

Forbrukerombudet
4597 Nydalen
0404 Oslo



Saksbehandler:
Lars Grøndal

Vår dato:
25.01.06

Vår referanse:
200600043

Deres dato:

Deres referanse:

Klage på iTunes Music Store

Forbrukerrådet ønsker med dette å klage iTunes Music Store inn for Forbrukerombudet. Bakgrunnen for klagen er iTunes standardvilkår slik de kommer til uttrykk på <http://www.apple.com/no/support/itunes/legal/terms.html> (vilkårene) og <http://www.apple.com/no/support/itunes/legal/policies.html> (salgsvilkårene). Etter Forbrukerrådets oppfatning strider vilkårene på flere punkter mot både markedsføringsloven og annen lovgivning.

I tillegg bruker iTunes en type tekniske standardvilkår, DRM (Digital Rights Management), som er bestemmende for hvordan tjenesten kan brukes. Forbrukerrådet mener at også enkelte sider av de tekniske avtalevilkårene strider mot markedsføringsloven.

1. Får markedsføringsloven anvendelse?

Den første problemstillingen er hvorvidt norsk rett overhode får anvendelse på denne tjenesten. I punkt 22 i vilkårene står det at "[d]enne Avtalen og bruk av Tjenesten reguleres av engelsk rett."

Etter ehandelsloven¹ § 1 (2) a gjelder loven for "enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag og som formidles elektronisk". Tjenestene iTunes selger leveres elektronisk. Hovedregelen i loven er opprinnelseslandsprinsippet, jfr. § 5. Det vil si at iTunes i utgangspunktet kun reguleres av lovgivningen i landet der iTunes er etablert. En problemstilling er da hvorvidt iTunes må regnes som "etablert" i Norge.²

Det er imidlertid ikke nødvendig å ta stilling denne problemstillingen da opprinnelseslandsprinsippet ikke får anvendelse på "kontraktvilkår i forbrukeravtaler", jfr.

¹ Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester av 23. mai 2003

² Se Gebhart, sak C-55/94, der EU-domstolen definerte skillet mellom etablering og tjenesteytelse etter tjenestens varighet, hyppighet, periodiske karakter og kontinuitet.

UTGIVER AV:



Forbrukerrådet
The Consumer Council
of Norway

Postadresse:
P.b. 4594 Nydalen
NO-0404 Oslo

Besøksadresse:
Rolf Wickstrøms vei 15
0486 Oslo

Org. nr.:
NO 871 035 382 MVA

post@forbrukerradet.no
forbrukerportalen.no

Publikumstelefon:
815 58 200
Sekretariatet,
tlf.: 23 40 05 00

lovens § 6c. I forarbeidene sier departementet om unntaket at ”en forbruker kan forholde seg til sin egen nasjonale rett, og at en selger (næringsdrivende) aldri ved avtale kan frata forbrukeren den beskyttelsen som følger av ufravikelige regler i hans nasjonale rett.³”

Det kan også nevnes at kjøp foretatt på iTunes.no har en sterk tilknytning til Norge:

- iTunes.no kan bare brukes av norske forbrukere
- domenenavnet er norsk
- språket er norsk
- prisene oppgis i norske kroner
- iTunes.no har supporttelefon med norsk nummer

På bakgrunn av ovennevnte er Forbrukerrådet av den oppfatning at norske forbrukervernregler får anvendelse på vilkårene.

2. Urimelige vilkår

Etter markedsføringsloven § 9a kan Forbrukerombudet gripe inn og forby urimelige avtalevilkår. Forbrukerrådet ber ombudet benytte denne hjemmelen til å gripe inn mot en rekke klausuler i iTunes standardvilkår slik de er uttrykt skriftlig og gjennom tekniske sperrer.

Standardvilkår som strider mot preseptorisk lovgivning vil være forbudt etter markedsføringsloven § 9a. Tjenesten iTunes leveres reguleres imidlertid ikke av kontraktslovgivningen. Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, slik de er kommet til uttrykk i forbrukervernlovgivningen, vil imidlertid danne rammen for iTunes' mulighet til å begrense forbrukernes rettigheter.

Etter Forbrukerrådets oppfatning bryter vilkårene med en rekke kontrakts- og EØS-rettslige prinsipper, og bærer generelt preg av å være ubalanserte.

a. Lovvalg

I punkt 22 i vilkårene står det at ”[d]enne Avtalen og bruk av Tjenesten reguleres av engelsk rett”. Som vist over reguleres avtalen av norske forbrukervernregler. Dette kan ikke fravikes ved avtale, jfr. de ovenfor siterte uttalelsene i forarbeidene til ehandelsloven.

Vilkårene er på dette punkt klart i strid med preseptorisk lovgivning.

b. Kan kun bruke Apples mp3-spiller iPod

iTunes DRM, Fairplay, gjør at musikk lastet ned fra iTunes Music Store utelukkende kan spilles av på iPod.⁴ Både iTunes og iPod eies av Apple. iTunes DRM kan omgås ved å kopiere filen over på en CD for så å rippe den over på PC'en igjen. Filen vil da være uten DRM'en og kan fritt spilles av på andre typer mp3-spillere.

Etter Forbrukerrådets oppfatning er iTunes DRM et urimelig teknisk avtalevilkår i den grad det hindrer kjøpere av musikkfiler på iTunes å bruke andre mp3-spillere enn iPod. Hensikten

³ Se Ot.prp.nr.31 (2002-2003) s. 59

⁴ Se http://www.consumersdigitalrights.org/mdoc/OnlineMusicDownloadServices_TechnicalReport_90041.pdf

med å lage denne typen DRM er utelukkende å låse forbrukerne til å kjøpe produkter av en dominerende markedsaktør.

I vilkårene punkt 9b om bruksregler står det at:

Du samtykker til å avstå fra å forsøke å, eller oppmuntre andre til eller bistå andre med å omgå eller endre sikkerhetsteknologi eller programvare som utgjør en del av Tjenesten eller som brukes til å administrere Bruksreglene, eller gripe inn i, fjerne eller endre opplysninger om rettighetsforvaltningen som gjelder Produktene.

Videre står det i samme punkt at:

Du har rett til å bruke Produktene på inntil fem iTunes-autoriserte innretninger til enhver tid.

Overtredelse av bruksreglene får omfattende konsekvenser, se bl.a. punkt 8b.

Bruksreglene innebærer at kunden ikke kan endre eller fjerne DRM'en for å benytte andre mp3-spillere til å spille av musikkfiler kjøpt på iTunes.

Forbrukerrådet mener at dette er et urimelig avtalevilkår og viser i den forbindelse til åndsverksloven⁵ § 53a (3) annet punktum. Det følger av denne bestemmelsen at forbrukere fritt kan omgå tekniske beskyttelsessystemer for å spille av lovlig anskaffede verk på relevant avspillingsutstyr.⁶

Vilkårene er i strid med preseptorisk lovgivning og er derfor i strid med markedsføringsloven § 9a.

c. Ensidig endring av vilkårene

I flere av vilkårene i standardkontrakten forbeholder iTunes seg retten til å ensidig endre forbrukerens rettigheter til allerede kjøpt materiale, jfr. eksempelvis punktene 9c og d, 14b, 18a (i) og 20. Som illustrasjon kan det nevnes at forbrukere som kjøper musikkfiler på iTunes i dag kan kopiere filene over på inntil 7 CD'er. De nevnte vilkårene innebærer at iTunes kan stenge for kopiering av materiale som forbrukeren allerede har lastet ned og oppbevarer på harddisken. Dette til tross for at forbrukeren på kjøpstidspunktet ble forespeilet at hun kunne kopiere filen over på flere CD'er.⁷

En undersøkelse foretatt av Intertek på oppdrag av BEUC, den europeiske forbrukerorganisasjonen, viser at det vil være teknisk mulig for iTunes å gjøre dette. I følge BoingBoing, et nettsted for IKT-nyheter, har iTunes benyttet seg av muligheten til å innskrenke forbrukernes rettigheter.⁸

⁵ Se lov om opphavsrett til åndsverk av 12. mai 1961 nr. 2

⁶ Det kan også stilles spørsmålsteget ved om åndsverksloven overhode beskytter iTunes DRM. § 53a forbyr omgåelse av *effektive* tekniske beskyttelsessystemer. iTunes' DRM kan neppe anses for å være et effektivt beskyttelsessystem, jfr. det som ble sagt innledningsvis om muligheten til å omgå DRM'en.

⁷ Se http://www.boingboing.net/2005/03/16/apple_steals_itunes_.html

⁸ Se http://www.consumersdigitalrights.org/mdoc/OnlineMusicDownloadServices_TechnicalReport_90041.pdf

I annekset til direktiv 93/13/EF om urimelige kontraktvilkår i forbrukeravtaler er det listet opp eksempler på avtalevilkår som kan regnes som urimelige. Det er særlig to av eksemplene på urimelige avtalevilkår som her er interessante:

- j) at tillade den erhvervsdrivende ensidigt at ændre kontraktvilkårene uden gyldig og i aftalen anført grund
- k) at tillade den erhvervsdrivende ensidigt uden gyldig grund at ændre egenskaberne ved det produkt eller den tjenesteydelse, der skal leveres

Etter Forbrukerrådets oppfatning er det et urimelig avtalevilkår å forbeholde seg retten til ensidig å endre forbrukerens rettigheter etter at musikkfiler er kjøpt og lastet ned.

d. Innskrenker forbrukernes krav på erstatning

Det er et generelt kontraktsrettslig prinsipp at det kan kreves erstatning for påregnelig økonomisk tap som er forårsaket av en kontraktsrettslig mangel. Dette prinsippet er bl.a. kommet til uttrykk i forbrukerkjøpsloven⁹ § 33.

iTunes vilkår innskrenker forbrukernes rett til erstatning. Som eksempel kan det nevnes vilkårene punkt 18a (ii):

iTunes garanterer ikke at tjenesten vil være fri for tap, korrupsjon, angrep, virus, forstyrrelser, hacking eller andre sikkerhetsinntrengninger, og iTunes fraskriver seg ethvert ansvar i forbindelse med dette.

Andre eksempler på ansvarsfraskrivelser finnes i punktene 12, 18b og d og 19.

Det siterte vilkåret innebærer at forbrukerne avskjæres fra å gjøre gjeldende erstatningskrav dersom programvare fra iTunes skaper sikkerhetshull som kan utnyttes av datavirus. Dette er en meget praktisk problemstilling som kan illustreres gjennom å vise til problematikken rundt Sony BMGs nyeste DRM, XCP. Denne DRM'en etterlater et sikkerhetshull som gir virus tilgang til meget sensitive deler av PC'en. Sikkerhetshullet har forårsaket økonomiske tap for en rekke, hovedsaklig amerikanske, forbrukere.

En slik begrensning i iTunes erstatningsansvar strider mot alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og er etter Forbrukerrådets oppfatning et urimelig avtalevilkår.

e. Geografisk diskriminering

iTunes begrenser konkurransen ved å dele opp det europeiske markedet gjennom tekniske krav og standardvilkår.

I punkt 10 i vilkårene står det at:

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.

Videre står det i salgsvilkårene at "vi kan ikke godta kredittkort eller betalingskort som er utstedt av banker utenfor Norge". iTunes norske sider avviser utenlandske kredittkort. Tilsvarende gjelder for norske forbrukere på utenlandske iTunes-sider. Dette muliggjør

⁹ Se lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002

geografisk prisdiskriminering. Prisene er derfor forskjellige på de forskjellige nettstedene til iTunes.

Vilkårene innebærer:

- at utenlandske forbrukere ikke kan benytte iTunes.no,
- norske forbrukere ikke kan bruke kredittkort fra utenlandske korttilbydere ved kjøp på iTunes.no,
- og at norske forbrukere ikke kan benytte tjenesten når de er i utlandet.¹⁰

Etter Forbrukerrådets oppfatning er det et urimelig avtalevilkår å diskriminere forbrukere på bakgrunn av nasjonalitet. iTunes avtalevilkår og tekniske krav strider mot prinsippet om fri flyt av tjenester. Det er et generelt prinsipp i EØS-retten at verken nærringingsdrivende eller myndigheter skal kunne hindre konkurransen i EØS-området gjennom å bygge opp handelshindringer mellom EØS-landene.

I denne sammenheng kan det nevnes at EU-kommisjonen vurderer nå på bakgrunn av en klage fra Which?, en engelsk forbrukerorganisasjon, om nasjonalitetsvilkåret er i strid med Roma-traktatens konkurranseregler.¹¹ Tilsvarende forbud gjelder i den norske konkurranseloven.¹²

Forbrukerrådet ønsker også å bemerke at denne typen diskriminering under enhver omstendighet ikke kan opprettholdes når det nye tjenstedirektivet¹³ blir vedtatt. I direktivforslagets artikkel 21 pålegges medlemsstatene å sikre at tjenesteytere ikke diskriminerer forbrukere på bakgrunn av nasjonalitet.

f. Ubalanserte vilkår

Av markedsføringslovens § 9a (2) følger det at "[v]ed rimelighetsvurderingen skal det legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter". Etter Forbrukerrådets oppfatning bærer vilkårene i sin helhet preg av at de er ensidig utformet. Forbrukeren gis få eller ingen rettigheter, mens selger, iTunes, forbeholder seg en rekke, til dels urimelige rettigheter.

3. Opplysningsplikt

Forbrukerrådet ønsker også å bemerke at iTunes ikke tilfredsstillter opplysningsplikten ved fjernsalg i angrerettloven § 9.¹⁴ Informasjonen som gis i forbindelse ved inngåelse av avtale "skriftlig på et varig medium" følger vedlagt.

Det synes også tvilsomt om iTunes tilfredsstillter opplysningsplikten etter ehandelsloven §§ 8 og 11.

¹⁰ iTunes-butikker i andre land har tilsvarende reguleringer. Dette gjør at norske forbrukere er avskåret fra å kjøpe billigere musikk fra iTunes i andre land.

¹¹ Se Roma-traktaten art. 81 og 82

¹² Se lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 3. mai nr. 5 §§ 10 og 11

¹³ Se http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0002en03.pdf

¹⁴ Lov om opplysningsplikt og angrerett m.v. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgsted av 21. desember 2000 nr. 105

4. Andre tilbydere av musikknedlastning

Avslutningsvis ønsker vi å gjøre ombudet oppmerksom på at de øvrige tilbyderne av nedlastningstjenester har tilsvarende avtalevilkår. Forbrukerrådet ber derfor også om at disse gjennomgås. Se eksempelvis:

- MSN: <http://sib1.od2.com/common/help/TermsAndConditions.aspx>
- CDON.COM: <http://www.cdon.com/main.phtml?nav=10954&navroot=904&page=delivery>
- Musiconline: <http://www.musiconline.no/shop/default.asp>
- Pefueled: <http://prefueled.com/terms>

Med hilsen

for Forbrukerrådet

Erik Lund-Isaksen
Direktør

Gro-Ellen Linnås
Underdirektør

Gjenpart: iTunes SARL, 8 rue Heinrich Heine, L-1720 Luxembourg
Vedlegg: (1) E-post som mottas fra iTunes ved nedlasting av iTunes Music Store
(2) E-post som mottas fra iTunes ved kjøp av musikk

UTGIVER AV:

