

**Justisdepartementet
Postboks 8005 Dep**

0030 OSLO

Deres ref.
201107199 EP PSW/HEA/mk

Vår ref.
Sak nr: 11/1961-3
Saksbehandler: Sverre Åril
Dir.tlf: 91768366

Dato:
24.02.2012

Høring - EU-kommisjonens forslag til en europeisk salgslov for grensekryssende kontrakter

Det vises til høringsbrev fra Justisdepartementet av 25.11.2011 vedrørende EU-kommisjonens forslag til en forordning om en europeisk salgslov for grensekryssende kontrakter, heretter forkortet "ESL".

Innledningsvis skal det presiseres at Forbrukerombudet deler Kommisjonens målsetning om et velfungerende indre marked til det beste for både næringsdrivende og forbrukere. Dette har også tidligere blitt understreket både i høringssvar på grønnboken om løsningsmodeller for en europeisk kontraktsrett og i innspill til Kommisjonens såkalte "Feasability Study" på dette området.

Dersom den foreslåtte forordningen vedtas, vil dette innebære at det introduseres et helt nytt avtalerettslig instrument som forbrukere og næringsdrivende må forholde seg til ved grensekryssende handel. Instrumentet er svært omfattende og inneholder konkrete regler av avtalerettslig og kjøpsrettslig art, herunder regler om urimelige avtalevilkår. Instrumentet vil gjelde ved siden av nasjonale avtalerettslige og kjøpsrettslige regler, men forbrukerne avtaler seg vekk fra beskyttelsen man har i sin hjemlands rett etter artikkel 6 (2) i Rom I forordningen der instrumentet benyttes.

Kommisjonens forslag vil dermed få store følger for forbrukere og næringsdrivende i hele EU/EØS-området. Etter Forbrukerombudets vurdering vil forslaget potensielt også kunne få uheldige ringvirkninger for håndhevingen og den fremtidige utviklingen av forbrukerkontraktsretten i EU/EØS. Det må derfor foreligge et klart og dokumentert behov for å innføre et slikt regelverk på fellesskapsnivå. Et slikt regelverk må i tillegg rent faktisk både være forholdsmessig og nødvendig for å takle de problemene man søker å løse.

I fortalen til forslaget peker Kommisjonen på at forskjeller i medlemslandenes kontraktsrett er en av de viktigste hindringer for handel på tvers av landegrensene i dag. Til støtte for sin begrunnelse viser Kommisjonen hovedsakelig til Eurobarometer-

undersøkelsene 320¹ og 321². Undersøkelsene er imidlertid ikke entydige. I Eurobarometer 321 svarer blant annet 72 % av de spurte næringsdrivende at forskjeller i regelverk har minimal eller ingen betydning på deres beslutning om å selge over landegrensene. Kun 7 % svarer at dette vil ha stor innvirkning på en slik beslutning. Tallene viser at det er usikkert hvilken effekt ESL vil ha på målsetningen om å øke grensekryssende handel i det indre marked.

Årsaken til at forbrukere ikke handler over landegrensene er sammensatt. At forskjeller i medlemslands kontraktsrett kan være en medvirkende faktor til at potensialet i det indre marked ikke benyttes fullt ut, er mulig. Men om forslaget er egnet til vesentlig å fremme grensekryssende handel, er det etter Forbrukerombudets vurdering større grunn til å tvile på.

I denne sammenheng er det også grunn til å merke seg at både forbrukerorganisasjoner og næringsdrivende i Europa og Norden stiller seg kritiske til hvorvidt forslaget er egnet til å eliminere hindringer og bidra til økt grensekryssende handel i det indre marked. Den europeiske forbrukerorganisasjonen BEUC og bedriftsorganisasjonen UEAPME har kommet med en felles uttalelse³ der man ikke anser Kommisjonen for å ha fremskaffet overbevisende dokumentasjon for at det nye instrumentet vil føre til økt grenseoverskridende handel. Tilsvarende fellesuttalelser har kommet både fra Forbrugerrådet, BUSINESSEUROPE og EuroCommerce i Danmark og fra Forbrukerrådet og Hovedorganisasjonen Virke i Norge. Forbrukerombudet finner grunn til å stille seg bak bekymringene som her trekkes frem.

Forslagets frivillige karakter

Europeisk salgslov presenteres av Kommisjonen som et valgfritt instrument også for forbrukerne. For å løse eventuelle problemer som følger av ulikheter i medlemslandenes kontraktsrett, antar jeg imidlertid at denne valgfriheten først og fremst ligger hos de næringsdrivende. De næringsdrivende vil bevisst kunne velge det instrumentet som til enhver tid stiller dem best. Det syntes da lite sannsynlig at de næringsdrivende vil fortsette å inngå avtaler etter nasjonale regler dersom man kan gjøre dette under et alternativt regelverk som stiller dem bedre ved en eventuell tvist. Lovvalget vil fremkomme som en betingelse for å inngå kontrakten, og forbrukers valg blir da bare om han likevel vil handle med den næringsdrivende eller ikke.

Gjennomsnittsforbrukeren vil, etter all sannsynlighet, uansett ikke ha de nødvendige forutsetninger for å gjøre et informert valg mellom to ulike lovsystemer, skulle man først få et slikt valg. Når man vet at europeiske forbrukere allerede i liten grad leser avtalevilkår⁴, syntes det ambisiøst å forutsette at forbrukerne vil sette seg inn i et fullstendig kontraktsrettsinstrument på 186 artikler for å finne ut om det er mest hensiktsmessig å bruke ESL eller nasjonal rett når man inngår en avtale.

Uklarheter rundt hva slags beskyttelse man har under forskjellige regelverk kan i tillegg gjøre det vanskeligere for forbrukere å overskue konsekvensene av å velge det ene regelverket fremfor det andre for sine avtaler, og dermed også å sammenligne de ulike tilbudene i markedet.

¹ Eurobarometer 320 on European contract law in business-to-business transactions of 2011

² Eurobarometer 321 on European contract law in consumer transactions of 2011

³ Common European Sales Law - Justice and Home Affairs Council Meeting, 28 October 2011

⁴ Special Eurobarometer 342 Consumer empowerment 2011

For å gjøre det klarere for forbrukerne at man forlater beskyttelsen man normalt vil ha etter nasjonal lovgivning ved inngåelse av en kontrakt under ESL, kan et alternativ være å gjøre instrumentet obligatorisk og begrense virkeområdet til *kun* å gjelde grensekryssende elektronisk handel. Det er i denne sammenheng imidlertid grunn til å minne om innsigelsene fra nærings siden om at slike ulike regelsett i utgangspunktet vil kunne forstyrre konkurransen mellom aktører som forholder seg til nasjonal lovgivning og aktører som selger etter ESL.

Et annet alternativ som etter mitt syn er mer egnet enn Kommisjonens forslag, er utvikling av standardkontrakter som næringsdrivende som ønsker å tilby sine varer og tjenester over landegrensene kan benytte. Forbrukerombudet har allerede utviklet slike kontrakter for e-handel her i Norge. Standardkontraktene er oversatt til engelsk og kan kostnadsfritt lastes ned og brukes av næringsdrivende som ønsker å selge til norske forbrukere. Kommisjonen bør heller arbeide for å stimulere nasjonale tilsynsmyndigheter i Europa til å utvikle standardiserte kontrakter i tråd med nasjonal lovgivning. Dette kan eksempelvis skje som ledd i samarbeidet under CPC-forordningen. Man bør i tillegg også se på muligheten for å samle slike kontrakter i en felles europeisk database, slik at de næringsdrivende enkelt og kostnadsfritt får tilgang til disse.

Forslagets innvirkning på nåværende og fremtidige forbrukerbeskyttelsesregler

Forbrukerbeskyttelsesnivået i forordningen ser i utgangspunktet ut til å ligge på et høyt nivå på de fleste områder. Forbrukerombudet er imidlertid av den oppfatning at forslagets bestemmelser på enkelte viktige områder for forbrukerne vil kunne ha uheldige ringvirkninger, herunder både på nasjonale myndigheters mulighet til å føre tilsyn med urimelige avtalevilkår og på den naturlige regelverksutviklingen på viktige områder for forbrukerne.

Urimelige avtalevilkår – ESL kapittel 8

Europeisk salgsløvs kapittel 8 inneholder bestemmelser om urimelige avtalevilkår. Urimelige avtalevilkår i forbrukerkontrakter er i dag regulert gjennom direktivet om urimelig handelspraksis 13/93/EØF på fellesskapsnivå. Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom avtalelovens §§ 36, 37 og markedsføringslovens § 22. Forbrukerombudets adgang til å gripe inn mot urimelige avtalevilkår i forbrukerkontrakter reguleres av bestemmelsen i markedsføringsloven. Direktivet om urimelig handelspraksis er et minimumsharmoniseringsdirektiv, hvilket innebærer at medlemslandene kan ha strengere beskyttelsesregler så lenge man i nasjonal lovgivning og tolkning overholder minimumskravene i direktivet.

I henhold artikkel 4 i ESL skal bestemmelsene i den europeiske salgsløvs tolkes autonomt og i samsvar med forordningenes underliggende prinsipper. Der instrumentet velges, innebærer dette fullharmoniserte regler på de regulerte områdene, herunder for bestemmelsene om urimelige avtalevilkår i kapittel 8.

I fortalen til europeisk salgsløvs punkt 28 fremgår det at instrumentet ikke skal regulere forhold utenfor "det avtalerettslige området". Det nærmere innholdet i dette begrepet er imidlertid ikke avklart. Det går således ikke klart frem om man her *kun* har ment å skulle regulere det konkrete avtaleforholdet mellom partene og *ikke*

forbrukermyndigheters mulighet til å gripe inn mot urimelige avtalevilkår i forbrukerkontrakter. Dersom Kommisjonen har ment at nasjonale myndigheters mulighet til å gripe inn mot urimelige avtalevilkår faller utenfor ESL, burde dette vært tydeligere presisert i forslaget.

Forutsetter man at anvendelsesområdet til bestemmelsene om urimelige avtalevilkår sammenfaller med de beslektede bestemmelsene i direktivet om urimelig handelspraksis, dvs. at også den offentligrettslige urimelighetsvurderingen etter markedsføringsloven omfattes, vil terskelen for inngrep være høyere under ESL enn det som følger av norsk rett i dag.

Etter artikkel 83 i ESL skal et vilkår betraktes som urimelig dersom det medfører en "betydelig skjevhet" i partenes rettigheter og plikter etter avtalen til skade for forbrukeren. Høyesterett uttalte i sak Rt-2006-1348 (Østlandske Autoberging) at det normalt ikke bør kreves "særlig stor ubalanse" for at man skal kunne gripe inn overfor urimelige avtalevilkår i en offentligrettslig sammenheng, selv om det ikke er tilstrekkelig at man finner at balansen kunne ha vært bedre.

Selv om forslaget ikke er tenkt å gis direkte virkning for nasjonale myndigheters adgang til å gripe inn overfor urimelige avtalevilkår, vil det være naturlig å se hen til bestemmelsene i ESL ved urimelighetsvurderingen. Når terskelen for inngripen er høyere etter ESL enn etter markedsføringslovens § 22, vil det fort kunne bli en vanskelig oppgave for tilsynsmyndigheter å argumentere for urimelighet der et vilkår vil gå klar av de autonome bestemmelsene i ESL.

I tillegg inneholder forslaget om europeisk salgsløp en svarteliste og en gråliste som angir vilkår som enten alltid er eller formodentlig er urimelige. En potensiell ulempe ved slike lister er at det kan oppstå usikkerhet med hensyn til hvordan man skal betrakte vilkår som ligner på de opplistede vilkårene, men som ikke faller direkte inn under ordlyden. I Norge har man tradisjon for bruk av generalklausuler, der regelens innhold defineres i den nærmere tolkning av disse. Andre land i Europa har en mer kasuistisk rettstradisjon. I dagens situasjon vil eventuelle forskjeller i tolkningen av slike vilkår ikke volde problemer for EU-retten så lenge minimumskravene i direktivet til urimelig handelspraksis 13/93/EØF overholdes. Introduserer man fullharmoniserte lister som skal gjelde når instrumentet benyttes, vil det oppstå en fare for at de næringsdrivende vil påberope seg at listene skal tolkes antitetisk eller innskrenkende, noe som kan medføre at det vil bli vanskeligere for nasjonale håndhevere å gripe inn mot vilkår som ikke er omtalt på en av disse listene. Det vil til syvende og sist være EU-domstolen som skal avgjøre om et avtalevilkår er å anse som urimelig. Det er imidlertid ikke gitt at EU-domstolen, sett hen til bestemmelsene i ESL, vil komme til et resultat som gir norske forbrukerne like god beskyttelse som etter dagens regelverk.

Et eksempel er i Artikkel 85 (w) i grålisten i ESL. Denne bestemmelsen slår som utgangspunkt fast at et avtalevilkår antas å være urimelig dersom bindingstiden i en avtale er på over et år. For ekomtjenester har praksis i Norge vært at næringsdrivende kun skal benytte bindingstid der man i tillegg gir forbrukeren en klar økonomisk fordel, for eksempel ved å forskuttede prisen på en mobiltelefon e.l. Spørsmålet blir da om hvordan en ren bindingstid, uten en slik subsidiering, skal vurderes etter forslaget, og om et slikt vilkår kan anses for å medføre en "betydelig ubalanse" i partenes rettigheter og plikter etter kontrakten, jf. Artikkel 83 i ESL. Noen næringsdrivende vil trolig argumentere med at vilkåret ikke er urimelig da det går klar av bestemmelsene i

grålisten. Hvordan EU-domstolen ville tolket et slikt vilkår i lys av bestemmelsene i ESL er heller ikke klart.

Bestemmelser om urimelige avtalevilkår i forbrukerkontrakter er etter Forbrukerombudets vurdering et av de aller viktigste områdene der dynamisk regelverksutvikling i tråd med utviklingen av nye produkter og markeder er nødvendig for å oppnå en best mulig balanse mellom den næringsdrivendes og forbrukernes rettigheter. Den konstante utviklingen av nye produkter og markeder gjør at forbrukerne stadig møter nye utfordringer knyttet til produktenes avtalevilkår. Det er på dette området derfor helt nødvendig med et fleksibelt regelverk, også ved grensekryssende handel. Det er svært bekymringsfullt dersom mer harmoniserte bestemmelser under ESL medfører at dagens minimumsnivå blir førende for fremtidens maksimumsnivå av beskyttelse på dette området, særlig når beskyttelsesnivået mot urimelige avtalevilkår som det legges opp til i ESL ligger under det vi har etablert i Norge.

Bestemmelser om urimelige avtalevilkår i forbrukerkontrakter er etter Forbrukerombudets vurdering derfor ikke egnet for å reguleres i et autonomt instrument som ESL. Bestemmelsene burde derfor i sin helhet vært fjernet fra forslaget, eller alternativt omgjort til minimumsharmoniseringsregler.

Direktivet om urimelig avtalevilkår 13/93/EØF

Dersom bestemmelsene for urimelige avtalevilkår i grenseoverskridende forbrukerkontrakter etableres med en viss grad av beskyttelse under europeisk salgslov, kan dette nivået etter mitt syn fort bli videreført ved en eventuell fremtidig revisjon av direktivet om urimelige avtalevilkår 13/93/EØF.

Den nødvendige oppmerksomheten har ikke vært ofret disse problemstillingene i høringsrundene som ledet frem til Kommisjonens forslag. Endringer i slike viktige bestemmelser for forbrukerne burde her ha vært behandlet etter vanlige høringsprosedyrer i EU, der alle berørte burde vært gitt tid og anledning til å kommentere de materielle bestemmelsene i forslaget, og ikke hovedsakelig vært begrenset til å kommentere valg av instrumenttype.

Det er etter mitt syn ikke tilstrekkelig dokumentert at instrumentet er egnet for å redusere hindringer som følge av ulikheter i medlemslandenes kontraktsrett. Selv om forbrukerbeskyttelsesnivået i utgangspunktet ser ut til å ligge på et høyt nivå for en del områder, vil forslaget kunne ha uheldige ringvirkninger, herunder både på nasjonale myndigheters mulighet til å føre tilsyn med urimelige avtalevilkår og på den naturlige regelverksutviklingen på viktige områder for forbrukerne.

Jeg er derfor av den oppfatning at Kommisjonens forslag, slik det nå foreligger, i sin helhet burde avvises. Dersom man først skal vedta slike regler på fellesskapsnivå, burde bestemmelsene vært gitt et mer begrenset anvendelsesområde, f.eks. kun for grensekryssende elektronisk handel. Bestemmelser om urimelige avtalevilkår vil etter min vurdering uansett være svært lite hensiktsmessig å regulere i et slikt instrument.

I Norge fører Forbrukerombudet et mer aktivt tilsyn med urimelig avtalevilkår i forbrukerkontrakter enn i mange andre EU/EØS-land. Erfaring fra tidligere prosesser viser at også norske aktører kan påvirke prosesser ved å bidra med erfaringer fra områder der vi har særlig kunnskap. Når man ser de potensielle konsekvensene forslaget vil kunne ha for norske og europeiske forbrukere, er det viktig at det jobbes aktivt for at det videre arbeidet med forslaget går i riktig retning for forbrukerne.

Med vennlig hilsen

Gry Nergård
forbrukerombud