

Justis- og beredskapsdepartementet
Sendt elektronisk via www.regjeringen.no

Deres ref.
17/6838 EP HEA/bj

Vår ref.
16/3318
Marianne Uppman

Dato:
18. 01.2018

Høring- EU- kommisjonens forslag til nytt forbrukerkjøpsdirektiv

1. Innledning

Forbrukerrådet viser til høringsbrev av 7. desember 2017, med frist 18. januar 2018 der departementet ber om innspill til hva som bør være Norges offisielle synspunkt og posisjon til direktivforslaget om forbrukerkjøp (COM (2017) 637). Den 31. oktober 2017 trakk EU-kommisjonen tilbake sitt tidligere forslag om kontraktsregler i forbrukeravtaler ved fjernsalg og netthandel COM (2015) 635. Samme dag fremmet de et nytt forslag til direktiv om forbrukerkjøp som ikke var avgrenset til bestemte salgskanaler. Det nye direktivet er ment å dekke både fjernsalg og netthandel i tillegg til ordinært salg i butikk. Det nye direktivet vil erstatte gjeldende Europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier (forbrukerkjøpsdirektivet).

Med noen få unntak, er direktivet identisk med direktivet om fjernsalg og nettsalg. Vi viser i denne forbindelse til høringssvaret fra Forbrukerrådet datert 5. juli 2016 som i stor grad er dekkende også for det nye direktivet. Vi viser derfor til dette som vårt høringssvar i tillegg til kommentarer nedenfor.

Forbrukerrådet samarbeider med forbrukerorganisasjoner i Europa gjennom BEUC, og våre synspunkter er i stor grad overensstemmende med forbrukerorganisasjonene i Europa.

Forbrukerrådet er opptatt av å styrke og verne om forbrukernes rettigheter. Det er Forbrukerrådets oppfatning at etablerte forbrukerrettigheter i Norge og flere andre EU/EØS-land vil svekkes om totalharmonisering blir resultatet av direktivforslaget. Norge og andre land som har en lengre reklamasjonsfrist enn



2 år for varer som er ment å vare vesentlig lengre (den norske 5 års-fristen), vil miste en viktig del av forbrukervernet.

Vi er kjent med arbeidet som gjøres fra norsk side for å forhindre en reduksjon av forbrukervernet i Norge. Det er av stor betydning at arbeidet for å sikre og å forbedre forbrukerrettigheten gis høy prioritet, og at mulige arenaer blir benyttet til å påvirke denne prosessen.

2. Merknader til forslaget

Formål og anvendelsesområde

Formål og anvendelsesområde er angitt i artikkel 1. Direktivforslaget omfatter fysiske varer. Sammensatte avtaler med både et vare- og tjenesteelement omfattes for varedelen, mens tjenstedelen faller utenfor. For varer med digitalt innhold vil bare varer som fungerer som et rent «lagringsmedium» for digitalt innhold omfattes av direktivforslaget.

Direktivforslaget medfører at det må trekkes en grense mellom fysiske varer som utelukkende fungerer som «bærer»/som lagringsmedium av det digitale innholdet, og fysiske lagringsmedier med digitalt innhold som har egenskaper utover å fungere som lagringsmedium for det digitale innholdet. Her eksemplifiserer fortalen CD'er og DVD'er som rene lagringsmedier. I fortalen uttales videre at direktivforslaget omfatter varer der digitalt innholdet er integrert i den fysiske varen slik at det digitale innholdets funksjoner er underordnet varens primære funksjoner, og det vises til husholdningsapparater og leketøy som eksempler. Det blir derfor et spørsmål om hva som er en vares primære funksjon og om det digitale innholdet er underordnet. Fysisk gjenstand og digitalt innhold integreres i stadig større grad og i mange tilfeller er det ikke naturlig eller mulig å skille ut en primær funksjon når det digitale og det fysiske er så tett sammenkoblet og det digitale får større betydning.

For gjenstander(varer) som er koblet på internett kan det oppstå ytterligere usikkerhet om hvilket direktiv¹ som kommer til anvendelse, sammenlignet med gjenstander med digitalt innhold, og som ikke er internettilkoblet². For eksempel er en smartklokke/treningsklokke en vare med digitalt innhold, der det digitale innholdet er en digital tjeneste (app), som ikke leveres av selger av den fysiske varen. For forbruker som kjøper smartklokken, gir det liten mening å skille mellom vare og tjeneste når klokken ikke fungerer etter sitt formål uten den digitale tjenesten. Forbrukerrådet oppfatter at kun varen omfattes av direktivforslaget.

¹ Nærværende direktivforslag eller direktivforslag om kjøp av digitale ytelser (COM 2015/634

² «de rene lagringsmedier for digitalt innhold»



Avtaleinnhold- ytelsens innhold

Utgangspunktet er at ytelsen skal svare til det avtalte mellom partene jf. artikkel 4, og et avvik fra det avtalte slik det fremgår av den konkrete og abstrakte mangelsbedømmelse i direktivet jf. artikkel 5 og 6 og 7, vil utgjøre en mangel. Forbrukerrådet oppfatter at artikkel 4 nr. 3 som regulerer selgers anledning til å fravike forbrukers krav på vanlig god vare isolert sett etter ordlyden kan bety styrket forbrukervern siden det stilles krav om at forbruker må ha konkret kunnskap om det spesifikke vilkåret som fraviker kravet til vanlig god vare, og i tillegg uttrykkelig må ha akseptert dette.

Generelt er krav om samtykke fornuftig, jf. artikkel 4 nr. 3. Det er positivt siden forbruker sjelden er i en forhandlingsposisjon overfor selger. I tillegg er det gjerne slik at de særskilte vilkårene som det kreves samtykke til, ikke er fremhevet tydelig nok i avtalen slik de burde, men inngår som et alminnelig standardvilkår. Forbruker må således akseptere avtalen som den presenteres fra selger, noe som etterlater forbruker i en typisk «take it or leave it»-situasjon.

Forbrukerrådet forstår departementet slik at norsk rett på dette punktet må endres ettersom det i norsk rett ikke er noe formkrav, noe vi støtter.

Risikoens overgang

Etter direktivforslaget artikkel 8 er risikoens overgang ved mottak av varen, slik regelen i norsk rett også er i dag. Direktivforslaget forskyver tidspunktet for risikoens overgang om varen skal installeres av forbruker. I disse tilfellene er risikoens overgang tidspunktet da forbruker har hatt rimelig tid til å installere varen, men senest 30 dager etter tidspunktet i artikkel 8 nr. 1, der hovedregel er ved forbrukers fysisk besittelse. I praksis er det grunn til å anta at det gir en som hovedregel vil inntre 30 dager etter fysisk besittelse der forbruker selv skal foreta installasjon. Forbrukerrådet vurderer regelen om forskyvning av tidspunktet for risikoens overgang som positiv for forbruker.

I artikkel 8 nr. 3 jf. fortalepunkt 32 og 33, fremgår at en mangel (avvik fra avtalemessig yttelse) som viser seg innen to år etter risikoens overgang antas å ha foreligget ved risikoens overgang. Det er slik vi leser direktivet, en regel som sier noe om tidspunktet for at en mangel forelå og at selger får ansvar i disse tilfellene med mindre han kan sannsynliggjøre at det ikke foreligger mangel eller mangelen ikke er kompatibel med varen eller mangelens art. Når selger har bevisbyrden i to år, representerer det en styrking av forbrukervernet sammenlignet med forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 5 nr. 3³. Forbruker gis en

³ Direktiv 99/44/EF



fornuftig mulighet til å nå frem med et krav uten at det er knyttet en urimelig stor risiko til det.

Misligholdsbeføyelser

Artikkel 9 angir misligholdsbeføyelser forbruker kan påberope seg, og det nærmere innholdet er å finne i artikkel 10 til 13. Forbrukerrådet mener prinsipielt at det bør være opp til forbruker å velge beføyelse når selger har misligholdt kontrakten.

Direktivforslaget har en tottrinnsstruktur tilsvarende norsk rett, med valg mellom retting eller omlevering som utgangspunkt og prisavslag og heving som subsidiære beføyelser. Omleveringsregelen samsvarer med forbrukerkjøpsloven § 30, men at direktivforslaget synes å gå lenger enn § 30 i installasjonstilfellene. Etter forbrukerkjøpsloven § 30 skal avhjelp være kostnadsfri for forbruker. Direktivforslaget kan sees på som en klargjøring av dagens regel som også er stadfestet i rettspraksis.

Artikkel 12 om prisavslag tilsier at prisreduksjon skal svare til forskjellen mellom tingens verdi med mangelen og verdien av avtalemessig vare på leveringstidspunktet. Ifølge høringsnotatet er det uklart om forslaget er til hinder for videreføring av muligheten for unntaksvis å sette prisreduksjonen lik mangelens betydning for forbrukeren, slik det åpnes for i norsk lov i dag. I så fall vil direktivforslaget medføre et svakere vern for forbrukere. Siden direktivforslaget legger opp til en fullharmonisering, ser det ut til at denne retten ikke kan videreføres da forslaget ikke åpner for nasjonale løsninger på dette området. Slik vi ser det, vil dette gi et svakere vern for norske forbrukere og vi ønsker at dagens beskyttelsesnivå opprettholdes.

Etter norsk rett er heving en subsidiær beføyelse, og det stilles vilkår om at mangelen er «ikke uvesentlig» for å kunne heve jf. forbrukerkjøpsloven § 32. Direktivforslaget reduserer hevingsterskelen sammenlignet med dagens regel ved at det i fortalepunkt 29 åpnes for at heving også kan skje ved «minor» avvik fra kontrakt. Det er positivt for forbruker og begrunnes i fortalen med at det legger et sterkt incitament på den næringsdrivende til å bringe ytelsen i kontraktsmessig stand. Fra et forbrukerståsted er det behov for en regel som legger press på selger for å levere kontraktsmessig ytelse.

Direktivforslaget gir selger anledning å kreve vederlag for verdireduksjon utover verdireduksjon som følge av normal bruk. Forbrukerrådet er enig i departementets syn om at regelen i forbrukerkjøpsloven § 50 som gir selger rett på rimelig kompensasjon for bruk av tingen frem til heving skjer ikke kan videreføres i lys av direktivforslaget.



Tidsfrister

Direktivforslaget regulerer selgers ansvarsperiode i artikkel 14 etter samme lest som forbrukerkjøpsdirektivet 1999 jf. artikkel 5. Direktivforslaget legger opp til at selgers ansvarsperiode er to år fra risikoens overgang, og dersom det er absolutte reklamasjonsfrister i det enkelte land, så skal disse som utgangspunkt ikke være kortere enn to år fra samme tidspunkt. Vi forstår det slik at direktivforslaget legger opp til en hovedregel med sammenfall mellom selgers ansvarsperiode og lengste frist for reklamasjon. Etter vår oppfatning vil direktivforslaget svekke posisjonen til norske forbrukere om selgers ansvar for mangel begrenses til perioden på to år etter risikoens overgang selv om det isolert sett er positivt at selger har bevisbyrden i to år etter risikoens overgang. I dag har selger ansvar for en mangel i inntil fem år for varer som er ment å vare vesentlig lenger enn to år, men bevisbyrden for selger er begrenset til seks måneder.

For norske forbrukere er det uheldig og en forringelse av forbrukervernet sammenlignet med dagens regel der selger kan få ansvar for en mangel i fem år (for varer som er ment å vare vesentlig lenger enn to år). Mange varer har vesentlig lenger levetid enn to år og en mangel kan følgelig også oppstå etter to år.

En absolutt ansvarsperiode for selger på to år kan medføre produsenttilpasning, såkalt "planned obsolescence", der produktlevetid tilpasses selgers ansvarsperiode. Vi kan således erfare produksjon av varer med lavere kvalitet og at det er et lavt incitament til å ha reservedeler utover to-årsperioden. Det er verken bra for miljøet eller forbrukervernet, og det står i sterk kontrast til EUs agenda om en sirkulær økonomi.

Det er ingen tvil om at en senkning av selgers lengste ansvarsperiode til to år, vil medføre en svekkelse av forbrukervernet i mange land. Allerede i dag underkommuniseres informasjon om retten til å reklamere og selgers ansvar, og ytterligere svekking av lovregulert rett er ikke veien å gå. Forbrukerrådets prinsipielle og overordnede synspunkt er at det må være samsvar mellom perioden selger kan få et mangelsansvar og reklamasjonsfrist. Forbrukerrådet er opptatt av at ansvarsperioden ikke reduseres fra dagens nivå.

Vi forstår departementet slik at de mener at direktivets ordlyd tillater at forbruker etter nasjonal rett kan fremme krav etter selgers ansvarsperiode på to år, forutsatt at selger ikke har bevisbyrden utover to år fra risikoens overgang, men at det er uklart hvilke krav dette i såfall gjelder og hvilken virkning det får. En regel med et slikt innhold er positiv for forbruker og kan bedre ivareta hensynet til at det er mange varer med levetid langt utover to år. Vi støtter derfor behovet departementet ser for en klargjøring i direktivet. I denne sammenheng tillater vi oss å vise til den danske versjonen som



forutsetter mulighet for en reklamasjonsfrist med tilhørende mangelsbeføyelser utover to år fra mangelsbedømmelsen.⁴

Den relative reklamasjonsfristen kan etter direktivforslaget ikke opprettholdes innenfor selgers ansvarsperiode, noe som isolert sett er gunstig for forbruker som ikke risikerer å få sitt mangelskrav avskåret på dette grunnlaget. Det er også praktisk for en forbruker har behov for noe tid til å ta stilling til om det skal fremmes et krav overfor selger.

I denne sammenheng kan det også trekkes frem at næringsdrivende ikke unisont motsetter seg gode reklamasjonsrettigheter for forbrukerne. I kommisjonens egen REFIT Fitness Check consumer survey vises det til at 1/3-del av europeiske næringsdrivende oppfatter at en økning av reklamasjonstiden oppad til fem år vil medføre større kostnader for deres virksomhet. Motsatt viser 2/3-deler til ingen eller ubetydelige kostnader knyttet til en utvidelse av den foreslåtte toårsfristen i direktivet til fem år.⁵

Harmoniseringsnivå

Forbrukerrådet mener norske forbrukere vil få redusert forbrukervern som følge av at det er et fullharmoniseringsdirektiv.

Forbrukerrådet er i prinsippet ikke uenig i at en fullharmonisering har enkelte fordeler, men det forutsetter harmonisering på et nivå som sikrer godt forbrukervern. Totalharmonisering, slik det legges opp til i direktivforslaget, vil redusere forbrukernes rettigheter for varer som er ment å vare vesentlig lenger enn to år.

Markedet er i rask endring og regelverket må settes i stand til å respondere på fremtidig innovasjon og utvikling. Fullharmonisering kan etter Forbrukerrådets oppfatning hindre fremtidig rettsutvikling i Norge. Fullharmonisering bør derfor ikke være det foretrukne alternativet for regulering.

Det at Norge har etablert gode lovmessige rettigheter har ført til at mange produsenter og selgere følger opp med gode kommersielle garantier, noe som betyr at de innrømmer forbrukerne rettigheter utover den reklamasjonsrett som følger av norsk lov. Det er eksempelvis få, om i det hele tatt noe land i verden, som har bedre nybilgarantier enn forbrukere i Norge. Det er grunn til å frykte en utvikling i retning av dårligere kommersielle garantier, dersom reklamasjonsfristen settes ned fra 5 til 2 år i forbrukerkjøpsloven.

Det er avgjørende at Norge er tydelige på at en svekkelse av norske forbrukerrettigheter ikke er akseptabelt. Forbrukerrådet støtter derfor departementets anbefaling om minimumsharmonisering av

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0637&from=EN>

⁵ "Consumer market study on the functioning of Legal and Commercial Guarantees for consumers in the EU" (2015), REFIT Lot 2a Study p. 49-50



reklamasjonsrettighetene, men aksepterer at enkelte fullharmoniserte regler introduseres dersom ikke forbrukervernet samlet sett svekkes.

Øvrige kommentarer til direktivforslaget

Direktivforslaget gir i artikkel 16 næringsdrivende rett til å fremme krav mot tidligere salgsledd. Det er en B2B regel, og vi oppfatter derfor ikke at den naturlig hører hjemme i et direktiv som omhandler B2C, men antar det er en regel som er inntatt etter mønster fra forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 4.

Det er derimot et sterkt behov for en regel på europeisk nivå som sikrer forbrukere rett til å gjøre direktekrav gjeldende. Forbrukere risikerer, særlig ved grenseoverskridende avtaler, å få krav avvist av et tidligere salgsledd. Etablering av adgang for forbruker til å rette krav direkte mot tidligere salgsledd er derfor viktig, og praktisk blant annet om forbrukers (nasjonale) selger går konkurs.

Forbrukerrådet vil avslutningsvis i tillegg trekke frem behovet for en regel som suspenderer de alminnelig reklamasjonsfrister og selgers ansvarsperiode om selger har opptrådt i strid med redelighet og god tro. Volkswagens utslippsskandale fra 2015 er en stor og omfattende sak som illustrerer behovet for en slik regel.⁶

Vennlig hilsen
Forbrukerrådet

Audun Skeidsvoll
Forbrukerpolitisk direktør

Marianne Uppman
Juridisk direktør

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ikke signatur.

Kopi: Barne- og likestillingsdepartementet
Vedlegg: Høringssvar av 5. juli 2016

⁶ <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/Q8rQ/11-sporsmal-og-svar-om-Volkswagen-skandalen>

Justis- og beredskapsdepartementet
Lovavdelingen
Pb. 8005 Dep.
0030 Oslo

Saksbehandler:	Vår dato:	Vår referanse:	Deres dato:	Deres referanse:
Gyrid Giæver	05.07.2016	16/3318-2	05.04.2016	16/1557 EP HEA/KKK/bj

Høring – EU-kommisjonens forslag til nye EU-direktiver om forbrukerkontrakter

Forbrukerrådet viser til høringsbrev av 5. april 2016, med høringsfrist 5. juli 2016 der departementet ber om uttalelser til EU-kommisjonens forslag til nye EU-direktiver om forbrukerkontrakter. De to direktivforslagene omhandler henholdsvis fjernsalg (herunder internettsalg) av fysiske varer (com (2015) 635) og levering av digitale ytelser (com (2015) 634).

Forbrukerrådet er opptatt av å styrke og å ivareta forbrukerhensyn. En regulering av kjøp av digitale ytelser er positivt siden det kan bidra til å gi større klarhet og forutsigbarhet for forbruker på et område som i hovedsak er ulovfestet i norsk rett i dag. Direktivforslaget om salg av varer reiser flere betenkeligheter knyttet til forbrukervernet for norske forbrukere.

Direktivforslagene som foreligger er et første forslag fra Kommisjonen, og den politiske prosessen er foreløpig gjennomført med en høring i Europaparlamentet. Kommisjonen har også igangsatt en gjennomgang¹ som vil omfatte store deler av forbrukervernregelverket, og den videre prosessen med lovarbeidet knyttet til de to direktivforslagene er ikke helt klarlagt. Det er grunn til å tro at videre arbeid med direktivforslaget om fjernsalg av varer innpasses i dette pågående REFIT-arbeidet og vil bli skjøvet noe frem i tid. Det foreliggende direktivforslaget om fjernsalg av varer vil sannsynligvis bli gjort gjenstand for endringer i lys av dette arbeidet.

Forbrukerrådets posisjon reflekterer vårt samarbeid med forbrukerorganisasjoner i Europa gjennom BEUC, og våre synspunkt er i stor grad overensstemmende med forbrukerorganisasjoner i Europa.

1. Direktivforslag COM 2015/635 om fjernsalg (herunder internettsalg) av fysiske varer

Direktivforslaget om felles avtalerettslige regler for distansesalg er en del av EUs strategi som ledd i å realisere det digitale indre marked samtidig som Kommisjonen ønsker å legge til rette for et høyt nivå på forbrukervernet. Kommisjonens uttalte mål med felles avtalerettslige regler er å legge til rette for at forbrukere kan handle mer grenseoverskridende når hindre bygges ned og at næringsdrivende i større grad vil ønske å selge varer utenfor egen nasjonalgrense når usikkerhet knyttet til

¹ http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/review/index_en.htm



avtalerettslige regler reduseres. Formålet til direktivet er således å redusere fragmentering og å oppnå større enhet gjennom harmonisering².

Forbrukerrådet har i tidligere høringsrunder til den såkalte «Common European Sales Law» vært noe kritisk til at Kommisjonen synes å legge for stor vekt på behovet næringsdrivendes har for felles kontraktsregler og at det er uklart om et slikt behov er tilstede. Med forbrukerkjøpsdirektivet³ er det etablert et felles regelsett for sentrale kontraktsrettslige sider kjøp av varer enten avtalen inngås i butikk, ved fjernsalg eller utenfor fast utsalgssted. Det er således allerede regler på området. I tillegg medførte forbrukerrettighetsdirektivet⁴ med fullharmoniserte regler for fjernsalg og avtaler inngått utenfor fast utsalgssted, blant annet forenklete regler å forholde seg til for næringsdrivende og ivaretagelse av forbrukervern gjennom strengere krav til prekontraktuell opplysningsplikt. Det kan stilles spørsmål ved det reelle behovet for felles regler når langt de fleste næringsdrivende mener at harmoniserte avtalerettslige regler vil ha liten eller ingen innvirkning på deres grenseoverskridende handel⁵.

Med direktivforslaget om fjernsalg av fysiske varer må forbrukeren forholde seg til ulike regler avhengig av om kjøpet gjøres i en fysisk butikk (såkalt «high street shopping») eller via fjernsalg, noe som medfører en uheldig fragmentering. Direktivforslaget betyr uklarhet og forvirring for forbruker og det fremstår ikke rimelig eller godt begrunnet at kjøp av samme vare skal reguleres av ulike regelsett avhengig av salgsplattform. Fra et forbrukerståsted er det en fordel med like regler som er lett tilgjengelige og har høy grad av forbrukervern. Forbruker kan ha en større oppfordring til å handle i fysiske butikker beroende på hvilket regelsett som gir best beskyttelse, og det er således ikke entydig at direktivforslaget gir økt netthandel.

Forbrukerrådet anerkjenner behovet for å modernisere og å forenkle eksisterende regler, men er likevel noe tvilende til om kommisjonsforslaget vil gi de ønskede virkninger Kommisjonen viser til.

Nærmere om enkelte sider ved direktivforslaget

1.1 Formål og anvendelsesområde

Direktivforslaget omfatter fjernsalgsavtaler om kjøp av varer (ting) og det stilles krav til avtalen mellom forbruker og selger, samt at partene gis et sett av rettigheter og plikter for ved brudd på inngått avtale.

Forslaget omfatter vareelementet ved såkalte kombinerte avtaler, som er avtaler med både et vareelement og et tjenesteelement. Etter dagens forbrukerkjøpslov er avtaler der tjenesteelementet utgjør den overveiende del av selgers forpliktelse ikke regulert av forbrukerkjøpsloven⁶. En tilsvarende vurdering av om det er vare- eller tjenesteelementet som utgjør den overveiende del av selgers forpliktelse skal etter det vi kan se ikke foretas etter direktivforslaget. Spørsmålet blir da om

² Ref. Explanatory memorandum samt fortale

³ Direktiv 1999/44/ec

⁴ Direktiv 2011/83/ec

⁵ http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_321_en.pdf, side 19

⁶ § 2 andre ledd bokstav d)



alle typer kombinerte avtaler omfattes uavhengig av sammensetningen av vare- og tjenesteelement. Det vil i så tilfelle innebære en ulikhet fra gjeldende reguleringer.

Direktivforslaget om fjernsalg av fysiske varer vil ikke omfatte kjøp av digitale ytelser ved fjernsalg når den digitale ytelsen leveres på et fysisk medium. Direktivforslagene legger opp til at alle digitale ytelser i disse tilfellene skal omfattes av com 2015/634. I dag vil de kontraktsrettslige sidene av fjernsalg av digital ytelse levert på et fysisk medium være regulert av forbrukerkjøpsloven som gjennomfører direktiv 99/44/ec. Direktivforslaget om fjernsalg av fysiske varer betyr således at det må trekkes en grense mellom fysiske varer som utelukkende fungerer som «bærer»/som lagringsmedium av det digitale innholdet, og fysiske lagringsmedier med digitalt innhold som har egenskaper utover å fungere som lagringsmedium for det digitale innholdet, og her eksemplifiserer fortalen CD'er og DVD'er som rene lagringsmedier. I fortalen sies det imidlertid at direktivet om fysiske varer vil omfatte varer der det digitale innholdet er integrert i den fysiske varen slik at det digitale innholdets funksjoner er underordnet varens primære funksjoner. Det vises i denne sammenheng til husholdningsapparater og leketøy. Her får vi således spørsmål om hva som er en vares primære funksjon og om det digitale innholdet er underordnet dette. I dag integreres fysisk gjenstand og digitalt innhold i stadig større grad (sk. «internet of things») og det er derfor behov for ytterligere klargjøring.

1.2 Definisjoner

Generelt er det viktig at definisjoner harmoniseres med relevante direktiver i det videre arbeidet, og vi ser det som prinsipielt uheldig om det innføres nye definisjoner. Direktivet ser ut til å orientere seg mot forbrukerrettighetsdirektivet i sine definisjoner. En viktig størrelse er forbrukerbegrepet, og Forbrukerrådet ser at forbrukerdefinisjonen samsvarer med den som er i forbrukerrettighetsdirektivet, og at disse ser ut til å skille seg noe fra forbrukerkjøpsdirektivet. I direktivforslaget om fysiske varer er en forbruker «any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession». I forbrukerkjøpsdirektivet er en forbruker definert som «any natural person who, in the contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not related to his trade, business or profession». Ordlyden er således ulik i direktivene. Etter ordlyden er muligens forbrukerdefinisjonen i direktivforslaget om fysiske varer noe strengere enn i forbrukerkjøpsdirektivet. I forbrukerkjøpsloven og i angrerettloven er vilkåret at man ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet for å falle inn under forbrukerbegrepet. Forbrukerrådet antar at ulik ordlyd ikke er ment å bety noen realitetsforskjell, men det er en fordel om nyanseulikeheten oppklares siden det er viktig med enhetlig forståelse av det sentrale forbrukerbegrepet.

1.3 Harmoniseringsnivå

Forbrukerrådet mener norske forbrukere kan få redusert forbrukervern som følge av at det er et fullharmoniseringsdirektiv. Fullharmonisering er en rasjonell tilnærming i lys av Kommisjonens formål om å realisere et indre digitalt marked. Fra et norsk ståsted kan det reises innvendinger til fullharmonisering. Det kan være et hinder for å opprettholde nasjonale regler som ivaretar den tilstrekkelige standard på forbrukervernet som det er behov for og som er ønsket på nasjonalt nivå. Fullharmonisering kan etter Forbrukerrådets oppfatning hindre rettsutviklingen i Norge på dette området. Vi mener derfor at fullharmonisering ikke er riktig å ha som det foretrukne alternativet. Det



er likevel viktig å sikre mest mulig ensartet lovregulering i Europa, men det kan oppnås gjennom minimumsregler med høy standard.

1.4 Avtaleinnhold – ytelsens innhold

Utgangspunktet er at ytelsen skal svare til det avtalte mellom partene jf. artikkel 4, og dersom det er avvik fra det avtalte slik det fremgår av den konkrete og abstrakt mangelsbedømmelse i direktivet jf. artikkel 5 og 6 og 7, vil dette utgjøre en mangel.

Forbrukerrådet deler departementets syn om at artikkel 4 nr. 3 som regulerer selgers anledning til å fravike forbrukers krav på vanlig god vare isolert sett etter sin ordlyd kan bety styrket forbrukervern siden det stilles krav om at forbruker må ha konkret kunnskap om det spesifikke vilkåret som fraviker kravet til vanlig god vare, og i tillegg uttrykkelig må ha akseptert dette.

Generelt er det fornuftig å ta inn krav om samtykke som fremgår av artikkel 4 nr. 3. To forhold som kjennetegner fjernsalgsavtaler er for det første at forbruker sjelden er i en forhandlingsposisjon overfor selger i fjernsalgstilfellene. Det er gjerne også slik at de særskilte vilkårene som det etter dette forslaget kreves samtykke til, ikke er fremhevet slik de bør være, men inngår som et alminnelig standardvilkår. Forbruker må således akseptere avtalen slik den presenteres fra selgers side, og det er «take it or leave it»- situasjonen som er typisk for fjernsalg. Det må stilles klare krav til hva som skal til for at et «som den er»- vilkår anses akseptert ved nettsalg for å ivareta hensynet til forbruker, og Forbrukerrådet håper kravet om samtykke vil gi et styrket forbrukervern i praksis.

Forbehold som tas med grunnlag i artikkel 4 nr. 3, kan gi grunn for å balansere direktivet med objektive kriterier for mangelsbedømmelsen for å styrke forbrukervernet.

1.5 Risikoens overgang

Etter direktivforslaget artikkel 8 er det hovedregel for risikoens overgang ved mottak av varen, slik regelen i norsk rett også er i dag. Direktivforslaget inneholder en nyskaping om forskyvning av tidspunktet for risikoens overgang om varen skal installeres av forbruker. I disse tilfellene skyves risikoens overgang til tidspunktet da forbruker har hatt rimelig tid til å installere varen, men senest 30 dager etter tidspunktet i artikkel 8 nr. 1, der hovedregel er ved forbrukers fysisk besittelse. I praksis er det grunn til å anta at det gir en som hovedregel vil inntre 30 dager etter fysisk besittelse der forbruker selv skal foreta installasjon.

Forbrukerrådet vurderer regelen om forskyvning av tidspunktet for risikoens overgang som positiv for forbruker. Det er vanskelig å si noe om hvordan en den vil slå ut i praksis og forskyvningen er heller ikke særskilt omtalt i fortalen, det er grunn til å anta at næringsdrivende vil finne en slik regel noe ubalansert.

I artikkel 8 nr. 3 jf. fortelepunkt 32 og 33, fremgår at en mangel (avvik fra avtalemessig ytelse) som viser seg innen to år etter risikoens overgang antas å ha foreligget ved risikoens overgang. Det er slik vi leser direktivet en regel som sier noe om tidspunktet for at en mangel forelå og at selger får ansvar i disse tilfellene med mindre han kan sannsynliggjøre at det ikke foreligger mangel eller mangelen ikke er kompatibel med varen eller mangelens art. Når selger har bevisbyrden i to år, representerer



det en styrking av forbrukervernet sammenlignet med forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 5 nr. 3. Forbruker gis en fornuftig mulighet til å nå frem med et krav uten at det er knyttet en urimelig stor risiko til det.

1.6 Misligholdsbeføyelser

Direktivet anviser i artikkel 9 hvilke misligholdsbeføyelser forbruker kan påberope seg, og det nærmere innholdet gis i artikkel 10 til 13.

Forbrukerrådet mener prinsipielt at det bør være opp til forbruker å velge beføyelse når selger har misligholdt kontrakten.

Direktivforslaget anviser en totrinnsstruktur slik vi kjenner den fra norsk rett, med valg mellom retting eller omlevering som utgangspunkt og prisavslag og heving som subsidiære beføyelser. Departementet påpeker at omleveringsregelen samsvarer med forbrukerkjøpsloven § 30, men at direktivforslaget synes å gå lenger enn § 30 i installasjonstilfellene. Etter forbrukerkjøpsloven § 30 skal avhjelp være kostnadsfri for forbruker. Direktivforslaget kan sees på som en klargjøring av dagens regel som også er stadfestet i rettspraksis⁷.

Etter norsk rett er heving en subsidiær beføyelse, og det stilles vilkår om at mangelen er «ikke uvesentlig» for å kunne heve jf. forbrukerkjøpsloven § 32. Direktivforslaget reduserer hevingsterskelen sammenlignet med dagens regel ved at det i fortalepunkt 29 åpnes for at heving også kan skje i de tilfeller det er tale om «minor⁸» avvik fra kontrakt. Det er positivt for forbruker og begrunnes i fortalen med at det legger et sterkt incitament på den næringsdrivende til å bringe ytelsen i kontraktsmessig stand. Fra et forbrukerståsted er det behov for en slik regel som legger et press på selger for å levere kontraktsmessig ytelse, særlig i netthandelstilfellene der selger normalt er overlegen forbruker i styrke.

1.7 Tidsfrister

Direktivforslaget regulerer selgers ansvarsperiode i artikkel 14 etter samme lest som det vi finner i forbrukerkjøpsdirektivet 1999 jf. artikkel 5. Direktivforslaget legger opp til at selgers ansvarsperiode er to år fra risikoens overgang, og dersom det er absolutte reklamasjonsfrister i det enkelte land, så skal disse som utgangspunkt ikke være kortere enn to år fra samme tidspunkt. Direktivet legger således opp til en hovedregel der det er sammenfall mellom selgers ansvarsperiode og lengste frist for reklamasjon. Vi mener at forslaget til direktiv kan svekke posisjonen til norske forbrukere når selgers ansvar for mangel begrenses til to år. I dag har selger ansvar for en mangel i inntil fem år.

Departementet påpeker at direktivet ikke er til hinder for at Norge kan ha en reklamasjonsfrist på fem år. For en forbruker vil det fremstå forvirrende dersom et krav kan fremmes i fem år etter kjøp, men at selgers ansvar for mangel opphører etter to år fra kjøp.

⁷ C-404/06 Quelle AG vs Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände

⁸ I dansk direktivtekst er «minor» oversatt til «uvæsentlig»



For norske forbrukere er det uheldig og en forringelse av forbrukervernet sammenlignet med dagens regel der selger kan få ansvar for en mangel i fem år (for varer som er ment å vare vesentlig lenger enn to år). Senking av selgers ansvarsperiode til to år vil da avskjære et mangelskrav om mangelen oppstår etter to år, noe som er sterkt uheldig. Mange varer⁹ har vesentlig lenger levetid enn to år og en mangel kan følgelig også oppstå etter to år. En absolutt ansvarsperiode for selger på to år kan medføre produsenttilpasning¹⁰, såkalt "planned obsolescence", der produktlevetid tilpasses selgers ansvarsperiode. Vi kan således erfare produksjon av varer med lavere kvalitet og at det er et lavt incitament til å ha reservedeler¹¹ utover to-årsperioden. Det er verken bra for miljøet eller forbrukervernet, og vi tillater oss å nevne at det står i sterk kontrast til EUs agenda om en sirkulær økonomi¹². Fra produsenthold hevdes det for så vidt at utvidelse av ansvarsperioden vil medføre en vesentlig økning i priser i konsumentleddet, men dette synes ikke riktig jf. undersøkelse¹³ fra Frankrike, se vedlegg med uoffisiell oversettelse.

Det er heller ikke tvilsomt at en senking av selgers ansvarsperiode til to år, vil medføre en svekkelse av forbrukervernet i mange land. Allerede i dag underkommuniseres informasjon om retten til å reklamere og selgers ansvar¹⁴, og ytterligere svekking av lovregulert rett er ikke veien å gå. Forbrukerrådets prinsipielle og overordnede synspunkt på vegne av norske forbrukere er at det må være samsvar mellom selgers ansvarsperiode og reklamasjonsfrist og at ansvarsperioden ikke må senkes fra dagens nivå.

Den relative reklamasjonsfristen vil med direktivforslaget ikke kunne opprettholdes innenfor selgers ansvarsperiode, noe som isolert sett er gunstig for forbruker som ikke risikerer å få sitt mangelskrav avskåret på dette grunnlaget. Det er også praktisk for en forbruker har behov for noe tid til å ta stilling til om det skal fremmes et krav overfor selger. På den annen side er det en relativ reklamasjonsfrist ved kjøp av vare i butikk¹⁵ og fragmentering kan i lys av det medføre usikkerhet hos forbruker.

Forbrukerrådet forstår direktivforslaget dithen at nasjonale foreldelsesregler kommer til anvendelse. I den grad norske foreldelsesregler kommer til anvendelse og løper parallelt med direktivfristen, vil de i praksis normalt ikke avskjære et mangelskrav.

1.8 Øvrige kommentarer til direktivforslaget

Vi ser at direktivforslaget i artikkel 16 gir en rett for næringsdrivende til å fremme krav mot tidligere salgsledd. Det vil altså være en B2B regel, og vi oppfatter derfor ikke at den naturlig hører hjemme i

⁹ <http://www.statista.com/statistics/220020/average-life-expectancy-of-major-household-appliances/>, som gir tall for USA

¹⁰ http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/texte_11_2016_einfluss_der_nutzungsdauer_von_produkten_obsoleszenz.pdf, rapport og oversettelse av utdrag vedlagt

¹¹ <https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-passage-effectif-a-2-ans-de-la-garantie-legale-de-conformite-information-en-panne-chez-les-distributeurs-n12113/> (lenke til fransk rapport nede på siden), rapport og oversettelse vedlagt

¹² http://ec.europa.eu/environment/circular-economy/index_en.htm

¹³ <https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-passage-effectif-a-2-ans-de-la-garantie-legale-de-conformite-information-en-panne-chez-les-distributeurs-n12113/> (lenke til fransk rapport nede på siden), rapport og oversettelse vedlagt

¹⁴ http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/market_studies/guarantees/index_en.htm

¹⁵ Forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 5 nr. 2 jf. forbrukerkjøpsloven § 27



et direktiv som omhandler B2C, men antar det er en regel som er inntatt etter mønster fra forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 4. Forbruker risikerer, særlig ved grenseoverskridende avtaler, å få krav avvist av et tidligere salgsledd. Etablering av adgang for forbruker til å rette krav mot tidligere salgsledd vil derfor være særs positivt, og praktisk blant annet om forbrukers selger går konkurs.

2. Direktivforslag COM 2015/634 om digitale ytelser

Direktivforslaget «Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content COM 2015/634» har som formål å styrke forbrukerrettighetene og gi grunnlag for økt grenseoverskridende handel.

Direktivforslaget gir regler for kjøp av digitale ytelser som i norsk rett er et område i hovedsak er regulert av ulovfestet rett. Med direktivforslaget blir dermed norske forbrukeres kjøp av apper til mobil, filmtjenester, e-bøker, skylagring og programvare regulert. Fra et forbrukerperspektiv er det positivt med regler for kjøp av denne type ytelser og direktivforslaget kan gi den enkelte forbruker større trygghet og forutberegnelighet.

2.1 Anvendelsesområde og ytelsenes innhold

Direktivforslaget omfatter alle typer digitale ytelser, også om de leveres på fysiske medier, jf. artikkel 2 jf. fortelepunkt 11. Det er positivt at definisjonen av digitalt innhold i dette direktivforslaget bygger på definisjonen slik vi finner i forbrukerrettighetsdirektivet artikkel 2 for å sikre harmoniserte definisjoner, men likevel tar høyde for teknologisk utvikling slik det er behov for i dette direktivforslaget.

Med utvikling av tingenes internett vil det fremover stadig bli mer utfordrende å ta stilling til om det digitale innholdet er hovedfunksjon eller underordnet funksjon for digitale ytelser som leveres på fysiske medier. Fra et forbrukerståsted vil det sentrale være at resultatet som oppnås er uavhengig av hvilke regler som anvendes.

Direktivforslaget gjelder avtaler med vederlag i tradisjonell forstand, men vil også gjelde der motytelsen fra forbruker er annet enn penger ved at personopplysninger og andre data inkluderes, jf. artikkel 3 nr. 1 hvor det står at direktivet finner anvendelse på avtaler der motytelsen er "other than money in the form of personal data or other data". I fortalen¹⁶ fremheves at personopplysninger har stor verdi i den digitale økonomien og kan sammenlignes med penger siden de er en del av et marked og sentralt i mange forretningsmodeller.

Mange avtaler om digitale ytelser kan bestå av motytelse dels av penger og dels av personopplysninger eller andre data, og det er fornuftig at også disse kombinerte avtalene reguleres av direktivet.

Det er grunn til å stille seg positiv til direktivforslaget på dette punktet som kan gi forbruker rettigheter ikke bare når det er tale om tradisjonelle digitale ytelser som nedlasting og strømming,

¹⁶ Fortalepunkt 13



men også sosiale medier som Facebook, Instagram og andre delingstjenester jf. artikkel 1 bokstav b og c.

2.2 Harmoniseringsnivå

Fullharmonisering er en rasjonell tilnærming i lys av Kommisjonens formål om å realisere et indre digitalt marked. Forbrukerrådet mener generelt at det ikke er ønskelig fra et norsk forbrukerståsted og viser til punkt 1.3 foran.

2.3 Ytelsens innhold

Leveransen skal være i tråd med avtalen, og dersom avtalen ikke er tydelig eller ikke foreligger skal det leveres vanlig god vare jf. artikkel 6 jf. fortalepunkt 24 flg.

I de fleste tilfeller inngår forbruker avtaler der det ikke er anledning til å reservere seg mot enkeltvilkår eller fremforhandle individuelle vilkår. På området for kjøp av digitale ytelser kan forbruker erfaringsmessig bli tvunget til å bruke bestemte formater eller avspillingsutstyr for å nyttiggjøre seg det digitale innholdet. For å sikre tilstrekkelig forbrukervern på det individuelle avtalenivået, kan forbruker være tjent med at kriteriet berettigede forventninger tas inn som et objektivt kriterium.

Direktivforslaget regulerer i artikkel 15 når den næringsdrivende ensidig kan endre funksjonalitet/interoperabilitet og i artikkel 16 gis det regler om oppsigelse av langvarige avtaler. Begge disse tilfellene er særlig aktuelle for avtaler om digitale ytelser, og regler er klargjørende her.

For at regelen om ensidig endring skal ha et reelt innhold og gi forbruker et vern, må den ikke benyttes som grunnlag for enhver endring fra den næringsdrivendes side. Endringsadgangen må brukes etter intensjonen slik det fremgår i fortalepunkt 45.

Det er positivt at forbruker får rett til å si opp avtaler av langvarig karakter. Det er behov for en slik regel, og det kan vises til at Forbruker Europa som gjennom behandling av grenseoverskridende tvister erfarer at næringsdrivende i liten grad overholder informasjonsforpliktelser etter forbrukerrettighetsdirektivet artikkel 6 nr. 1 bokstav o)¹⁷. En 12-månedersperiode er ifølge Kommisjonen valgt for å ivareta avtalemessig tillit og av hensyn til at den næringsdrivende skal få avkastning på sin investering, jf. fortalepunkt 46. Forbrukerrådet mener en 12-måneders periode i utgangspunktet er for lang på dette området, og vi stiller spørsmål ved om det for salg av digitale ytelser kan forsvares at forbruker låses til en kontrakt i mer enn seks måneder. En kortere kontraktsperiode vil i større grad bidra til å fremme konkurranse slik Kommisjonen er opptatt av.

Forbrukerrådet deler departementets syn om at direktivforslaget ikke kan være til hinder for å ha nasjonale regler som regulerer på hvilke vilkår det er anledning til å ha bindingstid idet forslaget etter ordlyden kun omhandler en rett til å si opp avtalen.

2.4 Bevisbyrde og reklamasjonsfrist

Etter direktivforslaget har den næringsdrivende bevisbyrden for at det digitale innholdet ble levert avtalemessig om forbruker påberoper mangel. Det er en riktig og fornuftig regel ettersom

¹⁷ Kontraktens varighet er et element det skal opplyses om



tjenesteyter/leverandør av innhold er avtaleparten som har best forutsetninger og er nærmest til å avklare dette.

Direktivforslaget har ingen regulering av reklamasjonsfrister. Vi forstår det slik at det kun oppstilles frister for gjennomføring av den enkelte beføyelse, jf. fortalepunkt 36. Det betyr at avtalen vil regulere forholdet, noe som kan slå uheldig ut for forbrukeren avhengig av kontraktens utforming. Det vil være uheldig om det medfører at kontrakter begrenser forbrukers rett til å gjøre krav gjeldende.

2.5 Mangelsbeføyelser

Direktivforslaget gir forbruker rett til å heve avtalen umiddelbart om det digitale innholdet ikke leveres slik det fremgår av artikkel 5, der hovedregelen er levering med det samme. (Fortalepunkt 35 flg.) Det er således nok å konstatere at den digitale ytelsen ikke er levert for å kunne heve avtalen. For forbruker vil heving ved ikke-levering av digitale ytelser være en fornuftig regel for forbruker som i større grad kan tenkes å inngå avtaler med en slik regel.

Dersom levering påbegynnes, men er ufullstendig, vil det reguleres av artikkel 12 som gir anvisning på beføyelser etter totrinnsstruktur, med særregulering for heving i artikkel 12 nr. 5. Det er et vilkår for heving at mangelen må svekke det digitale innholds funksjonalitet, interoperabilitet og øvrige hovedfunksjoner, så som tilgjengelighet, kontinuitet og sikkerhet, og det vises til artikkel 6 nr. 1 og nr. 2. Det er selger som må bevise at mangelen ikke svekker nevnte elementer. Det stilles ikke noe vesentlighetskrav, noe som er positivt for forbruker. Om det gir et utvidet vern er vi noe tvilende til ettersom digitale ytelser gjerne enten virker eller ikke virker. Om de virker delvis, er de gjerne ikke til stor nytte for forbruker, for eksempel en nedlastet e-bok der filen er skadet og enkelte sider er borte, eller en nedlastet film der teksten ikke er tilgjengelig. For digitale ytelser som kan leveres på nytt¹⁸ vil det normalt ikke medføre noen ekstrakostnad eller ulempe for selger, og det fremstår således fornuftig å ikke ha noen isolert hevingsterskel.

Der hele eller deler av avtalen er knyttet opp mot annet enn penger, dvs. i avtaler der motytelsen er personopplysninger, kan det reises spørsmål ved hvilke mangelsbeføyelser som er relevante og den nærmere mangelsbedømmelse. For tilfeller der hele motytelsen består i annet enn penger, er kan hende sletting av data hos tjenesteyter et nærliggende krav ved heving.

Etter direktivforslaget blir selger erstatningsansvarlig for skade på forbrukers digitale miljø om skaden er forårsaket av kontraktbrudd ved mangel eller mangel ved leveringen. Et slikt tilfelle kan etter norsk rett utløse erstatning også i dag. Utforming av reglene overlates til den enkelte stat, noe som betyr at fastsetting av ansvarsgrunnlag overlates til den enkelte stat og at tapene kan bli ulikt vurdert (som direkte / indirekte tap). Generelt er det positivt for forbruker at det etableres en rett til erstatning.

2.6 Øvrige merknader til direktivforslaget

Direktivforslaget gir i artikkel 17 rett for næringsdrivende til å fremme krav mot tidligere salgsledd etter mønster fra tilsvarende regel i forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 4. Forbruker risikerer, særlig ved grenseoverskridende avtaler, å få krav avvist av et tidligere salgsledd. Etablering av adgang for

¹⁸ I motsetning til streaming av en fotballkamp for eksempel



forbruker til å rette krav mot tidligere salgsledd vil derfor være særs positivt, og praktisk blant annet om forbrukers selger går konkurs.

**

Forbrukerrådet er positiv til det pågående EU - arbeidet på forbrukerområdet. Om regler betraktes isolert, vil noen styrke forbrukervernet mens andre svekker det, og som helhet er det vanskelig å si hva effekten blir. Vi er imidlertid skeptisk til trenden vi ser ved at markeds- og næringshensyn større grad ser ut til å gå foran forbrukervernet. Fullharmonisering av regler er etter vår oppfatning ikke den riktige veien for å ivareta norske forbrukerinteresser.

Vennlig hilsen
Forbrukerrådet

Randi Flesland
Direktør

Vedlegg:

1. Tysk rapport/undersøkelse
2. Fransk rapport/undersøkelse