

NOTAT

Til: Barne- og familiedepartementet

Oslo, 26. mai 2023

Dok.ref.: 510227-601-3430278.1

Fra Advokatfirmaet Schjødt AS
v/Olav Kolstad, Thomas Nordby
og Hallvard Gilje Aarseth

**TILTAK FOR ET MER FORBRUKERVENNLIG SLUTTBRUKERMARKED FOR
STRØM – NORGES HANDLINGSROM UNDER EØS-AVTALEN**

INNHOLDSFORTEGNELSE

| | |
|---|-----------|
| DEFINISJONER | 4 |
| 1. INNLEDNING | 6 |
| 1.1 INTRODUKSJON | 6 |
| 1.2 NÆRMERE OM SCHJØDTS MANDAT OG RAPPORTENS STRUKTUR | 6 |
| 2. SAMMENDRAG | 7 |
| 3. METODE OG KILDEBRUK | 9 |
| 4. PROBLEMSTILLINGENE | 10 |
| 4.1 FORBUD/PÅBUD KNYTTET TIL ENKELTE STRØMAVTALETYPER SOM TILBYS FORBRUKERE | 10 |
| 4.1.1 Innledning | 10 |
| 4.1.2 Adgangen til å innføre forbud knyttet til enkelte strømvtaletyper | 11 |
| 4.1.3 Adgangen til å innføre påbud knyttet til enkelte strømvtaletyper | 17 |
| 4.2 KRAV TIL INNHOLD I STRØMAVTALER RETTET MOT FORBRUKERE | 19 |
| 4.2.1 Innledning | 19 |
| 4.2.2 Sentrale regelverk | 19 |
| 4.2.3 Krav til maksimal bindingstid og retten til å bytte leverandør | 22 |
| 4.2.4 Begrensninger i adgangen til å ilegge bruddgebyr | 24 |
| 4.2.5 Krav til prisvarighet og forbrukerens rettigheter ved prisjusteringer | 25 |
| 4.2.6 Begrensninger i adgangen til å innføre et forbud mot forskuddsfakturering | 26 |
| 4.3 MAKSPÅSLAG SOM KRAFTLEVERANDØRER KAN KREVE I STRØMAVTALER OVERFOR FORBRUKERE | 28 |
| 4.3.1 Innledning | 28 |
| 4.3.2 Makspåslag og direktiv 2009/72 | 28 |
| 4.3.3 Makspåslag og EØS-avtalen artikkel 11 | 30 |
| 4.4 MARKEDSFØRING AV STRØMAVTALER | 30 |
| 4.4.1 Innledning | 30 |
| 4.4.2 Reglene om opplysningsplikt etter direktiv 2011/83 om forbrukerrettigheter | 31 |
| 4.4.3 Forholdet til direktiv 2005/29 | 35 |
| 4.4.4 Konklusjon | 35 |
| 4.5 BEGRENSNINGER I RETTEN TIL Å TILBY ANDRE PRODUKTER SAMMEN MED STRØMAVTALER | 36 |
| 4.5.1 Innledning | 36 |
| 4.5.2 Overordnet om direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis | 36 |
| 4.5.3 Adgangen til å innføre begrensninger til koblingssalg | 37 |
| 4.6 BEGRENSNINGER I RETTEN TIL Å INNGÅ STRØMAVTALER VED TELEFONSALG, DØRSALG ELLER STANDSSALG | 39 |
| 4.6.1 Innledning | 39 |
| 4.6.2 Regulering av telefonsalg | 40 |
| 4.6.3 Regulering av dørsalg | 42 |
| 4.6.4 Regulering av standssalg | 46 |

| | | |
|-------|--|----|
| 4.7 | INNFØRING AV EN NEDKJØLINGSPERIODE VED SALG AV STRØMAVTALER | 46 |
| 4.7.1 | Innledning..... | 46 |
| 4.7.2 | Anvendelsesområdet til direktiv 2005/29 og direktiv 2011/83 | 46 |
| 4.7.3 | Nedkjølingsperiode og EØS-avtalen artikkel 11 | 47 |
| 4.8 | FORBUD MOT "WINBACK"-MARKEDSFØRING RETTET MOT FORBRUKERKUNDER VED LEVERANDØRBYTTE | 49 |
| 4.8.1 | Innledning..... | 49 |
| 4.8.2 | Reglene om forbrukervern i direktiv 2009/72 | 50 |
| 4.8.3 | Direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis | 51 |
| 4.8.4 | Direktiv 2006/114 om villedende og sammenlignende reklame..... | 53 |
| 4.8.5 | Oppsummering av adgangen til å innføre et forbud mot "winback"-markedsføring..... | 55 |

DEFINISJONER

| Ord/uttrykk | Betyr |
|--------------------|--|
| BFD, departementet | Barne- og familiedepartementet |
| Schjødt | Advokatfirmaet Schjødt AS |
| EØS-avtalen | Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde 2. mai 1992 (ikrafttredelse 1. januar 1994). Dette inkluderer avtalens hoveddel, protokoller, vedlegg, og rettsakter som er tatt inn i avtalen. Henvisninger til spesifikke artikler i EØS-avtalen skal forstås som henvisninger til EØS-avtalens hoveddel. |
| EU | Den europeiske union. |
| EFTA | Det europeiske frihandelsforbund. |
| EFTA-landene | Island, Liechtenstein og Norge. Henvisninger til EFTA-landene i denne rapporten inkluderer ikke Sveits, som er del av EFTA, men ikke av EØS-avtalen. |
| Medlemsstatene | EUs medlemsstater. For EU-regelverk som er tatt inn i EØS-avtalen vil dette også henvise til EFTA-landene med mindre annet følger av tekstens kontekst. |
| EU-domstolen | Den europeiske unions domstol. |
| Rettsakt | Forordninger, direktiver, beslutninger, anbefalinger og meninger truffet av kompetente EU-organer. |
| EØS-rettsakt | Rettsakt som er tatt inn i EØS-avtalen. |
| Fastpris | Fastprisavtale innebærer at prisen er bundet for en satt periode. |
| Nettselskap | Ansvarlig for infrastruktur, har monopol på levering av tjenester innenfor et gitt område. Reguleringsmyndigheten for energi kontrollerer nettselskapenes inntekter. |
| Strømvartale | Avtale om leveranse av strøm fra en strømlleverandør til en forbruker. |
| NordPool | Kraftbørsen for Nord-Europa. Prisene påvirkes av tilbud og etterspørsel, og styres gjennom salg til høystbydende. |

| | |
|---|---|
| Spotprisavtale | En avtale om at prisen kunden skal betale følger markedsprisen som fastsettes på kraftbørsen Nord Pool. |
| Variabel strømvavtale | Strømvavtale med fastpris for en kort periode. Forskjellen mellom variabel strømvavtale og spotprisavtaler er at strømliverandøren ved variabel strømvavtale setter prisen basert på beregninger av markedspris i en gitt periode fremover. |
| Forbruker | En fysisk person som handler utenfor næringsvirksomhet. |
| Forbrukermarkedet for strøm | Markedet der forbrukere og næringsdrivende møtes for å inngå strømvavtaler. |
| Næringsdrivende | En fysisk eller juridisk person som inngår handler i ledd av næringsvirksomhet. |
| Strømliverandør, kraftleverandør | Leverandør av strømytelser til en forbruker. |
| Koblingssalg | Salg av andre produkter enn strøm sammen med en strømvavtale. |
| Fjernsalg | Salgsavtale som inngås når forbrukeren og den næringsdrivende befinner seg på to ulike fysiske steder og kommuniserer over et fjernkommunikasjonsmiddel, herunder ved telefonsalg. |
| Salg utenfor selgerens forretningslokaler | Salgsavtale som inngås mens forbrukeren og den næringsdrivende er fysisk til stede samtidig, herunder dørsalg og standssalg hvis standen ikke er selgerens faste salgspunkt. |
| Telefonsalg | Salg over telefon. |
| Dørsalg | Salg hvor den næringsdrivende oppsøker forbrukerens hjem. |
| Standssalg | Salg som foregår på stand/stall. |
| Butikksalg | Salg i butikk. |
| Winback | Markedsføring eller salgsaktivitet som er rettet mot tidligere kunder med formål å vinne kunden tilbake etter at kunden har sagt opp en avtale. |

1. INNLEDNING

1.1 Introduksjon

Barne- og familiedepartementet utlyste den 3. mars 2023 konkurranse for utredning av hvilket rettslig handlingsrom norske myndigheter har til å innføre tiltak og reguleringer for å fremme et mer forbrukervennlig sluttbrukermarked for strøm under EØS-avtalen. Ifølge oppdragsavtalen er bakgrunnen for utlysningen at:

"Barne- og familiedepartementet utreder forslag til innstramminger i regelverket knyttet til salg av strøm til forbrukerne. Formålet med innstrammingerne er å legge til rette for et forbrukervennlig strømmarked der det er enkelt å orientere seg og næringsdrivende konkurrerer om å tilby enkle, prisgunstige strømvavtaler til forbrukere. Innstrammingerne som departementet vurderer er:

- *Forbud/påbud for enkelte avtale typer i strømmarkedet for husholdningene.*
- *Makspåslag knyttet til strømvavtaler.*
- *Pålegg for strømsalgsselskapene om å opplyse om eventuell risiko forbundet med å tegne andre avtaler enn spotprisavtaler.*
- *Tiltak rettet mot salg av andre produkter i tilknytning til salg av strømvavtale.*
- *Andre relevante tiltak*

Det er behov for en juridisk utredning av hvilket EØS-rettslig handlingsrom Norge har for å gjennomføre ovennevnte innstramminger for strømsalg til forbrukere."

Schjødt ble tildelt kontrakten 28. mars 2023 med advokatene Olav Kolstad, Thomas Nordby og Hallvard Gilje Aarseth som nøkkelpersonell. Rapporten hadde leveransefrist 26. mai 2023.

1.2 Nærmere om Schjødts mandat og rapportens struktur

I oppdragsavtalen fremgår det at utredningen særlig skal vurdere om det kan fastsettes nasjonale regler om:

- a) forbud/påbud knyttet til enkelte strømvavtale typer som tilbys forbrukere. Et forbud kan f.eks. gjelde standard variabelavtaler eller forvaltningsavtaler. Et påbud kan f.eks. knyttes til et krav om at kraftleverandør må tilby en tydelig definert standard spotprisavtale med et regulert makspåslag eller fastprisavtale.
- b) krav til innhold i strømvavtaler rettet mot forbrukere, som f.eks. krav til maksimal bindingstid, krav til prisvarighet eller forbud mot prisendringer i en viss periode etter avtaleinngåelse, maksstørrelse på bruddgebyr og forbud mot eller begrensninger i adgangen til å kreve forskuddsfakturering i forskrift om kraftomsetning og netjtjenester.
- c) et makspåslag en kraftleverandør kan kreve i strømvavtaler som tilbys forbrukere.

- d) krav eller begrensninger knyttet til markedsføring, herunder opplysningsplikt om eventuell risiko for forbrukere forbundet med andre avtaler enn spotprisavtaler.
- e) et forbud eller begrensninger knyttet til salg av andre produkter enn strøm sammen med en strømvavtale, såkalt koblingssalg eller tilgift. Dette kan f.eks. være rabatt på produkter ved salg av strømvavtaler i butikk, rabatt på strømnetjenester ved samtidig tegning av strømvavtale, og salg av forsikringsavtaler tilknyttet strømvavtalen.
- f) et forbud mot, eller begrensninger i, adgangen til å selge strømvavtaler ved telefonsalg, dørsalg eller standssalg.
- g) et forbud mot «winback»-markedsføring rettet mot forbrukerkunder ved bytte av strømleverandør.

Ved e-post 12. mai 2023 ble Schjødt også bedt av BFD om å vurdere adgangen til å innføre en nedkjølingsperiode for forbrukere ved telefonsalg, dørsalg, butikksalg og standssalg av strømvavtaler. En slik nedkjølingsperiode innebærer at forbrukeren ikke kan gi et bindende samtykke før dagen etter at tilbudet fra strømleverandøren er gitt.

Formålet med denne utredningen er å vurdere hvilket handlingsrom Norge har etter EØS-avtalen til å regulere forbrukermarkedet for strøm med utgangspunkt i de punktene som er oppgitt av BFD. I denne rapporten vil ordet "handlingsrom" brukes som den rettslige adgangen Norge har til å vedta lovgivning uten å komme i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

2. SAMMENDRAG

Salg av strøm er gjenstand for en omfattende og til dels detaljert regulering fra EUs side. Den EU-rettslige reguleringen av strømmarkedet er gjennomgående ansett som EØS-relevant og gjort til en del av EØS-avtalen, likevel slik at det er et ikke ubetydelig etterslep av EU-rettsakter som fortsatt ikke er endelig tatt inn i EØS-avtalen. Vi har gjort en vurdering av Norges handlingsrom etter EØS-avtalen slik det så ut 26. mai 2023.

EØS-avtalen er ikke til hinder for at det innføres forbud mot visse strømvavtaletyper, så lenge forbudet er egnet til å sikre en høy grad av forbrukervern, ikke fratrukker forbrukere reell handlingsfrihet, og ikke begrenser konkurransen mellom næringsdrivende. Vi vurderer det slik at forbud mot elementer i standard variabelavtaler eller forvaltningsavtaler kan oppfylle disse kriteriene. Det særlig karakteristiske ved en standard variabel strømvavtale, er at strømpris settes ensidig av strømleverandør, at påslag er bakt inn i den samlede prisen og at strømselskapet har en løpende adgang til å justere strømprisen etter forutgående varsel til kunden. Det å skulle forby alle avtaler som inneholder noen av disse elementene vil neppe være mulig. En strømleverandør må kunne sette pris og prisen må kunne endres. Et forbud vil derfor måtte rammes inn og konkretiseres for å være aktuelt. Det samme gjelder forvaltningsavtaler. Også disse finnes i en rekke former og varianter hvor det karakteristiske særtrekket ved avtaleformen er at strømleverandør gis fullmakt til å foreta innkjøp av kraft på vegne av en forbruker. Et forbud mot alle former for innslag av forvaltning i strømvavtaler vil etter vår vurdering antakelig rekke for vidt og være problematisk fra et konkurranseperspektiv. Derfor vil også et slikt forbud måtte konkretiseres til å ramme det man anser som særlig problematiske elementer ved avtaleformen.

Det vil etter vår vurdering ikke være i strid med EØS-avtalen å påby strømlleverandører å tilby spotprisavtaler eller fastprisavtaler. Andre påbud kan innføres så lenge de er egnet til å sikre en høy grad av forbrukervern og ikke motvirker konkurransen på markedet. Dette må vurderes konkret av departementet.

Norges adgang til å innføre begrensninger mot og krav til enkelte avtalevilkår i strømvavtaler er varierende, og forutsetter konkrete nødvendighetsvurderinger fra departementets side. Våre funn tilsier at det generelt vil være adgang til å innføre krav til maksimal bindingstid og prisvarighet, og begrensninger i retten til å ilegge bruddgebyr og forskuddsfakturering.

Et krav om makspåslag utgjør et sterkt inngrep i det frie elektrisitetmarkedet og kan kun innføres der det er strengt nødvendig for å reparere en markedssvikt. Dette er fordi direktiv 2009/72 legger opp til et fritt strømmarked der leverandører skal kunne bestemme pris selv. En eventuell regel om makspåslag kan ikke gå lenger enn nødvendig for å reparere markedssvikten, og bør være tidsbegrenset for ikke å komme i strid med EØS-avtalen.

EØS-avtalen er ikke til hinder for at Norge innfører nasjonale krav til opplysningsplikt før inngåelsen av strømvavtaler mellom næringsdrivende og forbrukere for andre avtaler enn fjernsalgsavtaler eller avtaler inngått utenom faste forretningslokaler. Ved fjernsalg og salg utenfor selgerens faste forretningslokaler kan det imidlertid ikke innføres andre opplysningskrav og krav til hvordan opplysningene formidles på enn det som følger av direktiv 2011/83 artikkel 6, 7 og 8.

I utgangspunktet er det ikke adgang til å vedta absolutte begrensninger i adgangen til å tilby strømvavtaler gjennom koblingssalg. For at en slik begrensning skal være lovlig, må regelen legge opp til en konkret vurdering av om det enkelte koblingssalget er egnet til å vilde forbrukeren. Det kan imidlertid innføres absolutte begrensninger i retten til å tilby koblingssalg der et av produktene markedsføres som gratis til tross for å kreve kjøp av et annet produkt, der salget skjer i form av lokkesalg, eller der det skapes et uriktig inntrykk av at forbrukeren har vunnet en konkurranse og må foreta et kjøp for å motta prisen.

Telefonsalg, dørsalg og standssalg kan ikke begrenses gjennom nasjonal lovgivning med mindre handelspraksisen i den konkrete salgssituasjonen er villedende eller aggressiv. Forbud eller begrensninger som ikke åpner for en konkret vurdering av handelspraksisens rimelighet, er som hovedregel ikke tillatt. Visse unntak gjelder imidlertid, og EØS-avtalen krever for eksempel at det innføres forbud mot telefonsalg i form av gjentatte og uønskede henvendelser, og dørsalg der forbrukeren har bedt den næringsdrivende om å forlate stedet. Når direktiv 2019/2161 innlemmes i EØS-avtalen, vil det bli tillatt å innføre nasjonale begrensninger/forbud mot dørsalg som er nødvendige for å sikre et effektivt forbrukervern.

EØS-avtalen er ikke til hinder for at Norge innfører en regel hvor en forbruker ikke kan gi samtykke til inngåelsen av en strømvavtale ved telefonsalg, dørsalg, standssalg eller butikksalg før dagen etter at tilbudet er mottatt. Det er imidlertid en risiko for at regelen utgjør en restriksjon, som stiller krav til at regelen er nødvendig for å sikre økt forbrukerbeskyttelse for å være lovlig.

Det er ikke adgang til å innføre et generelt forbud mot enhver form for winback-markedsføring rettet mot forbrukere ved leverandørbytte. Som hovedregel må nasjonal lovgivning legge opp til en konkret vurdering av om markedsføringen er villedende eller aggressiv i hvert enkelt tilfelle.

3. METODE OG KILDEBRUK

Vurderingen av problemstillingene som nevnt i rapportens punkt 1.2 vil utelukkende behandles i lys av EØS-avtalen og ikke andre nasjonale eller internasjonale regelverk. Rapporten vil eksempelvis ikke ta for seg om eksisterende regler i den norske markedsføringsloven eller Den europeiske menneskerettskonvensjon er til hinder for å innføre de forslagene som vi er bedt om å vurdere.

EØS-avtalen innebærer en utvidelse av EUs interne marked til EFTA, hvor EU-rettsakter tas inn i EØS-avtalens vedlegg som blir bindende for EFTA-landene.¹ De viktigste formene for rettsakter er direktiver som stiller opp minimumsforpliktelser som medlemsstatene må oppfylle etter nasjonal rett og forordninger som medlemsstatene må innføre som de er.² På området for forbrukervern, som denne rapporten handler om, er det direktiver som utgjør størsteparten av regelverket etter EØS-avtalen.³

Ved tolkningen av EU-regelverk skal både bestemmelsens ordlyd og formål tas i betraktning, i tillegg til EU-domstolens rettspraksis. Dette kommer blant annet frem i EU-domstolens sak C-208/21 *Towarzystwo Ubezpieczeń* avsnitt 76 (vår understreking):

*"As regards, in the first place, the interpretation of Article 3(2) of that directive, it should be recalled that, according to settled case-law of the Court, it is necessary, when interpreting a provision of EU law, to consider not only its wording but also its context and the objectives of the legislation of which it forms part (judgment of 26 April 2022, *Landespolizeidirektion Steiermark (Maximum duration of internal border control)*, C-368/20 and C-369/20, EU:C:2022:298, paragraph 56)."*

I EØS-avtalens femtende betraktning, artikkel 6 og artikkel 108 er det lagt til grunn at like regelverk mellom EU og EØS-avtalen skal tolkes likt, som i praksis betyr at de samme tolkningsreglene benyttes ved tolkningen av EØS-rettsakter.

Det at regelverkets formål skal vektlegges ved tolkningen av EØS-avtalen, innebærer at regler etter avtalen må tolkes vidt for å ivareta det uttalte formålet med regelverket. Dette legges til grunn i EFTA-domstolens sak E-4/19 *Campbell* avsnitt 57:

*"I lys av sammenhengen og formålene for direktivet, kan direktivets bestemmelser ikke tolkes snevert og må ikke under noen omstendighet fratras sin praktiske betydning (jf. *Metock m.fl.*, EU:C:2008:449, avsnitt 83 og 84)."*

Unntak fra hovedregler i EØS-avtalen tolkes snevert, slik at regelverket får praktisk virkning. Dette kommer blant annet frem i EU-domstolens sak C-19/13 *Fastweb* avsnitt 40 og EFTA-domstolens sak E-2/20 *L mot Norge* avsnitt 31.

EØS-avtalens regler om salg av strøm er i hovedsak regulert av direktiver. Et direktiv kan stille krav til minimumsharmonisering og/eller totalharmonisering. Mens minimumsharmonisering innebærer at det oppstilles minstekrav som medlemsstatene må oppfylle i sin nasjonale rett, innebærer totalharmonisering at medlemsstatene ikke kan innføre andre regler enn det som følger av direktivet. Nasjonale regler som går ut over det som kreves av minimumsharmonisering, må også vurderes etter EØS-avtalens hoveddel for å være lovlig.

¹ EØS-avtalen artikkel 7.

² Traktaten om Den europeiske unions virkemåte artikkel 288 og EØS-avtalen artikkel 7 bokstav a og b.

³ Se særlig EØS-avtalen vedlegg XIX.

Der det er totalharmonisering skal imidlertid de nasjonale reglene vurderes etter det harmoniserte regelverket, og ikke etter EØS-avtalens hoveddel.⁴ I begge tilfeller må de harmoniserte regelverkene leses i lys av EØS-avtalens hoveddel for ikke å skape et misforhold mellom regelverkene.

EU-regelverk har autentiske utgaver på alle medlemsstatenes hovedspråk, som er juridisk likestilte. Rettsakter som er inntatt i EØS-avtalen har i tillegg autentiske utgaver på norsk og islandsk.⁵ I denne rapporten vil det henvises til rettskilder på norsk der det finnes en autentisk norsk språkversjon, og på engelsk der det ikke finnes noen autentisk norsk oversettelse. Dette betyr at henvisninger til rettsakter som er del av EØS-avtalen vil siteres på norsk, mens for eksempel rettspraksis fra EU-domstolen vil siteres på engelsk.

Selv om EØS-regelverket innebærer en integrering av EU-rett i EFTA-landene, er det visse forskjeller mellom EØS-avtalen og regelverkene som gjelder for EU. Der det er forskjeller mellom regelverkene, må EØS-avtalen tolkes i den juridiske konteksten avtalen befinner seg i som kan medføre et avvik fra EU-retten, men likevel slik at EØS-avtalen tolkes i samsvar med EU-reglene så langt det lar seg gjøre.⁶ Dette får praktisk betydning for denne rapporten, hvor flere sentrale regelverk er blitt endret i EU uten at rettsaktene er tatt inn i EØS-avtalen.

Problemstillingene som tas opp i denne rapporten vil løses på bakgrunn av tolkningsreglene som er forklart ovenfor.

Rapporten vil ta for seg EØS-avtalen slik den så ut 26. mai 2023. Dette betyr at regler som ikke er gjort til del av EØS-avtalen på dette tidspunktet faller utenfor rapportens rammer. Vi vil imidlertid skrive kortfattet om regelverk som EU har merket som EØS-relevante, men som ikke enda er innlemmet i EØS-avtalen. Dette gjelder for eksempel direktiv 2019/944⁷ som EFTA-landene fremdeles vurderer EØS-relevansen av, og direktiv 2019/2161⁸ som mangler parlamentsbehandling i EFTA-landene før ikrafttredelse under EØS-avtalen.

4. PROBLEMSTILLINGENE

4.1 Forbud/påbud knyttet til enkelte strømvtaletyper som tilbys forbrukere

4.1.1 Innledning

Departementet har bedt Schjødt om å utrede om Norges EØS-rettslige forpliktelser innebærer begrensninger i adgangen til å innføre følgende regler:

“Forbud/påbud knyttet til enkelte strømvtaletyper som tilbys forbrukere. Et forbud kan f.eks. gjelde standard variabelavtaler eller forvaltningsavtaler. Et påbud kan f.eks. knyttes til et krav om at kraftleverandør må tilby en tydelig definert standard spotprisavtale med et regulert makspåslag eller fastprisavtale.”

Slik vi forstår mandatet, skal vi både vurdere om EØS-avtalen er til hinder for at det innføres nasjonale påbud eller forbud mot spesielle strømvtaletyper. I denne forbindelse vil vi særlig

⁴ EU-domstolens sak C-421/12 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 63-64.

⁵ Jf. EØS-avtalen artikkel 129.

⁶ Dette drøftes blant annet i EFTA-domstolens saker E-26/13 *Gunnarsson* og E-28/15 *Jabbi*.

⁷ Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU (recast).

⁸ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules.

vurdere muligheten for å innføre forbud mot variabelavtaler eller forvaltningsavtaler, og plikt (påbud) for strømleverandørene til å tilby spotprisavtale eller fastprisavtale for forbrukere.

Det er tatt inn legaldefinisjoner av ulike strømvtaletyper i direktiv 2019/944⁹ om felles regler for det indre marked for elektrisitet. EFTA-landene vurderer fremdeles EØS-relevansen av dette direktivet, og det er ikke innlemmet i EØS-avtalen på tidspunktet for denne rapporten.

I direktiv 2019/944 benyttes begrepene "*dynamic electricity price contract*" og "*fixed-term, fixed-price electricity supply contracts*." For at en strømvtale skal anses som en "*dynamic electricity price contract*" i regelverkets forstand, må avtaleprisen være knyttet til det nasjonale eller regionale spotmarkedet med en målefrekvens som tilsvarer markedets avregningsintervaller.¹⁰ Spotprisavtaler som er knyttet mot Nord Pools Day-ahead marked vil være å regne som dynamiske strømvtaler. Begrepet "*fixed-term, fixed-price electricity supply contracts*" vil være dekkende for det vi i Norge kaller fastprisavtaler. Fastprisavtaler er avtaler hvor forbrukeren betaler en fast pris per KW for en gitt avtaleperiode.

Forvaltningsavtaler og variabelavtaler er mellomløsninger mellom spotprisavtaler og fastprisavtaler. I en forvaltningsavtale gis strømleverandøren fullmakt til å foreta strømkjøp på kundens vegne etter et nærmere definert mandat. Strøminnkjøpene gjøres typisk basert på strømselskapenes egne analyser og markedsprognoser. I variabelavtaler har man en fastpris for en gitt periode, men som løpende reguleres av strømselskapet underveis i avtaleperioden. Et særtrekk ved variabelavtaler er at tillegg, påslag eller lignende typisk er bakt inn i den oppgitte prisen til forbrukeren. Strømleverandørens opp- og nedjustering av variabelprisen foretas i lys av strømselskapets forventninger om utviklingen av markedspris i en gitt periode fremover.

Vurderingen av om det kan innføres forbud mot enkelte strømvtaletyper har to ledd. Først må det undersøkes om adgangen til å oppstille et slikt forbud reguleres i EØS-relevante rettsakter. Dersom det ikke finnes noen slik eksplisitt regulering, må det deretter gjøres en vurdering av om et forbud kan stå i strid med EØS-avtalens hoveddel.

4.1.2 Adgangen til å innføre forbud knyttet til enkelte strømvtaletyper

4.1.2.1 Betydningen av direktiv 2005/29

Et innledende spørsmål ved vurderingen av om det kan innføres nasjonale forbud mot enkelte strømvtaletyper, er om direktiv 2005/29¹¹ om urimelig handelspraksis kommer til anvendelse på en slik regel. Dette er av betydning for Norges adgang til å innføre et forbud siden direktiv 2005/29 stiller krav til totalharmonisering. I direktivet artikkel 4 står det som følger:

"Medlemsstatene skal verken begrense friheten til å yte tjenester eller det frie varebytte av årsaker som omfattes av det område der dette direktiv tilnærmer bestemmelsene."

I direktiv 2005/29 vedlegg I er det oppgitt en uttømmende liste over urimelig handelspraksis som kan og skal kjennes ulovlig uten en forutgående konkret rimelighetsvurdering ifølge

⁹ Se artikkel 2 nr. 15 i direktiv 2019/944.

¹⁰ Se definisjonen av "*dynamic price electricity contract*" i direktiv 2019/944 artikkel 2 nr. 15 under. Begrepet "*dynamic electricity contracts*" er ikke benyttet tidligere.

¹¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004, inntatt i EØS-avtalen vedlegg XIX ved EØS-komiteens beslutning nr. 93/2006 av 7. juli 2006.

artikkel 5 nr. 5. Handelspraksis som ikke er rammet av denne listen, må undergå en konkret rimelighetsvurdering fra sak til sak for å kunne kjennes ulovlig.

Direktiv 2005/29 gjelder ifølge artikkel 3 nr. 1 for "urimelig handelspraksis" før, under og etter en handelstransaksjon knyttet til et produkt. Ordet "handelspraksis" er definert i artikkel 2 bokstav d som "enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere et produkt til forbrukerne." Elektrisk strøm regnes som et "produkt" slik det er definert i direktivet artikkel 2 bokstav c.¹²

Mens handelspraksis dekker handlinger som leder opp til en transaksjon, har EU-domstolen presisert i sak C-393/17 *Kirschstein* at direktivet ikke omfatter vilkår knyttet til selve produktet som selges i transaksjonen. Dette kommer frem i dommens avsnitt 41 og 42:

"The practices thus referred to must, in particular, be directly connected with the promotion, sale or supply of a product to consumers [...]."

It follows that, although those commercial practices are closely linked to a commercial transaction involving a product, they are nevertheless not confused with the product which is the subject of that transaction."

Skillet mellom vilkår til et produkt og handelspraksis kan være vanskelig å identifisere. Dette gjelder særlig for strømavtaler, der produktet alltid er det samme, og der hovedskillet mellom avtaler ligger i produktets prisvilkår.

I EU-domstolens sak C-295/16 *Europamur* ble det fastslått at et nasjonalt forbud mot å selge varer med tap var rammet av direktivet. Formålet bak lovgivningen i denne saken var imidlertid å beskytte forbrukere mot misvisende markedsføring, som betød at det var et middel for å fremme salg av et produkt. Det er ikke klart om EU-domstolen ville kommet til en tilsvarende konklusjon for et nasjonalt forbud mot enkelte strømavtaletyper.

Det følger av direktiv 2005/29 artikkel 3 nr. 2 at direktivet ikke berører nasjonal kontraktsrett. Adgangen til å innføre begrensninger i avtalevilkår reguleres blant annet av direktiv 93/13¹³ om urimelige avtalevilkår, som i artikkel 8 fastslår at medlemsstatene står fritt til å innføre begrensninger i avtalevilkår så langt begrensningene står i samsvar med EØS-avtalens hoveddel. Dersom enhver begrensning i avtalevilkår som innføres i samsvar med direktiv 93/13 skulle vært å anse som en handelspraksis etter direktiv 2005/29, ville dette medført en uthuling av medlemsstatenes rett til å forby avtalevilkår i tråd med førstnevnte direktiv artikkel 8. Vi tolker derfor direktiv 2005/29 slik at det ikke omfatter rene avtalevilkår som ikke er ment eller egnet til å oppfordre en forbruker til å gjøre en fremtidig transaksjon.

Vi forstår departementets forslag som en ren regulering av avtalevilkår som ikke knytter seg til markedsføringen eller salgsprosessen av en strømavtale. Det er uklart om virkeområdet til direktiv 2005/29 kan tolkes så vidt som å omfatte en slik praksis. Verken EU-domstolens

¹² EU-domstolens sak C-393/92 *NV Energiebedrijf IJsselmij* avsnitt 28 og sak C-206/06 *Essent Netwerk Noord* avsnitt 43.

¹³ Rådsdirektiv 93/13/EØF av 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrukeravtaler, inntatt i EØS-avtalen vedlegg XIX gjennom EØS-komiteens beslutning nr. 7/1994 av 21. mars 1994.

praksis eller EU-kommisjonens veileder¹⁴ til direktivet gir et endelig svar på spørsmålet. Slik vi ser det, gjelder ikke departementets forslag handelspraksis som omfattes av direktiv 2005/29.

Dersom departementet likevel anser et forbud mot visse strømvtaletyper for å falle innenfor virkeområdet til direktiv 2005/29, må den nasjonale lovgivningen legge opp til en konkret vurdering fra sak til sak for å overholde kravene i direktivet. Vilkårene for dette diskuteres nærmere under punkt 4.4.3, 4.6 og 4.8.3 i rapporten.

I den videre vurderingen legges det til grunn at et forbud mot visse strømvtaletyper ikke rammes av direktiv 2005/29.

4.1.2.2 Om et forbud står i strid med direktiv 2009/72

Direktiv 2009/72¹⁵ om det indre markedet for kraftsalg stiller krav til minimumsharmonisering av reglene om forbrukervern ved salg av strøm. Ifølge artikkel 3 nr. 7 skal medlemsstatene sikre "et høyt nivå for forbrukervern, særlig med hensyn til innsyn i kontraktsvilkår, allmenne opplysninger og tvisteløsningsordninger." Minstekrav til tiltak som skal utføres under artikkel 3 nr. 7 er oppgitt i direktivets vedlegg I.

Ingen av minstekravene angitt i direktiv 2009/72 inneholder uttrykkelige regler om at forbrukeren skal kunne velge bestemte strømvtaletyper, eller at leverandører skal ha rett til å tilby visse (eller alle) typer avtaler.¹⁶ Direktiv 2009/72 stiller kun krav til minimumsharmonisering av visse sider ved elektrisitetsmarkedet, som betyr at medlemsstatene i utgangspunktet kan regulere forhold som ikke er tatt inn i direktivet på selvstendig grunnlag. Vi viser i denne forbindelse til EU-domstolens sak C-648/18 *Hidroelectrica* avsnitt 23 der det legges til grunn at:

"Directive 2009/72, as a set of rules governing the internal market in electricity, does not fully harmonise that market and does not set out specific rules for electricity trading. As is apparent from Article 3 of that directive, the directive establishes merely a number of general principles that Member States must follow with a view to achieving a competitive, secure and environmentally sustainable market in electricity."

EØS-avtalen skal tolkes på en måte som ivaretar regelverkets formål.¹⁷ Formålet bak direktiv 2009/72 er å sikre et høyt nivå av forbrukervern, konkurransedyktige priser, og faktiske valgmuligheter for forbrukere.¹⁸ Nasjonale tiltak som undergraver disse formålene, kan komme i strid med direktivet og EØS-avtalens formål.

Praksis fra EU-domstolen viser at det kan utledes konkrete regler fra direktivets formål. I EU-domstolens sak C-360/19 *Van Gelder* ble formålet om et høyt forbrukervern brukt til å avskjære en nasjonal regel som krevde at strømkunder måtte være direkte tilknyttet et transmisjonssystem for å kunne klage inn en operatør. EU-domstolen uttaler følgende i avsnitt 26 og 30:

¹⁴ EU-kommisjonens veileder 29. desember 2021 om veiledning til tolkningen av direktiv 2005/29: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(05)).

¹⁵ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2009/72/EF av 13. juli 2009 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft og om oppheving av direktiv 2003/54/EF, inntatt i EØS-avtalen vedlegg IV gjennom EØS-komiteens beslutning nr. 93/2017 av 5. mai 2017.

¹⁶ Se til motsetning direktiv 2019/944 artikkel 11.

¹⁷ Se EU-domstolens sak C-578/18 *Korkein* avsnitt 24.

¹⁸ Direktiv 2009/72 fortalepunkt 1 og 51.

"Finally, as regards the objectives pursued by Directive 2009/72, it should be noted that it follows from recitals 37, 42, 51 and 54 of that directive as well as from Article 1 thereof that it aims to grant energy regulators the power to ensure the full effectiveness of consumer protection measures, to ensure that all Union industry and commerce and all citizens of the Union enjoy high levels of consumer protection and have access to dispute settlement mechanisms, to put consumer interests at the heart of the directive, to have that regulatory authorities, where the Member State confers on them that competence, enforce the consumer rights of electricity consumers as well as to implement effective means of dispute settlement for all consumers."

[...]

Limiting the right to refer a complaint to the regulatory authority in accordance with Article 37(11) of Directive 2009/72 exclusively to final customers with a direct link to the system operator concerned does not appear to be consistent with the objectives recalled in paragraphs 26 and 27 of the present judgment, in that it restricts consumers' access to the dispute settlement mechanism and, accordingly, the possibilities, for that authority, to carry out the duties entrusted to it, such as those set out in paragraphs 28 and 29 of this judgment."

Forbrukerbeskyttelse, effektiv konkurranse og reell valgfrihet er sentrale formål bak direktiv 2009/72. Så lenge et nasjonalt forbud mot visse strømvtaletyper sikrer en sterkere grad av forbrukervern uten å utgjøre uforholdsmessige begrensninger i forbrukeres valgfrihet og konkurranse, vil det være i overensstemmelse med direktivet. Vi har ikke funnet praksis hvor et forbud mot visse typer strømvtaler har blitt ansett for å være i strid med disse formålene.

Det må nevnes at direktiv 2019/944 artikkel 5 strammer inn medlemsstatenes adgang til å innføre begrensninger i leverandørenes adgang til å bestemme prisene på strømvtaler overfor forbrukere. Bestemmelsen har ingen parallell i direktiv 2009/72, og lyder slik:

"Suppliers shall be free to determine the price at which they supply electricity to customers. Member States shall take appropriate actions to ensure effective competition between suppliers."

Etter denne bestemmelsen vil det ikke være tillatt å innføre begrensninger i leverandørers adgang til å fastsette strømprisen i avtaler med forbrukere. Ettersom direktivet ikke er inntatt i EØS-avtalen, gjelder imidlertid ikke disse begrensningene for Norge. Regelen bygger imidlertid på et konkurranseprinsipp av samme type som finnes i direktiv 2009/72, og understreker at et forbud mot en strømvtaletype ikke kan innføres dersom det utgjør et uforholdsmessig inngrep i konkurransen mellom strømlleverandører. Departementet må utrede hvilke konsekvenser et forbud får for konkurransen mellom strømlleverandører før det innføres et forbud mot enkelte strømvtaletyper.

For å gi forbrukere en reell valgmulighet, må det blant annet finnes tilgjengelige produkter både for kunder som særlig etterspør forutsigbarhet og for kunder som ønsker å være eksponert mot den løpende markedsutviklingen. Hvis det ikke finnes en slik valgfrihet, kan dette både lede til et svakere forbrukervern og en begrensning i valgfriheten som undergraver formålet med

direktiv 2009/72.¹⁹ Hvor grensen går for hvilken bredde i avtaletilbudet som må eksistere for at forbrukerne skal ha tilstrekkelig valgfrihet, er ikke nærmere regulert. Vi er heller ikke kjent med rettspraksis fra EU-domstolen hvor dette kommer på spissen. Slik vi ser det, kan ikke hensynet til at forbrukerne skal sikres valgmuligheter innebære at ethvert avtaleprodukt skal måtte være tillatt. Et mer avgrenset forbud mot bestemte avtaletyper, eller mer presist et forbud mot bestemte *elementer* ved strømvavtaler som er vurdert som særlig problematiske fra et forbrukervernsperspektiv, vil etter vår vurdering derfor være forenlig med EØS-retten.

Utforming av et forbud mot for eksempel variabelavtaler eller forvaltningsavtaler vil imidlertid kunne være utfordrende. Dersom forbudet gjøres for vidt, vil det kunne være i strid med formålet om å stimulere til konkurranse i strømmarkedet. Det sentrale ved en variabelavtale er som nevnt at prisen fastsettes på forhånd av strømselskapet, og at strømselskapet har anledning til å endre prisen etter nærmere varsel dersom forventningene om fremtidig prisutvikling tilsier det. Å utforme et forbud mot avtaler hvor pris settes på forhånd og hvor prisen kan endres etter forutgående varsel, vil fort kunne bli ansett som for vidt. Det må antakelig være særlige problematiske elementer ved avtaletypen som eventuelt kan forbys.

Tilsvarende, ved en forvaltningsavtale er det sentrale element at kunden gir en strømlleverandør i oppdrag å handle strøm på hans vegne. Å vedta et generelt forbud mot en slik ordning, vil kunne være inngripende og problematisk fra et konkurranseperspektiv.

Ellers må departementet dokumentere at et forbud mot visse strømvavtaletyper eller visse elementer ved strømvavtaler ikke leder til et svakere forbrukervern. Dette betyr at det ikke kan innføres forbud mot strømvavtaler som er særlig gunstige for forbrukere, hvis virkningen av forbudet er at forbrukere vil bli ledet til å inngå avtaler på mindre fordelaktige vilkår.

Vår konklusjon er at direktiv 2009/72 ikke er til hinder for å innføre nasjonale forbud mot visse strømvavtaletyper, så lenge forbudet er egnet til å ivareta en høy grad av forbrukervern, ikke begrenser konkurransen på markedet og ikke utgjør et uforholdsmessig stort inngrep i strømkundenes reelle valgfrihet. Det er departementet som må dokumentere at et forbud mot den enkelte avtaletypen er egnet til å oppfylle disse formålene. Hvis direktiv 2019/944 tas inn i EØS-avtalen, må departementet også gjøre en vurdering av om artikkel 5 i dette direktivet som bestemmer at leverandører skal ha en valgfrihet til å fastsette strømpriser er til hinder for å innføre de tilsiktede endringene.

4.1.2.3 Om et forbud står i strid med EØS-avtalens hoveddel

Ettersom direktiv 2009/72 utgjør et minimumsharmonisert regelverk, må et forbud mot strømvavtaletyper som ikke rammes av dette regelverket fremdeles overholde EØS-avtalens hoveddel for å være lovlig.²⁰ EØS-avtalen artikkel 11 er særlig aktuell i denne forbindelse, og lyder slik:

"Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene."

¹⁹ Dette understøttes av at direktiv 2019/944 artikkel 11, som ikke er del av EØS-avtalen, krever av medlemsstatene å legge til rette for at strømlleverandører kan tilby spotprisavtaler. EU-kommisjonen har fremmet forslag om å innføre en tilsvarende regel om fastprisavtaler. Se punkt 4.1.3.1 i rapporten.

²⁰ EU-domstolens sak C-648/18 *Hidroelectrica* avsnitt 25 til 28.

Innholdet av denne bestemmelsen har blitt presisert gjennom en lang rekke saker fra EU-domstolen. I EU-domstolens forente saker C-267/91 og C-268/91 *Keck* avsnitt 15 og 16 ble det presisert at:

"in the absence of harmonization of legislation, obstacles to free movement of goods which are the consequence of applying, to goods coming from other Member States where they are lawfully manufactured and marketed, rules that lay down requirements to be met by such goods (such as those relating to designation, form, size, weight, composition, presentation, labelling, packaging) constitute measures of equivalent effect prohibited by Article 30. This is so even if those rules apply without distinction to all products unless their application can be justified by a public-interest objective taking precedence over the free movement of goods.

By contrast, contrary to what has previously been decided, the application to products from other Member States of national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements is not such as to hinder directly or indirectly, actually or potentially, trade between Member States within the meaning of the Dassonville judgment (Case 8/74 [1974] ECR 837), so long as those provisions apply to all relevant traders operating within the national territory and so long as they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other Member States."

Her defineres det to alternative situasjoner der et tiltak faller innenfor eller utenfor virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 11. Tiltak som stiller produktkrav, vil alltid utgjøre en restriksjon etter denne bestemmelsen. Tiltak som på den andre siden innebærer begrensninger i salgsmetoder, og som ikke stiller produktkrav til varen som selges, utgjør først en restriksjon dersom tiltaket rammer utenlandske leverandører hardere enn innenlandske leverandører.

En begrensning i adgangen til å tilby visse strømavtaletyper kan synes å passe inn i begge alternativer etter EØS-avtalen artikkel 11, siden en slik begrensning stiller krav til vilkårene strøm kan selges på. Praksis fra EU-domstolen viser imidlertid at nasjonale tiltak som bestemmer hvilke priser en vare kan selges til, innebærer en begrensning i salgsmetode. Dette kommer frem i sak C-221/15 *Colruyt* avsnitt 37 om prising av tobakkvarer:

"In that regard, in so far as the national provisions on tobacco product pricing, such as those in Article 7(2bis)(1) of the Law on Health Protection, do not concern the characteristics of those goods, but solely the arrangements under which they may be sold, they must be regarded as concerning selling arrangements."

Etter vår vurdering må det samme gjelde for nasjonale regler om prisregulering av elektrisitet. Dette betyr at en nasjonal begrensning i adgangen til å selge strøm kun faller innenfor virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 11 dersom begrensningen er egnet til å stille innenlandske leverandører i en bedre posisjon sammenlignet med utenlandske på en måte som begrenser markedsadgangen. I den nevnte saken *Colruyt* utgjorde ikke reglene om tobakkprising en restriksjon, siden tiltaket innebar en like stor begrensning for salg av tobakksprodukter fra innenlandske aktører sammenlignet med utenlandske.²¹

Dersom tiltaket utgjør en restriksjon i EØS-avtalen artikkel 11 sin forstand, må det rettferdiggjøres for å være lovlig. Et tiltak kan rettferdiggjøres hvis det er et egnet middel for å

²¹ EU-domstolens sak C-221/15 *Colruyt* avsnitt 38 til 40.

oppnå et beskyttelsesverdig formål, og ikke går lenger enn nødvendig for å ivareta dette formålet.²² En høy grad av forbrukerbeskyttelse er anerkjent som et beskyttelsesverdig formål, som betyr at et tiltak som er egnet til å oppfylle dette formålet ikke står i strid med EØS-avtalen artikkel 11 der det ikke finnes mindre inngripende alternative tiltak.²³

Det er ikke grunn til å tro at et forbud mot en spesiell strømvtaletype vil gi norske aktører en større fordel sammenlignet med utenlandske og utgjøre en restriksjon. Vi legger derfor til grunn at EØS-avtalens hoveddel ikke er til hinder for denne typen tiltak. Departementet anbefales imidlertid om å gjøre en nødvendighetsvurdering av et eventuelt forbud for å redusere risikoen for en eventuell motstrid med restriksjonsforbudet.

4.1.2.4 Konklusjon

EØS-avtalen er ikke til hinder for et nasjonalt forbud mot nærmere definerte elementer ved strømvtaler så lenge forbudet bidrar til en høy grad av forbrukervern uten å begrense konkurransen mellom leverandører og heller ikke fratrukkende strømkunder en reell valgfrihet mellom ulike typer strømvtaler. Et eventuelt forbud må vurderes konkret i lys av hvilken innvirkning forbudet vil ha for forbrukernes valgmuligheter samlet sett, og hvilke fordeler forbudet vil gi for forbrukere. Det finnes lite konkret veiledning om hvor grensen mellom et lovlig og et ulovlig nasjonalt forbud går, og et slikt tiltak vil derfor være forbundet med en viss risiko.

4.1.3 Adgangen til å innføre påbud knyttet til enkelte strømvtaletyper

4.1.3.1 Om et påbud står i strid med direktiv 2009/72

Videre ber departementet om en vurdering av om EØS-avtalen vil kunne være til hinder for å innføre påbud om at strømlleverandører må tilby enkelte bestemte strømvtaletyper som del av sitt samlede tilbud til forbrukerne. Departementet har særlig nevnt at nasjonale påbud kan gjelde spotprisavtaler og fastprisavtaler. Adgangen til å innføre påbud om innholdet av slike kontrakter, inkludert regulering av makspåslag, drøftes under punktene 4.2 og 4.3 i rapporten og tas ikke opp her.

Direktiv 2009/72 inneholder ingen konkrete regler om hva slags strømvtaletyper som kan eller ikke kan tilbys. Siden direktivet kun stiller krav til minimumsharmonisering, er det ikke nødvendigvis til hinder for at det innføres nasjonale regler som påbyr at enkelte typer strømvtaler skal være tilgjengelig. Forutsetningen er at de påbudte strømvtaletypene ikke står i veien for en høy grad av forbrukervern eller konkurransedyktige priser.²⁴

I vurderingen av om et påbud vil være i strid med direktiv 2009/72, må det nevnes at direktiv 2019/944 artikkel 11 nr. 1, som foreløpig ikke er del av EØS-avtalen, påbyr medlemsstatene å legge til rette for at strømlleverandører kan, og i visse tilfeller skal, tilby spotprisavtaler:

"Member States shall ensure that the national regulatory framework enables suppliers to offer dynamic electricity price contracts. Member States shall ensure that final customers who have a smart meter installed can request to conclude a dynamic electricity price contract with at least one supplier and with every supplier that has more than 200 000 final customers."

²² EU-domstolens sak C-205/07 *Gysbrechts* avsnitt 45.

²³ EU-domstolens sak C-205/07 *Gysbrechts* avsnitt 47.

²⁴ Se blant annet direktiv 2009/72 fortalepunkt 1, artikkel 3 nr. 7 og EU-domstolens sak C-360/19 *Van Gelder* avsnitt 26 og 30.

Direktiv 2019/944 er en endret versjon av direktiv 2009/72 og ivaretar langt på vei de samme formålene.²⁵ Det vil ikke være i strid med direktiv 2009/72 å innføre en tilsvarende forpliktelse om å tilby spotprisavtaler i Norge. Det samme gjelder et påbud som går lengre enn det som følger av direktiv 2019/944 artikkel 11, så lenge påbudet ikke kommer i strid med regelverkets formål om forbrukervern og fri konkurranse i markedet.

Fastprisavtaler er ikke uttrykkelig regulert i direktivene 2009/72 eller 2019/944. EU-kommisjonen har imidlertid nylig inngitt et forslag til endringer i direktiv 2019/944 som innebærer at artikkel 11 nr. 1 også vil omfatte fastprisavtaler.²⁶ Hensynet til homogenitet mellom EU- og EFTA-landene tilsier at det ikke vil være i strid med direktiv 2009/72 å innføre et påbud om å tilby fastprisavtaler av samme type som er foreslått i EU.

Selv om direktiv 2019/944 og EU-kommisjonens foreslåtte endringer signaliserer at spotprisavtaler og fastprisavtaler kan påbys etter direktiv 2009/72, vil vi presisere at dette EU-regelverket ikke er gjort til del av EØS-avtalen og at departementet må gjøre en selvstendig vurdering av om denne typen avtaler er egnet til å sikre et sterkere forbrukervern uten å begrense konkurransen på markedet.

Påbud om å tilby andre avtaler enn spotprisavtaler og fastprisavtaler må vurderes konkret opp mot formålene bak direktiv 2009/72. Dersom kjennetegnene ved den enkelte avtaletype er egnet til å redusere konkurransen på markedet eller graden av forbrukerbeskyttelse, vil påbudet kunne kjennes ulovlig etter direktivet. Ettersom et grunnleggende formål bak direktivet er å sikre forbrukere reell valgfrihet, vil det være enkler å rettferdiggjøre påbud om visse strømvtaletyper sammenlignet med å innføre forbud.

Vår konklusjon blir etter dette at det er adgang under direktiv 2009/72 til å innføre nasjonale påbud om å tilby spotprisavtaler og fastprisavtaler, men at andre avtaler må vurderes konkret opp mot direktivets formål. Hvis et påbud er egnet til å undergrave direktivets formål om forbrukerbeskyttelse og fri konkurranse, kan dette medføre at påbudet er i strid med EØS-avtalen.

4.1.3.2 Om et påbud står i strid med EØS-avtalens hoveddel

Ved å påby strømleverandører å tilby visse strømvtaletyper overfor forbrukere, begrenses deres handlingsalternativer på en måte som kan være problematisk etter restriksjonsforbudet EØS-avtalen artikkel 11. Som drøftet under punkt 4.1.2.3 i denne rapporten, utgjør dette en begrensning i salgsmetoder som stiller krav om at et påbud har større virkning for utenlandske strømleverandører sammenlignet med norske for å falle inn under virkeområdet til restriksjonsforbudet.

Vi har ikke identifisert noen risiko for at et påbud om å tilby visse strømvtaletyper vil innebære en slik forskjellsbehandling. Forutsetningen er at påbudene gjelder likt for alle leverandører og ikke gir norske leverandører en reell konkurransefordel. Derfor legger vi til grunn at et påbud om å tilby særskilte strømvtaletyper ikke vil komme i strid med EØS-avtalens hoveddel.

Dersom departementet identifiserer forhold ved et påbud som er egnet til å stille utenlandske leverandører i en dårligere posisjon i markedet, må påbudet være egnet til å oppnå økt

²⁵ Jf. direktiv 2019/944 fortalepunkt 1 til 3.

²⁶ Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Regulations (EU) 2019/943 and (EU) 2019/942 as well as Directives (EU) 2018/2001 and (EU) 2019/944 to improve the Union's electricity market design, publisert av EU-kommisjonen 14. Mars 2023.

forbrukerbeskyttelse og ikke gå lenger enn nødvendig for å oppnå dette målet. Ettersom vi ikke finner grunn til å tro at påbud av den typen departementet ser for seg vil utgjøre noen restriksjon, vil vi ikke drøfte vilkårene for å rettferdiggjøre en slik restriksjon nærmere.

4.1.3.3 Konklusjon

EØS-avtalen er ikke til hinder for at det innføres nasjonale påbud som krever at strømleverandører tilbyr spotprisavtaler eller fastprisavtaler til forbrukerkunder. Det finnes imidlertid manglende retningslinjer for om det kan innføres påbud til andre strømvtaletyper, og det må vurderes konkret om det enkelte påbudet er egnet til å redusere konkurransen blant leverandører eller graden av forbrukerbeskyttelse i markedet.

4.2 Krav til innhold i strømvtaler rettet mot forbrukere

4.2.1 Innledning

Departementet har bedt Schjødt om å utrede adgangen til å vedta følgende lovgivning:

“Krav til innhold i strømvtaler rettet mot forbrukere, som f.eks. krav til maksimal bindingstid, krav til prisvarighet eller forbud mot prisendringer i en viss periode etter avtaleinngåelse, maksstørrelse på bruddgebyr og forbud mot eller begrensninger i adgangen til å kreve forskuddsfakturering i forskrift om kraftomsetning og netjtjenester.”

Vi forstår spørsmålet slik at BFD ønsker å vite i hvilken grad Norge kan innføre krav til eller begrensninger i bruken av enkelte avtalevilkår, og om det eventuelt følger positivt angitte krav til innholdet i vilkårene etter EØS-avtalen. De vilkårene som BFD vurderer å innføre, er kommentert enkeltvis nedenfor. Innledningsvis gis det en innføring i generelle krav til innhold i strømvtaler rettet mot forbrukere.

4.2.2 Sentrale regelverk

4.2.2.1 Utgangspunktet i direktiv 2009/72

Det er flere regelverk som stiller krav til innhold i forbrukeravtaler under EØS-avtalen. Et direktiv som kan nevnes innledningsvis er direktiv 1999/44²⁷ om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier. Salg av strøm er unntatt virkeområdet til direktiv 1999/44 etter artikkel 1 nr. 2 bokstav b, og reguleres derfor ikke av direktivet. Krav til innhold i strømvtaler rettet mot forbrukere følger i stedet av sektorspesifikke direktiver. Et særlig relevant direktiv på dette punktet er direktiv 2009/72 om felles regler for det indre marked for elektrisk kraft.

Direktiv 2009/72 artikkel 3 inneholder regler om forbrukerrettigheter ved salg av strøm til forbrukere. Bestemmelsenes formål er å styrke forbrukeres vern på strømmarkedet ved å tydeliggjøre enkelte minsterettigheter og -krav ved salg av strøm til forbrukere. Minstekravene knytter seg særlig til hvilken informasjon som skal være tilgjengelig i strømvtalen. Det vil ligge innenfor Norges handlingsrom å innføre regler som pålegger tilsvarende informasjonskrav. Det vises i den anledning til direktivets vedlegg I artikkel 1 bokstav a, som fastslår at tiltak under direktivets artikkel 3 skal sikre at alle forbrukere har rett til en strømvtale der følgende angis:

- leverandørens navn og adresse

²⁷ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 1999/44/EF av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier, inntatt i EØS-avtalen vedlegg XIX gjennom EØS-komiteens beslutning nr. 12/2000 av 28. januar 2000.

- hvilke tjenester som ytes, kvalitetsnivået på tjenestene samt tidspunkt for første tilkøpling
- hvilke vedlikeholdstjenester som ytes
- på hvilken måte ajourførte opplysninger om alle gjeldende tariffer og vedlikeholdskostnader kan innhentes
- kontraktens varighet, vilkårene for fornyelse og avslutning av tjenestene og kontrakten samt hvorvidt det er mulig å si opp kontrakten uten kostnader
- eventuell erstatning eller tilbakebetaling dersom tjenestene ikke har den kvaliteten som er angitt i kontrakten, herunder ukorrekt eller forsinket fakturering
- hvordan framgangsmåten for tvisteløsning iverksettes
- opplysninger knyttet til forbrukerrettigheter, herunder klagebehandling, skal være tydelig angitt på fakturaen som sendes forbruker eller strømselskapets nettsted.

Siden direktiv 2009/72 stiller krav til minimumsharmonisering, kan det ikke innføres mindre strenge regler enn det som kommer frem i direktiv 2009/72 vedlegg I. Direktivet er imidlertid ikke til hinder for å innføre mer omfattende krav til strømvitalens innhold, og artikkel 3 nr. 7 fastslår uttrykkelig at medlemsstatene skal stille krav for å sikre et høyt nivå av forbrukervern. For at det skal være en realitet i målet om et høyt nivå for forbrukervern, må de oppgitte avtalevilkårene formidles til strømkunden på en måte som gjør det mulig for forbrukeren å forstå sine krav og forpliktelser under kontrakten. Dette inkluderer blant annet en plikt til å se de opplistede opplysningene i forkant av avtaleinngåelsen.²⁸

Dersom nasjonale krav til kontraktsvilkår er egnet til å sikre en høy grad av forbrukerbeskyttelse, vil ikke direktiv 2009/72 være til hinder for dette. Unntaket er hvis de nasjonale kravene innebærer en forskjellsbehandling eller konkurransebegrensning mellom strømleverandører på en måte som kommer i strid med direktivets formål.

4.2.2.2 Grensen mot urimelige avtalevilkår etter direktiv 93/13

Direktiv 93/13 om vern av forbrukere mot urimelige avtalevilkår er en ytre skranke for hvilke vilkår som kan stilles i strømvitaler rettet mot forbrukere. Direktivet kommer kun til anvendelse på ikke-individuelt fremforhandlede avtaler mellom en leverandør og en forbruker.²⁹ Dette vil være tilfellet for de fleste strømvitaler inngått med forbrukere i Norge. Vedlegg I til direktiv 2009/72 slår uttrykkelig fast at direktivets bestemmelser ikke berører de rettigheter som forbrukere har etter direktiv 93/13.

Ifølge direktiv 93/13 artikkel 3 nr. 1 er et avtalevilkår urimelig 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.*" Et urimelig avtalevilkår skal ifølge artikkel 6 ikke være bindende for forbrukeren. Vedlegg I til direktivet oppstiller en ikke-uttømmende og veiledende

²⁸ Direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 7 og vedlegg I nr. 1 bokstav a. Dette er inntatt i det nye direktiv 2019/944 artikkel 10 nr. 3 andre ledd. Se til sammenligning EU-domstolens sak C-263/22 *Occidental* avsnitt 29.

²⁹ Direktiv 93/13 artikkel 3 nr. 1.

liste med oversikt over vilkår som kan anses som urimelige. Enkelte punkter som kan være spesielt relevante for strømavtaler i vedlegg I er:

- å pålegge en forbruker som ikke oppfyller sine forpliktelser, å godtgjøre dette ved å betale et uforholdsmessig stort beløp,
- å tillate den næringsdrivende å foreta ensidige endringer av vilkårene i avtalen uten å ha en gyldig grunn som er oppført i avtalen,
- å tillate den næringsdrivende å foreta ensidige endringer av egenskaper ved det produkt eller den tjeneste som skal leveres uten at han har en gyldig grunn.

EU-domstolen har i sak C-263/22 *Ocidental* lagt til grunn at direktiv 93/13 innebærer en forpliktelse for næringsdrivende til å formidle avtalevilkår på en måte som gjør en alminnelig oppegående forbruker i stand til å forstå og vurdere vesentlige økonomiske konsekvensene av vilkårene. Domstolen uttaler følgende i avsnitt 25:

"The Court has stated that the requirement of transparency of contractual terms, as resulting from those provisions, must be construed broadly and that it cannot be reduced merely to those terms being formally and grammatically intelligible. That requirement requires that an average consumer, who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect, is in a position to understand the specific functioning of that term and thus evaluate, on the basis of clear, intelligible criteria, the potentially significant economic consequences of such a term for his or her financial obligations."

Dette innebærer at en strømleverandør ikke kan formulere en avtale på en måte som er vanskelig for en vanlig aktsom forbruker å forstå, men at avtalen må inneholde informasjon som gjør det mulig for forbrukeren å forstå de potensielle økonomiske konsekvensene av avtalevilkårene. Tilsvarende standpunkt følger av sak C-92/11 RWE Vertrieb, der domstolen uttaler i avsnitt 50 at:

"With respect, in the first place, to the information to be given to the consumer, it is clear that that obligation to make the consumer aware of the reason for and method of the variation of those charges and his right to terminate the contract is not satisfied by the mere reference, in the general terms and conditions, to a legislative or regulatory act determining the rights and obligations of the parties. It is essential that the consumer is informed by the seller or supplier of the content of the provisions concerned."

Direktiv 93/13 stiller krav til minimumsharmonisering, og ifølge artikkel 8 kan det innføres nasjonal lovgivning som gir forbrukere et mer omfattende vern enn det som følger av direktivet. Bestemmelsen lyder slik:³⁰

"Medlemsstatene kan i samsvar med traktaten vedta eller opprettholde strengere bestemmelser på området som omfattes av dette direktiv, for å sikre forbrukeren et mer omfattende vern."

³⁰ Se i denne forbindelse EU-domstolens sak C-191/15 *Amazon* avsnitt 55.

Forutsetningen etter artikkel 8 er at de nasjonale bestemmelsene er "*i samsvar med traktaten*" og begrunnet i behovet for et sterkere forbrukervern. I EØS-avtalens kontekst innebærer henvisningen til "traktaten" at begrensningene ikke kan stå i strid med EØS-avtalens hoveddel, i første rekke artikkel 11.

Som nevnt skilles det mellom produktkrav og salgsmetoder etter EØS-avtalen artikkel 11, hvor produktkrav alltid vil være restriksjoner, mens salgsmetoder først vil være restriksjoner om reglene medfører en ulempe for utenlandske leverandører som ikke gjelder for innenlandske.³¹ Restriksjoner etter EØS-avtalen artikkel 11 må være nødvendige for å ivareta et beskyttelsesverdig behov for å være lovlige. Så lenge et tiltak ikke utgjør en restriksjon eller kan rettferdiggjøres, kan Norge innføre lovgivning som oppstiller strengere regler enn direktivet for å sikre økt forbrukervern uten at dette står i strid med EØS-avtalen.

4.2.3 Krav til maksimal bindingstid og retten til å bytte leverandør

Verken direktiv 2009/72 eller direktiv 93/13 oppstiller påbud eller forbud mot bruk av vilkår om bindingstid i forbrukerkontrakter. Siden direktivene kun stiller krav til minimumsharmonisering, er ikke disse til hinder for at det innføres begrensninger i retten til å avtale bindingstid i strømvtales mellom strømlleverandører og forbrukere. Nasjonale regler kan imidlertid ikke undergrave formålet bak direktiv 2009/72 om å sikre en høy grad av forbrukervern og konkurranse eller om å gi forbrukere en reell valgfrihet.³²

Direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 5 sikrer forbrukere en rett til å bytte strømlleverandør. Bestemmelsen lyder slik:

“Medlemstatene skal sikre

A) At dersom en kunde som overholder kontraktsvilkårene, ønsker å bytte leverandør, gjennomføres byttet av den eller de berørte operatører innen tre uker, og

B) At kundene har rett til å motta alle relevante forbruksdata

Medlemsstatene skal sikre at forbrukerne garanteres rettighetene omhandlet i bokstav a) og b) på en ikke-diskriminerende måte med hensyn til kostnader, arbeid og tid.”

Retten til å bytte strømlleverandør er absolutt. Det innebærer at kunden skal kunne si seg løs fra strømvtales på et hvilket som helst tidspunkt med tre ukers frist, uavhengig av en eventuell bindingstid, dersom kunden ikke er i mislighold av sine kontraktsforpliktelser og ber om å bytte leverandør. Norges adgang til å innføre regler om bindingstid er begrenset gjennom bestemmelsen ved at staten har en plikt til å sikre retten til leverandørbytte innen tre uker.

Videre skal retten til å bytte strømlleverandør være reell. Norge har etter direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 5 andre ledd en plikt til å "*garantere*" at retten til å bytte leverandør kan utøves, og etter nr. 7 at "*kunder i praksis lett kan bytte leverandør.*" I denne forbindelse følger det av direktivet vedlegg I nr. 1 bokstav e at en leverandør ikke kan kreve av en forbruker å betale for bytte av strømlleverandør.

³¹ EU-domstolens forente saker C-267/91 og C-268/91 *Keck* avsnitt 15 til 17. Se punkt 4.1.2.3 i rapporten.

³² Direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 7 og fortalepunkt 1.

Nasjonal lovgivning som stiller krav til innhold i strømvtaler, må reflektere kravene som kommer frem i direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 5, og må gjøre det praktisk lett for forbrukere å bytte strømleverandør. Bestemmelsen utelukker imidlertid ikke at forbrukeren pålegges bruddgebyr som følge av leverandørbytte i bindingstiden, som drøftes nærmere under punkt 4.2.4 i rapporten.

Begrensninger i adgangen til å avtale bindingstid mellom en forbruker og en næringsdrivende kan gjøre det enklere for forbrukeren å bytte strømleverandør, og bidra til å oppfylle plikten i direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 5. I et konkurransepreget marked der ulike leverandører kan tilby strømvtaler til ulike priser og med ulike egenskaper, kan en begrensning i adgangen til å avtale bindingstid både bidra til økt konkurranse og et sterkere forbrukervern.

En kort bindingstid kan imidlertid gi et svekket forbrukervern ved at strømleverandøren får en tilsvarende kort frist som forbrukeren til å si opp avtalen. Det følger imidlertid av direktiv 93/13 artikkel 3 nr. 3 og vedlegg I bokstav g at det kan regnes som et urimelig avtalevilkår:

"å tillate den næringsdrivende å bringe en ikke tidsbegrenset avtale til opphør uten rimelig varsel, med mindre det foreligger alvorlige grunner til dette."

Ved å ta inn et forbud mot at næringsdrivende strømleverandører avslutter en strømvtale uten at det gis rimelig varsel eller uten at det foreligger alvorlige grunner slik som betalingsmislighold, vil dette redusere risikoen for at en kort bindingstid gir utilsiktede ulemper for forbrukeren. På denne måten kan det sikres at en nasjonal regel om maksimal bindingstid ikke går imot formålet i direktiv 2009/72 om et sterkere forbrukervern.

Det finnes andre EU-regelverk som stiller krav til maksimal bindingstid i forbrukeravtaler, hvor det for eksempel følger av direktiv 2002/22³³ (endret av direktiv 2009/136³⁴, som ikke er tatt inn i EØS-avtalen) artikkel 30 nr. 5 at:

"Member States shall ensure that contracts concluded between consumers and undertakings providing electronic communications services do not mandate an initial commitment period that exceeds 24 months. Member States shall also ensure that undertakings offer users the possibility to subscribe to a contract with a maximum duration of 12 months."

I direktiv 2018/1972,³⁵ som avskaffer og erstatter direktiv 2002/22, er følgende presisering tatt inn i artikkel 105 nr. 1:

"Member States may adopt or maintain provisions which mandate shorter maximum contractual commitment periods."

³³ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2002/22/EF av 7. mars 2002 om leveringspliktige tjenester og brukerrettigheter i forbindelse med elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester, inntatt i EØS-avtalen vedlegg II gjennom EØS-komiteens beslutning nr. 11/2004 av 6. februar 2004.

³⁴ Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws.

³⁵ Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (Recast).

Formålet bak bestemmelsene er å sikre et økt forbrukervern på telekommunikasjonssektoren ved å gjøre det enkelt å bytte leverandør når dette er i forbrukerens interesse.³⁶ Tilsvarende hensyn er aktuelle på området for forbrukerstrømvtaler, og det legges til grunn at nasjonale regler av samme type vil kunne innføres uten at dette står i strid med EØS-avtalen.

Nasjonale begrensninger i adgangen til bruk av bindingstid innebærer en begrensning i salgsmetoder som vil ramme alle aktører på strømmerketet like hardt og vil ikke hindre markedsadgangen for utenlandske leverandører. Det er ingen holdepunkter for at et utenlandsk strømselskap som tilbyr strøm til en forbruker i Norge, rammes hardere av et forbud enn et norsk strømselskap. Begrensninger i bruk av bindingstid utgjør derfor ikke en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11.

Etter dette blir konklusjonen at EØS-avtalen ikke er til hinder for at det vedtas nasjonale regler som stiller krav til maksimal bindingstid. Det finnes ingen veiledning for hvor langt bindingstiden kan begrenses, og det må legges til grunn at Norge har et betydelig handlingsrom så lenge reglene om bindingstid ikke kommer i veien for konkurransen på merketet eller for en høy grad av forbrukervern. I tillegg må retten til å bytte leverandør innen tre uker ivaretas. Hvis disse vilkårene er oppfylt, vil det også være adgang til å innføre et totalforbud mot bindingstid.

4.2.4 Begrensninger i adgangen til å ilegge bruddgebyr

Et bruddgebyr er et gebyr som pålegges en forbruker som sier opp en strømvtale før utløpet av avtalens bindingstid. Bruk av bruddgebyr kan medføre et press på forbrukeren som kan gjøre det praktisk vanskelig å utøve retten til å gå ut av ugunstige strømvtaler og å bytte strømleverandør, og kan gjøre det nødvendig med nasjonale tiltak i samsvar med direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 5 og 7.

Retten til å kreve betaling ved brudd på bindingstiden er ikke uttrykkelig regulert i direktiv 2009/72, ut over at artikkel 3 nr. 5 andre ledd stiller krav til at eventuelle kostnader ved leverandørbytte utføres på en ikke-diskriminerende måte. Direktivets vedlegg I nr. 1 bokstav a femte strekpunkt fastslår også at en strømvtale må definere "*hvorvidt det er mulig å si opp kontrakten uten kostnader,*" men sier ingenting om adgangen til å vedta nasjonal lovgivning som fritar forbrukeren fra å betale slike kostnader. Vedlegg I nr. 1 bokstav e bestemmer at en forbruker ikke skal betale for bytte av strømleverandør, men et bruddgebyr kan rekke lenger enn slike kostnader og kan inntre uavhengig av om forbrukeren bytter leverandør. Direktiv 93/13 gir ikke nærmere retningslinjer for om et avtalevilkår om bruddgebyr kan forbys under EØS-avtalen.

En begrensning i adgangen til å ilegge bruddgebyr er egnet til å styrke graden av forbrukervern og til å gjøre det enklere for forbrukere å bytte leverandør. Samtidig utgjør en slik begrensning et inngrep i strømmerketet som kan komme i strid med direktivets formål om fri konkurranse. Etter vårt syn vil ikke en regel om bruddgebyr gripe inn i merketet på en måte som undergraver direktivets formål når formålet er å styrke forbrukervernet.

Ettersom begrensninger i retten til å ilegge bruddgebyr er egnet til å fremme direktivets formål om et sterkt forbrukervern, vil det være en vid adgang til å innføre slike nasjonale regler så lenge de ikke utgjør et større inngrep i merketet enn nødvendig. Departementet må gjøre en selvstendig vurdering av om bruddgebyr kan gi uheldige konsekvenser for konkurransen på

³⁶ Direktiv 2009/136 fortalepunkt 47.

strømmerket, og om det er nødvendig med nasjonale regler om bruddgebyr for å styrke graden av forbrukervern.

EU-domstolen er i sak C-371/22 *G sp. z o.o. mot S.A* blitt bedt om å vurdere adgangen til bruk av bruddgebyr når en kunde som har inngått avtale med bindingstid ønsker å utøve sin rett til å bytte leverandør under direktiv 2009/72/EF. Den foreleggende domstolen ber om svar på om direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 5 og 7 skal:

“be interpreted as precluding the possibility of imposing a contractual penalty on an energy customer for terminating a fixed-term energy supply contract where the energy customer wishes to change energy supplier, irrespective of the amount of loss suffered.”³⁷

Det er ikke gitt et svar på dette spørsmålet på rapportens tidspunkt. Avgjørelsen kan gi retningslinjer for reguleringen av bruddgebyr, og kan i større eller mindre grad avvike fra det vi skriver i denne rapporten. Vi forventer at det vil komme en dom innen utløpet av 2023.

I samsvar med vurderingen som er gjort under punkt 4.1.2.3 i denne rapporten, vil det ikke være i strid med EØS-avtalen artikkel 11 å innføre nasjonale begrensninger mot bruddgebyr så lenge inngrepet gjelder likt for alle leverandører. Det er ikke grunn til å tro at et tiltak av denne typen vil rammes av restriksjonsforbudet. Uansett vil en restriksjon kunne rettfærdiggjøres på samme bakgrunn som etter direktiv 2009/72.

Vår vurdering er at det ikke vil være i strid med EØS-avtalen å innføre nasjonal lovgivning som begrenser adgangen for strømlleverandører til å ilagge bruddgebyr overfor forbrukere som sier opp en strømvtales før utløpet av bindingstiden.

4.2.5 Krav til prisvarighet og forbrukerens rettigheter ved prisjusteringer

Et påbud om prisvarighet i en satt periode innebærer at strømselskapet ikke kan endre kontraktsprisen i den avtalte "låste" perioden. En lovregulert prisvarighet etter avtaleinngåelse (tidsbegrensning før prisendring kan gjennomføres) vil utgjøre en begrensning i strømselskapenes avtalekompetanse. Direktiv 93/13 og direktiv 2009/72 inneholder ingen regler om adgangen til å innføre slike krav i nasjonal rett.

Direktiv 2009/72 har til formål å skape konkurranse og faktiske valgmuligheter for forbrukere. En nasjonal regel som påbyr en fast prisvarighet, vil kunne medføre at strømselskaper bindes til en lav kontraktspris selv om markedssvingninger leder til en vesentlig økning i innkjøpspris. Det kan også tenkes at mindre aktører ikke vil ha råd til å ta risikoen ved å tilby laveste pris, i tilfelle selskapet må bære tapet ved eventuelle store markedsendringer. Regler om prisvarighet kan derfor risikere å undergrave formålet bak direktiv 2009/72 i strid med EØS-avtalen.

I tillegg kan et krav til prisvarighet gjøre det praktisk vanskelig for strømlleverandører å bestemme prisen for strøm som selges til forbrukere. Som nevnt følger det av direktiv 2019/944 artikkel 5 at det ikke skal innføres begrensninger i retten til å bestemme prisen på strøm, som kan være til hinder for krav til prisvarighet. Selv om direktivet ikke er tatt inn i EØS-avtalen, bygger det på samme formål som direktiv 2009/72, og gir uttrykk for at krav til prisvarighet som

³⁷ Foreleggelsesbrevet til sak C-371/22 *G sp. z o.o. mot S.A* finnes på EU-domstolens nettsider her: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=263426&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&c id=14034530>.

ikke er nødvendige for å sikre en høy grad av forbrukerbeskyttelse kan komme i strid med EØS-avtalen.

Departementet må gjøre en konkret vurdering av om krav til prisvarighet er et nødvendig middel for å sikre det ønskede nivået av forbrukervern. Den lovbestemte låste perioden kan ikke vare lenger enn det som er strengt nødvendig for å verne forbrukere, og kan ikke være evigvarende.

Når perioden med låst pris er utløpt, kan avtalens prisvilkår kun endres der en slik prisjusteringsmekanisme følger av avtalen.³⁸ I denne forbindelse følger det av direktiv 2009/72 vedlegg I artikkel 1 bokstav a at forbrukeren skal ha rett til å heve kontrakten dersom vedkommende ikke aksepterer de nye avtalevilkårene som leverandøren har satt. Etter samme bestemmelse skal forbrukeren:

“underrettes i god tid om eventuelle planer om endring av kontraktvilkårene og om sin rett til å heve kontrakten når underretningen er gitt; tjenesteleverandørene skal underrette sine kunder direkte om eventuelle prisøkninger på en oversiktlig og forståelig måte, i god tid og ikke senere enn én vanlig faktureringsperiode etter at økningen trer i kraft.”

Et krav til prisvarighet utgjør en begrensning i salgsmetoder som vil ramme alle leverandører likt, og innebærer ikke en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11. EØS-avtalen er derfor ikke til hinder for at det innføres krav til prisvarighet hvis dette anses som nødvendig for å sikre en høy grad av forbrukerbeskyttelse, og krever at en forbruker gis rett til å heve avtalen der strømleverandøren gjør ensidige endringer i prisvilkårene.

4.2.6 Begrensninger i adgangen til å innføre et forbud mot forskuddsfakturering

Schjødt er bedt om å vurdere om det er adgang til å innføre forbud mot forhåndsfakturering av forbrukere. Vi tolker forskuddsfakturering slik at departementet sikter til fakturering hvor forbrukeren forskuddsbetaler for et estimert strømforbruk.

Direktiv 2009/72 oppstiller ingen bestemte regler om når forbrukeren skal motta faktura. I mangel av andre reguleringer vil et forbud mot forhåndsfakturering vurderes etter EØS-avtalens hoveddel. Som vist i punkt 4.1 vil tiltak som innebærer begrensninger i salgsmetoder, og ikke spesifikasjoner ved varen som selges, først utgjøre en restriksjon på EØS-avtalen artikkel 11 dersom tiltaket rammer innenlandske og utenlandske leverandører like hardt.

Bruk av forskuddsfakturering kan være særlig nyttig for utenlandske selskap ved at det gir en sikkerhet for fremtidig betaling. Ved uteblitt betaling kan en utenlandsk aktør tenkes å finne det mer utfordrende å innhente krav i Norge gjennom det norske rettsapparatet. Et forbud er derfor egnet til å stille norske aktører i en fordelaktig posisjon sammenlignet med utenlandske aktører.

Praksis fra EU-domstolen understøtter at nasjonale tiltak som legger føringer på når leverandør kan kreve betaling kan utgjøre begrensninger i salgsmetoder, siden dette kan gjøre det vanskeligere for utenlandske aktører å håndtere betalingsmislighold fra kundenes side. Vi viser særlig til EU-domstolens sak C-205/07 *Gysbrechts* avsnitt 41 og 42:

"In the main proceedings, it is clear, as the Belgian Government has moreover noted in its written observations, that the prohibition on requiring an advance payment deprives the traders concerned of an efficient tool with which to guard against the risk

³⁸ Dette reflekteres i direktiv 93/13 artikkel 3 nr. 3 og vedlegg I bokstav j.

of non-payment. That is even more the case when the national provision at issue is interpreted as prohibiting suppliers from requesting that consumers provide their payment card number even if they undertake not to use it to collect payment before expiry of the period for withdrawal.

As is clear from the order for reference, the consequences of such a prohibition are generally more significant in cross-border sales made directly to consumers, in particular, in sales made by means of the internet, by reason, inter alia, of the obstacles to bringing any legal proceedings in another Member State against consumers who default, especially when the sales involve relatively small sums."

Vi legger derfor til grunn at begrensninger i adgangen til å kreve forskuddsbetaling vil kunne utgjøre en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11, og at slike begrensninger må rettfærdiggjøres for å være lovlige.

Et tiltak kan rettfærdiggjøres hvis det er et egnet middel for å oppnå et beskyttelsesverdig formål, og ikke går lenger enn nødvendig for å ivareta dette formålet.³⁹ En høy grad av forbrukerbeskyttelse er anerkjent som et beskyttelsesverdig formål, som betyr at et tiltak som er egnet til å oppfylle dette formålet ikke står i strid med EØS-avtalen artikkel 11 der det ikke finnes mindre inngripende, alternative tiltak.⁴⁰

I *Gysbrechts* kom EU-domstolen til at restriksjonen kunne rettfærdiggjøres i behovet for forbrukerbeskyttelse fordi den sikret retten til en effektiv angrerett. Vi viser til avsnitt 56 i dommen:

"Even if the prohibition on requiring a payment during the period for withdrawal increases the uncertainty of suppliers as to whether the price for the delivered goods will be paid, that prohibition is clearly necessary to ensure the level of protection intended by the provision at issue in the main proceedings. In fact, a consumer who has made an advance payment to a supplier will be less inclined to exercise his right of withdrawal, even if he finds the delivered goods to be not entirely in accordance with his requirements."

På samme måte vil et forbud mot forskuddsfakturering skape usikkerhet for strømleverandørene, samtidig som at det kan bidra til å effektivisere forbrukerens rettigheter til å gå ut av en strømvtale og å bytte leverandør etter direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 7 og vedlegg I nr. 1 bokstav b. Vi legger derfor til grunn at begrensninger i retten til å avtale forskuddsfakturering vil kunne rettfærdiggjøres og stå i samsvar med EØS-avtalen.

Når dette er sagt, kan ikke departementet innføre begrensninger som går lenger enn det som er strengt nødvendig. Dersom departementet finner at en mindre inngripende begrensning i adgangen til å kreve forskuddsfakturering gir en tilstrekkelig grad av forbrukerbeskyttelse, vil det være unødvendig inngripende å for eksempel innføre et totalforbud mot denne handelspraksisen. Departementet må gjøre en konkret vurdering av om det tilsiktede tiltaket går lenger enn nødvendig.

Det kan tenkes mindre inngripende tiltak enn et totalforbud. En regel om fakturering med en viss hyppighet vil gjøre det lettere for forbrukeren å utøve sin rett til å bytte strømselskap,

³⁹ EU-domstolens sak C-205/07 *Gysbrechts* avsnitt 45.

⁴⁰ EU-domstolens sak C-205/07 *Gysbrechts* avsnitt 47.

samtidig som et eventuelt tap ved manglende leveranse blir minimert. Selv om forbrukeren får hyppige fakturaer for kortere perioder, vil imidlertid risikoen for manglende leveranse ligge hos forbrukeren. Alternative tiltak er derfor trolig ikke egnet til å oppnå den samme risikofordelingen som et forbud mot forhåndsfakturering søker å oppnå.

På denne bakgrunn vil det etter vår vurdering ikke være i strid med EØS-avtalen å innføre begrensninger eller totalforbud i retten til forhåndsfakturering hvis departementet kommer til at det ikke finnes noen alternative tiltak som ivaretar behovet for forbrukerbeskyttelse.

4.3 Makspåslag som kraftleverandører kan kreve i strømvavtaler overfor forbrukere

4.3.1 Innledning

Departementet har bedt Schjødt om å utrede adgangen til å vedta følgende lovgivning:

“Et makspåslag en kraftleverandør kan kreve i strømvavtaler som tilbys forbrukere.”

Vi forstår dette som at det ønskes en utredning av adgangen til å innføre et forbud mot påslag over en viss grense i spotprisavtaler. Vi leser forslaget slik at ordet makspåslag sikter til maksimalt påslag som en strømleverandør kan kreve i tillegg til selve spotprisen ved spotprisavtaler.

Et makspåslag kan enten være en beløpsmessig grense eller en prosentvis grense. I begge tilfeller utgjør et makspris påslag en begrensning i strømselskapenes inntjeningsmuligheter. En regulering av makspåslag en strømleverandør kan kreve, kan medføre lavere priser for forbrukere, men utgjør samtidig et inngrep i konkurransen på markedet.

4.3.2 Makspåslag og direktiv 2009/72

Norge er forpliktet til å sikre et høyt nivå av forbrukervern etter direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 7. Direktivet gir imidlertid begrensede retningslinjer for hvordan dette skal oppnås. Som nevnt kan det ikke treffes nasjonale tiltak som undergraver direktivets formål. Det følger av fortalen til direktiv 2009/72 at et konkurransebasert marked er ansett å styrke forbrukerrettighetene. I direktivets fortalepunkt 55 fremgår det at:

“Dette direktiv bør fokusere på forbrukernes interesser, og kvaliteten på tjenestene bør være en sentral del av elektrisitetsforetakenes ansvar. Forbrukernes eksisterende rettigheter må styrkes og sikres og bør innebære økt innsyn. Forbrukervernet bør sikre at alle forbrukere innenfor Fellesskapet i vid forstand nyter godt av et konkurransebasert marked. Forbrukerrettighetene bør styrkes av medlemsstatene eller, når en medlemsstat har fastsatt dette, av reguleringsmyndighetene.”

Betydningen av forbrukernes adgang til et marked preget av rettfærdig konkurranse er videre understreket i fortalens avsnitt 57, hvor det står at:

“Fremming av rettfærdig konkurranse og lett tilgang for ulike leverandører samt kapasitet for ny elektrisitetsproduksjon bør være av største betydning for medlemsstatene, for at forbrukerne skal kunne dra full nytte av mulighetene ved et liberalisert indre marked for elektrisk kraft.”

Nasjonale regler for å sikre høyt nivå for forbrukervern kan ikke undergrave direktivets overordnede formål. Nasjonale regler kan derfor ikke bidra til mindre konkurransedyktige priser. I den grad et lovregulert makspåslag medfører lavere grad av konkurranse eller påvirker prisenes konkurransedyktighet, kan dette komme i strid med direktivets formål.

Makspåslag er et tiltak som ligger tett opp mot statlig fastsetting av strømprisene, og som utgjør en begrensning i strømleverandørenes adgang til å bestemme sine egne strømpriser. Dette kan komme i strid med formålet bak direktiv 2009/72, som kommer til uttrykk gjennom direktiv 2019/944 artikkel 5 nr. 1 og 2:

"Suppliers shall be free to determine the price at which they supply electricity to customers. Member States shall take appropriate actions to ensure effective competition between suppliers.

Member States shall ensure the protection of energy poor and vulnerable household customers pursuant to Articles 28 and 29 by social policy or by other means than public interventions in the price setting for the supply of electricity."

Begrensninger i retten til å bestemme hvilken pris som kan kreves for strømleveranser til forbrukere kan kun skje i unntakssituasjoner der det er strengt nødvendig. Slik vi ser det, vil en generell regel om makspåslag være vanskelig å forene med direktiv 2009/72 sitt formål om å sikre et fritt elektrisitetmarked.

Dersom departementet vurderer å innføre en form for makspåslag, må det etter vår oppfatning gjøres innenfor rammen av en offentlig tjenesteytelse. Regelverket om offentlige tjenesteytelser finnes i EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2, som lyder slik:

"Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem. Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser."

Dette utfylles av direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 2 første og andre setning:

"Idet det fullt ut tas hensyn til traktatens bestemmelser, særlig artikkel 86, og av hensyn til allmenne økonomiske interesser kan medlemsstatene pålegge foretak i elektrisitetssektoren forpliktelser til å yte offentlig tjeneste som kan gjelde sikkerhet, herunder forsyningssikkerhet, regelmessighet, kvalitet på og pris for forsyninger, samt miljøvern, herunder energieffektivitet, energi fra fornybare kilder og klimabeskyttelse. Slike forpliktelser skal være klart definert, oversiktlige, ikke-diskriminerende og kontrollerbare og skal sikre elektrisitetsforetak i Fellesskapet lik tilgang til nasjonale forbrukere."⁴¹

Bestemmelsen gjelder inngrep i markedet i form av forpliktelser, der foretak pålegges å utføre visse oppgaver i allmennhetens interesse som foretakene ellers ikke ville utført under normale markedsvilkår. Etter vårt syn vil imidlertid ikke forbrukervern helt generelt regnes som en allmenn økonomisk interesse som kan rettferdiggjøre en regulering av strømmarkedet gjennom offentlige tjenesteytelser. For å benytte en slik reguleringsmåte må det finnes et konkret og presserende behov som ikke kan løses uten statlig intervensjon. Offentlige tjenesteytelser kan

⁴¹ Artikkel 86 som nevnes i direktiv 2009/72 artikkel 3 nr. 2 tilsvarer i dag Traktaten om den europeiske unions virkemåte artikkel 106, som igjen tilsvarer EØS-avtalen artikkel 59.

for eksempel benyttes for å gi leveringssikkerhet til særlig sårbare forbrukere som ikke har råd til strøm til normal markedspris.⁴²

Konklusjonen blir at det ikke kan innføres en nasjonal regel som på generelt grunnlag stiller krav til makspåslag uten at dette er strengt nødvendig. Vi vurderer det slik at en generell henvisning til en høy grad av forbrukervern ikke er tilstrekkelig for å innføre regler om makspåslag. Et eventuelt makspåslag bør alltid være tidsbegrenset og utsatt for jevnlig nødvendighetsvurderinger slik at den nasjonale regelen avskaffes når behovet for makspåslag faller bort.

4.3.3 Makspåslag og EØS-avtalen artikkel 11

Hvis ikke det er i strid med direktiv 2009/72 å innføre et makspåslag, blir spørsmålet om det kan komme i strid med EØS-avtalens hoveddel.

Regler om makspåslag kan utgjøre en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11 hvis ordningen stiller utenlandske leverandører i en dårligere posisjon enn innenlandske. En slik regel kan innebære en forskjellsbehandling hvis makspåslaget ikke tar høyde for eventuelle ekstrakostnader som utenlandske leverandører har, slik som frakt- og importkostnader. Dette kommer frem i EU-domstolens sak 116/84 Roelstraete avsnitt 20:

"A system of price control such as that described by the cour d' appel may constitute a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction on imports if the maximum gross profit margin imposed for the retail sale of beef, veal and pigmeat is fixed so as to incorporate import costs which the retailer may have incurred. Such a gross profit margin is fixed at a single amount which is applicable both where the retailer obtains his supplies from the national market and where he decides to import his products by buying them directly on the markets of other member states. It follows that the net profit of a retailer who has imported his products from other member states is reduced by an amount corresponding to the import costs and is, therefore, lower than the profit which a retailer can make by buying his products on the national market."

Salg av strøm skiller seg fra annet salg ved at det ikke er nødvendig å betale frakt- eller importkostnader ved salg til norske forbrukere. Derfor vil heller ikke et makspåslag innebære noen restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11. I den grad det kan identifiseres tilleggs kostnader som kun utenlandske strømlleverandører må betale, må disse kostnadene tas med i beregningen av makspåslag for ikke å utgjøre en restriksjon i EØS-avtalen artikkel 11 sin forstand. Dette er imidlertid en lite realistisk situasjon for strømvavtaler, og en regel om makspåslag vil ikke rammes av restriksjonsforbudet.

4.4 Markedsføring av strømvavtaler

4.4.1 Innledning

Departementet har bedt Schjødt om å utrede adgangen til å vedta følgende lovgivning:

"Krav eller begrensninger knyttet til markedsføring, herunder opplysningsplikt om eventuell risiko for forbrukere forbundet med andre avtaler enn spotprisavtaler."

⁴² Se EU-domstolens sak C-683/19 *Viesgo* avsnitt 53.

Departementet ber om en generell vurdering av hvilke krav eller begrensninger som stilles til markedsføringen ved salg av strøm til forbrukere. Markedsføring i form av koblingssalg behandles særskilt under punkt 4.5 i denne rapporten, mens adgangen til å oppstille begrensninger for fjernsalg og salg utenfor de næringsdrivende faste forretningslokaler behandles under punkt 4.6. Under dette punktet redegjøres det for generelle krav til markedsføring som næringsdrivende alltid må overholde overfor forbrukere.

Et viktig utgangspunkt for markedsføringsreglene følger av direktiv 93/13 om urimelige kontraktsvilkår. I denne forbindelse presiserte EU-domstolen i sak C-263/22 *Ocidental*, at det kreves at en forbruker kan gjøres kjent med alle avtalevilkår før en avtale inngås. Dette kommer frem i dommens avsnitt 29:

"Since the requirement of transparency of contractual terms thus interpreted by the Court entails the obligation to provide the consumer, prior to the conclusion of the contract, with all the information necessary to enable the consumer to understand the economic consequences of those terms and to decide, in full knowledge of the facts, to be contractually bound, that requirement necessarily presupposes that the consumer is able to become acquainted with all the terms of a contract before the conclusion thereof."

Reglene om opplysningsplikt må leses i lys av dette utgangspunktet, og kommer i tillegg til plikten om å meddele alle kontraktsvilkårene etter direktiv 93/13 og direktiv 2009/72. Det vises til gjennomgangen av disse direktivene under punkt 4.2 i rapporten.

4.4.2 Reglene om opplysningsplikt etter direktiv 2011/83 om forbrukerrettigheter

4.4.2.1 Overordnet om direktivet

Forbrukerrettighetsdirektivet 2011/83⁴³ er et direktiv som ifølge artikkel 1 tar sikte på å "oppnå et høyt nivå for forbrukervern" og å sikre at medlemsstatenes lover og forskrifter bidrar til at markedet virker på en tilfredsstillende måte når avtaler inngås mellom forbrukere og næringsdrivende.

Direktiv 2011/83 gjelder for forbrukeravtaler om strøm ifølge artikkel 3 nr. 1. Det er imidlertid tatt inn en begrensning i definisjonen av ordet "varer" i artikkel 2 nr. 3, som kun omfatter elektrisitet som leveres i et begrenset volum eller en fastsatt mengde. Siden flere av bestemmelsene i direktivet forutsetter at det er inngått en avtale om "varer", vil ikke alle reglene i dette direktivet omfatte alminnelige strømvavtaler.

De mest sentrale reglene i direktiv 2011/83 angår opplysningsplikt ved avtaleinngåelse mellom forbrukere og næringsdrivende, som illustreres i direktivets fortalepunkt 9:

"Dette direktiv fastsetter bestemmelser om hvilke opplysninger som skal gis for fjernsalgsavtaler, for avtaler inngått utenom faste forretningslokaler og for andre avtaler enn de ovennevnte avtalene. Dette direktiv regulerer også angreretten i tilknytning til fjernsalgsavtaler og avtaler inngått utenom faste forretningslokaler, og harmoniserer visse bestemmelser som gjelder oppfyllelse og andre aspekter ved avtaler mellom næringsdrivende og forbrukere."

⁴³ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/83/EU av 25. oktober 2011 om forbrukerrettigheter, om endring av rådsdirektiv 93/13/EØF og europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF og om oppheving av rådsdirektiv 85/577/EØF og europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, inntatt i EØS-avtalen vedlegg XIX ved EØS-komiteens beslutning nr. 181/2012 av 28. september 2012.

Ifølge direktiv 2011/83 artikkel 4 kan det ikke vedtas strengere eller mildere regler enn det som kommer frem av direktivet, med mindre annet følger av direktivet selv. Direktivet stiller med andre ord krav til totalharmonisering.

4.4.2.2 *Regler om opplysningsplikt før kontraktsinngåelse utenom fjernsalg og salg utenfor selgers faste forretningslokaler*

Hovedregelen om opplysningsplikt før avtaleinngåelse utenom salg som gjøres ved fjernsalg eller salg utenfor selgerens faste forretningslokaler følger av direktiv 2011/83 artikkel 5, hvor nr. 1 lister opp en rekke opplysninger som alltid skal gis til forbrukeren. Opplysningene skal gis før avtale inngås på "en klar og forståelig måte", og skal inkludere følgende informasjon:

- a) Varenes eller tjenestenes viktigste egenskaper i den grad det er hensiktsmessig,
- b) Den næringsdrivendes identitet,
- c) Den samlede prisen på varene eller tjenestene, eller hvordan prisen beregnes hvis ikke det er mulig å fastslå dette på forkant, inkludert informasjon om tilleggskostnader ved frakt og lignende,
- d) Hvordan og til hvilket tidspunkt varene eller tjenestene leveres eller utføres, vilkår for betaling, og hvordan selgeren behandler klager fra kundene,
- e) En påminnelse om at det finnes en juridisk forpliktelse til å levere en vare etter kontrakten, og eksistensen av og vilkårene for eventuelle ettersalgstjenester og kommersielle garantier,
- f) Avtalens varighet eller vilkårene for å gå ut av avtalen hvis avtalen ikke er tidsbegrenset,
- g) Hvis avtalen inkluderer digitalt innhold, funksjonaliteten og relevante beskyttelsesmekanismer i dette digitale innholdet,
- h) Hvis avtalen inkluderer digitalt innhold, all relevant kryssfunksjonalitet mellom digitalt og fysisk materiale som selgeren med rimelighet må være klar over.

Selv om opplysningskravene i artikkel 5 nr. 1 henviser til "varer", som ifølge artikkel 2 nr. 3 kun omfatter elektrisitet som selges i bestemte mengder,⁴⁴ følger det av artikkel 5 nr. 2 at opplysningskravene også gjelder for salg av elektrisitet i ubestemte mengder. Reglene gjelder kun i perioden før kontraktsinngåelse, og berører ikke medlemsstatenes adgang til å vedta lovgivning om opplysningsplikt i kontrakter som allerede er inngått.⁴⁵

I utgangspunktet tilsier direktiv 2011/83 artikkel 4 at det ikke er anledning til å innføre ytterligere krav til opplysningsplikt enn det som følger av artikkel 5 nr. 1. Det er imidlertid en særregel i artikkel 5 nr. 4 som gir medlemsstatene rett til å innføre ytterligere krav til opplysningsplikt før kontraktsinngåelse som lyder slik:

⁴⁴ Merk at EU-domstolen har lagt til grunn at elektrisitet er varer og at direktiv 2011/83 artikkel 2 nr. 3 utgjør et unntak fra dette, jf. EU-domstolens saker C-393/92 *NV Energiebedrijf Ijsselmij* avsnitt 28 og C-206/06 *Essent Netwerk Noord* avsnitt 43.

⁴⁵ Direktiv 2011/83 fortalepunkt 5.

"Medlemsstatene kan vedta eller beholde ytterligere krav til forhåndsopplysninger som skal gis før inngåelse av avtaler som denne artikkel får anvendelse på."

Dette betyr at direktivet ikke står i veien for at det innføres nasjonale regler om opplysningsplikt som går lengre enn det direktivet gjør, slik som en plikt til å opplyse forbrukere om risiko forbundet med andre avtaler enn spotprisavtaler.

Selv om det ikke stilles noen begrensninger til hvilket innhold nasjonale krav til opplysningsplikt kan ha, må det legges til grunn at de nasjonalt bestemte kravene ikke kan stå i strid med direktivets formål om et styrket forbrukervern, og at kravene ikke kan innebære diskriminering mellom innenlandske og utenlandske forbrukere eller næringsdrivende.

Konklusjonen blir at det er adgang til å innføre nasjonalt bestemte opplysningsplikter før avtaleinngåelse der kontrakten ikke inngås som fjernsalg eller utenfor selgerens faste forretningslokaler, slik som en plikt til å opplyse om farene ved andre avtaler enn spotprisavtaler. Avtaler som inngås som fjernsalg eller utenfor selgerens faste forretningslokaler behandles under punkt 4.4.2.3 i rapporten.

4.4.2.3 Regler om opplysningsplikt ved fjernsalg og salg utenfor selgers faste forretningslokaler

Reglene i direktiv 2011/83 artikkel 5 gjelder som nevnt kun der salget skjer på andre måter enn ved fjernsalg og salg utenfor selgers faste forretningslokaler. Artikkel 6 gir derimot generelle regler om opplysningsplikt ved slike salgsmetoder.

I likhet med artikkel 5 nr. 1 er det listet opp en rekke opplysninger som skal gis ved fjernsalg og salg utenfor selgers faste forretningslokaler i artikkel 6 nr. 1. Følgende opplysninger skal gis før avtaleinngåelse ved slikt salg:

- a) Varenes eller tjenestenes viktigste egenskaper i den grad det er hensiktsmessig,
- b) Den næringsdrivendes identitet,
- c) Selgerens geografiske adresse og kontaktinformasjon,
- d) Den næringsdrivendes forretningslokaler hvis den skiller seg fra selgerens geografiske adresse som angitt under c),
- e) Den samlede prisen på varene eller tjenestene, eller hvordan prisen beregnes hvis ikke det er mulig å fastslå dette på forkant, inkludert informasjon om tilleggskostnader ved frakt og lignende, og den månedlige kostnaden ved varen eller tjenesten hvis forbrukeren faktureres for et fast beløp,
- f) Kostnadene for bruk av fjernkommunikasjonsmiddel for kontraktsinngåelsen når disse kostnadene beregnes på annen måte enn etter grunntaksten,
- g) Hvordan og til hvilket tidspunkt varene eller tjenestene leveres eller utføres, vilkår for betaling, og hvordan selgeren behandler klager fra kundene,
- h) Detaljer rundt angrerett dersom det gjelder en angrerett etter direktivet artikkel 11,

- i) Om forbrukeren må være kostnadene ved å returnere varen som følge av bruk av angrerett,
- j) At forbrukeren skal betale et rimelig beløp ved bruk av angrerett etter artikkel 7 nr. 3 eller artikkel 8 nr. 8 i direktivet,
- k) Dersom angreretten ikke får anvendelse etter direktivet artikkel 16, opplysninger om at forbrukeren ikke har angrerett eller under hvilke omstendigheter angreretten går tapt,
- l) En påminnelse om at det finnes en rettslig garanti for at varene er kontraktsmessige,
- m) Gjeldende ordninger med kundestøtte etter salg, ettersalgstjenester og kommersielle garantier og vilkår for disse,
- n) Relevante atferdsregler som definert i direktiv 2005/29 artikkel 2 bokstav f),
- o) Avtalens varighet eller vilkårene for å gå ut av avtalen hvis avtalen ikke er tidsbegrenset,
- p) Korteste varighet for forbrukerens forpliktelser etter avtalen,
- q) Eventuelle beløp som skal deponeres eller andre økonomiske garantier som skal betales og vilkårene for dette,
- r) Hvis avtalen inkluderer digitalt innhold, funksjonaliteten og relevante beskyttelsesmekanismer i dette digitale innholdet,
- s) Hvis avtalen inkluderer digitalt innhold, all relevant kryssfunksjonalitet mellom digitalt og fysisk materiale som selgeren med rimelighet må være klar over,
- t) Muligheten for å benytte en utenrettslig klage- og erstatningsordning som den næringsdrivende er underlagt og på hvilke vilkår denne ordningen fungerer.

På samme måte som for artikkel 5, gjelder artikkel 6 nr. 1 for alle strømvtaler mellom næringsdrivende og forbrukere ved fjernsalg og salg utenfor selgers faste forretningslokaler ifølge artikkel 6 nr. 2. Det er også tatt inn en uttrykkelig hjemmel til å vedta nasjonale regler om språkkrav som tar sikte på å gjøre opplysningene lett tilgjengelige for forbrukere i artikkel 6 nr. 7, og til å vedta ytterligere opplysningskrav i samsvar med direktiv 2006/123 (tjenestedirektivet) og direktiv 2000/31 (ehandelsdirektivet), ifølge artikkel 6 nr. 8.

I motsetning til direktiv 2011/83 artikkel 5 nr. 4, finnes det ingen generell adgang til å innføre ytterligere informasjonskrav for fjernsalg og salg utenfor selgerens faste forretningslokaler etter artikkel 6. Siden direktivet er totalharmoniserende ifølge artikkel 4, betyr dette at det ikke er adgang til å innføre mer omfattende opplysningskrav enn det som følger av direktivet.⁴⁶

⁴⁶ Se EU-kommisjonens veileder 29. desember 2021 til direktiv 2011/83, punkt 3.1.5: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC1229(04)).

Direktiv 2011/83 artikkel 7 stiller formelle krav til avtaleinngåelse ved salg utenfor selgerens faste forretningslokaler. Dette inkluderer en plikt til å gi informasjonen som er oppgitt i artikkel 6 nr. 1 og selve kontrakten på et enkelt språk, og på papir eller annet varig medium. Artikkel 7 nr. 5 fastslår at det ikke kan stilles ytterligere formelle krav til hvordan opplysningsplikten etter artikkel 6 skal oppfylles.

Artikkel 8 i direktivet gir tilsvarende regler for avtaleinngåelse for fjernsalg som artikkel 7 angir for salg utenom faste forretningslokaler, justert for de spesielle behovene som oppstår ved slikt salg. Regler som finnes i artikkel 8 som ikke finnes i artikkel 7 er blant annet en plikt til å ettersende en skriftlig bekreftelse på at kontrakt er inngått. I likhet med artikkel 7 nr. 5 følger det av artikkel 8 nr. 10 at det ikke kan innføres ytterligere formelle krav til kontraktsinngåelsen enn det som følger av denne bestemmelsen.

4.4.3 Forholdet til direktiv 2005/29

Reglene som finnes i direktiv 2011/83 artikkel 5 til 8 suppleres av direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis, som inneholder forbud mot villedende handlinger og utelatelser i artikkel 6 og 7. Disse forbudene er imidlertid av begrenset selvstendig betydning ved siden av reglene i direktiv 2011/83, som inneholder mer detaljerte regler om informasjonskrav enn det direktiv 2005/29 gjør.

I tillegg til de generelle forbudene mot villedende markedsføring og utelatelser, er det en uttømmende liste med handelspraksis i direktiv 2005/29 artikkel 5 nr. 5 og vedlegg I som alltid må overholdes av leverandører før inngåelsen av en strømvtale. For eksempel følger det av direktivet vedlegg I nr. 10 at det er forbudt å:

"framstille rettigheter som forbrukere har i henhold til loven, som en særlig egenskap ved den næringsdrivendes tilbud."

Videre følger det både av direktiv 2011/83 artikkel 27 og direktiv 2005/29 vedlegg I nr. 29 at uanmodet leveranse av elektrisitet ikke medfører noen betalingsplikt for forbrukeren. Førstnevnte artikkel lyder slik:

"Forbrukeren skal fritas for forpliktelsen til å yte noen form for vederlag ved levering av ikke-bestilte varer, ikke-bestilt vann, gass, elektrisitet, fjernvarme eller digitalt innhold eller ikke-bestilte tjenester, i samsvar med forbudet i artikkel 5 nr. 5 og nr. 29 i vedlegg I til direktiv 2005/29/EF. I slike tilfeller skal et uteblitt svar fra forbrukerens side etter en slik levering eller tjenesteyting, ikke regnes som samtykke."

Nasjonale informasjonskrav som innføres med hjemmel i direktiv 2011/83 artikkel 5 nr. 4 må ikke inneholde forbud mot handelspraksis som går ut over det som tillates etter direktiv 2005/29 artikkel 5 nr. 5 og vedlegg I.

4.4.4 Konklusjon

Gjennomgangen viser at EØS-avtalen ikke er til hinder for at det innføres nasjonale regler om opplysningsplikt ved kontraktsinngåelse utenom fjernsalg og salg utenfor selgerens faste forretningslokaler, slik som opplysninger om risiko forbundet ved andre avtaler enn spotprisavtaler. Ved fjernsalg og salg utenfor selgerens faste forretningslokaler kan det imidlertid ikke innføres strengere regler fordi regelverket er totalharmonisert.

Reglene om urimelig handelspraksis i direktiv 2005/29 og om sammenlignende reklame i direktiv 2006/114⁴⁷ gjennomgås nærmere under punktene 4.5, 4.6 og 4.8 i denne rapporten.

4.5 Begrensninger i retten til å tilby andre produkter sammen med strømavtaler⁴⁸

4.5.1 Innledning

Departementet har bedt Schjødt om å utrede adgangen til å vedta følgende lovgivning:

“Et forbud eller begrensninger knyttet til salg av andre produkter enn strøm sammen med en strømavtale, såkalt koblingssalg eller tilgift. Dette kan f. eks. være rabatt på produkter ved salg av strømavtaler i butikk, rabatt på strømmetjenester ved samtidig tegning av strømavtale, og salg av forsikringsavtaler tilknyttet strømavtalen.”

Problemstillingen som skal kartlegges i denne delen av rapporten, er adgangen til å innføre begrensninger i retten til å selge andre produkter sammen med strømavtaler i form av koblingssalg. For å besvare dette må det først gis en generell gjennomgang av direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis, og deretter gjøres en vurdering av handlingsrommet etter dette direktivet.

4.5.2 Overordnet om direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis

Direktiv 2005/29 gir regler for urimelig handelspraksis mellom næringsdrivende og forbrukere, og kommer ifølge artikkel 3 nr. 1 til anvendelse for all "handelspraksis" som næringsdrivende retter mot forbrukere vedrørende handel av et "produkt". Elektrisk strøm regnes som et "produkt" slik det er definert i direktivet artikkel 2 bokstav c.⁴⁹

Ordet "handelspraksis" er definert i artikkel 2 bokstav d) som "enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere et produkt til forbrukerne." Dette omfatter markedsføring og salg av strøm.

Norge plikter å sikre at det ikke stilles mildere krav til handelspraksis enn minimumskravene som følger av direktivet. Videre følger det av direktivets artikkel 4 at det ikke kan iverksettes strengere regler enn det som følger av direktivet, selv der dette gjøres for å sikre et høyere nivå av forbrukerbeskyttelse enn det direktivet gjør.⁵⁰

Vedlegg I til direktiv 2005/29 inneholder en uttømmende liste over handelspraksis som under enhver omstendighet vil anses som urimelig, jf. artikkel 5 nr. 1 og 5. Ettersom artikkel 4 stiller opp et forbud mot strengere tiltak enn det som følger av direktivet, kan det ikke vedtas nasjonal lovgivning som medfører et automatisk forbud mot urimelig handelspraksis som ikke er oppgitt i vedlegg I. Dette bekreftes i direktiv 2005/29 fortalepunkt 17:

“For å oppnå større rettssikkerhet er det ønskelig å angi hvilke former for handelspraksis som under alle omstendigheter er urimelige. Vedlegg I inneholder derfor en fullstendig liste over slike former for praksis. Disse er de eneste formene for

⁴⁷ Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 2006/114/EF av 12. desember 2006 om villedende og sammenlignende reklame, inntatt i EØS-avtalen vedlegg XIX ved EØS-komiteens beslutning nr. 34/2010 av 12. mars 2010.

⁴⁸ Se også vurderingen av EØS-avtalen og direktiv 2005/29 i Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) kapittel 10.2 og 10.3.

⁴⁹ EU-domstolens sak C-393/92 *NV Energiebedrijf Ijsselmij* avsnitt 28 og sak C-206/06 *Essent Netwerk Noord* avsnitt 43.

⁵⁰ EU-domstolens sak C-540/08 *Mediaprint* avsnitt 30.

handelspraksis som kan anses som urimelige uten vurdering i hvert enkelt tilfelle mot bestemmelsene i artikkel 5-9. Listen kan endres bare ved revisjon av dette direktiv."

Handelspraksis som ikke er oppgitt i direktiv 2005/29 vedlegg I kan ikke begrenses uten at det foretas en skjønnsmessig vurdering av handelspraksisens urimelighet i henhold til artikkel 5 til 9. Siden regelverket er totalharmonisert, skal det ikke gjøres en selvstendig vurdering av EØS-avtalens hoveddel.⁵¹

4.5.3 Adgangen til å innføre begrensninger til koblingssalg

Når en næringsdrivende tilbyr salg av andre produkter enn strøm sammen med en strømvtale, slik som rabatt på produkter eller forsikringsavtaler, innebærer dette en handling som er direkte knyttet til den næringsdrivendes forretnings- og markedsføringsstrategi, og dermed deres handelspraksis.⁵² Dette innebærer at direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis kommer til anvendelse. Bestemmelsene i dette direktivet legger føringer for hvilket handlingsrom norske myndigheter har til å innføre særlige begrensninger i adgangen til koblingssalg hvor strøm inngår som et av salgsobjektene.

Forbud mot eller begrensninger i adgangen til salg av produkter sammen med andre produkter, slik som salg av ikke-strømrelaterte produkter sammen med en strømvtale, er ikke inntatt i direktiv 2005/29 vedlegg I. Dette betyr at det ikke kan innføres generelle regler av denne typen i norsk rett, uten at det foretas en konkret vurdering av den enkelte handelspraksisens grad av urimelighet etter direktivet artikkel 5 til 9.

En slik tolkning av direktiv 2005/29 finner vi paralleller til i EU-domstolens forente saker C-261/07 og C-299/07 *Sanoma*. Sakene gjaldt et belgisk forbud mot koblingssalg overfor forbrukere, hvor det var nedlagt salgsforbud mot en drivstoffleverandør som tilbød sammenbruddtjenester til kunder som hadde kjøpt en viss mengde drivstoff med et kundekort, og mot en klesbutikk som solgte magasiner som inneholdt rabattkoder til bruk i butikken. EU-domstolen kom til at det belgiske forbudet ikke var forenlig med direktiv 2005/29 artikkel 4, med følgende begrunnelse i dommens avsnitt 60 til 62:

"Article 54 of the 1991 Law lays down the principle that combined offers are prohibited, notwithstanding the fact that such practices are not referred to in Annex I to the Directive.

As has been pointed out in paragraph 56 of the present judgment, that annex exhaustively lists the only commercial practices which are prohibited in all circumstances and accordingly do not have to be assessed on a case-by-case basis.

Thus, the Directive precludes the system implemented by Article 54 of the 1991 Law in so far as that article prohibits, generally and pre-emptively, combined offers without any verification of their unfairness in the light of the criteria laid down in Articles 5 to 9 of the Directive."

Selv om den belgiske lovgivningen inneholdt et unntak, hvor et koblingssalg kunne anses som lovlig etter en helhetsvurdering, avviste EU-domstolen i avsnitt 65 at dette var i samsvar med direktiv 2005/29:

⁵¹ EU-domstolens sak C-421/12 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 63-64.

⁵² EU-domstolens sak C-265/12 *Citröen* avsnitt 18.

"Finally, it should be added that such an interpretation cannot be called into question by the fact that the 1991 Law provides, in Articles 55 to 57 thereof, for a number of exceptions to that prohibition of combined offers.

Although those exceptions are liable to restrict the scope of the prohibition of combined offers, the fact remains that, because of their limited and pre-defined nature, they cannot take the place of the analysis, which must of necessity be undertaken having regard to the facts of each particular case, of the 'unfairness' of a commercial practice in the light of the criteria set out in Articles 5 to 9 of the Directive, where, as in the main proceedings, that practice is not listed in Annex I thereto."

Ettersom direktiv 2005/29 la opp til at rimeligheten av koblingssalg måtte vurderes konkret etter reglene i artikkel 5 til 9, og at koblingssalg ikke var dekket av de absolutte forbudene i artikkel 5 nr. 5 og vedlegg I, kunne ikke Belgia opprettholde et generelt forbud mot koblingssalg overfor forbrukere.

EU-domstolen har kommet til tilsvarende løsninger i sakene C-304/08 *Plus* (om lotteritjenester som var forbeholdt eksisterende kunder i virksomheten), C-522/08 *Telekomunikacja Polska* (om salg av internettilgangstjenester sammen med telefontjenester), C-540/08 *Mediaprint* (om deltakelse i en konkurranse med gevinst som kun kjøpere av en avis kunne delta i), og C-310/15 *Sony* (om salg av datamaskiner med forhåndsinstallert programvare). Det må legges til grunn at EU-domstolen ville kommet til samme løsning ved koblingssalg av strøm.

Det vil dermed være i strid med direktiv 2005/29 artikkel 4 å innføre et helt generelt forbud mot, eller en generell begrensning i, adgangen til å tilby andre produkter enn strøm sammen med en strømvtale. Dette gjelder uavhengig av om tilleggsytelsen er en vare eller en tjeneste, som betyr at adgangen til å tilby rabatt på andre produkter, strømmejenester eller forsikringstjenester, ikke kan begrenses uten at det foretas en konkret vurdering av den konkrete markedsføringsteknikkens rimelighet i den enkelte sak.

Når dette er sagt, finnes det visse markedsføringsteknikker som er nevnt i direktiv 2005/29 vedlegg I som kan få betydning ved koblingssalg. Lokkesalg ("bait and switch") vil for eksempel alltid anses for å være en urimelig handelspraksis ifølge vedlegg I punkt 6 når en næringsdrivende oppfordrer en forbruker til å kjøpe et produkt, men hvor den næringsdrivende enten:

1. nekter å vise det averterte produktet til forbrukeren, eller
2. nekter å motta bestillinger på det eller å levere det innen rimelig tid, eller
3. fremviser en defekt utgave av produktet, med sikte på å fremme salg av et annet produkt slik som en strømvtale.

En annen relevant regel finnes i direktiv 2005/29 vedlegg I punkt 20, som inneholder et forbud mot å beskrive et produkt som gratis/vederlagsfritt når forbrukeren ikke kan motta produktet på annet vis enn å betale noe annet enn uunngåelige kostnader. Et tredje relevant forbud finnes i vedlegg I punkt 31, som forbyr næringsdrivende fra å gi feilaktig inntrykk av at en forbruker har vunnet en konkurranse, hvis prisen ikke kan innkreves uten at forbrukeren først må betale for et produkt.

Selv om det ikke kan vedtas lovgivning som innebærer et absolutt forbud mot alle former for koblingssalg, er det adgang til å vedta lovgivning som henviser til en konkret vurdering i tråd med direktiv 2005/29 artikkel 5 til 9. Disse artiklene dekker villedende og aggressiv handelspraksis. For koblingssalg kan det nevnes at artikkel 6 nr. 1 bokstav a og d fastslår at en handelspraksis er forbudt hvis den næringsdrivende skaper tvil om sentrale karaktertrekk ved strømvartalen eller hvordan prisen på strømvartalen er beregnet, på en måte som er egnet til å forårsake et salg til en forbruker som ikke ville ha skjedd hvis ikke det var for tvilen.

I forbindelse med direktiv 2005/29 artikkel 6 nr. 1 bokstav d kan det nevnes at EU-domstolen tidligere har kommet til at gavegivning som ledd i markedsføring var egnet til å viliede forbrukere med hensyn til produktets reelle pris. I EU-domstolens sak 286/81 *Oosthoek* avsnitt 18 uttales følgende:

"It is undeniable that the offering of free gifts as a means of sales promotion may mislead consumers as to the real prices of certain products and distort the conditions on which genuine competition is based. Legislation which restricts or even prohibits such commercial practices for that reason is therefore capable of contributing to consumer protection and fair trading."

I denne konkrete saken anså EU-domstolen en nederlandsk lov som stilte forbud mot visse former for gavegivning i forbindelse med kommersielle salg, som å være et forholdsmessig middel for å oppnå gjennomsiktighet i forbrukermarkedet og for å legge til rette for rettfærdig konkurranse. Det må merkes at denne dommen kom før det fantes et totalharmonisert regelverk på området, slik som direktiv 2005/29, og at et forbud mot gavegivning uten en konkret vurdering fremdeles vil stå i strid med direktivet artikkel 4 og vedlegg I.

Norges adgang til å innføre begrensninger i retten til å foreta koblingssalg ved salg av strømvartaler er etter dette begrenset til å gjengi momenter som etter en konkret helhetsvurdering kan utgjøre villedende eller aggressiv markedsføring etter direktiv 2005/29 artikkel 5 til 9, og til å henvise til listen over handelspraksis som alltid anses som urimelig i direktivet vedlegg I.⁵³

4.6 Begrensninger i retten til å inngå strømvartaler ved telefonsalg, dørsalg eller standssalg

4.6.1 Innledning

Departementet har bedt Schjødt om å utrede adgangen til å vedta følgende lovgivning:

"Et forbud mot, eller begrensninger i, adgangen til å selge strømvartaler ved telefonsalg, dørsalg eller standssalg."

Problemstillingene som reises i departementets forespørsel knytter seg til ulike former for fjernsalg eller salg utenom selgerens faste forretningslokaler, og om retten til å vedta begrensninger i slikt salg. Mens fjernsalg er salgskontrakter som inngås uten at den næringsdrivende og forbrukeren oppholder seg på samme fysiske sted, er salg utenom selgerens faste forretningslokaler en type salg hvor avtalen inngås utenfor området hvor den næringsdrivende typisk driver utsalg.⁵⁴

⁵³ For ordens skyld nevner vi at handelspraksisen som er oppgitt i direktiv 2005/29 vedlegg I allerede er forbudt etter den norske markedsføringsloven § 6 og forskrift 1. juni 2009 om urimelig handelspraksis § 1.

⁵⁴ Direktiv 2011/83 artikkel 2 nr. 7 og 8.

Regler som påvirker næringsdrivendes adgang til å benytte visse markedsføringsmetoder i en medlemsstat kan i prinsippet utgjøre en restriksjon i grenseoverskridende varehandel etter EØS-avtalen artikkel 11 og 12, dersom tiltaket er egnet til å stille innenlandske markedsaktører i en bedre rettslig eller faktisk posisjon sammenlignet med utenlandske.⁵⁵

EØS-avtalens regler om markedsføring overfor forbrukere er i dag totalharmonisert gjennom blant annet direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis og direktiv 2011/83 om forbrukerrettigheter. Praksis fra EU-domstolen viser at tiltak som dekkes av totalharmoniserte regelverk skal vurderes i lys av det totalharmoniserte regelverket, og ikke EØS-avtalens hoveddel.⁵⁶ For direktivene 2005/29 og 2011/83 betyr dette at det ikke skal gjøres en selvstendig vurdering av om det er i strid med EØS-avtalen artikkel 11 og 12 å innføre regler som skisseres av departementet, dersom forholdet faller innenfor virkeområdet til disse direktivene. Direktiver som kun angir et minimumsnivå som medlemsstatene skal overholde må på den andre siden utfylles av EØS-avtalens hoveddel.

Begrensninger kan for eksempel være totalforbud mot handelspraksisen eller å stille krav til hvilket tidspunkt eller på hvilken måte salget kan utføres. Krav til markedsføring slik som opplysningsplikt ved telefonsalg, dørsalg eller standssalg etter direktiv 2011/83 er behandlet under punkt 4.4 i denne rapporten, og gjentas ikke her.

Nedenfor kommenterer vi de enkelte salgssituasjoner (salgssteder) hver for seg, og drøfter hvorvidt det EØS-rettslige regelverket gir norske myndigheter adgang til å innføre begrensninger ved strømsalg.

4.6.2 Regulering av telefonsalg

Telefonsalg er en form for kommunikasjon og markedsføring som næringsdrivende benytter seg av overfor forbrukere med hensikt å selge varer. Dermed faller telefonsalg inn under virkeområdet til direktiv 2005/29. Det kan ikke vedtas strengere begrensninger i adgangen til å drive telefonsalg enn det som følger av direktiv 2005/29 ifølge artikkel 4, som lyder slik:

"Medlemsstatene skal verken begrense friheten til å yte tjenester eller det frie varebytte av årsaker som omfattes av det område der dette direktiv tilnærmer bestemmelsene."

Siden det ikke er inntatt noe generelt forbud mot telefonsalg i direktiv 2005/29, vil et slikt forbud være i strid med direktivet. Likevel er det en viss adgang til å innføre andre begrensninger enn forbud til denne typen salg, slik som retten til å reservere seg mot uønsket telefonsalg som regulert i direktiv 2002/58.

For det første følger det av direktiv 2005/29 artikkel 5 nr. 1 og 5 at handelspraksis som er oppgitt i direktivet vedlegg I alltid vil anses for å være ulovlig. I vedlegg I punkt 26 er det stilt opp et forbud mot visse henvendelser ved fjernsalg, ved handlinger som er beskrevet slik:

"Å foreta gjentatte og uønskede henvendelser per telefon, telefaks, e-post eller andre fjernmedier, annet enn under omstendigheter og i det omfang som i henhold til"

⁵⁵ Se blant annet EU-domstolens forenede saker C-267/91 og C-268/91 *Keck* avsnitt 16, sak C-379/92 *Peralta* avsnitt 48 og sak C-384/93 *Alpine Investments* avsnitt 27.

⁵⁶ EU-domstolens sak C-421/12 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 63-64.

nasjonal lovgivning er berettiget for å kreve oppfyllelse av en avtaleforpliktelse. Dette berører ikke artikkel 10 i direktiv 97/7/EF og direktiv 95/46/EF og 2002/58/EF."

Hvis den næringsdrivende henvender seg til en forbrukerkunde over telefon, og dette både skjer gjentatte ganger og er uønsket, vil praksisen automatisk være urimelig og i strid med direktiv 2005/29.

EU-domstolens sak C-102/20 *Eprimo* gir veiledning for hvordan forbudet mot gjentatte og uønskede henvendelser skal tolkes. I avsnitt 73 ble det lagt til grunn at en virksomhet som sendte tre e-poster til en forbruker over én måned foretok "gjentatte" henvendelser etter direktiv 2005/29 vedlegg I punkt 26:

"the users concerned received advertising messages in their private email inboxes on three occasions, namely 12 December 2016, 13 January 2017 and 15 January 2017 respectively. In those circumstances, such a solicitation, taking into account also its frequency within a limited period of time, must be regarded as being 'persistent' within the meaning of Annex I, point 26, to Directive 2005/29, as the referring court found."

Videre kom EU-domstolen til at e-postene måtte regnes som "uønskede" der mottakeren i forkant hadde vist en misnøye med avsenderens markedsføringspraksis, i avsnitt 74:

"Second, as regards whether such an advertising activity is 'unwanted', within the meaning of the same point 26, it is necessary to ascertain whether the display of an advertising message such as that at issue in the main proceedings meets that condition having regard to whether or not consent was given by that user prior to that display and whether that user expressed any opposition to such an advertising practice. Such opposition is furthermore established in the case in the main proceedings, as the referring court found."

Dersom en næringsdrivende strømselger ringer en forbruker flere ganger over kort tid, og forbrukeren gir strømselgeren tilbakemelding om at henvendelsene ikke er ønsket, vil det være i strid med direktivet å rette nye henvendelser mot samme forbruker. Direktivet gir ingen regler om hvordan en forbruker skal gi uttrykk for at henvendelsene er uønskede.

For det andre følger det av direktiv 2005/29 artikkel 3 nr. 4 at andre EØS-rettsakter som regulerer bestemte aspekter ved urimelig handelspraksis har forrang over direktivet. I denne forbindelse gir direktiv 2002/58 artikkel 13 nr. 1 et generelt forbud mot bruk av automatisk markedsføring over telefon uten menneskelig medvirkning fra næringsdrivende når ikke forbrukeren har gitt samtykke på forkant.

Videre følger det av direktiv 2002/58 artikkel 13 nr. 3:

"Medlemsstatene skal treffe egnede tiltak for å sikre at kommunikasjoner det ikke er bedt om, og som er beregnet på direkte markedsføring, i andre tilfeller enn dem fastsatt i nr. 1 og 2, uten kostnader for abonnenten ikke tillates uten samtykke fra vedkommende abonnent, eller overfor abonnenter som ikke ønsker å motta slike kommunikasjoner, idet valget mellom disse to løsningene skal foretas i henhold til nasjonal lovgivning."

Denne bestemmelsen åpner for at nasjonale myndigheter vedtar lovgivning som enten krever at forbrukere gir sitt samtykke før det foretas en elektronisk kommunikasjon med sikte på

markedsføring overfor dem ("opt-in"), eller at forbrukere kan reservere seg mot den typen kommunikasjoner ("opt-out"). Regelen supplerer direktiv 2005/29 vedlegg I punkt 26 ved å gi forbrukere en mulighet til å på forhånd angi telefonsalgshenvendelser som uønskede. EØS-avtalen er derfor ikke til hinder for at det innføres et forbud mot direkte markedsføring av strømvtales over telefonsalg overfor forbrukere som ikke uttrykkelig har bedt om å motta slik markedsføring.

Oppsummert er det altså ikke adgang til å innføre et helt generelt forbud mot telefonsalg, men det er rom for å innføre begrensninger i adgangen til å gjøre gjentatte og uønskede salgshenvendelser over telefon, til å forby automatisert telefonsalg, og til å innføre et krav om forhåndssamtykke for å bli kontaktet av telefonselgere ved salg av strømvtales. Andre begrensninger forutsetter at det gjøres en konkret vurdering fra sak til sak etter reglene i direktiv 2005/29 artikkel 5 til 9.

4.6.3 Regulering av dørsalg⁵⁷

4.6.3.1 Om virkeområdet til direktiv 2005/29 og endringsdirektiv 2019/2161

Dørsalg er en form for handelspraksis som i utgangspunktet faller innenfor virkeområdet til direktiv 2005/29 ifølge artikkel 3 nr. 1. Gjennom endringsdirektiv 2019/2161 er det imidlertid inntatt et nytt unntak fra virkeområdet til direktiv 2005/29 ved dørsalg. Endringen følger av direktiv 2019/2161 artikkel 3 nr. 2, og lyder slik:⁵⁸

"Directive 2005/29/EC is amended as follows:

in Article 3, paragraphs 5 and 6 are replaced by the following:

'5. This Directive does not prevent Member States from adopting provisions to protect the legitimate interests of consumers with regard to aggressive or misleading marketing or selling practices in the context of unsolicited visits by a trader to a consumer's home or excursions organised by a trader with the aim or effect of promoting or selling products to consumers. Such provisions shall be proportionate, non-discriminatory and justified on grounds of consumer protection.

6. Member States shall notify the Commission without delay of any national provisions adopted on the basis of paragraph 5 as well as of any subsequent changes. The Commission shall make this information easily accessible to consumers and traders on a dedicated website."

Endringen medfører at direktiv 2005/29 ikke er til hinder for at medlemsstatene innfører nasjonale regler om aggressiv eller villedende handelspraksis som knytter seg til uoppfordrede besøk til forbrukerens hjem og til salgsekskursjoner. Forutsetningen er at de nasjonale reglene kan rettfærdiggjøres i behovet for økt forbrukerbeskyttelse.

EØS-komiteen traff beslutning om at direktiv 2019/2161 skulle innlemmes i EØS-avtalen ved beslutning nr. 69/2021 den 5. februar 2021. Beslutningen trer endelig i kraft for EFTA/EØS-landene når det er gjennomført parlamentsbehandling i Norge, Island og Liechtenstein. Slik

⁵⁷ Problemstillinger knyttet til dørsalg er også berørt i Prop. 50 LS (2022-2023) kapittel 5.

⁵⁸ Selv om det følger av direktiv 2019/2161 fortalepunkt 55 at formålet med endringen er å presisere at direktiv 2005/29 ikke er til hinder for nasjonal lovgivning om dørsalg, er det klart at slik lovgivning vil stå i strid med direktiv 2005/29 på rapportens dato. Dette kommenteres av EU-kommisjonen i forslagsdokumentet COM/2018/0185.

behandling er ikke gjennomført på tidspunktet for denne rapporten, som betyr at endringene i direktiv 2005/29 ikke er endelig innlemmet i EØS-avtalen.

Den 17. mars 2023 fremmet Barne- og familiedepartementet et forslag om at Stortinget skulle samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning om å innlemme direktivet i EØS-avtalen.⁵⁹ Direktivet er ikke ferdigbehandlet i Stortinget på tidspunktet for denne rapporten, men av hensyn til rapportens fremtidige relevans for departementet vil vilkårene for å benytte det nye unntaket i direktiv 2005/29 likevel gjennomgås.

Innledningsvis vil det gjøres en analyse av direktiv 2005/29 før ikrafttreddelsen av direktiv 2019/2161. Deretter vil adgangen til å vedta lovgivning som begrenser retten til dørsalg vurderes i lys av endringene som følger av endringsdirektivet.

4.6.3.2 *Direktiv 2005/29 før endringsdirektiv 2019/2161*

Ettersom dørsalg er en handelspraksis som reguleres av direktiv 2005/29, vil artikkel 4 være til hinder for å vedta lovgivning som er strengere enn det som følger av direktivet, selv der lovgivningen leder til en høyere grad av forbrukerbeskyttelse. Absolutte forbud mot ulike typer handelspraksis kan kun innføres der de er oppgitt i vedlegg I til direktivet, slik det er redegjort for i punkt 4.5.2 ovenfor.

Vedlegg I til direktiv 2005/29 inneholder ikke noe forbud mot dørsalg. Dette betyr at et nasjonalt dørsalgforbud som ikke bygger på en konkret vurdering av den enkelte salgssituasjonen, er i strid med direktivet artikkel 4. Det samme gjelder helt generelle begrensninger i adgangen til å drive dørsalg.

Selv om en innføring av et generelt forbud mot dørsalg vil stå i strid med direktiv 2005/29, åpner direktivet likevel for at visse begrensninger kan innføres. En aktuell regel finnes i vedlegg I punkt 25, hvor det er bestemt at det alltid vil være i strid med direktivet:

"Å personlig oppsøke forbrukerens bolig og overse forbrukerens anmodning om å forlate stedet eller ikke komme tilbake annet enn under omstendigheter og i det omfang som i henhold til nasjonal lovgivning er berettiget for å kreve oppfyllelse av en avtaleforpliktelse."

Hvis forbrukeren har anmodet strømselgeren om å forlate stedet, vil det være i strid med direktivet å oppsøke boligen til tross for anmodningen. Det er ikke stilt krav til hvordan anmodningen kommuniseres, og det vil antakeligvis være tilstrekkelig om forbrukeren har signalisert at dørsalg er uønsket ved for eksempel å sette opp et skilt ved inngangsdøren. Det er adgang til å vedta nasjonal lovgivning som reflekterer dette.

Vi viser ellers til gjennomgangen av de generelle kravene til markedsføring i direktiv 2005/29 artikkel 5 til 9 under punkt 4.7 i denne rapporten.

4.6.3.3 *Direktiv 2005/29 etter endringsdirektiv 2019/2161*

Når endringsdirektiv 2019/2161 er endelig innlemmet i EØS-avtalen, innføres det et unntak i virkeområdet til direktiv 2005/29 artikkel 3 nr. 5 for nasjonale regler om urimelig handelspraksis i form av dørsalg. Vilårene for å benytte dette unntaket er at den nasjonale regelen er forholdsmessig, ikke-diskriminerende og begrunnet i et behov for økt forbrukerbeskyttelse.

⁵⁹ Prop. 50 LS (2022-2023) side 165.

Det legges til grunn at et eventuelt forbud mot dørsalg i norsk intern rett vil være begrunnet i et behov for økt forbrukerbeskyttelse, som er et beskyttelsesverdig formål etter EØS-avtalen.⁶⁰ Spørsmålet blir dermed om et forbud mot salg av strøm ved dørsalg vil oppfylle kravene til nødvendighet og ikke-diskriminering.

For at et nasjonalt tiltak skal være nødvendig, må tiltaket være egnet til å oppfylle det oppstilte formålet, og det kan ikke finnes noen andre mindre inngripende tiltak som ville oppfylt formålet like effektivt. Dette kommer frem i EU-domstolens forente saker C-407/19 og C-471/19 *General Services* avsnitt 61:

"Such restrictions can be justified by overriding reasons in the public interest, provided that they are suitable for securing the attainment of the objective pursued and do not go beyond what is necessary in order to attain it, that is to say, if there are no less restrictive measures which would enable the objective to be attained just as effectively."

Den siterte saken angikk ikke direktivene 2005/29 eller 2019/2161, men illustrerer hvordan forholdsmessighetsvurderingen etter den nye hjemmelen for nasjonale begrensninger i dørsalg må gjøres.

Et tiltak er egnet hvis det er en rimelig grunn til å tro at det kan oppfylle det oppstilte formålet.⁶¹ Hvis det ikke er grunn til å tro at tiltaket vil oppfylle formålet, vil det heller ikke være et nødvendig middel for å oppfylle samme formål. Siden dørsalg er en markedsføringsmetode som kan oppleves som aggressivt av forbrukere, vil begrensninger i adgangen til å drive dørsalg kunne lede til en økt grad av forbrukerbeskyttelse og dermed oppfylle egnethetsvilkåret.

Kravet om at det ikke kan eksistere alternative tiltak som kan oppfylle det oppstilte formålet på mindre inngripende vis må gjøres gjennom en sammenligning av aktuelle tiltak på området. Hvis det finnes andre måter å oppfylle formålet på som er mindre inngripende overfor næringsdrivende, må det mindre inngripende alternativet velges. Forutsetningen er at det alternative tiltaket er egnet og at det effektivt vil kunne oppfylle formålet uten å bringe med seg uforholdsmessig store ulemper.⁶² Dette innebærer også at tiltaket ikke kan gå lenger enn det som er strengt nødvendig for å oppfylle formålet.⁶³

EU-domstolen fremhevet noen aktuelle momenter i nødvendighetsvurderingen i sak C-384/98 *Alpine Investment* avsnitt 54:

"In any event, the rules at issue are limited in scope. First, they prohibit only the contacting of potential clients by telephone or in person without their prior agreement in writing, while other techniques for making contact are still permitted. Next, the measure affects relations with potential clients but not with existing clients who may still give their written agreement to further calls. Finally, the prohibition of unsolicited telephone calls is limited to the sector in which abuses have been found, namely the commodities futures market."

⁶⁰ Dette kan leses ut av EØS-avtalen artikkel 78, direktiv 2005/29 artikkel 3 nr. 5 som endret av direktiv 2019/2161, og EU-domstolens avgjørelse i sak 120/78 *Rewe-Zentral*.

⁶¹ EU-domstolens sak 132/80 *United Foods* avsnitt 28. Se også sak C-222/18 *Kereskedelmi* avsnitt 69-72.

⁶² Sml. EU-domstolens sak C-137/09 *Josesmans* avsnitt 80 om ineffektiviteten av alternativer til et forbud mot salg av cannabis til utenlandske turister.

⁶³ Se til illustrasjon EU-domstolens forente saker C-407/19 og C-471/19 *General Services* avsnitt 106-107.

Et totalforbud mot salg av strømvavtaler gjennom dørsalg er et inngripende tiltak som fratarr næringen en arena å møte forbrukere på. I denne forbindelse må det nevnes at direktiv 2019/2161 fortalepunkt 55 nevner to eksempler på tiltak som i hovedsak vil anses som å være forholdsmessige etter direktiv 2005/29:

"National provisions adopted by Member States could, for example, define time of the day when visits to consumers' homes without their express request are not allowed or prohibit such visits when the consumer has visibly indicated that such visits are not acceptable or prescribe the payment procedure."

Hvis departementet, etter å ha gjort en vurdering av behovet for å innføre et forbud mot dørsalg av strømvavtaler, kommer til at behovet for forbrukerbeskyttelse også vil ivaretas i tilstrekkelig grad ved å innføre begrensningene som nevnes i direktiv 2019/2161 fortalepunkt 55, vil det ikke være adgang til å innføre et absolutt forbud. Departementet må gjøre en konkret vurdering av alle alternative tiltak som er egnet til å sikre det ønskede nivået av forbrukerbeskyttelse, og velge det alternativet som er minst inngripende overfor strømselskapene. Vi vil imidlertid påpeke at formålet bak endringene i direktiv 2005/29 til dels var å lovliggjøre forbud og begrensninger i dørsalg i flere medlemsstater der slike forbud/begrensninger allerede var innført i strid med direktivet,⁶⁴ som betyr at det ikke kan utelukkes at et forbud av den typen BFD skisserer vil være nødvendig.

I vurderingen av om begrensningene i retten til å drive dørsalg er forholdsmessig, må hele det norske regelverket ses i sammenheng. Dersom det oppstilte formålet allerede er ivaretatt av andre regler, vil det være uforholdsmessig inngripende å innføre ytterligere begrensninger. For eksempel må det tas stilling til om det er uforholdsmessig strengt å innføre begrensninger i retten til å drive dørsalg av strøm samtidig som at det innføres en nedkjølingsperiode ved slikt salg.⁶⁵

Ettersom BFD kun vurderer et forbud mot eller begrensninger i adgangen til å drive dørsalg av strømvavtaler, og ikke andre former for dørsalg, kan det legges til grunn at forbudet ikke går lenger enn nødvendig så lenge det ikke finnes alternative tiltak som er mindre inngripende.

Endelig er det et vilkår at en begrensning i adgangen til å drive dørsalg ikke har en diskriminerende virkning overfor utenlandske leverandører. Dette betyr at det ikke kan vedtas begrensninger som formelt skiller mellom norske og utenlandske leverandører, eller som reelt stiller norske leverandører i en bedre posisjon sammenlignet med utenlandske. Vi anser det som lite aktuelt å innføre regler som skiller mellom ulike leverandører, men vil nevne dette siden likebehandling er et uttrykkelig vilkår for å benytte det nye unntaket.

Et eksempel på dørsalgforbud som ikke formelt skiller mellom innenlandske og utenlandske leverandører, men som likevel ble ansett for å utgjøre reell diskriminering overfor sistnevnte gruppe, finnes i EU-domstolens sak C-254/98 *Heimdienst*. Saken gjaldt et østerriksk forbud mot dørsalg for foretak som ikke hadde fast utsalgssted i nærheten av de aktuelle forbrukerkundene. Ettersom det i praksis var enklere for innenlandske næringsdrivende å oppfylle kravet til geografisk nærhet sammenlignet med utenlandske, kom EU-domstolen til at forbudet hadde en diskriminerende effekt. På tilsvarende vis vil det være i strid med EØS-

⁶⁴ EU-kommisjonens forslag til lovgivning i COM/2018/0185.

⁶⁵ Se punkt 4.7 i denne rapporten. En lignende problemstilling ble tatt opp i EU-domstolens sak C-205/07 *Gysbrechts* hvor et belgisk forbud mot å ta imot betalingsinformasjon fra forbrukerkunder før angrefristens utløp ble ansett som uforholdsmessig inngripende siden det fantes et nasjonalt forbud mot å ta betalt før denne periodens utløp som ivaretok samme formål.

avtalen å vedta lovgivning som krever av strømtilbydere å ha en geografisk nærhet til forbrukerkundene.

Så lenge det kan dokumenteres at det valgte tiltaket er et egnet, nødvendig og ikke-diskriminerende middel for å oppnå en høyere grad av forbrukerbeskyttelse, vil ikke direktiv 2005/29 (som endret av direktiv 2019/2161) være til hinder for slik lovgivning. Dersom disse vilkårene er oppfylt, vil tiltaket som et utgangspunkt heller ikke være i strid med EØS-avtalens hoveddel, som bygger på de samme vilkårene som i direktiv 2005/29 artikkel 3 nr. 5.

4.6.4 Regulering av standssalg

Standssalg skiller seg fra dørsalg ved at selgeren ikke oppsøker hjemmet til forbrukeren, men i stedet setter opp en stand/stall i offentligheten hvor folk ferdes. Denne typen salg kan oppleves som inntrengende overfor forbrukerkunder som kan ha vanskelig for å avslå tilbud som fremmes av selgeren.

I likhet med det som ble skrevet under punkt 4.6.3 om dørsalg, finnes det ikke et særskilt forbud mot standssalg i direktiv 2005/29 vedlegg I, som betyr at det i utgangspunktet ikke kan innføres generelle forbud mot denne typen handelspraksis. Endringsdirektiv 2019/2161 medfører ingen endringer som gjelder særskilt for standssalg, og det finnes ikke noe tilsvarende unntak som før dørsalg etter det nye direktiv 2005/29 artikkel 3 nr. 5.

Et forbud i direktiv 2005/29 som kan være særlig relevant ved standssalg finnes i vedlegg I punkt 24, som bestemmer at det alltid vil være i strid med direktivet å "*skape inntrykk av at forbrukeren ikke kan forlate lokalet før en avtale er inngått.*" Dette gir hjemmel til å forby næringsdrivende strømselskaper fra å skape en situasjon der standsselgeren gir forbrukeren inntrykk av å være forpliktet til å inngå en avtale før forbrukeren kan forlate standen.

Det vises ellers til de generelle kravene til handelspraksis i direktiv 2005/29 artikkel 5 til 9 som behandlet nedenfor under punkt 4.8.

4.7 Innføring av en nedkjølingsperiode ved salg av strømvavtaler

4.7.1 Innledning

Departementet arbeider med et forslag om å innføre en regel om at forbrukerkunder ikke kan akseptere et tilbud som er fremsatt av en strømleverandør ved telefonsalg, dørsalg, standssalg eller butikksalg før dagen etterpå, og har bedt Schjødt om å utrede om det vil ligge innenfor norske myndigheters handlingsrom å innføre en slik regel. Forslaget lyder foreløpig slik:

"Ved telefonsalg, dørsalg, stands- og butikksalg kan forbrukeren tidligst akseptere tilbudet dagen etter at tilbud er fremsatt av kraftleverandøren."

For å avgjøre om regelen faller innenfor hva Norge har adgang til etter EØS-avtalen, må det først vurderes om den faller innenfor virkeområdet til de totalharmoniserende direktivene. Hvis regelen ikke rammes av direktivene, blir spørsmålet om EØS-avtalens hoveddel er til hinder for regelen.

4.7.2 Anvendelsesområdet til direktiv 2005/29 og direktiv 2011/83

Som nevnt gir direktiv 2005/29 og direktiv 2011/83 regler om forbrukerbeskyttelse ved inngåelsen av avtaler som ikke kan fravikes i nasjonal rett. Ingen av direktivene inneholder regler om en nedkjølingsperiode før avtaler kan inngås. Ved vurderingen av om Norge kan

innføre en nedkjølingsperiode ved salg av strømvavtaler, må det derfor først tas stilling til om problemstillingen faller innenfor direktivenes virkeområde.

Ifølge direktiv 2005/29 artikkel 3 nr. 2 får ikke direktivet anvendelse på nasjonale regler som angår "reglene for kontraktens gyldighet, utforming eller virkning." Siden den foreslåtte regelen om innføringen av en nedkjølingsperiode ved salg av strømvavtaler knytter seg til gyldigheten av en aksept fra forbrukerens side, faller dette utenfor virkeområdet til direktiv 2005/29.

En tilsvarende regel følger av direktiv 2011/83 artikkel 3 nr. 5, med unntak for de regler som følger av direktivet. Dette er utdypet i foralepunkt 14 til direktivet, hvor det står:

"Dette direktiv bør ikke berøre nasjonal lovgivning på området avtalerett for avtalerettslige aspekter som ikke blir regulert ved dette direktiv. Dette direktiv bør derfor ikke berøre nasjonal lovgivning som for eksempel regulerer avtalers inngåelse eller gyldighet (for eksempel i tilfelle av manglende samtykke)."

Den uttrykkelige henvisningen til at direktivet ikke berører nasjonal lovgivning om manglende samtykke, understøtter at det kan innføres regler om når et samtykke fra en forbruker skal være bindende ved inngåelsen av strømvavtaler. At direktivene ikke kommer til anvendelse på spørsmål om kontraktsrettslig binding gjentas også i EU-domstolens sak C-922/19 *Waternet*, der det i avsnitt 45 ble fastslått at det var opp til den nasjonale retten å avgjøre om en kontrakt var ansett for å ha blitt inngått:

"in the absence of harmonisation of the general aspects of contract law at EU level, the formation, conclusion and validity of contracts are regulated by national law. It is therefore for the referring court to determine, in the light of Netherlands law, whether a contract may be regarded as concluded between a water supply company and a consumer, in the absence of that consumer's express consent."

Verken direktiv 2005/29 eller direktiv 2011/83 har til formål å regulere reglene om avtalerettslig binding, og det må derfor kunne legges til grunn at departementets forslag vil falle utenfor direktivenes virkeområde. I mangel av regulering i direktivene, blir spørsmålet om EØS-avtalens hoveddel er til hinder for en slik regel. Spørsmålet retter seg i hovedsak mot EØS-avtalen artikkel 11, som forbyr restriksjoner i form av produktkrav og i form av salgsmetoder som stiller utenlandske leverandører i en dårligere stilling enn innenlandske.

4.7.3 Nedkjølingsperiode og EØS-avtalen artikkel 11

En nedkjølingsperiode innebærer ikke et produktkrav, og ligger nærmere en regulering av næringsdrivendes salgsmetoder. For at et tiltak skal utgjøre en restriksjon i forbindelse med EØS-avtalen artikkel 11, må tiltaket utgjøre en begrensning i vareleverandørers adgang til å selge varer på en måte som rammer utenlandske leverandører hardere enn innenlandske.⁶⁶

I EU-domstolens sak C-205/07 *Gysbrechts* ble det slått fast at et belgisk forbud mot å kreve betaling eller forbrukeres betalingsinformasjon før utløpet av angrerettsperioden ved fjernsalg utgjorde en importrestriksjon, siden forbudet gjorde det vanskeligere for utenlandske selgere å sikre seg mot betalingsmislighold fra forbrukere sammenlignet med innenlandske selgere. EU-domstolen argumenterer som følger i dommen avsnitt 41 til 43:

⁶⁶ EU-domstolens forente saker C-267/91 og C-268/91 *Keck* avsnitt 15 og 16.

"In the main proceedings, it is clear, as the Belgian Government has moreover noted in its written observations, that the prohibition on requiring an advance payment deprives the traders concerned of an efficient tool with which to guard against the risk of non-payment. That is even more the case when the national provision at issue is interpreted as prohibiting suppliers from requesting that consumers provide their payment card number even if they undertake not to use it to collect payment before expiry of the period for withdrawal.

As is clear from the order for reference, the consequences of such a prohibition are generally more significant in cross-border sales made directly to consumers, in particular, in sales made by means of the internet, by reason, inter alia, of the obstacles to bringing any legal proceedings in another Member State against consumers who default, especially when the sales involve relatively small sums.

Consequently, even if a prohibition such as that at issue in the main proceedings is applicable to all traders active in the national territory, its actual effect is none the less greater on goods leaving the market of the exporting Member State than on the marketing of goods in the domestic market of that Member State."

På samme måte som i *Gysbrecht*, kan det tenkes at en nedkjølingsperiode av den typen BFD skisserer utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11 til tross for at det ikke skiller formelt mellom innenlandske og utenlandske leverandører. Den siterte dommen viser at det skal lite til for at tiltak som gjør det vanskeligere å håndheve avtaler som er inngått på tvers av landegrensene utgjør en restriksjon. Hvis det for eksempel viser seg å være vanskeligere for utenlandske strømleverandører å inngå avtaler med forbrukere sammenlignet med innenlandske, må det legges til grunn at regelen vil utgjøre et hinder for markedsadgangen og følgelig en restriksjon etter EØS-avtalen.

Selv om betalingsforbudet i *Gysbrecht* utgjorde en restriksjon til tross for at forbudet formelt likebehandlet innenlandske og utenlandske aktører, er det ikke gitt at BFD sitt forslag gjør det. Forskjellen mellom lovforslaget og regelen i *Gysbrechts* er at førstnevnte regel begrenser en forbrukers adgang til å akseptere et tilbud, mens sistnevnte handlet om håndhevelsen av allerede inngåtte avtaler. Dette betyr at departementets forslag ikke nødvendigvis vil utgjøre en restriksjon i EØS-avtalen artikkel 11 selv om forbudet i *Gysbrechts* utgjorde det.

For å avgjøre om lovforslaget vil utgjøre en restriksjon, må BFD gjøre en vurdering av om inngrepet kan gjøre det vanskeligere for utenlandske næringsdrivende å selge til norske forbrukere sammenlignet med norske næringsdrivende. Vi har ikke funnet rettspraksis som gir et klart svar på spørsmålet, men antar at en slik regel ikke vil stille utenlandske leverandører i en dårligere situasjon sammenlignet med norske.

Dersom en nedkjølingsperiode for å inngi aksept regnes som en restriksjon, er den ikke i strid med EØS-avtalen om den er nødvendig for å ivareta et beskyttelsesverdig behov.⁶⁷ Forbrukerbeskyttelse er et beskyttelsesverdig behov, noe som betyr at tiltaket kun må være egnet og nødvendig for å styrke forbrukerbeskyttelsen for å være lovlig. Vi viser til formuleringen i EU-domstolens forente saker C-407/19 og C-471/19 *General Services* avsnitt 61 som tidligere sitert under punkt 4.6.3.3 i rapporten.

⁶⁷ Se gjennomgangen av vilkårene under punkt 4.1.2.3 og 4.6.3.3.

En nedkjølingsperiode ved kontraktsinngåelse må anses for å være et egnet tiltak til å oppnå formålet om forbrukerbeskyttelse. Det avgjørende er om det er et nødvendig tiltak.

I den tidligere nevnte *Gysbrechts*-saken kom EU-domstolen til at forbudet mot å kreve betaling før angrerettsperiodens utløp sto i et rimelig forhold til behovet for økt forbrukervern, men at det var uforholdsmessig inngripende å stille opp et forbud mot å ta imot forbrukerkundenes betalingsinformasjon når det uansett var forbudt å benytte denne informasjonen før angrerettsfristens utløp.⁶⁸

En særlig viktig vurdering som må gjøres av departementet, er om behovet for å kjøle ned salgssituasjonen mellom forbrukeren og den næringsdrivende allerede er ivarettatt gjennom reglene om angrerett ved fjernsalg og salg utenfor selgerens faste forretningslokaler som følger av direktiv 2011/83 artikkel 9 nr. 1:

"Med mindre unntakene i artikkel 16 får anvendelse, skal forbrukeren ha en frist på 14 dager til å gå fra en fjernsalgsavtale eller en avtale inngått utenom faste forretningslokaler, uten å oppgi noen grunn og uten å pådra seg andre kostnader enn dem som er fastsatt i artikkel 13 nr. 2 og artikkel 14."

Hvis departementet kommer til at reglene om angrerett allerede ivaretar samme behov som en nedkjølingsperiode, kan ikke regelen innføres for telefonsalg, dørsalg eller standssalg der angreretten gjelder og må avgrenses til butikksalg. Denne vurderingen forutsetter en vurdering som faller utenfor vårt mandat, og vil ikke vurderes videre i denne rapporten.

Vår vurdering er at det er adgang til å vedta en nedkjølingsperiode av den typen departementet skisserer etter EØS-avtalen. Selv om det er begrenset med eksisterende praksis på området, vil ikke en slik regel nødvendigvis utgjøre en restriksjon som faller innenfor virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 11. Uansett vil det ikke være i strid med EØS-avtalen å innføre en slik regel hvis departementet kan dokumentere at andre mindre inngripende tiltak ikke kan oppfylle behovet for forbrukervern på like effektivt vis.

4.8 Forbud mot "winback"-markedsføring rettet mot forbrukerkunder ved leverandørbytte

4.8.1 Innledning

Departementet har bedt Schjødt om å utrede adgangen til å vedta følgende lovgivning:

"Et forbud mot «winback»-markedsføring rettet mot forbrukerkunder ved bytte av strømleverandør."

Winback-markedsføring er ikke et entydig begrep, og har ingen klar definisjon i norsk intern rett eller i EU/EØS-retten. Winback-markedsføring kan forstås som markedsføring eller salgsaktivitet rettet mot tidligere kunder med formål å "vinne de tilbake" etter at de har sagt opp en avtale.⁶⁹ Det kan også omfatte tilfeller hvor forbrukeren har informert om at strømvartalen ønskes å sies opp, og hvor strømleverandøren forsøker å forhindre at kunden går til en annen leverandør ved å eksempelvis fremme et nytt tilbud.

Slik departementet har formulert forespørselen, skal vi særlig vurdere situasjonen der en forbruker har sagt opp en strømvartale og byttet strømleverandør. Winback-markedsføring kan

⁶⁸ Sak C-205/07 *Gysbrechts* avsnitt 62.

⁶⁹ Se eksempelvis rapport fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet "Forbudet mot bruk av porteringsinformasjon i egen markedsføring (winback)" av 5. juni 2018. Se til sammenligning ekomforskriften § 3-6 femte ledd.

forekomme i ulike former, eksempelvis ved personlig reklame, ulike former for tilbud, herunder tilbud med korte frister. Markedsføringen kan også skje på ulike måter, og må blant annet ses i sammenheng med hva som er angitt om telefonsalg ovenfor.

Winback-markedsføring kan i praksis innebære en forskjellsbehandling mellom sluttbrukere, føre til lav pristransparens på markedet, og en favorisering av tilbydere med allerede sterke posisjoner på markedet framfor mindre aktører.⁷⁰ Forbrukere kan oppleve at markedsføringen er misvisende, ved at leverandørene ikke tilbyr sine beste priser mens forbrukere fortsatt er kunder hos dem, og i stedet venter med å tilby bedre priser til forbrukeren har sagt opp sin strømvatle. Forbrukere kan også oppleve markedsføringen som pressende der de har inngått eller tar sikte på å inngå en ny strømvatle med en annen leverandør.

4.8.2 Reglene om forbrukervern i direktiv 2009/72

Som det tidligere er redegjort for, oppstiller direktiv 2009/72 generelle krav til vern for forbrukere på strømmarkedet. Artikkel 3 angir konkrete forpliktelser for medlemsstatene til å yte forbrukervern, hvor særlig nr. 5 og 7 er av interesse i relasjon til winback-markedsføring.

Artikkel 3 nr. 5 angir at medlemsstatene skal sikre at kunder som overholder kontraktsvilkårene og ønsker å bytte leverandør, skal kunne gjennomføre slikt leverandørbytte innen tre uker. Vi viser til den siterte direktivteksten under punkt 4.2.4 i denne rapporten. På denne måten skal medlemsstatene sikre en reell rett til å bytte leverandør. Direktivet angir ingen nærmere retningslinjer med hensyn til hvordan det skal sikres i praksis.

Videre følger det av artikkel 3 nr. 7 at medlemsstatene skal treffe:

“egnede tiltak for å verne sluttkunder og skal særlig sikre at det finnes egnede sikkerhetstiltak for å verne sårbare kunder. [...] Medlemsstatene skal sikre at berettigede kunder i praksis lett kan bytte leverandør. “

Sammenholdt angir artikkel 3 nr. 5 og 7 en forpliktelse for medlemsstatene til å sikre at forbrukere i praksis enkelt kan bytte leverandør. Dette må også ses i sammenheng med fortalens punkt 1 som angir at formålet med det indre markedet for elektrisk kraft *“er å skape faktiske valgmuligheter for alle forbrukere.”* Winback-markedsføring som medfører at forbrukere forhindres fra å bytte leverandør, eller som gjør det praktisk vanskelig å benytte denne retten, vil dermed kunne forbys i nasjonal lovgivning i samsvar med direktivet.

Enhver form for “winback”-markedsføring vil ikke nødvendigvis forhindre at forbrukere kan bytte strømleverandør slik artikkel 3 nr. 5 krever. Det kan imidlertid tenkes at særlig pågående og aggressiv markedsføring etter omstendighetene kan utgjøre en slik hindring for forbrukere. Direktivets ordlyd tilsier at winback-markedsføring av mer inngående karakter og som er egnet til å påvirke adgangen til å gjennomføre leverandørbytter bør kunne reduseres eller forbys i en viss grad. Det kan tenkes at markedsføring av særlig aggressiv karakter kan påvirke forbrukeres adgangen til å bytte strømleverandør, se nærmere om dette i punkt 4.8.3 nedenfor.

⁷⁰ Se høringsnotat om forslag til endringer i ekomlov og ekomforskrift om winback-forbud: <https://www.regjeringen.no/contentassets/19781f346b1f4a2cb09499e3a18dadf9/forslag-til-forskrift-om-endringer-i-forskrift.pdf>.

4.8.3 Direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis

4.8.3.1 Generelt

Næringsdrivendes markedsføring som har til formål å sikre at kunder kommer tilbake etter å ha sagt opp sin avtale, er en handling som er direkte knyttet til å fremme deres salg og leveranse til forbrukerne, og dermed en del av deres forretnings- og markedsføringsstrategi. Winback-markedsføring er dermed en form for næringsdrivendes handelspraksis, slik at direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis kommer til anvendelse, se redegjørelsen om direktivets virkeområde og system over i punkt 4.5.2.

Verken forbud mot winback-markedsføring ved bytte av strømleverandører eller forbud mot winback-markedsføring generelt er inntatt i direktiv 2005/29 vedlegg I med oversikt over alle former for handelspraksis som under enhver omstendighet anses urimelig. Ettersom det ikke kan vedtas strengere regler enn det som følger av direktivet ifølge artikkel 4, er det ikke adgang til å innføre et generelt forbud mot winback-markedsføring rettet mot forbrukere ved bytte av strømleverandør. Det er likevel enkelte former for handelspraksis som er inntatt i vedlegg I som er av interesse for vurderingen:

“7. Feilaktig å hevde at et produkt vil være tilgjengelig i et svært begrenset tidsrom, eller at det vil være tilgjengelig bare på bestemte vilkår i et svært begrenset tidsrom, for å framkalle en umiddelbar beslutning og frata forbrukerne tilstrekkelig mulighet eller tid til å gjøre et informert valg.”

“18. Å formidle faktisk uriktige opplysninger om markedsvilkår eller om muligheten for å skaffe seg produktet, i den hensikt å påvirke forbrukeren til å anskaffe produktet på mindre gunstige vilkår enn normale markedsvilkår.”

Det er adgang til å innføre et forbud mot winback-markedsføring mot forbrukerkunder etter avsluttet strømvavtale i form av et forbud knyttet til de ovennevnte punktene.

Forbudet mot urimelig handelspraksis omfatter også handelspraksis som er villedende eller aggressiv ifølge direktiv 2005/29 artikkel 5 nr. 4 og artikkel 6 til 7.

4.8.3.2 Villedende handelspraksis etter artikkel 6 og 7

Villedende handelspraksis omfatter både villedende handlinger og villedende utelatelser, som er definert i direktiv 2005/29 artikkel 6 og 7. Direktivets fortale avsnitt 14 presiserer at *“det er ønskelig at villedende handelspraksis omfatter former for praksis, herunder villedende reklame, som ved å villedende forbrukerne hindrer dem i å gjøre informerte, og dermed effektive, valg.”*

Artikkel 6 angir at en handling er villedende dersom den inneholder uriktige opplysninger, som er “egnet til å villedende gjennomsnittsforbrukeren, selv om opplysningene rent faktisk er korrekte”, og som enten påvirker eller er egnet til å påvirke gjennomsnittsforbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet. Det foretas en helhetsvurdering hvor det ses hen til momentene som er listet opp i artikkel 6 nr. 1 bokstav a til g. I denne forbindelse kan det være forhold ved winback-markedsføringen som leder til uklarheter vedrørende prisen på ytelsene, som kan utgjøre villedende markedsføring etter artikkel 6 nr. 1 bokstav d.

Det følger også av artikkel 6 nr. 2 bokstav a at en handelspraksis er urimelig dersom den etter en konkret helhetsvurdering anses å kunne påvirke gjennomsnittsforbrukeren til å gjøre en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville truffet, og som innebærer:

"markedsføring av et produkt, herunder gjennom sammenlignende reklame, som forårsaker forveksling med en konkurrents produkter, varemerker, handelsnavn eller andre kjennetegn."

Winback-markedsføring kan ta sikte på å hindre forbrukeren fra å bytte leverandør ved å drive sammenlignende reklame, som medfører en risiko for forveksling med produktet til en konkurrent. Selv om det vil være i strid med EØS-avtalen å innføre absolutte forbud mot slik markedsføring, kan det vedtas lovgivning som legger opp til en helhetsvurdering der dette er tema.

Videre angir artikkel 7 at en utelatelse er villedende dersom den etter en konkret vurdering utelater vesentlige opplysninger som en gjennomsnittlig forbruker trenger for å kunne treffe en informert beslutning, og som kan påvirke eller er egnet til å påvirke forbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som ellers ikke ville skjedd. I henhold til nr. 2 er en utelatelse villedende dersom den næringsdrivende utelater eller gir vesentlige opplysninger på en måte som er uklar, uforståelig, tvetydig eller uhensiktsmessig. Eksempelvis vil blant annet manglende eller uklar informasjon om pris eller beregning av pris, vilkår for betaling og levering eller produktets hovedegenskaper være vesentlige opplysninger, som etter omstendighetene kan utgjøre villedende handelspraksis.

Vi anser villedende handlinger etter direktiv 2005/29 artikkel 6 for å være mer relevante enn villedende utelatelser etter artikkel 7 ved spørsmålet om winback, men det kan tenkes situasjoner der en næringsdrivende unnlater å nevne forhold ved en strømvtales for å vinne tilbake kunden. Departementet bør vurdere hvilke momenter i artiklene 6 og 7 det er som kan være aktuelle ved winback-markedsføring, og formulere en eventuell lovregel på en måte som inviterer til en konkret vurdering hvor disse momentene tillegges særlig vekt.

4.8.3.3 Aggressiv handelspraksis etter artikkel 8 og 9

Etter direktiv 2005/29 artikkel 8 må det foretas en konkret vurdering av om en handelspraksis er aggressiv, hvor det blant annet må hensyntas om det:

"ved trakassering, tvang, herunder bruk av fysisk makt, eller utilbørlig påvirkning i vesentlig grad begrenser eller er egnet til å begrense gjennomsnittsforkbrukerens valgmuligheter eller atferd i forbindelse med produktet og dermed påvirker vedkommende eller er egnet til å påvirke vedkommende til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet."

Vedlegg I punkt 24 til 31 lister opp typetilfeller som under enhver omstendighet er å anse som aggressiv handelspraksis. Siden ingen av alternativene er treffende for winback-markedsføring, kan det ikke innføres forbud uten at det gjøres en konkret vurdering fra sak til sak.

Artikkel 9 angir nærmere momenter som kan hensyntas i vurderingen av om handelspraksisen innebærer trakassering, tvang eller utilbørlig påvirkning. Dette inkluderer blant annet tidspunkt, sted, art og varigheten av handelspraksisen, og om det er brukt truende eller utilbørlig språk eller atferd. Direktivets foralepunkt 7 fremhever at må foretas en konkret vurdering. EU-domstolen presiserte i sak C-628/17 *Orange Polska* at det innebærer "an obligation to take account of all the features of the conduct of the trader in the factual context concerned".⁷¹ Det har videre som konsekvens at en handelspraksis ikke kan kategoriseres som aggressiv i

⁷¹ EU-domstolens sak C-628/17 *Orange Polska* avsnitt 30.

henhold til direktivet uten at det foretas en konkret vurdering av det enkelte tilfellet, i lys av kriteriene som følger av artikkel 8 og 9.

Ved winback-markedsføring er det først og fremst en risiko for "utilbørlig påvirkning" av forbrukeren. Utilbørlig påvirkning er i artikkel 2 bokstav j definert som en utnyttning av en maktposisjon ovenfor forbrukeren til å utøve press, som har den virkning at det vesentlig reduserer forbrukerens evne til å treffe en informert beslutning. I relasjon til tolkningen av "utilbørlig påvirkning" i direktivets artikkel 2 bokstav j, påpekte EU-domstolen følgende i sak C-628/17 *Orange Polska* avsnitt 36:

"Account should also be taken of the fact that the objective pursued by Directive 2005/29 is, inter alia, to achieve a high level of consumer protection against unfair commercial practices and that that objective is based on the assumption that, in relation to a trader, the consumer is in a weaker position, particularly with regard to the level of information, especially in a sector as technical as the telecommunications services sector, in which it cannot be denied that there is a major imbalance of information and expertise between the parties."

Uttalelsen indikerer at det er av betydning for vurderingen om handelspraksisen er aggressiv at avtalen er av teknisk karakter, hvor informasjonen er lite tilgjengelig og det er et misforhold mellom partene hva gjelder ekspertise. I samme sak slo EU-domstolen fast at en praksis hvor forbrukeren måtte ta stilling til spørsmålet om inngåelse eller endring av en kontrakt for levering av telekommunikasjonstjenester i nærvær av en representant fra selger, uten å kjenne til innholdet i den aktuelle kontrakten, ikke utgjør en aggressiv handelspraksis under enhver omstendighet. Det ble fremhevet at det etter en konkret vurdering kan utgjøre aggressiv handelspraksis dersom det har til virkning å legge press på forbrukeren slik at forbrukerens valgfrihet er betydelig svekket. Det ble påpekt at det eksempelvis kan være tilfelle dersom forbrukeren føler seg ukomfortabel eller forvirret i forbindelse med beslutningen som skal tas.

Ved tilfelle av leverandørbytte av strøm, kan forbrukere som blir kontaktet av tidligere strømleverandør kort tid etter byttet potensielt oppleve at de er utsatt for press, hvor de blir presentert med nye tilbud og/eller avtaler som kan virke utilgjengelig og som er av teknisk karakter. Enhver form for kontakt mellom forbrukere og tidligere strømleverandør kan imidlertid ikke sies å være en form for "utilbørlig påvirkning" og aggressiv handelspraksis. Det vil blant annet være relevant å vurdere måten forbrukeren blir kontaktet på, hva som blir presentert og hvordan det presenteres. Det underbygger at det ikke er adgang til å innføre et generelt nasjonalt forbud mot winback-markedsføring, men at det kan innføres en nasjonal regel som legger opp til en konkret vurdering av den konkrete markedsføringen som utvises.

Det kan også bemerkes at Europaparlamentet nylig vedtok et endringsforslag til direktiv 2005/29 som blant annet angir at det alltid vil anses som markedsføring i strid med direktivet dersom oppsigelsen av en tjeneste er betydelig mer tyngende enn å inngå avtale om slik tjeneste.⁷²

4.8.4 Direktiv 2006/114 om villedende og sammenlignende reklame

Winback-markedsføring kan innebære at strømleverandørene direkte eller indirekte sammenligner sine priser med konkurrentene som de tidligere kundene har gått over til. Slik sammenlignende markedsføring gjør at direktiv 2006/114 om villedende og sammenlignende

⁷²Amendment 72 Proposal for a directive Annex I – paragraph 1 – point 2 a (new) Directive 2005/29/EC Annex I – point 7a (new), P9_TA(2023)0201 den 11. mai 2023.

reklame også er av interesse for spørsmålet om adgangen til å innføre et nasjonalt forbud mot markedsføringsformen.⁷³ Direktivets formål er å verne næringsdrivende mot villedende reklame og de urimelige følger av slik reklame, og å fastsette på hvilke vilkår sammenlignende reklame er tillatt.⁷⁴ Direktivets artikkel 5 nr. 1 angir at medlemsstatene skal sørge for at det er effektive og tilstrekkelige midler til å bekjempe villedende reklame, og sikre overholdelse av reglene.

Hva som er "villedende" og "sammenlignende" reklame er definert i artikkel 2 bokstav b og c.⁷⁵ Villedende reklame er definert slik i artikkel 2 bokstav b:

"enhver reklame som på noen måte [...] forleder eller er egnet til å forlede de personer den er rettet mot eller når fram til, og som på grunn av sine villedende egenskaper kan antas å påvirke deres økonomiske atferd".

Reklame som enten skader eller er egnet til å skade en konkurrent er også omfattet. Etter artikkel 3 må det foretas en konkret vurdering av om en reklame eller en form for markedsføring er villedende. Det listes videre opp konkrete momenter det er relevant å se hen til i bokstav a til c. For vurderingen av winback-markedsføring, er det av særlig interesse å se hen til opplysninger om pris eller fremgangsmåten for beregning av prisen, og vilkårene varen leveres på etter bokstav b.

Markedsføring med winback-formål kan innebære at konkurrenter fremsetter gode priser og nye vilkår til tidligere kunder slik at de går tilbake til opprinnelig strømleverandør fortsetter å kjøpe av vedkommende strømleverandør. Markedsføringen kan også gi uttrykk for at vilkårene er bedre enn vilkårene og prisene hos konkurrentene. Dersom kunden blir værende eller senere kommer tilbake til opprinnelig leverandør, kan tilbudsprisene og -vilkårene likevel endres tilbake slik at kundene igjen får dårligere vilkår enn de hadde hos konkurrenten. Sammenligningen og idealiseringen av vilkårene i forhold til konkurrenter kan etter en helhetsvurdering anses både forledende og egnet til å påvirke kunders økonomiske atferd til skade for konkurrenter. Det tilsier at direktivet åpner for å oppstille forbud mot slik markedsføring. Det er imidlertid ikke slik at enhver markedsføring som har til formål å vinne tilbake tidligere kunder, i realiteten er et uttrykk for slik villedende reklame. Et generelt forbud mot "winback"-markedsføring vil med dette ramme flere former for reklame enn hva direktivet åpner for.

"Sammenlignende reklame" er definert som enhver form for reklame som enten "direkte eller indirekte viser til en konkurrent eller til varer eller tjenester som tilbys av en konkurrent".⁷⁶ Det følger videre av artikkel 4 at sammenlignende reklame er tillatt dersom vilkårene i artikkel 4 er oppfylt. Bestemmelsen må forstås slik at det som hovedregel ikke kan oppstilles forbud mot sammenlignende reklame. Adgang til å oppstille begrensninger gjelder kun dersom virksomhetene i sin reklame overtrer begrensningene i artikkel 4 bokstavene a til h. I relasjon til winback-markedsføring, er bokstav a til d særlig aktuelle, som stiller følgende krav for at reklamen skal være tillatt:

"a) reklamen er ikke villedende i henhold til artikkel 2 bokstav b), artikkel 3 og artikkel 8 nr. 1 i dette direktiv eller artikkel 6 og 7 i europaparlaments- og rådsdirektiv

⁷³ Direktiv 2006/114 artikkel 2 bokstav a og c.

⁷⁴ Direktiv 2006/114 artikkel 1.

⁷⁵ EU-domstolen klargjorde i sak C-52/13 *Posteshop* at villedende og ulovlig sammenlignende reklame etter henholdsvis artikkel 3 og 4, utgjør to ulike og selvstendige overtredelser av direktivet. Det er derfor ikke nødvendig at reklamen både er villedende og ulovlig sammenlignende for at det utløses sanksjoner.

⁷⁶ Direktiv 2006/114 artikkel 2 bokstav c.

2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere i det indre marked («direktivet om urimelig handelspraksis»),

b) den sammenligner varer eller tjenester som dekker samme behov eller er beregnet på samme formål,

c) den sammenligner objektivt én eller flere egenskaper ved disse varene og tjenestene som er konkrete, relevante, dokumenterbare og representative, herunder prisen,

d) den bringer ikke vanry eller taler nedsettende om en konkurrents [...], varer tjenester, virksomhet eller situasjon."

Punktene e til h må også være oppfylt for at reklamen skal anses for å være lovlig, men disse er ikke særlig aktuelle ved winback-markedsføring, og siteres ikke her.

I sak C-562/15 *Carrefour* hadde en dagligvarekjede lansert en reklame som sammenlignet prisene på de 500 mest populære salgsvarene i butikkene til Carrefour med prisen hos konkurrenter. Reklamen innebar i tillegg et tilbud om å kompensere kundene den dobbelte prisen for varen hvis de kjøpte den billigere hos en konkurrent. Reklamen presiserte imidlertid ikke at prisforskjellene delvis skyldtes forskjellige størrelser på produktene. Reklamen informerte heller ikke at noen av bedriftene de sammenlignet seg med var "supermarkeder" mens Carrefour er et "hypermarked" som tilbyr flere produkttyper. EU-domstolen kom til at Carrefour sin reklame utgjorde ulovlig sammenlignende reklame fordi forbrukerne ikke var blitt informert på en klar måte, og i selve reklamen om at prisene som ble sammenlignet gjaldt produkter med annen størrelse og annet format.

I relasjon til winback-markedsføring, tilsier dette at markedsføring som enten direkte eller indirekte viser til en konkurrent eller varer fra en konkurrent, på en klar måte må informere forbrukeren om eventuelle kvantitets- eller kvalitetsforskjeller mellom produktene, som gjør at bedriften kan tilby en annen pris enn konkurrenten. Norge kan innføre lovgivning som pålegger strømleverandører å opplyse om slike forhold ved winback-markedsføring.

4.8.5 Oppsummering av adgangen til å innføre et forbud mot "winback"-markedsføring

Det er ikke adgang til å innføre et generelt forbud mot winback-markedsføring, siden det vil favne vidt og være i strid direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis. Som hovedregel må nasjonal lovgivning legge opp til at det foretas en konkret vurdering av markedsføringen i hver enkelt sak for å være forenelig med EØS-retten.

Det er imidlertid adgang til å innføre nasjonale regler knyttet til villedende eller aggressiv winback-markedsføring. For førstnevnte vil det være relevant å se hen til om handlingen er egnet til å påvirke forbrukeren til å treffe en økonomisk beslutning som ellers ikke ville vært truffet. En nasjonal regulering av aggressiv winback-markedsføring må innebære at det foretas en konkret vurdering, hvor det blant annet ses hen til tidspunktet for markedsføringen sett opp mot når forbrukeren sa opp sin strømvartale og karakteren av markedsføringen, herunder i hvilken grad forbrukeren blir utsatt for tvang eller utilbørlig påvirkning.

Det er også adgang til å vedta generelle forbud i nasjonal lovgivning mot spesifikke typetilfeller som er i tråd med direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis vedlegg I. Eksempelvis kan det innføres et nasjonalt forbud mot at strømleverandører feilaktig kan hevde at et produkt kun er tilgjengelig i et svært begrenset tidsrom, eller på bestemte vilkår i et svært begrenset tidsrom,

med den hensikt å tvinge forbrukeren til å ta en umiddelbar beslutning, uten tilstrekkelig mulighet eller tid til å foreta et informert valg.