

Vår dato
29. september 2021

Vår referanse

Deres dato
14. juni 2021

Deres referanse

21/3567

Vår saksbehandler
Anne Beate S. Hammerstad

HØRINGSVAR – FORSLAG TIL ENDRINGER I FORBRUKERKJØPSLOVEN

1. Innledning

Vi viser til høringsbrev av 14. juni 2021 fra Justis- og beredskapsdepartementet med forslag til endringer i forbrukerkjøpsloven. Høringsfristen er 29. september 2021.

Med virkning fra 5. mai 2020 ble eierskapet til Canal Digital AS (Canal Digital) og VCB Sweden AS (Viasat) overtatt av Allente Group AB, etter forutgående godkjennelse fra EU-kommisjonen. Allente Group AB er 50% eid av hhv Telenor og Nordic Entertainment Group og distribuerer gjennom Canal Digital og Viasat tv-pakker til over 1,1 millioner husholdninger i Norden, hovedsakelig via satellitt og IP-TV, under varemerket Allente (i det følgende betegnes Canal Digital og Viasat samlet som Allente). TV-pakkene som distribueres består av lineære fjernsynskanaler, start-forfra og ukesarkiv knyttet til de lineære sendingene samt arkivinnhold, såkalte SVOD-tjenester (abonnementsbaserte strømmetjenester) og leiefilm (TVOD). Allente tilbyr også bredbånd i Sverige og trådløst bredbånd i Norge.

Lovforslaget tar sikte på å gjennomføre forbrukerkjøpsdirektivet (EU) 2019/771 i norsk rett. Direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv, med lite rom for nasjonale tilpasninger. Dette innebærer også begrenset mulighet for høringsinstansene til å påvirke utformingen av loven. Ut fra disse forutsetningene, har Allente noen få innspill til lovutkastet.

2. Lovens virkeområde

Som det fremgår av redegjørelsen overfor, leverer Allente hovedsakelig digitale tjenester til sine kunder. I forbindelse med avtaleinngåelse med nye kunder, vil imidlertid disse være avhengig av en antenne og en dekoder fra Allente for å kunne motta TV-tjenestene (samlet betegnet som hard-ware

(HW)). Også eksisterende kunder vil med jevne mellomrom bestille HW fra Allente, og da særlig dekodere, for eksempel nyere og bedre modeller enn kunden har fra før.

Under gjeldende regelverk får forbrukerkjøpsloven anvendelse på avtaler om kjøp av HW fra Allente. For hovedytelsen, abonnement på TV-tjenester, gjelder primært Allentes kundevilkår. Disse er utformet i dialog med Forbrukertilsynet, som i perioden 2016-2018 gjennomførte en gjennomgang av TV-distributørenes kundevilkår for forbrukere, og ble enige med distributørene om kundevilkår som ivaretar forbrukernes beskyttelsesbehov, men samtidig også hensyntar leverandørenes legitime behov.

For digitale tjenester og innhold er det foreslått en egen lov, som gjennomfører EU-direktiv 2019/770 (digitalytelsesdirektivet). Forslag til lov ble sendt på høring 3. desember 2020, med høringsfrist 3. mars 2021.

Forbrukerkjøpsdirektivet og digitalytelsesdirektivet (og lovene som gjennomfører direktivene) ble vedtatt samtidig i EU og må ses i sammenheng. Det bør være et poeng at grenseflatene mellom de to regelverkene er så klare som mulig, både av hensyn til forbrukerne som skal orientere seg om sine rettigheter, og til de næringsdrivende som skal tilpasse seg reglene.

Når det gjelder den type digitale tjenester som Allente hovedsakelig tilbyr, innebærer høringsforslagets utkast til virkeområde for forbrukerkjøpsloven sammenholdt med virkeområdet til digitalytelsesloven, at det kan være svært uklart hvilket regelsett som får anvendelse på hvilke av Allentes ytelser til forbrukere.

Den primære ytelsen fra Allente, i form av abonnement på TV-tjenester, er en digital tjeneste. Selv om nye kunder også er avhengig av varer i form av HW for å motta tjenesten, vil disse varene være underordnet og subsidiære til den primære ytelsen, og kun hjelpemidler for å motta denne. Etter vår vurdering er det nærliggende å vurdere dette som en kombinert avtale som nevnt i utkastet til digitalytelsesloven § 2 4. ledd, med den konsekvens at digitalytelsesloven anvendes på den delen av avtalen som gjelder digitale ytelser. Dette må innebære at forbrukerkjøpsloven, som i dag, vil få anvendelse på leveringen av HW. Dette er også i tråd med digitalytelsesdirektivets fortale avsnitt 33, som uttrykkelig nevner avtale om levering av digital-TV med dekode som en kombinert avtale hvor digitalytelsesdirektivet får anvendelse på tjenestedelen av avtalen.

Forbrukerkjøpsdirektivet og den foreslåtte forbrukerkjøpsloven får generelt ikke anvendelse på avtaler om levering på digitale ytelser. Reglene om forbrukerkjøp får likevel anvendelse på digitale ytelser som er sammenknyttet med en vare på en slik måte at ytelsen er nødvendig for tingens funksjon, og som etter kjøpsavtalen skal leveres sammen med tingen. Høringsnotatet s. 15 nevner smart-TV eller smartklokke som eksempler på denne typen, som dermed i sin helhet faller inn under loven.

Det fremgår videre av høringsnotatet at departementet er usikkert på forholdet mellom forbrukerkjøpsdirektivet og reguleringen av kombinerte avtaler i digitalytelsesdirektivet, fordi, i eksempelet med dekode, vil de digitale tjenestene etter departementets vurdering være knyttet sammen med varen på en slik måte at tjenestene er nødvendige for varens funksjon. Høringsnotatet drøfter dette særlig på s. 16-18. Departementet nevner her at en løsning som vil være i tråd med fortalen i digitalytelsesdirektivet, er at forbrukerkjøpsloven ikke får anvendelse dersom de digitale ytelsene utgjør den overveiende delen av forpliktelsene. Det forhold at digitalytelsesloven synes mer egnet til å regulere denne typer ytelser enn forbrukerkjøpsloven, støtter etter departementets vurdering også denne tolkningen.

Departementet lander likevel på at ikke det er tilstrekkelige holdepunkter for å innfortolke noe unntak fra forbrukerkjøpsdirektivets regler, og foreslår derfor i lovutkastet at forbrukerkjøpsloven uansett får anvendelse på digitale ytelser som er sammenknyttet med en vare på en slik måte at ytelsen er nødvendig for tingens funksjon, og som etter kjøpsavtalen skal leveres sammen med tingen.

Forslaget fra departementet innebærer for Allentes virksomhet at der hvor det inngås avtale om abonnement på TV-tjenester med nye kunder, hvor dekoder og antenne inngår som en del av pakken, vil leveringen av både HW og TV-tjenestene falle inn under forbrukerkjøpsloven. Samtidig vil en slik avtale regnes som en kombinert avtale etter forslaget til digitalytelsesloven § 2 4. ledd, jf. eksempelet på en slik tjeneste i fortalen i digitalytelsesdirektivet avsnitt 33, og de digitale tjenestene vil derfor også falle inn under digitalytelsesloven. Dette selv om også digitalytelsesloven § 2 4. ledd bestemmer at 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, reguleres av forbrukerkjøpsloven: Her må den klare forutsetningen i fortalen til digitalytelsesdirektivet om at en slik avtale utgjør en *kombinert* avtale tilsi at den da nettopp ikke skal regnes som en slik digital avtale som reguleres av forbrukerkjøpsloven.

Samtidig, dersom Allentes eksisterende kunder inngår avtaler om kjøp av tilleggstjenester som for eksempel utvidelse av eksisterende abonnement med tilleggspakker, strømmetjenester eller leiefilm, vil disse avtalene i sin helhet reguleres av digitalytelsesdirektivet, fordi det her kun vil være snakk om kjøp av en digital tjeneste. Videre, dersom kunden senere kjøper ny dekoder, vil ikke nødvendigvis forbrukerkjøpsloven få anvendelse på de sammenknyttede digitale ytelsene deretter, fordi et slikt kjøp av dekoder gjøres gjennom en isolert avtale og ikke nødvendigvis skjer i tilknytning til kjøp av TV-tjenester. Vilkåret i forbrukerkjøpsloven om at de digitale ytelsene skal leveres sammen med tingen (vår understreking) etter kjøpsavtalen, vil dermed ikke være oppfylt i et slikt tilfelle. Dersom en eksisterende kunde kjøper tilleggspakker og samtidig oppgraderer sin HW, kan forbrukerkjøpsloven få anvendelse på tilleggspakken og dekoder, men ikke (lenger) på basispakken som ble kjøpt samtidig med den gamle dekoderen.

Lovforslaget fra departementet på dette punkt vil dermed føre til en uoversiktlig situasjon og rettsusikkerhet for både forbrukere og næringsdrivende. For enkelte tjenester vil begge lovene kunne få anvendelse samtidig, og dette kan også være avhengig av om kjøp av HW og tjenesten skjer samtidig eller ikke. Dette gir liten sammenheng i regelverket. Videre har det formodningen mot seg at forbrukerkjøpsdirektivet skal tolkes på en måte som gjør at grensegangene mellom et annet direktiv som er gitt samtidig, og med samme formål (beskyttelse av forbrukerne), blir uklare og vanskelig å anvende i praksis. Etter Allentes vurdering bør dermed forbrukerkjøpsdirektivets virkeområde tolkes på en måte som er i samsvar med digitalytelsesdirektivets langt klarere avgrensning av hvilke digitale tjenester som reguleres av hvilket direktiv.

Etter Allentes vurdering tilsier dette at forbrukerkjøpsdirektivet, og dermed forbrukerkjøpsloven, ikke er ment å få anvendelse på digitale tjenester der tjenesteytelsen anses som den overveiende delen av forpliktelsene etter avtalen. For slike ytelser vil også digitalytelsesloven være mest egnet til å regulere ytelsen, og dermed vil en slik løsning også bedre ivareta hensynet til forbrukerne. Videre gir det bedre mening at tjenestene fra en tilbyder som Allente primært reguleres av digitalytelsesloven, uavhengig om de kjøpes sammen med HW eller ikke.

Etter vår vurdering støttes dette standpunktet av direktivets definisjon av begrepet «køpsaftale». Dette er definert som "enhver aftale, hvorved sælgeren overdrager eller påtager sig at overdrage ejendomsretten til varer til en forbruger, og forbrugerens betaler eller påtager sig at betale prisen

herfor." Direktivet bestemmer at det er de digitale ytelser som leveres sammen med varene i henhold til kjøpsavtalen, som omfattes. Der hvor hovedytelsen er en tjeneste, og varene er subsidiære til eller underordnet tjenesten, kan det argumenteres med at det ikke er naturlig å betegne dette som en avtale hvor selger påtar seg å overdra eiendomsretten til varer. I slike tilfeller vil det også være mer naturlig å si at varen er nødvendig for tjenestens funksjon, enn omvendt, og dermed også av denne grunn faller utenfor ordlyden av bestemmelsen.

Allente mener derfor at bestemmelsen om anvendelsen av loven på digitale ytelser som skal leveres sammen med tingen etter kjøpsavtalen, og som er sammenknyttet med tingen på en slik måte at ytelsen er nødvendig for tingens funksjon, bør presiseres eller tolkes slik at det ikke gjelder der hvor varen er subsidiær til tjenesten og tjenesten er hovedytelsen, men kun gjelder for digitale ytelser hvor varen er hoveddelen av eller det primære objektet for avtalen.

3. Bevisregler ved mangler - lengden av presumsjonsregelen

Etter gjeldende rett i forbrukerkjøpsloven § 18 2. ledd 1. punktum skal en mangel som viser seg innen seks måneder etter risikoens overgang formodes å ha eksistert ved risikoens overgang. Bevisbyrden for at mangelen likevel ikke eksisterte legges dermed på selgeren. Det nye forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 11 nr. 1 bestemmer at en mangel som viser seg innen ett år etter levering, formodes å ha eksistert ved levering. Dette innebærer at presumsjonsregelen i norsk rett skal utvides fra seks måneder til ett år når direktivet gjennomføres. Høringsnotatet forslag til lovendring i § 18 2. ledd er i tråd med dette.

Direktivet åpner imidlertid i artikkel 11 nr. 2 for at medlemsstatene kan utvide presumsjonsregelen til to år. Departementet ber i punkt 8.3. om innspill til om perioden bør utvides til to år også i de norske gjennomføringsreglene. Allente mener at dette ikke bør gjøres, men at den foreslåtte perioden på ett år gir tilstrekkelig balanse mellom forbrukernes og selgers interesser. For feil som dukker opp senere enn ett år etter levering, er det også mindre sannsynlig at forelå allerede på leveringstidspunktet, slik at presumsjonen da ikke vil være like sterk. Dette kan føre til at selger i større grad vil ha grunn til å motbevis presumsjonen, noe som kan virke konfliktskapende og dermed ikke gi noen reelt økt beskyttelse for forbruker.

Med vennlig hilsen



Anne Beate Saga Hammerstad

Advokat/Attorney at law, MNA

Allente