

## Høringsnotat

---

Saksnr.: 20/5957

Høringsfrist: 3. mars 2021

### **Høringsnotat – ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere (digitalytelsesloven)**

1	Bakgrunn.....	2
2	Terminologi.....	3
3	Overordnet om direktivet.....	4
4	Generelt om gjeldende rett.....	5
5	Prosess og gjennomføringsmåte.....	6
6	Lovens anvendelsesområde.....	7
7	Lovens ufravikelighet.....	10
8	Kort om elektronisk kommunikasjon.....	11
9	Levering av ytelsen.....	12
10	Krav til ytelsen. Mangler.....	14
11	Bevisbyrdespørsmål.....	18
12	Forbrukerens krav ved forsinkelse.....	20
13	Forbrukerens krav ved mangler.....	23
14	Melding om krav og forholdet til reklamasjon.....	34
15	Forbrukerens plikter.....	40
16	Avbestilling og oppsigelse.....	42
17	Leverandørens krav ved forbrukerens kontraktsbrudd.....	47
18	Endring av ytelsen.....	49
19	Fellesregler for omlevering, heving og prisavslag.....	50
20	Erstatningsfastsettelsen.....	54
21	Forskjellige bestemmelser.....	58
22	Leverandørens regressrett.....	60
23	Håndhevelse.....	62
24	Økonomiske og administrative konsekvenser.....	63
25	Merknader til de enkelte bestemmelsene.....	64
26	Lovutkast.....	80

## 1 Bakgrunn

En stadig større del av produktene forbrukere betaler for i det daglige, innebærer levering av digitale tjenester eller digitalt innhold. Vi bruker applikasjoner på telefonene våre til en rekke forskjellige formål, blant annet for å kommunisere med hverandre, for å innhente, systematisere og lagre informasjon, for eksempel om egen trening og helse, og for underholdnings- og rekreasjonsformål. Hjemme har de fleste etter hvert TV, datamaskin eller lignende med tilsvarende applikasjoner og annen programvare. Mange abonnerer på strømmetjenester for avspilling av musikk, filmer og TV-serier: Undersøkelser tyder på at rundt 60 prosent av norske husstander abonnerer på minst én strømmetjeneste (EPSI Rating, 2018; Mediavision, 2019). I den første av disse undersøkelsene (EPSI Rating, 2018) regnes Netflix som den klart største tilbyderen av betalingsstrømmetjenester; andre store tilbydere som nevnes, er Viaplay, TV2 Sumo og HBO. Det er videre et betydelig marked for å laste ned musikk, film og dataspill via internett og for å kjøpe slikt digitalt innhold på fysiske bærere som Blu-ray eller CD. For flere av de digitale ytelsene som er nevnt over, betaler forbrukeren med penger. Men det er også vanlig at det for ytelser som er gratis i tradisjonell forstand, gis et vederlag i form av forbrukerens personopplysninger – opplysninger som har en økonomisk verdi blant annet ved at de kan omsettes til tredjeparter. Dette kan for eksempel være tilfellet for ulike sosiale medier som mange bruker fast. Ifølge en undersøkelse fra første kvartal 2020 bruker 69 prosent av befolkningen (personer over 18 år) Facebook daglig; de tilsvarende tallene for Messenger, Snapchat og Instagram er henholdsvis 47 prosent, 44 prosent og 35 prosent (Ipsos, 2020).

Tallene viser at levering av digitale ytelser er en praktisk viktig og svært utbredt kontraktstype. Levering av slike ytelser skjer i dag gjerne på grunnlag av standardavtaler som er utformet av leverandørene. I norsk rett reguleres kontraktsforholdet mellom forbrukere og leverandører av digitale ytelser av ulovfestet kontraktsrett (sedvane), eventuelt også i kombinasjon med analogier fra andre lovregulerte avtaletyper, jf. nedenfor i punkt 4.

Levering av digitale ytelser reiser mange av de samme kontraktsrettslige spørsmålene som kan oppstå i andre forbrukeravtaleforhold. Hva som utgjør kontraktsbrudd ved levering av digitale ytelser, og hvilke virkninger dette har, vil for eksempel måtte avgjøres på omtrent samme måte for digitale ytelser som ved kjøp av ting etter forbrukerkjøpsloven. Samtidig oppstår det noen særlige problemstillinger ved levering av digitale ytelser: Det kan for eksempel være spørsmål om hvorvidt leverandøren må sørge for oppdateringer, og i hvilken grad leverandøren kan gjøre endringer i digitale ytelser som leveres løpende over en periode. For å sikre forutberegnelighet om de rettslige løsningene og at løsningene er balanserte, kan det være hensiktsmessig med lovregulering på området.

Et kjennetegn ved levering av digitale ytelser er videre at leveringen ofte skjer over internett og på tvers av landegrensene. Det kan da være uklart hvilke regler som gjelder for avtaleforholdet, noe som kan skape usikkerhet og føre til økte transaksjonskostnader for partene, særlig for leverandører som skal utforme avtalevilkårene. Usikkerheten rundt dette vil antakelig kunne reduseres hvis reglene for levering av digitale ytelser lovfestes og i større grad gjøres like, særlig innad i EU og EØS.

Hensynet til et høyt forbrukerbeskyttelsesnivå og harmonisering av regelverket på området er bakgrunnen for EU 20. mai 2019 vedtok et direktiv om levering av digitale ytelser til forbrukere: Europaparlamentets og rådets direktiv (EU) 2019/770 (heretter gjerne omtalt som «direktivet»). Direktivet er vedtatt samme dag som det tilgrensende direktiv 2019/771, som gir nye harmoniserte regler for forbrukerkjøp av ting, herunder ting med digitale elementer. De to direktivene er et ledd i EUs strategi om et digitalt indre marked. Direktivene er vurdert som EØS-relevante.

I dette høringsnotatet fremlegges det et utkast til en ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere. Loven er ment å gjennomføre direktiv 2019/770 i norsk rett og samtidig gi regler om en del spørsmål som antas å være av praktisk betydning ved levering av digitale ytelser og som ikke er omfattet av direktivets harmoniserte virkeområde.

## 2 Terminologi

I høringsnotatet, herunder i utkastet til lovtekst, benyttes «digitale ytelser» som en fellesbetegnelse på det som i direktiv 2019/770 omtales som henholdsvis digitale «tjenester» og digitalt «innhold». På enkelte punkter har direktivet – og dermed også lovutkastet – bestemmelser som bare er aktuelle for digitalt *innhold* (som leveres på et fysisk medium). Dette angis da særskilt. Uttrykket «digitale ytelser» brukes alle andre steder, der det ikke er grunn til å skille mellom digitale tjenester og digitalt innhold.

Departementet har i lovutkastet lagt opp til at loven bare får direkte anvendelse der den som mottar de digitale ytelsene, er forbruker. Derfor benyttes termen «forbruker» gjennomgående for å betegne denne kontraktsparten, i tråd med direktivet og blant annet forbrukerkjøpslovens terminologi.

Når det gjelder den som leverer den digitale ytelsen til forbrukeren, har departementet foreslått å omtale denne kontraktsparten som «leverandøren». På grunn av direktivets bestemmelse om at personopplysninger utgjør et vederlag i direktivets forstand, jf. artikkel 3 nr. 1, synes det ikke treffende å betegne parten som «selgeren», slik det er gjort i forbrukerkjøpsloven. Heller ikke «tjenesteyteren» vil være dekkende, siden loven også gjelder levering av digitalt *innhold*. Samtidig er «den næringsdrivende» (eller direkte oversatt fra direktivet: «den ervervsdrivende») for vagt til å bruke i nasjonal rett etter departementets syn, ettersom det kan være flere ledd med næringsdrivende på leverandørsiden. Det vesentlige er at man må ha et ord som viser til den parten som ved avtale påtar seg å levere en digital ytelse til forbrukeren, og når direktivet handler om «levering av» digitale ytelser til forbruker, fremstår «leverandøren» som mest nærliggende. «Leverandøren» kan riktignok også hevdes å gi assosiasjoner til et «grossistledd», men misforståelser på dette punktet bør kunne unngås gjennom en klar definisjon i lovteksten.

Det er et praktisk behov for å gi loven om digitale ytelser en korttittel i ett ord, tilsvarende «forbrukerkjøpsloven». Adjektivet «digital» og substantivet «ytelse» kan imidlertid ikke naturlig settes sammen slik som «forbruker» og «kjøp» kan. Det samme gjelder for «digitalkjøp», og dette uttrykket kan i tillegg virke misvisende av flere grunner. I mangel på gode alternativer foreslås det å benytte korttittelen «digitalytelsesloven» til tross for at dette umiddelbart kan virke noe anstrengt språklig sett. Tilsvarende omtales direktivet som

«digitalytelsesdirektivet» der det er behov for å angi særskilt hvilket direktiv det siktes til. Departementet tar gjerne imot høringsinstansenes syn på den foreslåtte terminologien.

### 3 Overordnet om direktivet

Direktivets fulle navn på dansk er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester. Direktivteksten foreligger foreløpig ikke i norsk språkversjon, og i høringsnotatet legges derfor den danske språkversjonen til grunn. [Andre språkversjoner på de offisiell EU-språkene er tilgjengelige på Eur-Lex.eu.](#)<sup>1</sup> Direktivet er ment å harmonisere reglene om forbrukerkontrakter i EU og EØS i større grad og dermed gjøre det enklere for forbrukere og næringsdrivende å inngå slike avtaler på tvers av medlemsstatenes landegrens. Direktivet er fremforhandlet i en «pakke» sammen med det nevnte direktiv 2019/771 om salg av varer til forbrukere (heretter gjerne omtalt som «det nye forbrukerkjøpsdirektivet»). Det har vært et mål med forhandlingene å oppnå mest mulig like regler for digitale ytelser og fysiske varer. Departementet vil senere også sende på høring et forslag om endringer i forbrukerkjøpsloven mv. Forslaget skal blant annet sikre gjennomføring av det nye forbrukerkjøpsdirektivet i norsk rett.

Direktivet inneholder regler om kontrakter om levering av digitale ytelser til forbrukere – en kontraktstype som hittil ikke har vært særskilt regulert på EU-nivå. Dette omfatter vilkår for at en digital ytelse skal anses for å være i overensstemmelse med avtalen, forbrukerens beføyelser i tilfelle ytelsen er mangelfull eller blir levert for sent, og endring av digitale ytelser, se oversikten i artikkel 1.

Definisjoner og virkeområde er angitt i artikkel 2 og 3. Et viktig trekk ved direktivet er at det omfatter ikke bare avtaler der det ytes et tradisjonelt vederlag i form av penger, men også avtaler der vederlaget består i å oppgi visse personopplysninger, jf. artikkel 3 nr. 1. Dette innebærer at en rekke «gratistjenester», slik som kommunikasjonsapplikasjoner og sosiale medier, faller innenfor direktivets anvendelsesområde. Videre er det sentralt at artikkel 3 nr. 4 angir en avgrensning mot visse avtaler om kjøp av varer med digitale elementer, som reguleres av det nye forbrukerkjøpsdirektivet. De to direktivene er som nevnt ment å utfylle hverandre, slik at digitale elementer i et avtaleforhold stort sett reguleres av ett av de to direktivene.

Direktivet er i utgangspunktet fullharmoniserende. Det vil si at medlemsstatene innenfor direktivets virkeområde verken kan fastsette lempeligere eller strengere regler enn det som følger av direktivet, med mindre noe annet er særskilt fastsatt, jf. artikkel 4. Direktivet overlater det fortsatt til nasjonal rett å bestemme innholdet av den generelle avtaleretten, slik som regler om inngåelse av avtaler og avtalers gyldighet. Det samme gjelder regler om erstatning, og regler om virkningene av heving så langt ikke disse er regulert i direktivet. Det er også opp til nasjonale myndigheter å bestemme den rettslige klassifiseringen av avtaler om levering av digitale ytelser, for eksempel hvorvidt slike avtaler skal regnes som kjøps- eller tjenesteavtaler, jf. artikkel 3 nr. 10.

---

<sup>1</sup> <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>

Direktivet fastsetter i artikkel 5 til 10 nærmere regler om levering av digitale ytelser, om såkalte subjektive og objektive krav for at ytelsen skal anses å være i samsvar med avtalen, om feil som følger av installasjon av ytelsen, og om begrensninger på bruk av ytelsene som følge av tredjepersoners rettigheter. Kravene innebærer blant annet at leverandøren på visse vilkår må sørge for oppdateringer av ytelsen.

Artikkel 11 til 18 inneholder regler om den næringsdrivendes ansvar for levering av ytelsen samt for eventuell manglende overensstemmelse med kontrakten, bevisbyrden dersom leveringen påstås å være mangelfull, og forbrukerens beføyelser i tilfelle av mangelfull levering eller annen uoverensstemmelse med det avtalte. Videre er det gitt regler om den næringsdrivendes og forbrukerens plikter når kontrakten heves, og om tidsfrister for eventuell tilbakebetaling.

Artikkel 19 inneholder regler om den næringsdrivendes adgang til å endre ytelsen ut over hva som er nødvendig for å holde ytelsen i overensstemmelse med avtalen. Etter artikkel 19 nr. 2 skal forbrukeren gis en hevingsrett såfremt en slik endring på en ikke uvesentlig måte innvirker negativt på forbrukerens adgang til bruk av ytelsen.

Artikkel 20 fastsetter at den næringsdrivende skal ha regressrett overfor tidligere ledd i transaksjonskjeden dersom en forsinket eller mangelfull levering av ytelsen skyldes handlinger eller unnlatelser begått av det tidligere leddet.

Artikkel 21 forplikter medlemsstatene til å sørge for at det finnes effektive og tilstrekkelige midler i nasjonal rett til å sikre at direktivets regler overholdes. Artikkel 21 nr. 2 krever at nasjonal rett åpner for at ett eller flere nærmere angitte organer mv. på visse vilkår kan reise sak for domstolene eller en kompetent myndighet for å sikre at direktivet overholdes.

Artikkel 22 fastsetter at en «forhåndsavtale» som gir forbrukeren mindre gunstige vilkår enn det som følger av direktivet, ikke skal være bindende for forbrukeren. Direktivet legger altså opp til ufravikelige forbrukerkontraksregler.

Artikkel 23 til 27 fastsetter hvilke endringer i andre direktiver som følger av direktivet, samt nærmere regler om medlemsstatenes gjennomføring. Det er også fastsatt at Kommisjonen skal evaluere anvendelsen av direktivet innen 12. juni 2024. Nye regler skal i henhold til artikkel 24 nr. 1 offentliggjøres senest 1. juli 2021 i alle medlemsstater og tre i kraft 1. januar 2022.

#### **4 Generelt om gjeldende rett**

Levering av digitale ytelser til forbrukere er som nevnt en kontraktstype som ikke er særskilt lovregulert i Norge. Det finnes en del mer generelle lovbestemmelser som vil kunne ha betydning for kontraktsvilkår om levering av digitale ytelser, slik som avtaleloven § 36 og markedsføringsloven § 22. Videre har Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/83/EU (heretter «forbrukerrettighetsdirektivet») gitt opphav til gjennomføringsbestemmelser i avtaleloven § 38 b første ledd nr. 7 og angrerettloven § 8 første ledd bokstavene b og c, som oppstiller opplysningsplikter ved levering av digitalt innhold uavhengig av leveringsmåten, se nærmere omtale i høringsnotatet punkt 10.3. Og digitale ytelser som leveres på et fysisk medium, faller i dag innenfor forbrukerkjøpslovens anvendelsesområde, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) side 72. Men for de «rene» digitale ytelsene må de fleste

spørsmålene som kan oppstå i kontraktsforholdet, løses ut fra avtalen mellom partene – ofte standardavtaler – eller ulovfestet kontraktsrett.

Ulovfestede kontraktsregler fastlegges gjerne på grunnlag av flere forskjellige kilder, der særlig høyesterettspraksis og slutninger fra tilgrensende kontraktslovgivning står sentralt. I en del tilfeller er det nærliggende å se det slik at man anvender en bestemt lovregel analogisk, mens det i andre tilfeller kan være grunnlag for å bygge på et mer generelt kontraktsrettslig «prinsipp». Det kan være en glidende overgang mellom disse to tilnæringsmåtene. Uansett bør det nevnes at innholdet i den alminnelige ulovfestede kontraktsretten generelt kan være usikkert. Når det spesielt gjelder en såpass ny kontraktstype som levering av digitale ytelser, kommer det i tillegg inn som et kompliserende moment at det kan være uklart i hvilken utstrekning man kan tilpasse tradisjonelle prinsipper til den nye kontraktstypens egenart: Kan det for eksempel oppstilles en ulovfestet regel om at digitale ytelser skal oppdateres i rimelig utstrekning på bakgrunn av slike ytelsers karakter? Følger dette av kravet om alminnelig god ytelse, eller må en slik plikt for leverandøren forankres i avtalen? Fordi rettstilstanden for digitale ytelser delvis er usikker og det er begrenset med kilder, er det ikke alltid mulig eller hensiktsmessig å gi utførlige redegjørelser for gjeldende rett i dette høringsnotatet. Der det er noenlunde sikre holdepunkter for alminnelige kontraktsregler eller lignende, vil dette nevnes. I noen sammenhenger vises det til eksempler fra avtalepraksis eller anbefalingene i Forbrukertilsynets veiledning om avtalevilkår for digitale tjenester. For øvrig konsentreres omtalen om de relevante bestemmelsene i direktivet og om departementets lovutkast som tar sikte på å gjennomføre disse.

## **5      **Prosess og gjennomføringsmåte****

Forslagene til nye EU-direktiver om forbrukerkontrakter, herunder forslaget som resulterte i digitalytelsesdirektivet, ble sendt på høring 5. april 2016 med frist 5. juli samme år. Prosessen innebærer en tidlig involvering av aktører som påvirkes av regelverket, herunder berørt næringsliv.

Direktivet er vurdert som EØS-relevant, slik at Norge er forpliktet til å gjennomføre direktivet i norsk rett. Videre er direktivet totalharmoniserende, jf. artikkel 4. Det vil si at medlemsstatene verken kan fastsette strengere eller lempeligere regler enn det som følger av direktivet. Endelig forplikter direktivet medlemsstatene til å gjøre reglene ufravikelige i forbrukerens favør, slik at reglene ikke kan fravikes ved avtale til forbrukerens ugunst, jf. artikkel 22. Samlet sett innebærer dette begrenset valgfrihet med hensyn til relevante gjennomføringstiltak, jf. utredningsinstruksen punkt 2-1. Direktivet må gjennomføres ved lov, og siden det ikke er noen eksisterende lover hvor kontraktsregler om digitale ytelser kan passe inn, fremstår en ny lov som det eneste relevante alternativet for gjennomføringen. Det hadde riktignok vært mulig å ha regler om levering av digitalt innhold på et fysisk medium i forbrukerkjøpsloven, slik som i dag. Men man måtte da uansett ha hatt en egen lov om nedlastbart digitalt innhold og om digitale tjenester, og en slik fragmentering samsvarer ikke med den inndelingen som direktivet legger opp til sammenholdt med det nye forbrukerkjøpsdirektivet.

Et spørsmål som kan reises ved gjennomføringen, er om en ny lov om digitale ytelser skal gjelde bare mellom forbrukere og næringsdrivende, eller om den også

skal gjelde mellom næringsdrivende. Direktivets fortale avsnitt 16 åpner uttrykkelig for å utvide det nasjonale regelverkets anvendelsesområde på denne måten, for eksempel ved å la regelverket verne også små og mellomstore bedrifter. Departementets foreløpige vurdering er at loven bare bør gjelde mellom forbrukere og næringsdrivende, idet det er her beskyttelsesbehovet synes å være størst. Videre er det uklart hvor langt direktivets bestemmelser passer for kontraktsforholdet mellom to næringsdrivende. At loven formelt bare gjelder i forbrukerforhold, er imidlertid ikke til hinder for at næringsdrivende avtaler seg imellom at lovens bestemmelser skal gjelde tilsvarende. Dessuten vil det kunne være aktuelt å anvende enkelte av lovens bestemmelser analogisk hvis det oppstår situasjoner som næringsdrivende parter ikke har tatt høyde for i kontrakten.

Et beslektet spørsmål er om en ny lov om digitale ytelser bør ha bestemmelser om temaer som ikke er regulert i direktivet. Selv om direktivet er fullharmoniserende, er det flere kontraktsrettslige spørsmål direktivet ikke gir noe svar på, for eksempel om – og på hvilke vilkår – en strømmetjenesteavtale skal kunne sies opp. Artikkel 3 nr. 10 angir som nevnt en del temaer som direktivet ikke griper inn i. I noen tilfeller kan det være tvilsomt om direktivet åpner for utfyllende nasjonal regulering, men generelt sett er det klart at nasjonale myndigheter har et betydelig handlingsrom når det gjelder å supplere direktivet. Ved forberedelsen av forbrukerkjøpsloven inntok man det standpunktet at loven skulle være mer eller mindre uttømmende i den forstand at alle de praktisk viktige spørsmålene i forbrukerkjøp skulle være regulert, se NOU 1993: 27 side 30 og Ot.prp. nr. 44 side 36. Departementet antar etter en foreløpig vurdering at det samme kan være hensiktsmessig for en ny lov om digitale ytelser. Lovutkastet inneholder derfor en del bestemmelser som ikke har noe motsvar i direktivet, men som antas å ha betydning ved levering av digitale ytelser. De fleste av disse bestemmelsene er utformet etter mønster av forbrukerkjøpslovens bestemmelser. Departementet ber generelt om høringsinstansenes syn på om det er noen av bestemmelsene som bygger på forbrukerkjøpsloven, som ikke passer så godt ved levering av digitale ytelser. Departementet ber også høringsinstansene om å komme med innspill om eventuelle spørsmål som ikke er tatt høyde for i lovutkastet, men som bør reguleres.

## **6 Lovens anvendelsesområde**

Direktivets virkeområde er angitt i artikkel 3 sammenholdt med definisjonene i artikkel 2. Departementets lovutkast er ment å ha det samme virkeområdet som direktivet. Direktivet er etter artikkel 21 rettet til medlemsstatene. Sammenholdt med reglene om direktivets virkeområde, innebærer dette at medlemsstatene er forpliktet til å innføre regler som gir visse virkninger for den avtaletypen som direktivet gir regler om. Det vil således være opp til hver enkelt medlemsstat å avgjøre hvordan reglene skal gjennomføres i nasjonal rett. Bestemmelser om lovens virkeområde er inntatt i lovutkastet §§ 1 og 2. Som det fremgår av blant annet punkt 22 nedenfor, foreslås det at enkelte av medlemsstatenes plikter etter direktivet gjennomføres i annen lovgivning enn det vedlagte forslaget.

Lovens alminnelige virkeområde fremgår av lovutkastet § 1. Loven foreslås å gjelde for avtaler om levering av digitale ytelser mot vederlag i forbrukerforhold hvis ikke noe annet er fastsatt. At ytelsene er «digitale», innebærer teknisk sett at dataene lagres og formidles med diskrete tegn (tall) fremfor med analoge signaler

(slik som strøm og spenning). For eksempel er en DVD et digitalt medium for avspilling, mens en VHS-tape er et analogt avspillingsmedium. Digitale «ytelser» er som nevnt fellesbetegnelse på digitalt innhold eller digitale tjenester, og det er gitt nærmere definisjoner av begrepene i loven. Definisjonene er vide og omfatter blant annet levering av strømmetjenester for film, serier og musikk, levering av dataspill og programvare og levering av skylagringstjenester og sosiale medier-tjenester. Stort sett er det ikke nødvendig å trekke et skarpt skille mellom digitalt innhold og digitale tjenester, siden lovens bestemmelser i all hovedsak gjelder på samme måte for begge typene av ytelser. På enkelte punkter gjelder det imidlertid særregler for fysiske medier som utelukkende fungerer som bærere av digitalt innhold.

Loven foreslås å gjelde for forbrukerforhold, jf. lovutkastet § 1.

«Forbrukerforhold» har her samme funksjon som koblingsord som det «forbrukerkjøp» har i forbrukerkjøpsloven, det vil si at det betegner avtaleforholdet mellom en forbruker og en næringsdrivende selger eller leverandør. Leverandøren er den som overfor forbrukeren påtar seg å levere en digital ytelse. Forbrukerbegrepet og næringsvirksomhetsbegrepet skal være det samme som i forbrukerkjøpsloven og tilsvarende forbrukerkontrakslover. En forbruker er altså en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet. Forbrukerdefinisjonen i direktivet artikkel 2 nr. 6 åpner ikke uttrykkelig for noe «hovedsakelig»-kriterium som nevnt, men ifølge direktivets fortale avsnitt 17 står medlemsstatene fritt til å ha en slik regulering av avtaler med dobbelt formål. EU-domstolens praksis bygger for øvrig på et enhetlig forbrukerbegrep i sekundærlovgivingen, se nærmere de forente sakene C-708/17 og C-725/17.

Det er etter lovutkastet en forutsetning for at loven skal komme til anvendelse, at forbrukeren yter et vederlag for den digitale ytelsen. Vederlagsbegrepet er imidlertid vidt: Det omfatter både betaling med penger, digitale uttrykk for verdi (jf. direktivet artikkel 2 nr. 7) og andre motytelser. Under det siste faller også det at forbrukeren oppgir personopplysninger, med mindre leverandøren behandler opplysningene utelukkende for å kunne levere den digitale ytelsen eller overholde lovpålagte plikter. Dette innebærer i praksis at personopplysninger som kan ha en selvstendig (økonomisk) verdi for leverandøren, vil regnes som vederlag, slik at for eksempel en rekke sosiale medier vil reguleres av loven. (Slike medier stiller gjerne som vilkår for å få tilgang til tjenesten at forbrukeren oppgir og samtykker til bruk av visse personopplysninger.)

Lovutkastet § 2 har bestemmelser om lovens anvendelse i noen særlige forhold. Også disse bestemmelsene er ment å svare fullt ut til direktivet, jf. artikkel 3 nr. 2 følgende. I § 2 første ledd er det fastsatt at loven gjelder for levering av digitale ytelser som er utviklet etter forbrukerens spesifikasjoner, tilsvarende tilvirkningskjøp etter forbrukerkjøpsloven § 2 første ledd bokstav a. Tredje ledd lister opp en del tilfeller der loven ikke kommer til anvendelse. Når det gjelder enkelthetene her, vises det til lovutkastet og spesialmerkene.

Lovutkastet § 2 andre og fjerde ledd er ment å uttrykke direktivets anvendelsesområde holdt opp mot det nye forbrukerkjøpsdirektivet og dermed også forbrukerkjøpsloven. Ytterpunktene når det gjelder de to direktivenes virkeområde, er at ting som leveres uten digitale elementer, reguleres fullt ut av det nye forbrukerkjøpsdirektivet, mens rene digitale ytelser reguleres fullt ut av



digitalytelsesdirektivet. Dersom avtalen inneholder elementer av både ting og digitale ytelser, kan avtalen falle i én av tre kategorier:

1. Digitalytelsesdirektivet gjelder for begge elementene.
2. Det nye forbrukerkjøpsdirektivet gjelder for begge elementene.
3. Det nye forbrukerkjøpsdirektivet og digitalytelsesdirektivet regulerer hvert sitt element, henholdsvis tingen og den digitale ytelsen.

Den første situasjonen kommer til uttrykk i lovutkastet § 2 andre ledd. Her er det foreslått at loven i utgangspunktet skal gjelde også for fysiske medier som utelukkende fungerer som bærere av digitalt innhold. For slike fysiske medier, som i dag reguleres generelt av forbrukerkjøpsloven, er det likevel enkelte bestemmelser om leveringen som ikke skal gjelde, jf. lovutkastet §§ 4, 5 og 15. I stedet får forbrukerkjøpslovens bestemmelser om leveringen anvendelse.

Den andre situasjonen fremgår av lovutkastet § 2 fjerde ledd første punktum: Loven gjelder ikke for digitale ytelser som etter en kjøpsavtale leveres sammen med en ting, og som er sammenknyttet med tingen på en slik måte at ytelsen er nødvendig for tingens funksjon. Slike ytelser reguleres av forbrukerkjøpsloven og reglene som foreslås der om ting med digitale elementer på grunnlag av det nye forbrukerkjøpsdirektivet. Som eksempel på ting med digitale elementer nevner digitalytelsesdirektivets fortale avsnitt 21 smarttelefoner som etter avtalen leveres sammen med applikasjoner som trengs for at tingen skal fungere, slik som applikasjoner for alarm eller kamera.

Den tredje situasjonen uttrykkes i § 2 fjerde ledd andre punktum om digitale ytelser som inngår i sammensatte avtaler (i direktivet og loven kalt «kombinerte avtaler»): Dersom en digital ytelse leveres sammen med en ting eller en tjeneste, anvendes loven som hovedregel bare på den delen av avtalen som gjelder den digitale ytelsen. På den andre delen anvendes de reglene som gjelder ellers for den aktuelle ytelsestypen. Bestemmelsen gjelder for kombinerte avtaler med digitale elementer generelt, ikke bare for kombinerte avtaler som består av digitale ytelser og *ting*. For de sistnevnte avtalene er forutsetningen for at begge lovene skal anvendes, naturlig nok at man er utenfor situasjon nr. 1 og 2 over.

Et særlig spørsmål er om alle ting som er sammenknyttet med digitale ytelser som nevnt i § 2 fjerde ledd første punktum, skal reguleres fullt ut av forbrukerkjøpsloven, eller om det må oppstilles et unntak for tilfeller der den digitale ytelsen er hovedformålet med kjøpet, sammenlign forbrukerkjøpsloven § 2 andre ledd bokstav d. Direktivets fortale avsnitt 33 synes å forutsette at en avtale om levering av digital-TV med en dekoder skal anses som en kombinert avtale, selv om den digitale ytelsen her kan sies å være nødvendig for tingens (dekoderens) funksjon. Dette kunne igjen kanskje tyde på at forbrukerkjøpsloven ikke får anvendelse på den digitale ytelsen hvis denne utgjør den overveiende delen av den næringsdrivendes forpliktelser. En lignende tolkning ble foretatt av EU-domstolen i saken C-247/16 Heike Schottelius v Falk Seifert. Det opprinnelige forbrukerkjøpsdirektivet, direktiv 1999/44/EC, fastsatte at blant annet tjenester om installasjon av varer var omfattet. EU-domstolen kom imidlertid til at en avtale om bygging av et svømmebasseng som også inkluderte kjøp av de nødvendige varene, falt utenfor direktivet. Det ble antatt at installasjonen av varene var hovedformålet med avtalen, mens kjøps-elementet var underordnet (avsnitt 44). Hvis en tilsvarende tolkning skulle legges til grunn for digitalytelsesdirektivet, ville konsekvensen antakelig ha blitt at digitalytelsesloven gjelder for den digitale

tjenesten, mens forbrukerkjøpsloven gjelder for dekoderen, jf. lovutkastet § 2 fjerde ledd andre punktum og forutsetningen i fortalen avsnitt 33. Et slikt synspunkt synes motsetningsvis å være forutsatt i Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) punkt 3.8.5, der departementet legger til grunn at dersom avtalen «overveiende» utgjør installering, skal avtalen reguleres av håndverkertjenesteloven. I de tilfeller installering og ting utgjør en tilnærmet like stor del av en kombinert avtale, slik at verken tingen eller installering kan anses å utgjøre en «overveiende» del av avtalen, synes den forutsatte løsningen å være at installering reguleres av håndverkertjenesteloven, mens kjøpet reguleres av forbrukerkjøpsloven. Det fremstår imidlertid som uklart om det er grunnlag for en tilsvarende tolkning av direktivet, og departementet ber særskilt om høringsinstansenes syn på tolkningen og hvorvidt en eventuell løsning som skissert bør komme til uttrykk i lovteksten i digitalytelsesloven eller forbrukerkjøpsloven.

## **7 Lovens ufravikelighet**

### **7.1 Direktivet**

Direktivet artikkel 22 regulerer fravikeligheten av nasjonale bestemmelser som gjennomfører direktivet. I artikkel 22 nr. 1 er det fastsatt at avtalevilkår som er til forbrukerens ugunst sammenholdt med slike nasjonale bestemmelser, ikke skal være bindende for forbrukeren. Direktivbestemmelser og tilknyttet nasjonal rett skal altså i utgangspunktet ikke kunne fravikes til skade for forbrukeren. Det følger forutsetningsvis av dette at det kan avtales vilkår som gir forbrukeren *bedre* beskyttelse enn det direktivet gir, og dette er også uttrykkelig sagt i direktivet artikkel 22 nr. 2.

I artikkel 22 nr. 1 er det presisert at ufravikeligheten bare gjelder før forbrukeren gjør leverandøren kjent med forsinkelsen eller mangelen, eller før leverandøren gjør forbrukeren kjent med en endring som nevnt i artikkel 19. Overordnet må dette trolig forstås slik at direktivet bare utelukker «forhåndsavtaler» som fraviker direktivet og tilknyttet nasjonal rett til forbrukerens ugunst. Derimot åpnes det for avtaler som isolert sett gir forbrukeren svakere rettigheter, dersom den aktuelle situasjonen (kontraktsbruddet eller endringen) allerede har oppstått. Bakgrunnen er antakelig at det i en del tilfeller, særlig hvis det er tvil rundt forbrukerens krav, kan være den beste løsningen at partene finner frem til en minnelig ordning selv om denne skulle gå på tvers av lovens regulering. Det er uklart om direktivet artikkel 22 nr. 1 bare uttrykker at nasjonale bestemmelser *kan* være fravikelige i slike tilfeller, eller om det også betyr at de *må* være fravikelige. At direktivet er totalharmoniserende, kan kanskje tale for det siste tolkningsalternativet, men bestemmelsen er ikke nærmere omtalt i fortalen, og løsningen må anses som usikker.

### **7.2 Gjeldende rett**

Norske kontraktslover som skal verne forbrukere, kjennetegnes ved at de har bestemmelser om at lovene ikke kan fravikes til forbrukerens ugunst. Ufravikelighetsbestemmelsene tolkes likevel gjennomgående slik at de bare rammer forhåndsavtaler. Forarbeidene til håndverkertjenesteloven § 3 uttrykker at når situasjonen først har oppstått, skal loven ikke hindre partene i å inngå en ny avtale om hvordan den aktuelle situasjonen best skal ordnes (forliksavtaler), se

Ot.prp. nr. 29 (1988–1989) side 18. Dette er klart forutsatt fra lovgivers side også for bustadoppføringslova § 3, jf. NOU 1992: 9 side 59, og for husleieloven § 1-2, jf. Ot.prp. nr. 82 (1997–1998) side 150 og NOU 1993: 4 side 102. Videre er det antatt i juridisk teori at det samme må gjelde for avhendingslova § 1-2 andre ledd, se Nordtveit: Norsk Lovkommentar note 12 til avhendingslova (Rettsdata.no, sist hovedrevidert 10. januar 2017), og for forbrukerkjøpsloven § 3, se Krüger: Norsk Lovkommentar note 23 til forbrukerkjøpsloven (Rettsdata.no, sist hovedrevidert 9. september 2016). Gjeldende rett for sammenlignbare kontraktstyper synes altså langt på vei å sammenfalle med direktivets ordning.

### **7.3 Departementets forslag**

Departementet har i lovutkastet § 3 første punktum utformet en bestemmelse om at loven ikke kan fravikes ved avtale til skade for en forbruker. Formuleringen er i samsvar med formuleringen i finansavtaleloven § 2 første ledd første punktum og § 1-9 i forslaget til ny finansavtalelov i Prop. 92 LS (2019-2020) og er innholdsmessig i samsvar med ufravikelighetsbestemmelsene i de andre forbrukerkontraktlovene. Det er på bakgrunn av direktivet ikke tvilsomt at loven må inneholde en slik bestemmelse.

I tillegg er det i lovutkastet § 3 andre punktum fastsatt at bestemmelsen (i første punktum) ikke påvirker gyldigheten av avtaler som inngås etter at forbrukeren har gitt melding om et kontraktsbrudd, eller etter at forbrukeren har fått varsel om endringer i samsvar med kapittel 9. Som nevnt er det uklart om en slik bestemmelse er påkrevd av hensyn til direktivet, eller om direktivet bare åpner for det. På bakgrunn av usikkerheten anser departementet det som tryggest å ha en uttrykkelig åpning for å fravike loven ved forliksavtaler i de tilfellene direktivet legger opp til. Ut fra den rådende oppfatningen av tilsvarende ufravikelighetsbestemmelser ville en slik regel trolig ha blitt innfortolket uansett med mindre noe annet var sagt. Departementet anser det som en pedagogisk fordel at regelen fremgår klart av lovteksten, siden forbrukeren da også gjøres oppmerksom på at lovens forbrukervernregler i prinsippet ikke gjelder på forliksavtalestadiet. Forbrukervernet antas å være tilstrekkelig ivaretatt ved at en forliksavtale etter omstendighetene kan settes til side etter særlig avtaleloven § 36, for eksempel hvis den gir forbrukeren vesentlig dårligere rettigheter enn etter loven uten at dette motsvares av noen fordel for forbrukeren.

## **8 Kort om elektronisk kommunikasjon**

I lovutkastet kapittel 1 med innledende bestemmelser kunne det ha vært naturlig også å ha en eventuell bestemmelse om elektronisk kommunikasjon. Det er uttalt i direktivets fortale avsnitt 10 at så vel direktivets anvendelsesområde som dets materielle regler bør være teknologinøytrale og fremtidsrettede. Et typisk trekk ved de lovene som har egne bestemmelser om elektronisk kommunikasjon, er imidlertid at de inneholder flere bestemmelser som stiller krav om skriftlighet eller lignende, se for eksempel bustadoppføringslova § 6 a. Da kan det være et særlig behov for å avklare generelt hva som ligger i formkravet. I lovutkastet her er det derimot bare én bestemmelse som har et formkrav som nevnt, og det er § 42 om endringer som påvirker ytelsen negativt for forbrukeren (krav om varsel på et varig medium). Formuleringen «varig medium» er teknologinøytral. På denne bakgrunn ser departementet foreløpig ikke behov for en generell bestemmelse om

elektronisk kommunikasjon i loven. De fleste vil i dag ta for gitt at lovbestemmelser som knytter virkninger til at det er gitt «melding» eller lignende, er teknologinøytrale, men departementet understreker for ordens skyld at dette er ment å være tilfellet. Begrepet «varig medium» er definert i spesialmerknaden til § 42 med henvisning til direktivet artikkel 2 nr. 13.

## **9 Levering av ytelsen**

### **9.1 Gjeldende rett**

Hvis det ikke er avtalt noe særskilt om levering, kan det oppstå spørsmål om til hvilket tidspunkt ytelsen skal leveres, og hva som må til for at levering skal anses å ha skjedd. Når det gjelder det første, synes den alminnelige regelen å være at realytelsen (tingen, tjenesten e.l.) i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold skal leveres innen rimelig tid etter avtaleinngåelsen, jf. håndverkertjenesteloven § 10 første ledd, kjøpsloven § 9 første ledd og bustadoppføringslova § 10 tredje ledd. I forbrukerkjøpsloven § 6 første ledd heter det at «[t]ingen skal leveres uten unødig opphold og senest innen 30 dager etter kjøpet, hvis ikke noe annet er avtalt».

Maksimumsfristen på 30 dager ble inntatt for å gjennomføre forbrukerrettighetsdirektivet artikkel 18, og det er tvilsomt om regelen er egnet som en mer generell regel. En annen sak er at «innen rimelig tid» ofte vil kunne være mindre enn 30 dager i sammenlignbare kontraktsforhold, men dette må altså vurderes konkret.

Hva som skal til for at levering anses som skjedd, vil variere med den aktuelle kontraktstypens egenart, og det synes vanskelig å oppstille alminnelige regler. Etter forbrukerkjøpsloven § 7 skjer leveringen når tingen overtas av forbrukeren, mens det etter kjøpsloven §§ 6 og 7 skilles mellom hentekjøp, plasskjøp eller sendekjøp. Utenfor disse lovene vil en ytelse som regel måtte anses som levert når den er overtatt eller mottatt av realkreditor (forbrukeren). I en del tilfeller bør man nok også kunne gå lenger og si at ytelsen er levert allerede når den er stilt til rådighet for forbrukeren eller dennes medhjelper.

### **9.2 Direktivet**

Direktivet har regler om levering i artikkel 5. I artikkel 5 nr. 1 er det fastsatt at den digitale ytelsen skal leveres «uden unødig forsinkelse» etter avtaleinngåelsen. Etter artikkel 5 nr. 2 anses ytelsen i grove trekk som levert når den er stilt til rådighet eller gjort tilgjengelig for forbrukeren eller for en «fysisk eller virtuel fasilitet» som forbrukeren har valgt. Etter fortalen avsnitt 41 skal det avgjørende tidspunktet være når ytelsen har «nået forbrugerens sfære» og det ikke trengs ytterligere handlinger eller forberedelser fra leverandørens side for at forbrukeren skal kunne nyttiggjøre seg ytelsen. Fortalen avsnitt 41 synes å forutsette at en fysisk og virtuell innretning («facilitet») også omfatter en tredjeperson som forbrukeren har valgt til å motta ytelsen.

### **9.3 Departementets forslag**

Departementet har i lovutkastet kapittel 2 §§ 4 og 5 foreslått to bestemmelser som er ment å gjennomføre direktivet artikkel 5, henholdsvis artikkel 5 nr. 1 og nr. 2. Disse bestemmelsene om levering vil være utgangspunktet for å vurdere om

ytelsen er levert i tide, eller om den derimot er forsinket slik at det kan være aktuelt for forbrukeren å gjøre gjeldende krav etter lovutkastet kapittel 4. Leveringen er også det relevante tidspunktet for å vurdere om tingen har en mangel, der det gjelder én eller flere enkeltstående leveringer, jf. lovutkastet § 10 første ledd. I forbrukerkjøpsloven betegnes dette som risikoens overgang, jf. forbrukerkjøpsloven §§ 13 og 14. Departementet har imidlertid etter en foreløpig vurdering ikke funnet grunn til å ha særskilte bestemmelser om risikoens overgang i lovutkastet her, siden behovet for begrepet antas å være mindre ved levering av digitale ytelser.

I lovutkastet § 4 om leveringstiden er det fastsatt at den digitale ytelsen skal leveres uten unødig opphold hvis ikke noe annet er avtalt. At leveringen skal skje uten unødig opphold, medfører muligens en viss innstramming av leveringsfristen sammenholdt med det som følger av gjeldende rett (levering innen rimelig tid). Lovutkastet § 5 angir hva som skal til for at ytelsen skal anses som levert: Det avgjørende er at ytelsen er gjort tilgjengelig for forbrukeren eller for en tredjeperson, en elektronisk plattform eller en annen innretning som forbrukeren har valgt til å motta ytelsen.

I lovutkastet kapittel 2 om leveringen er det også foreslått en bestemmelse om bevisbyrden for at ytelsen er levert i samsvar med §§ 4 og 5, se lovutkastet § 6. Etter bestemmelsen påhviler bevisbyrden leverandøren, jf. også direktivet artikkel 12 nr. 1. Bevisbyrdespørsmål omtales samlet i høringsnotatet punkt 11.

For digitale ytelser som ikke leveres på et fysisk medium, kan det oppstå noen særlige spørsmål som ikke er regulert i direktivet. Enkelte slike spørsmål ble tatt opp i forbrukerkjøpslovens forarbeider i en drøftelse av om nedlastning av digitalt innhold burde være omfattet av loven, se Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) side 73:

«Når det gjelder spørsmålet om risiko og levering, kan det være aktuelt å vurdere en regel om at forbrukeren gis rett til flere overføringsforsøk uansett hva som var årsaken til at tidligere overføringsforsøk slo feil.

[...]

Det kan også hende at forbrukeren i første omgang klarer å overføre filen, men at filen senere går tapt på grunn av svikt hos forbrukeren, for eksempel fordi den slettes ved en feiltagelse. Ut fra at forbrukeren fortsatt vil ha bruksrett til filen i slike tilfeller, og at det ikke vil innebære noe offer for leverandøren, bør det vurderes om forbrukeren også i slike tilfeller skal gis rett til å få overført filen påny, eventuelt mot å betale et mindre vederlag.»

Det vises til rapporten «Shopping på Internettet», TemaNord 1999:598 (Nordisk Ministerråd, København 1999) side 94–100. Det kan være noe uklart om direktivet åpner for denne typen nasjonale særregler om leveringen, men antakelig faller spørsmålet utenfor direktivets anvendelsesområde, slik at medlemsstatene i utgangspunktet står fritt, jf. direktivet 3 nr. 10 og artikkel 4. Departementet har ikke utformet egne bestemmelser som nevnt i lovutkastet, blant annet fordi lovutkastet ikke inneholder noen risikobestemmelser tilsvarende forbrukerkjøpsloven §§ 13 og 14 som setter spørsmålet direkte på spissen. Det bes imidlertid særskilt om høringsinstansenes syn på om digitalytelsesloven bør ha slike bestemmelser, og på hva de i så fall bør gå ut på. En mulighet – i tråd med skissen i proposisjonen over – kunne være å ha en regel om at forbrukeren i rimelig utstrekning skal gis flere forsøk på å få overført eller å motta en ytelse hvis dette opprinnelig ikke lar seg gjøre på grunn av forhold i forbrukerens digitale miljø. Tilsvarende kan det vurderes om forbrukeren bør ha en rett til å få levert

digitalt innhold på nytt hvis dette kan skje uten nevneverdige kostnader eller ulemper for leverandøren. Hvis kostnadene er nevneverdige, kunne regelen være at forbrukeren kan kreve en ny levering mot å dekke kostnadene (ikke fortjeneste). En eventuell slik rett bør muligens også undergis visse ytterligere begrensninger for å sikre at retten ikke misbrukes av forbrukeren. Det kan for eksempel være aktuelt oppstille tidsbegrensninger eller andre begrensninger som forhindrer spredning av innholdet ut over det som er forutsatt i avtalen (typisk med hensyn til hvor mange enheter som skal ha tilgang til ytelsen).

I den danske språkversjonen av direktivet brukes begrepet «levering», og det er også dette begrepet som er brukt i lovutkastet. Et alternativ kan være at loven i stedet gir uttrykk for at leverandøren skal gjøre den digitale ytelsen «tilgjengelig» for forbrukeren. I den engelske språkversjonen av direktivet brukes «supply». Departementet viser til at «levering» i kjøpsretten gjerne betyr «overlevering», mens det for digitale ytelser ikke skjer noen «overlevering» av ytelsen. Departementet antar at leverandøren i praksis gir forbrukeren tilgang til å benytte den digitale ytelsen, med unntak for digitale ytelser som gjøres tilgjengelig på en fysisk innretning som overleveres til forbrukeren, slik som minnepinner, CD-plater eller andre fysiske lagringsenheter. Departementet antar videre at det også i slike tilfeller vil kunne fungere rent språklig dersom loven uttrykker at forbrukeren gis tilgang ved overlevering av en slik fysisk enhet.

## **10 Krav til ytelsen. Mangler**

### **10.1 Gjeldende rett**

Hvis den digitale ytelsen ikke samsvarer med de kravene forbrukeren kan stille til den, kan man si at ytelsen er mangelfull eller har en mangel. I slike tilfeller vil forbrukeren kunne ha ett eller flere mangelskrav mot leverandøren, for eksempel krav på prisavslag eller heving.

Etter alminnelige kontraktsrettslige regler tar man utgangspunkt i avtalen mellom partene når det skal avgjøres om ytelsen har en mangel, se blant annet kjøpsloven § 17 første ledd og forbrukerkjøpsloven § 15 første ledd. For å være mangelfri må ytelsen samsvare med de kravene til art, mengde, kvalitet, andre egenskaper og innpakning som følger av avtalen. Avtalen suppleres eventuelt av objektive krav til ytelsen, særlig det generelle kravet om såkalt alminnelig god vare eller ytelse, jf. Rt. 1998 s. 774 på side 781. Kontraktslovgivningen inneholder i tillegg en del mer detaljerte krav som langt på vei bør kunne anvendes analogisk for blant annet digitale ytelser, se for eksempel opplistingen i forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd. En forutsetning for at ytelsen har en mangel, er at avviket fra de nevnte kravene ikke skyldes forhold på forbrukerens side, sammenlign bustadoppføringslova § 25 første ledd andre punktum.

For øvrig er det vanlig at kontraktslovene har bestemmelser om at det kan utgjøre en mangel hvis realdebitor – for eksempel selgeren – har holdt tilbake visse opplysninger eller har gitt uriktige opplysninger om ytelsen, se blant annet kjøpsloven § 18 og forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav b og c jf. andre ledd. Dette kan med en fellesbetegnelse kalles «opplysningssvikt».

Digitale ytelser er en relativt ny kontraktsgjenstand, og det kan derfor reise seg enkelte mangelsprosmål som ikke er tatt opp i noen av kontraktslovene vi har i

dag. For eksempel vil digitale ytelser ofte måtte oppdateres regelmessig for å fungere optimalt og oppleves som relevante for brukerne. I den grad slike oppdateringer er så vanlige for en bestemt ytelse at forbrukerne med rimelighet kan forvente dem, vil oppdateringer kanskje kunne være påkrevd etter det ulovfestede kravet om alminnelig god ytelse (hvis ikke noe annet er avtalt). Det er imidlertid usikkert hvor langt kravet om alminnelig god ytelse rekker i slike tilfeller.

For digitale ytelser som etter avtalen skal mottas som en eller flere enkeltstående leveringer, må det relevante tidspunktet for mangelsvurderingen normalt være når ytelsen blir levert. Hvis ytelsen etter dette tidspunktet ikke samsvarer med avtalte eller ulovfestede krav, for eksempel fordi programvaren blir infisert av et virus, utgjør dette ikke en mangel med mindre viruset skyldes selgeren eller det er andre holdepunkter for at selgeren skal ha et utvidet mangelsansvar. Skal den digitale ytelsen derimot leveres løpende over en periode, er den fravikelige hovedregelen antakelig at ytelsen skal tilfredsstillende kravene etter avtalen mv. i hele leveringsperioden. Dette vil i praksis også ofte følge av en tolkning av avtalen.

## 10.2 Direktivet

Direktivet har bestemmelser om krav til den digitale ytelsen og hva som utgjør mangler, i artikkel 6 til 11. I tillegg er det i artikkel 12 bestemmelser om bevisbyrden vedrørende mangelsspørsmålet – disse omtales separat i høringsnotatet punkt 11.

Artikkel 6 sier bare at leverandøren skal levere en digital ytelse som oppfyller kravene i artikkel 7, 8 og 9 uten at det berører artikkel 10. Hovedtyngden av de materielle mangelsreglene fremgår av artikkel 7 og 8, som handler om henholdsvis «subjektive» og «objektive» krav til overensstemmelse.

De subjektive kravene i artikkel 7 gir anvisning på en konkret mangelsbedømmelse på grunnlag av avtalen mellom partene. Av bestemmelsen følger det at den digitale ytelsen må være i samsvar med det som er avtalt om blant annet art, mengde, kvalitet og kompatibilitet. Videre skal ytelsen på visse vilkår svare til et særlig formål som forbrukeren har opplyst om, den skal leveres med tilbehør, veiledninger og kundeservice som avtalt, og den skal oppdateres i tråd med avtalen.

I artikkel 8 er det fastsatt en del objektive krav til ytelsen. Artikkel 8 nr. 1 stiller forskjellige krav basert på hva forbrukeren med rimelighet kan forvente – krav som et stykke på vei tilsvarer de som er listet opp i forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd. I artikkel 8 nr. 1 bokstav b, som formulerer et slags krav om alminnelig god ytelse, er det også flettet inn en regel om uriktige opplysninger fra leverandørens side. Videre regulerer artikkel 8 blant annet generelle krav om oppdateringer og virkningene av at oppdateringer ikke er installert, se nr. 2 og nr. 3. Av artikkel 8 nr. 5 fremgår det hva som skal til for å avtale seg bort fra kravene i nr. 1 og 2.

Artikkel 9 har bestemmelser om uriktig installasjon av digitale ytelser, mens artikkel 10 handler om forholdet til tredjepersoners rettigheter, særlig immaterielle rettigheter. Artikkel 11 regulerer blant annet hvilket tidspunkt som er relevant ved mangelsbedømmelsen. Det skilles mellom tilfeller hvor avtalen gjelder løpende levering over en periode (nr. 2), og hvor avtalen gjelder én enkelt eller flere enkeltstående leveringer (nr. 3). Grensedragningen mellom disse situasjonene er

beskrevet i direktivets fortale avsnitt 56–57, se også omtalen i spesialmerknadene, særlig merknaden til lovutkastet § 10.

### 10.3 Departementets forslag

Departementet har i lovutkastet kapittel 3 utformet bestemmelser om mangler som er ment å gjennomføre direktivet artikkel 6 til 12. Den overordnede bestemmelsen er lovutkastet § 10 første ledd, som sier at den digitale ytelsen har en mangel hvis den ikke samsvarer med kravene i §§ 7, 8 eller 9. Bestemmelsen angir også hvilket tidspunkt eller hvilken periode som er relevant ved mangelsbedømmelsen, jf. direktivet artikkel 11 nr. 2 første ledd og nr. 3 første ledd: For avtaler om én eller flere enkeltstående leveringer er dette som hovedregel leveringstidspunktet, mens det for ytelser som skal leveres løpende over en periode (for eksempel strømmetjenester), er hele avtaleperioden. Et unntak fra regelen om leveringstidspunktet gjelder for oppdateringer; leverandøren skal sørge for oppdateringer så lenge forbrukeren kan forvente under hensyn til avtalens art og formål.

Lovutkastet § 7 har overskriften «Avtalte krav til ytelsen» og uttrykker det som ellers ville ha fulgt av alminnelige kontraktsrettslige regler: at den digitale ytelsen skal samsvare med det som er avtalt. Av pedagogiske grunner og av hensyn til samsvar med direktivet artikkel 7 er det presisert hva slags avtalevilkår det kan være tale om. Det kan blant annet dreie seg om vilkår om art, mengde, kvalitet, kompatibilitet og andre egenskaper ved selve ytelsen (bokstav a), tilbehør, veiledninger og kundeservice (bokstav b) og oppdateringer (bokstav c). I tillegg er det i § 7 andre ledd fastsatt at den digitale ytelsen skal passe for et bestemt formål som forbrukeren har gjort leverandøren kjent med, og som leverandøren har akseptert.

Når det gjelder den sistnevnte bestemmelsen, har departementet etter en foreløpig vurdering benyttet en snevrere formulering enn i forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav c, som foreskriver at tingen skal «passe for et bestemt formål som selgeren var eller måtte være kjent med da kjøpet ble inngått, hvis selgeren har akseptert dette formålet eller forbrukeren ellers har hatt rimelig grunn til å bygge på selgerens sakkunnskap og vurdering». Den tilhørende bestemmelsen i forbrukerkjøpsdirektivet 1999 artikkel 2 nr. 2 bokstav b er tilnærmet identisk med digitalytelsesdirektivet artikkel 7 bokstav b, noe som isolert sett kunne tale for å bruke forbrukerkjøpslovens ordlyd i lovutkastet her. Samtidig er det opprinnelige forbrukerkjøpsdirektivet et minimumsharmoniseringsdirektiv som åpner for å gå lenger enn direktivet i å beskytte forbrukeren, mens digitalytelsesdirektivet forutsetter totalharmonisering. Departementet har derfor ansett som tryggest å velge en ordlyd som ligger tettere opp til formuleringen i direktivet, for å unngå å innføre et sterkere forbrukervern enn det direktivet åpner for.

I lovutkastet § 8 er det fastsatt en del mer eller mindre abstrakte krav til ytelsen – det direktivet artikkel 8 betegner som objektive krav til overensstemmelse. Kravene gjelder bare så langt ikke noe annet er avtalt eller akseptert, men direktivet opererer med forskjellige terskler for at kravene skal anses som fraveket. Bestemmelsen i første ledd henviser bare til det som «følger av avtalen»: Hvis ikke noe annet må anses som avtalt ut fra alminnelige regler om avtaleinngåelse og avtaletolkning, skal den digitale ytelsen leveres i den nyeste versjonen som er tilgjengelig på avtaletidspunktet. For de øvrige kravene i paragrafen, som følger av



tredje ledd sett i sammenheng med fjerde ledd, gjelder det en høyere terskel for fravikelse. Kravene her skal gjelde så langt forbrukeren ikke på avtaletidspunktet ble gjort særskilt oppmerksom på bestemte avvik fra kravene og aksepterte disse avvikene uttrykkelig, jf. andre ledd. Ved opplistingen av disse kravene er det i lovutkastet tatt utgangspunkt i forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd, men gjort visse tilføyelser eller justeringer.

Etter lovutkastet § 8 tredje ledd bokstav a skal ytelsen passe for de formålene som tilsvarende ytelse vanligvis brukes til, mens den etter bokstav c skal leveres med tilbehør, innpakning, installasjonsveiledning og lignende som forbrukeren med rimelighet kan forvente å få. Videre skal ytelsen svare til en eventuell prøveversjon eller forhåndsvisning fra leverandøren, jf. bokstav d. Ytelsen skal også være i samsvar med offentligrettslige krav og vedtak på visse vilkår, jf. bokstav e, og den skal være upåvirket av tredjepersoners rettigheter i ytelsen, for eksempel eiendomsrett, panterett eller immaterialrett, jf. bokstav g. Når det gjelder bestemmelsen om offentligrettslige krav mv. i lovutkastet bokstav e, antar departementet at direktivet ikke står i veien for en slik bestemmelse (som svarer til forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav f), blant annet på bakgrunn av den vide formuleringen «national ret» i direktivet artikkel 8 nr. 1 bokstav a. For at offentligrettslige krav mv. skal være relevante i mangelsvurderingen, må det imidlertid være en selvsagt forutsetning at kravene ikke er av en slik art at det ville stride mot direktivets totalharmoniseringsformål å tillegge dem betydning. I bokstav g er det foreslått en tilføyelse sammenholdt med forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav g ved at også konflikt med tredjepersoners «immaterialrettigheter» nevnes som eksempel på noe som kan utgjøre en mangel. Dette antas å samsvare med gjeldende rett, men departementet anser det som hensiktsmessig med en slik tilføyelse av hensyn til direktivet artikkel 10, der «immaterielle rettigheter» trekkes særskilt frem. Samtidig har departementet ikke tatt med noen bestemmelse som svarer til forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav g andre punktum, om at tingen skal være fri tredjepersoners krav på å ha rett i tingen når dette bestrides, unntatt når kravet er klart ugrunnet. Det kan være uklart om direktivet åpner for en slik regel, jf. artikkel 10 jf. artikkel 4. I den grad direktivet åpner for det og spørsmålet skulle komme på spissen, antar departementet imidlertid at man kan komme til samme resultat ut fra den mer overordnede føringen om at ytelsen skal være «upåvirket» av de aktuelle rettighetene.

Endelig har departementet i lovutkastet § 8 tredje ledd bokstav b foreslått en bestemmelse om at ytelsen skal svare til det forbrukeren har grunn til å forvente når det gjelder funksjonalitet og andre egenskaper, under hensyn til ytelsens art og opplysninger om ytelsen fra leverandørens side. Sett i sammenheng med fjerde ledd kan dette forstås som en sammensmelting av forbrukerkjøpslovens bestemmelse om alminnelig god vare i § 15 andre ledd bokstav g og bestemmelsen om uriktige opplysninger i § 16 første ledd bokstav c. Bakgrunnen for utformingen i lovutkastet er at en slik struktur er benyttet i direktivet artikkel 8 nr. 1 bokstav b, som bestemmelsen er ment å gjennomføre. Bestemmelsen i fjerde ledd utfyller tredje ledd bokstav b ved å angi hvilke opplysninger som er relevante.

Departementet har i lovutkastet kapittel 3 foreløpig ikke utformet noen bestemmelse om opplysningssvikt i form av *tilbakeholdte* opplysninger (til forskjell fra uriktige opplysninger). Dette skyldes at direktivet ikke har regler om misligholdt opplysningsplikt, og at det ikke er åpnet uttrykkelig for denne typen

regler der slik det er gjort i det nye forbrukerkjøpsdirektivets fortale avsnitt 20. Videre er det ikke gitt at en mangelsregel om misligholdt opplysningsplikt vil ha like stor praktisk betydning ved levering av digitale ytelser som ved salg av fysiske (og eventuelt brukte) ting og lignende. På bakgrunn av forbrukerrettighetsdirektivet er det oppstilt en del opplysningsplikter i avtaleloven § 38 b første ledd nr. 7 (jf. også angrerettloven § 8 første ledd bokstavene b og c) som gjelder spesifikt ved levering av digitalt innhold. Brudd på slike plikter vil ikke nødvendigvis *i seg selv* gi grunnlag for kontraktsrettslige sanksjoner, jf. forutsetningsvis Prop. 64 L (2013–2014) side 96, men de gir forbrukeren et visst vern, og ved behov kan eventuelt en ulovfestet regel om opplysningsplikt komme inn. Departementet ber likevel særskilt om høringsinstansenes syn på om det er behov for en egen regel om tilbakeholdte opplysninger i digitalytelsesloven, og på hvordan en eventuell slik regel vil forholde seg til direktivet.

Lovutkastet kapittel 3 om mangler og krav til ytelsen inneholder også en bestemmelse i § 9 om alminnelige krav til oppdateringer. Her fremgår det at leverandøren skal sørge for at forbrukeren får beskjed om og får levert oppdateringer, herunder sikkerhetsoppdateringer, som er nødvendige for å oppfylle kravene i §§ 7 og 8. At det dreier seg om «alminnelige» krav, betyr at kravene i utgangspunktet gjelder uavhengig av hva som er avtalt, sammenlign lovutkastet § 7 første ledd bokstav c. Etter § 9 andre ledd er det imidlertid mulig for forbrukeren å akseptere avvik fra oppdateringskravene på tilsvarende vilkår som etter § 8 andre ledd. Lovutkastet § 9 gjennomfører direktivet artikkel 8 nr. 2 jf. nr. 5. Når det gjelder problemer med ytelsen som utelukkende skyldes at tilgjengelige oppdateringer ikke er installert, er dette regulert i lovutkastet § 10 tredje ledd. Risikoen for slike avvik er fordelt mellom forbrukeren og leverandøren ut fra hvem som er nærmest til å ha risikoen for den manglende oppdateringen, jf. også direktivet artikkel 8 nr. 3.

En tilsvarende regulering er for øvrig foreslått for installasjon mer generelt (av selve ytelsen), jf. lovutkastet § 10 andre ledd og direktivet artikkel 9: Når den digitale ytelsen avviker fra kravene i §§ 7, 8 eller 9 fordi den er uriktig installert, har ytelsen en mangel hvis den ble installert av noen fra leverandørens side, eller hvis den uriktige installasjonen skyldes feil i installasjonsveiledningen.

## **11 Bevisbyrdespørsmål**

På bakgrunn av direktivet artikkel 12 er det utformet egne bevisbyrdebestemmelser i lovutkastet kapittel 2 og 3. Lovutkastet § 11 inneholder en regulering av bevisbyrdespørsmål for mangler, mens en tilsvarende, men enklere regulering er foreslått i § 6 for levering (og dermed for forsinkelse).

For leveringsspørsmålet heter det i § 6 at det påhviler leverandøren å bevise at den digitale ytelsen er levert i samsvar med §§ 4 og 5. Bestemmelsen svarer til direktivet artikkel 12 nr. 1.

Den mer komplekse reguleringen for mangler i § 11 svarer til direktivet artikkel 12 nr. 2 til nr. 5. Her skilles det mellom de to typetilfellene at avtalen gjelder løpende levering over en periode, jf. § 11 første ledd, og at avtalen gjelder én enkelt eller flere enkeltstående leveringer, jf. § 11 andre ledd. I de førstnevnte tilfellene skal det påhvile leverandøren å bevise at ytelsen har vært i samsvar med kravene i §§ 7, 8 og 9 i hele kontraktsperioden, mens det ved enkeltstående leveringer er slik at mangelen formodes å ha eksistert på leveringstidspunktet hvis den viser seg innen

ett år etter leveringen (sammenlign forbrukerkjøpsloven § 18 andre ledd). Lovutkastet § 11 tredje ledd fastsetter at første og andre ledd ikke gjelder hvis leverandøren beviser at forbrukerens digitale miljø (maskinvare, programvare og nettverksforbindelser) ikke tilfredsstillende tekniske krav som leverandøren har opplyst tydelig om før avtalen ble inngått. Endelig oppstiller fjerde ledd en viss samarbeidsplikt for forbrukeren der leverandøren vil undersøke om mangelen skyldes forhold i forbrukerens digitale miljø. Hvis forbrukeren ikke samarbeider, og leverandøren tydelig har opplyst forbrukeren om plikten til å samarbeide, har forbrukeren bevisbyrden for forholdene som er nevnt i første og andre ledd.

Direktivet artikkel 12 definerer ikke begrepet bevisbyrde, og heller ikke omtalen i fortalen (avsnitt 59) gir nevneverdig veiledning om dette. I mangel på andre holdepunkter antar departementet at innholdet i bevisbyrderegelen må vurderes konkret i lys av hensynene bak reglene og med utgangspunkt i gjeldende bevisregler i medlemsstatene. Bakgrunnen for at bevisbyrden i en del praktiske tilfeller legges på leverandøren, er ifølge fortalen avsnitt 59 at leverandøren ofte vil ha bedre forutsetninger for å kartlegge mangelens årsak. Dette begrunnes særlig i de digitale ytelsenes karakter: De er typisk komplekse, og for å forstå feil ved ytelsene kreves det ofte en særskilt teknisk kompetanse og informasjonstilgang.

Hva som ligger i lovutkastets krav om at leverandøren (eller eventuelt forbrukeren, jf. § 11 fjerde ledd) må «bevise» noe, må altså vurderes ut fra situasjonen og de alminnelige norske reglene om bevisbyrde og beviskrav. Innholdet av gjeldende rett er til dels usikkert på dette punktet, og det er en betydelig variasjon i terminologien blant forskjellige forfattere, ikke minst når det gjelder hva man sikter til med termene «bevisbyrde» og «beviskrav», se for eksempel Inge Lorange Backer: Norsk sivilprosess (2015) side 306 og Jo Hov: Innføring i prosess (2010) side 804. Markus Jerkø definerer bevisbyrden som «risikoen for at beviskravet ikke er oppfylt», se Jerkø: «Den rettslige bevisbyrden», Jussens Venner 2019 side 39–72 på side 54–55. Videre synes det å være en etablert oppfatning at det alminnelige beviskravet i sivile saker er sannsynlighetsovervekt, jf. Backer side 307.

Ordet «bevise» er brukt i alle leddene i lovutkastet § 11, men i praksis kan vurderingen som antydnet variere noe. Ved løpende levering over en periode hvor leverandøren må bevise at tingen har vært mangelfri i hele perioden, vil det å bevise noe i praksis kunne bli et spørsmål om enten–eller: Enten kan leverandøren gjennom tekniske undersøkelser fastslå med høy grad av sikkerhet at ytelsen ble levert kontraktsmessig i hele perioden, eller så finnes det ingen holdepunkter knyttet til dette slik at beviskravet uansett ikke er oppfylt. Alternativt kan det være klart at alle abonnenter på en strømmetjeneste har opplevd det samme problemet; da vil det som regel være på det rene at ytelsen har vært mangelfull, og at dette ikke skyldes den enkelte forbrukerens digitale miljø.

Der det derimot er spørsmål om å bevise at en mangel som viser seg innen et år etter levering, ikke forelå på leveringstidspunktet, vil det gjerne være mer relevant å tale om dommerens overbevisning og (subjektive) sannsynlighetsgrader. Å «bevise» at ytelsen var mangelfri på leveringstidspunktet, kan her ikke forstås så strengt at det i praksis blir umulig for leverandøren å oppfylle det. Det er tilstrekkelig at det er sannsynliggjort at mangelen har oppstått i ettertid på grunn av forhold leverandøren ikke svarer for. For eksempel kan det være vanskelig og

kostbart å *bevise* (med stor grad av sikkerhet) at en CD-plate ikke hadde en defekt på leveringstidspunktet som har gjort at den på et senere tidspunkt ikke lenger lar seg avlese. Men hvis CD-platen har fungert opprinnelig og nå har en rekke riper som ser ut til å komme fra uforsiktig behandling, vil det – i mangel på andre holdepunkter – ofte kunne anses som sannsynliggjort at mangelen ikke forelå på leveringstidspunktet. *Bevisføringsbyrden* går i så fall over på forbrukeren, som ikke kan forvente å få medhold med mindre han eller hun fremlegger andre bevis som rokker ved inntrykket som er skapt.

Poenget er ikke at det prinsipielt gjelder forskjellige beviskrav etter de forskjellige leddene i lovutkastet § 11, men at det i praksis ikke alltid gir mening å tilnærme seg saken som et spørsmål om *sannsynliggjøring* av det aktuelle bevisetemaet, i tråd med det alminnelige beviskravet i sivile saker. Derfor er det i ordlyden i lovutkastet § 11 heller ikke sagt noe om hvilket beviskrav som skal gjelde.

## **12 Forbrukerens krav ved forsinkelse**

### **12.1 Innledning**

Ved kontraktsbrudd fra den ene parten er det vanlig at den andre parten kan gjøre forskjellige krav eller beføyelser gjeldende for å stimulere til oppfyllelse eller motvirke de negative konsekvensene av kontraktsbruddet. I kontraktslovgivningen skilles det gjerne mellom forsinkelsessituasjonen og mangelssituasjonen i denne sammenheng. Direktivet har en bestemmelse om forbrukerens beføyelser ved manglende levering (forsinkelse) i artikkel 13, men denne regulerer bare hevingsbeføyelsen. I artikkel 13 nr. 1 og nr. 2 er vilkårene for heving fastsatt, mens nr. 3 gir tilsvarende anvendelse til artikkel 15 til 18 om virkningene av heving ved mangler.

Departementet har i lovutkastet kapittel 4 utformet en bestemmelse som gjennomfører direktivet artikkel 13. Samtidig er det inntatt en del bestemmelser om forbrukerens krav ved forsinkelse som ikke har noe motsvar i direktivet, men som bygger på bestemmelsene i forbrukerkjøpsloven kapittel 5. Det redegjøres stort sett bare for disse i den grad det i lovutkastet er foreslått avvik sammenholdt med forbrukerkjøpsloven, eller der det er grunn til å kommentere forholdet til direktivet. Etersom bestemmelsene i forbrukerkjøpsloven kapittel 5 kan antas langt på vei å uttrykke alminnelige regler for forbrukerkontrakter, gis det heller ikke mer utførlige redegjørelser for gjeldende rett her.

### **12.2 Innledende bestemmelse**

Lovutkastet § 12 inneholder en innledende bestemmelse som i første ledd lister opp hvilke beføyelser forbrukeren har ved forsinkelse fra leverandørens side, tilsvarende forbrukerkjøpsloven § 19 første ledd. Forsinkelse defineres her som tilfeller hvor ytelsen ikke blir levert eller blir levert for sent, og hvor dette ikke skyldes forbrukeren eller forhold på forbrukerens side. Den siste delen av definisjonen gjenfinnes ikke i noen generell bestemmelse i direktivet. Direktivet har imidlertid enkeltbestemmelser som bygger på samme tankegang: at forbrukeren må ha risikoen for egne forhold, se artikkel 8 nr. 3, artikkel 9 og artikkel 12 nr. 4. Videre synes det ikke å være noe i direktivet eller dets fortale som sperrer for en mer generell risikoregel. Når regelen samtidig fremstår som såpass intuitiv og selvfølgelig – risikospørsmålet er en integrert del av

kontraktsbruddsbegrepet i norsk rett – antar departementet at digitalytelsesloven kan inneholde en bestemmelse som dette uten at det strider mot direktivet. Et eksempel på at forbrukerens forhold kan hindre levering, er at ytelsen skal utvikles i henhold til forbrukerens spesifikasjoner (jf. direktivet artikkel 3 nr. 2) og tilstrekkelige spesifikasjoner ikke oppgis i tråd med avtalen. For slike tilfeller er det riktignok foreslått en egen bestemmelse i § 40, som gir leverandøren rett til å velge spesifikasjoner, men forbrukerens manglende spesifisering kan fremdeles føre til en forsinkelse som leverandøren ikke kan svare for.

I lovutkastet § 12 andre ledd er det inntatt en bestemmelse om at forbrukerens rett til erstatning ikke faller bort ved at han eller hun gjør gjeldende andre krav, eller ved at andre krav ikke kan gjøres gjeldende. Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 19 andre ledd og skaper ingen problemer opp mot direktivet, ettersom direktivet overlater det til nasjonal rett å regulere erstatningsansaksjonen, jf. artikkel 3 nr. 10.

### **12.3 Tilbakeholdsrett og naturaloppfyllelse**

Lovutkastet § 13 inneholder en bestemmelse om tilbakeholdsrett for forbrukeren. Bestemmelsen fastsetter at forbrukeren kan holde tilbake vederlaget for å dekke krav som følge av leverandørens forsinkelse, men ikke åpenbart mer enn det som vil gi betryggende sikkerhet for kravet. Dette svarer fullt ut til forbrukerkjøpsloven § 20. Selv om direktivet ikke har noen bestemmelse om forbrukerens tilbakeholdsrett, åpner direktivets fortale uttrykkelig for nasjonale særregler om tilbakeholdsrett, se fortalen avsnitt 15. Det er nærliggende å forstå dette slik at situasjonen faller innenfor det generelle unntaket fra direktivets anvendelsesområde i artikkel 3 nr. 10.

Det finnes ikke noen tilsvarende uttrykkelig åpning i direktivets fortale for å vedta nasjonale særregler om at forbrukeren skal kunne kreve *naturaloppfyllelse* (i siste instans ved dom), altså å få selve ytelsen i stedet for et økonomisk substitutt i form av erstatning. På dette punktet er tradisjonene svært forskjellige innen ulike rettssystemer, se Hagstrøm: Obligasjonsrett, 2. utgave 2011 side 377. Det er derfor ikke gitt at et direktiv som skal fungere totalharmoniserende og ikke omtaler naturaloppfyllelse, åpner for en slik beføyelse. Samtidig har direktivet bestemmelser om krav på retting, jf. artikkel 14 nr. 2. Hagstrøm argumenterer i flere sammenhenger for at det gjelder en naturaloppfyllelsesrett på bakgrunn av at det i den aktuelle situasjonen er fastslått en retteplikt, idet «krav på retting må anses som en videreføring av oppfyllelse in natura», se side 380–381. Naturaloppfyllelse er en integrerende del av norsk kontraktsrett, og det er nærliggende å tenke at det burde vært sagt i direktivet hvis meningen var å avskjære regler om en slik beføyelse. Departementet antar etter dette at krav på naturaloppfyllelse – fastholdelse av avtalen – faller innenfor direktivets unntak for «aspekter af generel aftaleret, såsom bestemmelser om indgåelse, gyldighed, ugyldighed og virkninger af aftaler» i artikkel 3 nr. 10.

En annen sak er at det kan være uklart hvilket praktisk behov det er for naturaloppfyllelsesbeføyelsen ved levering av digitale ytelser, som ofte vil være generiske (ikke artsbestemte) og i mange tilfeller lett erstattelige med andre ytelser. Det kan imidlertid også her tenkes mer «skreddersydde» og unike ytelser som forbrukeren kan ha en berettiget interesse av å få levert etter avtalen. Departementet har derfor foreløpig utformet en naturaloppfyllelsesbestemmelse i

lovutkastet § 14, som i det alt vesentlige svarer til forbrukerkjøpsloven § 21. Dette innebærer etter første ledd at forbrukeren som hovedregel kan fastholde avtalen og kreve oppfyllelse, mens det etter andre ledd gjelder et hindringsunntak og et uforholdsmessighetsunntak for leverandøren. Vilkårene for at leverandøren skal fritas for naturaloppfylleelsesplikten, er – som ellers – lempeligere enn fritaksvilkårene for erstatning etter kontrollansvaret, jf. lovutkastet § 16.

Lovutkastet § 14 inneholder ikke noen bestemmelse som tilsvarende forbrukerkjøpsloven § 21 tredje ledd, som oppstiller en særlig reklamasjonsregel for naturaloppfylleelseskrav. At en slik bestemmelse ikke er tatt med, må ses i sammenheng med den mer generelle meldingsbestemmelsen som er foreslått i lovutkastet § 18 (jf. også § 27 om mangler), se omtalen av denne i høringsnotatet punkt 14.

#### **12.4 Heving**

Heving innebærer generelt at partenes forpliktelser etter avtalen bortfaller, og at ytelsene tilbakeføres i den grad de er levert. Som nevnt er heving den eneste beføyelsen ved forsinkelse som er regulert i direktivet, jf. artikkel 13. Artikkel 13 svarer imidlertid langt på vei til reguleringen i forbrukerkjøpsloven § 23.

Departementet har på denne bakgrunn utformet en bestemmelse i lovutkastet § 15 som tar utgangspunkt i formuleringen i forbrukerkjøpsloven § 23, men hvor det er gjort enkelte tilpasninger for å sikre samsvar med direktivet. Av samme grunn som for bestemmelsen om tilbakeholdsrett er det ikke tatt med noen bestemmelse som svarer til reklamasjonsregelen i forbrukerkjøpsloven § 23 tredje ledd, se høringsnotatet punkt 14.

I lovutkastet § 15 første ledd er det fastslått at forbrukeren ved forsinkelse skal oppfordre leverandøren til å levere. Hvis leverandøren deretter ikke leverer uten unødig opphold eller innen en tilleggsfrist som partene uttrykkelig har blitt enige om, kan forbrukeren heve avtalen. Ordlyden ligger tett opp til formuleringen i direktivet artikkel 13 nr. 1.

I § 15 andre ledd fastslås det at første ledd ikke gjelder hvis leverandøren har nektet å levere eller det fremgår klart av omstendighetene at leverandøren ikke kommer til å levere. Første ledd skal heller ikke gjelde hvis det er avtalt eller fremgår klart av omstendighetene at levering innen eller på et bestemt tidspunkt er avgjørende for forbrukeren, og leverandøren ikke har levert til riktig tid. I slike tilfeller kan forbrukeren umiddelbart heve avtalen. Også dette ligger tett opp til formuleringen i direktivet, jf. artikkel 13 nr. 2.

Departementet har ikke foreslått å ta med noen henvisningsbestemmelse som svarer til direktivet artikkel 13 nr. 2, siden reglene om oppgjøret ved heving mv. i lovutkastet kapittel 10 uansett er felles for forsinkelsessituasjonen og mangelssituasjonen. Av hensyn til at forbrukeren ikke skal få et svakere vern enn det som følger av direktivet, er det ikke inntatt noen bestemmelse i lovutkastet som svarer til forbrukerkjøpsloven § 22 om forespørsel fra selgeren.

#### **12.5 Erstatning**

Direktivet har ikke bestemmelser om erstatning, og det fremgår uttrykkelig av direktivet artikkel 3 nr. 10 at direktivet ikke berører medlemsstatenes frihet til å gi lovbestemmelser om retten til erstatning. I lovutkastet § 16 er det derfor inntatt en

bestemmelse som svarer fullt ut til erstatningsbestemmelsen i forbrukerkjøpsloven § 24. Det innebærer at leverandørens erstatningsansvar for forsinkelse som utgangspunkt er objektivt (første ledd), men at leverandøren kan gå fri hvis forsinkelsen skyldes en hindring utenfor hans eller hennes kontroll med nærmere presiseringer (andre ledd). Det dreier seg med andre ord om et såkalt kontrollansvar. Videre utstrekkes ansvaret til leverandørens underleverandører, kontraktsmedhjelper osv. i lovutkastet § 16 tredje ledd – ofte kalt dobbel force majeure. Fjerde ledd fastsetter at ansvarsfriheten gjelder så lenge hindringen er til stede. Faller hindringen bort, kan ansvar gjøres gjeldende hvis leverandøren da plikter å oppfylle, men ikke gjør dette. Femte ledd henviser til kapittel 11 når det gjelder erstatningsutmålingen.

For øvrig er det i lovutkastet § 17 inntatt en bestemmelse om leverandørens opplysningsplikt ved hindring. Bestemmelsen svarer fullt ut til forbrukerkjøpsloven § 25.

Departementet antar at man normalt ville ha kommet frem til de samme løsningene uavhengig av en eventuell lovregulering som nevnt over, gjennom en analogi fra forbrukerkjøpsloven § 24 eller gjennom slutninger fra mer alminnelige prinsipper. Forslagene i lovutkastet §§ 16 og 17 bør altså anses som en videreføring av gjeldende bakgrunnsrett (men nå slik at reglene ikke kan fravikes til skade for forbrukeren).

## **13 Forbrukerens krav ved mangler**

### **13.1 Innledning**

Direktivet har en mer utfyllende regulering av forbrukerens krav eller beføyelser ved mangler enn av beføyelsene ved forsinkelse. Reguleringen er samlet i direktivet artikkel 14, som har bestemmelser om avhjelp (særlig artikkel 14 nr. 2 og nr. 3), prisavslag (særlig nr. 4 og nr. 5) og heving (særlig nr. 4 og nr. 6). På samme måte som for forsinkelse er en del beføyelser som er vanlige i norsk rett, ikke regulert i direktivet. Dette omfatter også erstatning, som altså uttrykkelig faller utenfor etter artikkel 3 nr. 10. I tilknytning til dette er det heller ikke sagt noe i direktivet om krav mot tidligere avtaleledd – såkalte kontraktsbaserte direktekrav. I tråd med departementets målsetting om en tilnærmet uttømmende lov er det i lovutkastet kapittel 5 tatt med flere bestemmelser som ikke har noe motsvar i direktivet. Disse bestemmelsene er – på tilsvarende måte som for forsinkelse – utformet etter mønster av forbrukerkjøpsloven kapittel 6 om forbrukerens krav som følge av mangler ved salgsgjenstanden.

På samme måte som for forsinkelse antar departementet overordnet at forbrukerkjøpslovens bestemmelser om forbrukerens mangelsbeføyelser ville ha blitt lagt til grunn som gjeldende bakgrunnsrett for digitale ytelser så langt disse bestemmelsene passer.

### **13.2 Innledende bestemmelse og tilbakeholdsrett**

I lovutkastet er det inntatt en innledende bestemmelse som hovedsakelig svarer til forbrukerkjøpsloven § 26. Oversiktsbestemmelsen har et visst motsvar i direktivet artikkel 14 nr. 1. De samme spørsmålene om betydningen av forbrukerens forhold mv. oppstår her som i forsinkelsessituasjonen, jf. lovutkastet § 12, og det vises til

synspunktene i høringsnotatet punkt 12.2. Departementet nevner for ordens skyld at spørsmålet om forbrukerens bidrag til mangelen uttrykkelig er overlatt til nasjonal rett i det nye forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 13 nr. 7. Det kan imidlertid neppe sluttes fra at digitalytelsesdirektivet mangler en tilsvarende regulering, til at digitalytelsesloven ikke kan inneholde en slik risikobestemmelse for mangelstilfellene. Det er ikke sagt noe i direktivenes fortaler som tyder på at forskjellen var ment å ha materielle konsekvenser.

Også bestemmelsen i lovutkastet § 20 om tilbakeholdsrett svarer fullt ut til forbrukerkjøpslovens regulering, jf. § 28, og det som er sagt om lovutkastet § 13 i høringsnotatet punkt 12.3, gjelder tilsvarende. Departementet minner om at direktivets fortale avsnitt 15 åpner uttrykkelig for nasjonal regulering av tilbakeholdsrett ved mangler, selv om direktivet ikke har bestemmelser om dette. Her skiller digitalytelsesdirektivet seg noe fra det nye forbrukerkjøpsdirektivet: I det sistnevnte pålegges medlemsstatene å gi forbrukeren en tilbakeholdsrett ved mangler, jf. artikkel 13 nr. 6, men det er opp til medlemsstatene å fastsette nærmere vilkår mv. for utøvelse av retten.

### **13.3 Retting og omlevering (avhjelp)**

#### **13.3.1 Overordnet om avhjelp og direktivet**

Avhjelp er en fellesbetegnelse på at en mangelfull ytelse bringes i samsvar med kontrakten, enten ved at mangelen blir rettet (reparert), eller ved omlevering (ny levering av den samme ytelsen). I kontraktslovgivningen og ellers er det vanlig å anse avhjelp som den primære mangelsbeføyelsen i den forstand at vellykket avhjelp gjerne utelukker prisavslag eller heving, og at man på visse vilkår må forsøke avhjelp før de nevnte beføyelsene kan gjøres gjeldende. Det må skilles mellom realkreditors (forbrukerens) *rett til å motta* avhjelp på den ene siden og realdebitors (leverandørens) *adgang til å tilby* avhjelp for å avverge krav om prisavslag og heving på den andre siden. Det siste kalles ofte for «defensiv» avhjelp eller lignende. I forbrukerkjøpsloven kommer skillet til uttrykk i § 29, der første og andre ledd handler om forbrukerens rett til avhjelp, mens tredje ledd, jf. § 30 første og andre ledd, handler om selgerens adgang til å tilby avhjelp. Innenfor rammene av retten til avhjelp kan forbrukeren normalt *velge* mellom retting og omlevering, se forbrukerkjøpsloven § 29 første ledd.

Direktivet artikkel 13 nr. 2 og 3, jf. nr. 4, foreskriver avhjelpsregler som har mye til felles med forbrukerkjøpslovens regulering, men som på enkelte punkter ikke sammenfaller helt. Departementet har inntatt i lovutkastet §§ 21 og 22 to bestemmelser som er utformet delvis etter mønster av forbrukerkjøpsloven §§ 29 og 30. På bakgrunn av de materielle forskjellene som direktivet nødvendiggjør, er det imidlertid foreslått en noe annen oppbygning av regelsettet.

#### **13.3.2 Vilkår for rett til avhjelp. Gjennomføring av avhjelp**

I lovutkastet § 21 fremgår det som man kan kalle de materielle avhjelpsreglene, det vil si vilkårene for rett til avhjelp (avhjelps*plikt* for leverandøren) og reglene om hvordan avhjelpen skal gjennomføres. Det siste kan også delvis ses som materielle vilkår for at leverandøren skal ha *rett* til å avskjære prisavslag og heving ved å tilby avhjelp.



Etter lovutkastet § 21 første ledd kan forbrukeren kreve at leverandøren sørger for avhjelp gjennom å rette mangelen eller å levere en tilsvarende ytelse. Dette gjelder ikke hvis gjennomføring av kravet er umulig eller påfører leverandøren urimelige kostnader. Så langt samsvarer bestemmelsen fullt ut med forbrukerkjøpsloven § 29, jf. dennes første ledd. I første ledd tredje punktum er det imidlertid fastsatt at *leverandøren* kan velge om avhjelp skal skje gjennom retting eller omlevering, så lenge fremgangsmåten er i samsvar med tredje ledd. At det i utgangspunktet ikke gjelder noen valgtrett for forbrukeren, avviker fra det som følger av forbrukerkjøpsloven § 29 første ledd i dag, og fra det som vil fortsette å følge av forbrukerkjøpsloven etter gjennomføringen av det nye forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 13 nr. 2. Det synes å følge av den nøytrale formuleringen i digitalytelsesdirektivet artikkel 14 nr. 2 («bragt i overensstemmelse») sammenholdt med fortalen avsnitt 63 at det er leverandøren som kan velge fremgangsmåten for avhjelp, så lenge dette er forenlig med den digitale ytelsens karakter. Lovutkastets begrensning «så lenge fremgangsmåten er i samsvar med tredje ledd» fremgår ikke direkte av direktivet artikkel 14, men synes å harmonere med direktivets system. Formuleringen uttrykker at selv om leverandøren i utgangspunktet har rett til å velge fremgangsmåten for avhjelp, kan ikke valget i praksis fortrenge forbrukerens rett til avhjelp. Med andre ord: Hvis retting – respektive omlevering – ikke vil kunne skje uten å være i strid med lovutkastet § 21 tredje ledd, og hvis den alternative beføyelsen ikke påfører leverandøren urimelige kostnader mv., har ikke leverandøren lenger noen valgtrett. Da må forbrukeren kunne kreve den alternative beføyelsen.

Det kan spørres om det egentlig er hensiktsmessig å opprettholde skillet mellom retting og omlevering for digitale ytelser. Direktivet viser som nevnt generelt til retten til å få ytelsen «bragt i overensstemmelse», og grensen mellom retting og omlevering kan være flytende for disse ytelsene. Det som likevel kan tale for å beholde skillet i loven, er at retting og omlevering er velkjente begreper i norsk kontraktsrett. Dessuten kan det fortsatt være forskjell på retting og omlevering for fysiske medier som utelukkende brukes som bærere av digitalt innhold. Departementet ber særskilt om høringsinstansenes syn på om skillet bør opprettholdes i digitalytelsesloven.

Det følger av lovutkastet § 21 andre ledd at det ved avgjørelsen av om kostnadene er urimelige etter første ledd andre punktum, skal legges vekt på blant annet mangelens betydning og verdien av en mangelfri ting. Bestemmelsen er tilnærmet likelydende med forbrukerkjøpsloven § 29 andre ledd, bortsett fra at momentet «om andre beføyelser kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for forbrukeren» er sløyfet. Til forskjell fra det nye forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 13 nr. 2 (bokstav c) er ikke dette momentet uttrykkelig nevnt i digitalytelsesdirektivet. Momentet har kanskje mindre praktisk betydning når ikke forbrukeren har en valgtrett mellom retting og omlevering, siden det da ikke på samme måte blir spørsmål om å trekke inn den alternative avhjelpsbeføyelsen i urimelighetsvurderingen. At momentet ikke er nevnt i lovteksten, utelukker imidlertid ikke at det kan vektlegges der det måtte være relevant.

Lovutkastet § 21 tredje ledd fastsetter at avhjelp skal skje uten kostnad og vesentlig ulempe for forbrukeren, innen rimelig tid og uten risiko for at forbrukeren ikke får dekket sine utlegg av leverandøren. Bestemmelsen svarer fullt ut til forbrukerkjøpsloven § 30 første ledd og er ment å gjennomføre direktivet artikkel 14 nr. 3. I forbrukerkjøpsloven er denne bestemmelsen altså plassert i en

annen bestemmelse enn § 29 om vilkårene for retting, under overskriften «Gjennomføring av avhjelp». Omstruktureringen sammenholdt med forbrukerkjøpslovens oppsett på dette punktet har sammenheng med at departementet ikke har foreslått å innta bestemmelser som svarer til forbrukerkjøpsloven § 30 andre til fjerde ledd i lovutkastet. Særlig bestemmelsene i andre og tredje ledd om et maksimalt antall avhjelpsforsøk og forbrukerens krav på erstatningsgjenstand antas å stå i et tvilsomt forhold til digitalytelsesdirektivet. Når det dreier seg om digitale ytelser, vil avhjelpsforsøk uansett ofte kunne skje adskillig raskere enn for fysiske ting hvis leverandøren først har en løsning på problemet, for eksempel i form av oppdateringer eller retting av tekniske problemer. Det blir i mindre grad spørsmål om at forbrukeren må levere noe fra seg, for så å få det tilbake senere etter et rettesforsøk. I stedet kan avhjelp få karakter av «prøving og feiling» som kan skje innenfor et kort tidsrom med forbrukerens involvering, slik at det ikke virker rimelig og hensiktsmessig å operere med en firkantet regel om maksimalt to avhjelpsforsøk. Av hensyn til at direktivet er totalharmoniserende og ikke inneholder regler som nevnt, fremstår det som nærliggende å la disse spørsmålene reguleres av den skjønnsmessige hovedregelen i lovutkastet § 21 første ledd.

Når det gjelder forbrukerkjøpsloven § 30 fjerde ledd, synes det å være mer tvilsomt om direktivet hindrer en slik bestemmelse i digitalytelsesloven. Fjerde ledd gjelder kostnadsfordelingen knyttet til undersøkelser når det viser seg at ytelsen ikke har en mangel. Slik sett kan det hevdes at man befinner seg på utsiden av reguleringen i direktivet av hva som skjer når ytelsen *har* en mangel, jf. at artikkel 14 gjelder «[i] tilfælde af manglende overensstemmelse». Kanskje kan bestemmelsen i forbrukerkjøpsloven § 30 fjerde ledd ses som en regulering av et slags erstatningsspørsmål, noe som er overlatt til nasjonal rett ifølge digitalytelsesdirektivet artikkel 3 nr. 10. Samtidig kan det innvendes at standpunktet er usikkert, og at dette kostnadsspørsmålet nok uansett er mindre praktisk for digitale ytelser enn for fysiske ting. Departementet har derfor heller ikke inntatt noen slik bestemmelse i lovutkastet etter en foreløpig vurdering.

### **13.3.3 Leverandørens adgang til å tilby avhjelp for å avverge krav om prisavslag og heving**

I lovutkastet § 22 har departementet utformet bestemmelser om leverandørens adgang til å tilby avhjelp for å avverge krav om prisavslag og heving. I første ledd er det fastsatt at selv om forbrukeren verken krever retting eller omlevering etter loven, kan leverandøren tilby retting eller omlevering hvis tilbudet fremsettes uten opphold. Sørger leverandøren for slik retting eller omlevering i samsvar med loven, kan forbrukeren ikke kreve prisavslag eller heving. Formuleringen «i samsvar med loven» sikter til kravene til gjennomføringen i § 21 tredje ledd om at avhjelp skal skje uten kostnad og vesentlig ulempe mv. Lovutkastet § 22 første ledd svarer fullt ut til forbrukerkjøpsloven § 29 tredje ledd.

Bestemmelsen om defensiv avhjelp har ikke noe direkte motsvar i direktivet. Dette var imidlertid også tilfellet for forbrukerkjøpsloven sammenholdt med forbrukerkjøpsdirektivet 1999. Departementet antar at bestemmelsen her ikke sier mer enn det som kan utledes forutsetningsvis av digitalytelsesdirektivet artikkel 14 nr. 2 til 4.

Etter lovutkastet § 22 andre ledd kan forbrukeren likevel kreve prisavslag eller heving umiddelbart hvis mangelen etter sin art er så alvorlig det ikke er rimelig å forvente at forbrukeren skal godta et avhjelpstilbud. Ved avgjørelsen skal det legges vekt på om mangelen er egnet til å vesentlig svekke forbrukerens tillit til leverandøren. Bestemmelsen er ment å gjennomføre direktivet artikkel 14 nr. 4 bokstav d. Andre punktum har ikke noe direkte motsvar i direktivet, men departementet antar at det er rom for å presisere vurderingen noe, så lenge det aktuelle momentet er opplagt relevant. I fortalen avsnitt 65 gis det som eksempel på en situasjon som rammes av unntaket, at avtalen gjelder levering av antivirusprogramvare, og at denne programvaren selv er infisert med virus. Her er det snakk om en slags fundamental tillitssvikt hvor det ville være lite rimelig om forbrukeren skulle måtte finne seg i avhjelp i strid med sitt ønske.

Når det gjelder de øvrige tilfellene som listes opp i direktivet artikkel 14 nr. 4 (bokstavene a, b, c og e), har departementet foreløpig ikke funnet grunn til å formulere egne bestemmelser i lovteksten om disse. Det dreier seg om forskjellige situasjoner hvor vilkårene for avhjelp ikke er oppfylt, hvor avhjelp ikke har fjernet mangelen, eller hvor det fremgår på forskjellige måter at leverandøren ikke kommer til å gjennomføre avhjelp. Departementet anser disse til dels overlappende direktivbestemmelsene som gjennomført ved systemet i lovutkastet §§ 21 til 23 sett under ett, herunder ved innledningssetningen «[h]vis mangelen ikke rettes eller ytelsen ikke omleveres i samsvar med §§ 21 og 22» i § 23 om prisavslag.

## 13.4 Prisavslag

### 13.4.1 Overordnet om prisavslag og forholdet til erstatning

Prisavslag er en økonomisk kompensasjon for mangler som tradisjonelt har knyttet seg til vederlaget: Tanken har vært at vederlaget skal justeres i samme forhold som mangelen reduserer ytelsens markedsverdi, slik at det gis et *forholdsmessig* prisavslag, jf. for eksempel kjøpsloven § 38. Et slikt forholdsmessig prisavslag skal gjenopprette balansen i kontraktsforholdet. Hvis vederlaget er holdt tilbake fra realkreditor (her forbrukeren), vil en viss del av realdebitors vederlagskrav bortfalle, mens prisavslaget eventuelt må utbetales fra realdebitor hvis realkreditor allerede har erlagt vederlaget. Selv om prisavslagsbeføyelsen historisk har skilt seg fra erstatningsbeføyelsen ved at verdiminuset fra mangelen skal vederlagsjusteres, har det etter hvert blitt vanlig å operere med en presumsjon for at vederlaget tilsvarer markedsprisen. Videre har det kommet flere forskjellige utmålingsprinsipper for prisavslag i nyere kontraktslovgivning: Avhendingslova § 4-12 andre ledd åpner for at prisavslaget settes lik rettekostnadene på visse vilkår, mens forbrukerkjøpsloven fastsetter at prisavslaget kan settes lik «mangelens betydning for forbrukeren» dersom «særlige grunner» taler for det. Utviklingen i retning av objektive ansvarsgrunnlag for erstatning bidrar ytterligere til å redusere skillene mellom prisavslag og erstatning; prisavslag er ikke betinget av skyld – det er tilstrekkelig at det foreligger en (verdireduserende) mangel, jf. HR-2020-475-A avsnitt 149.

Forholdet mellom prisavslag og erstatning kommer til en viss grad på spissen når direktivet artikkel 14 nr. 5 jf. nr. 4 skal gjennomføres. Departementet har utformet en bestemmelse i lovutkastet § 23 som trolig avviker noe fra gjeldende rett og systematikk.

### 13.4.2 Nærmere om departementets forslag og direktivet

I likhet med gjeldende norsk rett oppstiller direktivet artikkel 14 nr. 4 ikke egentlig noen vilkår for prisavslag annet enn at det må foreligge en mangel, og at avhjelp ikke kommer på tale av forskjellige grunner. I nr. 4 presiseres det riktignok at den digitale ytelsen må leveres «mod betaling af en pris» (som motsetning til personopplysninger, se artikkel 2 nr. 7), men dette kan nærmest sies å ligge i prisavslaget natur: Det gir liten mening å skulle få et prisavslag i et vederlag som utelukkende består i å oppgi personopplysninger, og departement har ikke sett det som nødvendig å presisere dette i lovutkastet.

Ordlyden i lovutkastet § 23 første ledd er på denne bakgrunn lagt tett opp til ordlyden i forbrukerkjøpsloven § 31 første ledd: Hvis mangelen ikke rettes eller ytelsen ikke omleveres i samsvar med §§ 21 og 22, kan forbrukeren kreve et prisavslag slik at forholdet mellom nedsatt og avtalt pris svarer til forholdet mellom ytelsens verdi i mangelfull og kontraktsmessig stand på leveringstiden. Regelen som kommer til uttrykk her, må antas å gjelde som et generelt kontraktsrettslig prinsipp. Det eneste avviket av betydning i lovutkastet § 23 første ledd sammenholdt med forbrukerkjøpsloven er at ordet «passende» i sammensetningen «passende prisavslag» ikke er tatt med. Dette henger sammen med det utmålingsprinsippet som direktivet artikkel 14 nr. 5 synes å legge opp til. Bestemmelsen lyder slik:

«Prisavslaget skal stå i forhold til den lavere værdi af det digitale indhold eller den digitale tjeneste, som forbrugeren fik leveret, sammenholdt med den værdi, som det digitale indhold eller den digitale tjeneste ville have, hvis det eller den var i overensstemmelse.»

Formuleringen gir tydelige assosiasjoner til den tradisjonelle måten å forstå prisavslagsbeføyelsen på – prinsippet om et forholdsmessig prisavslag som nevnt over. Inntrykket forsterkes ved at ordet «passende» ikke er tatt med i direktivet, i motsetning til i forbrukerkjøpsdirektivet 1999 artikkel 3 nr. 5. Det er ikke noen åpning i digitalytelsesdirektivet for å utmåle prisavslaget etter rettekostnadene eller mangelens betydning for forbrukeren, og spørsmålet er heller ikke omtalt i fortalen. Departementet antar derfor foreløpig at det vil samsvare best med direktivet å rendyrke prisavslaget som en «økonomisk» beføyelse basert på verdireduksjon.

Av den grunn er det i lovutkastet § 23 ikke tatt med noen bestemmelse som svarer til forbrukerkjøpsloven § 31 andre ledd om prisavslag lik mangelens betydning for forbrukeren. Den sistnevnte bestemmelsen åpner for å fastsette et mer skjønnsmessig, «subjektivt» prisavslag i de tilfellene mangelen ikke fører til noen påviselig reduksjon av markedsverdien. Skoleeksempelen er at forbrukeren får levert en ytelse (for eksempel en ting eller et hus) i en annen farge enn bestilt. Fargen er like etterspurt i markedet, men forbrukeren kan likevel ha krav på prisavslag for den personlige reduserte bruksnytelsen. Etter utviklingen i rettspraksis, jf. HR-2018-392-A der en tilsvarende utmålingsregel ble innfortolket i bustadoppføringslova § 33, er det mye som taler for å anse regelen om subjektivt prisavslag som et mer generelt prinsipp for forbrukerkontrakter, selv om det nærmere anvendelsesområdet kan være uklart. Forslaget i lovutkastet innebærer dermed isolert sett muligens et avvik fra gjeldende rett i forbrukerens disfavør.

Det er imidlertid to forhold som medfører at de reelle konsekvensene av dette blir begrensede. For det første kan et prisavslag etter lovutkastet være aktuelt selv om det i et konkret tilfelle er vanskelig eller umulig å måle den nøyaktige

verdireduksjonen. Så lenge det sannsynliggjøres at den leverte ytelsen objektivt sett hadde en lavere verdi enn kontraktsmessig ytelse, kan et prisavslag utmåles basert på et skjønnsmessig anslag av verdiminuset som mangelen representerer, jf. HR-2020-475-A avsnitt 151. For det andre må den restriktive forståelsen av prisavslagsbeføyelsen her ses i sammenheng med lovutkastets forholdsvis vide erstatningsutmålingsbestemmelse, som åpner for ulempeerstatning i visse tilfeller, se § 48 andre ledd og omtalen av denne i høringsnotatet punkt 20. Samlet sett vil forbrukeren altså i praksis få omtrent det samme vernet som etter gjeldende rett.

Som antydnet ligger det i formuleringen «prisavslag» i lovutkastet § 23 første ledd at bestemmelsen ikke kan anvendes i de tilfellene hvor vederlaget bare består i at forbrukeren oppgir personopplysninger. Dette følger av at direktivet benytter den snevrere formuleringen «mot betaling af en pris», som etter definisjonen i artikkel 2 nr. 7 er et pengebeløp eller et digitalt uttrykk for verdi. En slik forståelse bekreftes uttrykkelig i fortalen avsnitt 67 som en del av begrunnelsen for at det gjelder en lavere hevingsterskel når vederlaget består i å oppgi personopplysninger. Hvis betaling av en pris i direktivets forstand utgjør *en del av* vederlaget sammen med personopplysninger, skal imidlertid prisavslag kunne kreves for den delen av vederlaget som består i en betaling av en pris.

I lovutkastet § 23 andre ledd er det fastsatt at hvis avtalen gjelder løpende levering over en periode, omfatter prisavslaget den perioden da ytelsen hadde en mangel. Bestemmelsen har ikke noe motsvar i forbrukerkjøpsloven, men gjennomfører direktivet artikkel 14 nr. 5 andre ledd (avsnitt). Ut fra direktivet er det uklart hvordan bestemmelsen nærmere er tenkt praktisert. Fortalen avsnitt 66 gir begrenset veiledning. Departementet antar imidlertid at det må gjøres en mer helhetlig vurdering hvis det bare dreier seg om begrensninger eller forstyrrelser i bruken av ytelsen. Det mest praktiske er kanskje at forbrukeren ikke får tilgang til ytelsen i deler av avtaleperioden, og i så fall bør det være kurant å beregne prisavslaget etter § 23 andre ledd: Betaler forbrukeren for eksempel 120 kr i måneden for å få tilgang til en strømnetjeneste, og tjenesten bare har vært tilgjengelig i 15 av 30 dager, skal prisavslaget utgjøre 60 kr (forutsatt at det avtalte vederlaget tilsvarer markedspris).

Departementet nevner for ordens skyld at lovutkastet ikke inneholder noen bestemmelse som svarer til forbrukerkjøpsloven § 31 *tredje ledd*. Bestemmelsen gjelder prisavslag ved salg av brukte ting på auksjon hvor forbrukeren har anledning til å være til stede, og må antas å være mindre praktisk ved levering av digitale ytelser. I den grad spørsmålet likevel skulle komme på spissen ved auksjonssalg av fysiske bærere av digitalt innhold, får man heller vurdere å bruke bestemmelsen analogisk.

### **13.5 Heving**

Lovutkastet § 24 inneholder en bestemmelse om heving ved mangler. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 14 nr. 6 jf. nr. 4. Første punktum er utformet etter mønster av forbrukerkjøpsloven § 32, med enkelte mindre justeringer. Bestemmelsen fastsetter at forbrukeren i stedet for å kreve prisavslag etter § 22 kan heve avtalen med mindre leverandøren beviser at mangelen er uvesentlig. At det sies uttrykkelig at leverandøren må bevise at mangelen er uvesentlig, er i tråd med direktivets formulering og skiller seg noe fra ordlyden i forbrukerkjøpsloven § 32. På samme måte som etter forbrukerkjøpsloven gir

uvesentlighetskriteriet anvisning på en vanlig skjønnsmessig hevingsvurdering med en senket terskel for heving. Bevisbyrden for leverandøren må vel her knytte seg til et sett med bevisfakta som samlet sett tilsier det rettsfaktumet at mangelen er uvesentlig.

I lovutkastet § 24 andre punktum er det fastsatt at hvis vederlaget for ytelsen utelukkende er at forbrukeren oppgir personopplysninger, kan forbrukeren heve avtalen også når mangelen er uvesentlig. En slik regel følger ikke direkte av direktivet, men kan utledes forutsetningsvis av artikkel 14 nr. 6 lest i sammenheng med nr. 4. Tolkningen er også lagt uttrykkelig til grunn i fortalen avsnitt 67. Det fremgår der at begrunnelsen er at forbrukeren ikke har noe krav på prisavslag i disse tilfellene. For at forbrukeren skal kunne ha en effektiv sanksjon mot kontraktsbruddet, bør det da ikke være noen terskel for heving.

Hvis personopplysninger utgjør bare *en del* av vederlaget i tillegg til betaling av en pris, kreves det antakelig at mangelen ikke er uvesentlig, selv om fortalen avsnitt 67 ikke er helt klar på dette punktet. I slike tilfeller må det imidlertid i uvesentlighetsvurderingen være rom for å se hen til i hvilken grad et eventuelt prisavslag vil gi en tilfredsstillende kompensasjon for mangelen, under hensyn til hvor stor andel av vederlaget «prisen» utgjør sammenholdt med personopplysningene.

### 13.6 Erstatning

Som nevnt har direktivet ikke bestemmelser om erstatning, og det fremgår uttrykkelig av direktivet artikkel 3 nr. 10 at direktivet ikke berører medlemsstatenes frihet til å lovregulere retten til erstatning. I lovutkastet § 25 er det derfor inntatt en bestemmelse som svarer fullt ut til erstatningsbestemmelsen i forbrukerkjøpsloven § 33, bortsett fra at spesialregelen i andre ledd om elektrisk energi naturlig nok ikke er tatt med her. Lovutkastet § 25 innebærer dermed et objektivt erstatningsansvar for mangler. Departementet viser til begrunnelsen for dette i forbrukerkjøpslovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 139–140. Departementet tar gjerne imot høringsinstansenes syn på om det er forhold ved levering av digitale ytelser som skulle tilsi et annet ansvarsgrunnlag enn etter forbrukerkjøpsloven.

Når det gjelder utmålingen, viser lovutkastet § 25 til kapittel 11, se den nærmere omtalen av dette i høringsnotatet punkt 20.

Lovutkastet inneholder ikke noen bestemmelse som svarer til forbrukerkjøpsloven § 34 om «produktskader». Paragrafen regulerer forbrukerens adgang til å kreve erstatning fra selgeren for tingskader som følge av mangler ved salgstingen, altså på grunnlag av kontrakten, se Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) side 549 om det følgende. Første ledd innebærer at det objektive ansvaret i forbrukerkjøpsloven § 33 bare omfatter visse nærmere angitte kategorier av produktskader, nemlig skade på salgstingen selv og skade på gjenstander som salgstingen brukes til fremstilling av, eller som har nær og direkte sammenheng med salgstingens forutsatte bruk. På denne måten begrenser forbrukerkjøpsloven § 34 første ledd rekkevidden av § 33. Andre ledd pålegger selgeren et skyldansvar med omvendt bevisbyrde for mer fjerntliggende produktskader. Tverberg side 549 antar at bestemmelsen i praksis har et nokså begrenset anvendelsesområde. Departementet har etter en foreløpig vurdering ansett det som mest hensiktsmessig å la de kontraktsrettslige «produktskadene» reguleres av den generelle

erstatningsregelen i lovutkastet § 25 jf. § 48. Ordlyden i disse bestemmelsene er vid nok til å omfatte også slike skader. De nærmere grensene for hvilke tap som er omfattet, vil – i likhet med etter forbrukerkjøpsloven § 34 – måtte fastlegges i rettspraksis, men her på grunnlag av det generelle adekvanskravet som kommer til uttrykk i § 48 første ledd andre punktum. I denne vurderingen kan det også tas hensyn til at ansvarsgrunnlaget er objektivt, slik at løsningen i praksis ikke nødvendigvis avviker fra det som ville følge av en regel basert på forbrukerkjøpsloven § 34.

## **13.7 Krav mot tidligere omsetningsledd**

### **13.7.1 Gjeldende rett**

Utgangspunktet etter norsk rett er at en avtale skaper rett og plikt bare mellom avtalepartene. Regler om direktekrav i kontraktsforhold kan imidlertid gi en realkreditor adgang til å rette kontraktsbruddskrav direkte mot realdebitors tidligere avtaleledd. For eksempel vil en kjøper kunne rette et mangelskrav mot en produsent av en vare selv om kjøperens kontraktspart var en selger (detaljisten). De norske kontraktslovene har gjennomgående bestemmelser om direktekrav, se kjøpsloven § 84, håndverkertjenesteloven § 27, avhendingslova § 4-16, bustadoppføringslova § 37 og forbrukerkjøpsloven § 35. En kreditor kan også ha adgang til å rette krav mot et tidligere avtaleledd på grunnlag av avtale (eventuelt en garanti) eller på ulovfestet grunnlag, jf. HR-2018-2256-A.

I kontraktslovgivningen er direktekravsbestemmelser i grove trekk utformet på to forskjellige måter. Direktekrav kan bygge på en såkalt subrogasjonsmodell, som innebærer at «[k]jøper trer inn i selgerens krav mot hjemmelsmannen uten hensyn til om kjøperen har noe krav mot selgeren», jf. Rt. 1998 s. 656 (på side 661). Kjøpsloven § 84 er antatt å følge subrogasjonsmodellen, jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) side 137, Tørum: Direktekrav (2007) side 264–265 og Lilleholt: Kontraktsrett og obligasjonsrett (2017) s. 387. Direktekrav kan også bygge på en såkalt dobbeltbegrensningsmodell (også kalt «springende regress»), som innebærer at kjøperens direktekravsadgang er «begrenset til de krav han kunne ha gjort gjeldende overfor selgeren, og som selgeren eller en annen kunne ha krevd regress for mot sin hjemmelsmann», jf. Rt. 1998 s. 656 (på side 660).

Forbrukerkjøpsloven § 35 følger dobbeltbegrensningsmodellen, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) side 190 og NOU 1993: 27 side 153. I forbrukerkontraktslovgivningen er dobbeltbegrensningsregelen gjerne modifisert av bestemmelser om at avtaler i tidligere ledd som innskrenker realdebitors eller en annens avtaleparts krav, ikke kan gjøres gjeldende overfor forbrukeren i større utstrekning enn det som kunne vært avtalt mellom forbrukeren og realdebitor, se for eksempel forbrukerkjøpsloven § 35 andre ledd. Forbrukeren får dermed de samme ufravikelige mangelbeføyelsene overfor det tidligere avtaleleddet som overfor realdebitor.

Utenfor de lovfestede tilfellene er adgangen til å fremme kontraktsbaserte direktekrav generelt sett usikker. I rettspraksis er det lagt til grunn at en kreditor kan ha rett til direktekrav etter en konkret vurdering, jf. HR-2018-2256-A (avsnitt 80). Hva den ulovfestede retten til direktekrav nærmere går ut på, er uavklart, men det er uttalt i rettspraksis at det bør være lettest å godta en rett til direktekrav som følger dobbeltbegrensningsmodellen, jf. Rt. 1998 s. 656 (side 660 og 661). For

øvrig er det antakelig særlig nærliggende å tillate direktekrav i *forbrukerkontrakter*, eventuelt etter analogislutninger fra forbrukerkontrakslovgivningen, siden forbrukeren gjennomgående ikke kan forventes å betinge seg en direktekravsadgang gjennom avtalen.

### 13.7.2 Direktivet

Direktivet har ingen bestemmelser om direktekrav. I direktivets fortale punkt 12 heter det blant annet følgende om direktivets virkeområde:

«Dette direktiv bør heller ikke berøre nasjonale regler om forbrukerens ikkeaftalebestemte beføyelser over for personer i tidligere led af transaktionskæden eller andre personer, der opfylder sådanne personers forpligtelser, i tilfælde af det digitale indholds eller den digitale tjenestes manglende overensstemmelse.»

Det er ikke uten videre klart hvordan «ikkeaftalebestemte beføyelser» i direktivets fortale skal forstås, men departementet antar at dette henviser til deliktsbaserte krav – og ikke til de kontraktbaserte kravene. Samtidig kan man neppe slutte antitetisk fra dette til at det ikke kan gis nasjonale bestemmelser om kontraktbaserte direktekrav. Departementet viser til at slike direktekrav ikke er uttrykkelig regulert i direktivet, sammenlign artikkel 4, og til at det ville ha vært nærliggende å omtale spørsmålet hvis en såpass utbredt kontraktsrettsregel skulle ha vært utelukket. Videre er det overlatt til nasjonal rett å regulere «retten til erstatning», jf. artikkel 3 nr. 10, som antakelig er den mest praktiske beføyelsen ved direktekrav. Departementets foreløpige vurdering er etter dette at direktivet ikke hindrer nasjonale regler om kontraktbaserte direktekrav.

### 13.7.3 Departementets forslag

En adgang til direktekrav tilrettelegger for at forbrukeren kan få innfridd mangelskravet sitt også når dekningsmulighetene hos leverandøren er begrensede. Dette kan for eksempel være tilfellet hvor leverandøren er konkurs. Samtidig vil det tidligere leddet ofte ikke ha noen beskyttelsesverdig interesse av ikke å innfri et mangelskrav fra medkontrahenten eller et senere ledd i avtalekjeden. Det tidligere leddet vil kunne få en ugrunnet berikelse på bekostning av forbrukeren hvis forbrukeren ikke har direktekravsadgang. Ved at forbrukeren kan rette krav direkte mot den som i siste instans er ansvarlig for mangelen, kan man dessuten etter omstendighetene unngå et etteroppgjør i forholdet mellom leverandøren og det tidligere avtaleleddet. En direktekravsregel kan dermed virke ressursbesparende i enkelte situasjoner, selv om den prosessøkonomiske effekten generelt kan være usikker, se Tørum: *Direktekrav* (2007) side 181–184. Forbrukerkontrakslovgivningen anerkjenner etter hvert gjennomgående en direktekravsadgang for forbrukeren; dette gjelder blant annet for forbrukerkjøpsloven, som fortsatt vil regulere ting med digitale elementer. Hensynet til konsekvens og sammenheng kan da tale for en direktekravsadgang også når det gjelder de ytelsene som reguleres av digitalytelsesdirektivet.

Departementet har på denne bakgrunn inntatt i lovutkastet en bestemmelse som gir forbrukerne mulighet til å rette direktekrav mot leverandørens tidligere omsetningsledd dersom den digitale ytelsen har en mangel, jf. lovutkastet § 26. Utkastet er utformet etter modell av forbrukerkjøpsloven § 35 og hovedsakelig ment å gi forbrukeren en tilsvarende adgang til direktekrav.



Etter lovutkastet er direktekravsadgangen foreløpig begrenset til krav som følge av mangler. Dette er i tråd kontraktslovgivningen ellers. Begrunnelsen har blant annet vært at sammenhengen mellom kontraktsbrudd i et tidligere ledd og kontraktsbrudd hos leverandøren ikke er like klar i forsinkelsestilfellene som i mangelstilfellene, jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) side 138. Enkelte har hevdet at forbrukerkjøpere ikke har behov for direkte forsinkelseskrav, men et slik standpunkt er kritisert i Tørum: Direktekrav (2007) side 341. Det er mulig at direktekrav ved forsinkelse kan fremmes på ulovfestet grunnlag etter en nærmere analyse, jf. Tørum: Direktekrav (2007) side 349, og i burettslagslova § 5-14 er direktekravsadgangen gjort generell; den gjelder «krav som følgje av mishald». Departementet ber særskilt om høringsinstansenes syn på om en slik utvidelse til forsinkelsestilfellene er ønskelig i digitalytelsesloven. I så fall må det vurderes om det skal gjelde noen særvilkår for slike direktekrav, for eksempel at leverandøren må være insolvent eller utilgjengelig, se Tørum: Direktekrav (2007) side 348.

Departementet foreslår i utkastet å anvende dobbeltbegrensningsmodellen, jf. lovutkastet § 26 første ledd. Denne modellen har vært foretrukket i de øvrige bestemmelsene om direktekrav i forbrukerkontraktslovgivningen. Etter lovutkastet er det dermed et vilkår for direktekrav at forbrukeren har sitt eget mangelskrav i behold overfor leverandøren. I tillegg må leverandøren eller et annet ledd i avtalekjeden ha et tilsvarende krav mot det tidligere leddet.

Etter lovutkastet § 26 andre ledd skal en avtale mellom leverandøren og det tidligere leddet som innskrenker leverandørens krav, ikke få virkning overfor forbrukeren i større utstrekning enn det som kunne vært avtalt mellom forbrukeren og leverandøren. Forbrukeren vil dermed i mangelssituasjonen ha lik stilling overfor det tidligere leddet som overfor leverandøren. Også dette er i tråd med reguleringen i forbrukerkontraktslovgivningen ellers.

Departementet har ikke inntatt i lovutkastet noen bestemmelse som tilsvarer forbrukerkjøpsloven § 35 tredje ledd om at lovens reklamasjonsregler gjelder tilsvarende. Dette må ses i sammenheng med at det ikke foreslås tradisjonelle reklamasjonsregler i lovutkastet, se høringsnotatet punkt 14. En av funksjonene til bestemmelser som forbrukerkjøpsloven § 35 tredje ledd er at de utvider ansvaret for det tidligere avtaleleddet ved å fastslå at forbrukeren kan forholde seg til reklamasjonsfristen overfor realdebitor også i forholdet til det tidligere avtaleleddet. Departementet antar imidlertid at det forbrukervernet som ligger i dette, fanges opp av formuleringen i lovutkastet § 26 andre ledd: Et reklamasjonsvilkår i det tidligere leddet er også en del av en «avtale som innskrenker leverandørens krav». Samtidig kan et tidligere avtaleledd ha et særlig behov for å få melding om at en forbruker gjør gjeldende et direktekrav. For direktekravenes del står digitalytelsesdirektivet heller ikke på noen måte i veien for nasjonale reklamasjonsregler. Departementet har derfor inntatt en særskilt reklamasjonsbestemmelse i lovutkastet § 26 andre ledd andre punktum som sier at forbrukeren må reklamere innen rimelig tid overfor det tidligere leddet. Kravene til reklamasjonens form og innhold er ment å være de samme som etter forbrukerkjøpsloven, selv om det benyttes en mer overordnet formulering («reklamere»). Bruken av ordet «likevel» og sammenhengen med første punktum antas å gjøre det tilstrekkelig klart at reklamasjonsfrister i tidligere ledd ellers ikke skal kunne påberopes overfor forbrukeren. Departementet ber særskilt om høringsinstansenes syn på om en eventuell særskilt reklamasjonsregel som nevnt

bør være begrenset til tilfeller der det tidligere leddet har avtalt en relativ reklamasjonsfrist med sin kontraktspart.

Ved at lovutkastet § 26 første ledd krever at forbrukeren gjør gjeldende «sitt mangelkrav» mot et tidligere omsetningsledd (dobbelbegrensningsmodellen), blir bestemmelsen mer restriktiv på dette punktet enn kjøpsloven § 84, som bygger på subrogasjonsmodellen, jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) side 138. Selv med beskyttelsesmekanismen som forbrukeren har etter lovutkastet § 26 andre ledd, kan det oppstå tilfeller der kjøpslovens subrogasjonsregel vil gi forbrukeren et bedre vern enn lovutkastets regel. Et eksempel kan være at det tidligere leddet ikke opptrer i næringsvirksomhet. Et annet eksempel er at leverandøren har et mangelskrav mot et tidligere omsetningsledd som av en eller annen grunn går lenger enn forbrukerens rett etter loven overfor leverandøren, se Ot.prp. nr. 80 s. 137. For de tilfellene hvor forbrukeren får en bedre rett etter kjøpslovens system for direktekrav, foreslår departementet at forbrukeren kan påberope seg subrogasjonsregelen der så langt denne passer, jf. lovutkastet § 26 tredje ledd. En slik bestemmelse finnes også i forbrukerkjøpsloven § 35 femte ledd, og det vises til den lovtekniske begrunnelsen i Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) side 154. Departementet tar gjerne imot høringsinstansenes syn på om kjøpslovens direktekravsregel er egnet for tilsvarende anvendelse i de tilfellene som reguleres av digitalytelsesloven.

Departementet foreslår videre at det tidligere leddet ikke skal ha motregningsrett mot forbrukerens direktekrav, jf. lovutkastet § 26 fjerde ledd. Også dette samsvarer med forbrukerkjøpslovens regler, jf. forbrukerkjøpsloven § 35 sjette ledd og Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) side 154 og 190. Formuleringen i forbrukerkjøpsloven § 35 sjette ledd er at et tidligere salgsledd ikke kan motregne overfor forbrukeren «med krav mot selgeren». På grunnlag av denne formuleringen har det vært reist spørsmål om hvorvidt bestemmelsen åpner for motregning overfor forbrukeren med krav mot andre avtaleledd enn selgeren, se Lilleholt: Kontraktsrett og obligasjonsrett (2017) side 182–183. Verneformålet bak motregningsbegrensningen tilsier imidlertid at det ikke bør være avgjørende hvem det tidligere leddet har et motkrav mot, se Lilleholt samme sted. For å unngå tvil på dette punktet er det presisert i lovutkastet at tidligere ledd i avtalekjeden ikke kan motregne overfor forbrukeren med «krav mot leverandøren eller et annet ledd i avtalekjeden».

Departementet har ellers vurdert om uttrykket «tidligere omsetningsledd» i lovforslaget bør endres for å tydeligere forbrukerens rettigheter i de tilfellene hvor leverandøren *etter* avtaleinngåelse med forbrukeren benytter seg av tjenesteytere, for eksempel eksterne IT-konsulenter i en avhjelpssituasjon. Departementet ber særskilt om høringsinstansenes syn på dette spørsmålet.

## **14 Melding om krav og forholdet til reklamasjon**

### **14.1 Innledning og gjeldende rett**

I kontraktslovgivningen er det vanlig med bestemmelser om at en part må reklamere innen en viss tid for å beholde sin rettsstilling. Reklamasjon vil i grove trekk si at en avtalepart påberoper seg et kontraktsbrudd overfor den andre parten (nøytral reklamasjon), eventuelt i kombinasjon med en spesifisert reklamasjon av hvilke misligholdsbeføyelser som gjøres gjeldende. Bakgrunnen for krav om

reklamasjon er blant annet hensynet til den andre partens innrettelse og at bevissituasjonen kan bli vanskelig hvis det åpnes for tvister om kontraktsbrudd etter lang tid. Virkningen av at man ikke reklamerer i tide, er at retten til å fremme krav på grunnlag av kontraktsbruddet tapes. Dette gjelder imidlertid ikke dersom selgeren har opptrådt grovt uaktsomt eller for øvrig i strid med redelighet og god tro, jf. for eksempel forbrukerkjøpsloven § 27 fjerde ledd andre punktum.

Det er vanlig å skille mellom relative og absolutte reklamasjonsfrister. En relativ reklamasjonsfrist innebærer for mangler at realkreditor (forbrukeren) må reklamere *innen rimelig tid* etter at han eller hun oppdaget eller burde ha oppdaget mangelen, jf. for eksempel forbrukerkjøpsloven § 27 første ledd første punktum. Det er lagt til grunn at krav om nøytral reklamasjon innen rimelig tid for mangler kan anses som en alminnelig kontraktsrettslig regel, jf. for eksempel Monsen: «Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser», Jussens Venner 2010 side 147–203 på side 190. Absolutte reklamasjonsfrister vil si at realkreditor må reklamere innen en lengre og mer konkret angitt frist, som gjerne løper fra overtakelses- eller leveringstidspunktet. Etter forbrukerkjøpsloven § 27 andre ledd er den absolutte reklamasjonsfristen i utgangspunktet to år fra da kjøperen overtok tingen, men fem år dersom tingen eller deler av den er ment å vare vesentlig lenger. Det gjelder gjennomgående unntak for tilfeller der realdebitor ved garanti eller annen avtale har påtatt seg ansvar for mangler i lengre tid. For de absolutte reklamasjonsfristenes del har det vært sagt at disse utgjør «positivrettslig regulering, som det i hvert fall normalt vil være en lovgiveroppgave å oppstille», jf. Rt. 2013 s. 865 avsnitt 38. Poenget synes da å være at det generelt ikke gjelder absolutte reklamasjonsfrister på ulovfestet grunnlag, altså uten holdepunkter i avtalen eller lovgivningen.

Etter dette er gjeldende rett for levering av digitale ytelser antakelig at forbrukeren må reklamere innen rimelig tid fra da han eller hun oppdaget mangelen, men at det ikke gjelder noen absolutte reklamasjonsfrister. Det kan for øvrig spørres om det er grunnlag for å anvende forbrukerkjøpsloven § 27 første ledd andre punktum analogisk her, slik at den relative fristen i praksis aldri kan være kortere enn to måneder fra det tidspunktet da forbrukeren oppdaget mangelen.

Synspunktene over gjelder for mangelssituasjonen. Ved forsinkelse er rettsstilstanden for reklamasjonsspørsmålet mer fragmentert. I kontraktslovgivningen er det bare håndverkertjenesteloven § 12 og avhendingslova § 4-19 som i forsinkelsestilfellene krever nøytral reklamasjon innen rimelig tid. I noen lover stilles det imidlertid krav om spesifisert reklamasjon for å gjøre gjeldende enkelte beføyelser, for eksempel for heving etter forbrukerkjøpsloven § 23 tredje ledd. Det er antatt at det ikke kan oppstilles noe generelt kontraktsrettslig prinsipp om verken nøytral eller spesifisert reklamasjon ved forsinkelse i forbrukerforhold, jf. Monsen side 190–192. I likhet med det som er sagt foran om mangler, kan det nok heller ikke oppstilles absolutte reklamasjonsfrister på ulovfestet grunnlag i forsinkelsestilfellene.

Ved levering av digitale ytelser vil det dermed etter gjeldende rett antakelig ikke være noen reklamasjonsplikt ved forsinkelse med mindre dette har grunnlag i avtalen eller eventuelt i en analogi fra forbrukerkjøpsloven § 23 tredje ledd eller tilsvarende bestemmelser.

I tillegg til reklamasjonsfrister løper det foreldelsesfrister etter foreldelsesloven som kan føre til at en avtalepart taper sitt krav. Det er vanlig å opplyse om dette i

reklamasjonsbestemmelser i kontraktslovgivningen, særlig der lovene retter seg mot forbrukere, jf. for eksempel forbrukerkjøpsloven § 27 fjerde ledd tredje punktum. Etter omstendighetene kan forbrukeren også tape sitt misligholdskrav etter alminnelige passivitetsregler, se blant annet Hagstrøm: Obligasjonsrett (2. utgave (2011) side 804. De nærmere vilkårene for slikt rettstap er usikre, men det har vært antatt at passiviteten må ha vært klanderverdig, og at den må ha gitt debitor berettigede forventninger om at kreditor ikke vil gjøre kravet gjeldende, se Hagstrøm side 804 og Monsen side 188.

## 14.2 Direktivet

Direktivet har bestemmelser som berører reklamasjon i artikkel 11. Artikkel 11 nr. 2 andre og tredje ledd og nr. 3 andre ledd foreskriver ikke selv reklamasjonsregler, men de setter begrensninger for hvilke reklamasjonsfrister medlemsstatene kan innføre. I nr. 2 andre ledd er det fastsatt at for tilfeller hvor avtalen gjelder én enkelt levering eller flere enkeltstående leveringer, kan medlemsstatene ikke ha regler om en ansvarsperiode på mindre enn to år. Ordningen med en ansvarsperiode er fremmed for norsk kontraktsrett, men det siktes antakelig til regler om at leverandøren kun er *ansvarlig* for mangler som oppstår innenfor en bestemt tidsperiode regnet fra leveringen. Dette synes å være noe annet enn reklamasjonsfrister, som reguleres av nr. 2 tredje ledd.

Etter norsk rett vil leverandøren isolert sett hefte for alle avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse som utgjør mangler, og i mangelsbegrepet inngår det til dels en skjønsmessig vurdering av hvor lenge ytelsen er forventet å vare. Det er imidlertid ikke tradisjon for firkantede regler om en egen ansvarsperiode. I direktivet artikkel 11 nr. 2 tredje ledd er det fastsatt at hvis medlemsstatene har lovgivning om at mangelsbeføyelsene utelukkende er underlagt en reklamasjonsfrist (slik som i Norge), må reklamasjonsreglene tillate forbrukeren å gjøre mangelsbeføyelser gjeldende for mangler som viser seg innenfor den nevnte ansvarsperioden på to år. Dette må kanskje forstås slik at medlemsstatene heller ikke kan ha regler om krav til reklamasjon innen rimelig tid – relative reklamasjonsfrister – i de to første årene etter levering. Det er mulig å forstå bestemmelsen på andre måter også, for eksempel slik at relative reklamasjonsfrister kan opprettholdes så lenge de ikke effektivt hindrer forbrukeren i å fremme krav. Alternativt kan man se det slik at det med «reklamationsfrist» (i den danske versjonen) bare siktes til foreldelsesregler og eventuelt absolutte reklamasjonsfrister. At den engelske språkversjonen betegner de aktuelle reglene som «limitation periods», og at den svenske versjonen benytter «preskriptionsfrist», kunne kanskje tale for et slikt syn. Fortalen gir imidlertid ingen holdepunkter for de sistnevnte tolkningene, og at det uttrykkelig åpnes for relative reklamasjonsfrister i det nye forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 12, kan tale imot å innfortolke en tilsvarende åpning i digitalytelsesdirektivet.

En tilsvarende regulering følger av direktivet artikkel 11 nr. 3 andre ledd for avtaler om løpende levering over en periode. Etter nr. 3 første ledd skal leverandøren som nevnt være ansvarlig for mangler som oppstår eller viser seg i hele avtaleperioden i tilfeller av løpende levering. Andre ledd viser tilbake til dette og fastsetter at nasjonale reklamasjonsfrister må tillate forbrukeren å gjøre gjeldende beføyelser for mangler som oppstår eller viser seg i hele avtaleperioden. Synspunktene over gjelder tilsvarende: Det kan spørres om bestemmelsen står i veien for relative reklamasjonsfrister for mangler som viser seg innenfor

avtaleperioden. Når det gjelder absolutte reklamasjonsfrister, er det uklart hvordan slike eventuelt vil fungere ved løpende levering, i og med at starttidspunktet for slike frister gjerne knytter seg til et enkelt tidspunkt, nemlig overtakelsen eller leveringen. I disse tilfellene ville vel derimot fristutgangspunktet måtte forskyve seg kontinuerlig og i praksis bli sammenfallende med når mangelen oppsto, noe som i norsk rett har vært kjennetegnet ved *foreldelsesfrister*.

Oppsummert knytter det seg betydelig tvil til hvordan direktivet artikkel 11 skal forstås og hvilke begrensninger den medfører for nasjonale reklamasjonsregler. Fortalen avsnitt 58 bidrar i liten grad til å kaste lys over tolkningsspørsmålene. Der står det bare at medlemsstatene fritt kan gi regler om «nationale foreldelsesfrister», og at direktivet ikke harmoniserer starttidspunktet for slike frister, men at fristene må tillate forbrukerne å utøve sine rettigheter for mangler som oppstår i de ovennevnte periodene.

### **14.3 Departementets forslag**

Tvilen om hvordan direktivet artikkel 11 nr. 2 og 3 skal forstås, gjør det vanskelig å utforme vanlige reklamasjonsregler i utkastet til en digitalytelseslov. Målet må etter departementets syn i stedet være å finne tilpassede løsninger som minimerer risikoen for direktivstrid, men som samtidig gir praktisk gode løsninger som ivaretar hensynene bak reklamasjonsreglene.

Et første spørsmål er om det bør være relative reklamasjonsfrister ved levering av digitale ytelser. Som nevnt er en mulig tolkning av direktivet artikkel 11 at medlemsstatene ikke kan ha relative reklamasjonsfrister innenfor de første to årene etter leveringstidspunktet for avtaler om enkeltstående leveringer. For løpende ytelser kan direktivet forstås slik at man ikke kan ha relative reklamasjonsfrister for mangler som oppstår eller viser seg i løpet av avtaleperioden. Det er i og for seg mulig å utforme relative reklamasjonsfrister som går klar av de begrensningene direktivet måtte medføre, for eksempel ved å fastsette at for mangler som viser seg etter at det har gått to år fra leveringen, må forbrukeren reklamere innen rimelig tid. Dette fremstår imidlertid som en noe fremmed og komplisert regulering, og man ville da uansett nærme seg utløpet av den alminnelige foreldelsesfristen slik at leverandørens nytte av en relativ reklamasjonsfrist kanskje blir begrenset.

Hvis direktivet åpner for det, kunne et alternativ være en generelt krav om at forbrukeren må reklamere innen rimelig tid for å kunne gjøre krav gjeldene. Et argument for en slik regel kan være at det for løpende ytelser vil kunne akkumulere seg større tap på leverandørens hånd jo lenger kontraktsbruddet består, samt at det vil kunne fremstå som dels illojalt av forbrukeren å ikke melde fra om sitt krav. Forbrukeren kan bli mer bevisst sin lojalitetsplikt gjennom en relativ reklamasjonsplikt. Ut fra et slikt synspunkt vil det ikke nødvendigvis være til ulempe for forbrukeren om det ble lovfestet en relativ reklamasjonsfrist. Departementet ber høringsinstansene om særskilt å vurdere denne problemstillingen.

På bakgrunn av ordlyden i direktivet antar departementet foreløpig at det ikke bør inntas relative reklamasjonsfrist i digitalytelsesloven. Se likevel omtalen nedenfor av forslaget som trer i stedet for slike regler.

Et annet spørsmål er om det vil gi mening å foreslå absolutte reklamasjonsfrister i lys av direktivets regulering. Direktivet artikkel 11 nr. 2 tredje ledd jf. andre ledd må forstås slik at det i alle fall ikke kan gis kortere absolutte reklamasjonsfrister enn to år fra leveringingen. Å ha kortere frister ville uansett ikke ha vært særlig aktuelt, og departementet antar at digitale ytelser jevnt over har en slik varighet at en femårsfrist ville ha vært riktig, se forbrukerkjøpsloven § 27 andre ledd andre punktum. Som nevnt er det imidlertid uklart hvordan absolutte reklamasjonsfrister skulle ha fungert ved løpende levering, ettersom absolutte reklamasjonsfrister tradisjonelt har knyttet seg til et bestemt leveringstidspunkt. Når ytelsen leveres kontinuerlig, må enten fristutgangspunktet stadig forskyves – og da er noe av poenget kanskje borte – eller så må fristutgangspunktet være tidspunktet når mangelen oppstår. Med den sistnevnte innfallsvinkelen er imidlertid likheten med foreldelsesreglene så stor at det er vanskelig å se behovet for en absolutt reklamasjonsfrist i tillegg. Man kunne også ha tenkt seg en absolutt reklamasjonsfrist med starttidspunkt ved *første* levering, men det ville nok ikke være forenlig med direktivet artikkel 11 nr. 3 andre ledd.

Konsekvensen av det ovennevnte blir at absolutte reklamasjonsfrister ikke synes å passe så godt for avtaler med løpende levering over en periode. Dette er nok den praktisk viktigste typen av digitale ytelser, siden den omfatter alt fra strømming av serier mv. til sosiale medier og programvare som er ment å oppdateres regelmessig (slik som virusprogrammer og onlinespill). Det er mulig å ha absolutte reklamasjonsfrister bare for enkeltstående leveringer. Dette vil imidlertid gjøre regelverket mer komplisert, herunder ved å forutsette en grensedragnings mellom enkeltstående og løpende levering med viktige materielle konsekvenser. Riktignok skilles det også ellers i direktivet og lovutkastet mellom de to leveringstypene, for eksempel ved spørsmålet om når ytelsen skal være i overensstemmelse, og for bevisbyrdespørsmål. Men i disse tilfellene har grensedragnings i større grad en praktisk og «selvfølgelig» systemiseringsfunksjon: Det ligger ofte i sakens natur at den ene eller den andre regelen må gjelde for de respektive kategoriene. Dette er nok annerledes for absolutte reklamasjonsfrister.

Hensynet til å unngå et innviklet regelverk i en praktisk viktig forbrukerlov synes altså å tale for ikke å ha absolutte reklamasjonsfrister. Samtidig kommer hensynene bak de absolutte reklamasjonsfristene kanskje inn med mindre styrke enn ellers. På den ene siden vil mangler ved enkeltstående leveringer av digitale ytelser ofte være av en slik art at de hefter ved alle kopier som leveres. Leverandøren vil ofte bli oppmerksom på slike mangler før eller siden uavhengig av den aktuelle forbrukerens reklamasjon, slik at innrettelseshensynet da ikke gjør seg gjeldende på samme måte som ved løsekjøp. Videre vil det – hvis det først kan påvises en mangel – oftere enn for løsere være kurant å fastlegge årsaken til mangelen: Bortsett fra for fysiske bærere utsettes ikke digitale ytelser for fysisk slitasje mv. som kan gjøre årsaken til en funksjonssvikt uklar. Dermed får heller ikke bevisbyrdes hensynet den samme vekten som ellers.

Forbrukeren må uansett forholde seg til foreldelsesregler og avbryte foreldelse i tide for ikke å lide rettstap. Hvis man ikke har relative reklamasjonsfrister, slik departementet foreslår, kan absolutte reklamasjonsfrister til en viss grad gi en falsk trygghet opp mot foreldelsesreglene og virke som en «felle». Uten relative reklamasjonsfrister har ikke forbrukeren det samme presset på å få i gang en prosess som kan avklare om det blir nødvendig å ta rettslige skritt mv. mot leverandøren. Som nevnt ville eventuelle absolutte frister for digitale ytelser ofte

måtte bli fem år, og da vil den alminnelige foreldelsesfristen på tre år (jf. foreldelsesloven § 2) kunne være utløpt lenge før den absolutte reklamasjonsfristen. Dette hensynet nøytraliseres likevel et stykke på vei av at man også her kunne ha hatt pedagogiske henvisninger til foreldelsesregelverket, slik forslaget i lovutkastet legger opp til.

I Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) på side 81 ble det anbefalt ikke å ha absolutte reklamasjonsfrister i forbrukerforhold, blant annet ved forbrukerkjøp (hvor ordningen passer bedre). Stortingsflertallet ønsket den gangen imidlertid ikke særregler for forbrukerforhold. Når departementet i senere forbrukerkontrakslovforslag har gått inn for å videreføre kjøpslovens absolutte reklamasjonsfrist, har dette for en stor del skyldtes hensynet til konsekvens og å bevare innarbeidede ordninger i kontrakslovgivningen, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) side 111 flg. For digitale ytelser har man imidlertid å gjøre med en særegen kontraktstype, hvor reglene som nevnt uansett må være annerledes på noen punkter. Samtidig har hensynene som begrunner en absolutt reklamasjonsfrist, antakelig ikke like stor vekt som ellers.

Etter dette vurderer departementet det foreløpig samlet sett som best å heller ikke ha absolutte reklamasjonsfrister i digitalytelsesloven. Siden det ikke gjelder absolutte reklamasjonsfrister på ulovfestet grunnlag, vil en slik løsning være en videreføring av gjeldende bakgrunnsrett. Den eneste endringen med løsningen vil eventuelt være at man ikke kan avtale seg bort fra lovens regler til forbrukerens ugunst, altså at man ikke lenger vil kunne avtale absolutte reklamasjonsfrister.

Før det alternative forslaget i lovutkastet beskrives, er det grunn til å si noe kort om forholdet til foreldelseslovens regler. Også foreldelse omfattes i prinsippet av ordlyden i direktivet artikkel 11 hvis man bygger på den engelske og den svenske språkversjonen. Departementet antar imidlertid at foreldelse kommer i en noe annen stilling holdt opp mot direktivet enn etablerte reklamasjonsregler. Allerede med den alminnelige foreldelsesfristen på tre år fra misligholdet, jf. foreldelsesloven § 2 jf. § 3 nr. 2, vil man være et stykke utenfor toårsperioden som beskrives i direktivet når det gjelder enkeltstående leveringer. Og ved løpende levering vil det vel ofte ikke være tale om skjulte mangler som forelå ved leveringen slik at foreldelsesfristen begynner å løpe da, men derimot om nye mislighold der fristen begynner å løpe ved misligholdet, slik at foreldelsesfristen blir tilsvarende forlenget. I begge tilfeller kan man få en tilleggsfrist på ett år fra da man burde ha blitt kjent med mangelen og grunnlaget for å gjøre gjeldende krav, jf. foreldelsesloven § 10 nr. 1. Tilleggsfristen på ett år er betydelig lengre enn det reklamasjon innen rimelig tid vil være i normaltillfellene (ofte ikke mer enn to måneder). Departementet har derfor vanskelig for å se at foreldelseslovens regler sett under ett ikke er forenlige med direktivet artikkel 11.

Sammenfattet er departementets foreløpige vurdering at det ikke er hensiktsmessig med verken relative eller absolutte reklamasjonsfrister i digitalytelsesloven, men at det ikke er nødvendig å gjøre endringer i foreldelsesloven. For å ivareta hensynet til begge parter og stimulere til et effektivt mangelsoppgjør har departementet imidlertid utformet to «meldingsbestemmelser» for henholdsvis forsinkelsessituasjonen og mangelsituasjonen, se lovutkastet § 18 og § 27. Bestemmelsene sier for det første at forbrukeren må gi leverandøren melding om krav som følge av en forsinkelse eller en mangel. Gjennom dette sies det ikke noe mer enn det nærmest selvfølgelige: at forbrukeren må si fra om kontraksbruddet

hvis noe skal skje. Det er ikke knyttet virkninger til brudd på meldingsplikten i seg selv. Den klare ordlyden i bestemmelsenes første punktum antas likevel isolert sett å gi forbrukeren en oppfordring til å si fra forholdsvis raskt til leverandøren. I tillegg er det i bestemmelsenes annet punktum uttrykt at forbrukeren kan tape sitt krav etter alminnelige regler om passivitet hvis forbrukeren venter så lenge med å gi melding at det ville virke illojalt overfor leverandøren å gjøre gjeldende krav. Det fremgår også at retten til å gjøre gjeldende krav kan tapes etter foreldelseslovens regler om foreldelse. Departementet antar at en henvisning til alminnelige regler om rettstap gjennom passivitet kan aksepteres etter direktivet artikkel 3 nr. 10 og henvisningen der til «aspekter af generel aftaleret». Formuleringen «illojalt» er brukt for å gjøre det enklere for forbrukeren å forstå vilkårene enn hvis det hadde vært benyttet mer tekniske juridiske uttrykk. Det antas også at formuleringen er vid nok til å fange opp essensen i den ulovfestede regelen om bortfall av krav på grunnlag av passivitet; vilkårene bør *i alle fall* være oppfylt hvis forbrukerens opptreden må karakteriseres som illojal.

Departementet ber særskilt om høringsinstansenes syn på om den beskrevne regelen kan være en akseptabel løsning på de særskilte utfordringene med reklamasjon som oppstår med direktivet og de digitale ytelsenes egenart.

Avslutningsvis viser departementet til at det er foreslått en særskilt reklamasjonsbestemmelse for direktekrav, jf. lovutkastet § 26 andre ledd andre punktum. Bestemmelsen er tatt inn som en konsekvens av at departementet ikke går inn for generelle reklamasjonsbestemmelser i lovutkastet, se høringsnotatet punkt 13.8 over. Det er dessuten inntatt en slags reklamasjonsbestemmelse i lovutkastet § 42 tredje ledd for heving ved endringer til forbrukerens ugunst.

## 15 Forbrukerens plikter

I lovutkastet kapittel 16 er det inntatt bestemmelser som ikke har noe motsvar i direktivet. Det dreier seg om en regulering av sentrale plikter for forbrukeren, slik som hvilken pris forbrukeren skal betale, når betalingsplikten inntreffer, og i hvilken utstrekning forbrukeren må medvirke til å oppfylle avtalen. I all hovedsak svarer bestemmelsene til forbrukerkjøpsloven kapittel 7, som trolig uansett ville ha blitt anvendt (analogisk) på digitale ytelser i mangel på annen lovregulering. Siden direktivet ikke sier noe om slike sentrale plikter for forbrukeren, antar departementet at medlemsstatene står fritt til å gi regler om dem, jf. direktivet artikkel 4. Kanskje kan man se det slik at disse spørsmålene faller inn under unntaket for «aspekter af generel aftaleret» i direktivet artikkel 3 nr. 10.

Lovutkastet § 28 inneholder en regulering av prisen for ytelsen. Bestemmelsen sier at hvis partene ikke har avtalt noe (i vid forstand) om pris, skal forbrukeren betale gjengs pris så lenge prisen ikke er urimelig. I mangel av en slik gjengs pris må forbrukeren betale det som er rimelig under hensyn til ytelsens art og kvalitet og forholdene ellers. Reguleringen svarer fullt ut til forbrukerkjøpsloven § 37 første ledd.

Det er ikke tatt med noen bestemmelse som svarer til forbrukerkjøpsloven § 37 andre ledd om fastsettelse av kjøpesummen etter tall, mål eller vekt, siden denne må anses som upraktisk for digitale ytelser. I stedet har departementet utformet en bestemmelse i andre ledd om endring av prisen i avtaler om løpende levering over en periode. Bestemmelsen må antas å være særlig aktuell for digitale ytelser, for eksempel tjenester for strømming av musikk og TV-serier. For denne typen



avtaleforhold er det fastsatt at leverandøren kan endre prisen hvis en slik rett er avtalt og forbrukerens rettigheter etter bestemmelsen fremgår av avtalen. Bakgrunnen for denne retten er at leverandøren i slike langvarige avtaleforhold ofte vil ha et legitimt behov for å oppjustere prisen etter hvert som markedsforholdene og økonomien endrer seg og ytelsen utvikles (eventuelt ved at leverandøren tilfører nytt innhold). Slike bestemmelser er heller ikke uvanlige i eksisterende kontraktslovgivning om langvarige avtaleforhold, jf. for eksempel husleieloven §§ 4-2 og 4-3. Samtidig er det et sikker sedvanerett at avtaler skal holdes. Etter gjeldende ulovfestet kontraktsrett kan det ikke oppstilles noen generell adgang til å gjøre ensidige endringer i avtaleforholdet; partene må i utgangspunktet kunne forholde seg til at vilkårene de ble enige om ved avtaleinngåelsen, skal fortsette å gjelde. For å ta høyde for dette og ivareta forbrukerens interesser er det i lovutkastet § 28 andre ledd andre og tredje punktum gjort viktige begrensninger i leverandørens adgang til å endre prisen. En prisendring til forbrukerens ugunst kan bare gjøres gjeldende hvis forbrukeren har fått varsel i rimelig tid om endringen, sammenlign husleieloven § 4-2 bokstav c. Og hvis prisendringen er høyere enn endringen i konsumprisindeksen skulle tilsi, kan forbrukeren kostnadsfritt si opp avtalen med virkning fra tidspunktet når endringen trer i kraft, sammenlign husleieloven § 4-2 bokstav a (husleieloven regulerer naturlig nok disse spørsmålene på en annen måte). Ved utformingen av disse bestemmelsene har departementet blant annet sett hen til Forbrukertilsynets veiledning om avtalevilkår for digitale tjenester side 6. Bestemmelsene synes i grove trekk å gjenspeile avtalepraksis hos seriøse leverandører av løpende digitale tjenester. For øvrig er det i fjerde punktum inntatt en pedagogisk henvisning til den alminnelige oppsigelsesbestemmelsen i lovutkastet § 33, for å presisere at bestemmelsen i § 28 andre ledd ikke innskrenker forbrukerens oppsigelsesrett etter § 33.

I lovutkastet § 28 tredje ledd er det inntatt en bestemmelse som svarer fullt ut til forbrukerkjøpsloven § 37 tredje ledd om gebyr for utstedelse og sending av regning. Bestemmelsen er neppe særlig praktisk for levering av digitale ytelser i lys av moderne betalingsformer, men departementet antar likevel at bestemmelsen fortsatt kan ha en viss vernefunksjon.

Lovutkastet § 29 inneholder en bestemmelse om tidspunktet for betaling. Bestemmelsen svarer fullt ut til forbrukerkjøpsloven § 38, med unntak av dennes fjerde ledd om forbrukerens rett til å undersøke tingen før betaling, som antas å være upraktisk ved levering av digitale ytelser. I lovutkastet § 29 første ledd uttrykkes det at hvis ikke betalingstiden følger av avtalen, skal forbrukeren betale når leverandøren krever det. I andre ledd er en side av prinsippet om ytelse mot ytelse uttrykt: Hvis ikke noe annet er avtalt, har forbrukeren ikke plikt til å betale vederlaget uten at ytelsen blir overlevert eller stilt til hans eller hennes rådighet i samsvar med avtalen og loven. Videre er det i tredje ledd fastsatt at forbrukeren ikke er bundet av en forhåndsavtale om plikt til å betale på et bestemt tidspunkt uavhengig av om leverandøren oppfyller til rett tid. Bestemmelsene gjelder forbrukerens *plikter etter avtalen* og er selvfølgelig ikke til hinder for å benytte avvikende oppgjørsformer rent faktisk. I praksis vil avtaleinngåelsen og oppgjøret ved kjøp av digitale ytelser gjerne skje samtidig ved at forbrukeren yter sitt vederlag over Internett først, typisk gjennom et betalingskort eller et «kontantkort» med en engangskode. Forbrukeren får så tilgang til ytelsen umiddelbart etter at betalingen er godkjent. Departementet nevner for ordens skyld at

forskuddsbetaling er en utbredt oppgjørsform også ved kjøp av ting på nett, som altså reguleres av forbrukerkjøpsloven § 38. Det bes imidlertid særskilt om høringsinstansenes syn på om ordlyden i lovutkastet § 29 bør si noe særskilt om moderne oppgjørsformer.

Lovutkastet § 30 svarer til forbrukerkjøpsloven § 40 og fastsetter at forbrukeren skal yte slik medvirkning som det er rimelig å vente av ham eller henne for at leverandøren skal kunne oppfylle avtalen. Departementet har ikke sett det som naturlig å ta med presiseringen i forbrukerkjøpsloven § 40 bokstav b om at forbrukeren skal overta tingene ved å hente eller motta den. Hvis dette skulle komme på spissen for digitale ytelser som leveres på fysiske bærere, vil regelen uansett følge av den generelle medvirkningsplikten i lys av partenes avtale.

Departementet har for øvrig ikke tatt med noen bestemmelse som svarer til forbrukerkjøpsloven § 39 om stedet for betaling. Som nevnt vil det ved levering av digitale ytelser ofte være tale om betaling på Internett. Spørsmålet her har dessuten en side til spørsmålet om forbrukerens rett til å betale med kontanter, og det vises i denne sammenheng til punkt 5 i Prop. 92 LS (2019-2020) med forslag til ny finansavtalelov.

## **16 Avbestilling og oppsigelse**

### **16.1 Innledning**

Lovutkastet kapittel 7 er i utgangspunktet utformet etter mønster av forbrukerkjøpsloven kapittel 8 med overskriften «Avbestilling og retur». Departementet har imidlertid tilføyd en bestemmelse om det beslektede spørsmålet oppsigelse, som antas å være særlig praktisk ved levering av digitale ytelser (som ofte leveres løpende over en periode). En bestemmelse som tilsvarer forbrukerkjøpsloven § 42 om retur etter levering, er foreløpig tatt med, men må anses som underordnet i denne sammenhengen, noe som reflekteres i den endrede kapitteloverskriften «Avbestilling og oppsigelse».

Direktivet har ikke bestemmelser om spørsmålene som er foreslått regulert i lovutkastet kapittel 7. Departementet antar at spørsmålene – som gjelder forskjellige former for opphør av avtaleforhold – faller inn under direktivets unntak for «aspekter af generel aftaleret», jf. artikkel 3 nr. 10. Medlemsstatene står da i utgangspunktet fritt til å gi lovbestemmelser om spørsmålene.

Innledningsvis skal det sies noe generelt om forholdet mellom avbestilling, oppsigelse og angrerett (som også kommer inn her). Disse rettslige begrepene har til felles at de innebærer at en part helt eller delvis løser seg fra avtalens forpliktelser ved å frasi seg retten til motpartens ytelse. Avbestilling er aktuelt der motparten skal levere engangsytelser, mens oppsigelse bare er relevant der ytelsene leveres løpende. Bruk av angreretten kan etter omstendighetene være aktuelt i begge tilfeller. Avbestilling, oppsigelse og angrerett kan ses om unntak fra den nevnte grunnprinsippet om at avtaler skal holdes. Det ligger forskjellige hensyn til grunn for de ulike opphørstypene, og det er forskjeller i vilkårene som må ses i sammenheng med kontraktssituasjonenes egenart.

## 16.2 Avbestilling

For avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende oppstilles det i kontraktslovgivningen gjennomgående en avbestillingsrett for forbrukeren, jf. forbrukerkjøpsloven § 41, håndverkertjenesteloven § 39 jf. § 40 og bustadoppføringslova § 52. Hovedvilkårene for avbestillingsretten er at den næringsdrivende ikke har levert, eller har levert bare deler av ytelsen, og at forbrukeren erstatter økonomiske tap som er en følge av avbestillingen. Det er uklart i hvilken grad en tilsvarende avbestillingsrett kan gjøres gjeldende i ulovfestede kontraktsforhold mellom forbrukere og næringsdrivende.

Departementet har i lovutkastet § 31 utformet en bestemmelse som svarer fullt ut til avbestillingsreglene i forbrukerkjøpsloven § 41. Det kan spørres om i hvilken grad det er behov for avbestillingsregler ved levering av digitale ytelser, og om avbestillingsreglene i andre forbrukerkontraktslover enn forbrukerkjøpsloven kunne ha vært bedre egnet som modell. Departementet antar imidlertid at avbestilling ikke er helt upraktisk for avtaler om fysiske bærere av digitalt innhold; her er vel behovet omtrent det samme som etter forbrukerkjøpsloven. Ellers kan det særlig tenkes at en avbestillingsrett kan være praktisk for ytelser som skal utvikles etter forbrukerens spesifikasjoner, jf. lovutkastet § 2 første ledd. Lovutkastet § 41 oppstiller etter dette en avbestillingsrett mot erstatningsplikt (første ledd), den regulerer vilkårene for å benytte avbestillingsgebyr (andre ledd), og den fastsetter at erstatningen skal utmåles etter kapittel 11 hvis det ikke er fastsatt noe avbestillingsgebyr.

Når det gjelder omfanget av erstatningen – hva som menes med «tap som er en følge av avbestillingen» i første ledd – nevner departementet at spørsmålet om erstatning for redusert omsetningsvolum («lost volume seller») særlig kan komme på spissen ved avbestilling av ikke-skreddersydd programvare og lignende digitale ytelser. Her kan det hevdes at leverandøren ikke kan foreta noen egentlig dekningsstransaksjon ved å levere til en annen kunde, siden ytelsen er av en slik art at leverandøren kan levere til nærmest et uendelig antall forbrukere. Med andre ord: At forbrukeren avbestiller, kan hevdes å påføre leverandøren et fortjenestetap i form av redusert omsetningsvolum – et tap som svarer til nettoverdien av kontrakten for leverandøren (den positive kontraktsinteressen). I Rt. 2003 s. 486 (Block Watne) tilkjente flertallet erstatning for redusert omsetningsvolum etter bustadoppføringslova § 52. Departementet tar ikke stilling til resultatet i dommen, men antar at flertallets tilnærming der vil kunne gjøre avbestillingsretten nærmest illusorisk for enkelte digitale ytelser. Samtidig er det ikke gitt at det er en uønsket løsning alle forhold tatt i betraktning. Departementet tar gjerne imot innspill fra høringsinstansene på hva som vil være en rimelig avveining av partenes interesser her; lovteksten tar foreløpig ikke stilling til spørsmålet. Det kan for øvrig være usikkert hvor praktisk spørsmålet er: Det vil ofte ikke være noen tidsforskjell mellom levering og avtaleinngåelsen når det er tale om levering av digitale ytelser, og i en del av tilfellene der forbrukeren angret seg, vil forbrukeren i stedet kunne påberope seg angre retten.

## 16.3 Retur etter levering

Departementet har i lovutkastet § 32 inntatt en bestemmelse som i praksis svarer til forbrukerkjøpsloven § 42. Første ledd fastsetter at etter at digitalt innhold er levert, blir forbrukeren ikke fritatt for å betale vederlaget selv om innholdet og en

eventuell fysisk bærer leveres tilbake til leverandøren. I andre ledd fremgår det at betalingsplikten likevel bortfaller ved heving (bokstav a), hvis vilkårene for angrerett er oppfylt (bokstav b), eller hvis en rett til tilbakelevering følger av avtalen (bokstav c). Den tilsvarende bestemmelsen i forbrukerkjøpsloven har ingen selvstendig betydning: Den er tatt med av opplysningshensyn og sier bare det som følger av prinsippet om at avtaler skal holdes, og av de nevnte grunnlagene for å si seg løst fra avtalen, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) side 84. Det samme er ment å gjelde for bestemmelsen i lovutkastet.

Departementet har foreløpig valgt å begrense bestemmelsen til digitalt *innhold*, siden det vel ikke gir mening å snakke om tilbakelevering av en tjeneste. Ved den uttrykkelige henvisningen til en eventuell fysisk bærer er det markert at bestemmelsen først og fremst vil være praktisk for digitalt innhold som leveres på fysiske medier, jf. lovutkastet § 2 andre ledd. Departementet nevner for øvrig at det kan være usikkert om kjøp på prøve er særlig praktisk ved levering av digitalt innhold, slik at det kan spørres om det er grunn til å beholde bestemmelsen i § 32 andre ledd bokstav c.

Når det gjelder angreretten – som det vises til i lovutkastet § 32 andre bokstav b – nevner departementet at angrerettloven § 22 bokstav n har et særskilt unntak for visse digitale ytelser. Bestemmelser fastsetter at angreretten ikke gjelder for avtaler om «levering av digitalt innhold som ikke leveres på et fysisk medium, dersom leveringen er begynt med forbrukerens uttrykkelige samtykke og forbrukeren erkjenner at angreretten dermed går tapt». Ved direktiv (EU) 2019/2161 er det vedtatt enkelte endringer i forbrukerrettighetsdirektivet (direktiv 2011/83/EU) som gjelder digitalt innhold og digitale tjenester, og som vil kunne påvirke rettighetene etter angrerettloven for slike ytelser, særlig der vederlaget består i at det oppgis personopplysninger.

## 16.4 Oppsigelse

Det antas å følge av alminnelige kontraktsrettslige regler at en løpende avtale kan sies opp hvis det ikke er holdepunkter for noe annet, jf. Rt. 1999 s. 1672 på side 1680. Oppsigelsen må imidlertid skje med rimelig varsel, jf. Hagstrøm: Obligasjonsrett (2. utgave, 2011) side 242. I lovutkastet § 33 har departementet utformet en bestemmelse om oppsigelse i løpende avtaleforhold som tar utgangspunkt i gjeldende alminnelig kontraktsrett. Samtidig er det foreslått en del særregler som er forsøkt tilpasset kontraktstypens egenart. Departementet har blant annet sett hen til Forbrukertilsynets veiledning om avtalevilkår for digitale tjenester side 7–8 og avtalevilkårene til enkelte større leverandører av løpende digitale ytelser.

Lovutkastet § 33 første ledd innleder med å fastslå utgangspunktet om at løpende avtaler om levering av digitale ytelser kan sies opp med rimelig varsel hvis ikke noe annet er avtalt. I andre punktum er det tatt inn en presisering av hva som er rimelig varsel i en praktisk situasjon, nemlig avtaler med månedlig forskuddsbetaling for løpende ytelser. Her innføres det en klar presumsjon for at forbrukeren kan si opp med virkning for neste betalingsperiode helt frem til forfallstidspunktet for denne perioden. Samtidig gjelder det en sikkerhetsventil for tilfeller der en slik oppsigelsesrett ville virke urimelig overfor leverandøren ut fra avtaleforholdets egenart; i så fall må man falle tilbake på hovedregelen som krever et rimelig varsel (rimelig oppsigelsestid).

I andre ledd er det inntatt en bestemmelse om bindingstid. Etter første punktum kan det som hovedregel ikke gyldig avtales at avtalen skal være uoppsigelig i mer enn seks måneder av gangen. Andre punktum fastsetter et unntak for særlige tilfeller, der det kan avtales en bindingstid på inntil tolv måneder. Ifølge tredje punktum kan vilkår om bindingstid bare avtales hvis forbrukeren gis en fordel som står i forhold til bindingstidens lengde. Med det siste siktes det for eksempel til at forbrukeren får en redusert månedspris eller utvidet tilgang til tjenesten som følge av bindingstiden.

Formålet med bestemmelsen om bindingstid er å fremme konkurransen og verne forbrukeren mot å bli avskåret fra å nyttiggjøre seg andre, nye og bedre tilbud i markedet. Bestemmelsen er utformet etter mønster av ekomloven § 2-4 fjerde ledd, som riktignok opererer med dobbelt så lange maksimale bindingstider.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om de foreslåtte maksimale bindingstidene i lovutkastet er treffende. Videre bes det om høringsinstansenes syn på om det er behov for et unntak som nevnt for «særlige tilfeller», og på om vilkåret for å anvende unntaket bør gjøres mindre skjønnsmessig. I forarbeidene til ekomloven uttales det følgende om den aktuelle unntaksbestemmelsen, se Prop.69 L (2012–2013) side 98:

«Unntaksbestemmelsen vil kunne anvendes i de situasjoner hvor det åpenbart vil være i sluttbrukers interesse at bindingstid avtales utover 12 måneder. Eksempler på slike situasjoner kan være sluttbrukers mulighet for leveranse av infrastruktur for tjenester hvor utviklings- og produksjonskostnader medfører at lengre bindingstid er en forutsetning for at et kommersielt tilbud er tilgjengelig. Videre vil sluttbrukers interesse av bindingstid utover 12 måneder kunne være relevant ved inngåelse av kollektivavtaler med borettslag, boligsameier og lignende.»

Når det gjelder hva som menes med bindingstid, vurderer departementet det foreløpig slik at dette bør avgrenses til avtaleforhold der man binder seg på forhånd til å betale regelmessig i bindingstiden og ikke si opp avtalen underveis. Dersom forbrukeren derimot eksempelvis kjøper og betaler for et halvt års abonnement på en tjeneste som man vanligvis betaler for månedlig, gjerne til en redusert totalpris, bør dette antakelig ikke likestilles med bindingstid. Forbrukeren har her måttet forholde seg til avtalens økonomiske realitet allerede ved avtaleinngåelsen, ved at hele vederlaget betales på dette tidspunktet, og beskyttelsesbehovet fremstår da normalt som mindre.

I lovutkastet § 33 tredje ledd er det fastsatt at for avtaler om løpende levering der vederlaget utelukkende er at forbrukeren oppgir personopplysninger, kan avtalen sies opp av forbrukeren med umiddelbar virkning med mindre noe annet er uttrykkelig akseptert og særlig begrunnet i avtalens art. Hensynet er at forbrukeren her oppgir personopplysninger og i utgangspunktet ikke bør tvinges til å fortsette med dette. Det ville neppe uansett være praktisk å skulle gjennomtvinge slike avtaler, siden det interessante for leverandøren – personopplysningene – gjerne genereres gjennom forbrukerens fortsatte bruk av tjenesten. Forbrukeren står selvfølgelig fritt til å slutte å bruke tjenesten, men det kan være en fordel at det også er mulig å få formalisert en oppsigelse i denne typen avtaleforhold. Selv om det med en så vid oppsigelsesrett blir begrenset bruk for hevingsbeføyelsen i disse typetilfellene, jf. lovutkastet § 24, vil hevingsretten fremdeles kunne ha selvstendig betydning for unntakstilfellene der det ikke gjelder en fri oppsigelsesadgang. Departementets foreløpige vurdering er at den vide oppsigelsesretten her ikke skaper problemer opp mot direktivets bestemmelser om

vilkårene for heving. Det kan imidlertid bli nødvendig å vurdere utformingen av forslaget i lys av utfallet av det nevnte direktivforslaget COM (2018) 185 om angreirett.

Etter lovutkastet § 33 fjerde ledd kan forbrukeren si opp avtalen med det kommunikasjonsmiddelet som ble brukt til å inngå avtalen. Forbrukeren kan også si opp avtalen med et annet passende kommunikasjonsmiddel som leverandøren benytter ellers i sin virksomhet. Formålet med en slik bestemmelse er å ramme avtalevilkår som *i praksis* innskrenker forbrukerens oppsigelsesrett gjennom å kreve at forbrukeren sier opp avtalen med et bestemt (og gjerne uvanlig) kommunikasjonsmiddel. Når leverandøren ellers benytter seg av e-post, telefon, nettside og lignende i sin virksomhet, bør forbrukeren i utgangspunktet også kunne si opp gjennom disse kanalene. Bestemmelsen inneholder likevel en viss fleksibilitet gjennom forutsetningen om at kommunikasjonsmiddelet må være «passende». Leverandøren kan ha et legitimt behov for ikke å ta imot kundeforholdelser på alle kommunikasjonsplattformer som benyttes i virksomheten. Slik sett kan det være forsvarlig om leverandøren ønsker å begrense seg til å ta imot kundeforholdelser på for eksempel e-post fremfor å ha en bemannet telefon til enhver tid eller å åpne for direkte meldinger på nettsiden sin. Bestemmelsen i første punktum om at forbrukeren kan benytte samme kommunikasjonsmiddel som ved avtaleinngåelsen, bør være tilstrekkelig til å ivareta hensynet til forbrukere med spesielle behov her. For øvrig kan det være et spørsmål om det bør inntas et krav om at det skal være enkelt for forbrukeren å finne frem til hvordan man sier opp avtalen.

I lovutkastet § 33 femte ledd er det inntatt en særregel som gir forbrukeren et visst vern mot å bli fakturert for tjenester som forbrukeren ikke bruker lenger. Ved levering av løpende digitale tjenester er det en utbredt praksis for å avtale månedlig forskuddsbetaling med automatisk trekk fra forbrukerens bankkonto. Dette må i utgangspunktet anses som en fordelaktig ordning for begge parter som normalt ikke skaper problemer. Hvis forbrukeren har sluttet å bruke en løpende tjeneste og glemmer å si opp, kan det nok være ugunstig for forbrukeren at trekkene fortsetter, men dette er noe forbrukeren generelt sett må ha risikoen for. Er det derimot ikke lenger dekning på kontoen, eller er betalingskortet utløpt, oppstår det etter departementets syn et potensielt vernebehov for forbrukeren. Her kan det i prinsippet tenkes at en mer useriøs leverandør vil fortsette å gi forbrukeren tilgang til ytelsen og samtidig akkumulere et større vederlagskrav mot forbrukeren. Isolert sett har leverandøren lite å tape på dette, siden kostnaden ved å levere en digital ytelse til én ekstra forbruker som regel er ubetydelig. For å forhindre en eventuell slik praksis foreslås det at avtalen skal anses som oppsagt hvis det på forfallsdagen ikke er dekning på kontoen og forbrukeren ikke retter forholdet etter oppfordring fra leverandøren. Det samme gjelder hvis betalingskortet som forbrukeren har registrert, ikke lenger er gyldig. En slik regel synes allerede å praktiseres av flere store leverandører av strømmetjenester. Bestemmelsen gjelder naturlig nok bare hvis det ikke er avtalt noen bindingstid.

Oppsigelsesbestemmelsen i lovutkastet § 33 er ikke nødvendigvis uttømmende, og det kan i prinsippet tenkes at vilkår om oppsigelse kan tilsidesettes på annet grunnlag, jf. særlig avtaleloven § 36. Departementet har vurdert om det bør gis en pedagogisk henvisning i lovteksten som presiserer dette, men har foreløpig ikke funnet grunn til det. Departementet tar imidlertid gjerne imot innspill fra høringsinstansene om behovet for en slik presisering.

## 17 Leverandørens krav ved forbrukerens kontraktsbrudd

### 17.1 Innledning

I lovutkastet kapittel 8 er det etter en foreløpig vurdering inntatt bestemmelser om leverandørens krav ved forbrukerens kontraktsbrudd. Disse svarer i all hovedsak til bestemmelsene i forbrukerkjøpsloven kapittel 9. Kontraktsbrudd fra forbrukeren vil typisk være forsinket etter uteblitt betaling av vederlaget, men det kan også gjelde brudd på andre forpliktelser etter avtalen og loven, særlig medvirkningsplikten etter lovutkastet § 30. Direktivet har ikke bestemmelser om leverandørens krav ved kontraktsbrudd, slik at medlemsstatene trolig står fritt til å lovregulere disse spørsmålene, jf. direktivet artikkel 4. I mangel av en slik lovregulering måtte man uansett ha anvendt *noen* regler dersom spørsmålene kom på spissen, og en analogisk anvendelse av forbrukerkjøpsloven kapittel 9 ville da ha vært nærliggende. Å ha med regler i digitalytelsesloven om leverandørens krav vil kunne være en pedagogisk fordel og er i tråd med målsettingen om en tilnærmet uttømmende lov. Når det er sagt, er det ikke gitt at alle bestemmelsene i forbrukerkjøpsloven kapittel 9 passer like godt eller er så praktiske ved levering av digitale ytelser. Den typiske situasjonen ved levering av digitale ytelser er nok at leverandøren sikrer seg betaling via Internett før levering av ytelsen – simultant med avtaleinngåelsen. Samtidig gjelder loven også for fysiske ting som utelukkende brukes som bærer av digitalt innhold. For disse avtalene bør bestemmelsene i lovutkastet kapittel 8 passe like godt som for levering av andre fysiske ting, som fortsatt reguleres av forbrukerkjøpsloven. Videre er det utbredt å kjøpe annet løsøre på nettet også; slik sett er ikke situasjonen ved levering av digitale ytelser nødvendigvis prinsipielt annerledes. Endelig kan en betalingsmisligholdssituasjon være praktisk i de tilfellene hvor ytelsen skal utvikles i henhold til forbrukerens spesifikasjoner, der avtaler om betaling av deler av vederlaget underveis i utviklingsprosessen kan være hensiktsmessige. I tilknytning til slike «tilvirkningsavtaler» er det for øvrig behov for en bestemmelse som tilsvarer forbrukerkjøpsloven § 48 om spesifikasjon, idet direktivet jo angir uttrykkelig at tilvirkningsavtaler skal være omfattet, jf. artikkel 3 nr. 2.

Siden lovutkastet kapittel 8 i så stor grad bygger på forbrukerkjøpsloven, gis det bare en oversikt her, og det vises generelt til lovutkastet. Utover dette kommenteres bestemmelsene bare i den grad de inneholder avvik eller tilføyelser sammenholdt med forbrukerkjøpslovens regulering. Høringsinstansene bes om å uttale seg om hvorvidt de enkelte bestemmelsene passer ved levering av digitale ytelser.

### 17.2 Departementets forslag

I lovutkastet § 34 er det blant annet gitt en oversikt over leverandørens krav ved kontraktsbrudd fra forbrukerens side: Leverandøren kan ha tilbakeholdsrett, rett til å kreve oppfyllelse, hevingsrett og rett til erstatning og rente. Den eneste forskjellen av betydning fra forbrukerkjøpsloven § 43 er av strukturell art: Det er tatt med en egen bestemmelse om leverandørens tilbakeholdsrett i dette kapitlet, mens forbrukerkjøpsloven § 43 bokstav d viser tilbake til bestemmelsen om tilbakeholdsrett i § 9. Strukturen i kjøpslovene på dette punktet bygger trolig delvis på strukturen i FN-konvensjonen 11. april 1980 om internasjonale

løsørekjøp (CISG), og departementet ser foreløpig ikke noen grunn til å videreføre denne strukturen i digitalytelsesloven.

Lovutkastet § 35 har en bestemmelse om tilbakeholdsrett som altså ikke har noe direkte motsvar i forbrukerkjøpsloven, men som antas å videreføre gjeldende rett, jf. for eksempel formuleringen i håndverkertjenesteloven § 46.

I lovutkastet § 36 er det gitt en bestemmelse om at leverandøren som hovedregel kan fastholde avtalen og kreve at forbrukeren betaler prisen. Bestemmelsen svarer hovedsakelig til forbrukerkjøpsloven § 44. Departementet har foreløpig valgt å ikke si noe om situasjonen der vederlaget består i å oppgi personopplysninger. Med en slik formulering vil det overlates til praksis å avgjøre hvordan man under hensyn til personvernregelverket skal bedømme en eventuell situasjon der leverandøren krever oppfyllelse av en avtale som innebærer oppgivelse av personopplysninger. Departementet ber høringsinstansene om å særskilt vurdere eventuelle utfordringer som kan oppstå i situasjoner der forbrukerens vederlag består i personopplysninger, i lys av den foreslåtte oppsigelsesbestemmelsen i lovutkastet § 33 tredje ledd. Når det gjelder unntakene fra oppfyllelsesretten, har departementet i lovutkastet fjernet ordet «samferdselen» sammenholdt med forbrukerkjøpsloven § 44, fordi «samferdselen» kanskje ikke lenger er så opplysende, og fordi sekkealternativet «annet forhold utenfor forbrukerens kontroll» uansett er vidt nok til å omfatte det. Departementet foreslår derimot å beholde «betalingsformidlingen», fordi dette i større grad gir en indikasjon på hvilke omstendigheter som kan virke frigjørende for forbrukeren. Pengemangel hos forbrukeren vil naturlig nok ikke være omfattet av alternativet «andre forhold».

I lovutkastet § 36 første ledd tredje punktum er det presisert at leverandøren heller ikke kan fastholde avtalen i de tilfellene som er nevnt i § 33 femte ledd, som altså er den særlige oppsigelsesbestemmelsen ved utløpt betalingskort mv. for avtaler om løpende levering. Bestemmelsen i tredje punktum sier ikke mer enn det selvfølgelig: Leverandøren kan ikke fastholde avtalen ved verken heving, avbestilling, oppsigelse eller påberopelse av angrerett fra forbrukerens side. Slik sett kunne kanskje henvisningen til akkurat § 33 misforstås dit hen at dette skal forstås antitetisk. Departementet antar imidlertid at faren for slike misforståelser er liten, og at det kan være hensiktsmessig med en pedagogisk henvisning til en oppsigelsesbestemmelse som knytter seg så nært til betalings situasjonen. Når bestemmelsen sikter til «tilfellene som er nevnt i § 33 femte ledd», må dette tolkes i lys av at leverandøren etter den bestemmelsen kan gi forbrukeren en «oppfordring» om å betale. Leverandøren har slik sett en slags begrenset mulighet til å «fastholde» avtalen, men hvis forbrukeren ikke responderer på oppfordringen, kan ikke leverandøren fortsette å fastholde.

I lovutkastet § 37 er det tatt med en bestemmelse om hevingsrett for leverandøren som svarer fullt ut til forbrukerkjøpsloven § 45. På samme måte svarer lovutkastet § 38 om erstatning og rente til forbrukerkjøpsloven § 46. Det ligger i sakens natur at renteregelen i første ledd bare gjelder for betaling i penger eller et digitalt uttrykk for verdi; det kan ikke beregnes rente der vederlaget består i å oppgi personopplysninger. I andre ledd om erstatning er alternativet «stans i samferdselen» fjernet av samme grunn som over. Lovutkastet § 39 om forbrukerens opplysningsplikt ved hindring svarer til forbrukerkjøpsloven § 47, mens § 40 tilsvarende forbrukerkjøpsloven § 48 om spesifikasjon. Som nevnt følger



det av lovutkastet § 2 første ledd av loven også gjelder for levering av digitale ytelser som er utviklet etter forbrukerens spesifikasjoner, og det synes derfor å være behov for en særskilt regulering av forbrukerens pliktbrudd i form av manglende spesifikasjon.

## 18 Endring av ytelsen

Teknologien og markedet som ligger til grunn for levering av digitale ytelser, utvikler seg raskt, og leverandøren kan derfor ha behov for å gjøre endringer i ytelser som leveres løpende. Slike endringer vil ofte være til forbrukernes gunst og kan være nødvendige for å holde ytelsen kontraktsmessig. Det kan imidlertid også oppstå et endringsbehov ut over dette. Etter gjeldende alminnelig kontraktsrett kan det neppe oppstilles noen generell rett til endringer fra realdebitor i løpende avtaleforhold; utgangspunktet er tvert imot at avtaler skal holdes slik de er inngått. En endringsadgang kan imidlertid følge av avtalen, og å avtalefeste en slik rett synes å være utbredt for løpende digitale ytelser.

I lovutkastet kapittel 9 er det utformet bestemmelser om endring av ytelsen ved løpende levering over en periode. Det dreier seg her om endringer av selve ytelsen – til forskjell fra endringer i prisen, som er regulert i lovutkastet § 28 andre ledd. Endringer kan for eksempel gå ut på at innhold på en strømmetjeneste byttes ut eller fjernes, eller på at brukergrensesnittet på en sosiale medier-plattform forandres. Lovutkastet kapittel 9 gjennomfører særlig direktivet artikkel 19.

Departementet har foreløpig vurdert det som hensiktsmessig å gjennomføre direktivet artikkel 19 – som er omfattende – i to bestemmelser, der lovutkastet § 41 gjelder alminnelige vilkår for endring av ytelsen, mens § 42 gjelder særtilfellene der endringene påvirker ytelsen negativt for forbrukeren.

I § 41 er det fastsatt at ved løpende levering over en periode kan leverandøren endre den digitale ytelsen *ut over* det som er nødvendig for å overholde kravene i § 9, jf. §§ 7 og 8, hvis endringen har grunnlag i avtalen og kan foretas uten kostnader for forbrukeren. Kravene i § 9 er de alminnelige kravene til oppdateringer for å holde ytelsen kontraktsmessig (i vid forstand) etter §§ 7 og 8. En endring etter lovutkastet § 41 kan bare foretas hvis forbrukeren informeres om endringen på en klar og tydelig måte. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 19 nr. 1 bokstav a, b og c.

Når det gjelder vilkåret om at endringen har grunnlag i avtalen, byr gjennomføringen på en viss tvil. Direktivteksten i artikkel 19 nr. 1 bokstav a uttrykker at avtalen må tillate *og* gi en «gyldig grund» til den aktuelle endringen. Ut fra forutsetningen i direktivet må endringen prinsipielt antakelig ha et eller annet legitimt formål. Fortalen avsnitt 75 gir noen eksempler på hva som kan være omfattet av uttrykket «gyldig grund»: at endringen er nødvendig for å tilpasse den digitale ytelsen til et nytt teknisk miljø eller et stigende antall brukere, eller er nødvendig av andre viktige driftsmessige grunner. Den siste formuleringen er imidlertid nokså vid, og det kan spørres hvilken selvstendig betydning forutsetningen om en gyldig grunn skal ha. Av hensyn til uklarhetene om dette har departementet foreløpig ikke foreslått kriteriet inntatt i ordlyden, men formuleringen «grunnlag i avtalen» antas uansett å være vid nok til å fange opp de begrensningene som måtte følge av kriteriet.

I lovutkastet § 42 første ledd er det fastsatt at hvis en endring etter § 41 påvirker den digitale ytelsen negativt for forbrukeren på en ikke uvesentlig måte, kan forbrukeren heve avtalen. Dette gjelder likevel ikke hvis leverandøren gjør det mulig for forbrukeren å beholde sin ytelse uendret og i samsvar med §§ 7 og 8. I så fall er hensynet til prinsippet om at avtaler skal holdes, ivaretatt, og forbrukeren har ingen berettiget forventning om å kunne heve. Vurderingen av om den digitale ytelsen påvirkes negativt, skal skje objektivt. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 19 nr. 2 og 4.

Etter andre ledd kan en endring som nevnt i første ledd bare foretas hvis forbrukeren får varsel i rimelig tid om endringen. Varselet skal gis på et varig medium og inneholde informasjon om retten til å heve avtalen eller til å beholde ytelsen uendret. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 19 nr. 1 bokstav d. Direktivet må antakelig forstås slik at det å avgi et tilstrekkelig varsel (på et varig medium) er et vilkår for å kunne foreta endringen. Med varig medium menes noe som setter forbrukeren i stand til å lagre opplysningene så lenge at det ivaretar forbrukerens interesser overfor leverandøren i denne sammenhengen, se direktivets fortale avsnitt 76.

Tredje ledd fastsetter at et krav om heving etter paragrafen må gjøres gjeldende innen 30 dager etter at forbrukeren fikk varsel etter andre ledd, eller innen 30 dager etter at endringen ble foretatt, hvis dette tidspunktet er det seneste. For hevingsoppgjøret gjelder bestemmelsene i kapittel 8. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 19 nr. 2 og 3.

I lovutkastet § 43 er det inntatt et unntak for visse kombinerte avtaler. Bestemmelsen er ment å gjennomføre direktivet artikkel 3 nr. 6 andre ledd (avsnitt). Det fremgår av lovutkastet § 43 at bestemmelsene i § 41 og § 42 ikke gjelder for kombinerte avtaler som nevnt i § 2 fjerde ledd der den digitale ytelsen leveres sammen med en såkalt nummerbasert mellommenneskelig kommunikasjonstjeneste eller en internettilgangstjeneste. Det første begrepet er definert i direktiv 2018/1772 artikkel 2 nr. 6, mens det andre er definert i forordning 2015/2120 artikkel 2 nr. 2. At bestemmelsene i §§ 41 og 42 ikke gjelder, retter seg bare mot det elementet av slike avtaler som består i digitale tjenester; loven gjelder uansett ikke for det andre elementet, jf. lovutkastet § 2 fjerde ledd andre punktum. Det kan etter hvert vurderes å presisere i § 43 hvilke regler som faktisk gjelder for det andre elementet: Det vil eventuelt være blant annet de relevante reglene som følger av direktiv 2018/1772, jf. digitalytelsesdirektivets fortale avsnitt 33, men det førstnevnte direktivet er foreløpig ikke inntatt i EØS-avtalen eller gjennomført i norsk rett.

## **19 Fellesregler for omlevering, heving og prisavslag**

I lovutkastet kapittel 10 er det foreslått fellesregler for omlevering, heving og prisavslag. Det dreier som om «fellesregler» dels i den forstand at reglene i prinsippet gjelder for krav fra både forbrukeren og leverandøren, dels ved at reglene ikke i seg selv skiller mellom forsinkelsessituasjonen og mangelssituasjonen (for hevingsbeføyelsen), og dels ved at enkelte av oppgjørsreglene er felles for omlevering, heving og prisavslag. Lovutkastet kapittel 10 er utformet etter mønster av forbrukerkjøpsloven kapittel 10 og gjennomfører direktivet artikkel 15 til 18. Det bør nevnes at artikkel 3 nr. 10 åpner

uttrykkelig for særnasjonal regulering av virkningene av heving så lenge virkningene ikke er regulert i direktivet.

Lovutkastet § 44 har overskriften «Generelle regler om heving og omlevering». I første ledd er det fastsatt at når avtalen heves, faller partenes plikt til å oppfylle avtalen bort. Bestemmelsen tilsvarer forbrukerkjøpsloven § 49 første ledd. Departementet antar at det ikke er nødvendig å si uttrykkelig i lovteksten at heving ikke skjer automatisk når vilkårene er oppfylt, men at det kreves en hevingserklæring, sammenlign direktivet artikkel 15. For å gjøre dette enda klarere kunne man imidlertid ha vurdert å tilføye et nytt første punktum: «En part utøver sin rett til heving gjennom en erklæring til den andre parten.»

I lovutkastet § 44 andre ledd er det inntatt en bestemmelse som svarer til forbrukerkjøpsloven § 49 andre ledd med enkelte tilpasninger: Er avtalen helt eller delvis oppfylt fra noen av sidene, kan det mottatte kreves tilbakeført etter bestemmelsene i §§ 45 og 46 (første punktum). En part kan likevel holde tilbake det som er mottatt, inntil den andre gir tilbake det han eller hun har fått (andre punktum). Tilsvarende gjelder når parten har krav på erstatning eller rente og betryggende sikkerhet ikke blir stilt (tredje punktum). Reglene som kommer til uttrykk i de siste to punktumene, er ikke berørt konkret i direktivteksten (utover artikkel 3 nr. 10), men det er sagt uttrykkelig i fortales avsnitt 15 at man fritt kan gi regler om en slik tilbakeholdsrett, også i hevingssituasjonen.

Lovutkastet § 44 tredje ledd fastslår at hvis leverandøren skal omlevere, kan forbrukeren holde tilbake det han eller hun har mottatt, inntil omlevering skjer. Bestemmelsen tilsvarer forbrukerkjøpsloven § 49 tredje ledd. Ettersom fortales avsnitt 15 ikke synes å angi uttømmende i hvilken grad man kan regulere tilbakeholdsrett, antar departementet at medlemsstatene står fritt til å vedta bestemmelser som dette.

I fjerde ledd er det fastsatt at hevingen ikke har noen betydning for avtalevilkår om forretningshemmeligheter, om løsning av tvister eller om partenes rettigheter og plikter som følge av hevingen. Bestemmelsen tilsvarer forbrukerkjøpsloven § 49 fjerde ledd (jf. kjøpsloven § 64 fjerde ledd). Selv om en slik bestemmelse kan hevdes å være unødvendig fordi den bare sier det åpenbare, ble bestemmelsen videreført i forbrukerkjøpsloven. Det synes å være enda større grunn til å ta den med i digitalytelsesloven, fordi det i lovutkastet § 44 første ledd er nødvendig å formulere seg slik at «avtalen heves» fremfor «kjøpet», og at det er pliktene etter det mer generelle uttrykket «avtalen» som faller bort. Bestemmelsen i fjerde ledd får altså frem at det ikke nødvendigvis er slik at alle deler av avtalen faller bort i og med hevingen; det ligger i enkelte avtalevilkårs natur at de må fortsette å gjelde også etter heving.

I lovutkastet § 45 er det samlet noen særlige regler om virkningene av heving for leverandøren. Virkningene vil selvfølgelig også påvirke forbrukeren, men det dreier seg altså om virkninger der leverandøren er pliktsubjekt. Etter første ledd skal leverandøren ved heving betale tilbake mottatt vederlag til forbrukeren. Når avtalen gjelder løpende levering over en periode, betaler leverandøren likevel ikke tilbake vederlag for perioder forut for hevingserklæringen der ytelsen var mangelfri. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 16 nr. 1.

Etter § 45 andre ledd skal leverandøren som hovedregel avstå fra å anvende innhold som forbrukeren har avgitt eller frembragt ved bruk av den digitale

ytelsen, med unntak av personopplysninger. Direktivet artikkel 16 nr. 2 presiserer at leverandøren må oppfylle forpliktelsene i personvernforordningen ved sin behandling av forbrukerens personopplysninger, men departementet har ikke ansett det som hensiktsmessig å si dette i lovteksten. Innhold som forbrukeren har avgitt, kan for eksempel være digitale bilder, video og lydfiler. I bokstavene a til d er det listet opp fire alternative tilfeller der leverandøren likevel ikke må avstå fra å anvende slikt innhold. Det vises til lovutkastet for en nærmere forklaring av disse tilfellene. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 16 nr. 3.

Lovutkastet § 45 tredje ledd uttrykker at hvis forbrukeren ber om det, skal leverandøren stille til rådighet for forbrukeren innhold etter andre ledd, bortsett fra i tilfeller som nevnt i andre ledd bokstav a, b og c. Bokstav d er ikke nevnt i direktivet eller lovteksten, noe som må forstås dit hen at også slikt innhold kan kreves stilt til forbrukerens rådighet. Begrunnelsen er antakelig at i dette tilfellet kan både leverandøren og forbrukeren ha et legitimt behov for å bruke innholdet. Etter andre punktum har forbrukeren rett til å laste ned innhold som nevnt kostnadsfritt, innen rimelig tid og i et vanlig og maskinleselig format. Tredje ledd sett under ett gjennomfører direktivet artikkel 16 nr. 4.

I fjerde ledd er det fastsatt at når avtalen er hevet, kan leverandøren hindre forbrukeren fra å fortsette å bruke ytelsen, så langt dette er forenlig med tredje ledd. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 16 nr. 5 og har sitt motsvar i forbrukerens plikt til å avstå fra å bruke ytelsen etter lovutkastet § 46 første ledd.

Lovutkastet § 46 samler på tilsvarende måte som over noen særlige regler om virkningene av heving for *forbrukeren*. Første ledd fastsetter som antydning at når avtalen er hevet, skal forbrukeren avstå fra videre bruk av den digitale ytelsen og å stille den til rådighet for tredjeparter. Departementet antar at det av pedagogiske hensyn og direktivets opplegg kan være hensiktsmessig at begge sider av regelen (leverandørens rett og forbrukerens plikt) kommer til uttrykk i lovteksten på denne måten. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 17 nr. 1.

I § 46 andre ledd heter det at hvis avtalen gjelder digitalt innhold som er levert på et fysisk medium, kan leverandøren kreve at forbrukeren leverer tilbake det fysiske mediet uten unødig opphold. Et slikt krav må fremsettes innen 14 dager etter at leverandøren har mottatt melding fra forbrukeren om at avtalen heves. Leverandøren bærer kostnadene med tilbakeleveringen. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 17 nr. 2. Departementet har ikke ansett det som nødvendig å si uttrykkelig her det som følger av direktivet artikkel 17 nr. 3, nemlig at forbrukeren ikke betaler for bruk av den digitale ytelsen i den perioden forut for hevingen hvor ytelsen var mangelfull. Dette fremgår etter departementets syn tilstrekkelig klart av lovutkastet § 44 første ledd i situasjonen når forbrukeren ikke allerede har betalt, og dersom forbrukeren *har* betalt, kan resultatet utledes av § 44 andre ledd, jf. motsetningsvis § 45 første ledd andre punktum.

Når det gjelder leverandørens frist for å fremsette tilbakeleveringskrav etter § 46 andre ledd, løper denne altså fra det tidspunktet leverandøren har «mottatt» hevingserklæringen. Ut fra direktivet er det ikke umiddelbart klart om det relevante tidspunktet skal være når leverandøren mottar meldingen, eller om det kreves kunnskap. Ordlyden i den engelske, franske og tyske versjonen av direktivet kan kanskje tale for det siste, ved at disse bruker ordet «informed» eller tilsvarende. Den danske språkversjonen bruker derimot «modtager». Og en hevingserklæring er etter norsk avtalerett et påbud – en type utsagn som vanligvis

får virkning fra de kommer frem. Spørsmålet er ikke kommentert i direktivets fortale. Departementet legger etter dette foreløpig til grunn at direktivet åpner for en regel som knytter seg til mottakelsestidspunktet, men høringsinstansene bes særskilt om å uttale seg om spørsmålet.

Lovutkastet § 47 inneholder noen fellesregler om tilbakebetaling fra leverandøren ved heving og krav om prisavslag. I første ledd er det fastsatt at hvis leverandøren skal tilbakebetale vederlag til forbrukeren etter heving eller krav om prisavslag, skal dette gjøres uten unødig opphold og senest innen 14 dager etter at leverandøren mottok melding om heving eller krav om prisavslag. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 18 nr. 1. Direktivet sier ikke noe om virkningen av at leverandøren ikke tilbakebetaler innen 14 dager. Departementet har derfor vurdert å innta i lovutkastet at leverandøren plikter å betale renter etter forsinkelsesrenteloven fra 14 dager etter at leverandøren mottok melding som nevnt. Med en slik renteregulering knyttet til mottakelsestidspunktet ville man ha avveket noe fra systemet i forsinkelsesrenteloven, som lar det være avgjørende når påkrav er «sendt». All risiko for forsendelsen ligger likevel ikke på debitor etter forsinkelsesrenteloven, siden et påkrav som ikke kommer frem, antakelig ikke kan anses som forfalt (og da løper det ingen renter), se Bergsåker: Norsk Lovkommentar note 11 til forsinkelsesrenteloven (Rettsdata.no, sist hovedrevidert 22. juni 2017). At renter begynner å påløpe fra 14 dager etter at «påkravet» er mottatt, vil kunne føre til at man i praksis nærmer seg fristen på 30 dager i forsinkelsesrenteloven noe, i alle fall der påkravet sendes med brev (selv om det ikke lenger er så praktisk). Samtidig kan det harmonere godt med direktivets 14-dagersfrist at renten løper fra dette tidspunktet og ikke fra et senere eller tidligere tidspunkt etter forsinkelsesrenteloven: Når det oppgis en klar betalingsfrist etter direktivet, kan det hevdes at det bør knytte seg en sanksjon til ikke å overholde nettopp denne fristen.

Departementet har likevel vært i tvil om hvorvidt en slik særregel om forsinkelsesrente bør tas med. Begrunnelsen for en særregulering av forsinkelsesrente faller kanskje delvis bort hvis det ikke samtidig tas med en bestemmelse om at leverandøren skal godskrives forbrukerens eventuelle avkastning og nytte av ytelsen, tilsvarende forbrukerkjøpsloven § 50 første ledd. En slik bestemmelse kunne ha blitt aktuell i perioder hvor ytelsen har en mangel, men hvor ytelsen likevel er til en del nytte for forbrukeren. Det er imidlertid tvilsomt om direktivet åpner for dette, ettersom artikkel 17 nr. 3 sier at forbrukeren ikke skal betale for bruk av den digitale ytelsen i perioden denne ikke var i overensstemmelse, sammenlign også lovutkastet § 47 andre ledd andre punktum. Og av hensyn til balansen i kontraktsforholdet bør det helst være en viss symmetri mellom forbrukerens plikt til å avstå avkastning mv. og leverandørens plikt til å betale rente (jf. forbrukerkjøpsloven § 50 andre ledd). Siden lovutkastet ikke har noen bestemmelse om at forbrukeren skal avstå nytte og «avkastning», kan det i alle fall være grunn til ikke å ha en regel om at leverandøren betaler rente fra reklamasjonstidspunktet (slik som etter forbrukerkjøpsloven § 50 andre ledd). Kanskje taler dette synspunktet et stykke på vei også imot en regel om forsinkelsesrente fra 14 dager etter at leverandøren har mottatt melding om heving eller krav om prisavslag. Et alternativ som høringsinstansene bes om å vurdere, er derfor at man i stedet faller tilbake på den vanlige regelen i forsinkelsesrenteloven § 2 om at det løper rente 30 dager etter påkrav. Eventuelt kan dette sies gjennom en henvisning i lovutkastet § 47 første ledd andre punktum.

Etter lovutkastet § 47 andre ledd skal tilbakebetaling etter første ledd skje med det samme betalingsmiddelet som forbrukeren brukte til å betale for den digitale ytelsen, med mindre forbrukeren uttrykkelig aksepterer et annet betalingsmiddel. Leverandøren kan ikke kreve gebyrer eller lignende av forbrukeren i forbindelse med tilbakebetalingen. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 18 nr. 2 og nr. 3.

Departementet har vurdert å innta en bestemmelse i lovutkastet som svarer til forbrukerkjøpsloven § 51 om tap av krav på heving og omlevering, men har etter en foreløpig vurdering ikke funnet grunn til å gjøre dette. En slik bestemmelse ville muligens stå i et problematisk forhold til direktivet, og det kan også hevdes at spørsmålet som reguleres der, er lite praktisk ved levering av digitale ytelser.

## **20 Erstatningsfastsettelsen**

I lovutkastet kapittel 11 er det inntatt bestemmelser om erstatningsfastsettelsen. Disse har naturlig nok ikke noe motsvar i direktivet, siden direktivet ikke regulerer erstatning, jf. artikkel 3 nr. 10. Medlemsstatene står som nevnt fritt til å vedta egne regler om erstatning ved levering av digitale ytelser, herunder om erstatningsfastsettelsen. Lovutkastet kapittel 11 bygger på forbrukerkjøpsloven kapittel 11, som langt på vei kan antas å uttrykke gjeldende rett for sammenlignbare forbrukerkontrakter. Som ellers går departementet først og fremst inn på forbrukerkjøpslovens bestemmelser i den grad det foreslås avvik sammenholdt med disse.

Lovutkastet § 48 inneholder bestemmelser om erstatningens omfang. I første ledd er det fastsatt at erstatning for kontraktsbrudd fra den ene partens side skal svare til tapet, herunder utlegg, prisforskjell og tapt fortjeneste, som den andre parten er påført ved kontraktsbruddet. Dette gjelder likevel bare tap som man med rimelighet kunne ha forutsett som en mulig følge av kontraktsbruddet. Det siste gir anvisning på en alminnelig adekvansvurdering, hvor påregneligheten for og nærheten av tapet inngår. Adekvansvurderingen kommer altså i tillegg til en vurdering av faktisk årsakssammenheng mellom kontraktsbruddet og tapet. Slik bestemmelsen i første ledd er utformet, gjelder den både for forbrukerens og leverandørens kontraktsbrudd (derav kapitteloverskriften «Fellesregler ...»). Dette skiller første ledd fra andre ledd. Lovutkastet § 48 første ledd svarer til forbrukerkjøpsloven § 52 første ledd, bortsett fra at formuleringen «det økonomiske [tapet]» er fjernet. Dette er ikke ment å ha noen selvstendig betydning, men har sammenheng med den foreslåtte reguleringen i lovutkastet § 48 andre ledd. Tap etter første ledd vil for eksempel kunne være en eventuell prisforskjell ved dekningsstransaksjoner forbrukeren foretar, eller reparasjonsutgifter forbundet med at et virusprogram ikke i tilstrekkelig grad har forhindret virus.

I lovutkastet § 48 andre ledd er det utformet en bestemmelse som ikke har noe motsvar i forbrukerkjøpsloven. Andre ledd første punktum fastsetter at tap etter første ledd også inkluderer at forbrukeren påføres en konkret og ikke ubetydelig ulempe ved kontraktsbruddet. Med dette foreslås det å åpne uttrykkelig for erstatning for enkelte tapsposter som gjerne betegnes som ikke-økonomiske, og som har en usikker stilling i norsk erstatningsrett.

Det er ikke uten videre klart hvordan en slik ulempeerstatning forholder seg til gjeldende rett. Ordlyden i forbrukerkjøpsloven § 52 første ledd gjør det riktignok

klart at det er det «økonomiske» tapet som skal erstattes, og dette er også betont i bestemmelsens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) side 199. Samme sted i forarbeidene er det dessuten antydning at tap av fritid forbundet med et kontraktsbrudd ikke skal kunne kreves erstattet som et utgangspunkt. Men det økonomiske tapsbegrepet har generelt ikke noe entydig innhold. I deliktserstatningsretten vil det etter omstendighetene kunne anses som et økonomisk tap at skadelidte pådrar seg utgifter for å verne om typiske ideelle eller ikke-økonomiske interesser, jf. blant annet dommene i Rt. 1992 s. 1469, Rt. 2013 s. 116 og Rt. 2015 s. 216. Videre har enkelte argumentert for at krenkelse av den såkalte bruksnytelsen knyttet til ting og andre formuesgoder etter omstendighetene kan utgjøre et økonomisk tap, se blant andre Koch: «Erstatning for bortkastede utgifter» i Tidsskrift for Rettsvitenskap 2012 side 581–636. Et synspunkt kan være at nytten man søker å oppnå gjennom å inngå forbrukeravtaler, i bunn og grunn er det endelige målet for all økonomisk virksomhet. Det kan virke inkonsekvent ikke å åpne for å erstatte tap av denne nytten i seg selv, når man får erstattet *midlene* til å oppnå nytten (penger). Så lenge det finnes en utbredt betalingsvilje og et objektivt pengemål for nytten, er det umiddelbart vanskelig å se avgjørende argumenter imot en slik erstatningsform.

Som nevnt i høringsnotatet punkt 13.4 har det i Norge vært en utvikling i retning av å kompensere enkelte mer subjektive ulemper (reduisert bruksnytelse) gjennom reglene om prisavslag. Men med bakgrunn i formuleringen av prisavslagsbestemmelsen i direktivet har departementet i lovutkastet foreløpig valgt å reddykke prisavslagsbestemmelsen som en mer tradisjonell økonomisk gjensidighetsbeføyelse. En reell videreføring av gjeldende rett kunne da kanskje tilsi at redusert bruksnytelse i stedet kan kompenseres på visse vilkår gjennom erstatningsreglene. Umiddelbart kunne en slik løsning muligens fremstå som en slags omgåelse av direktivet, men direktivet synes ikke å bygge på noe bevisst standpunkt om at ikke-økonomiske tap ikke skal kompenseres. At prisavslagsreglene er utformet som de er i direktivet, skyldes nok heller at andre land ikke har utviklet en forbrukerkontraktsrettslig ulempekompensasjon innenfor rammene av akkurat prisavslagsinstituttet, slik at man neppe har tenkt på muligheten for dette i direktivet. Inntrykket forsterkes av uttalelsene i direktivets fortale avsnitt 73:

«Prinsippet om den erhvervsdrivendes ansvar er et væsentligt element i aftaler om levering af digitalt indhold eller digitale tjenester. Forbrugeren bør derfor være berettiget til at kræve erstatning for ulempe som følge af manglende overensstemmelse eller manglende levering af det digitale indhold eller den digitale tjeneste. Erstatningen bør bringe forbrugeren så tæt som muligt på den position, som forbrugeren ville have været i, hvis det digitale indhold eller den digitale tjeneste var blevet behørigt leveret og havde været i overensstemmelse. Da en sådan ret til erstatning allerede findes i alle medlemsstater, bør dette direktiv ikke berøre nationale regler om erstatning til forbrugere for skader som følge af overtrædelse af disse regler.»

Det er uklart hva man nærmere kan legge i disse uttalelsene, men lest bokstavelig kan de forstås slik at direktivet bygger på en forutsetning om at medlemsstatene har erstatningsregler som åpner for ulempeerstatning der dette er nødvendig for å stille forbrukeren som om avtalen var riktig oppfylt. I alle fall bør man kunne si at direktivet ikke bygger på det motsatte synet.

Etter dette antar departementet at både utviklingen av prisavslagsreglene i forbrukerkontraktsretten og forutsetningene i direktivet trekker i retning av å innføre en regel om ulempeerstatning i digitalytelsesloven. Såfremt det settes noen

begrensninger for en slik erstatningsadgang, fremstår standpunktet også som opplagt materielt riktig i flere situasjoner. Uten en slik rett til erstatning vil for eksempel forbrukeren stå uten noen sanksjon hvis en skylagringstjeneste som baserer seg på vederlag gjennom personopplysninger, svikter og forbrukeren permanent mister alle bildene som var lagret der. Her har hele formålet med avtalen blitt forfeilet, og det fremstår som viktig av preventive grunner at forbrukeren har en annen sanksjon enn heving.

Det som kan tale imot erstatning for ulempeerstatning, er særlig vanskene med å fastsette erstatningsbeløpet: Rettstekniske hensyn og hensynet til å unngå flere tvister kunne hevdes å gjøre seg gjeldende her. At det må gjøres en skjønnsmessig utmåling, er imidlertid ikke unikt for ulempeerstatning. Det gjelder også for en del tap som utvilsomt er økonomiske, uten at det står i veien for et erstatningskrav, jf. Rt. 1964 s. 65 på side 71. Tilsvarende synspunkter har nylig kommet til uttrykk i den nevnte dommen HR-2018-392-A om subjektivt prisavslag etter bustadoppføringslova, se dommens avsnitt 46–49:

«Ankemotparten har gjort gjeldende at en adgang til å vektlegge ulemper for den aktuelle forbruker som ikke slår ut i nedsatt markedsverdi, vil være konfliktskapende og prosessdrivende.

Disse argumentene imøtegås imidlertid på en etter mitt syn treffende måte i departementets kommentar til unntaksregelen i forbrukerkjøpsloven § 31, se Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) på side 134 til 135:

‘Etter departementets oppfatning bør det jevnt over legges betydelig vekt på å utforme klare bestemmelser i forbrukerkjøpsloven. Dagens prisavslagsbestemmelse gir tilsynelatende en klar regulering av når det kan tilkjennes prisavslag, og av beregningen av prisavslaget. I praksis vil imidlertid ikke bestemmelsen være så klar som den kan gi inntrykk av. Etter departementets oppfatning er det derfor ikke så betenkelig å utforme et mer skjønnsmessig unntak fra hovedregelen, iallfall så lenge unntaket gis en relativt snever ramme.

Departementet legger ikke avgjørende vekt på at man fjerner seg noe fra det som kan sies å være prisavslagsreglenes sentrale formål: at kjøperen ikke skal betale for en større verdi enn han eller hun mottar, og at et prisavslag gjenoppretter balansen mellom ytelse og motytelse. Det har etter departementets syn større betydning at kjøperen kan ha behov for en rimelig og effektiv sanksjon mot selgerens mislighold. ...’

Også bestemmelsen om at prisavslag etter bustadoppføringslova skal svare til verdireduksjonen, vil i praksis være mindre klar enn den kan gi inntrykk av.

[...]

Som det fremgår av det siterte fra NOU 1992:9, må verdireduksjonen i de fleste tilfeller fastsettes ved et skjønn. Og som påpekt av Simonsen på side 142 og vist til i HR-2017-2102-A avsnitt 47, er det «ikke til å unnså at prisavslagetes størrelse ofte avpasses etter hva domstolene finner er en rimelig kompensasjon for den aktuelle mangelen». Individuelle forhold vil relativt enkelt kunne kamufleres som en bedømmelse av markedsreaksjonen.»

Departementet antar at synspunktene her har overføringsverdi også til digitale ytelser, selv om situasjonen er en noe annen når det dreier seg om mindreverdige ytelser som ikke skulle resultere i fysiske verdier; Lilleholt uttaler at det er «vanskeleg å seie sikkert» hvor langt erstatningplikten går i disse tilfellene, se Lilleholt: Kontraktsrett og obligasjonsrett (2017) side 360. Det kan for øvrig nevnes at den tidligere pakkereiseloven (lov 25. august 1995 nr. 57) § 6-4 tredje ledd fastsatte følgende (jf. den gjeldende pakkereiseloven § 32):



«Kunden kan, selv om han ikke har lidt noe tap, tilkjennes en godtgjørelse såfremt mangelen har voldt kunden vesentlig ulempe.»

En avgrenset rett til ulempeerstatning er altså ikke fremmed i norsk forbrukerkontraktsrett. Når alle forholdene over tas i betraktning, antar departementet foreløpig at det er overvekt av argumenter som taler for en ulempeerstatning som foreslått i lovutkastet § 48 andre ledd. Departementet har der også forsøkt å ta høyde for argumentet om retts tekniske hensyn, gjennom en åpning for å avtale en normalerstatning.

Når det gjelder den nærmere utformingen av ulempeerstatningsbestemmelsen i lovutkastet § 48 andre ledd, nevner departementet for det første at bestemmelsen er begrenset til å gjelde erstatningskrav fra *forbrukeren*. Siden leverandøren per definisjon er kontraktspart i egenskap av å være næringsdrivende, vil det vanskelig kunne tenkes å oppstå relevante tap for leverandøren som ikke kan omsettes i økonomiske størrelser.

For det andre er det i ordlyden presisert at ulempen må være «konkret» og «ikke ubetydelig». Kravet om at ulempen må være «konkret», er ment å avgrense mot generelle ergrelser knyttet til kontraktsbruddet *som sådan*. Det er ikke tilstrekkelig at forbrukeren opplever frustrasjon knyttet til at kontrakten brytes og at dette krever en viss oppmerksomhet og oppofrelse av tid. Dette antas å være i samsvar med gjeldende norsk rett, se Lilleholt: Kontraktsrett og obligasjonsrett (2017) side 360. (For mer betydelige tidstap – altså kontraktsbrudd som går vesentlig ut over forbrukerens fritid – kan det muligens stille seg annerledes, se Lilleholt side 360 og den svenske avgjørelsen NJA 1992 s. 213). Et typisk eksempel på en type tap som klart oppfyller «konkret»-kriteriet, er den nevnte ikke-økonomiske skaden ved at familiebilder går tapt fordi en skylagringstjeneste er mangelfull. Et annet eksempel kan være at et antivirusprogram skal beskytte mot spionprogramvare: Her kan det være et relevant tap hvis en mangel ved ytelsen fører til at uvedkommende får tak i forbrukerens personopplysninger eller lignende. Etter omstendighetene vil også mer generell tapt bruksnytelse kunne kreves erstattet dersom tapet er påregnelig og erstatning fremstår som rimelig. Behovet for dette antas likevel å være noe mindre ved levering av digitale ytelser enn ved levering av varige fysiske goder som hus og løssøre, siden det for sistnevnte i større utstrekning vil være spørsmål om kompensasjon for å tåle en ulempe som ikke kan rettes uten videre (huset er feilplassert på tomten for eksempel). I den forbindelse må det også ses hen til forbrukerens tapsbegrensingsplikt gjennom for eksempel dekningsstransaksjoner, jf. § 50 første ledd.

Yttergrensene for skadebegrepet vil heller ikke nødvendigvis komme på spissen, fordi det etter ordlyden altså kreves at ulempen ikke er «ubetydelig». Dette er ment som en *de minimis*-begrensning for å unngå tvist om bagateller. Typiske eksempler kan være kortere avbrudd av underholdningstjenester, som riktignok kan utgjøre mangler, men som ikke rimeligvis bør kunne møtes med noe erstatningskrav. Merk likevel at også mangelsbegrepet kan sette visse skranker her, idet mer bagatellmessige avbrudd ikke nødvendigvis vil utgjøre mangler, se spesialmerknaden til § 10. I slike tilfeller blir det uansett ikke spørsmål om erstatning på grunnlag av kontraktsbrudd.

Som antydnet er det i lovutkastet § 48 andre ledd andre punktum utformet en bestemmelse om normalerstatning: Partene kan avtale en normalerstatning for ulemper, så langt normalerstatningen er rimelig under hensyn til de mulige tapenes

art og omfang. Med en avtalt normalerstatning oppfordres det i større grad til å tenke gjennom risikoene ved kontraktsbrudd og å minimere disse. Samtidig ivaretas oppgjørstekniske hensyn. Vilkår om normalerstatning kan etter lovteksten underlegges en rimelighetssensur basert på blant annet tapets art og omfang. Det må her særlig ses hen til hvilken betydning mulige ikke-økonomiske tap vil ha for forbrukeren, og om den avtalte normalerstatningen gir en adekvat kompensasjon. I tillegg vil det være et relevant moment om det aktuelle erstatningsbeløpet er høyt nok til å virke preventivt overfor leverandøren. I den sammenhengen må det tas høyde for at et beskjedent beløp overfor én enkelt forbruker kan bli et betydelig beløp hvis den samme mangelen rammer mange forbrukere samtidig.

Etter lovutkastet § 48 tredje ledd rammer erstatningen ikke tap som følge av personskade og tap i forbrukerens næringsvirksomhet. Bestemmelsen svarer fullt ut til forbrukerkjøpsloven § 52 andre ledd. Personskade som følge av mangler ved digitale ytelser må uansett antas å være lite praktisk, men departementet har etter en foreløpig vurdering valgt å beholde dette alternativet.

I lovutkastet § 49 er det inntatt en bestemmelse om beregning av prisforskjell ved heving. I første ledd er det fastsatt at hvis avtalen heves og forbrukeren foretar dekningskjøp eller leverandøren foretar deknings salg på forsvarlig måte og innen rimelig tid etter hevingen, legges det avtalte vederlaget og prisen etter dekningsstransaksjonen til grunn når prisforskjellen skal regnes ut. Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 53 første ledd. Departementet antar at uttrykkene «dekningskjøp» og «deknings salg» kan være passende her selv om kjøp-terminologien ikke er benyttet ellers i lovutkastet. Det avtalte vederlaget i denne sammenhengen omfatter etter sakens natur ikke personopplysninger.

I § 49 andre ledd er det fastsatt at hvis avtalen er hevet uten at det foretas dekning i samsvar med første ledd, og det er gjengs pris for ytelsen, legges det avtalte vederlaget og gjengs pris på hevingstidspunktet til grunn når prisforskjellen skal regnes ut. Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 53 andre ledd. En bestemmelse som svarer til forbrukerkjøpsloven § 53 tredje ledd, synes derimot ikke å være særlig praktisk for digitale ytelser, og departementet har ikke foreslått å ta med noen slik bestemmelse.

I lovutkastet § 50 er det fastsatt en tradisjonell bestemmelse om tapsbegrensningsplikt og lemping av erstatningsansvaret for begge parter. Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 54. Når det gjelder lemping, bør det nevnes at et kjennetegn ved levering av digitale ytelser er at et kontraktsbrudd ofte vil være gjennomgående og vise seg i et stort antall avtaler (for eksempel ved levering av strømnetjenester eller programvare). Samtidig er det ikke gitt at mangelen har så stor økonomisk betydning for den enkelte forbrukeren. Dette vil ikke nødvendigvis være et avgjørende argument i favør av lemping for leverandøren, men det kan være grunn til å vurdere tilpasninger i lempingsreglene for å ta høyde for det nevnte typetilfellet. Departementet ber om høringsinstansenes syn på spørsmålet om behovet for slike tilpasninger og hvordan en eventuell særregel bør utformes.

## **21 Forskjellige bestemmelser**

Lovutkastet kapittel 12 er et oppsamlingskapittel, med forskjellige bestemmelser som ikke har noe motsvar i direktivet. Bestemmelsene er utformet etter mønster av bestemmelsene i det tilsvarende kapittel 12 i forbrukerkjøpsloven.

I lovtkastet § 51 er det inntatt en bestemmelse om forventet kontraktsbrudd. Denne uttrykker at for forventet kontraktsbrudd gjelder reglene i kjøpsloven §§ 61 og 62. Bestemmelsen samsvarer med forbrukerkjøpsloven § 55, bortsett fra at det er tilføyd at de aktuelle bestemmelsene i kjøpsloven gjelder «tilsvarende så langt de passer». Dette gir rom for å anvende kjøpslovens bestemmelser i tråd med direktivet og de digitale ytelsenes egenart.

Det er noe uklart hvordan bestemmelser om forventet kontraktsbrudd (også kalt «antesipert mislighold») forholder seg til direktivet, særlig direktivet artikkel 13 nr. 2 bokstav a, som gir en slags forventet-kontraktsbrudd-bestemmelse ved forsinkelse. Direktivet har ikke noen andre bestemmelser om situasjonen ved forventet kontraktsbrudd; artikkel 14 nr. 4 bokstav e gjelder riktignok en lignende situasjon, men forutsetter vel at det allerede har oppstått en (aktuell) mangel. Bestemmelser om forventet kontraktsbrudd kan ses slik at de utvider adgangen til blant annet heving, og de kan dermed kanskje hevdes å stå i et problematisk forhold til direktivets bestemmelser om vilkårene for heving. Samtidig kan det hevdes at direktivet ikke fullt ut tar stilling til situasjonen, og at man da må kunne vedta nasjonale regler om dette. Departementet tilføyer at regler om forventet kontraktsbrudd fremstår som «intuitive» og har en forholdsvis lang tradisjon i skandinavisk kontraktsrett. Da fremstår det som lite nærliggende å anta at direktivet sperrer for slike regler med mindre man har klare holdepunkter for dette.

Når det er sagt, er det ikke gitt at bestemmelser om forventet kontraktsbrudd vil være så praktiske ved levering av digitale ytelser. Noe tilsvarende var bakgrunnen for at man i forbrukerkjøpsloven nøyde seg med en henvisning til kjøpslovens regler, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 30. Dette kan tale for å utelate slike regler fra lovtkastet og i stedet la spørsmålet reguleres av ulovfestet rett hvis det skulle komme på spissen. Etter en foreløpig vurdering er det imidlertid etter departementets syn mest nærliggende å ha med en henvisningsbestemmelse som skissert over. Departementet ber likevel om høringsinstansenes syn på spørsmålet.

I lovtkastet § 52 er det fastsatt at hvis en av partene kommer under insolvensbehandling, gjelder bestemmelsene i dekningsloven kapittel 7. Det dreier seg om en ren pedagogisk henvisningsbestemmelse som ikke bør være problematisk opp mot direktivet. Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 56.

Lovtkastet § 53 inneholder regler om kontraktsbrudd ved deler av ytelsen. Første ledd gir uttrykk for at hvis leverandørens kontraktsbrudd omfatter bare en del av det som skal leveres etter avtalen, gjelder reglene om forsinkelse og mangler i kapittel 4 og 5 i loven for denne delen, så langt ikke noe annet følger av § 2 fjerde ledd. Forbrukeren kan heve avtalen i sin helhet når kontraktsbruddet er vesentlig for avtalen, herunder i kombinerte avtaleforhold etter § 2 fjerde ledd. Bestemmelsen tilsvare forbrukerkjøpsloven § 57 første ledd. Direktivet artikkel 3 nr. 6 tredje ledd åpner uttrykkelig for en nasjonal regulering av disse spørsmålene. Departementet antar da at det også må godtas at man innleder med den refererte bestemmelsen i første punktum for sammenhengens skyld. For øvrig bør det nevnes at direktivet artikkel 3 nr. 6 tredje ledd fastsetter at nasjonal regulering om heving for en del av en kombinert avtale ikke skal berøre direktiv 2018/1972 artikkel 107 andre ledd (et direktiv om elektronisk kommunikasjon). Dette bør antakelig reflekteres i ordlyden når det sistnevnte direktivet gjennomføres i norsk rett.

Lovutkastet § 53 andre ledd fastsetter at hvis leverandøren etter forholdene må antas å ha avsluttet sin levering enda ikke alt er levert, gjelder reglene om mangler. Bestemmelsen tilsvarende forbrukerkjøpsloven § 57 andre ledd og antas å være uproblematisk opp mot direktivet.

Departementet har etter en foreløpig vurdering ikke inntatt i lovutkastet noen bestemmelse som svarer til forbrukerkjøpsloven § 58 om forbrukerens hevingsrett når det skal leveres etter hvert. En slik bestemmelse passer ikke nødvendigvis så godt for digitale ytelser under hensyn til direktivets regulering, jf. særlig artikkel 14.

Derimot er det tatt med en bestemmelse om *leverandørens* hevingsrett når det skal leveres etter hvert, jf. lovutkastet § 54. Denne svarer fullt ut til forbrukerkjøpsloven § 59. Direktivet regulerer ikke leverandørens krav ved kontraktsbrudd fra forbrukeren, og departementet antar derfor at en bestemmelse som nevnt ikke strider mot direktivet. Etter en foreløpig vurdering antar departementet at en regulering av dette spørsmålet i digitalytelsesloven kan være hensiktsmessig, men departementet tar gjerne imot høringsinstansenes syn på om det er nødvendig å gjøre flere tilpasninger av hensyn til de digitale ytelsenes særpreg.

Avslutningsvis nevnes det at departementet ikke har tatt med noen bestemmelse i lovutkastet som tilsvarende forbrukerkjøpsloven § 60 om omsorg for tingen, siden en slik bestemmelse uansett bør ha marginal praktisk betydning ved levering av digitale ytelser. Selv fysiske medier som utelukkende brukes som bærer av digitale ytelser, vil sjelden kreve nevneverdig «omsorg» eller være spesielt belastende å ta vare på.

## **22 Leverandørens regressrett**

### **22.1 Direktivet**

Direktivet artikkel 20 stiller visse krav til nasjonal rett når det gjelder leverandørens regress overfor tidligere ledd i avtalekjeden. Regress innebærer at en som har oppfylt en forpliktelse, har krav mot andre som helt eller delvis skulle ha oppfylt denne forpliktelsen. I direktivets fortale avsnitt 78 synes leverandørens regressrett å være begrunnet delvis i dekningshensyn for forbrukeren.

Direktivet artikkel 20 første punktum fastsetter at hvis leverandøren er ansvarlig overfor forbrukeren for forsinkelse eller en mangel ved den digitale ytelsen og avviket skyldes en handling eller unnlattelse hos et tidligere ledd i avtalekjeden, skal leverandøren ha regressrett overfor den som er ansvarlig for avviket. Etter artikkel 20 andre punktum er det overlatt til nasjonal rett å bestemme hvem leverandøren kan reise krav mot, hvilke beføyelser leverandøren kan gjøre gjeldende mot det tidligere avtaleleddet, og betingelsene for å utøve regressretten. Direktivet synes dermed bare å pålegge medlemsstatene å ha nasjonale regler om regressrett for leverandøren mot tidligere avtaleledd, uten at de nærmere betingelsene er normert. Medlemsstatene er slik sett gitt en betydelig frihet ved gjennomføringen.

Det kan fremstå som uklart om regelen om ufravikelighet i direktivet artikkel 22 er ment å gjelde også for artikkel 20 om leverandørens regressrett. I så fall ville det ha vært nødvendig med en gjennomføringsbestemmelse i digitalytelsesloven

allerede for å sikre at leverandørens regressrett ikke kunne fravikes ved avtale. Regressbestemmelsen gjelder formelt kontraktsforholdet mellom aktører som ikke er forbrukere i direktivets forstand, noe som kunne tilsi at hensynene bak ufravikelighetsbestemmelsen ikke slår til. På den annen side kan det teoretisk sett tenkes tilfeller der forbrukerens dekningsmuligheter rent faktisk berøres av manglende regressadgang mellom leverandørene og tidligere kontraktsledd. Direktivets artikkel 20 har en tilnærmet identisk ordlyd som det nye forbrukerkjøpsdirektivet (direktiv 2019/771) artikkel 18 og det gamle forbrukerkjøpsdirektivet (direktiv 1999/44/EF) artikkel 4. I fortalen til 2019-direktivet avsnitt 63 og 1999-direktivet avsnitt 9 er det uttrykkelig uttalt at selgerens regressrett overfor tidligere avtaleledd ikke berører prinsippet om avtalefrihet mellom selgeren og slike ledd. Noen tilsvarende uttalelse finnes ikke i digitalytelsesdirektivets fortale. Til tross for forskjellene i fortalene (som ikke er kommentert nærmere) er det etter departementets syn ikke tilstrekkelige holdepunkter for at regressretten i digitalytelsesdirektivet skal ha større gjennomslagskraft enn regressretten etter de to forbrukerkjøpsdirektivene. Departementets foreløpige vurdering er altså at digitalytelsesdirektivets ufravikelighetsbestemmelse ikke gjelder for leverandørens regressrett etter artikkel 20. Departementet tar imidlertid gjerne imot høringsinstansenes syn på denne tolkningen.

## **22.2 Gjeldende rett og departementets forslag**

Etter gjeldende norsk rett vil en leverandør ofte kunne ha et krav mot et tidligere avtaleledd på grunnlag av alminnelige kontraktsrettslige regler om ansvar for kontraktsbrudd. En rett til å gjøre krav gjeldende mot et tidligere avtaleledd kan også tenkes på andre grunnlag, slik som lov, avtale om regress eller ulovfestede regler. I Rt. 1997 s. 1029 uttaler førstvoterende (på s. 1036): «[D]et følger av alminnelige rettsgrunnsetninger at den som har dekket en annens forpliktelse, normalt og som utgangspunkt, har et regresskrav i behold. Det er avskjæring av regress som krever særskilt hjemmel». Uttalelsen er fulgt opp i senere rettspraksis, blant annet i HR-2017-2414-A (avsnitt 47). Departementet nevner også at en alminnelig regressregel er foreslått lovfestet i § 2-16 første ledd i forslaget til ny finansavtalelov i Prop. 92 LS (2019–2020).

Direktivet artikkel 20 har betydelige likheter med forbrukerkjøpsdirektivet (direktiv 1999/44/EF) artikkel 4 om selgerens regressadgang. Ved gjennomføringen av forbrukerkjøpsdirektivet ble det ikke ansett som nødvendig med en egen bestemmelse om regress i forbrukerkjøpsloven fordi en regressadgang allerede fulgte av norsk ulovfestet rett. Departementet antar på samme måte at gjeldende regler om regress og den generelle bestemmelsen i forslaget til ny finansavtalelov § 2-16 første ledd vil tilfredsstille de kravene som kan utledes av digitalytelsesdirektivet artikkel 20. Det foreslås derfor ikke en egen bestemmelse i lovutkastet her om leverandørens regress mot tidligere avtaleledd. En slik bestemmelse ville heller ikke ha passet så godt i en lov som i utgangspunktet bare regulerer kontraktsforholdet mellom forbrukeren og leverandøren.

Det bør nevnes at regressretten etter direktivet artikkel 20 er forutsatt å være begrenset til å gjelde overfor tidligere ledd som er næringsdrivende, jf. fortalen artikkel 78. I fortalen konkretiseres dette dit hen at regressretten ikke bør gjelde der mangelen knytter seg til programvare som er levert gratis fra et tidligere

avtaleledd i henhold til en fri og åpen kildekode. Denne forutsetningen er noe rettsanvenderen eventuelt kan ta hensyn til ved tolkningen av nasjonale regressregler.

Den tradisjonelle oppfatningen av regress innebærer at regress kan søkes av den som har oppfylt en annens forpliktelse, se nærmere i Prop. 92 LS (2019–2020) punkt 9. I og med at lovutkastet § 26 gir forbrukeren en adgang til å rette krav mot tidligere omsetningsledd, vil forslaget til ny finansavtalelov § 2-16 være egnet til å sørge for at leverandøren faktisk har et krav som kan rettes til et tidligere omsetningsledd.

Departementet vil for øvrig peke på at den engelske ordlyden i direktivet artikkel 20 angir at «the trader [leverandøren] shall be entitled to pursue remedies against [...]», noe som kan tilsi at bestemmelsen ikke gjelder en regressrett spesifikt, men angir at leverandøren skal ha rett til å gjøre kontraktsrettslige sanksjoner gjeldende mer generelt mot tidligere omsetningsledd. Etter departementets syn er det utvilsomt at en leverandør etter norsk kjøpsrett og sedvanerettslig kontraktsrett har rett til å gjøre krav gjeldende mot det omsetningsleddet leverandøren har inngått avtale med, når ikke annet er avtalt. Det synes i så fall ikke nødvendig å gjennomføre en slik rett i digitalytelsesloven for å ivareta Norges forpliktelser etter direktivet. Departementet ber likevel høringsinstansene om å uttale seg om dette spørsmålet særskilt.

## **23 Håndhevelse**

Direktivet artikkel 21 nr. 1 krever at medlemsstatene sørger for «tilstrækkelige og effektive midler» for å sikre at direktivet overholdes. Disse midlene skal omfatte en adgang for visse organer eller organisasjoner til å få prøvd anvendelsen av nasjonale bestemmelser som gjennomfører direktivet, jf. artikkel 21 nr. 2. Saker om dette skal kunne bringes inn for en domstol eller en annen kompetent myndighet, og søksmålsadgangen skal tilkomme offentlige organer (bokstav a), forbrukerorganisasjoner (bokstav b), yrkes- og næringsorganisasjoner (bokstav c) eller et organ, en organisasjon eller en sammenslutning som nevnt i personvernforordningen artikkel 80 (direktivet bokstav d). Det synes å være tilstrekkelig at organer eller organisasjoner i én av de nevnte kategoriene har søksmålsadgang, jf. formuleringen «et eller flere av følgende organer».

I norsk rett følger det av tvisteloven § 1-4 første ledd at foreninger og stiftelser kan reise søksmål om forhold som det ligger innenfor organisasjonens «formål og naturlige virkeområde» å ivareta. Etter bestemmelsens andre ledd kan offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser reise søksmål for å ivareta disse interessene. Det er understreket i tvistelovens forarbeider at lovfestingen av organisasjoners søksmålsrett ikke skal stenge for en videre utvikling av søksmålsadgangen gjennom rettspraksis, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 156.

Departementet antar at tvisteloven § 1-4 er tilstrekkelig fleksibel til å åpne for løsninger som tilfredsstiller kravene i direktivet artikkel 21. Det er derfor ikke foreslått noen egen bestemmelse om håndheving i lovutkastet.

Artikkel 23 i direktivet innebærer at reglene skal håndheves i samsvar med forordningen om forbrukervernsamarbeid (forordning (EU) 2017/2394) og forbudsdirektivet (direktiv 2009/22/EF). Dette innebærer et krav om

offentligrettslig håndheving. Det synes nærliggende at ansvaret for håndhevingen legges til Forbrukertilsynet og Markedsrådet.

## **24 Økonomiske og administrative konsekvenser**

Norges forpliktelser etter EØS-avtalen innebærer en plikt for Norge til opprettholde eller innføre lovregler om digitalytelser i forbrukerforhold. Departementet har vurdert lovutkastets økonomiske og administrative konsekvenser for næringslivet (særlig leverandører av digitale ytelser), forbrukere og det offentlige. Mange av lovens bestemmelser tar utgangspunkt i forbrukerkjøpslovens bestemmelser, som et stykke på vei kan sies å uttrykke alminnelige regler for tilsvarende forbrukerkontraktstyper. De mulige konsekvensene av lovforslaget begrenses altså av at det antakelig i stor grad vil dreie seg om å lovfeste løsninger som allerede følger av gjeldende rett – selv om detaljene i gjeldende rett kan være usikre.

Som nevnt er levering av digitale ytelser i dag ikke lovregulert, og i mangel av en avtalerregulering av et konkret spørsmål må man falle tilbake på alminnelig ulovfestet kontraktsrett. Ved vedtakelse av nye lover på områder som er lovregulert fra før, er det gjerne et spørsmål om fordelene ved reviderte regler kan oppveie ulempene ved at innarbeidet praksis mister noe av sin relevans. Dette kan for eksempel være tilfellet der det innføres nye, skjønnsmessige vurderingstemaer som naturlig vil foranledige en del avklarende saker for domstolene og eventuelle klagenemnder. Slike økonomiske hensyn gjør seg imidlertid i liten grad gjeldende ved utarbeidelsen av digitalytelsesloven: Det er marginalt med rettspraksis, og det kan neppe påvises noen generelle uomtvistede bransjestandarder. Et stykke på vei kan man nok heller legge til grunn at en lov om digitale ytelser kan forhindre konflikter, ved at det blir mindre tvil knyttet til hvilke regler som gjelder på området.

Et lovforslag om levering av digitale ytelser kan antas å føre til noe mer oppmerksomhet om forbrukeres rettigheter i slike kontraktsforhold, noe som igjen kanskje kan medføre en viss økt interesse for å fremme krav. Dette vil i så fall i en periode kunne føre til noe økt belastning på domstolene og eventuelle klagenemnder som behandler slike saker. Slike mindre, potensielle økninger i sakstilfang forutsettes å kunne dekkes innenfor gjeldende budsjettammer. Av samme grunn kan det muligens bli et behov for å sette av mer ressurser til håndtering av reklamasjoner i enkelte bedrifter. Samtidig fører Forbrukertilsynet som nevnt tilsyn med avtalepraksis på området og har utarbeidet en egen veileder om hva som kan utgjøre urimelige avtalevilkår ved levering av digitale ytelser. Det må antas at denne tilsynsvirksomheten allerede har bidratt til en viss oppmerksomhet om forbrukerrettigheter på området, i tillegg til en viss ensartethet og standard hos seriøse aktører i bransjen, slik at overgangen til et mer lovregulert regime ikke nødvendigvis blir så stor.

Når det gjelder virkninger for næringslivet, vil en digitalytelseslov i en startfase kunne nødvendiggjøre endring av standardvilkår for etablerte leverandører av digitale ytelser. Det vil også kunne bli behov for internopplæring, endring av rutiner og andre driftsmessige tilpasninger til det nye regelverket for slike leverandører. Behovet for å utarbeide egne kontraktsvilkår vil imidlertid kunne bli mindre, siden det langt på vei foreslås en uttømmende regulering av de sentrale delene av kontraktsforholdet ved levering av digitale ytelser. I tillegg til å gi

ufravikelige regler til forbrukerens gunst vil en digitalytelseslov fungere som bakgrunnsrett som reduserer behovet for omfattende individuelle avtaler. Nye leverandører eller leverandører i etableringsfasen vil kunne få besparelser knyttet til dette. I et mer langsiktig perspektiv antas lovutkastet å redusere leverandørenes transaksjonskostnader og fremme grenseoverskridende elektronisk handel. Virksomheter vil i stor grad kunne forholde seg til egen nasjonal lovgivning om digitale ytelser når de selger ytelser på tvers av landegrensene i EU og EØS, ettersom de overordnede reglene vil være like i alle medlemsstatene. Besparelsene knyttet til økt rettssikkerhet og forutberegnelighet for leverandørene antas å overstige eventuelle merutgifter som en digitalytelseslov måtte føre med seg. Effektene som er nevnt over, vil kunne vise seg for så vel store internasjonale næringsaktører som for små og mellomstore bedrifter. Det er forutsatt i digitalytelsesdirektivets fortale avsnitt 3 at en harmonisering av regelverket særlig vil redusere transaksjonskostnadene for de små og mellomstore virksomhetene.

Forbrukere vil få et sett med tydelige rettigheter i hele EU og dermed mer sikkerhet i forbindelse med kjøp av digitale ytelser på tvers av grensene. Større trygghet for forbrukerne kan gi økt etterspørsel etter digitale ytelser. Et tilgjengelig og harmonisert rettslig rammeverk tilrettelegger også for økt konkurranse i markedet. Dette kan i sin tur gi et bedre utvalg av digitale ytelser for forbrukerne og en makroøkonomisk gevinst for EU og de enkelte medlemsstatene. I direktivforslaget ble det gjort følgende beregninger av de økonomiske konsekvensene av forslaget for markedet i EU, se COM (2015) 634 side 10:

«Hvis de aftaleretlige hindringer fjernes, vil 122 000 flere virksomheter selge online på tværs af grænserne. Eksporten inden for EU vil stige med ca. 1 mia. EUR. Den øgede onlinekonkurrence i detailledet vil medføre et prisfald i alle medlemsstater på gennemsnitligt 0,25 % på EU-niveau. Dette prisfald og den øgede forbrugertillid, som følger af ensartede rettigheder i hele EU, vil medføre en øget efterspørgsel hos forbrukerne. Det private forbrug, som afspejler forbrugernes velfærd, vil stige i alle medlemsstater med et gennemsnit på 0,23 % på EU-niveau, hvilket svarer til ca. 18 mia. EUR. Mellem 7,8 og 13 mio. flere forbrugere vil begynde at købe online på tværs af grænserne. Det gennemsnitlige beløb, som hver enkelt grænseoverskridende køber bruger årligt, vil desuden stige med 40 EUR. Denne stigning i udbud og efterspørgsel vil have en direkte indvirkning på de vigtigste makroøkonomiske variabler i hver enkelt medlemsstat og i EU som helhed. Det samlede BNP i faste priser forventes at stige med ca. 4 mia. EUR om året.»

Det er en sammensatt gruppe av aktører som påvirkes av en lov om digitale ytelser, og så lenge de ufravikelige forbrukervernreglene blir overholdt, har bedrifter og andre aktører betydelig fleksibilitet med hensyn til hvordan de vil innrette seg etter regelverket. Departementet har derfor ikke ansett det som hensiktsmessig eller mulig å tallfeste de ovennevnte gevinstene og kostnadene ved en gjennomføring i Norge, annet enn at det er sannsynlig at Norge vil ta ut en forholdsmessig andel av slike gevinster som er beskrevet i direktivforslaget. På den annen side åpner fleksibiliteten i lovutkastet for at aktørene – innenfor rammen av regelverket – tilpasser seg slik de selv anser det som mest lønnsomt. I et makroperspektiv antas dette å åpne for innovasjon og samfunnsøkonomisk effektive løsninger.

## **25 Merknader til de enkelte bestemmelsene**

I spesialmerknadene henvises det en rekke steder til bestemmelser i forbrukerkjøpsloven. Departementet har ikke tatt med henvisninger til



forbrukerkjøpslovens forarbeider for hver enkelt bestemmelse som trekkes inn. Det vises i stedet generelt til NOU 1993: 27 og Ot.prp. nr. 44 (2001–2002).

### *Til § 1*

Bestemmelsen angir lovens anvendelsesområde.

*Første ledd* avgrenser lovens anvendelsesområde til avtaler om levering av digitale ytelser mot vederlag i forbrukerforhold, i tråd med direktivet artikkel 3.

*Andre ledd* inneholder en legaldefinisjon av digitale ytelser, som omfatter digitalt innhold og digitale tjenester. Eksempler er ifølge direktivets fortale avsnitt 19 EDB-programmer, applikasjoner, videofiler, lydfile, musikkfiler, digitale spill og e-bøker. Videre omfattes tjenester som gjelder data i digital form, slik som generering, behandling, adgang eller lagring. Eksempler kan være bilde- og lyddeling, filhosting, tekstbehandling og sosiale medier.

*Tredje ledd første punktum* svarer til forbrukerkjøpsloven § 2.

«Næringsvirksomhet» omfatter også offentlig eide juridiske personer, og personer som handler som ledd i sitt håndverk eller profesjon, jf. direktivet artikkel 2 nr. 5. Ifølge fortalen avsnitt 27 skal ikke direktivet få anvendelse på avtaler der hovedformålet er levering av «erhvervsmæssige tjenester». Eksempler er oversettelsestjenester, arkitekttjenester, juridiske tjenester og lignende rådgivningstjenester. *Andre punktum* svarer til forbrukerkjøpsloven § 1 tredje ledd. Ved avtaler med doble formål er det avgjørende om den fysiske personen «hovedsakelig» ikke handler som ledd i næringsvirksomhet. Direktivet artikkel 2 nr. 6 har ikke med et «hovedsakelig»-vilkår, men fortalen avsnitt 17 åpner uttrykkelig for en særskilt regulering i de enkelte medlemsstatene.

*Fjerde ledd* legaldefinerer «vederlag». *Første punktum* presiserer at vederlaget kan bestå i annet enn penger. «Annen motytelse» omfatter også digitale uttrykk for verdi, for eksempel elektroniske kuponger og andre virtuelle valutaer. Lovteksten angir uttrykkelig at det at forbrukeren oppgir personopplysninger, omfattes av vederlagsbegrepet. «[P]ersonopplysninger» skal forstås i samsvar med legaldefinisjonen i personvernforordningen artikkel 4 nr. 1, jf. direktivet artikkel 2 nr. 8. *Andre punktum* oppstiller et unntak hvor leverandøren ikke skal benytte personopplysningene til annet enn forhold med tilknytning til den digitale ytelsen, for eksempel programvare, hvor personopplysningene kun benyttes for å forbedre sikkerhet, kompatibilitet og interoperabilitet, jf. direktivet artikkel 3 nr. 5 bokstav f. Unntaket gjelder videre «lovpålagte» plikter. Uttrykket må forstås vidt. Dette omfatter offentligrettslige reguleringer, i både forskrifts og lovs form, som gjelder for den aktuelle virksomheten. Eksempelvis rammer dette offentligrettslige krav til registrering av forbrukeren av sikkerhetshensyn, jf. fortalen avsnitt 25.

### *Til § 2*

*Første ledd* fastslår at loven også gjelder tilvirkede digitale ytelser, og tilsvarende forbrukerkjøpsloven § 2 første ledd bokstav a. Uttrykket «utviklet» er benyttet i stedet for «tilvirket», for å tilpasse terminologien til ytelsens egenart.

*Andre ledd* trekker en grense mot forbrukerkjøpslovens anvendelsesområde.

*Første punktum* gir loven anvendelse også på fysiske medier der disse

«utelukkende» er bærere av det digitale innholdet. Dette rammer typisk CD-er, USB-nøkler, DVD-er, Blu-ray, minnebrikke og lignende, jf. direktivets fortale avsnitt 20. Ved «levering» kommer imidlertid forbrukerkjøpslovens bestemmelser til anvendelse, jf. *andre punktum*.

*Tredje ledd* oppstiller en rekke særskilte unntak fra lovens anvendelsesområde.

*Bokstav a* unntar «helseytelser» fra helsepersonell. Unntaket er i samsvar med direktivet artikkel 3 nr. 5 bokstav c, som viser til definisjonen av «sundhetsydelser» i direktiv 2011/24/EU artikkel 3 bokstav a.

*Bokstav b* skal forstås i samsvar med legaldefinisjonen i direktivet artikkel 3 nr. 5 bokstav d.

*Bokstav c* gjør unntak for offentlige fremvisninger i samsvar med direktivet artikkel 3 nr. 5 bokstav g. Dette rammer for eksempel digitale kinoforestillinger. Ordet «fremvisning» skal forstås vidt. Det sentrale er om det digitale innholdet stilles til rådighet for offentligheten. Noe vil for eksempel kunne regnes som en fremvisning selv om forbrukeren kan interagere med innholdet, slik som for eksempel interaktive utstillinger på et museum. Fremvisningen må imidlertid skje som ledd i en «forestilling eller et arrangement» i vid forstand. At fremvisningen er «offentlig», skal ikke forstås så vidt at det omfatter alle tilfeller der fremvisningen gjøres tilgjengelig for allmenheten, for eksempel via en tv-sending.

*Bokstav d* samsvarer med unntaket for elektroniske kommunikasjonstjenester i direktivet artikkel 3 nr. 5 bokstav b. «Elektroniske kommunikasjonstjenester» er definert i direktiv 2018/1972 artikkel 2 nr. 4. Loven får likevel anvendelse på «nummeruavhengige mellommenneskelige kommunikasjonstjenester», slik dette er definert i direktiv 2018/1972 artikkel 2 nr. 7.

*Bokstav e* svarer til direktivet artikkel 3 nr. 5 bokstav e, som henviser til legaldefinisjonen i direktiv 2002/65/EF artikkel 2 bokstav b.

*Fjerde ledd* avgrensner lovens anvendelsesområde ved forskjellige sammensatte ytelser. *Første punktum* bestemmer at når den digitale ytelsen er sammenknyttet med tingen slik at den er «nødvendig» for tingens funksjon, får digitalytelsesloven ikke anvendelse overhodet. Ifølge fortalen avsnitt 21 beror dette på kjøpsavtalens innhold. Der en bestemt videoapplikasjon er en del av en kjøpsavtale om kjøp av smart-TV, innebærer dette at videoapplikasjonen er sammenknyttet med smart-TV-en. Fortalen presiserer at dette gjelder også dersom en tredjepart leverer den digitale ytelsen, så fremt dette skjer i henhold til kjøpsavtalen. Hvis derimot forbrukeren kjøper en smarttelefon uten et operativsystem, og kjøper operativsystemet fra en tredjemand, vil digitalytelsesloven få anvendelse på kjøpet av operativsystemet, jf. fortalen avsnitt 22. Dersom det er tvil om begge de sammenknyttede ytelsene er selgers forpliktelser etter den samme kjøpsavtalen, gir direktivet artikkel 3 nr. 4 og fortalen avsnitt 21 uttrykk for at ytelsene skal anses som omfattet av den samme kjøpsavtalen. Konsekvensen blir at forbrukerkjøpsloven får anvendelse. Når det gjelder spørsmålet om forholdet mellom forbrukerkjøpsloven og digitalytelseslovens anvendelsesområde der tjenesteelementet er overveiende, sammenlign forbrukerkjøpsloven § 2 andre ledd d, vises det til drøftelsen i høringsnotatet punkt 6.

*Andre punktum* gjennomfører direktivet artikkel 3 nr. 6. Bestemmelsen gjelder «andre avtaler» enn etter første punktum og er derfor negativt avgrenset mot første punktum. For disse avtalene (kombinerte avtaler) skal de ulike elementene holdes

adskilt, slik at loven anvendes på den delen av avtalen som består i digitale ytelser. Det avgjørende for hvorvidt det er tale om en kombinert avtale, er om det gjelder én avtale med flere elementer mellom samme næringsdrivende og samme forbruker, jf. direktivet fortale avsnitt 34.

### *Til § 3*

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 22. Det følger antitetisk av *første punktum* at det kan avtales mer gunstige vilkår for forbrukeren enn det loven foreskriver. *Andre punktum* bestemmer at første punktum ikke er til hinder for at det inngås avtaler på tvers av lovens minimumsvern etter at forbrukeren gir «melding» om et kontraktsbrudd. Ordlyden avviker fra direktivet på dette punktet (som benytter «kendskap»). Ettersom bestemmelsen gjelder forliksavtaler, vil imidlertid unntaket neppe være aktuelt uten at den andre parten har fått kunnskap om den aktuelle omstendigheten. Formuleringene «gitt melding» og «fått varsel» er dermed valgt bare fordi de samsvarer med terminologien i §§ 18 og 27 om melding av krav.

### *Til § 4*

Bestemmelsen svarer til direktivet artikkel 5 nr. 1. Formuleringen «unødig opphold» er også benyttet i forbrukerkjøpsloven § 6 første ledd. Lovutkastets bestemmelse avviker imidlertid noe fra forbrukerkjøpsloven § 6 ved at det ikke er oppstilt en alternativ bestemt tidsfrist. I § 2 andre ledd er det gitt noen unntak fra anvendelsen av leveringsbestemmelsene i digitalytelsesloven, og forbrukerkjøpsloven § 6 første ledd får anvendelse i stedet på dette punktet.

### *Til § 5*

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 5 nr. 2. Det avgjørende kriteriet for leveringen er når den digitale tjenesten er «gjort tilgjengelig». Tjenesten er tilgjengeliggjort når den har kommet frem til forbrukerens sfære og er klar for bruk uten ytterligere tiltak fra den næringsdrivendes side, jf. direktivets fortale avsnitt 41. Videre anses tjenesten tilgjengeliggjort for forbrukeren dersom tjenesten er tilgjengeliggjort for en tredjeperson, en elektronisk plattform eller en annen innretning som forbrukeren har valgt. At forbrukeren må ha «valgt» den, knytter seg til alle tre alternativene. Forbrukeren vil ikke anses å ha foretatt et slikt valg der innretningen kontrolleres av den næringsdrivende, eller der forbrukeren bare formelt velger innretningen som følge av at det er den eneste som tilbys, jf. fortalen avsnitt 41.

### *Til § 6*

Bevisbyrderegelen gjennomfører direktivet artikkel 12 nr. 1.

### *Til § 7*

*Første ledd* gjennomfører direktivet artikkel 7 bokstavene a, c og d. Lovutkastet § 7 bokstav a gir eksempler på egenskaper som typisk er regulert av avtalen.

«Mengde» kan for eksempel gjelde antall tilgjengelige musikkfiler, og «kvalitet» kan eksempelvis bety bildeoppløsning, språk og versjon. *Bokstav b og c* angir andre særlig aktuelle forhold ved levering av digitale ytelser.

*Andre ledd* gjennomfører direktivet artikkel 7 bokstav b. Leverandøren må ha blitt gjort kjent med og akseptert det bestemte formålet innen avtaleinngåelsestidspunktet. Bestemmelsen er beslektet med forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav c, men gir en noe svakere forbrukerbeskyttelse som følge av direktivet artikkel 7 bokstav b, jf. artikkel 4. Begrunnelsen for dette fremgår av høringsnotatet punkt 10.3.

#### *Til § 8*

*Første ledd* gjennomfører direktivet artikkel 8 nr. 6. Avtaleinngåelsestidspunktet er avgjørende for hvilken versjon av den digitale ytelsen som anses som kontraktsmessig.

*Andre ledd* gjennomfører direktivet artikkel 8 nr. 5. Bestemmelsen henviser til kravene i tredje ledd. Det oppstilles imidlertid unntak fra disse kravene der forbrukeren har blitt gjort «særskilt oppmerksom» på avvik fra kravene og har «uttrykkelig» akseptert avvikene. «Uttrykkelig» innebærer at avviket må aksepteres aktivt fra forbrukerens side gjennom en klar og utvetydig handlemåte, jf. fortalen avsnitt 49. Fortalen åpner for at dette kan oppfylles ved for eksempel avkrysning i en rubrikk. Den høye terskelen adskiller seg fra forbrukerkjøpsloven § 15, av hensyn til forpliktelsene som følger av direktivet.

*Tredje ledd* angir alternative grunnlag for at det foreligger en «objektiv» mangel. Til forskjell fra forbrukerkjøpsloven omfatter ikke opplistingen misligholdt opplysningsplikt, sammenlign forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav b. Departementets vurderinger knyttet til dette fremgår av høringsnotatet punkt 10.3. *Tredje ledd bokstav a* gjennomfører direktivet artikkel 8 nr. 1 bokstav a og svarer til forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav a. *Bokstav b* gjennomfører artikkel 8 nr. 1 bokstav b, og er en slags sammensmeltning av forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav g og § 16 første ledd bokstav c, se nærmere om bakgrunnen for denne strukturen i høringsnotatet punkt 10.3. *Bokstav c* gjennomfører artikkel 8 nr. 1 bokstav c. *Bokstav d* gjennomfører artikkel 8 nr. 1 bokstav d og svarer til forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav d. *Bokstav e* svarer til forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav f. Bestemmelsen er en konkretisering av kravet som stilles i direktivet artikkel 8 nr. 1 bokstav a. *Bokstav g* gjennomfører direktivet artikkel 10. Bestemmelsen samsvarer med forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav g første punktum, men ordlyden «upåvirket» erstatter «være fri», som en tilpasning til ytelsens egenart og ordlyden i direktivet artikkel 10. En bestemmelse som tilsvarende forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd bokstav g andre punktum, er ikke tatt med, se høringsnotatet punkt 10.3 om bakgrunnen for dette.

*Fjerde ledd* gjennomfører direktivet artikkel 8 nr. 1 bokstav b og svarer i hovedsak til forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav c.

#### *Til § 9*

*Første ledd* gjennomfører direktivet artikkel 8 nr. 2, mens *andre ledd* gjennomfører artikkel 8 nr. 5. Bestemmelsene regulerer leverandørens ansvar for

oppdateringer og har ikke noe motstykke i forbrukerkjøpsloven. Unntaket for leverandørens ansvar i *andre ledd* benytter den samme høye terskelen som § 8 andre ledd.

#### *Til § 10*

*Første ledd første punktum* fastslår at kravene i §§ 7, 8 og 9 er avgjørende for når det foreligger en mangel. *Andre punktum* regulerer situasjonen når leveringen løper over en periode, i samsvar med direktivet artikkel 8 nr. 4 og 11 nr. 3 første ledd. Perioden kan være bestemt eller ubestemt. En toårig skylagringsavtale eller tidsubestemte medlemskap i sosiale medieplattformer er eksempler, ifølge direktivets fortale avsnitt 57. En «løpende levering over en periode» innebærer ikke nødvendigvis langsiktig levering. Strømming av et videoklipp anses som løpende levering over en periode, uavhengig av klippets varighet. Der en digital tjeneste ytes jevnlig over en periode, vil det kunne regnes som en løpende levering over en periode, så fremt dette er forutsatt i avtalen. Konsekvensen av at det er tale om en løpende levering over en periode, er at ytelsen må være kontraktsmessig i hele perioden. Ved løpende levering av digitale ytelser bør, ifølge direktivets fortale avsnitt 51, kortvarige avbrytelser anses som mangler når avbrytelsene er mer enn uvesentlige eller inntreffer flere ganger. *Tredje punktum* gjelder enkeltstående leveringer og avgrenser derfor mot løpende levering. Bestemmelsen er i samsvar med direktivet artikkel 11 nr. 2 første ledd. Hva som ligger i «enkelstående leveringer», er langt på vei selvforklarende, men direktivets fortale avsnitt 56 nevner som eksempel at forbrukeren laster ned en e-bok til sin egen digitale enhet eller mottar en lenke som gir forbrukeren mulighet til å laste ned en ny bok hver uke. Samme sted fremgår det at det karakteriske trekket ved denne typen levering er at forbrukeren har mulighet til å få adgang til og bruke den digitale ytelsen uten tidsbegrensning.

*Andre ledd* regulerer risikoen for uriktig installasjon og gjennomfører direktivet artikkel 9.

*Tredje ledd* gjennomfører direktivet artikkel 8 nr. 3. Bestemmelsen regulerer situasjonen der ytelsen avviker fra kravene som følge av manglende installasjon av oppdateringer fra forbrukeren. *Første punktum* gir forbrukeren et visst tidsmessig spillerom. Hva som er «rimelig tid», må fastslås objektivt på grunnlag av konkrete omstendigheter, jf. direktivets fortale avsnitt 46. Der leverandøren har fastsatt en tidsfrist, må denne i utgangspunktet være avgjørende, så fremt tidsfristen er rimelig. *Andre punktum* oppstiller visse tilleggsforutsetninger for at forbrukeren skal ha risikoen for manglende installasjon av oppdateringer.

#### *Til § 11*

*Første ledd* gjennomfører direktivet artikkel 12 nr. 3 om bevisbyrde for løpende digitale ytelser. Leverandørens bevisbyrde forutsetter at det «viser seg» en mangel i løpet av perioden. Dette innebærer bare at forbrukeren må kunne vise til overordnede, ytre forhold som kan tyde på at kravene til ytelsen ikke er innfridd.

*Andre ledd* gjennomfører direktivet artikkel 12 nr. 2 om bevisbyrde for enkeltstående leveringer.

*Tredje ledd* gjennomfører direktivet artikkel 12 nr. 4. Med «tekniske krav» siktes det til krav som må oppfylles for at den digitale ytelsen skal fungere tilfredsstillende. Legaldefinisjon av «forbrukerens digitale miljø» samsvarer med direktivet artikkel 2 nr. 9.

*Fjerde ledd* gjennomfører direktivet artikkel 12 nr. 5. *Første punktum* oppstiller en samarbeidsplikt for forbrukeren for at leverandøren skal kunne undersøke om avviket skyldes forbrukerens digitale miljø. *Andre punktum* begrenser samarbeidsplikten. Kravet om at fremgangsmåten må være den «minst inngripende», innebærer at forbrukeren ikke har plikt til å godta en bestemt fremgangsmåte hvis det finnes mindre inngripende virkemidler som er egnet. Samarbeidsplikten omfatter heller ikke uegnede virkemidler. Forbrukeren vil ifølge direktivets fortale avsnitt 60 bare være forpliktet til å gi virtuell tilgang til sitt digitale miljø i helt spesielle tilfeller, når dette er den eneste muligheten og kan forsvares ut fra omstendighetene. Virtuell tilgang vil for eksempel si at forbrukeren tillater leverandøren å ta kontroll over forbrukerens PC over nettet. Fortalen avsnitt 60 presiserer også at samarbeidsplikten ikke skal gå ut over forbrukerens grunnleggende rett til privatlivets fred, herunder rett til beskyttelse av fortrolige opplysninger og personopplysninger.

#### *Til § 12*

Bestemmelsen gir en oversikt over forbrukerens beføyelser ved forsinkelse og svarer til forbrukerkjøpsloven § 19 første og andre ledd. At krav fra forbrukeren forutsetter at forsinkelsen ikke skyldes forhold på forbrukerens side, motsvares ikke av noen bestemmelse i direktivet, se høringsnotatet punkt 12.2 om dette. Opplistingen i bokstav a til d tilsvarende opplistingen i forbrukerkjøpsloven § 19 første ledd. Bokstav b om naturaloppfyllelse har ikke noe motsvar i direktivet, se høringsnotatet punkt 12.3.

#### *Til § 13*

Bestemmelsen om tilbakeholdsrett er tilnærmet identisk med forbrukerkjøpsloven § 20. Direktivet har ingen bestemmelse om tilbakeholdsrett, men forutsetter i fortalen avsnitt 15, jf. artikkel 3 nr. 10, at artikkel 4 ikke er i veien for en nasjonal regel om tilbakeholdsrett.

#### *Til § 14*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 21, med unntak av at en bestemmelse som tilsvarende tredje ledd, ikke er tatt med. Det tilsvarende spørsmålet reguleres i stedet av meldingsregelen i § 18. For departementets vurderinger vises det til høringsnotatet punkt 12.3 og 14.3.

#### *Til § 15*

Bestemmelsen i *første ledd* gjennomfører direktivet artikkel 13 nr. 1. *Andre ledd* gjennomfører direktivet artikkel 13 nr. 2. Bestemmelsene svarer langt på vei til

forbrukerkjøpsloven § 23, med unntak av dennes tredje ledd. Det tilsvarende spørsmålet reguleres i stedet av meldingsregelen i § 18.

*Andre ledd første punktum* sett i sammenheng med *tredje punktum* uttrykker en slags regel om heving ved forventet kontraktsbrudd, sammenlign forbrukerkjøpsloven § 55. Ordlyden i «slike tilfeller» refererer altså tilbake til både første og andre punktum.

#### *Til § 16*

Bestemmelsen tilsvarende forbrukerkjøpsloven § 24 og har ikke noe motsvar i direktivet.

Ordet «beviser» i *andre ledd* benyttes i stedet for ordet «godtgjør» i forbrukerkjøpsloven § 24. Terminologiendringen skyldes at ordet «beviser» trolig er bedre egnet til å uttrykke den etter hvert etablerte tolkningen av forbrukerkjøpslovens «godtgjør», nemlig at realdebitor har bevisbyrden, og at det som utgangspunkt gjelder et krav om vanlig sannsynlighetsovervekt, se Tverberg: Forbrukerkjøpsloven med kommentarer (2008) s. 379.

I *tredje ledd* er det nøytrale uttrykket «omsetningsledd» benyttet for å fange opp andre typer avtaleledd enn utelukkende salgsledd.

#### *Til § 17*

Bestemmelsen tilsvarende forbrukerkjøpsloven § 25.

#### *Til § 18*

Meldingsbestemmelsen gjelder for forsinkelsessituasjonen og er lik § 27 (som gjelder for mangelsituasjonen). Bestemmelsen er drøftet i høringsnotatet punkt 14.

#### *Til § 19*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 26 med unntak av dennes tredje ledd, og gir en oversikt over misligholdsbeføyelsene ved mangler. Se høringsnotatet punkt 13.2 jf. punkt 12.2 for en nærmere omtale.

#### *Til § 20*

Bestemmelsen om tilbakeholdsrett har ikke noe motsvar i direktivet. Ifølge direktivets fortale avsnitt 15 står den enkelte staten fritt til å regulere dette selv, jf. artikkel 3 nr. 10.

#### *Til § 21*

Bestemmelsen har sitt motsvar i direktivet artikkel 14 nr. 2 og nr. 3 med visse terminologiske tilpasninger, jf. også forbrukerkjøpsloven §§ 29 og 30. *Første ledd tredje punktum* avviker fra forbrukerens valgrett etter forbrukerkjøpsloven § 29 første ledd første punktum ved at leverandøren er gitt valgretten innenfor rammen

av  *tredje ledd*. Dette er i tråd med direktivet løsning, jf. artikkel 14 nr. 2 og fortalen avsnitt 63.

I  *andre ledd* er det gjort enkelte tilpasninger av hensyn til direktivteksten.

*Tredje ledd* oppstiller, til forskjell fra forbrukerkjøpsloven § 30 andre ledd, ingen spesifikk grense for hvor mange avhjelpsforsøk leverandøren har. Bakgrunnen er at direktivet ikke har slike bestemmelser, og at regelen ikke synes å være tilpasset digitale ytelser, se høringsnotatet punkt 13.3.2. I stedet vil det avgjørende være om avhjelpsforsøkene samlet sett medfører en «vesentlig ulempe» for forbrukeren.

#### *Til § 22*

*Første ledd* tilsvarer forbrukerkjøpsloven § 29 tredje ledd og har ikke noe direkte motsvar i direktivet.

*Andre ledd første punktum* gjennomfører direktivet artikkel 14 nr. 4 bokstav d.  *Andre punktum* presiserer et moment i vurderingen uten et direkte motsvar i direktivet. At det skal legges vekt på dette momentet, betyr ikke at ikke også andre momenter kan være relevante. Et typisk eksempel er at et antivirusprogram selv er infisert med virus, jf. direktivets fortale avsnitt 65.

#### *Til § 23*

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 14 nr. 4 og 5. Utformingen av  *første ledd* er hentet fra forbrukerkjøpsloven § 31. Henvisningen til lovutkastet §§ 21 og 22 gjennomfører direktivet artikkel 14 nr. 4 bokstavene a, b, c og e.

Direktivet artikkel 14 nr. 4 bokstav a gjelder situasjonen der avhjelp er umulig eller uforholdsmessig. Bokstav b gjelder tilfellet der den næringsdrivende ikke har avhjulpet mangelen innen rimelig tid og uten vesentlig ulempe for forbrukeren. Bokstav c gjelder der den næringsdrivende ikke har lyktes i å avhjelpe mangelen. Bokstav e gjelder situasjonen der den næringsdrivende tilkjennegir, eller det fremgår tydelig ut fra omstendighetene, at den næringsdrivende ikke vil kunne avhjelpe mangelen innen rimelig tid eller uten vesentlig ulempe for forbrukeren.

Prisavslag er ikke aktuelt der vederlaget utelukkende består i å oppgi personopplysninger. Sammenholdt med forbrukerkjøpsloven § 31 er ordlyden «passende» sløyfet i lovutkastet § 23 for å sikre at bestemmelsen er forenlig med direktivet artikkel 14 nr. 4.

Utkastet har ingen bestemmelse om at prisavslaget kan settes lik mangelens subjektive betydning, til forskjell fra forbrukerkjøpsloven § 31 andre ledd. Formålet med dette er å sikre at bestemmelsen er forenlig med direktivet artikkel 14 nr. 4. For tap som ikke dekkes av prisavslagsbestemmelsen, kan imidlertid forbrukeren etter omstendighetene benytte seg av reglene om ulempeerstatning, jf. lovutkastet § 48 andre ledd første punktum. For en nærmere drøftelse av departementets prisavslagsmodell se høringsnotatet punkt 13.4.2.

*Andre ledd* gjennomfører direktivet artikkel 14 nr. 5 andre ledd. Bestemmelsen er særlig aktuell der forbrukeren i en midlertidig periode ikke får utnyttet ytelsen.



#### *Til § 24*

*Første punktum* samsvarer med forbrukerkjøpsloven § 32 og gjennomfører direktivet artikkel 14 nr. 4. Av hensyn til artikkel 14 nr. 6 er det imidlertid presisert at det er opp til leverandøren å bevise at mangelen er uvesentlig. *Andre punktum* gjelder situasjonen når vederlaget utelukkende består i å oppgi personopplysninger, se direktivet artikkel 14 nr. 6 sett i sammenheng med nr. 4, jf. fortalen avsnitt 67.

#### *Til § 25*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 33 første og tredje ledd.

#### *Til § 26*

Bestemmelsen om direktekrav i § 26 har ikke noe motsvar i direktivet, men bygger på forbrukerkjøpsloven § 35 med enkelte modifiseringer.

Det foreslås i *første ledd første punktum* å bruke «omsetningsledd» i stedet for forbrukerkjøpslovens krav om «yrkessalgssledd». Departementet antar at det for digitale ytelser ikke er behov for en presisering som i forbrukerkjøpsloven § 35 fjerde ledd. Det foreslås også å bruke «eller et annet omsetningsledd i avtalekjeden» fremfor formuleringen «en annen som ervervet tingen fra det tidligere leddet» i forbrukerkjøpsloven § 35 første ledd. I forslaget *første ledd andre punktum* er det presisert at bestemmelsen kun får anvendelse når det tidligere leddet opptrer i næringsvirksomhet. Dersom det tidligere leddet ikke opptrer i næringsvirksomhet, er forbrukeren eventuelt henvist til å benytte kjøpslovens direktekravsregel, jf. henvisningen i forslaget *tredje ledd*.

*Andre ledd andre punktum* oppstiller en relativ reklamasjonsfrist for direktekrav, til forskjell til hva som formelt gjelder for andre kontraktsbruddssituasjoner i lovutkastet, se §§ 18 og 27 og høringsnotatet punkt 13.8 og 14.3. Se også den nærmere omtalen av direktekravsbestemmelsen i høringsnotatet punkt 13.7.

#### *Til § 27*

Lovutkastet § 27 *første punktum* uttrykker at forbrukeren må gi leverandøren melding om krav, men knytter ikke selv noen virkning til at melding ikke gis (i motsetning til reklamasjonsregler), se høringsnotatet punkt 14.3. *Andre punktum* presiserer at alminnelige regler om passivitet kan lede til tap av misligholdsbeføyelser hvis forbrukeren ikke gir leverandøren melding om mangelen i tide. *Tredje punktum* gir en pedagogisk henvisning til foreldelseslovens regler om foreldelse.

#### *Til § 28*

*Første ledd* svarer til forbrukerkjøpsloven § 37 første ledd.

*Andre ledd* gir en særregulering om prisendringer for løpende leveringer. *Første punktum* gir leverandøren en endringsadgang forutsatt at en slik rett er avtalt, og at forbrukerens rettigheter etter denne bestemmelsen fremgår av avtalen. I praksis er

det særlig viktig at vilkårene opplyser om forbrukerens oppsigelsesrett etter tredje punktum. *Andre punktum* fastsetter en varslingsplikt der endringen er til ugunst for forbrukeren. *Tredje punktum* gir forbrukeren mulighet til å si opp avtalen der endringen overstiger endringene i konsumprisindeksen. Referansepunktet for endringen vil være den sist avtalte prisen, enten dette er avtaleinngåelsestidspunktet eller forrige prisendring hvor forbrukeren valgte å ikke si opp avtalen. *Fjerde punktum* gjør det klart at § 33 gjelder parallelt. Tredje punktum skal altså ikke tolkes antitetisk; den fungerer bare som en eventuell utvidelse av forbrukerens rettigheter. Selv om prisendringen ikke overstiger endringen i konsumprisindeksen, kan altså forbrukeren ha oppsigelsesrett etter § 33.

*Tredje ledd* svarer til forbrukerkjøpsloven § 37 tredje ledd.

#### *Til § 29*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 38, bortsett fra at en bestemmelse tilsvarende dennes fjerde ledd ikke er tatt med, som følge av de digitale ytelsenes egenart.

#### *Til § 30*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 40 bokstav a.

#### *Til § 31*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 41. Avbestillingsreglene i utkastet har ikke noe motsvar i direktivet, men departementet antar at slike reguleringer er overlatt til de enkelte medlemsstatene, jf. artikkel 3 nr. 10. Når det gjelder departementets nærmere vurderinger, vises det til høringsnotatet punkt 16.

#### *Til § 32*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 42 første og andre ledd.

#### *Til § 33*

Bestemmelsen har ikke noe motsvar i direktivet og regulerer forbrukerens oppsigelsesadgang ved løpende levering. *Første punktum* fastslår at «forbrukeren» kan si opp avtalen. Leverandørens oppsigelsesadgang er ikke regulert og må eventuelt vurderes ut fra alminnelige regler og avtalen. Hva som er «rimelig» varsel, må vurderes konkret under hensyn til avtalens art, partenes legitime behov og forholdene ellers.

*Andre ledd* regulerer adgangen til å avtale bindingstid. Bestemmelsens *tredje punktum* forutsetter at forbrukeren oppnår en «fordel» som står i forhold til bindingstidens lengde. En fordel vil typisk kunne være at prisen per måned reduseres, eller at forbrukeren får tilgang til flere funksjoner mv.

*Tredje ledd* gjelder løpende ytelser hvor vederlaget består i å oppgi personopplysninger. Der begrensninger i oppsigelsesretten er uttrykkelig akseptert av forbrukeren, er forbrukeren henvist til eventuelt å benytte hevingsbestemmelsen.

*Fjerde ledd* regulerer hvilke kommunikasjonsmidler som kan benyttes for å si opp avtalen.

*Femte ledd første punktum* likestiller manglende dekning på kontoen med oppsigelse, for ordninger om periodevis (typisk månedlig) forskuddstrekk der det ikke er avtalt bindingstid. *Andre punktum* utvider dette til å gjelde for utløpte betalingskort. Bestemmelsen skal ikke tolkes antitetisk og kan eventuelt egne seg for analogisk anvendelse på andre betalingsmidler.

#### *Til § 34*

Bestemmelsen svarer langt på vei til forbrukerkjøpsloven § 43. *Bokstav a* tilsvare forbrukerkjøpsloven § 9.

#### *Til § 35*

Bestemmelsen gjelder leverandørens tilbakeholdsrett. «Holde ytelsen tilbake» er særlig myntet på enkeltstående leveringer eller før en løpende ytelse er igangsatt, mens «stans videre levering» særlig tar sikte på tilfeller der en løpende ytelse allerede er igangsatt.

#### *Til § 36*

Bestemmelsen svarer langt på vei til forbrukerkjøpsloven § 44. I *andre punktum* er ordlyden «samferdselen» sløyfet sammenlignet med forbrukerkjøpsloven. Det er ikke tilsiktet noen realitetsforskjell, jf. alternativet «andre forhold». *Tredje punktum* er inntatt utelukkende av informasjonshensyn, for å presisere at leverandøren ikke kan kreve oppfyllelse i tilfellene som er nevnt i § 33 femte ledd.

#### *Til § 37*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 45 med visse terminologiske endringer.

#### *Til § 38*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 46.

*Første ledd* om forsinkelsesrenter beregnet av vederlaget gjelder ikke der vederlaget består i personopplysninger.

I *andre ledd* er ordlyden «samferdselen» sløyfet sammenlignet med forbrukerkjøpslovens formulering, uten at det er tilsiktet noen realitetsforskjell.

### *Til § 39*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 47.

### *Til § 40*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 48.

### *Til § 41*

*Første punktum* gjennomfører direktivet artikkel 19 nr. 1 bokstavene a og b, og regulerer hvilken adgang leverandøren har til å endre selve *ytelsen* når endringen ikke gjøres for å overholde kravene i § 9, jf. §§ 7 og 8. Dette er noe annet enn prisendringer, som reguleres av lovutkastet § 28 andre ledd. Endringsadgangen etter lovutkastet § 41 må ha «grunnlag i avtalen». Direktivet artikkel 19 nr. 1 bokstav a krever også en «gyldig grund», noe som imidlertid forutsettes å være dekket av lovutkastets formulering. En «gyldig grund» kan ifølge fortalen avsnitt 75 være at endringen er nødvendig av viktige driftsmessige grunner, som for eksempel antall brukere. *Andre punktum* samsvarer med direktivet artikkel 19 nr. 1 bokstav c.

### *Til § 42*

*Første ledd første punktum* svarer til direktivet artikkel 19 nr. 2 første punktum. Hvorvidt det foreligger en ikke uvesentlig negativ påvirkning for forbrukeren, må ifølge fortalen avsnitt 75 avhenge av en objektiv vurdering hvor det avgjørende er ytelsens art og formål, herunder dens kvalitet, funksjonalitet, kompatibilitet og andre tilsvarende hovedegenskaper. *Andre punktum* svarer til direktivet artikkel 19 nr. 4.

*Andre ledd* gjennomfører direktivet artikkel 19 nr. 1 bokstav d. Hva som er «rimelig tid», må vurderes objektivt og under hensyn til de konkrete omstendighetene, jf. direktivets fortale avsnitt 46. *Andre punktum* oppstiller nærmere formkrav for varselet. Med «varig medium» menes ifølge direktivet artikkel 2 nr. 13 og fortalen avsnitt 76 noe som setter forbrukeren i stand til å lagre opplysningene slik at forbrukerens interesser er beskyttet. Eksempelvis omfatter dette papir, DVD-er, CD-er, USB-nøkler, minnebrikker, Blu-ray, harddisk eller e-post.

*Tredje ledd* svarer til direktivet artikkel 19 nr. 2.

### *Til § 43*

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 3 nr. 6 andre ledd (avsnitt). «Nummerbasert mellommenneskelig kommunikasjonstjeneste» er legaldefinert i direktiv 2018/1972 artikkel 2 nr. 6, mens internettilgangstjeneste er definert i EU-forordning 2015/2120 artikkel 2 nr. 2.

Rettsvirkningen er at bestemmelsene om endringer ikke kommer til anvendelse for den delen av den kombinerte avtalen som reguleres av loven, det vil si den digitale

ytelsen. Det andre elementet faller allerede utenfor lovens anvendelsesområde, jf. digitalytelsesloven § 2 fjerde ledd andre punktum.

#### *Til § 44*

Bestemmelsen svarer i det vesentlige til forbrukerkjøpsloven § 49. Se nærmere punkt 19.

#### *Til § 45*

*Første ledd første punktum* gjennomfører direktivet artikkel 16 nr. 1 første ledd. *Andre punktum* gjelder for løpende ytelser og gjennomfører direktivet artikkel 16 nr. 1 andre ledd, hvor det legges opp til at forbrukeren ikke får tilbakebetalt vederlag for en «mangelfri» periode.

*Andre ledd* gjennomfører direktivet artikkel 16 nr. 3. Den næringsdrivendes forutsettes å behandle personopplysninger i samsvar med personopplysningsloven, jf. direktivet artikkel 16 nr. 2.

*Tredje ledd* gjennomfører direktivet artikkel 16 nr. 4 og regulerer leverandørens plikt til å stille innhold til forbrukerens rådighet. Med «innhold etter andre ledd» siktes det til innhold som forbrukeren har avgitt ved bruk av den digitale ytelsen, med unntak av personopplysninger. Det fremgår av bestemmelsen at innhold som fanges opp av bokstavene a, b og c, ikke kan kreves stilt til rådighet for forbrukeren. Det følger forutsetningsvis av dette at innhold som nevnt i bokstav d (i tillegg til annet innhold) kan kreves stilt til rådighet.

*Fjerde ledd* gjennomfører direktivet artikkel 16 nr. 5.

#### *Til § 46*

*Første ledd* gjennomfører direktivet artikkel 17 nr. 1.

*Andre ledd* gjennomfører direktivet artikkel 17 nr. 2.

#### *Til § 47*

*Første ledd første punktum* gjennomfører direktivet artikkel 18 nr. 1.

*Andre ledd* gjennomfører direktivet artikkel 18 nr. 2 og nr. 3.

#### *Til § 48*

Bestemmelsen har ikke noe motsvar i direktivet. *Første ledd* svarer til forbrukerkjøpsloven § 52 første ledd.

*Andre ledd første punktum* bestemmer uttrykkelig at det kan kreves erstatning for visse ulemper. Departements vurderinger knyttet til dette fremgår av høringsnotatet punkt 20 (jf. også punkt 13.4 om forholdet til prisavslagsinstituttet). At ulempen må være «konkret», innebærer en avgrensning mot generelle ergrelser, slik som tapt tid og frustrasjon knyttet til misligholdet som sådan. Et eksempel på en konkret ulempe kan være at familiebilder går tapt som følge av mangler ved en

skylagringstjeneste. Samtidig avgrenses det mot bagatellmessige ulemper gjennom kriteriet «ikke ubetydelig». Ulempeerstatning gjelder utelukkende for «forbrukeren». *Andre punktum* gir partene adgang til å avtale en normalerstatning. Normalerstatningen kan sensureres dersom den ikke er «rimelig». Momentene «ytelsens art og omfang» inngår i en vurdering av om normalerstatningen gir en adekvat kompensasjon. Også andre momenter enn de som er nevnt i lovteksten, kan være relevante.

*Tredje ledd* svarer til forbrukerkjøpsloven § 52 andre ledd.

*Til § 49*

Bestemmelsen i § 49 *første ledd* svarer til forbrukerkjøpsloven § 53 første ledd, mens *andre ledd* samsvarer med forbrukerkjøpsloven § 53 andre ledd.

*Til § 50*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 54.

*Til § 51*

Bestemmelsen svarer i utgangspunktet til forbrukerkjøpsloven § 55. Tillegget «tilsvarende så langt de passer» er imidlertid tilføyd av hensyn til den digitale ytelsens egenart. Departementets vurderinger av forholdet til direktivet fremgår av høringsnotatet punkt 21.

*Til § 52*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 56.

*Til § 53*

*Første ledd* svarer til forbrukerkjøpsloven § 57 første ledd. *Andre punktum* presiserer at den særskilte hevingsretten også gjelder kombinerte avtaler. Denne reguleringen er etter direktivet artikkel 3 nr. 6 tredje ledd (avsnitt) overlatt til den enkelte staten. Det presiseres imidlertid at dette må skje innenfor rammen av direktiv 2018/1972 artikkel 107.

*Andre ledd* svarer til forbrukerkjøpsloven § 57 andre ledd.

*Til § 54*

Bestemmelsen svarer til forbrukerkjøpsloven § 59.

*Til § 55*

Ikrafttredelsesbestemmelsen overlater det til Kongen å beslutte når loven skal tre i kraft. Bestemmelsen tilrettelegger for å gjennomføre direktivet artikkel 24 nr. 1. I artikkel 24 nr. 1 er det fastsatt at medlemsstatene skal vedta og offentliggjøre

gjennomføringsregelverket senest 1. juli 2021, og at regelverket skal tre i kraft 1. januar 2022.

*Til § 56*

Overgangsbestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 24 nr. 2.

*Til § 57*

Departementet har foreløpig ikke identifisert noe behov for endringer i andre lover som følge av at det foreslås en ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere (endringene i forbrukerkjøpsloven legges frem i et eget høringsnotat).

Departementet tar imidlertid gjerne imot innspill fra høringsinstansenes om dette.

## 26 Lovutkast

### Utkast til lov om levering av digitale ytelser til forbrukere (digitalytelsesloven)

#### Kapittel 1. Innledende bestemmelser

##### § 1 *Alminnelig virkeområde*

Loven gjelder avtaler om levering av digitale ytelser mot vederlag i forbrukerforhold, hvis ikke noe annet er fastsatt i lov eller i medhold av lov.

Med digitale ytelser menes digitalt innhold og digitale tjenester. Digitalt innhold er data som fremstilles og leveres i digital form, ved at de gjengir fysiske størrelser med diskrete tegn. Digitale tjenester er tjenester som gjør det mulig for brukeren å frembringe, behandle, lagre eller få tilgang til data i digital form, eller tjenester som gjør det mulig å dele eller å samhandle på annen måte med slike data.

Med forbrukerforhold menes levering av ytelser til en forbruker der den som leverer ytelsen (leverandøren), opptrer i næringsvirksomhet. Med forbruker menes en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet.

Med vederlag menes en betaling i penger eller en annen motytelse, inkludert at forbrukeren oppgir personopplysninger. Å oppgi personopplysninger anses ikke som vederlag hvis leverandøren behandler opplysningene utelukkende for å kunne levere den digitale ytelsen eller overholde lovpålagte plikter.

##### § 2 *Lovens anvendelse i noen særlige forhold*

Loven gjelder for levering av digitale ytelser som er utviklet etter forbrukerens spesifikasjoner.

Med unntak av bestemmelsene om levering og forbrukerens krav ved forsinket levering i §§ 4, 5 og 15 gjelder loven også for fysiske medier som utelukkende brukes som bærere av digitalt innhold. For levering og forbrukerens krav ved forsinket levering av slike fysiske medier gjelder forbrukerkjøpsloven.

Loven gjelder ikke for

- a) helsetjenester som foreskrives eller utføres av helsepersonell
- b) pengespilltjenester
- c) offentlig fremvisning av digitalt innhold som ledd i en forestilling eller et arrangement
- d) elektroniske kommunikasjonstjenester med unntak av nummeruavhengige mellommenneskelige kommunikasjonstjenester
- e) finansielle tjenester som nevnt i finansavtaleloven § 1-3 første ledd og forsikringstjenester.

Forbrukerkjøpsloven gjelder for digitale ytelser som etter en kjøpsavtale leveres sammen med en ting, og som er sammenknyttet med tingen på en slik måte at ytelsen er nødvendig for tingens funksjon. For andre avtaler som omfatter både levering av digitale ytelser og levering av ting eller andre tjenester enn digitale



tjenester (kombinerte avtaler), anvendes loven på den delen av avtalen som gjelder digitale ytelser, med unntak for tilfeller som nevnt i § 43 og der noe annet er fastsatt i lov eller i medhold av lov.

### § 3 *Ufravikelighet*

Loven kan ikke fravikes ved avtale til skade for en forbruker. Denne bestemmelsen påvirker ikke gyldigheten av avtaler som inngås etter at forbrukeren har gitt melding om et kontraktsbrudd, eller etter at forbrukeren har fått varsel om endringer i samsvar med kapittel 9.

## **Kapittel 2. Levering av ytelsen**

### § 4 *Leveringstiden*

Den digitale ytelsen skal leveres uten unødig opphold hvis ikke noe annet er avtalt.

### § 5 *Levering*

Den digitale ytelsen er levert når den er gjort tilgjengelig for forbrukeren eller for en tredjeperson, en elektronisk plattform eller en annen innretning som forbrukeren har valgt til å motta ytelsen.

### § 6 *Bevisbyrde for levering*

Det påhviler leverandøren å bevise at den digitale ytelsen er levert i samsvar med §§ 4 og 5.

## **Kapittel 3. Krav til ytelsen. Mangler**

### § 7 *Avtalte krav til ytelsen*

Den digitale ytelsen skal samsvare med det som er avtalt om blant annet

- a) art, mengde, kvalitet, kompatibilitet og andre egenskaper
- b) tilbehør, veiledninger og kundeservice
- c) oppdateringer.

Den digitale ytelsen skal også passe for et bestemt formål som forbrukeren har gjort leverandøren kjent med, og som leverandøren har akseptert.

### § 8 *Alminnelige krav til ytelsen*

Hvis ikke noe annet følger av avtalen, skal den digitale ytelsen leveres i den nyeste versjonen som er tilgjengelig på avtaletidspunktet.

Den digitale ytelsen skal ellers samsvare med kravene i tredje ledd så langt forbrukeren ikke på avtaletidspunktet ble gjort særskilt oppmerksom på bestemte avvik fra kravene og aksepterte disse avvikene uttrykkelig.

Ytelsen skal dessuten

- a) passe for de formålene som tilsvarende ytelser vanligvis brukes til
- b) svare til det som forbrukeren har grunn til å forvente når det gjelder funksjonalitet og andre egenskaper, under hensyn til ytelsens art og opplysninger om ytelsen fra leverandørens side, jf. fjerde ledd
- c) leveres med tilbehør, innpakning, installasjonsveiledning og lignende som forbrukeren med rimelighet kan forvente å få
- d) svare til en eventuell prøveversjon eller forhåndsvisning fra leverandøren
- e) være i samsvar med offentligrettslige krav som stilles i lovgivningen eller offentlige vedtak i medhold av lov på avtaletidspunktet, hvis ikke forbrukeren har til hensikt å anvende ytelsen på en slik måte at kravet er uten betydning
- g) være upåvirket av tredjepersoners rettigheter i ytelsen, for eksempel eiendomsrett, panterett eller immaterialrettigheter.

Med opplysninger fra leverandørens side etter tredje ledd bokstav b menes opplysninger i markedsføring, merking eller annet fra leverandøren selv, fra noen som handler på vegne av leverandøren, eller fra noen i et tidligere ledd i avtalekjeden. Det skal ses bort fra opplysninger fra leverandørens side hvis leverandøren beviser at han eller hun ikke kjente eller burde kjenne til at opplysningene var gitt, at opplysningene er rettet på en tydelig måte før avtaletidspunktet, eller at opplysningene ikke kan ha innvirket på avtalen.

### *§ 9 Alminnelige krav til oppdateringer*

Leverandøren skal sørge for at forbrukeren får beskjed om og får levert oppdateringer, herunder sikkerhetsoppdateringer, som er nødvendige for å oppfylle kravene i §§ 7 og 8.

Kravet til oppdateringer gjelder bare så langt forbrukeren ikke på avtaletidspunktet ble gjort særskilt oppmerksom på bestemte avvik fra kravet og aksepterte disse avvikene uttrykkelig.

### *§ 10 Mangel ved ytelsen*

Den digitale ytelsen har en mangel hvis den ikke samsvarer med kravene i §§ 7, 8 eller 9. Når avtalen gjelder løpende levering over en periode, skal ytelsen samsvare med kravene i hele perioden. Når avtalen gjelder en enkelt levering eller flere enkeltstående leveringer, skal ytelsen samsvare med kravene på leveringstidspunktet, likevel slik at leverandøren skal sørge for oppdateringer etter § 9 så lenge forbrukeren kan forvente under hensyn til avtalens art og formål.

Når den digitale ytelsen avviker fra kravene i §§ 7, 8 eller 9 fordi den er uriktig installert, har ytelsen en mangel hvis den ble installert av noen fra leverandørens side, eller hvis den uriktige installasjonen skyldes feil i installasjonsveiledningen.

Forbrukeren kan ikke gjøre gjeldende som en mangel noe som utelukkende skyldes at forbrukeren har unnlatt å installere oppdateringer etter § 9 innen rimelig tid. Dette gjelder likevel bare hvis leverandøren har opplyst forbrukeren om oppdateringen og konsekvensene av ikke å oppdatere og den manglende oppdateringen ikke skyldes feil i installasjonsveiledningen.

#### § 11 *Bevisbyrde for mangel*

Når avtalen gjelder løpende levering over en periode og det viser seg en mangel ved ytelsen i løpet av perioden, påhviler det leverandøren å bevise at ytelsen har vært i samsvar med kravene i §§ 7, 8 og 9 i hele perioden.

Når avtalen gjelder en enkelt levering eller flere enkeltstående leveringer og det viser seg en mangel ved ytelsen innen ett år etter leveringen, antas mangelen å ha eksistert på leveringstidspunktet med mindre leverandøren beviser noe annet.

Første og andre ledd gjelder ikke hvis leverandøren beviser at forbrukerens digitale miljø ikke tilfredsstillende tekniske krav som leverandøren har opplyst tydelig om før avtalen ble inngått. Med forbrukerens digitale miljø menes forbrukerens maskinvare, programvare og nettverksforbindelser.

Forbrukeren skal samarbeide i rimelig utstrekning hvis leverandøren vil undersøke om mangelen skyldes forhold i forbrukerens digitale miljø etter tredje ledd. Plikten til å samarbeide omfatter bare de tilgjengelige fremgangsmåtene som er minst inngripende for forbrukeren. Hvis forbrukeren ikke samarbeider etter denne bestemmelsen og leverandøren har tydelig opplyst forbrukeren om plikten til å samarbeide, har forbrukeren bevisbyrden for forholdene som er nevnt i første og andre ledd.

### **Kapittel 4. Forbrukerens krav som følge av forsinket levering**

#### § 12 *Forbrukerens krav ved forsinkelse*

Hvis ytelsen ikke blir levert eller blir levert for sent og dette ikke skyldes forbrukeren eller forhold på forbrukerens side (forsinkelse), kan forbrukeren

- a) holde vederlaget tilbake etter § 13
- b) kreve oppfyllelse etter § 14
- c) kreve heving etter § 15
- d) kreve erstatning etter § 16.

Forbrukerens rett til erstatning faller ikke bort ved at han eller hun gjør gjeldende andre krav, eller ved at disse ikke kan gjøres gjeldende.

#### § 13 *Tilbakeholdsrett*

Forbrukeren kan holde tilbake vederlaget for å dekke krav som følge av leverandørens forsinkelse, men ikke åpenbart mer enn det som vil gi betryggende sikkerhet for kravet.

#### § 14 *Rett til oppfyllelse*

Er leveringstiden kommet uten at ytelsen er levert, kan forbrukeren likevel fastholde avtalen og kreve oppfyllelse.

Dette gjelder ikke hvis det foreligger en hindring som leverandøren ikke kan overvinne, eller hvis oppfyllelse vil medføre en så stor ulempe eller kostnad for leverandøren at det står i vesentlig misforhold til forbrukerens interesse i at leverandøren oppfyller. Faller vanskene bort innen rimelig tid, kan forbrukeren kreve oppfyllelse.

#### § 15 *Heving*

Har leverandøren ikke levert ytelsen i tide i samsvar med §§ 4 og 5, skal forbrukeren oppfordre leverandøren til å levere. Hvis leverandøren deretter ikke leverer uten unødig opphold eller innen en tilleggsfrist som partene uttrykkelig har blitt enige om, kan forbrukeren heve avtalen.

Første ledd gjelder ikke hvis leverandøren har nektet å levere eller det fremgår klart av omstendighetene at leverandøren ikke kommer til å levere. Første ledd gjelder heller ikke hvis det er avtalt eller fremgår klart av omstendighetene at levering innen eller på et bestemt tidspunkt er avgjørende for forbrukeren, og leverandøren ikke har levert til riktig tid. I slike tilfeller kan forbrukeren umiddelbart heve avtalen.

#### § 16 *Erstatning*

Forbrukeren kan kreve erstatning for tap han eller hun lider som følge av forsinkelse fra leverandørens side.

Dette gjelder likevel ikke så langt leverandøren beviser at forsinkelsen skyldes en hindring utenfor hans eller hennes kontroll, som leverandøren ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden eller å unngå eller overvinne følgene av.

Beror forsinkelsen på en tredjeperson som leverandøren har gitt i oppdrag helt eller delvis å oppfylle avtalen, er leverandøren fri for ansvar bare om også tredjepersonen ville være fritatt etter regelen i andre ledd. Det samme gjelder om forsinkelsen beror på noen i et tidligere omsetningsledd.

Ansvarsfriheten gjelder så lenge hindringen er til stede. Faller hindringen bort, kan ansvar gjøres gjeldende hvis leverandøren da plikter å oppfylle, men ikke gjør dette.

Erstatningen utmåles etter reglene i kapittel 11.

#### § 17 *Opplysningsplikt om hindring*

Hindres leverandøren i å oppfylle avtalen til rett tid, skal forbrukeren gis en melding om hindringen og dens virkning på muligheten for å oppfylle. Får forbrukeren ikke en slik melding innen rimelig tid etter at leverandøren fikk eller

burde ha fått kjennskap til hindringen, kan forbrukeren kreve erstattet tap som kunne ha vært unngått om han eller hun hadde fått meldingen i tide.

#### § 18 *Melding om krav ved forsinkelse. Passivitet og foreldelse*

Forbrukeren må gi leverandøren melding om krav som følge av forsinkelse. Kravet kan tapes etter alminnelige regler om passivitet hvis forbrukeren venter så lenge med å gi melding at det ville virke illojalt overfor leverandøren å gjøre gjeldende krav. Retten til å gjøre gjeldende krav kan ellers tapes etter foreldelseslovens regler om foreldelse.

### **Kapittel 5. Forbrukerens krav som følge av mangler ved ytelsen**

#### § 19 *Forbrukerens krav ved mangler*

Hvis det foreligger en mangel og dette ikke skyldes forbrukeren eller forhold på forbrukerens side, kan forbrukeren

- a) holde vederlaget tilbake etter § 20
- b) kreve retting eller omlevering etter §§ 21 og 22
- c) kreve prisavslag etter § 23
- d) kreve heving etter § 24
- e) kreve erstatning etter § 25.

Forbrukerens rett til erstatning faller ikke bort ved at han eller hun gjør gjeldende andre krav, eller ved at disse ikke kan gjøres gjeldende.

#### § 20 *Tilbakeholdsrett*

Forbrukeren kan holde tilbake vederlaget for å dekke krav som følge av mangelen, men ikke åpenbart mer enn det som vil gi betryggende sikkerhet for kravet.

#### § 21 *Retting og omlevering (avhjelp)*

Forbrukeren kan kreve at leverandøren sørger for avhjelp gjennom å rette mangelen eller å levere en tilsvarende ytelse (omlevering). Dette gjelder ikke hvis gjennomføring av kravet er umulig eller påfører leverandøren urimelige kostnader. Leverandøren kan velge om avhjelp skal skje gjennom retting eller omlevering, så lenge fremgangsmåten er i samsvar med tredje ledd.

Ved avgjørelsen av om kostnadene er urimelige etter første ledd andre punktum, skal det blant annet legges vekt på mangelens betydning og verdien av en mangelfri ting.

Avhjelp skal skje uten kostnad og vesentlig ulempe for forbrukeren, innen rimelig tid og uten risiko for at forbrukeren ikke får dekket sine utlegg av leverandøren.

### *§ 22 Leverandørens adgang til å tilby avhjelp for å avverge krav om prisavslag og heving*

Selv om forbrukeren krever verken retting eller omlevering etter loven, kan leverandøren tilby retting eller omlevering hvis tilbudet fremsettes uten opphold. Sørger leverandøren for slik retting eller omlevering i samsvar med loven, kan forbrukeren ikke kreve prisavslag eller heving.

Forbrukeren kan likevel kreve prisavslag eller heving umiddelbart hvis mangelen etter sin art er så alvorlig det ikke er rimelig å forvente at forbrukeren skal godta et avhjelpstilbud. Ved avgjørelsen skal det legges vekt på om mangelen er egnet til å vesentlig svekke forbrukerens tillit til leverandøren.

### *§ 23 Prisavslag*

Hvis mangelen ikke rettes eller ytelsen ikke omleveres i samsvar med §§ 21 og 22, kan forbrukeren kreve et prisavslag slik at forholdet mellom nedsatt og avtalt pris svarer til forholdet mellom ytelsens verdi i mangelfull og kontraktsmessig stand på leveringstiden.

Hvis avtalen gjelder løpende levering over en periode, omfatter prisavslaget den perioden da ytelsen hadde en mangel.

### *§ 24 Heving*

I stedet for å kreve prisavslag etter § 22 kan forbrukeren heve avtalen med mindre leverandøren beviser at mangelen er uvesentlig. Hvis vederlaget for ytelsen utelukkende er at forbrukeren oppgir personopplysninger, kan forbrukeren heve avtalen også når mangelen er uvesentlig.

### *§ 25 Erstatning*

Forbrukeren kan kreve erstatning for tap han eller hun lider som følge av at ytelsen har en mangel. Erstatningen utmåles etter reglene i kapittel 11.

### *§ 26 Krav mot tidligere omsetningsledd*

Forbrukeren kan gjøre sitt mangelskrav mot leverandøren gjeldende mot et tidligere omsetningsledd så langt et tilsvarende krav på grunn av mangelen kan gjøres gjeldende av leverandøren eller et annet omsetningsledd i avtalekjeden. Forbrukeren kan bare gjøre gjeldende krav mot et tidligere ledd som opptrer i næringsvirksomhet.

En avtale med et tidligere omsetningsledd som innskrenker leverandørens eller en annen avtaleparts krav, kan ikke gjøres gjeldende overfor forbrukerens krav etter første ledd i større utstrekning enn det som kunne ha vært avtalt mellom forbrukeren og leverandøren. Forbrukeren må likevel reklamere overfor det tidligere leddet innen rimelig tid etter at han eller hun oppdaget eller burde ha oppdaget mangelen.

Forbrukeren kan også gjøre krav gjeldende etter reglene i kjøpsloven § 84 første ledd så langt disse passer, hvis dette gir forbrukeren større rettigheter enn det som følger av paragrafen her.

Tidligere omsetningsledd kan ikke motregne overfor forbrukeren med krav mot leverandøren eller et annet omsetningsledd.

#### *§ 27 Melding om krav ved mangler. Passivitet og foreldelse*

Forbrukeren må gi leverandøren melding om krav som følge av en mangel. Kravet kan tapes etter alminnelige regler om passivitet hvis forbrukeren venter så lenge med å gi melding at det ville virke illojalt overfor leverandøren å gjøre gjeldende krav. Retten til å gjøre gjeldende krav kan ellers tapes etter foreldelseslovens regler om foreldelse.

### **Kapittel 6. Forbrukerens plikter**

#### *§ 28 Prisen for ytelsen*

Er avtale inngått uten at prisen følger av avtalen eller av opplysninger leverandøren har gitt i annonser eller lignende, skal forbrukeren betale gjengs pris på avtaletiden for samme slags ytelse levert under tilsvarende forhold, så lenge prisen ikke er urimelig. Er det ingen slik gjengs pris, må forbrukeren betale det som er rimelig, under hensyn til ytelsens art og kvalitet og forholdene ellers.

I avtaler om løpende levering av digitale ytelser kan leverandøren endre prisen hvis en slik rett er avtalt og forbrukerens rettigheter etter denne bestemmelsen fremgår av avtalen. En prisendring til forbrukerens ugunst kan bare gjøres gjeldende hvis forbrukeren har fått varsel i rimelig tid om endringen. Hvis prisendringen er høyere enn endringen i konsumprisindeksen skulle tilsi, kan forbrukeren kostnadsfritt si opp avtalen med virkning fra tidspunktet når endringen trer i kraft. Forbrukeren kan også si opp avtalen etter § 33.

Leverandøren kan ikke i tillegg til vederlaget kreve gebyr for utstedelse og sending av regning hvis ikke dette klart følger av avtalen.

#### *§ 29 Tidspunktet for betaling. Ytelse mot ytelse*

Følger ikke betalingstiden av avtalen, skal forbrukeren betale når leverandøren krever det.

Hvis ikke noe annet er avtalt, har forbrukeren ikke plikt til å betale vederlaget uten at ytelsen blir overlevert eller stilt til hans eller hennes rådighet i samsvar med avtalen og loven.

Forbrukeren er ikke bundet av en forhåndsavtale om plikt til å betale på et bestemt tidspunkt uavhengig av om leverandøren oppfyller til rett tid.

#### *§ 30 Forbrukerens medvirkning ved oppfyllelse av avtalen*

Forbrukeren skal yte slik medvirkning som det er rimelig å vente av ham eller henne for at leverandøren skal kunne oppfylle avtalen.

## **Kapittel 7. Avbestilling og oppsigelse**

### *§ 31 Avbestilling før levering*

Avbestiller forbrukeren ytelsen før levering, kan leverandøren ikke fastholde kjøpet og kreve betaling. Hvis ikke noe annet følger av avtalen, kan leverandøren i stedet kreve erstatning for tap som er en følge av avbestillingen.

Partene kan avtale en normalerstatning ved avbestilling (avbestillingsgebyr). Normalerstatningen kan ikke settes høyere enn det erstatning etter kapittel 11 normalt kan forventes å utgjøre.

Hvis det ikke er avtalt avbestillingsgebyr, utmåles erstatningen etter reglene i kapittel 11.

### *§ 32 Retur etter levering*

Etter at digitalt innhold er levert, blir forbrukeren ikke fritatt fra å betale vederlaget selv om innholdet og en eventuell fysisk bærer leveres tilbake til leverandøren.

Betalingsplikten bortfaller likevel

a) ved heving

b) hvis vilkårene for angrerett etter angrerettloven er oppfylt, eller

c) hvis en rett til tilbakelevering følger av avtalen, for eksempel ved at innholdet er kjøpt på prøve.

### *§ 33 Oppsigelse fra forbrukeren i løpende avtaleforhold*

Hvis ikke noe annet er avtalt, kan en avtale om løpende levering av digitale ytelser sies opp av forbrukeren med rimelig varsel. Er det avtalt månedlig forskuddsbetaling, får oppsigelsen virkning fra den neste betalingsperioden med mindre dette ville virke urimelig ut fra avtalens art.

Det kan ikke gyldig avtales at avtalen skal være uoppsigelig i mer enn seks måneder av gangen. I særlige tilfeller kan det avtales lengre bindingstid, likevel ikke lengre enn tolv måneder. Vilkår om bindingstid kan avtales bare hvis forbrukeren gis en fordel som står i forhold til bindingstidens lengde.

For avtaler om løpende levering der vederlaget utelukkende er at forbrukeren oppgir personopplysninger, kan avtalen sies opp av forbrukeren med umiddelbar virkning med mindre noe annet er uttrykkelig akseptert og særlig begrunnet i avtalens art.

Forbrukeren kan si opp avtalen med det kommunikasjonsmiddelet som ble brukt til å inngå avtalen. Forbrukeren kan også si opp avtalen med et annet passende kommunikasjonsmiddel som leverandøren benytter ellers i sin virksomhet.



Er det avtalt periodevis forskuddsbetaling med automatisk trekk fra forbrukerens bankkonto og det ikke gjelder noen bindingstid, anses avtalen som oppsagt hvis det på forfallsdagen ikke er dekning på kontoen og forbrukeren ikke retter forholdet etter oppfordring fra leverandøren. Det samme gjelder hvis betalingskortet som forbrukeren har registrert, ikke lenger er gyldig.

## **Kapittel 8. Leverandørens krav ved kontraktsbrudd fra forbrukerens side**

### *§ 34 Leverandørens krav*

Dersom forbrukeren ikke betaler eller oppfyller sine øvrige plikter etter avtalen eller loven og dette ikke skyldes leverandøren eller forhold på leverandørens side, kan leverandøren

- a) holde ytelsen tilbake etter § 35
- b) kreve oppfyllelse etter § 36
- c) kreve heving etter § 37
- d) kreve erstatning og rente etter § 38.

Leverandørens rett til erstatning og rente faller ikke bort ved at han eller hun gjør gjeldende andre krav, eller ved at disse ikke kan gjøres gjeldende.

### *§ 35 Tilbakeholdsrett*

Btaler forbrukeren ikke vederlaget i rett tid, kan leverandøren holde ytelsen tilbake eller stanse videre levering inntil forbrukeren betaler eller stiller betryggende sikkerhet for kravet.

### *§ 36 Rett til å kreve oppfyllelse*

Leverandøren kan fastholde avtalen og kreve at forbrukeren betaler prisen. Dette gjelder likevel ikke så lenge betalingen hindres av stans i betalingsformidlingen eller andre forhold utenfor forbrukerens kontroll som forbrukeren ikke kan overvinne. Leverandøren kan heller ikke fastholde avtalen i de tilfellene som er nevnt i § 33 femte ledd.

Er ytelsen ennå ikke levert, taper leverandøren sin rett til å kreve oppfyllelse hvis han eller hun venter urimelig lenge med å fremme kravet.

§ 16 gjelder tilsvarende for leverandørens rett til å kreve oppfyllelse av forbrukerens plikt til å medvirke til avtalen (jf. § 30).

### *§ 37 Heving*

Leverandøren kan heve avtalen på grunn av forsinket betaling eller annet kontraktsbrudd fra forbrukerens side dersom forbrukerens kontraktsbrudd er vesentlig. Leverandøren kan ikke heve etter at hele vederlaget er betalt.

Avtalen kan også heves dersom forbrukeren ikke betaler vederlaget innen en rimelig tilleggsfrist for oppfyllelse som leverandøren har fastsatt. Mens

tilleggsfristen løper, kan leverandøren ikke heve, med mindre forbrukeren har sagt at han eller hun ikke vil oppfylle innen fristen.

Er ytelsen allerede overtatt av forbrukeren, kan leverandøren bare heve dersom det er tatt forbehold om det eller forbrukeren avviser ytelsen.

### § 38 Erstatning. Rente

Hvis forbrukeren ikke betaler i tide, kan leverandøren kreve rente av vederlaget etter forsinkelsesrenteloven.

Leverandøren kan også kreve erstatning for det tapet han eller hun lider som følge av kontraktsbrudd fra forbrukerens side. Dette gjelder likevel ikke så langt forbrukeren godtgjør at kontraktsbruddet skyldes stans i betalingsformidlingen eller en annen hindring utenfor forbrukerens kontroll som han eller hun ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden eller å unngå eller overvinne følgene av. Reglene ellers i § 16 tredje og fjerde ledd gjelder tilsvarende. Erstatningen utmåles etter reglene i kapittel 11.

### § 39 Opplysningsplikt om hindring

Hindres forbrukeren i å oppfylle avtalen til rett tid, skal leverandøren gi en melding om hindringen og dens virkning på muligheten for å oppfylle. Får leverandøren ikke en slik melding innen rimelig tid etter at forbrukeren fikk eller burde ha fått kjennskap til hindringen, kan leverandøren kreve erstattet tap som kunne ha vært unngått om han eller hun hadde fått meldingen i tide.

### § 40 Spesifikasjon av ytelsen

Skal ytelsen utvikles etter forbrukerens spesifikasjoner og forbrukeren ikke bidrar med slike spesifikasjoner til avtalt tid eller innen rimelig tid etter at leverandøren har oppfordret til det, kan leverandøren selv bestemme spesifikasjonene i samsvar med hva han eller hun må anta at er i forbrukerens interesse. Dette hindrer ikke leverandøren i å gjøre gjeldende andre krav som han eller hun har.

Leverandøren må opplyse forbrukeren om de spesifikasjonene han eller hun vil bruke, og gi forbrukeren en rimelig frist til å endre spesifikasjonene. Endrer ikke forbrukeren spesifikasjonene i tide etter å ha fått leverandørens melding, blir leverandørens spesifikasjoner bindende.

## Kapittel 9. Endring av ytelsen

### § 41 Alminnelige vilkår for endring av ytelsen

Ved løpende levering over en periode kan leverandøren endre den digitale ytelsen ut over det som er nødvendig for å overholde kravene i § 9, jf. §§ 7 og 8, hvis endringen har grunnlag i avtalen og kan foretas uten kostnader for forbrukeren. Endring kan bare foretas hvis forbrukeren informeres om endringen på en klar og tydelig måte.

#### *§ 42 Endringer som påvirker ytelsen negativt for forbrukeren*

Hvis en endring etter § 41 påvirker den digitale ytelsen negativt for forbrukeren på en ikke uvesentlig måte, kan forbrukeren heve avtalen. Dette gjelder likevel ikke hvis leverandøren gjør det mulig for forbrukeren å beholde sin ytelse uendret og i samsvar med §§ 7 og 8.

En endring som nevnt i første ledd kan foretas bare hvis forbrukeren får varsel i rimelig tid om endringen. Varselet skal gis på et varig medium og inneholde informasjon om retten til å heve avtalen eller til å beholde ytelsen uendret.

Et krav om heving etter denne paragrafen må gjøres gjeldende innen 30 dager etter at forbrukeren fikk varsel etter andre ledd, eller innen 30 dager etter at endringen ble foretatt, hvis dette tidspunktet er det seneste. For hevingsoppgjøret gjelder bestemmelsene i kapittel 8.

#### *§ 43 Unntak for visse kombinerte avtaler*

Bestemmelsene i §§ 41 og 42 gjelder ikke for kombinerte avtaler som nevnt i § 2 fjerde ledd der den digitale ytelsen leveres sammen med en nummerbasert mellommenneskelig kommunikasjonstjeneste eller en internettilgangstjeneste.

### **Kapittel 10. Fellesregler om oppjøret ved omlevering, heving og krav om prisavslag**

#### *§ 44 Generelle regler om heving og omlevering*

Når avtalen heves, faller partenes plikt til å oppfylle avtalen bort.

Er avtalen helt eller delvis oppfylt fra noen av sidene, kan det mottatte kreves tilbakeført etter bestemmelsene i §§ 45 og 46. En part kan likevel holde tilbake det som er mottatt, inntil den andre gir tilbake det han eller hun har fått. Tilsvarende gjelder når parten har krav på erstatning eller rente, og betryggende sikkerhet ikke blir stilt.

Skal leverandøren omlevere, kan forbrukeren holde tilbake det han eller hun har mottatt, inntil omlevering skjer.

Hevingen har ingen betydning for avtalevilkår om forretningshemmeligheter, om løsning av tvister eller om partenes rettigheter og plikter som følge av hevingen.

#### *§ 45 Særlige regler om virkingene av heving for leverandøren*

Ved heving skal leverandøren betale tilbake mottatt vederlag til forbrukeren. Når avtalen gjelder løpende levering over en periode, betaler leverandøren likevel ikke tilbake vederlag for perioder forut for hevingserklæringen der ytelsen var mangelfri.

Leverandøren skal avstå fra å anvende innhold som forbrukeren har avgitt eller frembragt ved bruk av den digitale ytelsen, med unntak av personopplysninger. Dette gjelder likevel ikke hvis innholdet

- a) bare kan anvendes innenfor rammene av den digitale ytelsen
- b) bare gjelder forbrukerens aktivitet ved bruk av den digitale ytelsen
- c) har blitt forbundet med andre data fra leverandøren på en slik måte at det vil være umulig eller uforholdsmessig krevende å utskille innholdet, eller
- d) er frembrakt av forbrukeren og andre i fellesskap og andre forbrukere fortsatt kan gjøre bruk av innholdet.

Hvis forbrukeren ber om det, skal leverandøren stille til rådighet for forbrukeren innhold etter andre ledd, bortsett fra i tilfeller som nevnt i andre ledd bokstav a, b og c. Forbrukeren har rett til å laste ned slikt innhold kostnadsfritt, innen rimelig tid og i et vanlig og maskinleselig format.

Når avtalen er hevet, kan leverandøren hindre forbrukeren fra å fortsette å bruke ytelsen, så langt dette er forenlig med tredje ledd.

#### *§ 46 Særlige regler om virkingene av heving for forbrukeren*

Når avtalen er hevet, skal forbrukeren avstå fra videre bruk av den digitale ytelsen og å stille den til rådighet for tredjeparter.

Hvis avtalen gjelder digitalt innhold som er levert på et fysisk medium, kan leverandøren kreve at forbrukeren leverer tilbake det fysiske mediet uten unødig opphold. Et slikt krav må fremsettes innen 14 dager etter at leverandøren har mottatt melding fra forbrukeren om at avtalen heves. Leverandøren bærer kostnadene med tilbakeleveringen.

#### *§ 47 Fellesregler om tilbakebetaling fra leverandøren ved heving og krav om prisavslag*

Hvis leverandøren skal tilbakebetale vederlag til forbrukeren etter heving eller krav om prisavslag, skal dette gjøres uten unødig opphold og senest innen 14 dager etter at leverandøren mottok melding om heving eller krav om prisavslag. Leverandøren plikter å betale renter etter forsinkelsesrenteloven fra 14 dager etter at leverandøren mottok melding som nevnt.

Tilbagebetaling etter første ledd skal skje med det samme betalingsmiddelet som forbrukeren brukte til å betale for den digitale ytelsen, med mindre forbrukeren uttrykkelig aksepterer et annet betalingsmiddel. Leverandøren kan ikke kreve gebyrer eller lignende av forbrukeren i forbindelse med tilbakebetalingen.

### **Kapittel 11. Erstatningsfastsettelsen**

#### *§ 48 Erstatningens omfang*

Erstatning for kontraktsbrudd fra den ene partens side skal svare til tapet, herunder utlegg, prisforskjell og tapt fortjeneste, som den andre parten er påført ved kontraktsbruddet. Dette gjelder likevel bare tap som en med rimelighet kunne ha forutsett som en mulig følge av kontraktsbruddet.

Som tap etter første ledd regnes også at forbrukeren påføres en konkret og ikke ubetydelig ulempe ved kontraktsbruddet. Partene kan avtale en normalerstatning for slike tap så langt normalerstatningen er rimelig under hensyn til de mulige tapenes art og omfang.

Erstatningen omfatter ikke

- a) tap som følge av personskade
- b) tap i forbrukerens næringsvirksomhet.

#### § 49 *Beregning av prisforskjell ved heving*

Hvis avtalen heves og forbrukeren foretar dekningskjøp eller leverandøren foretar deknings salg på forsvarlig måte og innen rimelig tid etter hevingen, legges det avtalte vederlaget og prisen etter dekningsstransaksjonen til grunn når prisforskjellen skal regnes ut.

Er avtalen hevet uten at det foretas dekning i samsvar med første ledd, og det er gjengs pris for ytelsen, legges det avtalte vederlaget og den gjengse prisen på hevingstidspunktet til grunn når prisforskjellen skal regnes ut.

#### § 50 *Plikt til å begrense tapet. Lemping av ansvaret*

En part som påberoper seg kontraktsbrudd fra den andre partens side, skal ved rimelige tiltak begrense sitt tap. Forsømmes dette, må han eller hun selv bære den tilsvarende delen av tapet.

Erstatningen kan settes ned hvis den vil virke urimelig for den ansvarlige parten ut fra tapets størrelse i forhold til det tapet som vanligvis oppstår i lignende tilfeller, og forholdene ellers.

## **Kapittel 12. Forskjellige bestemmelser**

#### § 51 *Forventet kontraktsbrudd*

For forventet kontraktsbrudd gjelder bestemmelsene i kjøpsloven §§ 61 og 62 tilsvarende så langt de passer.

#### § 52 *Insolvensbehandling*

Kommer en av partene under insolvensbehandling, gjelder bestemmelsene i dekningsloven kapittel 7.

#### § 53 *Kontraktsbrudd ved del av ytelsen*

Omfatter leverandørens kontraktsbrudd bare en del av det som skal leveres etter avtalen, gjelder reglene om forsinkelse og mangler i kapittel 4 og 5 i loven for denne delen, så langt ikke noe annet følger av § 2 fjerde ledd. Forbrukeren kan heve avtalen i sin helhet når kontraktsbruddet er vesentlig for avtalen, herunder i kombinerte avtaleforhold etter § 2 fjerde ledd.

Må leverandøren etter forholdene antas å ha avsluttet sin levering enda ikke alt er levert, gjelder reglene om mangler.

#### *§ 54 Leverandørens hevingsrett når det skal leveres etter hvert*

Skal leverandøren levere etter hvert og forbrukeren betale eller medvirke i tilsvarende poster og det er kontraktsbrudd fra forbrukerens side ved en enkelt levering, kan leverandøren heve for denne leveringen etter reglene i § 37.

Gir kontraktsbruddet leverandøren god grunn til å regne med at det vil inntre kontraktsbrudd som vil gi hevingsrett ved senere leveringer, kan han eller hun på dette grunnlaget heve for slike leveringer dersom det skjer innen rimelig tid.

### **Kapittel 13. Ikrafttredelse og overgangsregler. Endringer i andre lover**

#### *§ 55 Ikrafttredelse*

Loven gjelder fra det tidspunktet Kongen bestemmer. De enkelte bestemmelsene i loven kan settes i kraft til ulik tid.

#### *§ 56 Overgangsregler*

Loven gjelder for levering av digitale ytelser som skjer etter lovens ikrafttredelse. Bestemmelsene i §§ 41 og 42 gjelder likevel bare der avtalen om levering av digitale ytelser ble inngått etter lovens ikrafttredelse.

[§ 57 *Endringer i andre lover*]