

iTunes SARL
8 Rue Heinrich Heine
L-1720 Luxembourg
Luxembourg

Deres ref.

Vår ref. (bes oppgitt ved svar)

Oslo

Sak nr: 06-170

30.05.06

Saksbehandler

Lars Helgesen

Tjenestevilkårene til iTunes Music Store – markedsføringslovens § 9a

./ Som Forbrukerombud fører jeg tilsyn med at næringsdrivendes markedsføring og avtalevilkår er i samsvar med markedsføringsloven. Kopi av loven følger vedlagt. Mer informasjon om Forbrukerombudet og markedsføringsloven finnes på våre websider: <http://www.forbrukerombudet.no/>.

Jeg har mottatt en klage fra Forbrukerrådet på standardvilkårene til iTunes Music Store. Etter Forbrukerrådets oppfatning strider vilkårene på flere punkter mot både markedsføringsloven og annen lovgivning. Forbrukerrådet mener også at enkelte av de tekniske avtalevilkårene (Digital Rights Management) strider mot

./ markedsføringsloven. Kopi av klagen følger vedlagt. Vilkårene som benyttes synes i all vesentlighet å være felles for de nordiske landene, og Konsumentombudsmannen i

./ Sverige har mottatt en lignende henvendelse fra Sveriges Konsumentråd. Også denne klagen følger vedlagt.

I anledning klagen har jeg vært i kontakt med Konsumentombudsmannen i Sverige og Forbrukerombudsmanden i Danmark, og vi har besluttet å ta opp klagen til behandling i fellesskap. Av praktiske årsaker vil jeg i det følgende hovedsaklig argumentere i forhold til norsk lovgivning og praksis, men jeg gjør oppmerksom på at tilsvarende forhold gjør seg gjeldende i de andre nordiske landene. For ordens skyld gjør jeg også oppmerksom på at Konsumentombudsmannen i Sverige vil sende et tilsvarende brev basert på svensk lovgivning.

Utgangspunktet for den rettslige vurderingen

Klagen reiser spørsmål etter markedsføringsloven (mfl.) § 9a. I henhold til denne bestemmelsen kan vilkår som nyttes eller tilsiktes nyttet i næringsvirksomhet overfor forbrukere forbys når de finnes urimelige, og forbud tilsies av allmenne hensyn.

Ved rimelighetsvurderingen skal det videre legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter, og på hensynet til klarhet i kontraktsforholdet.

Den nordiske lovgivningen om urimelige avtalevilkår må ses i sammenheng med EU-direktiv 93/13. Dette er et minimumsdirektiv, og lovgivning og praksis i de enkelte land

kan derfor i enkelte sammenhenger gi et strengere forbrukervern. Lovgivningen i de nordiske land er imidlertid preget av stor grad av rettsenhet, noe som gjør samarbeid i ./. denne typen saker formålstjenlig. Jeg viser i denne forbindelse til *De nordiske forbrukerombudenes standpunkter til handel og markedsføring på Internett*, som ligger vedlagt.

Når man skal vurdere balansen mellom partenes rettigheter og plikter, vil bakgrunnsretten i følge forarbeidene være et viktig moment ved rimelighetsvurderingen etter mfl. § 9a. Av Ot. prp. nr. 38 (1979-80) s. 38 flg., fremgår det at i en vurdering etter mfl. § 9a:

"[...] må vilkår som strider mot preseptorisk (tvingende) lovgivning alltid anses for urimelige. Men motsatt vil det ikke utelukkes at et vilkår forbys selv om det stemmer med preseptorisk lovgivning. Det kan ikke utelukkes at vilkårenes rimelighet vurderes etter en strengere norm enn det som følger av en slik lovgivning."

Videre går det frem av de samme forarbeidene, se s. 18, at det vil være et rimelig utgangspunkt at kontraktsvilkårene i standardkontrakter vurderes på bakgrunn av eventuelle deklarasjoniske (frivillige) rettsregler:

"Det synes å være et rimelig utgangspunkt at kontraktsvilkårene i standardkontrakter vurderes på bakgrunn av deklarasjoniske rettsregler. I enkelte tilfeller vil likevel forholdene ligge slik an, at det ikke er rimelig å stille de deklarasjoniske reglene opp som norm. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle dersom standardkontrakten er et resultat av forhandlinger mellom representanter for de to interesser, eller hvor det kan påvises spesielle forhold som gjør avvikende vilkår rimelig."

Når det gjelder betydningen av klarhet i avtaleforholdet, går blant annet følgende frem av forarbeidene, se Ot. prp. nr. 38 (1979-80) s. 17 og 18, jf departementets tilslutning til disse uttalelsene på side 39:

"Når en skal undergi standardkontrakter en nærmere rimelighetskontroll, er særlig to forhold sentrale:

For det første at presentasjonen av kontraktspartenes rettigheter og plikter er klar, dernest at forholdet er rimelig.

Lojalitetskravet i avtaleforhold tilsier at medkontrahentens rettigheter og plikter presenteres på en klar og lettfattelig måte. Han gis da muligheter til å vurdere innholdet av kontrakten og til eventuelt å avstå fra å kontrahere. I hvert fall slipper han ubehagelige overraskelser på et senere tidspunkt. En klar presentasjon av kontraktsvilkårene synes å kunne bidra til sunnere konkurransevilkår på dette området.

Foruten at uklarhet i seg selv kan bidra til å svekke medkontrahentens stilling, vil uklare kontraktsvilkår også kunne representere svakheter ved selve innholdet. Som eksempel trekker utvalget fram tilfeller hvor den annen kontraktspart har betinget seg en meget fri stilling med hensyn til sine egne forpliktelser etter avtalen, slik at medkontrahenten av den grunn har lite konkret å holde seg til."

Mitt hovedinntrykk av iTunes Music Stores *Salgsvilkår* og *Tjenestevilkår* er at disse fremstår som uklare og ubalanserte. Enkelte av vilkårene det opereres med er også åpenbart i strid med markedsføringsloven. Ettersom vilkårene på en rekke punkter er uklare, vil jeg ikke gå i detalj på innholdet i dem, men vil isteden trekke opp noen hovedlinjer. Før jeg går nærmere inn på eventuelle lovstridige vilkår, vil jeg imidlertid

komme med noen generelle bemerkninger til avtalevilkårene og problemstillingene som klagen reiser.

Generelt om avtalevilkårene til iTunes Music Store

Slik avtalevilkårene fremstår i dag er det vanskelig for forbrukeren å fastslå sine rettigheter og forpliktelser på bakgrunn av avtalen. Dette skyldes for det første at avtalevilkårene til iTunes Music Store er *uklare*. Uklarheten kommer enkelte steder som følge av at det er usikkert hva som i kontrakten menes med ”tjenesten”, herunder om dette omfatter allerede nedlastede sanger, bruk av avspillere etc., eller om det kun omfatter selve nettbutikken. Uklarheten skyldes også at avtalevilkårene inneholder en rekke ansvarsfraskrivelser spredt i ulike punkter, slik at det blir vanskelig for forbrukeren å orientere seg om hva iTunes Music Store faktisk aksepterer ansvar for. Et ytterligere eksempel er at helt sentrale rettigheter/begrensninger for bruken av produktene etter min mening ikke kommer tydelig nok frem i avtalevilkårene, og heller ikke i markedsføringen av produktene.

Både innholdsmessig og rent språklig sett er vilkårene kompliserte, noe som kan medføre at forbrukerne ikke forstår hva avtalen innebærer. I praksis kan dette føre til at forbrukernes rettigheter blir svekket, ettersom enkelte da kanskje ikke tror de har noen rettigheter overhodet dersom problemer skulle oppstå. Jeg mener det bør kunne være mulig å utforme avtalen på en slik måte at det blir vesentlig enklere for forbrukerne å fastlegge sin rettsstilling.

Avtalevilkårene er også *ubalanserte* i disfavør av forbrukeren. Generelt bør standardkontrakter utformes slik at de gir en rimelig balanse mellom kontraktpartenes rettigheter og plikter. Dette innebærer blant annet at kontrakten må inneholde regulering av forpliktelser og rettigheter for *begge parter*, og ikke kun vilkår som er til den næringsdrivendes fordel. Kontrakten må videre inneholde regulering av sentrale rettigheter for forbrukeren, som for eksempel anledning til å utøve mangelsbeføyelser (heving m.v.). Jeg viser i denne forbindelse til Markedsrådssak 1/2002, hvor Markedsrådet kom til at kontraktsvilkår som ikke gir forbrukeren klar informasjon om rettighetene i en mangelssituasjon var urimelig og i strid med mfl. § 9a. Vedtaket er tilgjengelig via våre nettsider:

<http://www.forbrukerombudet.no/index.gan?id=213&subid=0>

Det er et gjennomgående trekk ved avtalevilkårene at forbrukeren pålegges en rekke plikter, samtidig som iTunes Music Store har sikret seg omfattende ansvarsfraskrivelser og en rekke bestemmelser om hvilke rettigheter iTunes Music Store har i forhold til forbrukeren. Forbrukerens rettigheter nevnes derimot i svært liten grad. Dette gir kontrakten et tydelig preg av å være ubalansert, i tillegg til å være uklar på sentrale punkter i forhold til hvilke rettigheter forbrukeren har. Dette kan i seg selv tilsi at kontraktsvilkårene må anses for å være urimelig i henhold til mfl. § 9a.

Etter min oppfatning kommer noe av ubalansen av at avtalevilkårene bærer preg av å være direkte oversatt fra standardvilkår i andre land med en helt annen rettstradisjon. De nordiske landene har generelt sett etablert et nokså sterkt forbrukervern sammenlignet med mange andre land. Blant annet vil det ikke aksepteres om næringsdrivende tar omfattende ansvarsfraskrivelser, og det kreves bedre informasjon om rettighetene til forbrukeren.

Særlige kommentarer

Jeg vil i det følgende gjøre en vurdering etter mfl. § 9a av en del sentrale vilkår i kontrakten.

Lovvalg

Tjenestevilkårenes punkt 22 lyder som følger:

”Gjeldende Lov. Denne Avtalen og bruk av Tjenesten reguleres av engelsk rett.”

Tilsvarende vilkår finnes også i salgsvilkårene.

Selv om iTunes Music Store formelt er etablert i Luxembourg, vil de nordiske landenes nasjonale lovgivning være anvendelig dersom tjenesten kan anses rettet mot disse markedene. Jeg viser i denne forbindelse til at E-handeldirektivet 2000/31/EF ikke er til hinder for dette, da spørsmål om lovvalg for kontraktsmessige forpliktelser i forbrukerforhold er unntatt fra opprinnelseslandsprinsippet, jf. direktivets art. 3. nr. 3. Det samme følger for øvrig også av ehandelsloven § 6 litra a. Det er ikke tvilsomt at tjenesten er rettet mot det norske markedet, jf. iTunes Music Store sine egne vilkår hvor det fremgår at tjenesten ikke kan benyttes utenfor norsk territorium. Når tjenesten opprettes og markedsføres særskilt mot norske forbrukere, må tjenesten og avtalen etter min oppfatning også underlegges norsk rett.

Vanlige forbrukere har neppe oversikt over hva lovvalgsspørsmålet har å si for deres rettsstilling, herunder hvilken betydning det får at avtalen reguleres av engelsk rett. De færreste vil ha noe som helst kjennskap til eventuelle forskjeller i norsk og engelsk kontraktsrett. I seg selv medfører dette betydelig usikkerhet for forbrukeren, og forsterker inntrykket av at avtalevilkårene som sådanne er uklare. For å få klarhet i sine rettigheter forutsetter denne klausulen at forbrukeren setter seg inn i engelsk kontraktsrett, og det vil være klart urimelig å forvente dette. Jeg viser i denne forbindelse til Markedsrådssak nr. 6/82 om bruken av vernetingsklausuler, og mener at de prinsipper som kommer til uttrykk der også vil gjøre seg gjeldende for lovvalgsklausuler. Vedtaket fra Markedsrådet følger vedlagt.

Selv om lovvalget ikke skulle svekke rettsstillingen til forbrukeren, vil vilkåret i seg selv medføre uklarhet for forbrukeren om dennes rettigheter. Dersom forbrukerens rettsstilling er tilnærmet lik etter de to lands kontraktslovgivning, skulle det for øvrig ikke være problematisk for iTunes Music Store å la norsk lovgivning komme til anvendelse.

På denne bakgrunn finner jeg vilkåret om at avtalen reguleres av engelsk rett urimelig i henhold til mfl. § 9a. Jeg ber derfor om at vilkåret endres, slik at norsk rett kommer til anvendelse på avtalen.

Vilkårsendringer

Avtalen gir iTunes Music Store retten til ensidig å endre vilkårene på en rekke punkter, jf. f.eks. punkt 9c og d, 13b, 14b, 18a (i) og 20. Vilkårene synes å gi rett til å endre

vilkårene både for allerede gjennomførte handler og for fremtidige kjøp. Jeg finner det hensiktsmessig å sondre mellom disse to situasjoner i den følgende drøftelsen.

Ad vilkårsendringer etter gjennomførte handler:

Det er et grunnleggende prinsippet i norsk rett om at avtaler er bindende og skal holdes. Det medfører at endringer av en inngått avtale krever aksept fra begge parter, og dette må også gjelde for avtale om kjøp av denne typen tjenester. Det er et sentralt hensyn at begge parter skal vite omfanget av det de inngår avtale om, og dermed kunne innrette seg etter dette. En ensidig rett til vilkårsendring for gjennomførte handler medfører betydelig svekket forutberegnelighet for forbrukeren. Ved å forbeholde seg retten til ensidig å foreta endringer vil den næringsdrivende kunne forrykke den balansen som skal eksistere i gjensidige bebyrdende kontraktsforhold. I ytterste konsekvens vil denne typen vilkår medføre at forbrukeren fratras alle sine rettigheter, uten å kunne foreta seg noe for å sikre sine rettigheter eller gjenopprette balansen.

Tilsvarende vil også gjelde eventuelle endringer i bruksreglene. Med mindre endringene utelukkende gir kunden mer omfattende rettigheter, kan endringer i bruksreglene dermed ikke få virkning for filer som allerede er kjøpt og lastet ned. Når det gjelder eventuelle endringer av bruksrettighetene med virkning for fremtidige kjøp må dette varsles på tilfredsstillende måte, jf. om varsling nedenfor.

Selv om kunden i prinsippet står fritt til å akseptere at eventuelle endringer i bruksreglene også får anvendelse på gjennomførte handler, må det ut i fra hensynet til forutberegnelighet og lojalitet i kontraktsforhold også forventes at tekniske løsninger som gjennomfører endringer i bruksreglene tar tilbørlig hensyn til at en del kunder kanskje ikke vil akseptere endringene. Oppdateringer av avspillere osv. kan med andre ord ikke medføre at filer underlagt de gamle bruksreglene ikke lenger kan spilles av, da dette vil legge et urimelig press på kunden til å akseptere de nye vilkårene med tilbakevirkende kraft.

Etter dette finner jeg at vilkår som gir rett til å endre vilkårene for allerede gjennomførte handler er åpenbart urimelig i henhold til mfl. § 9a. Jeg ber dere derfor om å endre vilkårene slik at de ikke lenger gir rett til ensidig å endre vilkårene i disse tilfellene.

Ad fremtidige kjøp:

Når det gjelder endringer for fremtidige kjøp, vil dette etter omstendighetene kunne godtas. Forutsetningen er at det gis tilstrekkelig varsel om endringene, slik at forbrukeren blir kjent med forutsetningene for handelen. Dersom endringene ikke varsles på en god måte, vil dette derimot medføre uklarhet for forbrukerne. Blant annet kan det oppstå forvirring omkring hvilke vilkår som gjelder, og handelen kan dermed baseres på feilaktige forutsetninger.

Om varslingen av vilkårsendringer står det i punkt 20 i de nåværende kontraktsvilkårene følgende:

”Tilleggsvilkår vil bli gjort tilgjengelige ved oppslag på iTunes internettside. For å holde deg oppdatert om slike endringer oppfordres du til å gjennomgå disse tjenestevilkår regelmessig.”

Annet punktum i det siterte avsnittet synes å gi inntrykk av at det delvis er kundens ansvar å kontrollere om det er foretatt endringer i tjenestevilkårene. I en tjeneste av denne typen, hvor kunden typisk foretar en rekke mindre handler på ulike tidspunkt, er det imidlertid helt urealistisk å forvente at kunden leser gjennom tjenestevilkårene forut for hvert kjøp for å sjekke om det er foretatt endringer. Det blir derfor desto viktigere at iTunes Music Store har gode rutiner for varsling av endringer. Disse varslene bør gis direkte til kunden, og på en slik måte at kunden blir klar over de endringene som foretas.

Rent teknisk kan det være flere tilfredstillende løsninger her, men en god løsning vil være om kunden gis varsel når man logger seg inn dersom det er foretatt endringene siden forrige gang man logget seg inn. De nye avtalevilkårene må deretter aksepteres før neste handel kan gjennomføres. Jeg stiller meg imidlertid åpen for andre løsninger dersom dere skulle foretrekke dette, så fremt de sikrer at forbrukeren gjøres kjent med og aksepterer de nye vilkårene. I denne sammenheng kan det ikke anses tilstrekkelig dersom man kun opplyser om vilkårsendringer på iTunes Music Stores generelle internettsider, ettersom det da er en fare for at en del kunder ikke blir oppmerksomme på endringene.

Jeg ber om en kommentar til de standpunkter jeg gav uttrykk for når det gjelder fremtidige kjøp.

Manglende angrerett

Verken tjenestevilkår eller salgsvilkår inneholder regulering av angreretten. Angreretten er en sentral rettighet for forbrukeren, som blant annet gjør det mulig å gå fra avtalen dersom man bestiller feil vare/fil. I utgangspunktet gjelder angrerettlovens regler også digitale ytelser, selv om reglene ikke er utformet på en særlig praktisk måte for denne typen tjenester. Jeg antar likevel det vil være mulig å utvikle løsninger som ivaretar forbrukerens rettigheter på en hensiktsmessig måte.

Innen vi viderebehandler dette spørsmålet ber jeg imidlertid om en kommentar til de spørsmålene som angrerettlovens regler reiser, herunder hvordan dere vil gi forbrukerne informasjon omkring angreretten.

Ansvarsfraskrivelser

Tjenestevilkårene inneholder en rekke ansvarsfraskrivelser. I klagen fra Forbrukerrådet nevnes vilkårenes punkt 12, 18a (ii), 18b, 18c og 19, men også andre punkter inneholder ansvarsfraskrivelser. Jeg viser her til punkt 8a, 9a, 9d, 13b, 14b og 17.

Ansvarsfraskrivelsene er etter min mening både uklare og ubalanserte. Av hensyn til klarhet i kontraktsforhold vil jeg understreke viktigheten av at erstatningsregler er tydelig angitt, og at disse er i samsvar med alminnelig kontraktsrett.

Slik jeg ser det bærer ansvarsfraskrivelsene preg av å være direkte overført fra en rettskultur med et annet utgangspunkt, både når det gjelder ansvarsgrunnlag og erstatningens omfang enn det vi har i Norden. Erstatningsretten bygger på en interesseavveining mellom de ulike parter, herunder en vurdering av hvem som er

nærmest til å bære risikoen for et økonomisk tap som skulle oppstå. En ukritisk videreføring av vilkår fra andre rettssystemer vil ikke alltid være forenelig med nordisk rett. Dette gjelder særlig ved forbrukerkjøp, hvor preseptoriske regler og hensynet til vern av forbrukere spiller inn.

Av de nevnte forarbeidene til markedsføringsloven går det frem at bakgrunnsretten skal være et viktig moment i rimelighetsvurderingen etter mfl. § 9a, jf Ot.prp.nr. 38 (1979-80) s. 18 og 38 flg. Etter norsk og nordisk rett vil det alminnelige ansvargrunnlaget ved kjøp av masseproduserte varer (genus-ytelser) utvilsomt være kontrollansvaret, jf. eksempelvis kjøpslovens § 27 og forbrukerkjøpslovens § 24. At varen her leveres ved en tjeneste kan ikke ha betydning for dette utgangspunktet. Dette innebærer at selgeren i utgangspunktet er erstatningsansvarlig for påregnelig økonomisk tap, med mindre det godtgjøres at det foreligger en hindring utenfor hans kontroll, som han ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden eller å unngå eller overvinne følgene av. Etter norsk rett er det heller ikke anledning til å fraskrive seg ansvar for grovt uaktsomme eller forsettlige handlinger i forbrukerforhold.

I forbrukerforhold vil vesentlige avvik fra dette alminnelige utgangspunkt etter mitt syn fort finnes urimelig og i henhold til mfl. § 9a. Vesentlige avvik vil for eksempel være ansvarsfraskrivelse som i vesentlig grad begrenser den næringsdrivendes ansvar for forhold som ligger *innenfor* deres kontroll. Det er flere forhold som begrunner et slikt standpunkt. For det første vil det være de næringsdrivende som er nærmest til å begrense eller hindre tap eller skade som skyldes forhold innenfor deres kontroll. Videre vil forbrukerne ha svært begrenset mulighet til å forhandle om slike vilkår, slik at den næringsdrivende ensidig vil kunne fastlegge og begrense sitt ansvar. For det tredje kan omfattende ansvarsfraskrivelse føre til uklarhet for forbrukeren med hensyn til hva den andre parten faktisk erkjenner ansvaret for, med den følge at forbrukeren kanskje lar være å fremme berettigede krav. Det er også en kjensgjerning at de økonomiske tapene i forbrukerforhold sjeldent er særlig omfattende, slik at erstatningssummene uansett ikke blir høye. Eventuelle erstatningssummer kan for øvrig pulveriseres, og fordeles forholdsmessig som en del av kostnadene ved å drive tjenesten.

Som eksempel på en uklar ansvarsfraskrivelse, kan nevnes tjenestevilkårenes punkt 18 a (ii) om virusangrep, hacking mv. Uklarheten knytter seg her til uttrykket "tjenesten", og hvorvidt dette kun omfatter tilgang til nettbutikken, eller om det også omfatter programvaren som brukes av den enkelte forbruker. Dersom uttrykket "tjenesten" kun knytter seg til selve tilgangen til nettbutikken, vil et økonomisk tap i forbindelse med hacking osv. i første rekke ramme iTunes Music Store selv. Dersom ansvarsfraskrivelsen også omfatter den programvaren som installeres på forbrukerens datamaskin, vil dette kunne ramme forbrukeren mer direkte.

For det tilfellet at ansvarsfraskrivelsen også gjelder eventuelle sikkerhetshull i programvaren som installeres på kundens maskin, mener jeg at selv om iTunes Music Stores i og for seg ikke er alene om å ha slike ansvarsfraskrivelse, må de prinsipper jeg har gitt uttrykk for ovenfor gjelde tilsvarende for denne typen hendelser. Det må i første rekke være utgiveren av programvaren som er ansvarlig for at de programmene som selges ikke inneholder sikkerhetshull, og det vil også være denne som er nærmest til å iverksette tiltak for å rette opp de svakheter som viser seg å oppstå. Dersom det kan fastlegges at tapet skyldes feil eller svakheter i tjenesten som tilbys, og ikke svakheter i kundens eget system, bør iTunes Music Store dermed kunne holdes ansvarlig.

Forbrukerens ansvar for å ha et tilfredsstillende sikkerhetssystem vil i så fall være sekundært, i den forstand at man generelt har en plikt til å begrense eventuelle tap som måtte oppstå.

Vilkårene inneholder også bestemmelser som innebærer at iTunes Music Store fraskriver seg ansvar for grovt uaktsomme eller forsettlige handlinger. Vilkår som for eksempel at innlevering av personopplysninger ”*skjer på din egen risiko, og iTunes fraskriver seg herved alt ansvar overfor deg for tap eller erstatningsansvar i forbindelse med slike opplysninger*” er åpenbart i strid med gjeldende rett, og medfører at forbrukeren får ansvaret dersom personopplysningene kommer på avveie og misbrukes.

På denne bakgrunn finner jeg tjenestevilkårene til iTunes Music Store urimelige i henhold til mfl. § 9a. Jeg ber derfor om at kontrakten gjennomgås og endres i tråd med de synspunkter jeg har gitt uttrykk for.

Geografisk begrensning

Punkt 10 i tjenestevilkårene lyder som følger:

”Tjenesten er kun tilgjengelig for deg i Norge. Du samtykker til å avstå fra å bruke eller forsøke å bruke Tjenesten fra et sted utenfor det territorium der Tjenesten er tilgjengelig, og til at iTunes kan benytte teknologi til å kontrollere din overholdelse”

Etter salgsvilkårene godtas heller ikke kredittkort eller betalingskort som er utstedt av banker utenfor Norge. Forbrukerrådet anfører blant annet at avtalevilkårene innebærer en diskriminering av forbrukere på bakgrunn av nasjonalitet, og at begrensningene er i strid med EØS-rettens prinsipper om fri flyt av tjenester.

Geografiske begrensninger av denne typen kan etter mitt syn bidra til å etablere separate markeder i de enkelte land, noe som blant annet er ugunstig for konkurransen på prisene som tilbys forbrukeren. Begrensningen i salgsvilkårene hindrer også at man fritt kan velge mellom ulike tilbud for betalings- eller kredittkort, uavhengig av utstederens tilhørighet. For forbrukerne, som reiser stadig mer på tvers av landegrensene, innebærer vilkårene videre at det må opprettes særskilte brukerkontoer i de enkelte land man er i for å få tilgang til tjenesten, noe som vil kunne oppfattes som både tungvint og upraktisk.

Før en nærmere vurdering av vilkårene foretas, ber jeg imidlertid om en redegjørelse fra dere om bakgrunnen for at dere velger å operere med slike begrensningene.

Produktlåsing og DRM

Forbrukerrådets klage tar også opp spørsmål omkring Digital Rights Management (DRM), som følger med filene man laster ned fra iTunes Music Store. Forbrukerrådet reagerer på at iTunes Music Stores DRM medfører at filene kun kan spilles av på et fåtall spillere, hovedsakelig Apples egne spillere. De mener videre at tjenestevilkårenes punkt 9b, hvor kunden blant annet må samtykke til ikke å omgå eller endre slike tekniske sperrer, er i strid med åndsverksloven § 53a (3).

Slik jeg oppfatter det må iTunes Music Stores bruk av DRM delvis ses på som en innføring av selvstendige avtalevilkår, dels som en teknisk implementering av bruksreglene. Spørsmålet blir dermed om bruksreglene og iTunes sin bruk av DRM utgjør et urimelig avtalevilkår i henhold til mfl. § 9a.

Jeg har forståelse for at rettighetshaverne ønsker å ta i bruk DRM og andre tekniske løsninger som kan hindre ulovlig bruk og kopiering. Filer med digitalt innhold kan enkelt kopieres og spres via internett uten noe forringelse i kvaliteten, noe som klarligvis kan skade rettighetshavernes interesser og rettigheter. Etter min mening må imidlertid tekniske løsninger ta rimelig hensyn til forbrukernes interesser i denne sammenheng, herunder muligheten til å kunne spille av lovlig anskaffet musikk uten å måtte være bundet til en bestemt leverandør sin avspiller. Når det velges tekniske løsninger hvor det verken benyttes åpen kildekode eller gis lisenser til andre for utvikling av avspillere, kan dette føre til en uheldig sammenlåsning mellom innhold og enkeltprodusenter.

Ettersom den rettighetsforvaltningen som medfølger de nedlastede filene kan fjernes på en forholdsvis enkelt måte, jf. Forbrukerrådets opplysninger om dette, kan det også reises spørsmål om i hvilken grad rettighetsforvaltningen er egnet til å hindre ulovlig bruk og kopiering. Resultatet kan bli at rettighetsforvaltningen først og fremst rammer lovlydige brukere som for eksempel ønsker å benytte annet avspillingsutstyr, mens de ikke får særlig betydning for de som ikke har til hensikt å følge reglene for kopiering eller videreføring av materialet.

Jeg har også merket tendenser til en utvikling hvor for eksempel artister gir ut ekstra spor som kun gjøres tilgjengelig via iTunes Music Store. Det står selvfølgelig opphavsmennene fritt å avtale hvem de ønsker å bruke til å distribuere musikk osv., men på sikt kan en slik utvikling føre til at store deler av det kulturelle innholdet som gjøres tilgjengelig blir koblet til bestemte tekniske plattformer som ikke benyttes av flere produsenter eller som muligens ikke videreføres i fremtiden. I ytterste konsekvens kan dette føre til at tilgjengeligheten av kulturelt innhold etter en tid blir avhengig av velviljen til de som utvikler disse løsningene. Dersom det for eksempel ikke er forretningsmessig gunstig å gjøre eldre materiale tilgjengelig for nye plattformer, kan dette føre til at det kulturelle innholdet går tapt. Kulturelt innhold har samfunnsmessig betydning utover forholdet mellom rettighetshaver og den enkelte kunde, og jeg er generelt betenkelig til en utvikling som vil kunne begrense tilgjengeligheten av slikt innhold.

Når det mer spesifikt gjelder den DRM som knyttes til filene man kjøper hos iTunes Music Store og forholdet til mfl. § 9a, må det uavhengig av opphavsrettens bestemmelser kunne stilles visse grunnleggende krav til de betingelser som stilles som vilkår for kjøp og salg. Rettighetshaverens enerett etter åndsverksloven gir anledning til å bestemme om verket skal gjøres tilgjengelig, og rettighetshaveren kan også i utgangspunktet bestemme måten dette skal skje på. Rettighetshaverens interesser må i denne sammenheng likevel balanseres med forbrukernes interesser dersom verket gjøres tilgjengelig for kjøp og salg til forbrukere. Opphavsretten kan etter min mening ikke gi rettighetshaveren rett til å stille enhver form for betingelser ved salg til forbrukere i alminnelighet. I likhet med andre avtaleyper vil også slike avtaler kunne inneholde urimelige avtalevilkår i henhold til mfl. § 9a.

For forbrukerne kan den DRM som iTunes Music Store benytter føre til en rekke uheldige konsekvenser. For det første begrenses forbrukernes valgfrihet ved at de nedlastede filene låses til visse avspillere, hovedsakelig Apples egne avspillere. Produktlåsingene legger føringer på de valg forbrukerne tar med hensyn til kjøp og bruk av avspillerutstyr (særlig mp3-spillere), ettersom forbrukerne ikke står fritt til å benytte det avspillerutstyr de ønsker for det materiale som kjøpes. Dersom alle andre aktører hadde tilsvarende løsninger, vil forbrukeren i et slikt scenario i realiteten stå overfor to valg for å få full nytte og tilgang til filene som er kjøpt: Enten *må* man velge én tilbyder og kun forholde seg til denne. Alternativet blir å kjøpe eget avspillerutstyr for hver tilbyder man ønsker å benytte. Det sistnevnte alternativet innebærer også at forbrukeren kan bli nødt til å kjøpe samme musikk to ganger for å få tilgang til hele samlingen sin på samme avspiller.

I forlengelsen av dette kan det nevnes at produktlåsingene kan være skadelig for en effektiv konkurranse både med hensyn til nedlastingstjenester og avspillere, og derigjennom bidra til å skape monopollignende forhold. Forbrukere som har kjøpt filer gjennom iTunes Music Store vil naturlig nok legge vekt på at mp3-spilleren kan spille av disse filene ved anskaffelse av slik spiller. Og omvendt vil man også velge å kjøpe filer som ikke inneholder en annen DRM enn den/de som mp3-spilleren sin kan håndtere. Sammenkoblingen av produkt og innhold kan gi en konkurransevridende effekt, som igjen kan føre til uheldige utslag for forbrukerne både når det gjelder priser og utvalg.

Når det gjelder Forbrukerrådets anførsel vedrørende åndsverklovens § 53a (3), er det noe uklart hva som ligger i den norske lovbestemmelsen om retten til å omgå tekniske beskyttelsessystemer. Bestemmelsen synes til en viss grad å være i strid med Infosoc-direktivet (dir. 2001/29), og en eventuelt harmonisering av direktivet og åndsverklovens § 53a gjør det vanskelig å trekke noen bestemte slutninger i denne sammenheng. Poenget er imidlertid slik jeg ser det at innføringen av tekniske beskyttelsessystemer trenger et avtalemessig grunnlag mellom iTunes Music Store og kunden. Hvis produktlåsningmekanismene utgjør et urimelig avtalevilkår, vil forbudshjemmelen i mfl. § 9a gi grunnlag for å fjerne det avtalemessige grunnlaget for beskyttelsessystemet. Og dersom det avtalemessige grunnlaget faller bort, vil det heller ikke gjelde noe forbud etter åndsverklovens § 53a mot å omgå beskyttelsessystemet, uavhengig av hva som kan ansees som effektive beskyttelsessystemer, relevant avspillingsutstyr osv. Av denne grunn går jeg ikke nærmere inn på bestemmelsen i åndsverklovens § 53a i denne omgang.

Før det tas endelig standpunkt til hvorvidt bruk av DRM som gjør det umulig eller vanskelig å spille av de nedlastede filene på andre konkurrerende innretninger innebærer et urimelig kontraktvilkår i henhold mfl. § 9a, ber jeg om deres kommentarer.

I forbindelse med gjennomgangen av kontraktvilkårene finner jeg det naturlig å komme med noen kommentarer angående språkvalget hos iTunes Music Store. Selv om tjenestevilkår og salgsvilkår er gjøres tilgjengelig på norsk, gis det fremdeles en del sentral informasjon til kundene på engelsk. Jeg viser i denne forbindelse til

angrerettloven § 7 første ledd, jf. tredje ledd, hvor det fremgår at så lenge tjenesten markedsføres til norske forbrukere skal opplysninger som forbrukeren har grunn til å regne med å få gis på norsk.

Som eksempel på vesentlig informasjon som må gis på norsk kan nevnes opplysninger som gis om bruksreglene ved opprettelsen av en brukerkonto hos iTunes Music Store. Bruksreglene angir helt sentrale rettigheter og begrensninger som må komme frem på en tydelig måte for forbrukerne. Selv om forbrukeren kan finne informasjon om bruksreglene i tjenestevilkårene, kan det stilles spørsmål ved om tjenestevilkårene i det hele tatt er egnet til å gi denne typen opplysninger. En del forbrukere vil for eksempel kunne skimme igjennom disse vilkårene, og dermed gå glipp av helt sentrale forutsetninger for handelen. Det er derfor viktig at den informasjonen som gis om bruksreglene ved opprettelsen av kontoen blir gitt på et språk forbrukeren forstår og behersker fullt ut. Likeledes må informasjonen i boksen som kommer opp når man skal bekrefte kjøpet også gis på norsk, for å unngå uklarhet om hva handlingene innebærer.

Jeg ber på denne bakgrunn om at dere endrer nettbutikken slik all informasjon som er vesentlig for forbrukeren gis på norsk.

Som redegjørelsen ovenfor viser, er det min oppfatning at standardvilkårene til iTunes Music Store er urimelig i henhold mfl. § 9a på en rekke punkter. Jeg gjør imidlertid oppmerksom på at det ikke har blitt foretatt en fullstendig gjennomgang av markedsføringen og avtalevilkårene knyttet til tjenestene til iTunes Music Store på bakgrunn av klagen til Forbrukerrådet og Konsumentrådet. Jeg forbeholder meg derfor retten til å komme tilbake til eventuelle andre forhold ved et senere tidspunkt.

Jeg ber om at det foretas en gjennomgang av standardvilkårene, og at disse endres i samsvar med våre standpunkter. Utkast til nye vilkår, samt deres kommentarer til de øvrige problemstillinger vi tar opp, bes sendt til Forbrukerombudet i Norge for videre behandling.

Jeg imøteser deres svar i saken så snart som mulig, og senest **innen 21. juni**.

Med vennlig hilsen

Bjørn Erik Thon
forbrukerombud

Vedlegg

Gjenpart: Konsumentombudsmannen i Sverige
Forbrugerombudsmanden i Danmark
Forbrukerrådet
Sveriges Konsumentråd, Box 855, SE-101 37 Stockholm, Sverige
Apple Computer, Postboks 244 Lilleaker, 0216 Oslo