



Lov&Data nr. 112 - Desember 2012: Dette er ikke for amatører

Forfatter Olav Torvund
Dato desember 2012
Publisert Lov&Data nr. 112 - Desember 2012
Sammendrag
Utgiver

Innholdsfortegnelse

Lov&Data nr. 112 - Desember 2012: Dette er ikke for amatører	1
Innholdsfortegnelse	2
Dette er ikke for amatører	3
av Olav Torvund	3

Dette er ikke for amatører

av **Olav Torvund**



Avtalevilkårene til Netflix og Amazon illustrerer hvordan forbrukere ofte fratas rettigheter når de inngår avtaler på nett. Det er ofte vanskelig å avgjøre hvor en sak eventuelt skal behandles og hvilket lands lov som gjelder. Resultatet er at det blir vanskelig å håndheve de rettighetene man måtte ha. Internasjonale avtaler er ikke for amatører.

Netflix og Amazon

Netflix og Amazon har på hver sin måte illustrert noen av problemene som forbrukere kan møte når de gjør bruk av internasjonale nettjenester.

Netflix krever blant annet i sin avtale¹ at kundene frasier seg retten til å reise sak for domstoler og at tvister skal avgjøres ved voldgift i Delaware².

Amazon forbeholder i sine vilkår³ seg retten til å slette alt man har kjøpt for Kindle, hvis man etter Amazons vurdering har brutt noen av lisensvilkårene. De betaler ikke tilbake for det man har betalt for, men ikke får beholde. Og de nekter å forklare hva slags brudd⁴ på lisensvilkårene en kunde eventuelt har gjort seg skyldig i. Det lyder kjent. Det høres ut som det Franz Kafka beskrev i romanen «Prosessene». At Amazon har gjenåpnet kontoen etter mediebråk⁵, fortsatt uten å gi noen forklaring, endrer ikke dette.

Netflix har visst sagt at de ikke har ment å frata norske kunder retten til å gå til sak i Norge. Men det er bare å gjenta det jeg pleier å si når noen sier at vi ikke mente det slik: Hvis dere ikke mener det, da er det heller ingen grunn til at det skal stå i kontrakten.

Vi må starte med noen enkle utgangspunkter. Når du har klikket på at du har lest kontraktsvilkårene og aksepterer dem, da starter du i motbakke. At du ikke leste vilkårene før du aksepterte dem, er ditt problem. Om du er i godt eller dårlig selskap når du aksepterer uten å lese hva du aksepterer, skal være usagt. Men du havner i alle fall i stort selskap. Jeg har lest en del slike vilkår av profesjonelle grunner. Men når jeg opptre som forbruker gjør jeg som alle andre: Jeg aksepterer uten å lese de lange og ofte ganske uleselige vilkårene.

Jurisdiksjon - hvor skal tvist behandles?

Et første spørsmål er hvor du skal reise sak. Det er langt viktigere med hjemmebane i en rettslig tvist enn i en fotballkamp. Den som har makten krever gjerne at saken skal behandles hos oss. Spørsmålet om hvor eventuell sak skal reises er et spørsmål om jurisdiksjon.

Netflix sier at sak skal behandles ved voldgift i Delaware⁶. Voldgift er en form for privat rettergang som brukes mye i kommersielle avtaler. Men den hindrer at sak kan komme opp for de alminnelige domstoler. I

Norge kan det etter voldgiftsloven § 11 ikke inngås forhåndsavtale om voldgift i forbrukersaker, men det kan avtales voldgift når en konflikt først har oppstått.

Sett på avstand tror vi at USA er USA, og vi ler av USAnere som tror at Europa er Europa. De har ikke en gang hørt om EØS-avtalen! Men mye av lovgivningen i USA gis på delstatsnivå. Delaware er en liten delstat på østkysten. Den er kjent for sin selskapsvennlige lovgivning. Derfor er veldig mange selskaper i USA registrert i Delaware. For oss som av og til besøker USA kan det også være nyttig å vite at Delaware er en av de få delstatene i USA hvor det ikke er sales tax, slik at det er et fint sted for shopping. Men det har ikke noe med netthandel å gjøre.

Amazon i Europa er et selskap i Luxemburg. Vi tror at vi handler med et selskap i England. Men det er bare engelske, franske, tyske, italienske og spanske nettsider. Hvis vi skal gå til sak mot Amazon i Europa, må sak anlegges i Luxemburg, etter Amazons vilkår.

I utgangspunktet kan partene i et kontraktsforhold selv bestemme hvor en sak skal behandles. Det kan være i et av landene hvor partene hører hjemme, men man kan også avtale et tredjeland. I internasjonale kommersielle forhold er det ikke helt uvanlig å avtale at sak skal reises i London, selv om ingen av partene driver sin virksomhet der.

Det er den domstol hvor sak reises som avgjør om den er kompetent eller ikke, altså om den har jurisdiksjon. Reises sak ved *Oslo tingrett* er det Oslo tingrett som avgjør om de er rett instans, og spørsmålet avgjøres etter norske vernetingsregler. Om Oslo tingrett skulle mene at saken hører hjemme ved en engelsk domstol, så vil de avvise saken. Dette kan overprøves i det norske rettssystemet, men ikke av en utenlandsk domstol. En norsk domstol kan selvfølgelig ikke pålegge en engelsk domstol å ta saken til behandling. Det avgjør den engelske domstolen selv.

Tilsvarende kan en norsk domstol bestemme at den er kompetent og ta saken til behandling, selv om andre lands domstoler skulle komme til at saken ikke hører under norsk jurisdiksjon.

En ting er å få en dom. Noe annet er spørsmålet om hva dommen er verdt, i praksis om dommer lar seg fullbyrde. Noen land har jurisdiksjonsregler som klart favoriserer egne borgere. Det er vel ingen overraskelse at USA og Frankrike er blant de land som går lengst her. Kort og unøyaktig har Frankrike regler som innebærer at en franskmann ikke skal behøve å finne seg i å bli saksøkt annet enn for en fransk domstol. Og en franskmann skal kunne anlegge sak mot alle ved en fransk domstol, uansett hvor i verden saksøkte måtte være. Vive la France!

Skulle en franskmann anlegge sak mot et kinesisk selskap ved en fransk domstol, så nytter det nok ikke å komme til Kina med den franske dommen og kreve at denne skal fullbyrdes i Kina mot den kinesiske saksøkte, like lite som man kan komme med en kinesisk dom og kreve at den blir fullbyrdet i Frankrike.

Vi har noen internasjonale konvensjoner om anerkjennelse og fullbyrning av utenlandske dommer. Den i praksis viktigste for dette området er Lugano-konvensjonen⁷, som regulerer forholdet landene i EØS samt Sveits. Dette er egentlig en påbygning til Brussel-konvensjonen, senere Brussel-forordningen [forordning (EF) nr. 44/2001]⁸. Men disse gjelder bare innenfor EU, så Lugano-konvensjonen er en påbygning til denne. Men selv om det ikke er så mange EØS-land, så er alle EU-land part i EØS-avtalen med de europeiske stormaktene Norge, Island og Liechtenstein.

Etter Lugano-konvensjonen art 16⁹ kan en forbruker anlegge sak mot en næringsdrivende som denne har inngått avtale med, i det land hvor han bor. Og forbrukeren må saksøkes i det land hvor forbrukeren bor. Det er en del nyanser og teknikaliteter her, men de går jeg ikke nærmere inn på.

En norsk forbruker kan med andre ord anlegge sak mot europeiske Amazon i Norge, og Luxemburg er konvensjonsforpliktet til å fullbyrde en slik dom i Luxemburg. Vi vil være prisgitt håndhevelsen i det aktuelle landet. Jeg vet ingen ting om hvor effektivt man kan håndheve forbrukerrettigheter i Luxemburg. Men som eksempel nevner jeg at det har vist seg vanskelig å håndheve forbrukersaker mot Ryanair, fordi den irske håndhevingen av slike saker i Irland er lite effektiv.

Mot Netflix blir det vanskeligere. Vi har ingen konvensjon som regulerer dette i forholdet mellom Norge og USA. Sannsynligvis ville en norsk domstol anse seg for kompetent og ta en sak mot Netflix til behandling. Det er ingen tvil om at Netflix markedsfører seg mot norske forbrukere. Det er vanligvis tilstrekkelig til at en norsk domstol vil kunne anse seg for kompetent. Det er også dette prinsippet som legges til grunn i USA, så de har liten grunn til å klage over at andre land anvender de samme regler.

Det er neppe så mange saker hvor forbrukere i USA saksøker nettleverandører utenfor USA. Men en konsekvens av at så mange rettsspørsmål håndteres på delstatsnivå, er at de har mange saker hvor spørsmålet kan være om saken for eksempel skal behandles i Delaware eller Ohio. Det er derfor en rikholdig praksis om dette i USA, uten at jeg skal påstå at jeg kjenner detaljene på dette området.

Om man får en norsk dom mot Netflix, er det slett ikke sikkert at man vil få den dommen fullbyrdet i Delaware. Men hvis Netflix skulle ha verdier i Norge eller et annet land som anerkjenner norske dommer, vil man gjerne kunne få fullbyrdet dommen der. Og som noen norske selskaper har fått erfare hvis de ikke har tatt det som fremstår som meningsløse søksmål i USA på alvor: En dom avsagt av en domstol i USA vil gjerne kunne fullbyrdes mot det de måtte ha av verdier i USA.

Lovvalg

Spørsmålet om hvilken domstol som skal behandle saken er bare første hinder. Det neste er hvilket lands rett som skal legges til grunn. Det er ikke noe i veien for at en norsk domstol behandler en sak som skal avgjøres etter for eksempel tysk rett. Saken blir mer komplisert ved at de ikke bare må overbevise retten om hva som er de faktiske forhold, men også om hvordan i det tilfellet tysk rett er. Men det lar vi ligge. Dette er et spørsmål om *lovvalg*.

En domstol avgjør lovvalgsspørsmålet etter eget lands lovvalgsregler. En norsk domstol vil alltid avgjøre selve lovvalgsspørsmålet etter norsk rett. På noen områder har vi klare lovvalgsregler. Finansavtaleloven § 3¹⁰ sier for eksempel at på den lovens område skal norsk rett gjelde for avtale med forbruker. Men vi har ikke noen generelle bestemmelser om dette på forbrukerområdet.

Her er det enda mindre konvensjonsregulering. Innenfor EU har man Roma-forordningen [forordning (EF) nr. 593/2008]¹¹ om lovvalg i kontrakter. Men denne er bare åpen for land innenfor EU, og det er ikke en tilleggskonvensjon for EØS tilsvarende Lugano-konvensjonen. Utenforlandet Norge er derfor ikke med i denne konvensjonen.

Partene kan i utgangspunktet avtale hvilket lands rett som gjelder. I Amazon-avtalen heter det at den er underlagt luxemburgsk rett, mens Netflix-avtalen er underlagt Delaware-rett. Etter Roma-forordningen er hovedregelen for forbrukeravtaler at retten i forbrukerens bostedsland skal anvendes. Det kan avtales at et annet lands rett enn forbrukerens skal legges til grunn, men ikke slik at det innebærer at forbrukeren fratras rettigheter han ville ha hatt om hovedregelen om forbrukerens bostedsland hadde vært fulgt.

I en tvist med forbruker i annet EU-land ville Amazon i Europa måttet ha akseptert at forbrukeren ikke stilles dårligere enn etter hjemlandets rett. Selv om de ikke vil være noen konvensjonsmessige forpliktelse, er det vanskelig å se at man vil kunne komme med innvendinger mot at et land utenfor EU baserer seg på det samme prinsippet. Hvis en norsk domstol avsier dom, vil Luxemburg etter Lugano-konvensjonen være forpliktet til å fullbyrde den. Jeg kan ikke se at lovvalgsspørsmålet vil kunne bringes inn i en slik fullbyrdesessak.

Overfor tjenesteleverandør utenfor EU, for eksempel i USA, vil vi ikke ha slike holdepunkter i lovvalgsspørsmålet.

Lovvalg om avtaleinngåelse

Det er også et annet viktig spørsmål som vil måtte avgjøres etter det lands rett hvor sak reises: Er det inngått noen bindende avtale? Hvis det ikke er inngått noen bindende avtale, da har man heller ikke noen bindende avtale om jurisdiksjon og lovvalg, uansett hva det måtte stå i det som påstås å være en bindende avtale.

Spørsmålet om det er inngått en bindende avtale vil behandles etter retten i det land hvor saken behandles, uansett hva som måtte stå i avtalen om jurisdiksjon og lovvalg.

Jeg skal ikke her gå inn i spørsmålet om avtalerettslig ugyldighet, bare ta det helt opplagte: Om noen retter en pistol mot hodet ditt og tvinger deg til å skrive under en avtale hvor du fraskriver deg alle rettigheter, at eventuelle tvister skal avgjøres ved voldgift i *Mafiosistan* hvor din motpart oppnevner voldgiftsretten, og det hele skal avgjøres etter mafiosistansk rett, da har du ikke inngått noen bindende avtale. En norsk domstol kan behandle dette som om ingen avtale er inngått, og anvende de regler som vil gjelde når ikke annet er avtalt.

Vil norsk rett være til noen hjelp?

Om en norsk domstol skulle ta saken til behandling og anvende norsk rett, hvor havner vi da?

Norsk rett er ikke nødvendigvis forbrukerens frelse. Det er ikke vanskelig å finne eksempler på at forbrukere blir lurt av norske tjenesteytere, og at det er vanskelig å komme noen vei med disse sakene også. Vi har ingen lover som regulerer denne type tjenester, slik at vi må falle tilbake til generell kontrakts- og markedsføringsrett.

For en del år siden utredet jeg spørsmålet om å la forbrukerkjøpsloven også gjelde for digitale ytelser¹². Jeg konkluderte med at forbrukerkjøpsloven burde gjelde også for dette. Men Justisdepartementet var ikke enig¹³. Så noe lovforslag i samsvar med mine synspunkter ble ikke fremmet. En slik lov ville ha gitt forbrukeren rettigheter i Amazontilfellet, hvor filene lastes ned. Men en streamingtjeneste ville uansett falle utenfor.

Jeg er ikke særlig i tvil om at Amazons vilkår om at de kan slette alt innhold ved påstand om brudd på lisensvilkår uten begrunnelse og uten at man betaler tilbake, ville bli satt til side som urimelig og i strid med avtaleloven § 36¹⁴.

Rett til ensidig å endre avtalen og bare varsle ved at endringene legges ut på nettsiden (Amazon), eller at det ikke varsles i det hele tatt (Netflix), vil nok heller ikke bli opprettholdt. Men dette rekker ikke lenger enn til at man vil være bundet av de vilkår man aksepterte, men ikke senere endringer i forbrukers disfavør.

Etter markedsføringsloven¹⁵ vil Markedsrådet¹⁶ kunne forby bruk av konkrete avtalevilkår som man finner urimelig. Forbrukerombudet forbereder slike saker, og vil kunne forhandle med det ris bak speilet at de bringer saken inn for Markedsrådet om de ikke kommer til en enighet. Det var dette som var Forbrukerombudets rettslige grunnlag for å ta kampen opp mot Apple¹⁷ for noen år siden, en sak Forbrukerrådet kom godt ut av. Forbrukerombudet har sagt de vil følge Netflix nøyte¹⁸. Men et vedtak i Markedsrådet vil bare forby bruk av disse vilkårene for fremtiden. Det får ikke betydning for allerede inngåtte avtaler.

Selv om det er enkelt å inngå en avtale, klikke at man aksepterer vilkårene og betale med kredittkort, så er internasjonale avtaler fortsatt kompliserte og vanskelige å håndheve. De er ikke for amatører. Når global netthandel er så enkelt, også for amatører, er det ikke overraskende at noen føler seg fanget i en felle når problemer oppstår.

Lovgivning på internasjonalt nivå er komplisert og tar veldig lang tid. EUs overnasjonalitet gjør det noe enklere å gi forbrukervernregler som i alle fall gjelder innenfor EU/EØS-området. Det er gitt en forordning om forbrukervernsamarbeid [forordning (EF) nr. 2006/2004]¹⁹, som også er gjort til en del av EØS-avtalen. De løsninger de velger er ikke nødvendigvis de vi ville ha valgt selv. Men det gir i det minste regler som fungerer innenfor sitt område. Det er langt fram før vi har et internasjonalt forbrukervern som fungerer like effektivt som internasjonal netthandel - om vi noen gang kommer dit.

Olav Torvund er partner i Bing Hodneland og professor dr. juris.

Artikkelen har tidligere vært publisert på IT-bransjens nettavis <http://www.digi.no> den 23.10.2012 og gjengis her med tillatelse.

Noter:

- 1 <https://signup.netflix.com/TermsOfUse>
- 2 <https://signup.netflix.com/TermsOfUse#law>
- 3 <http://www.amazon.co.uk/gp/help/customer/display.html?nodeId=200501450>
- 4 <http://www.digi.no/904658/hun-ble-kastet-ut-av-amazon>
- 5 <http://www.digi.no/904675/helomvending-fra-amazon>
- 6 <https://signup.netflix.com/TermsOfUse#arbitration>
- 7 <http://www.lovdata.no/cgi-wift/ldles?doc=/all/nl-20090619-079.html#map010>
- 8 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:EN:PDF>
- 9 <http://www.lovdata.no/all/tl-20050617-090-072.html#A16>
- 10 <http://www.lovdata.no/all/tl-19990625-046-001.html#3>
- 11 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:en:PDF>
- 12 http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rapporter_planer/rapporter/2004/Forbrukerkjopslovens-anvendelse-ved-lev.html?id=278282
- 13 <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otrprp/20062007/otrprp-nr-23-2006-2007-/5.html?id=443158>
- 14 <http://www.lovdata.no/all/tl-19180531-004-003.html#36>
- 15 <http://www.lovdata.no/all/hl-20090109-002.html>

16 <http://www.markedsradet.no>

17 <http://www.idg.no/computerworld/article117161.ece>

18 <http://www.aftenposten.no/nyheter/Forbrukerombudet-vil-granske-TV-markedet-7021465.html>

19 <http://www.lovdata.no/all/tl-20090109-002-011.html>