) Lauwaars, Richard H., «The application of Community law by national courts ex officio», *Fordham International Law Journal*, Vol. 31 nr. 5 (2008) s. 1161–1173 (siteret fra heinonline.org).
- Liebscher (1999) Liebscher, Christoph, «European Public Policy after *Eco Swiss*», *American Review of International Arbitration* (1999) s. 81–94.
- Liebscher (2008) Liebscher, Christoph, «Case C-168/05, *Elisa María Claro v. Centro Móvil Milenium SL*», *Common Market Law Review*, Vol. 45 nr. 2 (2008) s. 545–557 (siteret fra kluwerlawonline.com).
- Liebscher (2011) Liebscher, Christoph, «EU Member State Court Application of *Eco Swiss*», *EU and US Antitrust Arbitration*, Gordon Blanke, Phillip Landolt mfl. (red.) (2011) s. 785–828.
- Lilleholt (2015) Lilleholt, Kåre, «Grenser for kontraktsfridommen», *Avtaleloven 100 år* (2015) s. 259–278 (siteret fra lovdata.no).
- Lilleholt (2016) Lilleholt, Kåre, «Verknader av brot på lovfastsette informasjonsplikter i forbrukarkontraktsforhold», *Ugyldighet i privatretten. Minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.) (2016) s. 291–305.
- Loos (2007) Loos, Marco B.M., «Case: ECJ – *Mostaza Claro*», *European Review of Contract Law*, Vol. 3 nr. 4 (2007) s. 439–445 (siteret fra degruyter.com).

- Magnussen (2000) Magnussen, Mads, «Opphevelse av voldgiftsdommer som strider mot konkurransereglene i EU og EØS», *Tidsskrift for forretningsjus* hefte 2 (2000) s. 82–96 (sitert fra lovdata.no).
- Magnussen (2015) Magnussen, Mads og Simen M. Klevstrand, «Ugyldighetssøksmål mot voldgiftsdommer som strider mot konkurransereglene», *Avtalt prosess*, Berg, Borgar Høgetveit og Ola Ø. Nisja (red.) (2015). Digital utgave 2016 ved Kommentartutgaver.no, Tilgjengelig via: http://dpx.kommentartutgaver.no/dpx/content/avtalt_prosess/ [sitert 12.04.2017].
- Mak (2010) Mak, Chantal, «Judgment of the Court (First Chamber) of 6 October 2009, Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira, Case C-40/08», *European Review of Contract Law*, Vol. 6 nr. 4 (2010) s. 437–448 (sitert fra degruyter.com).
- Meidanis (2005) Meidanis, Haris P., «Public policy and ordre public in private international law of the EU: Traditional Positions and modern trends», *European Law Review*, Vol. 30 nr. 1 (2005) s. 95–110 (sitert fra westlaw.co.uk).
- Micklitz (2014) Micklitz, Hans-W og Norbert Reich, «The Court and Sleeping Beauty: The revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, Vol. 51 nr. 3 (2014) s.771–808 (sitert fra kluwerlawonline.com).
- Moss (2007) Moss, Giuditta Cordero, «Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2007) s. 679–717 (sitert fra lovdata.no).
- Moss (2008) Moss, Giuditta Cordero, «Arbitration and Private International Law», *International Arbitration Law Review*, Vol. 11 nr. 4 (2008) s. 153–164 (sitert fra westlaw.co.uk).
- Moss (2009) Moss, Giuditta Cordero, «Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift. Et tillegg og et forskningsprosjekt», *Lov og Rett*, Vol. 48 utg. 6 (2009) s. 361–373 (sitert fra lovdata.no).

- Mourre (2006) Mourre, Alexis og Luca G. Radicati di Brozolo, «Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back», *Journal of International Arbitration*, Vol. 23 nr. 2 (2006) s. 171–188 (sitert fra heinonline.org)
- Möller (2004) Möller, Gustaf, «Om skiljeförfarande och konkurrensrätt», *JFT Tidskrift, Juridiska föreningen i Finland*, Vol. 140 (2004) s. 455–469.
- Piers (2011) Piers, Maud, «Consumer Arbitration in the EU: A Forced Marriage with Incompatible Expectations», *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2 nr. 1 (2011) s. 209–230 (sitert fra academic.oup.com).
- Prechal (1998) Prechal, Sacha, «Community law in National Courts: The Lessons from Van Schijndel», *Common Market Law Review*, Vol. 35 nr. 3 (1998) s. 681–706 (sitert fra kluwerlawonline.com).
- Prechal (2004) Prechal, Sacha og Natalya Shelkopyas, «National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond», *European Review of Private Law*, Vol. 12 nr. 5 (2004) s. 589–611 (sitert fra kluwerlawonline.com).
- Prechal (2014) Prechal, Sacha og Kees Cath, «The European acquis of civil procedure: constitutional aspects», *Uniform Law Review*, Vol. 19 nr. 2 (2014) s. 179–198 (sitert fra academic.oup.com).
- Robberstad (2002) Robberstad, Anne, «Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten», *Lov og Rett* (2002), s. 195–222 (sitert fra lovdata.no).
- Roseberry (1999) Roseberry, Lynn, «National Procedural Autonomy versus Uniformity», *Julebog 1999*, Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København (1999) s. 239–251.
- Rott (2012) Rott, Peter, «Case note on Banco Español de Crédito v Joaquín Calderón Camino», *European Review of Contract Law*, Vol. 8 nr. 4 (2012) s. 470–480 (sitert fra degruyter.com).
- Ryssdal (2002) Ryssdal, Anders, «Voldgift og EUs konkurranseret – domstolenes kontrollerende funksjon», *Festskrift til Carsten Smith; Rettsteori og rettsliv* (2002) s. 667–686 (sitert fra lovdata.no).

- Schebesta (2014) Schebesta, Hanna, «Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom», *European Review of Private Law*, Vol. 18 nr. 4 (2010), s. 847–880 (sitert fra kluwerlawonline.com).
- Shelkoplyas (2002) Shelkoplyas, Natalya, «European Community Law and International Arbitration: Logics That Clash», *European Business Organization Law Review*, Vol. 3 nr. 3 (2002) s. 569–591 (sitert fra springer.com).
- Snijders (2014) Snijders, H.J., «New developments in national rules for ex officio raising of points of Community law by national courts», *The influence of EU law on national private law*, Hartkamp mfl. (red) (2014) s. 95–118.
- Sowery (2016) Sowery, Katy, «Equivalent treatment of Union rights under national procedural law: Târsia», *Common Market Law Review*, Vol. 53 nr. 6 (2016) s. 1705–1726.
- Stemsrud (2006) Stemsrud, Odd og Borgar Høgetveit Berg, «Voldgiftsretter og EFTA-domstolen – voldgiftslovens gordiske knute?», *Tidsskrift for forretningsjus* (2006) s. 3–9 (sitert fra lovdata.no).
- Stuyck (2010) Stuyck, Jules, «Case C-243/08, Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 4 June 2009, and Case C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Maria Cristiba Rodriguez Nogueira, judgment of the Court (First Chamber) of 6 October 2009», *Common Market Law Review*, Vol. 47 nr. 3 (2010) s. 879–898 (sitert fra kluwerlawonline.com).
- Trstenjak (2011) Trstenjak, Verica og Erwin Beysen, «European consumer protection law: Curia semper dabit remedium?» *Common Market Law Review*, Vol. 48 nr. 1 (2011) s. 95–124 (sitert fra kluwerlawonline.com).
- Van Gerven (2000) Van Gerven, W., «Of rights remedies and procedure», *Common Market Law Review*, Vol. 37 nr. 3 (2000) s. 501–536 (sitert fra kluwerlaw.com).
- Villiers (2011) Villiers, Luke, «Breaking in the ‘Unruly Horse’: The Status of Mandatory Rules of Law as a Public Policy Basis for the Non-Enforcement of Arbitral Awards», *Australian International Law Journal*, Vol. 18 (2011) s. 155–180 (sitert fra heinonline.org).

- Vlaicu (2011) Vlaicu, Anca-Magda, «Effectiveness of EU Law in Member States», *Lex ET Scientia International Journal (LESIJ)*, Utgave XVIII-1 (2011) s. 162–173 (heinonline.org).
- Wallerman (2010) Wallerman, Anna, «Swedish Civil Procedure under European Influence – A Space Odyssey», *De Lege – Juridiske fakulteten i Uppsala. Årsbok 2010* (2010) s. 99–120.
- Wallerman (2016) Wallerman, Anna, «Towards an EU law doctrine on the exercise of discretion in national courts? The Member States’ self-imposed limits on national procedural autonomy», *Common Market Law Review*, Vol. 53 nr. 2 (2016) s. 339–360 (sitert fra kluwerlawonline.com).
- Werlauff (1996) Werlauff, Erik og Henrik Øe, «Forhandlings- og eventualmaksimens betydning i EU-retlige spørsmål», *Ugeskrift for Retsvesen, Afdeling B* (1996) s. 395–404.
- Whittaker (2001) Whittaker, Simon, «Judicial interventionism and consumer contracts», *Law Quarterly Review*, Vol. 117 (2001) s. 215–220 (sitert fra westlaw.co.uk)
- Zekos (2012) Zekos, Georgios I., «Arbitration’s status under EU law», *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 13 nr. 3 (2012) s. 390–419 (sitert fra heinonline.org).

Andre kilder

Merknader

- Kolstad (2014) Kolstad, Olav, (2014) Merknad til konkurranseloven § 11, note 106, Rettsdata, 19. august 2014 [sitert 02.03.2017]
- Møse (2010) Møse, Erik, Jørgen Aall og Ragnar Nordeide, (2010) Merknad til EMK artikkel 6, note 51, Rettsdata, 2. juli 2010. [sitert 17.04.2017]

Vedtak, kunngjøringer og rapporter

- A/RES/40/72 Generalforsamlingsresolusjon, *Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law*, A/RES/40/72, 11. Desember 1985, <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r072.htm>
[sitert 15.04.2017]
- E/2704 Travaux préparatoires, *Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards (Resolution of the Economic and Social Council establishing the Committee, Composition and Organisation of the Committee, General Considerations, Draft Convention)*, E/2704 avsnitt 47, 28. mars 1955, <https://documents-ddsny.un.org/doc/UDOC/GEN/N55/080/97/PDF/N5508097.pdf?OpenElement>
[sitert 15.04.2017]
- E/AC.42/4/Rev.1 Travaux préparatoires, *Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards (Resolution of the Economic and Social Council establishing the Committee, Composition and Organisation of the Committee, General Considerations, Draft Convention)*, E/AC.42/4/Rev.1, 28. mars 1955, <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N55/080/97/PDF/N5508097.pdf?OpenElement>
[sitert 15.04.2017]
- ESAs
retningslinjer
(2006) ESA-kunngjøring, *Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalens artikkel 53 og 54*, 2006/EØS/59/06, 30. november 2006, EU-tidende nr. 59/2006 s. 18, <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/easupplements/norwegian/2006-no/su-nr-59-no-30-11-2006.pdf>
[sitert 10.01.2017].

Regjeringen (2014) Regjeringen, rapport, *Utredning av rettsspørsmål knyttet til gjennomføring i norsk rett av Parlaments- og Rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurransereett*, 19. desember 2014, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ny-rapport-om-erstatning-for-brudd-pa-konkurransereglene/id2399971/> [sitert 04.05.2017].

Nettsider

- Domstol (2017) Gulating lagmannsrett, *Medarbeidarar* (2017), <https://www.domstol.no/nn-NO/Enkelt-domstol/Gulating-lagmannsrett/Om-Gulating-lagmannsrett/Medarbeidarar/> [sitert 03.05.2017].
- Domstol (2017) Norges Høyesterett, *Om høyesterett* (2017), <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett/Om-Hoyesterett/> [sitert 03.05.2017].
- Regjeringen (2016) Regjeringen, *ESA uenig med Høyesterett om allmenngjøring av reise, kost og losji* (2016), <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/esa-uenig-med-hoyesterett-om-allmenngjoring-av-reise-kost-og-losji/id2517181/> [sitert 14.03.2017].
- UNCITRAL (2017/1) UNCITRAL, *Status – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)* (2017), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html [sitert 13.03.2017].
- UNCITRAL (2017/2) UNCITRAL, *Status – UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006* (2017), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html [sitert 25.05.2017].

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

