

Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Saksbehandler: Gyrid Giæver Epost: gyrid.giaver@forbrukerradet.no	Vår dato: 03.03.2021	Vår referanse: 20/17604 - 2	Deres dato:	Deres referanse:
----------------------------------------------------------------------------	-------------------------	--------------------------------	-------------	------------------

Høringsuttalelse - ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere (digitalytelsesloven)

Vi viser til høringsbrev av 3. desember 2020 om høring til ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere, med svarfrist 3. mars 2021.

Overordnet er Forbrukerrådet i hovedsak svært fornøyd med forslaget til ny lov om levering av digitale ytelser til forbrukere med lovforslag til gjennomføring av direktiv (EU) 2019/770, i kortform benevnt digitalytelsesloven. Det er et stort behov for loven i dagens samfunn, og lovforslaget er viktig for å sikre et bedre forbrukervern også på dette området.

Oppsummert kan vi trekke frem følgende:

- Vi ser behov for å bringe lovteksten noe nærmere direktivteksten på enkelte punkter
- Ytelsens egenart tilsier at det er tilstrekkelig med et meldingskrav og ikke en reklamasjonsplikt
- Personopplysninger som motytelse, samt hvordan loven forholder seg til personopplysningsloven, må avklares og utdypes
- Regler for standarderstatning kan inkluderes

Vårt hørings svar følger i hovedsak strukturen i høringsnotatet, likevel slik at enkelte punkter er slått sammen.

Terminologi og lovens anvendelsesområde

Digital ytelse

Digitalytelsesloven vil sammen med forbrukerkjøpsdirektivet gi et bedre forbrukervern enn forbruker har i dag. Loven gjelder i utgangspunktet avtaler om levering av digitale ytelser mot vederlag i forbrukerforhold, der digitale ytelser omfatter digitalt innhold og digitale tjenester. Lovforslaget definerer digitalt innhold som «data som fremstilles og leveres i digital form, ved at de gjengir fysiske størrelser med diskrete tegn.»

I direktivet er digitalt innhold definert i artikkel 2 nr. 1:

‘digital content means data which are produced and supplied in digital form’

Etter Forbrukerrådets oppfatning er det hensiktsmessig å holde seg til direktivets definisjoner i størst mulig grad, og vi er usikre på om tilføyelsen «ved at de gjengir fysiske størrelser med diskrete tegn» i klargjør bestemmelsen i noen særlig grad. Etter vårt syn kan denne delen av lovteksten tas ut.

Leverandør



I lovforslaget foreslås begrepet «leverandøren» om den som leverer den digitale ytelsen til forbruker. Direktivet benytter begrepet «trader» som i dansk utgave er oversatt til «erhvervsdrivende». Forbrukerrådet oppfatter begrepet «leverandøren» som dekkende siden det er behov for et begrep som skal omfatte både digitalt innhold og digitale tjenester, og vi kan ikke se at det vil oppstå større uklarheter i lovanvendelsen ved bruk av begrepet. Forbrukerrådet deler synspunktet om at 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.

Det er likevel grunn til å tro at «tjenesteyter» også vil bli brukt synonymt i en del sammenhenger, særlig ved omtale av levering av digitale tjenester, ettersom «tjenesteyter» i disse tilfellene faller naturlig.

Levering

Lovforslaget stiller spørsmål om «gjort tilgjengelig» er et mer dekkende begrep enn «levering» når det er tale om digitale ytelser. Forbrukerrådet kan i denne sammenheng tilføye at begrepet «levering» også vil omfattende løpende tilgjengeliggjøring av digitale tjenester etter alminnelig språklig forståelse og til at forbruker kan anvende ytelsen som avtalt. Dersom leverandøren av en strømmetjeneste åpner for muligheten til å strøme innholdet etter at forbrukeren har bestilt, må det også karakteriseres som at strømmetjenesten anses «levert».

Vederlag

Lovforslaget definerer vederlag som «betaling i penger eller annen motytelse, inkludert at forbrukeren oppgir personopplysninger.». Slik vi forstår høringsnotatet, mener departementet her at personopplysninger etter direktivet kan anses som «vederlag». Forbrukerrådet deler ikke departementets forståelse av direktivet på dette punktet.

Etter direktivet artikkel 3 nr. 1 andre ledd fremgår at

«This Directive shall also apply where the trader supplies or undertakes to supply digital content or a digital service to the consumer, and the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader, ..[...]»

Direktivet får med andre ord også anvendelse der forbruker får levert en digital ytelse mot å oppgi personopplysninger. Slik vi oppfatter direktivet skiller det mellom der forbruker betaler en «pris» og der forbruker oppgir personopplysninger. Skillet opprettholdes gjennomgående i direktivets fortale avsnitt¹, der særlig fortale avsnitt 24 er relevant for hva som kan omfattes av lovens vederlagsbegrep. Det fremgår også klart av nevnte fortale avsnitt 24 at personopplysninger er en grunnleggende rettighet som ikke er en «handelsvare», i motsetning til penger;

«Digital content or digital services are often supplied also where the consumer does not pay a price but provides personal data to the trader. Such business models are used in different forms in a considerable part of the market. While fully recognising that the protection of personal data is a fundamental right and that therefore personal data cannot be considered as a commodity, this Directive should ensure that consumers are, in the context of such business models, entitled to contractual remedies. This Directive should, therefore, apply to contracts where the trader supplies, or undertakes to supply, digital content or a digital service to the consumer, and the consumer provides, or undertakes to provide, personal data. . [...] Union law

¹ Se fortale avsnitt 24, 25, 37, 38, 39, 48, 60 og 67



on the protection of personal data provides for an exhaustive list of legal grounds for the lawful processing of personal data. [...]»
(våre understrekinger)

I lys av ordlyden i direktivet artikkel 3 nr. 1 andre ledd og særlig fortale avsnitt 24, er vi ikke enig i at personopplysninger kan inkluderes i begrepet «vederlag» slik det er gjort i lovforslaget, og mener det er naturlig å utforme § 1 nær ordlyden i direktivet.

Nærmere om anvendelsesområde. Grensen mot forbrukerkjøpsdirektivet/forbrukerkjøpsloven

Digitalytelsesloven og det nye forbrukerkjøpsdirektivet / ny forbrukerkjøpslov skal til sammen gi et helhetlig forbrukervern for kjøp av digitale ytelser, sammensatte avtaler med både et fysisk element og digitalt element og fysiske gjenstander.

Ytterpunktene, henholdsvis de 'rene' digitale ytelser og fysiske gjenstander som ikke har digitale elementer kan enkelt nok plasseres i hver sin lov. Større utfordringer kan det knytte seg til å avgjøre hvilken lov som kommer til anvendelse for de sammensatte/kombinerte avtalene.

I høringsnotatet beskrives hvordan en avtale som både inneholder elementer av ting og digitale ytelser vil reguleres av de to direktivene (digitalytelsesdirektivet og forbrukerkjøpsdirektivet), og dermed også forslag til digitalytelseslov og forbrukerkjøpsloven. Fra et forbrukerperspektiv vil det være hensiktsmessig at en avtale kan henføres til en lov så langt det lar seg gjøre, og at en unngår å splitte avtalen slik en del reguleres av forbrukerkjøpsloven og en annen del av digitalytelsesloven.

Etter lovforslaget vil digitalytelsesloven gjelde for både tingen og den digitale ytelsen slik det fremgår av lovtkastet § 2 andre ledd, som for eksempel kan være en CD eller USB-pinne med programvare. Dette er tilfellene der tingen utelukkende fungerer som bærer av det digitale innholdet.

Forbrukerkjøpsloven kommer til anvendelse om den digitale ytelsen leveres sammen med en ting, og den digitale ytelsen «er sammenknyttet med tingen på en slik måte at ytelsen er nødvendig for tingens funksjon.» jf. lovtkastet § 2 fjerde ledd første punktum som svarer til artikkel 3 nr. 4 jf. artikkel 2 nr. 3.

Det stilles i lovforslaget opp et nødvendighetskrav som vilkår for at forbrukerkjøpsloven skal omfatte både tingen og eventuelle digitale elementer. Forbrukerrådet er usikker på om det er grunnlag for å utlede et nødvendighetsvilkår av direktivet.

I direktivet er avgrensningen mot forbrukerkjøpsdirektivet omtalt i fortale avsnitt 21 hvor ting med et digitalt element beskrives slik:

«Goods with digital elements' means any tangible movable items that incorporate, or are inter-connected with, digital content or a digital service in such a way that the absence of that digital content or digital service would prevent the goods from performing their functions. Digital content or a digital service that is incorporated in or inter-connected with goods in that manner should fall within the scope of Directive (EU) 2019/771 if it is provided with the goods under a sales contract concerning those goods. [...]»

Dette er kommet til uttrykk i artikkel 2 nr. 3 som definerer en vare med et digitalt element som



«[...] any tangible movable items that incorporate, or are inter-connected with, digital content or a digital service in such a way that the absence of that digital content or digital service would prevent the goods from performing their functions;»

Etter det vi kan se, er avgrensningen mellom digitalytelsesdirektivet og forbrukerkjøpsdirektivet / forbrukerkjøpsloven formulert noe annerledes i fortale avsnitt 21/artikkel 2 nr. 3 enn ordlyden i lovforslaget. I lovforslaget er det inntatt et kriterium som sier at forbrukerkjøpsloven kommer til anvendelse om den digitale ytelsen er 'nødvendig' for tingens funksjon, mens fortale avsnitt 21 taler om at fravær av den digitale ytelsen er til hinder for å oppfylle tingens funksjoner. I praksis vil dette bety at så lenge de digitale elementene som tingen består av er en del av den opprinnelige kjøpskontrakten for tingen, så mener vi at forbrukerkjøpsloven må gjelde for hele kjøpet. Det er sterkt uheldig om ett kjøp/en avtale skal reguleres av to lover, og det bør i så fall gjelde færrest mulig tilfeller av hensyn både til forbruker og leverandør. Slik lovutkastet er utformet vil de fleste avtaler om kjøp av ting med digitale elementer reguleres av både digitalytelsesloven og forbrukerkjøpsloven, noe som vil være uheldig både for forbrukeren, og antakelig for bransjen.

De fleste ting med et digitalt element (som da utgjør den digitale ytelsen), kan naturlig falle inn under § 2 fjerde ledd første punktum, men det digitale elementet kan variere i hvilken betydning det har for tingens funksjoner, og det kan oppstå spørsmål og tvist om hva som ligger i et nødvendighetskrav. For eksempel vil kjøp av hvitevarer som kan kobles på nett via en app fra produsenten med mulighet for å fjernstyre stekeovnen, skru på vaskemaskinen eller motta handlelister fra kjøleskapet i utgangspunktet omfattes. Hvitevarene er solgt med en digital ytelse, som da er en del av hvitevarens funksjoner, men det kan stilles spørsmål om hvor 'nødvendig' den digitale ytelsen er for tingens funksjon og hva tingens 'funksjon' i så fall knyttes opp mot. Er det den digitale ytelsens nødvendighet for at tingens grunnleggende egenskap og funksjon som hhv. stekeovn, vaskemaskin eller kjøleskap, det er tale om? En konsekvens av at 'nødvendig'-vilkåret ikke er oppfylt og at 'funksjon' knyttes opp mot tingens grunnleggende egenskaper, vil i så fall bli at kjøp av ting med digitale element i stor grad vil bli regulert av både digitalytelsesloven og forbrukerkjøpsloven.

Direktivet artikkel 3 nr. 4 brukerflertallsformen «functions» i ordlyden, noe vi mener i taler for at samtlige av gjenstandens kontraktsfestede funksjoner, også knyttet til digitale elementer, må løses av forbrukerkjøpsloven.

For eksempel har biler i dag mange funksjoner som ikke er nødvendige for 'kjernefunksjonen' til en bil, der navigasjon er et slikt eksempel. Funksjonen følger med bilen, men trengs ikke for å kjøre trygt og sikkert. Dette underbygges ved at mange er levert uten inkludert navigasjon. Vi har vanskelig for å se at det er en fordel for forbrukeren, eller selger for den del, dersom rettighetene knyttet til den digitale navigasjonstjenesten skulle behandles etter en annen lov bilen for øvrig, også med tanke på det nye forbrukerkjøpsdirektivet.

Forbrukerrådet mener loven derfor må legge seg tettere mot direktivets ordlyd, og knytte valg av lov til funksjon og ikke til nødvendighet da vi ikke kan se at direktivet støtter et rent nødvendighetskriterium.

Oppsummert på dette punktet mener vi at det fra et forbrukerperspektiv er ønskelig med en lov som gir opphav til færrest mulig tvister, og som er tydelig og klar for rettsanvender. Det vil være en stor fordel om loven legger seg tettere opp mot direktivet for eksempel ved å vurdere om formuleringer fra fortale avsnitt 21 eller lignende formuleringer kan tas inn i stedet for 'nødvendig for tingens funksjon'. Ut fra teksten i



fortale avsnitt 21 er det nærliggende å foreslå et kriterium som omhandler hva som er vanlig for, eller naturlig for kjøpsavtaler for den aktuelle tingen.

For det som i lovutkastet betegnes som *kombinerte avtaler*, vil digitalytelsesloven og forbrukerkjøpsloven regulere hvert sitt element slik det fremgår av lovutkastet § 2 fjerde ledd andre punktum. Det er altså tilfeller der den digitale ytelsen leveres sammen med en ting eller tjeneste.

Vi antar at eksempler på avtaler som faller i denne kategorien er avtaler der det er synbart for forbruker at det er tale om to separate elementer, men vi mener grensen mot avtaler som faller inn under § 2 fjerde ledd første punktum ikke er åpenbar, særlig siden det er et inntatt et 'nødvendig'-kriterium i første punktum.

Et praktisk eksempel på dette kan være der forbrukeren kjøper en datamaskin, og i samme avtale kjøper programvare som senere skal lastes ned og installeres. Her vil det være naturlig at de to varelinjene i bestillingen reguleres av henholdsvis forbrukerkjøpsloven, som omfatter kjøpet av tingen, mens digitalytelsesloven omfatter kjøp av programvaren.

Høringsnotatet tar opp et særlig spørsmål 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.)

Om vi kan legge til grunn en antitetisk tolking av lovutkastet § 2 fjerde ledd første punktum, vil tjenesteavtaler om levering av digitale ytelser som krever at det leveres et eller annet fysisk produkt være omfattet av direktivet. Dette må likevel forutsette at tjenesteavtalen er hovedformålet med kjøpet, og at gjenstanden som blir levert er å regne som en nødvendig forutsetning, men ikke formålet med kjøpet.

Forbrukerrådet merker seg at digitalytelsesdirektivet artikkel 2 ikke har en slik definisjon, der er kun definisjon av tilfellet der varen leveres med tjenesteelementer. Det nærmeste vi kommer, er fortale avsnitt 20 som omtaler fysiske gjenstander som utelukkende fungerer som bærere av digitale ytelser, noe som ikke passer helt i vårt eksempel.

I case C 247/16 der en forbruker inngikk en avtale med en håndverker om reoveringen av svømmebassenger og avtalen inkluderte også innkjøp av nødvendige materialer for å gjennomføre reoveringen. EU-domstolen sier følgende i avsnitt 41:

"Nevertheless, it is clear that the provision of services for the installation of the goods is the principal subject of that contract for work and that the sale of the goods is merely ancillary by comparison with that provision of services."

Domstolen legger til grunn at hovedformålet med avtalen skal være styrende for hvilken lov som skal regulere kjøpet. Der forbrukeren inngår avtale om en digital ytelse og ytelsen forutsetter levering av enkelte fysiske gjenstander, er det naturlig å fortsatt behandle hele kjøpet etter digitalytelsesloven så lenge hovedformålet er den digitale ytelsen.

Et eksempel er kjøp av TV-tjenester som inkluderer levering av dekker. Forbrukeren inngår i denne sammenhengen én kjøpsavtale, og det er tilgangen til innholdet i kanalpakkene som er hovedformålet til forbrukeren. Det forholdet at forbrukeren må få levert en fysisk gjenstand, dekkeren, for å kunne få



tilgang til kanalpakken medfører ikke at dekoderen i seg selv er hovedytelsen. Dette underbygges ved at forbrukeren i mange sammenhenger ikke betaler for dekoderen eller kun betaler et depositum for den.

Der en forbruker inngår avtale om levering av en digital ytelse, og denne forutsetter levering av en ting eller utførelsen av en fysisk tjeneste, så vil likevel den digitale ytelsen være hovedytelsen i kontraktsforholdet. Digitalytelsesdirektivet vil da etter vårt syn få anvendelse på hele kontrakten.

Om det er tale om motsatt tilfelle, der kjøp av en gjenstand inkluderer eller forutsetter levering av digitale ytelser, så viser vi til gjennomgangen av nødvendighetskriteriet ovenfor.

Etter lovforslaget § 2 tredje ledd bokstav d) kommer ikke loven til anvendelse på «elektroniske kommunikasjonstjenester med unntak av nummeruavhengige mellommenneskelige kommunikasjonstjenester». Det betyr etter det vi forstår at loven kommer til anvendelse på Whatsapp som er nummeruavhengig, men ikke på nummertilknyttede tjenester som Signal og Telegram.

Noen tjenester kan også brukes både som en nummertilknyttet tjeneste og som en nummeruavhengig tjeneste, for eksempel kan du ringe og sende meldinger via Facebook Messenger, dvs. bruke appen til å sende SMS-er via eget telefonnummer. Du kan også velge å ikke gjøre det, og bruke det som en ren nettbasert meldingstjeneste. Vi er etter dette noe usikker på lovens anvendelsesområde for elektroniske kommunikasjonstjenester ettersom skillet mellom hvilke tjenester som er nummeravhengige og nummeruavhengige etter hvert viskes ut og det er et kunstig skille der grensen er vanskelig å trekke.

Levering

Lovutkastet §§ 4 til 6 omhandler levering, og det er lovfestet at leverandøren må bevise at den digitale ytelsen er levert på den måten det er avtalt, noe som er positivt.

For digitale ytelser som ikke leveres på et fysisk medium stilles det spørsmål om hensiktsmessigheten av å lovfeste en regel om at forbrukeren i rimelig utstrekning skal gis flere forsøk på å få overført eller å motta en ytelse på nytt. Det skal gjelde dersom det ikke opprinnelig ikke lar seg gjøre å få den digitale ytelsen levert på grunn av forhold i forbrukerens digitale miljø. Det stilles også spørsmål om behovet for en tilsvarende regel om å kunne få levert digitalt innhold på nytt om det kan skje uten nevneverdige kostnader for leverandøren.

Forbrukerrådet er noe usikker på hvordan en slik regel vil virke i praksis og hvordan den kan utformes. Dersom det er tale om programvare, spill eller annet digitalt innhold som skal lastes ned, er det en fordel for forbruker å få tilgang til den digitale ytelsen på nytt om førstegangsnedlasting mislykkes. I praksis er vi usikre på behovet for en slik regel ettersom de fleste kjøp av digitale ytelser i dag skjer gjennom innloggede løsninger der tilgangen til ytelsen gis umiddelbart etter bestilling og betaling fra forbrukers side. Det kan likevel tenkes tilfeller der forbrukeren har kjøpt og lastet ned digitalt innhold og at vedkommende som følge av maskinvarefeil har behov for å installere ytelsen på nytt. De færreste sparer på installasjonsfilen som ble brukt ved førstegangsnedlasting, og det kan være kopisperre på opprinnelig fil som begrenser antall installasjoner. Det kan dermed være behov for å kunne laste ned den digitale ytelsen på nytt. Der forbrukeren ikke kan hente nedlastingslenken på nytt gjennom en innloggingsløsning, bør leverandøren ha en selvstendig plikt til å tilby nedlasting på nytt.

Vi tar ikke stilling til risikoen for piratkopiering av programvare som følge av flere nedlastninger. En slik risiko foreligger uansett ved første nedlasting, og vi kan ikke se at en ny nedlasting øker denne risikoen.



Når levering anses skjedd, må uansett knytte seg til tidspunktet for en fungerende versjon av den digitale ytelsen er tilgjengelig for forbrukeren. I spillmarkedet er det ikke uvanlig at forbrukeren kan laste ned en låst kopi av spillet før lansering. På lanseringsdagen låses spillet opp digitalt, og forbrukeren kan ta det i bruk. Den delen som leveres før lansering kan ikke brukes til noe siden programvaren spillet består av ikke kan kjøres på spill- eller datamaskinen. Forhåndsnedlasting av filer er blant annet vanlig fordi det ofte er tale om store filer, og en nedlasting av komplett spill vil ta svært lang tid, og server hos selger heller ikke nødvendigvis vil tåle en slik belastning ved at tusenvis av kjøpere laster ned samtidig på lanseringsdatoen.²

Forbrukerrådet påpeker at slik delvis levering ikke kan ansees som levering i lovens forstand. Om det skulle anses som levert, vil også angreretten til forbrukeren bli begrenset, da oppstart av ytelsen er avgjørende for om forbrukeren har angrerett eller ei ved levering av digitale ytelser med avtalt angrerettbortfall.

Denne problemstilling kom på spissen overfor spillskapet Nintendo som ikke tillot angrerett på forhåndsnedlastede spill som ikke kunne brukes. Saken er fortsatt til behandling i tyske domstol.³

Krav til ytelsen - Mangler

Lovutkastet kapittel tre skisserer krav til ytelsen i §§ 7 til 9, mangler i § 10 og den særskilte regelen om bevisbyrde i § 11. Forbrukerrådet har noen bemerkninger til kapittelet.

I tråd med lovutkastet § 10 første ledd har den digitale ytelsen en mangel dersom den ikke oppfyller subjektive og objektive krav som fremgår av §§ 7, 8 og 9.

Forbrukerrådet kan i denne sammenheng bemerke at det fortsatt må være mulig å selge prøveversjoner, tidlige versjoner og liknende av programvare og spill. Dette er under forutsetning av at det informeres tydelig om at ytelsen ikke er ferdig og at forbrukeren må forvente seg svakheter i tråd med hvor i utviklingsløpet ytelsen er.

Departementet stiller spørsmål om behovet for å regulere tilbakeholdte opplysninger fra leverandørens side. Det kan være hensiktsmessig først og fremst for å gi leverandør en klar oppfordring til å gi korrekte og tilstrekkelige opplysninger. Spillet «CyberPunk 2077»⁴ ble forhåndsolgt med opplysning fra leverandør om at spillet ville være kompatibelt med spillkonsoller av typen Playstation 4 og 5, Xbox One og X, samt PCer med nærmere angitte tekniske spesifikasjoner. Ved lansering viste det seg at for Playstation 4 og Xbox One så hadde spillet såpass mange feil at ytelsen var langt under det som var lovet. Uansett hvilken spillplattform som ble benyttet, så var dette spillet uferdig da det ble lansert, og alle feil er ennå ikke rettet opp. Situasjonen som er beskrevet her ville utgjort en mangel etter § 7 første ledd bokstav a (ikke kontraktsmessig ytelse) samt § 8 første ledd bokstav b (feilopplysninger). Behovet for slik regulering er tydelig, og i eksempelet over var utvikler åpen for refusjon mens selgerleddet var uvillige.⁵

² For eksempel kan digitale spill ha størrelse på rundt 100 GB. Det betyr at nedlasting kan være tidkrevende, og forhåndsnedlasting betyr at forbruker kan laste ned størsteparten av filene før lanseringsdato. På lanseringsdato lastes den siste delen av filen ned, og spillet kan tas i bruk.

³ [Nintendo breaking the law - Forbrukerrådet : Forbrukerrådet \(forbrukerradet.no\)](https://www.forbrukerradet.no/nyheter/2018/09/11/nintendo-breaking-the-law)

⁴ <https://www.pressfire.no/artikkel/snart-kommer-det-en-ny-lov-som-gir-spillere-flere-rettigheter-ved-kjop-av-uferdige-dataspill>

⁵ <https://www.pressfire.no/artikkel/nektes-refusjon-av-cyberpunk-2077>



Eksempelet viser også at det er naturlig å ta inn en henvisning til prekontraktuelle opplysningskrav for salg av digitalt innhold som følger av forbrukerrettighetsdirektivet, jf. fortale avsnitt 42, og som i norsk rett er gjennomført i avtaleloven § 38 b nr. 7 og angrerettloven § 8 første ledd bokstav b og c.

Lovutkastet stiller i § 9 krav til at forbruker får oppdateringer, noe som også omfatter sikkerhetsoppdateringer. Hva som utgjør en sikkerhetsoppdatering er ikke nærmere utdypet, men en alminnelig forståelse er at en sikkerhetsoppdatering knytter seg til datasikkerhet for den digitale ytelsen, ved at den digitale ytelsen gir et vern mot at data kommer på avveie og mot dataangrep/hacking av ulik art.

Det er krav om oppdateringer, herunder sikkerhetsoppdateringer, i tråd med lovutkastet § 10. For kombinerte avtaler, der digitalytelsesloven kommer til anvendelse på den digitale ytelsen i en avtale som omfatter levering av både en ting og en digital ytelse, har en forbruker grunn til å forvente at sikkerhetsoppdateringer i tid kan strekke seg utover tingens absolutte reklamasjonsfrist, noe digitalytelsesloven etter det vi kan se, åpner for jf. § 10 hvor leverandøren pålegges å sørge for oppdateringer, herunder sikkerhetsoppdateringer «så lenge forbrukeren kan forvente under hensyn til avtalens art og formål.»

På samme måte som oppdateringsplikten, så viser Forbrukerrådet til at mange digitale ytelser krever at leverandøren holder en ekstern server operativ for at forbrukeren skal nyttiggjøres seg av tjenesten. Dersom serveren tas ned og det fører til at ytelsen blir ubrukelig, vil avviket utgjøre en mangel etter lovforslaget § 8 flg. Forbrukerrådet er usikker på hvilken normalforventning en forbruker kan ha til oppetid på slike servere der avtalen ikke inkluderer noe om dette.

På generelt grunnlag mener Forbrukerrådet at plikten for leverandør, både til funksjons- og sikkerhetsoppdateringer, må knyttes til faktiske levetiden til denne typen ytelse. Her vil det være store variasjoner, og praksis vil måtte avklare noen av disse grensedragningene.

Bevisbyrdespørsmål

Lovforslaget legger bevisbyrden for mangel på leverandør, noe som er positivt for forbruker ettersom leverandøren normalt vil ha langt bedre forutsetninger for å kunne avdekke årsaken til mangelen.

I tillegg er det lagt opp til at forbruker må samarbeide med leverandør om leverandørens undersøkelser mht. mangel. Etter det vi kan se omtales denne plikten i fortale avsnitt 60, hvor det blant annet fremgår at leverandøren må velge den minst inntrengende undersøkelsesmåten av hensyn til forbrukerens grunnleggende rett til privatliv:

«[...] the consumer should cooperate with the trader in order for the trader to ascertain whether the cause of the lack of conformity lies in the consumer's digital environment using the technically available means which are least intrusive for the consumer. This can often be done for instance by providing the trader with automatically generated incident reports or with details of the consumer's internet connection. Only in exceptional and duly justified circumstances where, despite the best use of all other means, there is no other way possible, consumers may need to allow virtual access to their digital environment. [...]»

Kun helt unntaksvis og med særlig god begrunnelse, og hvor det til tross for bruk av øvrige og mindre inngripende undersøkelsesmetoder ikke finnes andre alternativer, må forbruker gi leverandøren tilgang til sitt digitale miljø for en fjernundersøkelse. Det er med andre ord en svært høy terskel for å gi tilgang, og en undersøkelse skal som hovedregel skje ved uthenting av ulike feilrapporter.



Krav ved forsinkelse og mangler

Direktivet viser 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, selv om det etter hvert blir mindre vanlig. Forbrukerrådet deler synet på at retting og omlevering kan opprettholdes i ny digitalytelseslov.

Forbrukerrådet har ingen motforestillinger til at det inntas en direktekravsregel for forsinkelsestilfellene også.

Melding om krav og forholdet til reklamasjon

Departementet konstaterer innledningsvis i punkt 14.1 at gjeldende rett for levering av digitale ytelser antakelig er at forbrukeren må reklamere innen rimelig tid fra da han eller hun oppdaget mangelen, men at det ikke gjelder noen absolutte reklamasjonsfrister. For forsinkelsestilfellene er det etter gjeldende rett antatt at det ikke kan oppstilles et generelt kontraktsrettslig prinsipp om verken nøytral eller spesifisert reklamasjon ved forsinkelse i forbrukerforhold.

I lovforslaget § 18 og 27, for henholdsvis forsinkelses- og mangeltilfellet, oppstilles et krav om at forbruker må gi melding til leverandøren om krav.

Det er en nyskaping i norsk kontraktsrett at det ikke er reklamasjonsfrister. Digitalytelsesloven regulerer kontraktsrett på et nytt område, sammenlignet med rettsområder med reklamasjonsfrist som i hovedsak dreier seg om reklamasjon knyttet til fysiske størrelser. At det er et nytt område som skiller seg vesentlig fra de mer 'tradisjonelle' områdene, taler i seg selv for at behovet for en reklamasjonsfrist kan være mindre. En digital ytelse har i seg selv ingen naturlig utløpsdato eller varighet, bortsett kanskje fra digital ytelse som er en del av en fysisk gjenstand. I de tilfellene vil den fysiske gjenstanden inkludert digital ytelse reguleres av nytt forbrukerkjøpsdirektiv. Departementet skriver at et særtrekk ved digitale ytelser, er at de i mange tilfeller enten fungerer eller ikke fungerer. Det er velkjent at det oppstår 'bugs' eller 'glitches'⁶ i programvare, enten etter hvert som du tar i bruk funksjonalitet, eller etter en oppdatering, slik at det ikke er et 'enten eller'. Særegenheter kan således medføre at forbrukeren i noen tilfeller ikke venter for lenge med å si fra til leverandøren, mens han/hun i andre tilfeller vil vente tålmodig på at leverandør uoppfordret retter en feil.

Foreldelse løper parallelt med reklamasjonsfrister, og det er et spørsmål om kan forbruker kunne bli møtt med foreldelse i større grad enn på andre områder. Uten en absolutt reklamasjonsfrist vil foreldelseslovens lengstefrist på 10 år + 3 år utgjøre den ytre grensen for leverandørens ansvar. Siden digitale ytelser i praksis ikke blir utsatt for slitasje og elde på samme måte som fysiske gjenstander, er en slik yttergrense for ansvar naturlig.

Forbrukerrådet mener at departementet har løst reklamasjonsspørsmålet på dette rettsområdet på en måte som er tilpasset ytelsen.

⁶ 'bugs' og 'glitches' er en feil som kan være kortvarig (forbigående) og som normalt er vanskelig å feilsøke



Avbestilling og oppsigelse

Departementet stiller spørsmål ved forbrukers posisjon ved avbestilling. For en forbruker som kjøper en digital ytelse, er angrerett i de fleste tilfeller mer aktuelt å benytte enn en kontraktsrettslig avbestilling. Når det gjelder utmåling av erstatning i et avbestillingstilfelle, mener departementet at erstatningsspørsmålet (erstatning for tapt omsetningsvolum) kan komme på spissen ved avbestilling av en 'ikke -skreddersydd-programvare og lignende digitale ytelser.' Det er i disse tilfellene angrerett er mest praktisk også, og det er grunn til å tro at det ikke er det mest praktiske spørsmålet. Forbrukerrådet kan ikke se at leverandøren vil ha store muligheter til å sannsynliggjøre økonomisk tap som følge av avbestillingen når ytelsen er generisk. Et tapt salg utgjør i seg selv ikke det økonomiske tapet, isåfall ville avbestillingsretten blitt illusorisk.

Når det gjelder forslag om maksimal bindingstid, er synes det i utgangspunktet ikke gunstig for forbruker om det kan avtales en maksimal bindingstid på tolv måneder, selv i de særlige tilfellene. Forbrukerrådet viser også i denne sammenheng til at utgangspunktet for lengste bindingstid synes å være seks måneder, og at dersom det er aktuelt å beholde en bindingstid i tolv måneder, må det komme til uttrykk at forbruker får en klar fordel som i vesentlig grad oppveier en slik ulempe.

Forbrukerrådets undersøkelser har vist at det i mange tilfeller er vanskelig å si opp en avtale om løpende levering, og ser derfor absolutt nødvendigheten av å ha et krav om at det skal være enkelt for forbruker å finne frem til hvordan avtalen sies opp.⁷

Leverandørens krav ved forbrukerens kontraktsbrudd

Dette kapittelet reiser særskilte spørsmål knyttet til at forbruker oppgir personopplysninger som motytelse til den digitale ytelsen fra leverandør.

Det grunnleggende spørsmålet som kan stilles, er om det vil virke urimelig at leverandøren i det hele tatt kan rette krav for kontraktsbrudd mot forbruker i de tilfeller en digital ytelse skal leveres mot at forbruker oppgir personopplysninger. Dersom en leverandør har en forretningsmodell som er fundert på at forbruker må oppgi personopplysninger for å få levert den digitale ytelsen, synes det i utgangspunktet lite rimelig og balansert at leverandør kan gjøre krav gjeldende slik det fremgår av kapittel 8 i lovforslaget, og det kan reises spørsmål om det kan stride mot prinsipper i personopplysningsloven.

Vi antar uansett at lovforslaget § 36 ikke er aktuelt for personopplysninger idet ordlyden taler om at leverandør kan kreve at forbruker betaler «prisen».

Personopplysninger kan ikke tilbakeføres til forbruker, slik en pengeytelse kan. Personopplysninger kan heller ikke utgjøre en handelsvare. Om ytelsen fra forbruker består i å oppgi personopplysninger, må forbruker få trygghet for at en oppsigelse eller heving medfører at leverandør sletter personopplysningene og heller ikke benytter de videre.

Vi kan ikke se at de særskilte spørsmålene knyttet til at personopplysninger utgjør en motytelse i tilstrekkelig grad er drøftet, og da særlig hvordan digitalytelsesloven forholder seg til personopplysningsloven.

⁷ [Amazon vil ikke gi slipp på kundene - Forbrukerrådet : Forbrukerrådet \(forbrukerradet.no\)](https://www.forbrukerradet.no/2018/04/11/amazon-vil-ikke-gi-slipp-pa-kundene)



Endring av ytelsen

Digitale ytelser er særegne, ved at de kan endres etter levering og det er behov for regler om endring av ytelsen. Lovforslaget gjennomfører direktivet artikkel 19 i §§ 41 og 42. Dette er kompliserte og krevende bestemmelser, og det kan stilles spørsmål om direktivets formuleringer er lettere tilgjengelig.

Det kan stilles spørsmål ved hvilke type endringer som påvirker ytelsen negativt for forbrukeren, og vi antar at dette kan bli en kime til tvister. Det finnes flere slike eksempler fra markedet for digitale spill. For eksempel førte en oppdatering i januar 2021 til at spillet Cyberpunk 2077 i praksis ble ødelagt. Forbrukere som hadde kjøpt spillet kunne ikke lenger fullføre det.⁸

Ved overgangen fra Windows 7 og 8 til Windows 10 opplevde mange forbrukere at maskinen deres ble tregere som følge av oppdateringen. Dette gjaldt særlig forbrukere som hadde maskiner som var i nedre sjiktet av spesifikasjonskravene som Windows 10 da krevde.⁹

TV2 opplyste i 2020 at de kuttet støtten for SUMO-appen sin i smart-TV-er med operativsystemet Tizen. Brukere av appen, og forbrukere med SUMO-abonnement, fikk ikke lenger sett på SUMO via sin TV.¹⁰

I 2016 sluttet Microsoft å støtte programvaren Skype for smart TV-er. Det førte til at TV-leverandører fjernet programvaren fra sine produkter.¹¹

I 2020 annonserte høyttalerprodusenten Sonos at de ville stanse støtte til eldre smarthøyttalere, som i praksis ville degradere kvaliteten på disse produktene.¹²

Erstatningsfastsettelsen

Det er positivt at lovutkastet åpner for erstatning av ikke-økonomisk art, jf. lovutkastet § 48 andre ledd, og vi mener det både er grunnlag for og et reelt behov for en slik regel. Det kan likevel være komplisert og krevende å utmåle en ulempeerstatning, og det kan være utfordrende for forbruker å dokumentere omfanget av et tap. En standardisert erstatningsutmåling som også kan omfatte erstatning av ikke-økonomisk art kan være en god løsning. Forbrukerrådet har erfaring fra transportområdet, der forsinkelser og kansellerte flyvninger kompenseres etter standardiserte satser. Disse satsene dekker økonomisk tap og ulempen forbrukeren har hatt ved at ytelsen ikke er kontraktsmessig. Ved digitale ytelser kan en slik tilnærming også være hensiktsmessig, og det bør derfor utredes nærmere.

Vennlig hilsen

FORBRUKERRÅDET

Finn Myrstad
fagdirektør

Ailo Ravna
seniorrådgiver

⁸ <https://uk.pcmag.com/games/131225/cyberpunk-2077-patch-11-breaks-the-game>

⁹ Se for eksempel sak fra Forbrukerklageutvalget – FKU – 2016-634

¹⁰ <https://hjelp.sumo.tv2.no/artikkel/samsung>

¹¹ <https://www.theverge.com/2016/3/8/11178976/microsoft-skype-for-tv-support>

¹² <https://www.androidpolice.com/2020/01/23/sonos-deprecates-legacy-devices-no-updates/>



Dette dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ikke signatur.