



UIT

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Digitale plattformers erstatningsansvar ved mislighold av delingsavtaler

Ansvarsgrunnlag i delingsøkonomikontrakter

—

Kristian Støback Wilhelmsen

Stor masteroppgave i rettsvitenskap vår 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.1.1	Delingsøkonomiens aktualitet.....	1
1.1.2	Hva er delingsøkonomi?.....	2
1.1.3	Typetilfeller.....	4
1.1.4	Problemstilling.....	4
1.2	Avgrensninger.....	5
1.3	Metode.....	6
1.4	Oversikt.....	7
2	Rettslige utgangspunkter for plattformens erstatningsplikt.....	8
2.1	Innledning.....	8
2.2	Delingsavtalen.....	8
2.3	Registreringsavtalene.....	9
2.3.1	Generelt.....	9
2.3.2	Airbnb.....	9
2.3.3	Nabobil.....	12
2.3.4	Uber.....	13
2.3.5	Oppsummering.....	14
2.4	Lovregler.....	15
2.4.1	Forbrukerkjøpsloven.....	15
2.4.2	Kjøpsloven.....	15
2.4.3	Agenturloven.....	17
2.4.4	Ehandelsloven.....	18
2.5	Ulovfestede regler.....	18
2.6	Forholdet til EU/EØS-retten.....	19
3	Vurderingen av om plattformens selv er part i delingsavtalen.....	23

3.1	Hvem svarer for mislighold av delingsavtalen?	23
3.2	Opptrer plattformen i eget eller fremmed navn?	24
3.3	Ulike metoder for å markere plattformens rolle	29
3.3.1	Markering gjennom plattformens standardvilkår	29
3.3.2	Markering gjennom organiseringen av nettsider og applikasjon	34
3.4	Oppsummering	36
4	Plattformens mislighold som ansvarsgrunnlag for erstatning	37
5	Avtalte vilkår i registreringsavtalen	39
5.1	Innledning	39
5.2	Airbnb	39
5.3	Nabobil	41
5.4	Uber	42
5.5	Mangler ved plattformens egne tillitsmekanismer og brukertaler	43
5.6	Hvilken skyldgrad er avtalt i registreringsavtalene?	45
5.7	Oppsummering	47
6	Utfylling av registreringsavtaler med grunnlag i lovregler og praksis om mellommanns erstatningsansvar	48
6.1	Innledning	48
6.2	Regler om objektivt solidaransvar med tilbyders kontraktsforpliktelser	49
6.3	Regler om uaktsomhet med omvendt bevisbyrde	52
6.4	Regler om uaktsomhet	54
6.5	Den objektive siden av aktsomhetsnormen i mellommannsforhold	58
6.6	Oppsummering	62
7	Utfylling med den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold	63
7.1	Generelt om lojalitetsplikten	63
7.2	Lojalitetsplikten som utfyllende regel i registreringsavtalen	65
7.3	Adferdens tilknytning til registreringsavtalen	66

7.4	Lojalitetspliktens objektive krav til plattformens adferd.....	67
7.5	Det subjektive skyldkravet til plattformens opplysningsplikt	73
7.6	Forholdet mellom culpanormen og lojalitetsplikten.....	78
7.7	Oppsummering	79
8	Forholdet til plattformens ansvarsfraskrivelser.....	80
8.1	Innledning.....	80
8.2	Generelt om adgangen til ansvarsfraskrivelser.....	81
8.3	Ansvarsfraskrivelser må være vedtatt.....	82
8.4	Innskrenkende fortolkning av ansvarsfraskrivelser	83
8.5	Ansvarsfraskrivelsens gyldighet etter avtaleloven § 36	86
8.6	Grensene for digitale plattformers ansvarsfraskrivelser	88
9	Oppsummering og avslutning	92
	Kildeliste	94

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

1.1.1 Delingsøkonomiens aktualitet

Tema for avhandlingen er det kontraktsrettslige erstatningsansvaret ved mislighold av delingsavtaler.

Bakgrunnen for valg av tema er at delingsøkonomi er et nytt fenomen, med avtalestrukturer som har skapt usikkerhet og debatt om rekkevidden av digitale plattformers ansvar dersom delingsavtaler ikke gjennomføres som forutsatt. Delingsøkonomi er allerede en betydelig del av norsk og internasjonal økonomi. En rapport fra 2016 utarbeidet av Vista Analyse¹ anslår at delingsøkonomien omsatte for kr. 500 mill. i 2015, bare i Norge. Omsetningen er ifølge rapporten ventet å øke til kr. 42 mrd. i 2025.

Inngåelse av delingsavtaler forutsetter at både forbruker og tilbyder har opprettet brukerprofil hos plattformen. Forutsatt at den digitale plattformen er mellommann, bygger konstruksjonen på tre avtaleforhold. For det første inngår forbrukeren og plattformen avtale ved registrering. For det andre inngår tilbyderen og plattformen avtale ved registrering, og for det tredje inngår tilbyderen og forbrukeren avtale om den aktuelle tjeneste, delingsavtalen. Det er erstatning for mislighold av delingsavtalen som er tema i avhandlingen.

Dersom plattformen er mellommann er den ikke part i delingsavtalen, men kun i avtalene om registrering av brukerprofil som plattformen inngår både med forbruker og tilbyder. Som det vil fremgå, er noen av de mest brukte plattformene i Norge mellommenn uten fullmakt.

Hovedproblemstillingen er om digitale plattformer likevel kan være erstatningsansvarlig på kontraktsrettslig grunnlag, ved mislighold av delingsavtaler. Selv om det er nødvendig og hensiktsmessig å sondere mellom registreringsavtalene og delingsavtalen, kan avtaleforholdene måtte ses i sammenheng.

Normalt vil den digitale plattformen kreve at både forbruker og tilbyder aksepterer én eller flere standardavtaler ved registrering. Disse er utarbeidet av plattformene selv. Det er til dels

¹ Se Vista Analyses internettsider (vista-analyse.no) <https://vista-analyse.no/site/assets/files/6313/va-rapport-2016-45-delingsokonomiens-betydning-for-norsk-okonomi-i-dag-og-i-fremtiden.pdf> (april 2018) s.4.

store forskjeller mellom plattformenes standardavtaler, men disse danner likevel et naturlig utgangspunkt for vurderinger av plattformenes kontraktsrettslige ansvar.

Av praktiske hensyn tar avhandlingen utgangspunkt i Airbnb, Nabobil og Uber for å knytte problemstillingen til konkrete digitale plattformer. Dette er en nødvendig avgrensning for ikke å sprengre avhandlingens rammer. Begrunnelsen for valget av disse plattformene er tredelt. For det første er de tatt i bruk i relativt stor utstrekning i Norge. For det andre opererer plattformene i tre forskjellige delingsøkonomimarkeder, henholdsvis overnatting, bilutleie og transport. Plattformene utfordrer således hotellnæringen, bilutleiefirmaer og drosjenæringen, som på sin side krever strengere reguleringer av plattformene. Til sist vil de tre plattformene tjene som eksempler på forskjeller i hvordan plattformene organiserer tjenestene sine på.

Gjennom nettstedene og applikasjonene til Uber og Airbnb tilbys forskjellige typer tjenester. På Airbnbs plattform finnes for eksempel både tilbud om overnatting og deltakelse på diverse arrangementer. Uber i Norge er i realiteten tre forskjellige tjenester. Tjenestene UberXXL og Uber Black tilbys i Oslo, og krever limousinløyve. Etter tre år med aktivitet besluttet Uber 30. oktober 2017 midlertidig å fjerne tjenesten UberPOP, i påvente av et tydeligere lovverk for denne type tjeneste.

Når Airbnb og Uber omtales i avhandlingen, skal dette forstås henholdsvis som privat Airbnb-overnatting og UberPOP. Selv om UberPOP ikke tilbys i Norge i dag, har Uber varslet at tjeneste vil bli relansert så snart nye regler er vedtatt. Dersom det regjeringsoppnevnte Delingsøkonomiutvalgets anbefalinger vedtas, vil det innebære et slikt regelverk som Uber etterlyser.²

På denne bakgrunn er formålet at avhandlingen skal kunne fungere som bidrag til en del av den større debatten om delingsøkonomiens plass i samfunnet, gjennom å fremstille gjeldende rett for digitale plattformers erstatningsansvar ved mislighold av delingsavtaler.

1.1.2 Hva er delingsøkonomi?

Avhandlingen vil i hovedsak omtale tre plattformer som opererer innenfor delingsøkonomien. Målet er imidlertid at avhandlingens rettslige vurderinger skal ha relevans for delingsøkonomien generelt. Plattformene er ment å tjene som utgangspunkter, slik at de

² NOU 2017:4 Delingsøkonomien – muligheter og utfordringer s. 22.

rettslige vurderingene kan forankres mest mulig i konkrete faktiske omstendigheter. Dette gjøres ved å knytte vurderingene opp mot plattformers praktiske løsninger, standardvilkår, grad av involvering i avtalene mv., men må nødvendigvis begrenses til et utvalg av plattformer.

For at de rettslige vurderingene i avhandlingen skal kunne være relevant utenfor avhandlingens rammer, er det nødvendig å nærmere avgrense betegnelsen «delingsøkonomi». Betegnelsen er i seg selv gjenstand for betydelig debatt. Kritikken av betegnelsen knytter seg blant annet til at det som i dagligtalen omfattes av betegnelsen i stor grad er profittbaserte forretningsmodeller.³

Delingsøkonomiutvalget har valgt å bruke «delingsøkonomi» som betegnelse på *den nye økonomien*.⁴ Utvalget viser til at begrepet er innarbeidet og at økt utnyttelse av en ressurs, som uten en digital plattform ville vært utnyttet i mindre grad, er «deling» selv om det også innebærer en pengetransaksjon. Utvalget definerer delingsøkonomi slik:

«Med delingsøkonomi mener utvalget økonomisk aktivitet som formidles gjennom digitale plattformer som legger til rette for ytelse eller utveksling av tjenester og kompetanse, eiendeler og eiendom, ressurser eller kapital, uten å overføre eierrettigheter og i hovedsak mellom privatpersoner.»⁵

Det finnes en rekke andre definisjoner av delingsøkonomi, og flere har likhetstrekk med Delingsøkonomiutvalgets definisjon. Definisjonen fanger opp de mest sentrale kjennetegn med delingsøkonomien, nemlig (1) de digitale plattformene som (2) skaper et marked for økt utnyttelse av ressurser og dermed (3) utydeliggjør skillet mellom kommersielle aktører og privatpersoner. Disse kjennetegnene gir, sammen og hver for seg, regulatoriske utfordringer, blant annet knyttet til spørsmål om skatt, arbeidsliv, konkurranse og forbrukervern.

Fenomenet med digitale plattformer som knytter tilbydere og forbrukere sammen for deling av ytelser vil omtales som delingsøkonomi i avhandlingen, særlig på grunn av betegnelsens utbredelse.

³ NOU 2017:4 Delingsøkonomien – muligheter og utfordringer s.29.

⁴ NOU 2017:4 Delingsøkonomien – muligheter og utfordringer s.29.

⁵ NOU 2017:4 Delingsøkonomien – muligheter og utfordringer s.31.

Delingsøkonomiutvalget definisjon legges også til grunn for avhandlingen. At definisjonen stammer fra et regjeringsoppnevnt utvalg, har verdi i seg selv. Dessuten er definisjonen egnet til å holde digitale plattformer som enten lager eget innhold eller legger til rette for overføring av eierrettigheter utenfor. Avhandlingens tema er avgrenset til kommersielle delingsavtaler mellom privatpersoner. Det innebærer at de rent ideelle delingsplattformene og avtaler der enten forbruker eller tilbyder er næringsdrivende, holdes utenfor. Det er til dels store forskjeller mellom digitale plattformer innenfor den definisjonen som er angitt av Delingsøkonomiutvalget. Det er derfor mulig å definere flere forskjellige typer av delingsøkonomi. Fordelen med å legge én definisjon til grunn som er felles for de forskjellige typene av delingsøkonomi, er at det gir mulighet til å fremstille forskjellene og vurdere hvordan forskjellene kan ha innvirkning på de rettslige vurderingene.

1.1.3 Typetilfeller

Det kan tenkes en rekke situasjoner hvor forbrukeren har behov for å rette erstatningskrav for mislighold av delingsavtalen mot den digitale plattformen. Misligholdssituasjonen kan oppstå ved at Airbnb-gjesten for eksempel ikke får tilgang til leiligheten til avtalt tid, ved at bilen som leietakeren har bestilt gjennom Nabobil ikke har nødvendige egenskaper i tråd med avtalen eller ved at Uber-sjåføren kommer for sent eller ikke i det hele tatt. Dersom tilbyderen mangler likviditet eller forbrukeren av andre grunner ikke får dekket sitt krav mot tilbyderen, oppstår forbrukerens behov for å kunne rette sitt erstatningskrav mot den digitale plattformen.

Dessuten kan det oppstå tilfeller hvor forbrukeren har inngått delingsavtale med en tilbyder, som enten ikke er å oppdrive, eller ikke eksisterer i det hele tatt. Dette vil særlig være aktuelt dersom det legges ut falske annonser. Dersom forbrukeren ikke kan gjøre gjeldende erstatningskrav mot plattformen, innebærer det at forbrukeren kan måtte bære risikoen alene.

1.1.4 Problemstilling

For å kunne bli erstatningsansvarlig etter kontrakt kreves i utgangspunktet mislighold. Det er som hovedregel bare partene i en avtale som kan holdes ansvarlig for mislighold av den aktuelle avtalen, og ettersom digitale plattformer normalt ikke kan anses som part i delingsavtalene, er erstatningsansvar for plattformen i utgangspunktet utelukket ved mislighold av delingsavtaler. Likevel er ordningen, blant annet etter lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (fkjl.) § 1 fjerde ledd, at mellommann som opptrer i næring, i avtaler mellom private, blir solidarisk ansvarlig med selgers forpliktelser ved selgers mislighold. Dessuten er plattformene i et avtaleforhold både med forbruker og tilbyder, i tillegg til å være

mellommann i delingsavtalen. Registreringsavtalene kan tenkes å innebære forpliktelser for plattformen.

Hovedproblemstillingen, hvorvidt den digitale plattformen er erstatningsansvarlig for mislighold av delingsavtaler mellom privatpersoner, er derfor delvis et spørsmål om plattformens mislighold av egne plikter og delvis et spørsmål om plattformen kan være solidarisk ansvarlig for erstatning som følge av tilbyders mislighold.

Behandlingen av problemstillingen tar gjennomgående utgangspunkt i forholdet mellom plattform og forbruker, av hensyn til avhandlingens omfang. Plattformens erstatningsansvar overfor tilbyder omtales kort avslutningsvis.

1.2 Avgrensninger

Det ligger som forutsetning i problemstillingen at delingsavtalen er misligholdt. Det innebærer at spørsmål om hvorvidt tilbyders ytelser eller forsinket eller mangelfull ikke behandles i avhandlingen. Avhandlingens tema er positivt avgrenset til ansvarsgrunnlag for erstatning. De øvrige vilkår for erstatning behandles ikke.

Problemstillingen tar videre utgangspunkt i et partsforhold hvor forbruker og tilbyder er privatpersoner og den digitale plattformen er den eneste profesjonelle aktør i delingsøkonomitrekanten. Selv om digitale plattformer kan ha brukere som er næringsdrivende, er det den profesjonelle aktørs tilrettelegging for flere avtaleinngåelser mellom privatpersoner som først og fremst er motivet bak avhandlingens tema. Av samme grunn faller også digitale plattformer som legger til rette for deling uten vederlag utenfor avhandlingens problemstilling.

Ettersom problemstillingen forutsetter mislighold og plattformen er i et kontraktsforhold med forbruker, står plattformens kontraktsansvar sentralt. Problemstillingen forutsetter imidlertid kun tilbyders mislighold, og ikke nødvendigvis mislighold fra plattformens side. Selv om avhandlingen i utgangspunktet ikke skal vurdere plattformens deliktansvar overfor forbruker, er det naturlig å ta opp spørsmål som grenser til deliktansvar.

Avhandlingen behandler materielle spørsmål om erstatningsansvar for digitale plattformer i norsk rett. Spørsmål om lovvalg og jurisdiksjon faller således utenfor rammene for avhandlingen.

1.3 Metode

Formålet med oppgaven er å gi en fremstilling av digitale plattformers kontraktsrettslige erstatningsansvar de lege lata. Rettsanvendelsen ved drøftelsen av rettslige spørsmål i oppgaven legger til grunn *alminnelig* rettskildelære.⁶ Dette innebærer at rettskildene i utgangspunktet tolkes og anvendes på samme måte som i Høyesterett, ettersom dette er øverste domsmyndighet i vårt rettssystem.

Kontraktene som inngås i delingsøkonomien er en helt sentral rettskilde i avhandlingen. Først og fremst er registreringsavtalene viktige, fordi de regulerer rettsstillingen mellom plattform og forbruker. Dessuten er delingsøkonomi et relativt nytt fenomen. Som det vil fremgå, finnes det ikke lovfestede regler som er direkte rettet mot avtalekonstruksjonen i delingsøkonomien. Temaet har foreløpig ikke vært gjenstand for særlig mye diskusjon i juridisk litteratur.

På grunn av at delingsavtalene er en forholdsvis ny konstruksjon, og at det er få rettskilder som behandler rettsspørsmålene de kan gi opphav til, blir en del av hovedutfordringen i denne avhandlingen å danne rettsgrunnlag for å besvare den rettslige problemstillingen. Den første metodiske utfordringen er således å finne rettskilder som kan være relevante i vurderinger av digitale plattformers erstatningsansvar. Ofte vil slike rettskilder gjelde andre tilfeller enn delingsavtaler, og de ulike rettskildefaktorene som trekkes inn i avhandlingen vil derfor ikke alltid være direkte anvendelige. Den andre metodiske utfordringen blir derfor å vurdere hvorvidt slutninger fra disse rettskildene kan anvendes overfor digitale plattformer, enten ved analogi eller som utslag av alminnelige prinsipper.

Alle faser i rettsanvendelsesprosessen nødvendiggjør bruk av samfunnsmessige hensyn. Dette kan være hensyn med sterk forankring i lov, for eksempel forbrukerhensyn, eller med forankring i Høyesterettspraksis, for eksempel hensynet til at rettsregler skal gi resultater som er hensiktsmessige og gode. Mangelen på autoritative rettskilder på området gjør at slike hensyn får en mer sentral rolle, særlig i relevans og slutningsfasen.

Dessuten vil også andre hensyn, med svakere forankring i autoritative kilder, være mer fremtredende enn det normalt er rom for i Høyesteretts metode. Avhandlingen er rettsdogmatisk. Det innebærer et noe annet perspektiv enn det som er naturlig for dommeren

⁶ Jf. Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004.

som skal løse bestemte rettslige spørsmål.⁷ Særlig viktig i denne avhandlingen er rettsforskerens behov for å ivareta hensynet til fornuftig sammenheng mellom regler på avtale- og kontraktsrettens område.⁸ Avhandlingens sammenligning av regler, struktur og systematikk bærer preg av at systemtanken kan fungere som normativt utgangspunkt for fastleggingen av gjeldende rett, i mangelen på autoritative kilder med direkte relevans for rettsspørsmål som kan oppstå som følge av aktivitet i delingsøkonomien.

Dersom Høyesterett skulle truffet en avgjørelse om digitale plattformers erstatningsansvar med utgangspunkt i de rettskilder som er tilgjengelig i dag, ville retten vært tvunget til å påta seg en politisk funksjon, i form av argumenter som bygger på samfunnsmessige hensyn. Avhandlingens bruk av argumenter som grenser mot det rettspolitiske må leses i lys av dette, innenfor rammen av rettsdogmatikken som rettsvitenskapelig disiplin.

1.4 Oversikt

I avhandlingens kapittel 2 presenteres de rettslige utgangspunkter for den videre fremstilling. I kapittel 3 behandles den digitale plattformens rolle i delingsavtaler, og spørsmålet om hva som skal til for at plattformen selv ikke må anses som part i disse. Kapittel 4 presenterer plattformens kontraktsbrudd som utgangspunkt for vurderinger av erstatningsansvar. I kapittel 5 behandles innholdet i registreringsavtalene mellom forbruker og plattform. Kapittel 6 og 7 gjelder utfylling av registreringsavtalene med ulovfestede erstatningsregler, på grunnlag av henholdsvis alminnelige erstatningsregler og den ulovfestede lojalitetsplikten. I kapittel 8 behandles forholdet mellom reglene om plattformers erstatningsansvar og plattformens ansvarsfraskrivelser. Avslutningsvis omtales plattformens forhold til tilbyder kort, i kapittel 9.

⁷ Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens venner*, 2004 s. 329-342, Bjarte Askeland, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, 2013 s. 15-25 og Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 s. 149-178.

⁸ Se Bjarte Askeland, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, 2013 s. 15-25 (s. 24 flg.).

2 Rettslige utgangspunkter for plattformens erstatningsplikt

2.1 Innledning

I dette kapitlet gjennomgås rettskilder som kan tenkes å danne grunnlag for plattformens erstatningsansvar. Siktemålet er å avdekke hvorvidt erstatningsansvaret er regulert i de avtaler forbrukere inngår som deltaker i delingsøkonomien, hvilke lovregler som kan være relevante og hvilken rolle ulovfestede regler kan tenkes å spille i vurderingene. Til slutt vurderes problemstillingens forhold til EU/EØS-retten.

2.2 Delingsavtalen

Det er ikke vanlig at selve delingsavtalen regulerer misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd. Før inngåelse av delingsavtale via Airbnb bestemmer tilbyder pris, hvilke rom i boligen som er til disposisjon for forbruker og informerer om husregler og tekniske detaljer ved utleieobjektet. Avtale inngås ved at forbruker velger en tidsperiode for leie, og aksepterer pris og husreglene.

Inngåelse av delingsavtale via Nabobil foregår på noenlunde samme måte som på Airbnb. Tilbyder legger ut bilannonsen med pristilbud og nødvendig informasjon. Forbruker velger tidsperiode og aksepterer pristilbudet. Både hos Airbnb og Nabobil settes tilbyder og forbruker i kontakt gjennom en chattefunksjon, hvor man f.eks. kan avtale tid og sted for overlevering av henholdsvis husnøkkel og bil.

Uber er noe annerledes. Forbrukeren kan via appen se hvilke tilbydere som er aktive i nærheten, gjennom GPS-funksjonen til Uber. Ved å legge inn start- og stoppested anslår Uber pris på tjenesten, og avtale inngås ved at forbrukeren bestiller en bil.

Ettersom den digitale plattformen i utgangspunktet er mellommann i delingsavtalen, har ikke partene kompetanse til å binde plattformen. Derfor er det unaturlig at plattformens forpliktelser reguleres i delingsavtalen. For alle praktiske formål vil delingsavtalen alene sjelden eller aldri kunne fungere som rettsgrunnlag for plattformenes plikter.

2.3 Registreringsavtalene

2.3.1 Generelt

For å kunne inngå delingsavtaler må både tilbyder og forbruker, hver for seg, registrere brukerkonto hos plattformen. Avtalene inngås ved registrering, og forutsetter at den som ønsker å opprette brukerkonto imøtekommer kravene som plattformene stiller til sine brukere. Dette kan innebære at brukerne må sende inn identifikasjonsbevis, for eksempel bilde av sertifikat eller lignende. Plattformen kan stille forskjellige krav til tilbyder og forbruker. En tilbyder hos Uber må gjennom en relativt omfattende prosess for å bli godkjent som sjåfør, mens forbrukeren kan registrere bruker på få minutter ved å sende inn personopplysninger og betalingsinformasjon.

Registreringsavtalene regulerer forholdet mellom plattform og tilbyder og mellom plattform og forbruker. Felles for de fleste plattformer er krav om at brukere må akseptere plattformens egne standardvilkår, før registrering fullføres. Plattformene kan ha forskjellige løsninger for utforming av standardavtalene. Eksempelvis kan enkelte plattformer ha avtalevilkårene samlet i ett avtaledokument, mens andre har mer fragmenterte løsninger hvor flere avtaledokumenter knyttes sammen ved henvisninger.

Airbnb krever aksept av «Terms of Service» som overordnet avtaledokument, med henvisninger til øvrige dokumenter med utdypende eller særlige vilkår. Nabobil har delt standardvilkårene i forskjellige avtaledokumenter, hvor «Bruksvilkår» gjelder både for tilbyder og forbruker, «Vilkår for Utleiere» gjelder for tilbyder og «Vilkår for Leietakere» gjelder for forbruker. Forbrukere må godta Ubers «Avtalevilkår» for å kunne registrere seg som Uber-passasjer. Dersom slike standardavtaler i det hele tatt inneholder vilkår om erstatningsansvar, består de ofte av ansvarsfraskrivelser.

2.3.2 Airbnb

Airbnbs vilkår om «liability» (ansvar)⁹ er todelt. Første ledd regulerer Airbnbs ansvar utenfor EU, mens annet ledd gjelder brukere som er bosatt i EU. Selv om Norge ikke er medlemsstat i EU, er det grunn til å anta at annet ledd er ment å gjelde brukere bosatt i EU og EFTA. Begrunnelsen er først og fremst at regulering av kontrakter og standardavtaler omfattes av det

⁹ Airbnb Terms of Service pkt. 17.

indre markedet og EØS-avtalen. Det samme følger for øvrig av avtalens system, og særlig vilkåret i pkt. 22.8 som henviser EU-bosatte til EU-kommisjonens nettbaserte klageportal for uavhengig tvisteløsning ved kjøp av varer eller tjenester på internett. Tilbudet er tilgjengelig for både EU- og EFTA-bosatte, selv om EFTA ikke er nevnt i vilkårene.

«If you reside in the EU, Airbnb is liable under statutory provisions for intent and gross negligence by us, our legal representatives, directors, or other vicarious agents. The same applies to the assumption of guarantees or any other strict liability, or in case of a culpable injury to life, limb, or health. Airbnb is liable for any negligent breaches of essential contractual obligations by us, our legal representatives, directors, or other vicarious agents. Essential contractual obligations are such duties of Airbnb in whose proper fulfilment you regularly trust and must trust for the proper execution of the contract but the amount shall be limited to the typically occurring foreseeable damage. Any additional liability of Airbnb is excluded.»¹⁰

Bestemmelsen holder Airbnb ansvarlig i tråd med lovregler om forsettlig og grovt uaktsomt mislighold, objektivt ansvar og uaktsom skade på noens person. Ved kontraktsbrudd er Airbnb ansvarlig for ethvert brudd på vesentlige kontraktsforpliktelser, dersom kontraktsbruddet begås av Airbnb eller de nevnte som identifiseres med Airbnb. I alle tilfeller hvor det kreves skyld, er det Airbnb selv eller de nevnte personer som kan identifiseres med Airbnb, som må ha utvist skyld.

Kontraktsansvaret etter vilkårene er begrenset av at misligholdet må være begått av de nevnte personer, som ikke inkluderer tilbyder. Dessuten må det være tale om brudd på «Essential contractual obligations». Dette er definert som forpliktelser som tilfaller Airbnb, og som brukeren er avhengig av at oppfylles for at kontrakten skal gjennomføres på riktig måte. Summen er også begrenset oppad til å dekke typisk skade, som er en påregnelig effekt av misligholdet. Skyldkravet er uaktsomhet ("negligence").

«Contract» er i standardvilkårene både brukt om standardvilkårene og om delingsavtalen. Terms of Service pkt. 1.2 bestemmer at delingsavtalen er en kontrakt mellom tilbyder og forbruker, som Airbnb ikke er part i, og at Airbnb ikke kommer i et kontraktsforhold til brukerne ved inngåelse av delingsavtale. Kontraktsforpliktelsene i pkt. 17.2 må derfor forstås

¹⁰ Airbnb Terms of Service pkt. 17.2.

som forpliktelser som følger av registreringsavtalen. Annet ansvar for Airbnb er etter vilkåret utelukket. Airbnbs Terms of Service kan tjene som rettsgrunnlag for plattformens erstatningsansvar ved Airbnbs eget, eller deres representanters, brudd på de forpliktelser som er avtalt i registreringsavtalen, med de begrensninger som fremgår i pkt. 17.2. Ansvaret er derfor svært begrenset.

Dersom delingsavtalen ikke gjennomføres som forutsatt har Airbnb retningslinjer for refusjon av forbrukeres betaling.¹¹ Refusjonsordningen er ment å gjøre opp for nærmere bestemte mangler eller forsinkelser, deriblant kansellering på kort varsel, forsinket eller ingen overlevering av inngangsnøkkel- eller kode, renhold, mangler ved rom eller øvrige forhold definert som «travel issue».¹²

Refusjonsordningen innebærer to alternative forpliktelser for Airbnb dersom forbrukeren opplever «travel issue»:

«If you are a Guest and suffer a Travel Issue, we agree, at our discretion, to either (i) reimburse you up to the amount paid by you through the Airbnb Platform (“Total Fees”) depending on the nature of the Travel Issue suffered, or (ii) use our reasonable efforts to find and book you another Accommodation for any unused nights left in your booking which is reasonably comparable to the Accommodation described in your original booking in terms of size, rooms, features and quality. All determinations of Airbnb with respect to the Guest Refund Policy, including without limitation the size of any refund and the comparability of alternate Accommodations, shall be in Airbnb’s discretion, and final and binding on the Guests and Hosts.»

Ordningen innebærer at Airbnb enten betaler tilbake summen forbrukeren har betalt for overnattingen, eller bistår med å finne annen Airbnb-overnatting for forbrukeren. Uavhengig av hvilken av løsningene som benyttes, innebærer ordningen naturligvis at tilbyderen enten fratras eller ikke mottar betaling. Det er ikke Airbnb som bærer det økonomiske ansvaret, og bestemmelsen er således ikke egnet som grunnlag for erstatningsansvar. Ordningen er likevel interessant i tilknytning til erstatningsspørsmålet, fordi den kan bidra til at forbrukeren får dekket det økonomiske tapet, i alle fall delvis.

¹¹ Airbnb Guest Refund Policy.

¹² Airbnb Guest Refund Policy pkt. 1.

Det er særlig to forhold som gjør at det er nødvendig å vurdere plattformens erstatningsansvar ved siden av refusjonsordningen. For det første kan tilbyderens mislighold falle utenfor det som er dekket av ordningen, dersom misligholdet ikke er definert som «travel issue».

Dessuten innebærer bestemmelsen en forholdvis vag forpliktelse for Airbnb, ettersom både valg av refusjonsalternativ og størrelsen på tilbakebetalingen eller vurderingen av alternativ Airbnb-overnatting, er avhengig av Airbnbs eget skjønn («at our discretion» og «in Airbnb's discretion»).

2.3.3 Nabobil

Gjennom standardavtalene fraskriver Nabobil seg alt ansvar for oppfyllelse av delingsavtaler som inngås på plattformen. Under overskriften «Begrensning av ansvar» heter det blant annet:

«Tjenestetilbyder og dens samarbeidspartnere kan ikke under noen omstendighet holdes ansvarlig for skader på ting, tap av data, tapt fortjeneste eller noe annet tap eller kostnad som kan oppstå i forbindelse med bruk av tjenesten, eller som følge av manglende leveranse av tjenesten.»¹³

Både «Vilkår for utleiery» og «Vilkår for leietakere» har et punkt med overskriften «Ansvarsfraskrivelse»:

«Nabobil.no er en tjeneste som hjelper bileiere og leietakere med å komme i kontakt på en enkel og effektiv måte. Nabobil tilbyr en plattform for avtaleinngåelse mellom utleier og leietaker, samt håndtering av leiebetaling og etablering av Utleieforsikringen som nærmere beskrevet i disse vilkårene for utleiere. Nabobil skal ikke under noen omstendighet anses part i noen avtale om utleie av bil.

Nabobil frasier seg uttrykkelig ethvert ansvar for leieavtalens oppfyllelse, dette inkluderer, men er ikke begrenset til, tap som følge av at bilen ikke returneres på avtalt sted eller tidspunkt, samt leietakers øvrige handlinger eller passivitet.»¹⁴

Tilsvarende bestemmelse i «Vilkår for leietakere» er identisk, med unntak av at første ledd viser til «disse vilkårene for leietakere», samt annet ledd, der ansvarsfraskrivelsen ikke er

¹³ Nabobils bruksvilkår.

¹⁴ Nabobils vilkår for utleiere pkt. 8.

begrenset til «tap som følge av at bilen ikke er tilgjengelig på avtalt sted eller tidspunkt, feil eller mangler ved en bil, samt utleier øvrige handlinger eller passivitet.»¹⁵

Standardavtalene som inngås ved registrering kan ikke alene fungere som grunnlag for å pålegge plattformen erstatningsplikt ved mislighold av delingsavtalen.

2.3.4 Uber

På samme måte som Airbnb og Nabobil anser Uber seg for å stå utenfor delingsavtalene som inngås og derfor også uten ansvar for tjenestene som leveres gjennom plattformen:

«ANSVARFRASKRIVELSE.

TJENESTENE LEVERES «SOM DE ER» OG «SOM TILGJENGELIGE.» UBER FRASKRIVER SEG ALLE FORSIKRINGER OG GARANTIER, UTTRYKKELIG, UNDERFORSTÅTT ELLER LOVBESTEMT, SOM IKKE UTTRYKKELIG ER ANGITT I DISSE VILKÅR, INKLUDERT UNDERFORSTÅTTE GARANTIER OM SALGBARHET, EGNETHET FOR ET BESTEMT FORMÅL OG FRAVÆR AV RETTIGHETSKRENKELSE. I TILLEGG AVGIR UBER INGEN FORSIKRINGER ELLER GARANTIER ANGÅENDE PÅLITLIGHET [sic], AKTUALITET, KVALITET, EGNETHET ELLER TILGJENGELIGHET FOR TJENESTENE ELLER NOEN TJENESTER ELLER VARER SOM BLIR BEDT OM GJENNOM BRUK AV TJENESTENE, ELLER OM AT TJENESTENE VIL VÆRE FRI FOR AVBRUDD ELLER FEILFRIE. UBER GARANTERER IKKE KVALITETEN, EGNETHETEN, SIKKERHETEN ELLER DYKTIGHETEN TIL TREDJEPARTSLEVERANDØRER. DU GODTAR AT HELE RISIKOEN SOM OPPSTÅR PÅ GRUNNLAG AV DIN BRUK AV TJENESTENE, OG ALLE TJENESTER ELLER VARER SOM ANMODES I FORBINDELSE MED DETTE, UTELUKKENDE FORBLIR HOS DEG, I DEN MAKSIMALE UTSTREKNING SOM TILLATES ETTER GJELDENDE LOV.»¹⁶

Under overskriften «BEGRENSNING AV ANSVAR» fraskriver Uber seg ansvar for erstatning for alle typer tap som følge av bruk av tjenesten, foruten de forpliktelser som følger uttrykkelig av Ubers avtalevilkår. Dette gjelder selv om Uber «skulle være underrettet om

¹⁵ Nabobils vilkår for leietakere pkt. 8.

¹⁶ Ubers avtalevilkår pkt. 5.

mulighet for slike skader». Likevel følger det også av vilkåret at pkt. 5 ikke er ment å begrense eller fraskrive Ubers ansvar slik at forbrukerens vern etter gjeldende lov blir svekket.

Med mindre forbrukerens eventuelle erstatningskrav bygger på brudd på Uber forpliktelser etter registreringsavtalen, kan ikke denne være grunnlag for å pålegge Uber erstatningsplikt.

2.3.5 Oppsummering

Selv om det tilsynelatende er store forskjeller mellom de ulike plattformenes standardvilkår, opererer de med vilkår om ansvarsfraskrivelse og -begrensning med noenlunde samme innhold. Lignende vilkår går også igjen hos andre plattformer, som for eksempel Leiting.no og Nimer.

Med hjemmel i registreringsavtalene kan plattformen kreve at forbruker retter eventuelle krav mot tilbyder, dersom delingsavtalen ikke gjennomføres som forutsatt og kravet ikke har grunnlag i plattformens brudd på forpliktelser som uttrykkelig framgår av registreringsavtalene.

Det er imidlertid en rekke andre forhold som kan ha innvirkning på innholdet i registreringsavtalene. For det første kan rekkevidden av vilkårene begrenses av preseptoriske lovregler. For det andre vil avtalen måtte tolkes eller utfylles i tråd med bakgrunnsretten, dersom det er sider ved forholdet mellom partene som er uklart eller ikke eksplisitt regulert. Herunder kan det også stilles krav til vedtakelsen av standardvilkår utover at forbrukere for eksempel huker av i en dialogboks for aksept, slik at et standardvilkår vil måtte settes til side. I tillegg kan standardvilkår som i utgangspunktet må anses vedtatt, kunne settes til side som urimelig, jf. avtaleloven §§ 36 og 37.¹⁷ Til sist kan det tenkes at plattformene har forpliktelser, selv om det ikke fremgår uttrykkelig i noen avtale, med grunnlag i ulovfestede regler. I det følgende redegjør jeg først for lovbestemmelser som kan komme til anvendelse uavhengig av ansvarsfraskrivelse, eller som kan være aktuelle å anvende som bakgrunnsrett. Deretter vurderes problemstillingens forhold til ulovfestet rett og til EU/EØS-retten.

¹⁷ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

2.4 Lovregler

2.4.1 Forbrukerkjøpsloven

Forbrukerkjøpsloven gjelder alle forbrukerkjøp som ikke er særskilt lovregulert, jf. fkjl. § 1 første ledd. Etter annet og tredje ledd er forbrukerkjøp definert som «salg av ting til en forbruker når selgeren eller selgerens representant opptrer i næringsvirksomhet», og forbruker er «fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet.»

Privatpersoner som ikke handler som ledd i næringsvirksomhet og inngår registreringsavtale med en digital plattform, omfattes av forbrukerbegrepet slik det er definert i loven. Ikke-ideelle digitale plattformer opptrer dessuten i næringsvirksomhet.

Ettersom delingsavtaler inngås gjennom profesjonell mellommann kan forbruker anses å falle inn under forbrukerbegrepet i loven, dersom plattformen kan regnes som «selgerens representant» i delingsavtalen. Det er nærliggende å forstå ordlyden i bestemmelsen slik at det er tale om fullmaktsforhold. Forarbeidene utelukker en slik forståelse, ettersom det i Forbrukerkjøpslovutvalgets vurderinger av den profesjonelle mellommanns solidaransvar med selgers kontraktsforpliktelser, tydelig fremgår at uttrykket er ment å omfatte alle typer profesjonelle mellommenn.¹⁸ Bestemmelsens krav til partsforholdene i delingsavtaler er dermed oppfylt, uavhengig av om plattformens anses som part eller mellommann.

Bestemmelsen stiller også krav til ytelsens art, ved at kontrakten må innebære «salg av ting» for å være et forbrukerkjøp. Selv om delingsavtaler kan innebære ytelse av «ting», er et vesentlig kjennetegn med delingsøkonomi at den ikke innebærer overføring av eierrettigheter. Dersom ytelsen fra en tilbyder i en delingsavtale er en ting, vil forbrukeren leie tingen.

Etter fkjl. § 2 første ledd får loven likevel anvendelse i enkelte særlige forhold. Ingen av disse omfatter delingsavtaler. Forbrukerkjøpsloven kan derfor ikke anvendes direkte på delingsavtaler.

2.4.2 Kjøpsloven

Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjl.) «gjelder kjøp», jf. § 1 (1). Uttrykket «kjøp» innebærer ingen realitetsforskjell i forhold til «salg» slik det forstås i forbrukerkjøpsloven.¹⁹ Således

¹⁸ NOU 1993: 27 Forbrukerkjøpslov s. 42-43.

¹⁹ Ot.prp. nr. 44 (2001-02) s. 157 annet avsnitt.

regulerer kjøpsloven tilfeller hvor en selger overfører eierrettigheter til en kjøper. En leieavtale eller avtale om tjenesteytelse faller dermed utenfor lovens anvendelsesområde.

Til forskjell fra forbrukerkjøpsloven, er kjøpsloven etter bestemmelsens ordlyd ikke begrenset til «ting». Det kan derfor tenkes at plattformen etter kjøpsloven må betraktes som selger av delingsavtaler med tredjeparter, med forbruker som kjøper. Uttalelser i forarbeidene stadfester imidlertid at ytelsens art begrenser lovens anvendelsesområde:

«I lovteksten brukes ordet «ting» eller «salgstingen» som beskrivelse av det som faller inn under loven. Ordet brukes her i en noe videre betydning enn i dagligtalen. Loven gjelder f eks også overdragelse av verdipapirer, fordringer og andre rettigheter, f eks lisens eller bruksrett. Derimot faller stiftelse av rettigheter utenfor loven. Også når det gjelder overdragelse av rettigheter, fordringer o l må det tas hensyn til salgsobjektets spesielle karakter.»²⁰

Det følger av forarbeidene til forbrukerkjøpsloven at forståelsen av uttrykket «ting» i utgangspunktet ikke skal gi forbrukerkjøpsloven et smalere anvendelsesområde i tilknytning til ytelsens art, sammenlignet med kjøpsloven.²¹

På denne bakgrunn kan heller ikke kjøpsloven komme til anvendelse på avtalekonstruksjonen i delingsøkonomien, ettersom ingen av avtalene innebærer overføring av eierrettigheter. Dette ville vært annerledes dersom konstruksjonen gikk ut på at plattformen kjøpte en ytelse fra en tilbyder, og solgte rettigheten til å benytte seg av ytelsen videre til forbruker. I praksis inngår forbrukeren avtale direkte med tilbyder, og ytelsen etter denne avtalen innebærer ikke overføring av eierrettigheter. Det siste må også gjelde dersom plattformen selv må anses som part i delingsavtalen med forbruker (kap. 3).

Kjøpslovens bestemmelser regulerer nesten utelukkende forholdet mellom kjøper og selger. Mellommannsforhold er ikke nevnt. Hvorvidt kjøpsloven likevel skal anses som relevant rettskilde for vurderingen av plattformens erstatningsansvar ved mislighold av en delingsavtale, er derfor avhengig av om plattformen selv må anses som part i delingsavtalen. Ettersom kjøpslovens bestemmelser ikke kan anvendes direkte, vil de bare kunne være

²⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 48.

²¹ Ot.prp. nr. 44 (2001-02) s. 57.

relevant gjennom analogier eller som del av grunnlaget for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

2.4.3 Agenturloven

Lov 19. juni 1992 nr. 56 om handelsagenter og handelsreisende (agl.) regulerer enkelte sider av avtaler som inngås med de typer mellommenn som omfattes av loven. Digitale plattformer er ikke handelsreisende, jf. agl. § 1 annet ledd.

For at loven skal komme til anvendelse må den aktuelle plattformen falle inn under definisjonen av handelsagent. Begrepet er legaldefinert i agl. § 1 første ledd:

«Med en handelsagent forstås i denne lov den som i næringsvirksomhet etter avtale med en annen (hovedmannen) har påtatt seg selvstendig og over tid å virke for salg eller kjøp av varer for hovedmannens regning ved å innhente ordrer til hovedmannen eller ved å inngå avtaler i hovedmannens navn.»

Både kravet om tilknytning til hovedmannen og «salg eller kjøp av varer» passer dårlig med den rollen digitale plattformer har ved inngåelsen av delingsavtaler. Det fremgår av forarbeidene til loven,²² som kommentarer fra en arbeidsgruppe for ny lov nedsatt av Justisdepartementet,²³ at «andre agentforhold utenom varehandelen» faller utenfor lovens ordlyd.

Ettersom delingsøkonomien ikke inngår i varehandelen, er det klart at loven ikke kan gis direkte anvendelse på delingsavtaler. Kravet om tilknytning til en hovedmann er likevel interessant. I kommentarene fra arbeidsgruppen²⁴ understrekes det at forarbeidene til endring av kommisjonsloven i 1973 «åpnet for en viss analogisk anvendelse av kommisjonslovens regler», og at dette senere har fått støtte i rettspraksis²⁵. På denne bakgrunn konkluderte arbeidsgruppen med at «tilsvarende regler som i utkastet her bør bli lagt til grunn i lignende distribusjonsforhold så langt det er naturlig.» Hvorvidt delingsavtaler bør vurderes på samme måte som distribusjonsforhold som faller inn under anvendelsesområdet til agenturloven behandles i pkt. 6.3.

²² Ot.prp. nr. 49 (1991-92) s. 12 og 13.

²³ Ot.prp. nr. 49 (1991-92) s. 40.

²⁴ Ot.prp. nr. 49 (1991-92) s. 40.

²⁵ Rt. 1980 s. 243 og Rt. 1989 s. 852.

2.4.4 Ehandelsloven²⁶

Ved endringslov av 20. februar 2004 nr. 8 ble Ehandelsdirektivet²⁷ art. 12-15 gjennomført i norsk rett i ehandelsloven §§ 15-18. Bestemmelsene innebærer regler om ansvarsfrihet for enkelte typer mellommannshandlinger.

Ehandelsloven § 1 første ledd angir at loven blant annet gjelder for informasjonssamfunnstjenester. Videre fremgår det av forarbeidene²⁸ at direktivets ansvarsfrihetsbestemmelser er knyttet til den definisjon av informasjonssamfunnstjenester som følger av § 1 annet ledd bokstav b.

«enhver tjeneste som består i å gi tilgang til, eller overføre informasjon over, et elektronisk kommunikasjonsnett, eller i å være nettvært for data som leveres av tjenestemottakeren.»

Departementet viser til at definisjonen innebærer tre forskjellige mellommannsroller. Ren videreformidling («mere conduit»), mellomlagring («caching») og lagring («hosting»).²⁹ Det fremgår klart av forarbeidene at de mellommannsfunksjoner ansvarsfrihetsbestemmelsene er ment å omfatte, innebærer forskjellige teknologiske tjenester av en helt annen art enn de funksjoner digitale plattformer representerer.

Ren videreformidling kan for eksempel være teknologiske fasiliteter som gjør at «[e]n e-postmelding kan ... fordeles i ulike pakker som passerer ulike rutere og servere på sin vei til sluttdestinasjonen.» Også mellomlagring og lagring er teknologiske løsninger for at forskjellige typer internettkommunikasjon skal fungere effektivt.

Ansvarsfrihetsbestemmelsene i ehandelsloven kommer derfor ikke til anvendelse på digitale plattformer i delingsøkonomien.

2.5 Ulovfestede regler

Gjennomgangen så langt viser at erstatningsansvar som følge av mislighold av delingsavtalen sjelden vil følge direkte av avtaleforhold eller lovgivning. At det ikke finnes lovbestemte

²⁶ lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven).

²⁷ Dir. 31/2000.

²⁸ Ot.prp. nr. 4 (2003-04) s. 7.

²⁹ Ot.prp. nr. 4 (2003-04) s. 7-8 og dir. 31/200 art. 12-14.

begrensninger av avtalefriheten, betyr imidlertid ikke at det er fullstendig avtalefrihet i delingsøkonomien.

Digitale plattformers kan ha erstatningsansvar etter ulovfestede regler. Slike regler kan bygge på alminnelige erstatningsregler (kap 6.) eller obligasjonsrettslige prinsipper. I tilknytning til problemstillingen vurderes særlig den ulovfestede lojalitetspliktens betydning for avtaleforholdet mellom plattform og forbruker, og hvorvidt denne kan gi grunnlag for forpliktelser for plattformen som kan fungere som ansvarsgrunnlag ved mislighold (kap. 7).

2.6 Forholdet til EU/EØS-retten

Det er knyttet usikkerhet til hvordan digitale plattformer skal klassifiseres i EU-retten. For eksempel har EU-domstolens avgjørelse i sak C-434/15 blant annet ført til krav om minstelønn og feriepenger fra Uber-sjåfører i Spania.³⁰ EU-rettens klassifisering av digitale plattformer kan ha betydning i tilknytning til avhandlingens problemstilling. Dersom reglene i det indre marked griper inn i avtalekonstruksjonen i delingsøkonomien, for eksempel slik at en plattform må regnes som arbeidsgiver, vil det kunne føre til at forbrukere kan gjøre gjeldende erstatningskrav mot plattformen med grunnlag i arbeidsgiveransvaret. Problemstillingen her er således hvorvidt EU-regler er relevant i vurderingen av plattformens erstatningsansvar overfor forbruker.

Det er på det rene at ansvarsfrihetsbestemmelsene i ehandelsloven ikke kommer til anvendelse for digitale plattformer, fordi plattformene ikke faller inn under definisjonen av informasjonssamfunnstjeneste i ehandelsloven § 1 annet ledd bokstav b. Det samme gjelder selvsagt også tilsvarende bestemmelser i Ehandelsdirektivet, som loven bygger på. Dette er likevel ikke til hinder for at plattformer kan falle inn under definisjonen i ehandelsloven § 1 annet ledd bokstav a:

«enhver tjeneste som vanligvis yte mot vederlag og som formidles elektronisk, over avstand og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker».

³⁰ Independents nettside (independent.co.uk) <http://www.independent.co.uk/news/business/news/uber-eu-court-decision-taxi-company-regulation-what-mean-customers-drivers-uk-europe-a8120471.html> (april 2018).

Problemstillingen her er om digitale plattformer i delingsøkonomien er informasjonssamfunnstjenester og hvorvidt klassifiseringen har betydning for erstatningsansvaret.

EU-domstolen avsa 20. desember 2017 dom vedrørende klassifisering av Ubers digitale plattformtjeneste. Saken ble først anlagt for Juzgado de lo Mercantil No 3 Barcelona (Handelsdomstol nr. 3 Barcelona, Spania) av en sammenslutning av drosjesjåfører («Elite Taxi»). Elite Taxi anførte at Uber drev i strid med spanske konkurranseregler, fordi hverken Uber-sjåfører eller Uber Spania hadde de lisenser som er påkrevd for å drive drosjevirkosomhet i Barcelonas byområde. Handelsdomstolen fant det nødvendig å henvise flere spørsmål om klassifisering av Uber innenfor EU-retten til EU-domstolen.

Problemstillingen for EU-domstolen var om Uber falt inn under traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte (TFEU) art. 58 (1), og derfor utelukket anvendelse av TFEU art. 56 og dermed også Tjenestedirektivet og Ehandelsdirektivet.³¹ Dersom direktivene kommer til anvendelse, må nasjonale krav til administrativ forhåndsgodkjennelse regnes som en etableringshindring i strid med EU-retten. Ehandelsdirektivets forbud mot krav om forhåndsgodkjenning er for øvrig gjennomført i norsk rett gjennom ehandelsloven § 7.

Domstolen bygget avgjørelsen på at sjåførene ikke ville tilbudt transporttjeneste uten Uber, og at passasjerer ikke ville benyttet sjåførenes transporttjeneste uten Uber. Det ble dessuten vist til at Uber hadde stor innflytelse på tjenestevilkårene, både når det gjaldt pris, gebyr til Uber og også ved at Uber førte kontroll med kvalitet på bil og sjåfør.³² På bakgrunn av gjeldende regelverk konkluderte domstolen med at Uber er en transporttjeneste, og ikke en informasjonssamfunnstjeneste:

«[...] an intermediation service such as that at issue in the main proceedings, the purpose of which is to connect, by means of a smartphone application and for remuneration, non-professional drivers using their own vehicle with persons who wish to make urban journeys, must be regarded as being inherently linked to a transport service and, accordingly, must be classified as ‘a service in the field of transport’ within the meaning of Article 58(1) TFEU.»

³¹ Dir. 123/2006 og dir. 31/2000.

³² C-434/15 avsnitt 39.

Uber er således en tjeneste som faller inn under anvendelsesområdet for TFEU art. 58 (1) og kan derfor underlegges medlemsstatenes regler om administrativ forhåndsgodkjenning. Dette er den umiddelbare konsekvensen av dommen, og det må antas at resultatet ville vært det samme dersom en tilsvarende sak ble fremmet for EFTA-domstolen. Det er grunn til å anta at avgjørelsen har begrenset overføringsverdi til andre digitale plattformer, som ikke er transporttjenester. Domstolen går overhodet ikke inn på plattformer som tilbyr andre typer tjenester. Airbnb og Nabobil faller derfor inn under legaldefinisjonen av informasjonssamfunnstjeneste i ehandelsloven § 1 annet ledd bokstav a.

Spørsmålet er så om forskjellen i klassifikasjon har betydning utover den konkrete problemstillingen om lisensordning som etableringshindring, i tilknytning til erstatningsspørsmålet i norsk rett. At norske myndigheter har anledning til å kreve at Uber og Uber-sjåfører må ha forhåndsgodkjenning for å operere i Norge, etablerer i seg selv ikke ansvarsgrunnlag for plattformen. EU-domstolens konklusjon om at Uber er en transporttjeneste kan imidlertid forstås som at det er Uber selv som leverer tjenesten, og i ytterste konsekvens er arbeidsgiver for Uber-sjåførene.

Dersom Uber anses som arbeidsgiver for sine sjåfører i det indre marked, vil plattformens erstatningsansvar naturligvis kunne bygge på arbeidsgiveransvaret. Dersom Uber anses som tjenesteyter og dermed også part i delingsavtalene vil erstatningsansvaret kunne bygges på kontraktshjelperansvaret. Det er imidlertid klare holdepunkter for at EU-domstolen ikke har ment at avgjørelsen skal forstås på denne måten. I sine formuleringer omtales sjåførene gjennomgående som «non-professional drivers» og Uber som en «intermediation service», altså formidlingstjeneste.

Gjengivelsen fra dommen ovenfor er nærliggende å forstå slik at domstolen aksepterer Ubers premiss om at de setter tilbyder og forbruker i kontakt med hverandre, men de slår samtidig fast at dette er en form for formidlingstjeneste som faller inn under transportområdet og derfor ikke er beskyttet mot etableringshindre, på samme måte som for eksempel Finn.no sin rene formidling av flybilletter er.³³

³³ Jf. Generaladvokatens innstilling til C-434/15 avsnitt 34 som sammenlikner Uber med rene formidlingstjenester for flybilletter og hotellbooking.

For problemstillingen i avhandlingen har derfor EU-domstolens avgjørelse begrenset betydning. De argumenter som fungerer som hovedbegrunnelse for avgjørelsen kan imidlertid være viktige argumenter for Ubers erstatningsansvar som mellommann i kontraktsforhold til forbrukere (kap. 6 og kap. 7). Eksempelvis vil Ubers kontroll med tjenesten ha betydning for de forventninger forbrukeren har til Ubers aktsomhet. Slike praktiske forskjeller mellom de ulike plattformenes organisering av og involvering i delingsavtaler, kan være momenter ved fastlegging av aktsomhetsnormen. De ulike plattformenes erstatningsansvar må imidlertid vurderes på samme grunnlag, innenfor rammene av gjeldende regelverk i Europa og Norge.

3 Vurderingen av om plattformens selv er part i delingsavtalen

3.1 Hvem svarer for mislighold av delingsavtalen?

Erstatning med grunnlag i kontrakt er en misligholdsbeføyelse som forutsetter kontraktsbrudd. For at noen skal bli erstatningsansvarlig som følge av kontraktsbrudd, må vedkommende derfor i utgangspunktet være part i den aktuelle avtalen. Dette utgangspunktet følger blant annet av Rt. 1980 s. 1109 (Fekete-dommen). Høyesterett slo her fast at disponentselskapet som inngikk avtale uten å legge frem sin fullmakt fra to rederiselskaper, ble forpliktet overfor leverandøren. Fullmaktsgiveren ble derimot ikke bundet av avtalen.

Ettersom den digitale plattformen ofte vil være mellommann i delingsavtalen, er det nødvendig å skille mellom delingsavtaler hvor plattformen selv må anses å være part og delingsavtaler hvor plattformen er mellommann. Som i Fekete-dommen kan den digitale plattformen, selv om den er mellommann, etter omstendighetene måtte anses som part i avtalen. I slike tilfeller kan erstatningsansvar som følger av kontraktsbrudd rettes mot plattformen.

Dersom det derimot er tilbyder, ikke plattformen, som er part i delingsavtalen, må kravet i utgangspunktet rettes mot tilbyderen. Dersom delingsavtalen utelukkende innebærer forpliktelser for partene, vil plattformen ikke ha kontraktsforpliktelser som kan misligholdes og kontraktsbrudd fra plattformens side er følgelig utelukket. Avtalekonstruksjonen i delingsøkonomien innebærer imidlertid at forbruker, tilbyder og plattformer alle er i avtaleforhold med hverandre. Den interne sammenhengen mellom de tre avtalene kan tenkes å skape forpliktelser for plattformen, som ved kontraktsbrudd kan gi grunnlag for et kontraktsrettslig erstatningsansvar for plattformen (kap. 6 og 7).

I dette kapitlet drøftes hva som kreves for at en mellommann selv ikke skal bli part i den avtalen han er ment å fungere som mellommann i. Vilkårene holdes opp mot Airbnb, Nabobil og Ubers standardvilkår og organisering av disse plattformens nettsteder og applikasjoner underveis i drøftelsen.

3.2 Opptrer plattformen i eget eller fremmed navn?

Utgangspunktet er at den som inngår en avtale presumeres å handle i eget navn. Prinsippet fremkommer i Fekete-dommen, som gjaldt spørsmålet om et disponentselskap var part i en avtale om oljeleveranse fra en leverandør. Disponentselskapet anførte at de var representant for rederiene, og at disse måtte være ansvarlig for leveransen, men vant ikke frem.

Høyesterett uttalte at det er en alminnelig avtalerettslig regel at «den som inngår en avtale ... selv blir ansvarlig overfor medkontrahenten når noe annet ikke er markert eller klart forutsatt mellom partene.»³⁴

Formålet med regelen er at kjøper må ha anledning til å vite at selger er en annen enn den som inngår avtalen. Det er vanlig å omtale denne regelen som et krav om at mellommannen må handle i fremmed navn, for ikke selv å bli bundet. Behovet for sontringen mellom eget og fremmed navn er presist formulert av Woxholt:

«For å fylle betegnelsen mellommann er det likegyldig om den det gjelder opptrer i *eget* eller *fremmed navn*. I noen tilfelle vil mellommannen opptre i eget, i andre i fremmed, navn. Sontringen har derimot betydning for om mellommannen kan anses *oppfyllelsesforpliktet* etter avtaleforholdet. Skal det være tilfellet, må han kunne ises å opptre i eget navn. Det innebærer nemlig at han selv får stilling som *part*.»³⁵

Fekete-saken gjaldt representasjon ved fullmakt. Utgangspunktet om at «den som inngår avtale selv blir ansvarlig» synes å forutsette at det ikke er tvil om hvem som inngår avtalen. I Fekete-saken var det utvilsomt mellommannen som inngikk avtalen, slik de hadde fullmakt til å gjøre. Omstendighetene rundt avtaleinngåelsen etterlot liten tvil om hvem som inngikk avtalen. Det er dette som kan skape en forventning hos kjøperen om at mellommannen er selger. For ikke å skape en slik forventning, er det nødvendig å markere mellommannens rolle.

Når Høyesterett sier at «den som inngår en avtale» blir bundet, er det naturlig å forstå dette slik at regelen er begrenset til fullmaktstilfellene. Dersom en digital plattform inngår avtale på vegne av tilbyder, er det ingen tvil om at regelen kommer til anvendelse.

³⁴ Rt. 1980 s. 1109 (s. 1114).

³⁵ Geir Woxholt, *Avtaleinngåelse - i og utenfor avtaleloven*, Oslo 1995 s. 150.

Avtalekonstruksjonene i delingsøkonomien kan imidlertid tenkes å skape tilsvarende problem, også i situasjoner der plattformen ikke har fullmakt. En digital plattform som legger til rette for at tilbydere kan legge ut tilbud, som forbrukere kan akseptere, er ikke avhengig av fullmakt fra tilbyderen. Dersom plattformen tilbyr slik nødvendig infrastruktur for avtaleinngåelse, uten at forbrukeren på noen måte gjøres oppmerksom på at plattformen selv ikke er part eller settes i kontakt med tilbyderen, står man overfor det samme problemet som i fullmaktstilfellene. Forbrukeren har en forventning om at den som eier nettsiden eller applikasjonen er den han inngår avtale med, fordi plattformen handler i eget navn. Når delingsavtalen inngås digitalt, kan det mangle omstendigheter, som ville vært naturlig ved mer tradisjonelle avtaleinngåelser, som gir forbrukeren anledning til å se hvem som er avtalepart.

Presumsjonsregelen etter Fekete-dommen er at den som inngår avtale presumeres å binde seg til avtalen. Avtalekonstruksjoner som avviker fra tradisjonelle avtaler, eksempelvis ved avtaleinngåelse på internett, åpner for spørsmål om det finnes en tilsvarende regel om at det nettstedet der avtale inngås presumeres å binde seg til avtalen. I en utredning bestilt i forbindelse med et nordisk prosjekt om mellommenns ansvar ved forbrukerkjøp på nettet, argumenterer Ole-Andreas Rognstad med at presumsjonsregelen også må gjelde ved uklarhet om hvem som er avtalepart.

«Ved netthandel kan det imidlertid argumenteres for en tilsvarende presumsjonsregel også i de tilfeller der det ikke klart fremgår *hvem som inngår avtalen* på tilbudssiden. ... Normalsituasjonen vil i slike tilfeller være at det er innehaveren av nettstedet som er tilbyder, og akseptanten må anta å handle i henhold til dette. Hvis f.eks. en nettauksjonstjeneste ikke inneholder opplysninger om hvem som er selger av de varer det auksjoneres for, må man kunne gå ut fra at det er innehaveren av nettstedet selv, med mindre annet fremgår på nettstedets sider.»³⁶

Eksempelet med nettauksjoner er overførbar til delingsavtaler, nettopp fordi nettauksjonstjenesten ikke har fullmakt og prosessen ved avtaleinngåelse er den samme, med unntak av auksjonselementet. Riktignok kan nettauksjon innebære overføring av eierrettigheter, men det er ikke grunnlag for å vurdere for eksempel en leieavtale annerledes

³⁶ Ole-Andreas Rognstad, *Mellommenns sivilrettslige ansvar ved handel på Internett*, København 2004 s. 28.

enn et kjøp i denne sammenheng. Rognstad argumenterer for at det avgjørende for om presumsjonen skal gjelde, er om «forbrukeren har berettiget grunn til å gå ut fra at det er en bestemt person» som tilbyr varen eller tjenesten.³⁷

Fekete-dommen gjaldt en næringsavtale, hvor domstolene ofte legger til grunn relativt høye forventninger til partenes kunnskap og kompetanse. Eksempelvis er det lavere terskel for at en profesjonell part anses bundet av vilkår som er lite tilgjengelig, på grunn av en forventning om at profesjonelle aktører ivaretar egne interesser.³⁸

Likevel slo Høyesterett fast at mellommannens rolle måtte være markert eller klart forutsatt også «i forhold til medkontrahenter som må forutsettes å ha kjennskap til organisasjonsformen og det interne ansvarsforhold». Det er naturlig å tolke utsagnet i retning av at kravet om at en mellommann må opptre i fremmed navn for ikke selv å bli bundet, ikke kan lempes, selv om kjøperen vet at den som inngår avtalen normalt fungerer som mellommann. Kravet kan i alle fall ikke stå svakere i delingsavtaler, hvor partene ofte er privatpersoner og mellommannen den eneste profesjonelle aktør.

Et sentralt poeng i denne forbindelse er at den digitale plattformen som oftest selv har utarbeidet standardvilkår som forbrukeren må godta ved registrering. Forfatterregelen innebærer at den som burde uttrykt seg tydeligere ved inngåelsen av avtalen bærer risikoen ved uklarheter i avtalen.³⁹

Både det forhold at mellommannen er eneste profesjonelle part, og at denne ensidig har utarbeidet standardvilkårene og sine egne nettsider og applikasjon, er argumenter som taler sterkt for at presumsjonsregelen også må gjelde for digitale plattformer som opererer som mellommenn i delingsøkonomien.

Spørsmålet er derfor hva som skal til for at presumsjonen om at innehaver av nettstedet eller applikasjonen selv er part ikke skal gjelde. Høyesterett bekrefter at en sedvane om at «disse selskaper i alminnelighet anses for å opptre som fullmektig» kan snu presumsjonen.⁴⁰ Når Høyesterett bruker uttrykket «sedvane», må det forstås på tilsvarende måte som i avtl. § 10 annet ledd som bestemmer at en stillingsfullmakt kan følge av sedvane. Eksempelvis vil man

³⁷ Ole-Andreas Rognstad, *Mellommenns sivilrettslige ansvar ved handel på Internett*, København 2004 s. 29.

³⁸ Jf. Rt. 1991 s. 635 (s. 637).

³⁹ Se f.eks. Rt. 2006 s. 1715 (avsnitt 49).

⁴⁰ Rt. 1980 s. 1109 (s. 1114).

legge til grunn at en butikkmedarbeider har fullmakt til å selge varer i butikken, uten at det følger av lov.

Problemstillingen er her om det er tilbyder eller plattform som skal anses bundet av delingsavtalen. Dersom det ikke fremgår av avtalekonstruksjonen at plattformen ikke skal være bundet, blir det et spørsmål om utfylling av avtalen. Dersom det fremstår uklart hvem som skal være bundet, blir det et spørsmål om tolkning av avtalen. Det må derfor vurderes hvorvidt det finnes en kutyme eller kontraktspraksis som enten kan utfylle avtalen eller være et moment i tolkningen av avtalen,⁴¹ og med et innhold som fører til et resultat hvor det må anses avtalt at plattformen ikke skal være bundet.

Campingvogndommen er et eksempel på at Høyesterett har brukt kutyme som utfyllende regel. Her fikk et spedisjonsfirma medhold i at de hadde tilbakeholdsrett i campingvogner for fordringer som ikke hadde direkte tilknytning til vognene, selv om det ikke var avtalt.

«Men jeg mener at når det – som her – foreligger innarbeidete bransjeregler, og disse verken kan anses uvanlige eller urimelige – hvilket jeg mener at speditørforbundets regler ikke kan sies å være – må kontrakten i mangel av annen avtale anses inngått på bransjens vanlige vilkår».⁴²

Kutymen hadde sitt grunnlag i Speditørforbundet standardvilkår. Til forskjell fra delingsøkonomien forelå det således en kilde for ordningen som kan anføres å være uttrykk for deklarasjonsrett i bransjen, mer enn en kutymeregulering.

Et annet eksempel hvor Høyesterett la avgjørende vekt på kutyme er Smågrisdømmen i Rt. 1966 s. 857. Selgeren anførte at han hadde et gyldig eiendomsforbehold, men retten kom til at det ikke var inngått bindende avtale mellom partene. Eiendomsforbeholdet måtte likevel være gyldig fordi det hadde grunnlag i en fast praksis, som hadde vært langvarig og som domstolene ikke hadde underkjent:

⁴¹ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 367.

⁴² Rt. 1973 s. 967 (s. 971).

«Jeg finner det unødvendig å ta standpunkt til om en kan sette etiketten sedvanerettsdannelse på forholdet. Jeg er enig med lagmannsretten i at det iallfall foreligger en fast innarbeidet ordning, som domstolene får respektere.»⁴³

Dommene gjelder forhold som skiller seg ganske klart fra spørsmålet om hvem som er bundet av en delingsavtale. Likevel gir dommene uttrykk for momenter som kan være relevant når en kutymes rettslige betydning skal vurderes. Hov og Høgberg anbefaler en totalvurdering av kutymen, og understreker særlig betydningen av regelens kvalitet:

«Om en regel som følger av skikk og bruk, også skal tillegges rettslig betydning, vil derfor bero på en samlet vurdering av en rekke momenter, f.eks. av hvor utbredt en bestemt praksis har vært, hvor lenge den har vært fulgt osv. Særlig har regelens *kvalitet* vært fremhevet i denne sammenheng.»⁴⁴

Selv om det ikke er mulig å skille helt klart mellom tolkning og utfylling, vil kontraktspraksis som tolkningsmoment typisk være relevant dersom plattformens nettsider eller applikasjon er organisert slik at det, for forbrukeren, er uklart hvem som inngår avtalen. Kutyme kan også anvendes som tolkningsmoment, men i tillegg som utfyllende regel dersom avtalen er helt taus om at det ved avtaleinngåelsen finnes en annen aktør som er ment å være avtalepart.

For begge alternativene er utgangspunktet at kontraktskutymen eller -praksisen må bevises. Kutymen beskrives gjerne som handlemønster «som kjæm til uttrykk gjennom *faktiske handlingar* på området».⁴⁵ Én handling er ikke tilstrekkelig, ei heller at et slikt handlemønster er mulig. Bevistemaet er om det finnes et handlemønster som faktisk praktiseres, og som kan fungere som rettsregel for typetilfellet.

Standardavtalene som brukes i delingsøkonomien er et sentralt moment i denne vurderingen. Samtlige av plattformene som omtales i oppgaven har standardvilkår som bestemmer at de selv ikke er part i delingsavtalene. Høyesterett stiller imidlertid høyere beviskrav hvor det påberopes en kutyme som strider mot andre rettskilder, for eksempel lovregler.⁴⁶

⁴³ Rt. 1966 s. 857 (s. 860).

⁴⁴ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 51-52.

⁴⁵ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 367.

⁴⁶ F.eks. Rt. 1921 s. 11 og Rt. 1922 s. 70.

Den alminnelige regelen etter Fekete-dommen, om at den som inngår avtale selv er ansvarlig, er ifølge Høyesterett så grunnleggende at mellommannen blir ansvarlig selv om kjøper vet at den han inngår avtale med normalt er mellommann. Men andre ord er det ikke tilstrekkelig at det finnes en praksis som partene kjenner til. Dersom en kutymeregulering skal gi grunnlag for å snu presumsjonen, må beviskravet for handlemønsteret derfor være strengt.

Det er ikke mulig å legge til grunn at privatpersoner som leier ting eller tjenester på internett forventer at avtalemotparten er en annen enn innehaver av nettsiden eller applikasjonen, i alle fall ikke så lenge delingsøkonomien er et relativt nytt og delvis omstridt fenomen. Dessuten finnes digitale plattformer som, i tillegg til å være mellommann i delingsavtaler, tilbyr egne tjenester. Dette understreker forbrukerens behov for at plattformen må ha ansvar for å klargjøre hvilken rolle de opptre i, til enhver tid.

Kutymen har således svært begrenset utbredelse og har ikke vært fulgt i lang tid.

Forbrukerens behov for å vite hvilken rolle plattformen operer i, gjør det dessuten vanskelig å betrakte en slik kutymeregulering som god.

På denne bakgrunn må presumsjonsregelen legges til grunn i delingsavtaler. For at digitale plattformer ikke selv skal bli ansvarlig etter delingsavtalene må det være «markert eller klart forutsatt mellom partene».

3.3 Ulike metoder for å markere plattformens rolle

3.3.1 Markering gjennom plattformens standardvilkår

Det finnes ikke grunnlag for å stille formkrav til markeringen eller forutsetningen om at plattformen selv ikke skal være bundet av delingsavtalen. Derfor kan plattformer velge forskjellige løsninger for å oppfylle vilkåret. For delingsavtaler er det forbrukers mulighet til å vite hvem som er avtalemotpart som må være det overordnede hensyn i vurderingen av om vilkåret er oppfylt.

Et vesentlig poeng er at plattformenes kommunikasjon med forbrukere i forbindelse med inngåelse av registrerings- og delingsavtaler, ofte er begrenset til den informasjon som fremkommer på plattformenes nettsider eller applikasjoner. For at plattformen selv ikke skal være bundet som part i delingsavtalene, må dette markeres på nettsiden og applikasjoner, i alle fall for det store flertall av delingsavtaler. Både Airbnb, Nabobil og Uber har bestemmelser i sine standardvilkår om at plattformen selv ikke er part i delingsavtaler. Man

kan forvente at enhver digital plattform har denne type vilkår. Markeringen eller partenes forutsetninger kan likevel fremkomme på annen måte for å oppfylle vilkåret, slik det er uttalt i Fekete-dommen.

Hvorvidt et standardvilkår om plattformens mellommannrolle er vedtatt, er én side av spørsmålet om vilkåret er oppfylt. Dersom en slik bestemmelse anses vedtatt mellom forbrukeren og plattformen, må den samtidig anses som markert overfor forbrukeren. Både Airbnb, Nabobil og Uber har utformet slike bestemmelser i sine standardvilkår. Airbnb har i sine standardvilkår markert sin rolle slik:

«... When Members make or accept a booking, they are entering into a contract directly with each other. Airbnb is not and does not become a party to or other participant in any contractual relationship between Members ...»⁴⁷

Til sammenligning har Nabobil markert sin rolle slik:

«Nabobil.no er en tjeneste som hjelper bileiere og leietakere med å komme i kontakt på en enkel og effektiv måte. Nabobil tilbyr en plattform for avtaleinngåelse mellom utleier og leietaker, samt håndtering av leiebetaling og etablering av Utleieforsikringen som nærmere beskrevet i disse vilkårene for leietakere. Nabobil skal ikke under noen omstendighet anses part i noen avtale om leie av bil».⁴⁸

Videre har Uber i sine standardvilkår inntatt følgende beskrivelse av sin rolle:

«... DU ER INNFORSTÅTT MED AT UBER IKKE LEVERER TRANSPORT-
ELLER LOGISTIKKTJENESTER ELLER FUNGERER SOM
TRANSPORTSELSKAP OG AT ALLE SLIKE TRANSPORT- ELLER
LOGISTIKKTJENESTER LEVERES AV UAVHENGIGE
TREDJEPARTSKONTRAKTØRER SOM IKKE ER ANSATT AV UBER ELLER
NOEN AV DERES DATTERSELSKAPER».⁴⁹

Vedtakelse av standardvilkår er ikke lovregulert, og må vurderes på ulovfestet grunnlag på samme måte som andre spørsmål om avtalebinding. Vurderingstemaet er i flere

⁴⁷ Utdrag fra Airbnbs Terms og Service pkt. 1.2.

⁴⁸ Nabobils vilkår for leietakere pkt. 8 første avsnitt.

⁴⁹ Utdrag fra Ubers avtalevilkår pkt. 2 første avsnitt.

Høyesterettssaker formulert som et spørsmål om parten har gitt motparten «en berettiget forventning» om at parten har bundet seg til avtalen.⁵⁰

Anvendt på problemstillingen om markering gjennom standardvilkår er vurderingstemaet om forbrukeren, ved inngåelse av registreringsavtalen, har gitt plattformen en berettiget forventning om at forbrukeren har bundet seg til vilkåret om at plattformen ikke skal være bundet av fremtidige delingsavtaler. Ettersom vilkårene er utarbeidet av plattformen, er det en forutsetning at det aktuelle vilkåret er så synlig for forbrukeren at plattformen kan ha en «berettiget forventning», om at forbrukeren har akseptert vilkåret.

Etter Høyesterettspraksis er utgangspunktet at ensidig utarbeidede standardvilkår er en del av avtalen dersom vilkårene er gjort kjent for kunden.⁵¹ Det er normalt tilstrekkelig dersom det ved avtaleinngåelsen vises til standardvilkårene og disse er vedlagt kontrakten.

Det er imidlertid ikke slått fast hva som skal til for at forbruker skal være gjort kjent med standardvilkår ved inngåelse av avtaler digitalt. De fleste forbrukere vil vanligvis hake av for aksept av standardvilkårene, uten å lese gjennom de enkelte bestemmelser. Avhakingen bør naturligvis ha den rettsvirkning at forbrukeren er bundet av standardkontrakten.

Styrkeforholdet mellom den profesjonelle, som har utarbeidet standardvilkårene, og forbrukeren tilsier likevel at ethvert vilkår ikke kan aksepteres kun på bakgrunn av forbrukerens avhaking. I litteraturen argumenteres det derfor for at digital aksept av standardvilkår, gjennom å hake av et felt for aksept, i realiteten innebærer en todelt bindingsvurdering:

«Selv om disse vilkårene kan være reelle nok og oftest representerer en relativt omfattende standardkontrakt, oppleves avkryssingen som en formalitet og få forbrukere tar seg tid med å lese de underliggende vilkår. [...] For det rene bindingsspørsmålet, vil dette i alminnelighet anses tilstrekkelig. Noe annet er spørsmålet om hva – på hvilke vilkår – man har akseptert.»⁵²

Bindingsproblemet er således både et spørsmål om aksept av standardvilkårene generelt, og også et spørsmål om vedtakelse av enkelte standardvilkår. Hva som nærmere skal til for å

⁵⁰ F.eks. Rt. 2010 s. 1478 (avsnitt 26).

⁵¹ Rt. 1925 s. 759.

⁵² Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 93.

anse enkelte bestemmelser i en standardkontrakt som vedtatt har vært gjenstand for diskusjon i rettspraksis. Praksisen viser også at det todelte bindingsproblemet ikke er begrenset til digitale avtaleinngåelser. Dette kan illustreres ved Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinnedommen) hvor et vilkår om ansvarsbegrensning som var inntatt i salgsbetingelsene ble satt til side, delvis på grunn av vilkårets innhold og delvis på grunn av andre omstendigheter ved avtaleinngåelsen:

«Da denne ansvarsbegrensningsklausulen medfører en betydelig overføring av risiko fra selger til kjøper, og ikke har vært omtalt i forhandlingene mellom partene, finner jeg det klart at den ikke kan anses vedtatt av Aase Gartneri.»⁵³

Det ligger tre sentrale momenter bak tilsidesettelsen av ansvarsbegrensningen i dommen. Vilkåret var ikke i samsvar med deklarasjonsrett, vilkåret var utformet av selger og vilkåret fremsto overraskende fordi det ikke var omtalt i forhandlinger. De samme momentene kan være relevant ved vurderingen av et standardvilkår for å markere at plattformen ikke er part i delingsavtaler. Utgangspunktet er at innehaver av nettsted eller applikasjon handler i eget navn. Standardvilkårene er utarbeidet av plattformen og etter omstendighetene kan et slikt vilkår være overraskende.

I litteraturen er det antatt at spørsmålet er åpent dersom det ved avtaleinngåelsen er vist til tilbyders «vanlige vilkår», uten at disse er vedlagt, så lenge forbrukeren har anledning til å gjøre seg kjent med vilkårene.⁵⁴ Utredningen om mellommenns ansvar ved netthandel vurderer grensen ved inngåelse av avtaler digitalt nærmere:

«Etter min mening bør det ikke være tilstrekkelig at forholdet fremgår av avtalevilkår som ligger inne på sidene, hvis ikke kunden får en uttrykkelig oppfordring om å gå gjennom vilkårene før avtaleslutningen – helst kombinert med at vilkårene automatisk kommer opp, eller ved en ‘link’ til vilkårene».⁵⁵

Med utgangspunkt i den praksis og teori som er gjengitt ovenfor, og de momenter som kan gjøres gjeldende, gir dette en rimelig terskel for hva som skal til for at det enkelte standardvilkår gjøres til en del av avtalen.

⁵³ Rt. 2004 s. 675 (avsnitt 73).

⁵⁴ Johan Giertsen, *Avtaler*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 82.

⁵⁵ Ole-Andreas Rognstad, *Mellommenns sivilrettslige ansvar ved handel på Internett*, København 2004 s. 30.

Vanligvis krever plattformen at forbrukeren haker av for å bekrefte aksept av standardvilkårene. Både Airbnb, Nabobil og Uber gjør på denne måten forbrukeren oppmerksom på at vedkommende godtar vilkårene når brukerkonto registreres. Ingen av plattformene tvinger forbrukeren gjennom et steg hvor man må bla gjennom vilkårene, noe som ikke er helt uvanlig ved digital godkjenning av standardvilkår. De gjør derimot vilkårene tilgjengelig gjennom en lenke ved siden av boksen man må huke av i før registrering kan fullføres.

Som generelt utgangspunkt må dette være tilstrekkelig. Når forbrukeren blir tvunget til å huke av i en boks for å godta standardvilkårene, gir det den nødvendige oppfordringen til å gjøre seg kjent med disse. Om dette er tilstrekkelig i et konkret tilfelle, må være avhengig av det nærmere innholdet og utformingen av de enkelte vilkår.

Fra Høyesterettspraksis er Rt. 1964 s. 838 illustrerende. Saken gjaldt gyldigheten av et vilkår om ansvarsfraskrivelse i forbindelse med en strømbestillingsavtale. Eieren av et gårdsbruk vant ikke frem med sin anførsel om at han ikke var kjent med vilkåret. Førstvoterende bygget avgjørelsen på tre hovedbegrunnelser, og fikk tilslutning fra samtlige dommere. For det første var ansvarsfraskrivelsen utvetydig og omfattet «klart og tydelig» det tilfellet som forelå. For det andre kunne ikke abonnenten «påberope seg uvitenhet om hva [leveringsbetingelsene] gikk ut på», fordi han måtte vite at det fantes bestemmelser for avtaleforholdet mellom ham og strømleverandøren. For det tredje var ikke ansvarsfraskrivelsen «en bortgjemt klausul» ettersom den fremgikk i vilkårenes § 14 under overskriften «Fritagelse for ansvar».⁵⁶

Dommen viser at de nevnte forholdene kan ha innvirkning på om det enkelte vilkår i standardavtalen kan anses som vedtatt av forbrukeren. Også andre forhold kan ha slik innvirkning, som for eksempel i den nevnte Agurkpinnedommen. Det er rimelig at kravene skjerpes hvor vilkårets innhold har negativ innvirkning på forbrukerens rettsstilling overfor avtalemotparten. Woxholth trekker ansvarsfraskrivelse frem som eksempel på et typisk vilkår som etter sitt innhold kan heve terskelen for vedtakelse.⁵⁷

De kravene som stilles til plattformenes synliggjøring av vilkår om at de selv ikke skal være part i delingsavtaler, må vurderes opp mot disse momentene. Eksempelvis er pkt. 8 i Nabobils

⁵⁶ Rt. 1964 s. 838 (s. 840-841).

⁵⁷ Geir Woxholth, *Avtaleinngåelse – i og utenfor avtaleloven*, Oslo 1995 s. 104.

vilkår for utleier og vilkår for leietaker utvetydig og fremhevet gjennom overskriften «Ansvarsfraskrivelse». Airbnbs vilkår er noe mer utilgjengelig, men likevel utvetydig. I tillegg underbygges det gjengitte vilkåret av andre vilkår, for eksempel om at delingsavtalene inngås mellom «host» og «guest». Det står ikke eksplisitt i vilkårene at Uber selv ikke er part, men det fremgår forholdsvis klart i det gjengitte vilkåret, og underbygges dessuten av andre bestemmelser i standardavtalen.⁵⁸

Sammenliknet med Høyesterettsdommene hvor gyldigheten av vilkår om ansvarsbegrensning og ansvarsfraskrivelse var til vurdering, har ikke standardvilkår om at en mellommann ikke skal være part i en avtale like stor negativ innvirkning for forbrukeren. En ansvarsfraskrivelse eller -begrensning i en avtale mellom to parter overfører risiko fra den ene parten til den andre. En plattforms vilkår om at de ikke skal være bundet av delingsavtaler overfører risiko til både forbruker og tilbyder. Selv om utgangspunktet er at plattformen opptre i eget navn, er avtaleordninger som innebærer mellommann på ingen måte urimelig eller i strid med deklarasjonsrett, slik som i den nevnte Agurkpinningdommen. En slik bestemmelse representerer således ikke en særlig stor overraskelse for forbrukeren. Etter vilkårets innhold kan det nok derfor ikke oppstilles noen skjerpede krav ved den konkrete vurderingen av om vilkåret er vedtatt. Vilket må derfor anses akseptert, så lenge bestemmelsen ikke fremstår som en bortgjemt klausul, og det ikke foreligger andre omstendigheter som tilsier at plattformen ikke hadde noen berettiget forventning om forbrukerens aksept.

Det fremstår som ganske klart at kombinasjonen mellom de nevnte plattformenes utforming av standardvilkår, og oppfordring til å sette seg inn i vilkårene, tilfredsstillende de krav som stilles til at de aktuelle standardvilkår må anses vedtatt ved inngåelse av registreringsavtale. De momenter som her er nevnt som relevante i forbindelse med vurderingen kan ikke anses uttømmende. Ved vurdering av andre plattformer kan også andre momenter ha betydning.

3.3.2 Markering gjennom organiseringen av nettsider og applikasjon

Selv om man kan forvente at plattformenes standardvilkår inneholder bestemmelser om at plattformen selv ikke er part i delingsavtalene, kan plattformen også markere dette på annen måte. Vurderingstemaet vil være det samme som ovenfor, altså hvorvidt plattformens mellommannrolle er gjort synlig for forbrukeren, slik at plattformen har en «berettiget

⁵⁸ Ubers Avtalevilkår pkt. 5 om ansvarsfraskrivelse, ansvarsbegrensning og skadesløsholdelse.

forventning» om at forbrukeren har bundet seg til at delingsavtalene inngås med en tilbyder, som ikke er plattformen, som motpart.

Dersom markeringen skal fremkomme før inngåelse av registreringsavtalen, vil det mest praktiske være at det kommer opp en melding i løpet av registreringsprosessen eller ved at det står skrevet på førstesiden til plattformens nettside eller applikasjon, hvem som skal hefte for de ytelser som følger av delingsavtalene.

Ettersom avtalekonstruksjonen innebærer flere avtaleforhold, er det også en mulighet at markeringen skjer ved inngåelse av delingsavtalen. I så fall vil det ikke følge av registreringsavtalen at plattformen ikke skal være part i fremtidige delingsavtaler. Gjennom plattformens organisering av sine nettsider og applikasjon kan det sikres at forbrukeren binder seg til at delingsavtalen inngås med en tilbyder som motpart, og med plattformen som mellommann.

Også ved en slik løsning kan en melding eller informasjon på en førsteside tjene som markering av hvem som hefter for ytelsen. Hverken Airbnb, Nabobil eller Uber har slike løsninger. Forutsatt at det heller ikke er markert at plattformen ikke skal være bundet av delingsavtalene ved registrering, for eksempel gjennom standardvilkårene, er det interessant å se nærmere på hvilke steg man må gjennom for å inngå delingsavtaler gjennom de forskjellige plattformene.

Airbnb og Nabobil har forholdsvis like løsninger. Når man trykker seg inn på en annonse fremgår fornavnet på den personen som har lagt ut annonsen. Hos Airbnb har navnet sentral plassering både i applikasjonen og på nettstedet. Nabobils applikasjon er ikke like tydelig, selv om navnet vises uten at man behøver å scrolle for å se navnet. På nettsidene til Nabobil kommer navnet tydeligere frem, og man ser også bilde av tilbyder før man trykker på annonsen. Det er et signal om at avtale om leie av leilighet eller bil inngås med noen andre enn plattformen.

Disse plattformene utelukker imidlertid enhver tvil gjennom at forbruker og tilbyder automatisk tvinges til å opprette kontakt i en chat-boks for å bli enig om sentrale punkter i avtalen, som for eksempel overleveringstid- og sted. Denne praksisen gjør det så tydelig hvem som er avtaleparter, at det strengt tatt ikke kan være snakk om at plattformen opptrer i eget navn. Rettslig er det derfor, for Airbnb og Nabobil, ikke nødvendig å vurdere hvorvidt det er «markert eller klart forutsatt» at plattformen ikke skal være bundet av avtalen. Det er ingen

tvil om at tilbyder og forbruker har bundet seg til å inngå delingsavtale med hverandre, med plattformen som mellommann.

Dette står i sterk kontrast til måten Ubers applikasjon er utformet. Gjennom GPS-funksjonen kan forbrukeren velge reiserute for bestillingen. Når forbrukeren har valgt hvilken Uber-tjeneste han ønsker og tidspunkt for henting, kan turen bestilles uten noe mer informasjon, utenom at det er mulig å se tilgjengelige biler på kartet. Uber opptrer i denne sammenheng i eget navn uten at det er markert at de ikke skal være bundet av delingsavtalen. Forbrukeren er imidlertid bundet av registreringsavtalen, hvor det er avtalt at Uber er mellommann.

3.4 Oppsummering

Gjennomgangen av prosessen ved inngåelse av registreringsavtaler og delingsavtaler på Airbnb, Nabobil og Uber viser at disse plattformene enten opptrer i fremmed navn eller markerer gjennom standardvilkår, og oppfordring til forbrukeren om å lese disse, at de selv ikke skal være bundet av avtalen.

Plattformene kan sørge for tilstrekkelig markering før inngåelse av registreringsavtale, men også før inngåelse av de enkelte delingsavtaler. Gjennom å sette tilbyder og forbruker i direkte kontakt med hverandre før inngåelse av delingsavtale, kan plattformen også fjerne enhver tvil om den opptrer i fremmed navn.

Likevel må utgangspunktet være at når forbrukeren inngår avtale på et nettsted eller en applikasjon, kan han forutsette at det er innehaveren som er avtalemotpart. Kravet til at plattformen må opptre i fremmed navn, eller markere at den ikke skal bli bundet, er så strengt at det ikke skal særlig mye til før plattformen selv må anses som part. Dersom Uber enten ikke hadde en lenke til standardvilkårene ved inngåelse av registreringsavtale, eller bestemmelsene om ansvarsfraskrivelse i større grad var bortgjemt eller tvetydig, ville det ikke vært overraskende om en domstol hadde funnet at de måtte anses som part i delingsavtalene som springer ut fra de gjeldende registreringsavtalene.

4 Plattformens mislighold som ansvarsgrunnlag for erstatning

Forutsatt at plattformen selv ikke er part i avtalen, kan plattformens forpliktelser overfor forbruker deles i tre kategorier. For det første kan plattformen ha forpliktelser etter den avtalen den har inngått med forbrukeren. For det andre kan lovregler for avtaletypen pålegge plattformen forpliktelser. Til sist kan plattformen dessuten ha forpliktelser uavhengig av de inngåtte avtalene, med grunnlag i ulovfestede mellommannregler.

Som gjennomgått ovenfor (kap. 2) innebærer avtaleforholdet mellom plattform og forbruker få eksplisitte forpliktelser. Dersom plattformens standardvilkår inneholder bestemmelser om erstatning, er ansvaret ofte svært begrenset, for eksempel slik at ansvar bare er aktuelt ved grov uaktsomhet eller forsett. Plattformens erstatningsansvar kan heller ikke bygge direkte på lovregler.

Plattformen kan imidlertid ha forpliktelser overfor forbrukeren på grunnlag av ulovfestede regler. Dersom bakgrunnsretten innebærer forpliktelser for plattformen, kan avtalen måtte utfylles slik at forpliktene anses som del av avtalen. Enkelte lovregler for lignende avtaletyper kan etter omstendighetene komme til anvendelse ved analogi eller som uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

Dersom delingsavtalen ikke gjennomføres som forutsatt og forbrukeren ønsker å rette krav mot plattformen, må grunnlaget søkes i ulovfestede regler om ansvarsgrunnlag for erstatning i kontraktsforhold eller i alminnelige regler om skadeserstatning.

Avhandlingens tema er i utgangspunktet avgrenset mot delikterstatning. Dersom en digital plattform gjennom egen uaktsomhet påfører en forbruker et tap, kan det tenkes at en domstol vurderer erstatningsansvaret på bakgrunn av de alminnelige reglene om skadeserstatning. Generelle spørsmål om erstatning som følge av brudd på slike regler faller utenfor avhandlingens rammer.

Digitale plattformer kan imidlertid både ha forpliktelser som skriver seg fra kontraktsforholdet med forbrukeren og fra den ulovfestede mellommannsretten. Særegenhetene i delingsøkonomiens avtalekonstruksjon kan derfor gjøre det problematisk å operere med skarpe skiller mellom alminnelig skadeserstatning og kontraktserstatning. Utgangspunktet for denne avhandlingen er likevel plattformers kontraktsrettslige ansvar.

I kapittel 5 vurderes derfor først hvilke forpliktelser som følger av registreringsavtalen og hvorvidt det stilles krav om at en part må utvise skyld for å bli erstatningsansvarlig, dersom avtalen er taus om dette. I kapittel 6 vurderes skyldkravet i andre mellommannsforhold, og hvorvidt analogisk anvendelse av disse gir grunnlag for å begrense avtalefriheten, slik at avtalen må utfylles med en annen regel om skyldkrav enn det som alminnelig gjelder i kontraktsretten. Den alminnelige lojalitetsplikts funksjon i vurderingen av plattformens erstatningsansvar overfor forbruker, og det særlige skyldkravet for at en adferd skal kunne betegnes som rettslig illojal, behandles i kapittel 7. Avslutningsvis vurderes forholdet mellom det som er skrevet om plattformens erstatningsansvar og plattformens ansvarsfraskrivelser, i kapittel 8.

5 Avtalte vilkår i registreringsavtalen

5.1 Innledning

Plattformens brudd på de forpliktelser som eksplisitt følger av registreringsavtalen med forbruker er utvilsomt ansvarsgrunnlag som kan føre til erstatningsplikt for plattformen, dersom de øvrige vilkår for erstatning er oppfylt.

Hvilke plikter plattformen har i avtalen med forbruker er et ordinært avtalerettslig tolknings spørsmål. Hvorvidt plattformen har misligholdt én eller flere av disse forpliktelsene må løses på bakgrunn av vanlige regler om mangel eller forsinkelse. Det er av begrenset interesse å gå i dybden på disse spørsmålene, men for å bygge et grunnlag for de videre drøftelsene, er det likevel nødvendig å kartlegge hvilke forpliktelser plattformer typisk påtar seg, og særlig hva de fraskriver seg ansvar for, gjennom disse avtalene.

Som det fremgår ovenfor (kap. 2) vil plattformenes standardvilkår sjelden kunne tjene som selvstendig rettsgrunnlag for plattformens egen erstatningsplikt ved mislighold av delingsavtaler, med mindre plattformen har forsømt eksplisitte bestemmelser i registreringsavtalen og dermed påført forbrukeren et økonomisk tap.

5.2 Airbnb

Airbnb kaller seg selv en markeds plass på internett,⁵⁹ og understreker at de ikke er ansvarlig for annonser eller de tjenester som tilbys gjennom annonsene. Det fremgår dessuten av standardvilkårene at Airbnb ikke er deltaker (”participant”) i kontraktsforholdet mellom tilbyder og forbruker:

«As the provider of the Airbnb Platform, Airbnb does not own, create, sell, resell, provide, control, manage, offer, deliver, or supply any Listings or Host Services. Hosts alone are responsible for their Listings and Host Services. When Members make or accept a booking, they are entering into a contract directly with each other. Airbnb is not and does not become a party to or other participant in any contractual relationship between Members, nor is Airbnb a real estate broker or insurer. Airbnb is not acting as

⁵⁹ Airbnb Terms of Service pkt. 1.1.

an agent in any capacity for any Member, except as specified in the Payments Terms.»⁶⁰

Videre avviser Airbnb enhver form for garanti i forbindelse med annonser lagt ut av tilbydere:

«While we may help facilitate the resolution of disputes, Airbnb has no control over and does not guarantee (i) the existence, quality, safety, suitability, or legality of any Listings or Host Services, (ii) the truth or accuracy of any Listing descriptions, Ratings, Reviews, or other Member Content (as defined below), or (iii) the performance or conduct of any Member or third party. Airbnb does not endorse any Member, Listing or Host Services. Any references to a Member being "verified" (or similar language) only indicate that the Member has completed a relevant verification or identification process and nothing else. Any such description is not an endorsement, certification or guarantee by Airbnb about any Member, including of the Member's identity or background or whether the Member is trustworthy, safe or suitable. You should always exercise due diligence and care when deciding whether to stay in an Accommodation, participate in an Experience or Event or use other Host Services, accept a booking request from a Guest, or communicate and interact with other Members, whether online or in person. Verified Images (as defined below) are intended only to indicate a photographic representation of a Listing at the time the photograph was taken, and are therefore not an endorsement by Airbnb of any Host or Listing.»⁶¹

Ansvarsbestemmelsen i vilkår for tjenestene bestemmer at Airbnb er ansvarlig for uaktsomt brudd på egne «essential contractual obligations» (pkt. 2.3.2). Disse er definert som forpliktelser forbrukeren forventer, og må forvente, oppfylles for at kontrakten skal gjennomføres på riktig måte. Sett i sammenheng med ansvarsfraskrivelsene som fremgår av vilkårenes pkt. 1, og at standardvilkårene ellers ikke pålegger Airbnb klare forpliktelser, er det ikke lett å se hva ansvaret for «essential contractual obligations» er ment å omfatte. Ettersom vilkårene eksplisitt bestemmer at Airbnb ikke er deltaker i delingsavtalene, er det mest nærliggende å anta at pkt. 17.2 regulerer Airbnbs ansvar dersom de selv, eller noen som kan

⁶⁰ Airbnb Terms of Service pkt. 1.2.

⁶¹ Airbnb Terms of Service pkt. 1.3.

identifiseres med dem, opptrer i strid med det som etter pkt. 1 i standardvilkårene skal være omfanget av Airbnbs tjenester.

Betalingsgjennomføring kan være et eksempel på en ytelse Airbnb selv kan misligholde. Alle brukere av Airbnbs plattform må, i tillegg til de generelle tjenestevilkårene, godta Airbnbs betalingsvilkår.⁶² Ansvarsbestemmelsen her er likelydende med tilsvarende bestemmelse i tjenestevilkårene.⁶³ Betalingsvilkårene bestemmer at det er Airbnb som er ansvarlig for betalingsgjennomføring.⁶⁴ Dette er utvilsomt en vesentlig forpliktelse som omfattes av ordlyden i pkt. 17.2, og dermed kan tjene som selvstendig erstatningsgrunnlag, dersom betalingsgjennomføringen misligholdes av Airbnb, og det fører til økonomisk tap for forbrukeren.

5.3 Nabobil

Etter Nabobils vilkår for leietakere er Nabobil.no en tjeneste som setter bileiere og leietakere i kontakt med hverandre:

«Nabobil.no er en tjeneste som hjelper bileiere og leietakere med å komme i kontakt på en enkel og effektiv måte. Nabobil tilbyr en plattform for avtaleinngåelse mellom utleier og leietaker, samt håndtering av leiebetaling og etablering av Utleieforsikringen som nærmere beskrevet i disse vilkår for leietakere. Nabobil skal ikke under noen omstendighet anses part i noen avtale om leie av bil.

Nabobil frasier seg uttrykkelig ethvert ansvar for leieavtalens oppfyllelse, dette inkluderer, men er ikke begrenset til, tap som følge av at bilen ikke er tilgjengelig på avtalt sted eller tidspunkt, feil eller mangler ved en bil, samt utleiers øvrige handlinger eller passivitet.»⁶⁵

Foruten bestemmelsen om at Nabobil er ansvarlig for betalingsoppgjør, stadfester vilkårene ikke andre forpliktelser for plattformen:

«Nabobil foretar oppgjør til utleier. Din betaling av leie eller andre utestående beløp kan derfor utelukkende skje med befriende virkning til Nabobil. Utleier har ikke rett til

⁶² Airbnb Payments Terms of Service.

⁶³ Airbnb Payments Terms of Service pkt. 18.2.

⁶⁴ Airbnb Payments Terms of Service pkt. 1.1.

⁶⁵ Nabobil Vilkår for leietakere pkt. 8.

å kreve noe vederlag fra deg i forbindelse med leieavtalen utover det som innkreves av Nabobil i samsvar med leieavtalen.»⁶⁶

Dersom Nabobil misligholder sine forpliktelser etter denne bestemmelsen, og dermed påfører forbrukeren et økonomisk tap, vil det være et kontraktsbrudd som kan fungere som ansvarsgrunnlag for forbrukerens erstatningskrav mot plattformen. Dette kan for eksempel skje ved at forbrukeren ikke får tilgang til bilen, som følge av at Nabobil ikke fullfører betalingsoppgjøret før overlevering.

5.4 Uber

Etter standardvilkårene er Uber en teknologiplattform som setter uavhengige tredjepartsleverandører (sjåførere) i kontakt med forbrukere for å sette opp plan for transport:

«[...] DU ER INNFORSTÅTT MED AT UBER IKKE LEVERER TRANSPORT-
ELLER LOGISTIKKTJENESTER ELLER FUNGERER SOM
TRANSPORTSELSKAP OG AT ALLE SLIKE TRANSPORT- ELLER
LOGISTIKKTJENESTER LEVERES AV UAVHENGIGE
TREDJEPARTSKONTRAKTØRER SOM IKKE ER ANSATT AV UBER ELLER
NOEN AV DERES DATTERSELSKAPER.»⁶⁷

I likhet med Airbnb og Nabobil, har Ubers vilkår også bestemmelser om ansvarsfraskrivelser og begrensninger (se pkt. 2.2.3).⁶⁸ Også Uber står for betalingsgjennomføring mellom partene:

«[...] Etter at du har mottatt tjenester eller varer som er skaffet gjennom din bruk av tjenestene, vil Uber legge til rette for din betaling av de aktuelle beløp på vegne av tredjepartsleverandøren som denne tredjepartsleverandørens agent for begrenset betalingsinnkreving [...]»⁶⁹

⁶⁶ Nabobil Vilkår for leietakere pkt. 4 under overskriften «Betalingsmottaker».

⁶⁷ Ubers avtalevilkår pkt. 2.

⁶⁸ Ubers avtalevilkår pkt. 5.

⁶⁹ Ubers avtalevilkår pkt. 4.

Til forskjell fra Airbnb og Nabobil åpner Uber, gjennom standardvilkårene, for ansvar for «FORSINKELSE ELLER SVIKT I YTELSEN» så lenge dette ikke skyldes årsaker «UTENFOR UBERS RIMELIGE KONTROLL».⁷⁰

5.5 Mangler ved plattformens egne tillitsmekanismer og brukeromtaler

De fleste digitale plattformer legger til rette for at både tilbydere og forbrukere kan vurdere hverandre gjennom brukeromtaler, eller alternative måter å rangere hvor fornøyd man er med avtalemotpartens gjennomføring av delingsavtalen. For en forbrukers eventuelle krav mot plattformen etter en tilbyders mislighold, kan brukeromtaler tenkes å få betydning på to ulike måter. For det første kan plattformens håndtering og organisering av hvordan brukeromtaler kommer til syne for forbrukeren, tenkes å ha betydning i vurderingen av om plattformens adferd er i strid med lojalitetsplikten. Dette behandles i avhandlingens pkt. 7.4. For det andre praktiserer enkelte plattformer en ordning hvor tilbydere som ikke tilfredsstillende minimumsstandard som plattformer setter, utelukkes fra å tilby tjenester gjennom plattformen. Også andre tillitsmekanismer som håndheves av plattformene kan ha tilsvarende funksjon, som for eksempel identitetsverifikasjon eller bakgrunnsjekk av tilbydere.

Dersom en plattform operer med én eller flere slike tillitsmekanismer, som er ment å være bestemmende for om den aktuelle tilbyderen gis anledning til å tilby tjenester gjennom plattformen, aktualiseres spørsmålet om hva som skjer dersom tillitsmekanismen ikke fungerer slik den er ment å gjøre. Problemstillingen er her om slike tillitsmekanismer må anses som en forpliktelse plattformen påtar seg ved å inngå registreringsavtalen, som kan misligholdes og dermed være grunnlag for et erstatningskrav fra forbrukeren mot plattformen. Hvorvidt slike tillitsmekanismer må anses som en forpliktelse i registreringsavtalen er et tolkningsspørsmål, og må vurderes ut fra den informasjon forbruker mottar ved registrering.

Airbnb har inntatt en bestemmelse i standardkontrakt som gir plattformen rett til blant annet å sensurere annonser, begrense tilgang til plattformens tjenester og midlertidig eller permanent ekskludere en Airbnb-konto.⁷¹ Sanksjonen avhenger av alvorlighetsgraden av brukerens brudd på registreringsavtalen. Både kansellering på kort varsel, dårlige brukeromtaler over tid

⁷⁰ Ubers avtalevilkår pkt. 5 andre avsnitt.

⁷¹ Airbnb Terms of Service pkt. 15 første avsnitt.

og andre forhold kan gi grunnlag for sanksjoner. Det er imidlertid ingen punkter i avtalen som kan tolkes slik at Airbnb har en eksplisitt avtalt forpliktelse overfor forbrukersiden, om å gjennomføre sanksjoner mot tilbydersiden, eller motsatt. Tvert imot følger det i det påfølgende punkt at bruk av plattformen skjer på egen risiko:

«If you choose to use the Aibnb Platform or Collective Content, you do so at your sole risk. The Airbnb Platform and Collective Content is provided «as is», without warranty og any kind, either express og implied.»⁷²

Airbnb avviser dessuten at gjennomføring av identitetsverifikasjon eller bakgrunnssjekk innebærer en garanti om at en bruker ikke tidligere har misligholdt delingsavtaler, eller kommer til å gjøre det i fremtiden.⁷³

Det er for øvrig ingen andre omstendigheter i prosessen ved inngåelse av registreringsavtale, som er egnet til å gi forbrukeren en forventning om at de nevnte tillitsmekanismene forplikter Airbnb til å gjennomføre sanksjoner.

Nabobil har inntatt en bestemmelse i sine bruksvilkår om at brukerkontoer kan avsluttes eller suspenderes, når som helst og uansett grunn.⁷⁴ På samme måte som for Airbnb, kan det ikke tolkes inn en forpliktelse for Nabobil om å gjennomføre sanksjoner. Det er heller ingen holdepunkter for at det må anses avtalt i registreringsavtalen at Nabobil er forpliktet til å gjennomføre hverken bakgrunnssjekk, identitetsverifikasjon eller benytte andre tillitsmekanismer.

Heller ikke registreringsavtalen mellom forbruker og Uber innebærer denne type forpliktelse. Uber gjennomfører imidlertid mer grundige bakgrunnssjekker av sjåførere,⁷⁵ men dette presenteres ikke for forbrukeren på en slik måte at det kan anses som en del av registreringsavtalen.

Basert på registreringsavtalene som inngås mellom forbrukere og de plattformer som er gjenstand for nærmere undersøkelse i avhandlingen, bærer tillitsmekanismene preg av å være uforpliktende tiltak for å sørge for akseptabel kvalitet på tjenestene som tilbys gjennom

⁷² Airbnb Terms of Service pkt. 16 første avsnitt.

⁷³ Airbnb Terms of Service pkt. 16 tredje avsnitt.

⁷⁴ Nabobil Bruksvilkår

⁷⁵ Se Ubers nettsider (uber.com) <https://www.uber.com/info/uber-norge/fakta/> (mars 2018).

plattformen. Sanksjonsbestemmelsene må regnes som hjemler for plattformen til å gjennomføre sanksjoner, ikke som kvalitetsgarantier for forbrukerne. Selv om tillitmekanismene og tilhørende sanksjonsmuligheter ikke kan anses som forpliktelser plattformen har overfor forbruker, kan det likevel ikke utelukkes at plattformens håndtering av tillitmekanismene kan ha betydning for vurderingen av plattformens erstatningsansvar etter alminnelige regler om skadeserstatning eller som moment i vurderingen av brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten.

5.6 Hvilken skyldgrad er avtalt i registreringsavtalene?

Som nevnt innebærer Airbnbs standardkontrakt generelt ansvar for grov uaktsomhet og forsett, og ansvar for uaktsomhet ved brudd på vesentlige kontraktsforpliktelser.⁷⁶ Ubers standardkontrakt innebærer ansvar for forhold innenfor Ubers rimelige kontroll,⁷⁷ mens Nabobils standardkontrakter kun inneholder ansvarsfraskrivelser. Det nevnte bestemmelsene hos Airbnb og Uber er imidlertid så begrenset at det er utelukket at disse kommer til anvendelse på slike typetilfeller som ligger til grunn for avhandlingen. Særlig dersom de leses i sammenheng med ansvarsfraskrivelsene, fremstår det tydelig at ingen av plattformene har ment å påta seg erstatningsansvar for tilbyders mislighold.

Problemstillingen her er derfor hvilken grad av skyld som kreves for at en plattform skal holdes ansvarlig for tilbyders mislighold. Dette er et spørsmål om utfylling av registreringsavtalen med en erstatningsregel. De teoretiske ytterpunktene strekker seg fra et rent objektivt ansvar for tilbyders mislighold til at erstatningsspørsmålet er uttømmende regulert i avtalen, og at plattformen dermed ikke kan holdes ansvarlig for tilbyders mislighold. Utgangspunktet i kontraktsretten er en alminnelig regel om kontrollansvar, som i det minste gjelder for generiske ytelser.⁷⁸ Dette ble lagt til grunn av mindretallet i Rt. 2008 s. 537 (avsnitt 58). Flertallet fant at det ikke forelå et kontraktsforhold, og kontrollansvar var derfor utelukket. Dissensen er ikke knyttet til synet på rekkevidden av kontrollansvaret, slik det ble beskrevet av mindretallet:

«Innenfor kontraktsretten er den alminnelige regel antatt å være at debitor ved mislighold av generisk bestemte forpliktelser hefter på objektivt grunnlag, men dersom

⁷⁶ Airbnb Terms of Service pkt. 17.2.

⁷⁷ Ubers avtalevilkår pkt. 5.

⁷⁸ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 522.

misligholdet skyldes en hindring som ligger utenfor debtors kontroll, og som han ikke med rimelighet kan forventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden, blir han fri for ansvar såfremt hindringen er av en slik karakter at det ikke med rimelighet kan ventes at han har kunnet unngå eller overvinne følgene av den («kontrollansvar») ... Dersom det ikke finnes særlig lovregulering, må ordningen med kontrollansvar også gjelde utenfor kjøpslovgivningens område, men slik at den på ulovfestet grunnlag bare gjelder for generisk bestemte forpliktelser».

Betydningen av skillet mellom individuelt og generisk bestemte ytelser har vært gjenstand for betydelig debatt i litteraturen.⁷⁹ Diskusjonen dreier seg om kontrollansvaret må anses å ha fått så stort gjennomslag gjennom kontraktslovgivningen, at det også må anses som den alminnelige regelen for de ulovfestede tilfeller uavhengig av ytelsens art.⁸⁰

Spørsmålet er hvordan denne diskusjonen passer for den type kontraktsforhold som er tema i avhandlingen. Rekkevidden av regelen om kontrollansvar bygger i stor grad på det man i norsk rett anser som prinsipper som kommer til uttrykk i kjøpslovgivningen, og andre lovregulerte kontraktsforhold. Når det gjelder rekkevidden for kontrollansvaret i ulovfestede tilfeller, argumenterer Hov for at den aktuelle avtaletypen må være bestemmende:

«For min egen del vil jeg anta at en bør skille mellom de ulovfestede tilfellene, slik at en går ut fra at det gjelder et kontrollansvar for avtaler som ligger nær opp til, men ikke omfattes av, de lovfestede regler om slikt ansvar.»⁸¹

De kontraktslovene som har innført kontrollansvar regulerer ikke mellommannsforhold.⁸² Plattformens typiske ytelser er så forskjellig fra ytelser i de avtaletyper hvor et lovfestet kontrollansvar ligger til grunn at det er nødvendig å se hen til hvordan skyldkravet er regulert i andre mellommannsforhold, for å fastlegge den alminnelige erstatningsregelen for digitale plattformer. På denne bakgrunn er det ikke hensiktsmessig med en inngående generell drøftelse av kontrollansvaret, uten først å gjennomgå de regler som gjelder for ulike mellommanns erstatningsansvar. Dette er tema i kapittel 6.

⁷⁹ Se Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte*, 2. utgave, Oslo 2002 s. 207 og 208 og Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 522.

⁸⁰ F.eks. Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 521 flg.

⁸¹ Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte*, 2. utgave, Oslo 2002 s. 208.

⁸² F.eks. kjøpsloven §§ 27 og 40, håndverkertjenesteloven § 28 og avhendingslova §§ 4-5 (1) og 4-14.

5.7 Oppsummering

Felles for plattformene som omtales ovenfor er at de er ansvarlig for gjennomføring av betalingsytelsen i delingsavtalene. For øvrig bærer registreringsavtalene preg av ansvarsfraskrivelser. I den grad det er avtalt konkrete forpliktelser for plattformene i registreringsavtalene, kan brudd på disse tjene som ansvarsgrunnlag for plattformens erstatningsplikt.

Plattformens tillitsmekanismer kan ikke uten videre forstås som avtalte forpliktelser om å gjennomføre sanksjoner mot tilbyder, til beskyttelse for forbruker. I konkrete tilfeller kan det likevel tenkes at en plattformes standardkontrakter eller organisering av nettsted og applikasjon innebærer et løfte til forbruker om å utestenge tilbydere som ikke tilfredsstiller gitte krav, for eksempel på grunn av dårlige brukertaler.

Dersom plattformene i det hele tatt regulerer eget erstatningsansvar i standardkontrakt, er ansvaret ofte svært begrenset. Det må derfor vurderes hvilket skyldkrav som gjelder for plattformens erstatningsansvar. Etersom det i liten grad er avtalt forpliktelser for plattformen i plattformenes standardvilkår, er det dessuten nærliggende å vurdere hvorvidt denne type avtaler må utfylles på bakgrunn av ulovfestede regler, og eventuelt om slike kan danne grunnlag for kontraktsforpliktelser som ved kontraktsbrudd kan møtes med misligholdsbeføyelser.

6 Utfylling av registreringsavtaler med grunnlag i lovregler og praksis om mellommenns erstatningsansvar

6.1 Innledning

Problemstillingen her er om registreringsavtalen mellom plattform og forbruker må utfylles med en særskilt erstatningsregel for plattformens ansvar ved tilbyders mislighold. Grunnlaget for en slik regel må søkes med utgangspunkt i erstatningsregler for andre mellommannsforhold. Siktemålet er å slå fast om det gjelder en annen erstatningsregel i mellommannsforhold, som også bør komme til anvendelse for digitale plattformer. Dersom det ikke er grunnlag for en slik annen regel, må det alminnelige utgangspunkt om kontrollansvar i avtaler om genusytelser legges til grunn, og i så fall aktualiseres betydningen av skillet mellom genusytelser og individuelt bestemte ytelser.

Mellommansretten er delvis lovfestet i forbrukerkjøpsloven, pakkereiseloven,⁸³ agenturloven og kommisjonsloven,⁸⁴ som alle innehar bestemmelser om mellommenns erstatningsansvar. Flere sider av eiendomsmeglers virksomhet er lovfestet, men erstatningsansvaret er ulovfestet. Det finnes også en rekke andre typer mellommenn, hvor enkelte er særskilt regulert. De mest sentrale erstatningsreglene er likevel de som gjelder for de nevnte mellommannstyper.

Erstatningsreglene som gjelder for de ulike mellommannsformer skiller seg fra hverandre når det gjelder krav om skyld. Mellommenn i forbrukerkjøp og pakkereiseavtaler er solidarisk ansvarlig med selgers kontraktsforpliktelser, henholdsvis jf. fkjl. § 1 fjerde ledd og pakrl. § 7-1 første ledd. Handelsagenter er ansvarlig for egen uaktsomhet, men slik at det er opp til agenten selv å bevise at han ikke har opptrådt uaktsomt, jf. agl. § 8 første ledd. Eiendomsmeglere er ansvarlig for egen uaktsomhet, jf. blant annet Rt. 1998 s. 7. Det samme gjelder kommisjonærer, jf. kml. § 17.

De forskjellige reglene om mellommenns erstatningsansvar behandles i det følgende, med sikte på å utlede en erstatningsregel for digitale plattformers erstatningsansvar. Problemstillingen er om det finnes regler som kommer til anvendelse i vurderingen av

⁸³ Lov 25. august 1995 nr. 57 om pakkereiser og reisegaranti (pakrl.).

⁸⁴ Lov 30. juni 1916 nr. 1 om kommisjon (kml.).

plattformers erstatningsansvar, enten ved analogi eller som uttrykk for et alminnelig mellommannsrettslig prinsipp. I det videre behandles derfor først lovbestemmer om solidaransvar for mellommenn. Deretter behandles agenturlovens bestemmelse om uaktsomhet med omvendt bevisbyrde, før uaktsomhetsansvaret til eiendomsmeglere og kommisjonærer vurderes. Til slutt gjøres en oppsummering, hvor det vurderes hva som kan fungere som hovedregel for digitale plattformers erstatningsansvar overfor forbruker.

6.2 Regler om objektivt solidaransvar med tilbyders kontraktsforpliktelser

Som redegjort for ovenfor kommer ikke forbrukerkjøpsloven direkte til anvendelse på avtaler i delingsøkonomien, fordi disse ikke innebærer overføring av eierrettigheter (pkt. 2.4.1). For øvrig er vilkårene for å anvende forbrukerkjøpsloven oppfylt, ettersom avtaler mellom privatpersoner blir forbrukerkjøp, dersom avtalen gjennomføres ved bruk av profesjonell mellommann.

Etter fkjl. § 1 fjerde ledd blir en profesjonell mellommann solidarisk ansvarlig med selgerens forpliktelser overfor forbrukeren, dersom forbrukeren ikke har blitt «gjort uttrykkelig oppmerksom på at representanten bare opptrer som mellommann og ikke er solidarisk ansvarlig med selgeren.» Det er ikke krav om at mellommannen må ha utvist skyld. Dette omfatter blant annet mellommenn som formidler salg av ting på internett.⁸⁵ Således kan en formidler som gjør nøyaktig det samme som en digital plattform i delingsøkonomien, være omfattet av ansvarsregelen i fkjl. § 1 fjerde ledd, fordi formidlingen innebærer overføring av eierrettigheter til en «ting». Dette aktualiserer spørsmålet om ansvarsregelen bør komme analogisk til anvendelse i forbrukeravtaler som ikke omfattes av forbrukerkjøpsloven, deriblant overfor den digitale plattformen som mellommann i delingsavtaler.

Likheten i avtaleforholdene i forbrukeravtaler i og utenfor forbrukerkjøpslovens tilsier analogisk anvendelse av ansvarsregelen overfor digitale plattformer. Det er i prinsippet ingenting som rasjonelt kan begrunne dårligere rettslig beskyttelse av forbrukere i leieavtaler, enn for forbrukere i kjøpsavtaler. Forbrukerkjøpslovutvalget var delt i spørsmålet om innføringen av solidaransvar for mellommenn.⁸⁶ Mindretallet ønsket en slik regel, og viste

⁸⁵ Se Ole-Andreas Rognstad, *Mellommenns sivilrettslige ansvar ved handel på Internett*, København 2004 s. 38.

⁸⁶ NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov s. 43.

blant annet til de hensyn som ligger til grunn for solidaransvarsregelen i Sverige. For det første gir regelen kjøperen mulighet til å forholde seg til flere enn selger. For det andre er regelen et insentiv for mellommannen til å undersøke varen. For det tredje er mellommannen ofte mer kyndig enn selgeren. Til sist gir mellommannens mulighet til regress mot selgeren det enklere å godta et slikt solidaransvar. Dessuten viste Sosialistisk Venstreparti og Arbeiderpartiet, som var del av flertallet bak forslaget om solidaransvar i innstillingen til Stortinget, til at regelen «kan motvirke risikoen for at kunden blir utsatt for svindel eller salg som ikke tilfredsstiller lovens krav.»⁸⁷ Samtlige av disse hensyn kan anføres for digitale plattformers solidaransvar med tilbyders kontraktsforpliktelser i delingsavtaler.

Departementet fulgte flertallet i Forbrukerkjøpslovutvalget og anbefalte ikke en slik regel om solidaransvar. Dette begrunnes med at en slik regel er et brudd med norsk rettstradisjon:

«Utvalgsmindretallets forslag innebærer en konstruksjon som går ut på at mellommannen bærer risikoen for noe mer enn det som svarer til hans eller hennes oppdrag. Som utvalget peker på, bryter en slik bestemmelse med grunnleggende prinsipper om mellommannens stilling i norsk rett til nå. Dersom en slik ordning skal innføres, krever det etter departementets oppfatning en tungtveiende begrunnelse, samt en vurdering i bredere sammenheng ...».⁸⁸

Stortinget vedtok imidlertid bestemmelsen, uten en slik bredere vurdering. Dette bør tilsi forsiktighet med å anvende regelen utenfor forbrukerkjøpsforhold. Foruten de hensynene som begrunner regelen, finnes ikke holdepunkter for at lovgiver har ønsket et paradigmeskifte for mellommannens stilling i norsk rett, som et generelt solidaransvar vil innebære. Utvalgets mindretall ser ut til å ha erkjent at deres forslag ville føre til forskjellige regler for mellommenn i og utenfor forbrukerkjøpslovens anvendelsesområde:

«*Utvalgets mindretall* ... innser at et skjerpet mellommannsansvar på dette området vil medføre at formidleren i forbrukerkjøpsforhold vil stå i en særstilling i forhold til andre mellommenn.»

At det er disharmoni mellom forbrukerkjøpsloven, andre forbrukerlover og ulovfestede forbrukerforhold er ikke et ukjent fenomen i norsk rett. Eksempelvis er det ikke lett å forklare

⁸⁷ Innst. O. nr. 69 (2001-02) avsnitt 3.7.2.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 44 (2001-02) s. 56

hvorfor ansvaret for mangler er objektivt etter fkjl. § 33, mens det gjelder kontrollansvar etter lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhl.) § 4-14 (1).⁸⁹ Hov legger til grunn at solidaransvar for mellommenn i forbrukerkjøp er et «forholdsvis markant avvik» i forhold til erstatningsregelen for mellommenn i andre forbrukeravtaler.⁹⁰

Også pakkereiseloven § 7-1 første ledd bestemmer at kundens krav mot arrangøren kan rettes mot formidleren. På samme måte som etter forbrukerkjøpsloven er mellommannen solidarisk ansvarlig med selgeren for hans kontraktsforpliktelser. Ansvarer gjelder uavhengig av om kunden kjenner til at formidleren ikke er kontraktspart, og kompenseres ved at formidleren kan søke regress mot arrangøren, jf. § 7-1 annet ledd.

Begrunnelsen for regelen bygger på at kunden kan ha vanskelig for å bedømme om det er formidleren eller arrangøren som er kontraktspart, at det er rimelig at formidleren bærer risikoen for insolvens hos arrangøren og den praktiske organiseringen hvor norske byråer formidler reiser for utenlandske arrangører.⁹¹ Selv om rimelighetshensyn kan begrunne tilsvarende regel i delingsøkonomien, er det ingen holdepunkter for at bestemmelsen er ment å være anvendelig utenfor pakkereiseforhold.

På denne bakgrunn fremstår det som klart at regelen om mellommenns solidaransvar i pakrl. § 7-1 første ledd og fkjl. § 1 fjerde ledd, er særregler som ikke kan komme analogisk til anvendelse på forhold utenfor lovenes anvendelsesområde, og heller ikke er uttrykk for alminnelige erstatningsregler for mellommenn.

Et interessant poeng i denne sammenheng er imidlertid at det er vesentlige likheter mellom mellommannens solidaransvar i forbrukerkjøp, og presumsjonsregelen om at mellommannen blir part i avtalen dersom det ikke annet er markert eller klart forutsatt mellom partene (pkt. 3.2). Forskjellen er at solidaransvaret etter forbrukerkjøpsloven kan unngås ved at mellommannen *uttrykkelig* opplyser forbruker om at han er mellommann og ikke blir solidarisk ansvarlig, mens det i vurderingen av om en mellommann må anses som part kan tas i betraktning omstendigheter ved avtaleinngåelsen. Det er ikke krav om uttrykkelig beskjed til forbruker.

⁸⁹ Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte*, 2. utgave, Oslo 2002 s. 33.

⁹⁰ Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte*, 2. utgave, Oslo 2002 s. 26.

⁹¹ Ot.prp. nr. 35 (1994-95) s. 25 og 26.

6.3 Regler om uaktsomhet med omvendt bevisbyrde

Det er på det rene at agenturloven ikke kommer direkte til anvendelse ved vurderinger av digitale plattformers erstatningsansvar (pkt. 2.4.3). Problemstillingen her er om agentens ansvar etter agenturlovens erstatningsbestemmelse kan gis analogisk anvendelse for digitale plattformer.

Agenturloven § 8 første ledd bestemmer at den ene parten i en agenturavtale kan kreve erstattet tap som følge av motpartens manglende oppfyllelse av «sine plikter etter agenturavtalen eller etter loven». Bestemmelsens andre punktum legger til grunn et vilkår om uaktsomhet, med omvendt bevisbyrde:

«Dette gjelder ikke hvis den annen part kan bevise at forholdet ikke skyldes feil eller forsømmelse på sin side.»

Det følger av forarbeidene at regelen «er et skyldkrav med omvendt bevisbyrde, noe som ligger nært objektivt ansvar.»⁹²

Etter agl. § 1 første ledd gjelder loven både innkjøpsagent og salgsagent. Erstatningsregelen er således den samme, uavhengig av om agenturavtalen er på kjøper- eller selgersiden. Dersom regelen skal komme til anvendelse for digitale plattformer, må den derfor gjelde både i forholdet mellom plattform og tilbyder, og mellom plattform og forbruker. Som tidligere nevnt, åpner forarbeidene til loven for at bestemmelsene i agenturloven kan gis analogisk anvendelse for andre mellommenn:

«Også i rettspraksis finnes støtte for analogisk anvendelse av kommisjonsloven for forhold som snevert sett faller utenfor ... Arbeidsgruppen er av den oppfatning at tilsvarende regler som i utkastet her bør bli lagt til grunn i lignende distribusjonsforhold så langt det er naturlig.»⁹³

Bakgrunnen for at det vises til kommisjonsloven, er at handelsagenters og -reisendes virksomhet var regulert i kommisjonsloven før vedtakelsen av agenturloven. Når det i forarbeidene åpnes for analogisk anvendelse av bestemmelsene vedrørende handelsagenter, er disse ikke kun rettet mot bestemmelsen om erstatningsansvar. Forarbeidenes henvisning til

⁹² Ot.prp. nr. 49 (1991-92) s. 16

⁹³ Ot.prp. nr. 49 (1991-92) s. 40

rettspraksis gjelder en sak om oppsigelse av en eneforhandlerkontrakt (Rt. 1980 s. 243) og en rederiagents krav på erstatnings for prematur oppsigelse av kontraktsforholdet (Rt. 1989 s. 852). Det er derfor klart at det med «tilsvarende regler som i utkastet her», også siktes til erstatningsbestemmelsen i agenturloven.

Muligheten for analogisk anvendelse er begrenset av forutsetningen om at det må være tale om «lignende distribusjonsforhold». Tidligere, i samme avsnitt, nevnes eneforhandlere, forsikringsagenter, rederiagenter og andre agentforhold utenfor varehandelen, som eksempler på lignende forhold som faller utenfor lovens anvendelsesområde. Den vesentligste årsaken til at de nevnte agentforhold faller utenfor anvendelsesområdet til agenturloven, er at de ikke oppfyller vilkåret om ytelsens art, fordi de ikke driver med varehandel. Eneforhandlere opptrer for egen regning og i eget navn, og havner derfor i en særstilling.⁹⁴ Når det er lagt til grunn at agenturlovens regler kan komme analogisk til anvendelse overfor agenter utenfor varehandelen, må det således baseres på en vurdering av at tilknytningsforholdet agenten har til hovedmann og tredjemann, og virksomheten for øvrig, er så likt at det er naturlig å regulere forholdene på samme måte. Om tilknytningsvilkåret, heter det i agl. § 1 første ledd at handelsagenten:

«selvstendig og over tid [virker] for salg eller kjøp av varer for hovedmannens regning ved å innhente ordrer til hovedmannen ...»

På samme måte som en agent, opptrer plattformen for fremmed regning og i fremmed navn. Plattformens tilknytning til partene i delingsavtalen er derimot annerledes enn en agents tilknytning til hovedmannen og tredjemann. Agenten er i et nærmere forretningsmessig forhold til hovedmannen, som selvstendig oppdragstaker.⁹⁵ Plattformens tilknytning til brukerne er løsere. Eksempelvis vil hovedmannen i noen grad kunne instruere agenten ved utførelsen av agentoppdraget, men en tilbyder eller forbruker må forholde seg lojalt til plattformens vilkår og løsninger.

Forskjellen kan illustreres ved sammenligning av forsikringsagenter og forsikringsmeglere. Forsikringsagentvirksomhet er nevnt som eksempel på forhold som snevert sett faller utenfor

⁹⁴ Ot.prp. nr. 49 (1991-92) s. 40

⁹⁵ Ot.prp. nr. 49 (1991-92) s. 40

agenturloven. Slik virksomhet er legaldefinert i lov 10. juni 2004 nr. 41 om forsikringsformidling (forsikringsformidlingsloven) § 1-2 nr. 4:

«forsikringsformidlingsvirksomhet som består i å tilby forsikringsprodukter for og på vegne av et eller flere forsikringsselskap.»

Forsikringsmegling er definert i forsikringsformidlingsloven § 1-2 nr. 2:

«forsikringsformidlingsvirksomhet som består i å gi kunden råd ut fra en analyse av et så stort antall av de på markedet disponible forsikringsløsninger som mulig, eller virksomhet som består i å presentere kunden for forsikringsløsninger fra et eller flere forsikringsselskaper, uten at det er inngått uttrykkelig avtale med forsikringsselskapet om dette.»

Digitale plattformers tilknytning til partene i delingsavtalen er mer lik tilknytningen en forsikringsmegler har til partene i en forsikringsavtale, enn tilknytningen mellom en forsikringsagent og partene i en forsikringsavtale. Dette viser at det ikke er opplagt at analogier fra agenturloven er naturlig overfor digitale plattformer. Mer nærliggende er det nok å anse at uttalelsene i forarbeidene først og fremst tar sikte på agentforhold, når det tales om «lignende distribusjonsforhold». Etter gjennomgangen er det uansett vanskelig å skulle konkludere med at digitale plattformer driver virksomhet som «snevert sett faller utenfor» agenturloven på lignende måte som for eksempel forsikringsagenter. Det kan nok derfor ikke være aktuelt å anvende reglene i agenturloven analogisk på delingsavtaler.

6.4 Regler om uaktsomhet

Erstatningsregelen i kml. § 17 gir kommisjonærer ansvar for egen uaktsomhet.

Kommisjonærens oppdrag er salg eller kjøp av varer for fremmed regning, men i eget navn, jf. kml. § 4 første ledd. Etersom digitale plattformer opptrer i fremmed navn, er det lite formålstjenlig å gå nærmere inn på kommisjonærens erstatningsansvar.

Som nevnt i pkt. 6.3, er det sannsynligvis mer fruktbart å sammenligne plattformens mellommannrolle, med de oppgaver som er typisk for en megler. Digitale plattformer omtales ofte, av seg selv og andre, som formidlere av avtaler. Som påpekt av Woxholt har

betegnelsene «formidling» og «megling» omtrent samme betydning.⁹⁶ Forskjellige typer meglere har naturligvis forskjellige typer oppgaver, som kan ha likheter og ulikheter i forhold til digitale plattformers oppgaver. Dessuten har digitale plattformer også variasjoner i løsninger og oppgaver. Plattformens uavhengighet til partene er imidlertid det sentrale kjennetegn, som gjør det naturlig å sammenligne med meglere. Plattformen opptrer ikke som agent, hverken for tilbydere eller forbrukere. Til sammenligning kreves det av eiendomsmeglere at de skal «opptre i samsvar med god meglerskikk med omsorg for begge parter interesser», og «ikke opptre på noen måte som er egnet til å svekke tilliten til [meglerens] integritet og uavhengighet», jf. lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling (emgll.) § 6-3 første ledd. Tilsvarende må en forsikringsmegler «ikke opptre på en måte som er egnet til å skape tvil om dets stilling som uavhengig mellomledd», for ikke å handle i strid med god meglerskikk.

Erstatningsansvaret for meglere er ikke lovfestet. Problemstillingen er således om det kan utledes et generelt erstatningsansvar for meglere, og eventuelt, om denne regelen kommer til anvendelse for vurderingen av digitale plattformers erstatningsansvar.

Når det gjelder eiendomsmeglere var erstatningsansvaret tema i Eiendomsmeglingslovutvalgets utredning av lov om eiendomsmegling. Utvalget foreslo en bestemmelse om eiendomsmegleres erstatningsansvar i form av en henvisning til alminnelige regler:

«Økonomisk tap som følge av at megleren har opptrådt forsettlig eller uaktsomt, kan kreves erstattet av megleren i henhold til de alminnelige reglene om ansvar i og utenfor kontrakt.»⁹⁷

Sondringen mellom erstatning i og utenfor kontrakt forklares ved at megler er i kontraktsforhold med oppdragsgiver, og ikke med kjøper. Det understrekes imidlertid at skillet ikke har praktisk betydning for ansvarets innhold.⁹⁸ At digitale plattformer er i kontraktsforhold med begge parter i delingsavtalen, er således ikke til hinder for at regler om eiendomsmeglere kan ha overføringsverdi, i tilknytning til avhandlingens problemstilling.

⁹⁶ Geir Woxholt, *Avtaleinngåelse – i og utenfor avtaleloven*, Oslo 1995 s. 184.

⁹⁷ NOU 2006: 1 Eiendomsmegling s. 169.

⁹⁸ NOU 2006: 1 Eiendomsmegling s. 131.

Departementet avviste forslaget om lovfesting av ansvaret, men var enig i utvalgets vurderinger av gjeldende rett, og forslaget om ikke å endre grunnlaget for meglers erstatningsansvar.⁹⁹ Om gjeldende rett uttalte utvalget:

«Både i forhold til oppdragsgiveren og andre er meglerens ansvar betinget av at han har utvist skyld – forsett eller uaktsomhet.»¹⁰⁰

Deretter vurderte utvalget hvorvidt det burde bli innført en regel om kontrollansvar for eiendomsmeglere overfor oppdragsgiver, i tråd med utviklingen i kontraktslovgivningen (pkt. 5.6). Utvalget konkluderte med at kontrollansvar ikke burde bli innført:

«Kontrollansvarets særlige kjennetegn ligger i den forskyvningen av tyngdepunktet fra menneskelige feil (dekket av arbeidsgiver- og kontraktshjelperansvaret) til en ansvarsform der skillet mellom teknisk og menneskelig svikt tones ned i den legislative vurderingen. Dette er etter utvalgets vurdering lite forenelig med eiendomsmeglingsoppdragets art.»¹⁰¹

At megleroppdraget innebærer omsorgsforpliktelser, og ikke resultatforpliktelser, synes å være den bærende begrunnelsen for ikke å flytte ansvaret i objektiv retning. Det samme hensyn kan utvilsomt overføres til digitale plattformers rolle, ettersom det er partene i delingsavtalen som har resultatforpliktelser overfor hverandre. På samme måte som andre vil også plattformer kunne være ansvarlige for erstatningsbetingende skyld fra sine kontraktshjelpere og arbeidstakere.

Dommen inntatt i Rt. 1988 s. 7 omhandler en eiendomsmeglers erstatningsansvar for manglende opplysning til selgeren om at salget ville utløse gevinstbeskatning. Om skyldvurderingen uttaler førstvoterende:

«Hensett til de konkrete omstendigheter som her forelå, hadde etter min oppfatning den megleren som foresto oppdraget, en meget sterk oppfordring til å ta de skatterettslige sider ved overdragelsen opp med klienten og sørge for, slik det var god anledning til, at de ble forelagt firmaets konsulent.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 16 (2006-07) s. 166 og 167.

¹⁰⁰ NOU 2006: 1 Eiendomsmegling s. 131.

¹⁰¹ NOU 2006: 1 Eiendomsmegling s. 132.

Etter dette må det etter min oppfatning sies at megleren har forsømt sin omsorgsplikt overfor klienten. Hans unnløstelse av å reagere må, så nærliggende som en reaksjon her måtte fremstille seg, bebreides ham som uaktsomhet, og megleren har således påført det firma han handlet på vegne av, et erstatningsansvar.»¹⁰²

At alminnelig uaktsomhet er skyldkravet også i andre meglerforhold synes å være lagt til grunn i RG 1985 s. 73 (Eidsivating). Saken gjaldt salg av et maleri fra A til B, hvor B fungerte som formidler på vegne av oppdragsgiver C. Retten fant at A solgte maleriet for underpris, og at B i høy grad kunne klandres for dette, og uttalte:

«Det foreligger derfor etter lagmannsrettens oppfatning et klart grunnlag for ansvar etter alminnelige erstatningsregler.»¹⁰³

At det som hovedregel gjelder et krav om uaktsomhet for mellommenns erstatningsansvar er også blant annet lagt til grunn i forarbeidene til ny forbrukerkjøpslov:

«Utgangspunktet er at en megler eller mellommann bare hefter på grunnlag av egen uaktsomhet (culpa).»¹⁰⁴

Det samme er lagt til grunn av Hov, som antar at uaktsomhetsregelen gjelder analogisk i mellommannsforhold som ikke er særskilt regulert.¹⁰⁵ På bakgrunn av det som er sagt ovenfor, fremstår det som klart at det i utgangspunktet gjelder et krav om uaktsomhet eller forsett for digitale plattformers erstatningsansvar.

Dette innebærer at kontrollansvarsregelen ikke omfatter mellommannsforhold, og at de registreringsavtaler som inngås mellom digitale plattformer og forbrukere må utfylles med en uaktsomhetsregel, dersom avtalen er taus på dette punkt. Det samme gjelder i den grad det er avtalt skyldkrav om forsett eller grov uaktsomhet, kombinert med ansvarsfraskrivelser, som etter omstendighetene må settes til side (kap. 8).

¹⁰² Rt. 1988 s. 7 (s. 13)

¹⁰³ RG 1985 s. 73 (s. 81)

¹⁰⁴ NOU 1993: 27 Forbrukerkjøpslov s. 42.

¹⁰⁵ Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte*, 2. utgave, Oslo 2002 s 205.

6.5 Den objektive siden av aktsomhetsnormen i mellommannsforhold

Kravet om at plattformen må ha utvist skyld for å bli erstatningsansvarlig, knytter seg til den adferd plattformen har forpliktet seg til gjennom å inngå registreringsavtale med forbruker. Plattformen må objektiv sett misligholde sine forpliktelser etter avtalen, og misligholdet må skyldes plattformens uaktsomhet. Ettersom den digitale plattformen ikke, eller i svært liten grad, påtar seg resultatforpliktelser, er spørsmålet hvilke krav som i alminnelighet kan stilles til plattformens adferd.

En rekke av de lovregulerte mellommannstypene er pålagt en eller annen form for omsorgsplikt. Agenturloven § 6 bestemmer for eksempel at en handelsagent «skal ta godt vare på varer og annet som tilhører hovedmannen og som agenten har hånd om ...», og både forsikringsmeglere og eiendomsmeglere må opptre i tråd med god meglerskikk.¹⁰⁶ Bestemmelsene innebærer omsorgsplikter tilpasset til de forskjellige mellommannstypene.

Likevel viser de ovenfor nevnte dommene at en mellommann kan ha omsorgsplikter utenfor de lovfestede tilfeller, og uten at det uttrykkelig er avtalt. Dommen inntatt i RG 1985 s. 73 støtter opp om dette. Denne gjaldt en privat formidler, som ble pålagt erstatningsansvar som følge av uaktsom tilsidesettelse av sin plikt til å være uavhengig og nøytral i sin tilknytning til partene. Når formidleren gikk inn i rollen som mellommann innebar det en forpliktelse om å opptre nøytralt, selv om dette ikke uttrykkelig var avtalt mellom formidleren og selgeren av maleriet. Reglene om god meglerskikk innebærer tilsvarende krav. Dommen i Rt. 1988 s. 7 viser at eiendomsmeglers omsorgsplikt kan innebære plikter som hverken følger av avtale, lov eller andre retningslinjer for meglere.¹⁰⁷

Flere hensyn taler for at regler om mellommanns omsorgsplikt bør anvendes på digitale plattformers inngåelse av registreringsavtaler med forbrukere. Særlig er forbrukerhensyn viktig, fordi plattformen er den profesjonelle part i avtalen med forbruker, og i mange tilfeller også den eneste profesjonelle aktør som mellommann i delingsavtalen. Det kan også nevnes at plattformen i de fleste tilfeller er nærmest å bære risikoen for useriøse tilbydere tilgang til plattformen, at forbrukeren betaler gebyrer til plattformen for å inngå delingsavtaler og må ha tillit til at plattformen har en viss kontroll med brukerne av plattformen. Dette behandles

¹⁰⁶ Forsikringsformidlingsloven § 5-2 og emgll. § 6-3.

¹⁰⁷ Rt. 1988 s. 7 (s. 11).

nærmere under pkt. 7.4 om den objektive aktsomhetsnormen i den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold.

På denne bakgrunn er det etter min mening ikke tvil om at mellommenns omsorgsplikt er et prinsipp som også gjelder for digitale plattformer, og som ved uaktsomt mislighold kan føre til erstatningsansvar for plattformen. Det nærmere innholdet og rekkevidden av den objektive aktsomhetsnormen må imidlertid tilpasses kontraktstypen.

Eiendomsmeidleransvaret kan også i denne sammenheng fungere som utgangspunkt for vurderingen. Høyesterett konkluderte i Rt. 1988 s. 7 med at megleren hadde «forsømt sin omsorgsplikt overfor klienten». Selv om megleroppdraget ikke generelt innebærer plikt om å gi opplysninger om skattespørsmål, ble meglerens arbeidsgiver holdt ansvarlig. For fastleggelsen av aktsomhetsnormen bygget Høyesterett på uttalelser i NOU 1987: 14 (s. 65) om at en megler, som profesjonell mellommann, bør «ha plikt til å gi opplysninger om faktiske og rettslige forhold som har betydning for handelen og gjennomføringen av denne». Formuleringen er inntatt i emgll. § 6-3 (2) om god meglerskikk:

«[Megleren] skal gi kjøper og selger råd og opplysninger av betydning for handelen og gjennomføringen av denne.»

På samme måte kan tenkes at digitale plattformer har plikt til å gi opplysninger, for eksempel om en tilbyders tidligere mislighold av delingsavtaler. Hvorvidt plattformen har en slik opplysningsplikt i et konkret tilfelle, må vurderes ut fra situasjonen på tidspunktet for inngåelse av delingsavtale mellom forbruker og tilbyder. Dersom det objektivt er grunn til å forvente at plattformen har informasjon om tilbyderens tidligere mislighold, og misligholdet er av en art og et omfang som gir grunn til å tro at misligholdet vil gjentas, har plattformen opplysningsplikt. Ettersom skyldkravet er uaktsomhet, er vurderingstemaet om plattformen vet, eller burde vite, at den aktuelle tilbyderen sannsynligvis vil misligholde delingsavtalen.

Blant annet er dommen i Rt. 1988 s. 7 uttrykk for at eiendomsmeidlere har et strengt profesjonsansvar, på samme måte som banker og advokater.¹⁰⁸ Forarbeidene til forbrukerkjøpsloven gir uttrykk for at aktsomhetsnormen er strengere for eiendomsmeidlere, enn for andre mellommenn:

¹⁰⁸ Se Rt. 2000 s. 679 og Rt. 2001 s. 1702.

«Det må antas at en mellommann, som har en *mindre regulert* stilling enn eiendomsmeglere, ikke er omfattet av en så streng aktsomhetsnorm som eiendomsmeglere.»¹⁰⁹

Digitale plattformer er uten tvil ikke regulert i like store stor grad som eiendomsmeglere, og det må derfor vurderes om aktsomhetsnormen må justeres. Uttalelsen i forarbeidene er knyttet til den nevnte dommen i RG 1985 s. 73 om erstatningsansvar for formidleren av et malerisalg. Antakelsen bør ikke i seg selv lempe aktsomhetskravet overfor digitale plattformer, som er et relativt nytt fenomen. Det kan derfor foreløpig ikke trekkes endelige slutninger om at lovgiver ønsker at digitale plattformer skal være i en mindre regulert stilling enn eiendomsmeglere. Selv om det intuitivt virker hensiktsmessig å tillegge graden av regulering betydning, fremstår det som noe tilfeldig at dette skal gis avgjørende betydning for hvilke krav som stilles til plattformens aktsomhet.

Felles for drøftelsene i Høyesterett om erstatning som bygger på et strengt profesjonsansvar, er at de objektive forventninger til utøvelsen av den aktuelle profesjon er avgjørende for kravet til aktsomhet. Opplysningsplikten som stadfestes i Rt. 1988 s. 7 bygger på regelen om god meglerskikk (s.12). I Rt. 2000 s. 679 (s. 688) uttalte førstvoterende at kunden må «som alminnelig regel kunne kreve høyt kvalifisert og høyt spesialisert rådgivning» når han har inngått avtale med en bank om finansiell rådgivning. I saken om en advokats ansvar for investeringsråd i Rt. 2001 s. 1702 (s. 1708), slo Høyesterett fast at «den yrkesetiske normen er relevant for den erstatningsrettslige aktsomhetsvurderingen».

Med utgangspunkt i disse dommene har Hagstrøm argumentert for at det ved inngåelsen av en kontrakt oppstår forventninger og krav mellom partene, og at aktsomhetskravet overfor den ene parten bestemmes av hvilke forventninger kontrakten skaper for motparten. Han utdyper med andre forhold som kan bidra til fastleggelsen av aktsomhetsnormen:

«At det dessuten er betinget vederlag, har betydning for spørsmål om kontrakten er forsvarlig etterlevet. Når kontrakt sluttes som ledd i næringsvirksomhet, blir det endelig en profesjonell og ikke en individuell vurdering som foretas, slik at fagets eller bransjens standard er retningsgivende.»¹¹⁰

¹⁰⁹ NOU 1993: 27 Forbrukerkjøpslov s. 42.

¹¹⁰ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011. 474.

Dommene i Rt. 2000 s. 679 og Rt. 2001 s. 1702 gjaldt imidlertid saker med spørsmål om ansvar for særlige profesjonsutøvere, og hvilke krav som kan stilles til råd fra den profesjonelle ut fra faglige standarder. Digitale plattformer gir normalt ikke lignende faglige råd, og dette skiller delingsavtalene fra kontraktsforholdene i de aktuelle dommene. Hagstrøm mener likevel at dommene bør ha betydning også for andre kontraktstyper, og på andre forpliktelser enn rent faglig rådgivning og ekspertise:

«Disse prinsippene har betydelig rekkevidde. Derfor må dommene tillegges vekt når aktsomhetskravene ved andre kontrakter enn kontrakter om sakkyndig bistand skal fastlegges.»¹¹¹

Dommene må således være relevante for vurderingen av aktsomhetsnormen for digitale plattformer. Kravene til digitale plattformers aktsomhet vil være mer dynamisk og derfor gi større rom for individuelle tilpasninger i konkrete kontraktsforhold, dersom vurderingen tar utgangspunkt i en konkret vurdering av forbrukerens naturlige forventninger, heller enn å konkludere på forhånd med at aktsomhetskravene ikke er like strenge som i eiendomsmeglerforhold. Vederlaget for forbrukere i delingsavtaler består ofte i et gebyr til plattformen. Størrelsen på gebyret vil være naturlig å ta hensyn til ved vurdering av hvilke forventninger forbrukeren kan ha til det aktuelle kontraktsforholdet. Ettersom plattformen er næringsdrivende må det legges til grunn en profesjonell vurdering i fastleggelsen av plattformens plikter etter avtalen. Noen av plattformene er store internasjonale aktører, som Airbnb og Uber, med store markedsandeler i henholdsvis overnattings- og transportmarkedet. Det kan ikke legges til grunn en mildere vurdering for eksempel av Airbnb i forhold til hoteller, utelukkende fordi forretningsmodellen er annerledes. At utgangspunktet er en profesjonell vurdering må også gjelde mindre aktører, så lenge de er profittdrevet.

Dette betyr ikke at det strenge profesjonsansvaret uten videre kan anvendes på digitale plattformer. Aktsomhetsnormen kan ikke fastlegges uten å ta hensyn til særegenhetene i delingsøkonomien. Det er eksempelvis unaturlig å tale om et strengt profesjonsansvar for digitale plattformer, på samme måte som for forhold som gjelder faglig rådgivning fra for eksempel en bank som gir investeringsråd. Dette har innvirkning på omfanget av plattformens plikter. I stedet for å stille spørsmål om den faglige kvaliteten man kan forvente av

¹¹¹ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011. 474.

kontraktsmotparten, kan man stille spørsmål om hvilke krav som naturlig bør stilles til digitale plattformer, ut fra deres kunnskap, kompetanse og rolle. For eksempel kan plattformen ha kunnskap om en tilbyders tidligere mislighold og kompetanse til å gjennomføre sanksjoner mot den aktuelle tilbyderen. Ut fra alvorlighetsgraden og omfanget av det tidligere misligholdet, kan plattformen ha plikt til å opplyse forbrukere om dette. Dersom omstendighetene krever det, kan det tenkes at plattformen bør være forpliktet til å utestenge tilbyderen. Poenget er at det ofte vil være plattformen alene som har de nødvendige forutsetningene for å forhindre mislykkede delingsavtaler, og beskytte forbrukere mot useriøse tilbydere. Dette må etter min mening kunne karakteriseres som digitale plattformers *ekspertise*, som begrunner en streng aktsomhetsnorm. Utvikling av bransjestandarder i delingsøkonomien kan bidra til fastlegging av aktsomhetsnormen over tid.

I spørsmålet om plattformens har opptrådt med tilstrekkelig aktsomhet, vil vurderinger etter den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold kunne være et sentralt moment for å fastlegge aktsomhetsnormen. For å unngå gjentakelser drøftes dette i sin helhet i pkt. 7.4, hvor enkelte av drøftelsene utfyller det som er skrevet ovenfor om den objektive siden av aktsomhetsnormen.

6.6 Oppsummering

Det gjelder en alminnelig regel om erstatningsansvar for digitale plattformer ved tilbyders mislighold av delingsavtaler, dersom misligholdet kan knyttes til plattformens uaktsomhet, og de øvrige vilkår for erstatning er oppfylt. Forutsetningen er at den digitale plattformen opptrer som uavhengig mellommann, slik at regelen om meglers erstatningsansvar kan være et naturlig utgangspunkt for vurderingene.

Drøftelsene i kapittel 6 har nær sammenheng, både med den ulovfestede lojalitetsplikten (kap. 7) og grensene for ansvarsfraskrivelse (kap. 8). En helhetlig forståelse av den alminnelige erstatningsregelen i registreringsavtaler, slik den er behandlet i avhandlingen, forutsetter derfor at kapittel 6 forstås i lys av de etterfølgende kapitler.

7 Utfylling med den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold

7.1 Generelt om lojalitetsplikten

At lojalitetsplikt på ulovfestet grunnlag kan fungere som selvstendig rettsgrunnlag er slått fast i Tromsø Sparebank-dommen i Rt. 1984 s. 28. Her kom Høyesterett til at en bank ikke kunne bygge rett på en kausjonserklæring fordi banken hadde brutt sin opplysningsplikt overfor kausjonisten:

«Jeg mener for min del at kausjonserklæringen er ugyldig etter avtaleloven § 33, men iallfall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.»¹¹²

Retten fant at bankens lojalitetsplikt konkret innebar en plikt til å gi opplysninger til den aktuelle kausjonisten. Opplysningsplikten fungerte således som et utslag av lojalitetsplikten, som etter omstendighetene også kan medføre andre typer plikter.¹¹³ Erklæringen ble kjent ugyldig fordi den etter rettens syn ikke ville blitt avgitt dersom banken hadde gitt tilstrekkelige opplysninger før avtaleinngåelsen. Avhandlingens tema tar imidlertid ikke utgangspunkt i typetilfeller hvor det er forhold ved avtaleinngåelsen som er omstridt. Det som vurderes er om og på hvilken måte plattformen kan bli erstatningsansvarlig overfor forbrukeren, uten at gyldigheten av hverken registreringsavtalen eller delingsavtalen behøver å være omstridt.

Spørsmålet er i denne sammenheng om den ulovfestede lojalitetsplikten kan være grunnlag for konkrete forpliktelser partene imellom. Dersom slike forpliktelser misligholdes, blir spørsmålet om forbrukeren kan gjøre gjeldende erstatningskrav som følge av misligholdet.

I Rt. 1988 s. 1078 fikk en selvskyldnerkausjonist ikke medhold i at kreditor hadde misligholdt sin aktsomhetsplikt overfor kausjonisten. Som utgangspunkt for vurderingen la førstvoterende til grunn at det stilles krav til aktsomhet og lojalitet også etter at gyldig avtale er inngått:

«Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten. Dette kravet

¹¹² Rt. 1984 s. 28 (s. 34).

¹¹³ Se f.eks. Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 38 hvor frarådningsplikt, reklamasjonsplikt og omsorgsplikt trekkes frem.

til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består [...]»¹¹⁴

Høyesterett tok dessuten utgangspunkt i at aktsomhets- og lojalitetsplikten gjelder i alle kontraktsforhold. At lojalitetsplikten gjelder som et rettslig prinsipp eller en alminnelig rettsgrunnsetning i kontraktsretten, har også støtte i litteraturen.¹¹⁵ Det nærmere materielle innholdet i lojalitetsplikten kan vanskelig defineres tydelig og presist, og det er heller ikke gjort av Høyesterett. Flere juridiske forfattere har derimot forsøkt å beskrive plikten generelt, blant annet Nygaard, som beskriver lojalitetsplikten slik:

«[...] kjernen er at ein avtalepart ikkje skal profitera på at medkontrahenten gjorde avtalen på grunnlag av manglande kunnskap om relevante fakta. Lojalitetsplikta gjeld også etter at avtalen er gjort, og varer så lenge pliktene etter avtalen varer.»¹¹⁶

Denne beskrivelsen av kjernen i lojalitetsplikten er formulert med partenes kunnskap ved avtaleinngåelsen som utgangspunkt. Ettersom plikten gjelder også etter avtaleinngåelsen, må dette innebære at en avtalepart heller ikke skal profitere på medkontrahentens «manglande kunnskap om relevante fakta» som først aktualiseres etter at avtalen er inngått.

Nazarian tar utgangspunkt i at lojalitetsplikten er en *biforpliktelse*, «som innebærer at partene har en viss plikt til å ta rimelig hensyn til og ivareta den annen parts interesser.» Hun legger avgjørende vekt på partenes mulighet og kompetanse til å ivareta egne interesser:

«Lojalitetsplikten gjelder først og fremst dersom den annen part ikke kan forventes å ivareta interessene sine selv, og hvor ivaretagelsen kan skje uten omkostning eller ulempe av betydning.»¹¹⁷

Selv om de konkrete utslag av lojalitetsplikten vil kunne variere ut fra avtaletypen,¹¹⁸ må det legges til grunn at plikten gjelder generelt, også uavhengig av måten avtalen har blitt til på.

¹¹⁴ Rt. 1988 s. 1078 (s. 1084).

¹¹⁵ Se f.eks. Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 279 og Henriette Nazarian, *Lojalitet i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 85.

¹¹⁶ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 279.

¹¹⁷ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 29.

¹¹⁸ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 31.

Det siste er slått fast i Rt. 2011 s. 65 (avsnitt 50), hvor Høyesterett la til grunn at den ulovfestede lojalitetsplikten også gjelder i standardkontrakter.

På denne bakgrunn kan det slås fast at det gjelder en ulovfestet lojalitetsplikt i avtaleforholdet mellom den digitale plattformen og forbrukeren. På hvilken måte plikten kan ha innvirkning på innholdet i registreringsavtalen vurderes i det følgende.

7.2 Lojalitetsplikten som utfyllende regel i registreringsavtalen

Siktemålet i dette delkapittelet er å vise hvordan den ulovfestede lojalitetsplikten kan påvirke avtaleforholdet mellom plattform og forbruker. Problemstillingen som ligger til grunn for vurderingene nedenfor er om lojalitetsplikten kan binde plattformen til konkrete forpliktelser overfor forbrukeren. Dersom plattformen bryter en slik forpliktelse, er spørsmålet om forbrukeren kan gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser mot plattformen, hvor den mest praktiske beføyelsen vil være erstatning.

Problemstillingen tar utgangspunkt i et typetilfelle hvor tilbyder har misligholdt sin hovedforpliktelse overfor forbruker, og tilbyders mislighold har sammenheng med plattformens brudd på sin lojalitetsplikt etter registreringsavtalen. Et tenkt eksempel kan være at en Airbnb-gjest har inngått avtale om leie av en leilighet. Én av Airbnb-vertens hovedforpliktelser er å overlevere nøkler til avtalt tid. Gjesten møter opp på overleveringsstedet, uten å få tilgang til leiligheten og må derfor leie hotellrom. Det viser seg at Airbnb-verten ved flere anledninger tidligere ikke har overlevert nøkler til leiligheten, uten at Airbnb har foretatt seg noe for å forhindre at det skulle skje igjen.

For at plattformens handlinger eller unnlatelser skal kunne fungere som ansvarsgrunnlag for et erstatningskrav fra forbrukeren, må handlingen eller unnlatsen være et kontraktsbrudd. Airbnb tar avstand fra enhver garanti, eksempelvis for tilbyders «performance or conduct».¹¹⁹ Det er ikke mulig å innfortolke et lojalitetskrav i det samme vilkåret om at Airbnb likevel er forpliktet til å foreta seg noe for å sikre tilbyders «performance or conduct».

Lojalitetskravet kan fungere som moment i tolkningen av registreringsavtalen, men i tillegg kan den fungere som selvstendig rettsgrunnlag og utfylle registreringsavtalen for at forbrukeren skal kunne vinne frem med et krav mot plattformen. At lojalitetsplikten kan ha en

¹¹⁹ Airbnb Terms of Service pkt. 1.3.

slik funksjon, er klart etter Tromsø Sparebank-dommen.¹²⁰ Det er lojalitetsplikten som selvstendig rettsgrunnlag som er tema her.

Gjennomgangen av plattformenes standardvilkår viser utstrakt bruk av ansvarsfraskrivelser og få eller ingen holdepunkter for å bruke lojalitetsplikten som tolkningsmoment. På denne bakgrunn vil forbrukerens mulighet til å fremme erstatningskrav mot plattformen, ofte være avhengig av hvilke konkrete forpliktelser lojalitetskravet innebærer som utfyllende regel i registreringsavtalen. Dette er tema i det følgende.

7.3 Adferdens tilknytning til registreringsavtalen

Det er naturlig å anse tilrettelegging, infrastruktur og betalingsgjennomføring som plattformens vanlige hovedforpliktelser etter registreringsavtalen. Plattformens rolle etter registreringsavtalene kan oppsummeres med at plattformen skal fungere som formidler. Etersom plattformenes vilkår bestemmer at den enkelte plattform ikke er part i delingsavtalene, men kun fungerer som kontaktpunkt for tilbyder og forbruker, er det en vesentlig forutsetning i registreringsavtalene at plattformen skal være en uavhengig og nøytral formidler mellom avtalepartene i delingsavtalen.

For at illojale handlinger skal være rettslig illojalt, og dermed kunne anses som mislighold, må adferden ha tilstrekkelig tilknytning til det aktuelle kontraktsforholdet. I Rt. 2003 s. 1614, hadde en arbeidstaker omtalt Telenor Mobil og toppledelsen i Telenorkonsernet i svært negative ordelag, som blant annet omfattet beskyldninger om straffbare forhold. På bakgrunn av disse uttalelsene ble arbeidstakeren avskjediget. Han krevde deretter erstatning fra arbeidsgiver for urettmessig avskjed. Om dette uttalte Høyesterett blant annet:

«Når grove brudd på lojalitetsplikt kan være avskjedsgrunn, er det i regelen tale om brudd som rammer arbeidsgiveren.»¹²¹

Selv om arbeidstakerens uttalelser ikke var rettet mot arbeidstakerens egen arbeidsgiver, la Høyesterett til grunn at arbeidsgiver hadde behov for å beskytte seg mot disse uttalelsene på grunn av forretningsforbindelsen til Telenor Mobil og at arbeidsgiver og Telenor Mobil var en del av samme konsern. Arbeidsgiver ble derfor frifunnet.

¹²⁰ Rt. 1984 s. 28 (s. 34).

¹²¹ Rt. 2003 s. 1614 (avsnitt 45).

Saken gjaldt avskjedigelse i et arbeidsforhold, en vesentlig annerledes kontrakt enn registreringsavtaler i delingsøkonomien. Den viser imidlertid at adferden må være tilknyttet kontraktsforholdet. I tråd med forståelsen av lojalitetskravet som en *biforpliktelse*,¹²² må plattformen unngå illojale handlinger eller unnlatelser i strid med forbrukerens interesse i tilknytning til plattformens formidlerrolle.

Hvorvidt en gitt adferd fra plattformens side har tilstrekkelig tilknytning til registreringsavtalen, må vurderes konkret. Igjennom registreringsavtalene og delingsavtalen etableres en avtalekonstruksjon hvor alle aktørene er avhengige av hverandre. Den tette koblingen mellom registreringsavtalen og de enkelte delingsavtaler tilsier at det skal lite til for at tilknytningsvilkåret er oppfylt. Plattformen er den eneste aktøren som har mulighet til å vurdere troverdigheten til de andre aktørene over tid. Dersom plattformen unnlater å gripe inn overfor en tilbyder som gjentatte ganger har misligholdt tidligere delingsavtaler, er det ikke tvil om at det kan være et «brudd som rammer» forbrukeren.¹²³

7.4 Lojalitetspliktens objektive krav til plattformens adferd

I lys av avhandlingens problemstilling, må det vurderes hvorvidt plattformen har en plikt til å handle før inngåelse av en delingsavtale for ikke å bli ansvarlig for tilbyders mislighold overfor forbruker, med grunnlag i lojalitetsplikten som utfyllende regel i registreringsavtalen. Det mest praktiske utslaget av lojalitetsplikten i denne sammenheng, er en form for opplysningsplikt eller varslingsplikt, som vil ha til formål å unngå at forbrukere inngår delingsavtaler med gitte tilbydere.

En avtalepart kan ha denne type forpliktelser også etter avtaleinngåelsen, jf. for eksempel Rt. 1936 s. 909, hvor et forlag ble dømt for brudd på lojalitetsplikt for ikke å varsle en forfatter om en konkurrerende utgivelse. Om skillet mellom opplysningsplikt før og etter avtaleinngåelsen skriver Hagstrøm:

«Det må antas at prinsippene om opplysningsplikt, slik disse er utformet med utgangspunkt i ugyldighetsregelen i avtaleloven § 33, er sammenfallende med prinsippene om opplysningsplikt som konstituerer mislighold, fordi det dreier seg om samme forhold: Etter avtaleloven § 33 kan ikke kreditor gjøre rett etter løftet

¹²² Jf. Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 29.

¹²³ Rt. 2003 s. 1614 (avsnitt 45).

gjeldende fordi det ville stride med redelighet når informasjon er holdt tilbake; etter læren om opplysningsplikt må realdebitor finne seg i at kreditors forventninger bestemmer forpliktelsens innhold, fordi han ikke har avverget forventningssvikten ved å gi opplysninger han etter en redelighetsvurdering skulle ha gitt.»¹²⁴

Om det er tale om opplysningsplikt før eller etter avtaleinngåelsen, har således liten betydning for den konkrete vurderingen av innholdet i opplysningsplikten, bortsett fra den vesentlige forskjellen at manglende opplysninger etter avtaleinngåelsen umulig kan virke inn på avtaleinngåelsen.¹²⁵ Redelighetsvurderingen er således et middel for å fastlegge motpartens forventinger etter kontrakten, og ikke et spørsmål om manglende opplysninger har virket inn på avtaleinngåelsen.

I Rt. 1988 s. 1078, slo Høyesterett fast at det stilles krav til aktsom og lojal opptreden mellom parter i en avtale. I tillegg gjorde Høyesterett en viktig presisering:

«Men det må i kausjonsforhold også stilles krav til kausjonisten. Han må utvise aktsomhet og vil, etter forholdene, kunne måtte opptre aktivt for å ivareta sine interesser. *Kravene til kreditors opptreden må nettopp ses i lys av hva det er rimelig å forvente av kausjonisten.*» (min uth.)¹²⁶

Uttalelser i samme retning finnes også i andre avgjørelser hvor Høyesterett har vurdert lojalitetsplikt.¹²⁷ I Rt. 1989 s. 689 var spørsmålet om det forelå svik etter forsikringsavtaleloven i forbindelse med opplysninger om verdien av et varelager. Både flertallet og mindretallet ga uttrykk for at innholdet i opplysningsplikten er relativ ut fra hvilke forventinger man kan stille til motpartens egne undersøkelser.

I sak om gyldigheten av en festekontrakt mellom en privatperson og en bank, la Høyesterett avgjørende vekt på skjevheten i avtaleforholdet:

«På denne bakgrunn antar jeg at avtalen ikke var bindende for Hansen, enten man forankrer dette i avtalelovens § 33 eller i alminnelige ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold. Jeg legger i denne sammenheng vekt på at banken fremstår som den

¹²⁴ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 149.

¹²⁵ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 530.

¹²⁶ Rt. 1988 s. 1078 (s. 1084).

¹²⁷ F.eks. Rt. 1992 s. 1430 (s. 1434).

kyndige part. Hansen har samiskspråklig bakgrunn og er neppe heller særlig forretningsmessig kyndig i slike forhandlinger som det her er tale om. Dette må skjerpe bankens aktsomhets- og lojalitetsplikt.»¹²⁸

Hvorvidt forbrukeren selv har mulighet til å gjennomføre egne undersøkelser, vil således kunne ha betydelig innvirkning på terskelen for hva som kreves av plattformens opptreden. Forbrukerens kyndighet *kan* bidra i denne vurderingen, både i skjerpende og formildende retning. Hvilke krav som kan stilles til plattformens adferd er således avhengig av hvilke beskyttelsesverdige forventninger¹²⁹ forbrukeren har til plattformens lojalitet i kontraktsforholdet mellom dem.

Dommen i Rt. 1995 s. 245 angir et minstekrav til forbrukerens egne undersøkelser. Forbrukeren hadde kausjonert for datterens og datterens samboers gjeld til Elcon Finans AS, med pant i sin egen eiendom. Forbrukeren hevdet at banken ikke hadde gitt henne tilstrekkelig informasjon, og at hun derfor ikke visste at hun underskrev på å være realkausjonist.

Forbrukeren subsidiære anførsel om at avtalen måtte settes til side etter de ulovfestede reglene om lojalitet i kontraktsforhold ble avvist på grunn av at det var grovt uaktsomt av henne ikke å undersøke hva hun underskrev på. En avtalepart har således ikke en beskyttelsesverdig forventning om en lojalitetshandling fra den andre avtaleparten, til beskyttelse for egen grove uaktsomhet.

Foreløpig kan det legges til grunn at de krav som må stilles til plattformens adferd er strengere dersom forbrukeren selv ikke har mulighet til å ivareta egne interesser.¹³⁰

Variasjoner mellom de enkelte plattformers løsninger og forskjeller mellom ulike plattformer, gjør det vanskelig å angi lojalitetspliktens grense mer presist. Hvorvidt lojalitetsplikten er brutt, må vurderes konkret. Etersom lojalitetsplikten er relativ, vil en rekke momenter kunne ha betydning for den konkrete vurderingen. Momentene kan fungere som argumenter for eller imot om forbrukeren har en beskyttelsesverdig forventning om at plattformen skal informere om en potensiell tilbyders tidligere mislighold av delingsavtaler.

¹²⁸ Rt. 1987 s. 442 (s. 446).

¹²⁹ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 271 flg.

¹³⁰ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 282.

Enkelte slike momenter vil alltid eller ofte være relevante i vurderingen av forbrukerens beskyttelsesverdige forventning overfor plattformen, og å peke på hvordan forskjeller mellom de ulike plattformene kan ha betydning for disse momentenes vekt. Momentene kan grovt inndeles i forbrukerhensyn og andre enkeltmomenter knyttet til avtaletypen og avtalekonstruksjonen i delingsøkonomien, og glir også delvis over i vurderingen av tilknytning (pkt. 7.3). Dette viser at det ikke er et klart skille mellom vurderinger av om det i det hele tatt stilles ulovfestet lojalitetskrav i et kontraktsforhold og innholdet i dette kravet.

I alminnelig erstatningsrett er skadeevnen til en gitt adferd et sentralt moment i aktsomhetsvurderingen etter culpanormen.¹³¹ Et eksempel på dette er vurderingen av innholdet i lojalitetsplikten i dommen i Rt. 1996 s. 1401. Saken omhandlet oppsigelse på grunnlag av illojal tilknytning til et familieaksjeselskap i konkurranse med arbeidsgiver. Om skadeevnen til den konkurrerende virksomheten uttaler førstvoterende, som representerer flertallet (dissens 3-2):

«Jeg ser det slik at produktene i alle fall ligger så nær hverandre både i bruk og mulig kundegruppe at Autronica hadde grunn til å oppfatte Shipguard som et konkurrerende produkt. Dette burde også være nærliggende for [arbeidstaker].»¹³²

Oppsigelsen ble kjent gyldig fordi skadeevnen til den konkurrerende virksomheten var stor. Denne type vurderinger må også være relevante ved vurderinger av plattformers lojalitetsplikt. Større skadeevne kan på denne måte skjerpe innholdet i lojalitetsplikten.

For kontrakter i delingsøkonomien vil skadeevnen måtte vurderes ut fra størrelsen på det økonomiske tapet forbrukeren risikerer ved å bruke en plattform som formidler. Risikoen ved de avtaler som inngås på Airbnb, Nabobil og Uber er begrenset, men for den enkelte forbruker kan det medføre et betydelig økonomiske tap dersom man for eksempel står uten overnattingssted i et populært område. Ved populære turistdestinasjoner i perifere strøk er det ikke gitt at det finnes et alternativt overnattingsted, særlig ikke dersom forbrukeren har leid overnattingsted med særegen plassering eller andre spesielle kvaliteter.

På den annen side må skadeevnen til de enkelte delingsavtaler veies opp mot at plattformene selv ikke er part i disse. Ved enhver misligholdt delingsavtale hvor plattformen selv ikke er

¹³¹ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave, Oslo 2009 s. 141.

¹³² Rt. 1996 s. 1401 (s. 1407).

part, vil det være tilbyderen som i første rekke må svare for misligholdet. Det er naturlig å anse muligheten for at det finnes en tilbyder som har ressurser til å dekke forbrukerens potensielle tap som en begrensning av skadeevnen i registreringsavtalen.

På denne bakgrunn er det ikke grunn til generelt å tillegge skadeevnen særlig vekt i skjerpende retning. I mange tilfeller vil det sannsynligvis være motsatt, slik at skadeevnen isolert sett taler for mildere lojalitetskrav for plattformen.

Basert på en gjennomgang av Høyesterettspraksis, trekker Nazarian i tillegg frem blant annet betydningen av tilknytning mellom partene, behovet for samarbeid mellom partene og betydningen av tillit mellom partene.¹³³ Forutsatt at den digitale plattformen faktisk fungerer som en nøytral og uavhengig mellommann som setter forbruker og tilbyder i kontakt med hverandre, er dette momenter som først og fremst er egnet til å svekke forbrukerens forventninger til plattformens adferd. I alle fall så lenge adferden ikke svekker plattformens uavhengighet.

Tilknytningen mellom forbruker og plattform er registrering av brukerkonto og ellers gjennom forbrukerens digitale bruk av plattformen. Behovet for samarbeid er minimalt, utover at nettstedet og applikasjonen bør være tilgjengelig. Så lenge forbrukeren har tillit til de aktuelle tilbyderne, er det strengt tatt ikke nødvendig med noe særlig sterkt tillitsforhold mellom forbruker og plattform. Det er i denne sammenheng grunn til å understreke at det kan være vesentlige forskjeller i grad av involvering fra plattformens side. Eksempelvis har Uber utviklet algoritmer som bestemmer prisen på en Uber-transport. Dynamisk prising («Surge pricing»)¹³⁴ innebærer at prisene kan justeres ved høy etterspørsel, også slik at det er avgrenset til etterspørsel i spesifikke områder.

Forbrukeren må således ha tillit til Ubers prissettingssystem. Behovet for tillit er lavere for tjenester levert via Airbnb, ettersom det er tilbyderen som bestemmer prisen, ofte basert på forslag fra Airbnbs prisalgoritmer. Hos Nabobil er det utelukkende tilbyder som setter pris på leiebilen, og forbrukerens tillit til at prisen er riktig er derfor ikke rettet mot plattformen.

¹³³ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 300 flg.

¹³⁴ Se Ubers internettsider (uber.com) <https://www.uber.com/nb-NO/drive/partner-app/how-surge-works/#> (april 2018).

Generelt må det være slik at jo mer begrenset plattformens rolle er ved inngåelsen av delingsavtalen, jo mindre berettiget er forbrukerens forventninger til plattformens lojalitet. Selv om skadeevnen er liten og plattformens rolle er begrenset til kun å være et kontaktpunkt, må dette veies opp mot forbrukerhensyn.

Forbrukerhensyn har fått vesentlig gjennomslagskraft i norsk rett, på bakgrunn av presumsjonen om at en profesjonell aktør har bedre forutsetninger for å ivareta egne interesser. Omfattende forbrukerlovgivning har til formål å utjevne balansen mellom forbrukere og næringsdrivende som inngår avtaler med hverandre, og et av virkemidlene er strengere krav til lojalitet. Dette kan komme til uttrykk gjennom bestemmelser som stiller krav til særlige opplysninger om visse sider av tjenesten, eller bestemmelser som skjerper kravet til selve lojalitetshandlingen, eksempelvis en frarådningsplikt.¹³⁵

Ved tilbyders tidligere mislighold kan det ofte være slik at forbrukeren hverken har oppfordring eller mulighet til å avdekke dette, uavhengig av forbrukerens kyndighet. Gjennom formidlerrollen er det plattformen som er nærmest å følge tilbydernes opptreden over tid. Uten mekanismer for å synliggjøre tidligere mislighold for andre registrerte medlemmer av plattformen, vil informasjonen kun være tilgjengelig for plattformen.

Det forhold at forbruker ikke vil være i stand til selv å gjøre undersøkelser om potensielle tilbyders tidligere mislighold, bør derfor tillegges betydelig vekt. Til dette kommer også at standardvilkårene er ensidig utarbeidet fra plattformens side. Selv om forbrukeren anses å ha akseptert standardvilkårene slik de er utformet, er det en kjensgjerning at forbrukeren normalt ikke er kyndig nok til å forstå og forutse betydningen av de enkelte bestemmelser i vilkårene.

På den annen side kan det være mulig for en forbruker å vurdere kvaliteten på en tilbyders tidligere ytelser før inngåelse av en delingsavtale. De fleste plattformer tilbyr partene i delingsavtalen en mulighet til å vurdere hverandres ytelser. Løsninger for brukertalere brukes for å øke tilliten til plattformen gjennom å gi privatpersoner større mulighet til å ivareta egne interesser.¹³⁶ I denne sammenheng kan det derfor tenkes en situasjon hvor den plikt plattformen har til å opplyse kolliderer med forbrukerens egen undersøkelsesplikt, dersom forbrukeren ville fått den samme opplysningen av å lese brukertalene.

¹³⁵ F.eks. hhv. pakrl. §§ 3-3 og 3-4 og håndverkertjenesteloven § 7.

¹³⁶ NOU 2018: 4 Delingsøkonomien – muligheter og utfordringer s. 91.

Helt generelt kan brukeromtaler i seg selv ikke veie opp for manglende informasjon fra plattformens side, på grunn av usikkerhet om kvaliteten og troverdigheten til omtalene. Dessuten vil kollisjon mellom mislighold av opplysnings- og undersøkelsesplikt ofte føre til at opplysningsplikten blir avgjørende.¹³⁷ Dette kan komme på spissen dersom forbrukeren har opptrådt grovt uaktsomt.¹³⁸

Ettersom det er knyttet stor usikkerhet til verdien av informasjonen som fremkommer i brukeromtaler, er det mer nærliggende å anse brukeromtaler som en mulighet for plattformen til faktisk å oppfylle sin opplysningsplikt. Plattformen kan eksempelvis sørge for at brukeromtaler som informerer om en tilbyders tidligere mislighold er så synlig at forbrukeren umulig kan unngå å se dem. Det vil kunne være en praktisk løsning for plattformens formidling av nødvendig informasjon til potensielle forbrukere.

Ytterligere et moment som kan spille inn på forbrukerens forventninger til plattformtjenesten er gebyret plattformen krever fra partene i delingsavtalen. Airbnb krever 3 % tjenestegebyr fra tilbyder og 5 % - 15 % fra forbrukeren.¹³⁹ Uber krever i underkant av 10 % passasjergebyr ifølge en artikkel skrevet av en Uber-sjåfør i Los Angeles.¹⁴⁰ Etter at passasjergebyret er trukket fra, beholder Uber 25 % av forbrukerens betaling, ifølge en artikkel i Nordic Business Insider.¹⁴¹ Gebyret kan variere, og det har blitt påstått fra norske Uber-sjåfører at Uber tok 30 % av omsetningen da de opererte i Oslo.¹⁴² Nabobil krever 20 % administrasjons- og forsikringsgebyr av leieprisen.¹⁴³

7.5 Det subjektive skyldkravet til plattformens opplysningsplikt

Problemstillingen er her om det kan oppstilles et krav om at plattformen har utvist skyld, og eventuelt hvilken grad av skyld som kan oppstilles for at plattformens manglende opplysninger til forbrukeren skal anses illojal. Skyldkravet må fastlegges med grunnlag i den

¹³⁷ Kjøpsloven § 20 (2), husleieloven § 2-6 annet ledd, Rt. 1925 s. 208.

¹³⁸ Rt. 1995 s. 245 (s. 249).

¹³⁹ Airbnb Terms of Service pkt. 6 jf. Airbnbs nettsider (Airbnb.no) <https://www.airbnb.no/help/article/1857/what-are-airbnb-service-fees> (februar 2018).

¹⁴⁰ <http://www.alvia.com/how-much-do-uber-drivers-make/> (februar 2018).

¹⁴¹ Nordic BIs nettsider (nordic.businessinsider.com) <http://nordic.businessinsider.com/this-is-how-much-uber-drivers-earn-according-to-uber-2017-2?r=UK&IR=T> (februar 2018).

¹⁴² Side3s nettsider (side3.no) <http://www.side3.no/motor/uber-sjafir-fortviler---prisen-er-latterlig-lav-selv-kundene-ler/3423274714.html> (februar 2018).

¹⁴³ Nabobils nettsider (nabobil.no) <https://nabobil.no/help/section/201304571/Utbetaling> (februar 2018).

ulovfestede lojalitetsplikten, for å kunne vurdere om plattformens adferd i et gitt tilfelle innebærer misligholdt opplysningsplikt.

På 1950-tallet behandlet Høyesterett to saker hvor avgjørelsene bygget på misligholdt opplysningsplikt. Dommen inntatt i Rt. 1959 s. 1172 gjaldt kjøperens krav om erstatning mot en sakfører for uriktige opplysninger i forbindelse med at sakføreren fungerte som mellommann ved overdragelse av vinagenturer. Sakføreren ble holdt ansvarlig og førstvoterende understrekte at han ikke fant

«grunnlag for å betegne [sakførerens] forhold som svikaktig, og det således bare kan karakteriseres som uaktsomt.»¹⁴⁴

Selv om det ikke uttrykkes eksplisitt, synes det som om flertallet i Rt. 1953 s. 449 la samme skyldkrav til grunn. Resultatet var at kjøperen av to maskiner til bruk i et pølsemakeri fikk hevet kjøpet fordi selgeren var nærmest å bære risikoen for at maskinene ikke ville bli godkjent til denne bruken.

Avgjørelsene står i kontrast til nyere lovgivning om opplysningsplikt i kontraktsforhold, som krever at det må være tale om opplysninger tilbyder kjente eller «måtte kjenne» til for at den andre parten skal kunne gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser.¹⁴⁵ Avtaleloven § 33 bruker uttrykket «som det maa antages, at han kjendte til».

Tolkninger både av kontraktslovgivningen og avtaleloven § 33 er interessante i denne sammenheng. Som det fremgår ovenfor, er det nær sammenheng mellom avtaleloven § 33 og utviklingen av den ulovfestede lojalitetsplikten. Samtidig kan den omfattende kontraktslovgivningen om opplysningsplikt være uttrykk for et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp, som må gjelde også i kontraktsforhold som ikke er lovregulert.

Det fremgår av forarbeidene til kjøpsloven at ordlyden «måtte være kjent med» skal forstås som «forhold som selgeren ikke har noe rimelig unnskyldning for å være uvitende om», og det presiseres at det ikke er nok «at selgeren *burde vite*; det kreves at han *måtte vite*.»¹⁴⁶ Forarbeidene til husleieloven legger til grunn tilsvarende forståelse, hvor det fremgår at

¹⁴⁴ Rt. 1959 s. 1172 (s. 1174).

¹⁴⁵ Se f.eks. kjøpsloven § 19 b, avhendingslova § 3-7, bustadoppføringslova § 26, håndverkertjenesteloven § 19 og husleieloven § 2-4.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 80 (1986–87) s. 62.

«[f]orhold utleiery måtte kjenne til, er slike som det nærmest er uforklarlig at han er uvitende om. Forhold som utleieren bare burde kjent til, faller derimot utenfor regelens rekkevidde.»¹⁴⁷

Høyesterett har bekreftet at forståelsen av uttrykket slik det fremgår av de nevnte forarbeidene er riktig, og dessuten at uttrykket er et «normativt begrep», ikke en «bevisregel».¹⁴⁸ Hagstrøm forstår denne avgjørelsen som et «nytt element» vedrørende skyldkravet for misligholdt opplysningsplikt. Ved at uttrykket forstås som et normativt begrep, utelukkes muligheten for et krav om forsett med lempede beviskrav.¹⁴⁹ Etter Høyesteretts praksis, må «måtte kjenne til» forstås som et skyldkrav som «nærmest er grov uaktsomhet, ikke forsett og ikke uaktsomhet.»¹⁵⁰

Utviklingen er annerledes for tolkningen av avtaleloven § 33 og den ulovfestede lojalitetsplikten. Tromsø Sparebank-dommen tok utgangspunkt i en vurdering av hva banken «burde forstått». Høyesterett har også i andre avgjørelser hvor avtaleloven § 33 har vært rettslig grunnlag tolket ordlyden slik at det kreves ordinær uaktsomhet:

«For at avtaleloven § 33 kan få anvendelse på forholdet, må man imidlertid finne at Banken på det aktuelle tidspunktet var klar over eller *burde* ha vært klar over under hvilke omstendigheter saksøktes underskrift ble innhentet» (min uth.).¹⁵¹

Rettsutviklingen vedrørende skyldkravet henholdsvis for lovfestet opplysningsplikt og ulovfestet lojalitetsplikt er tilsynelatende lite konsekvent. Spørsmålet er hvilken betydning dette har for skyldkravet for ulovfestet opplysningsplikt generelt, og for digitale plattformers opplysningsplikt overfor forbrukere spesielt.

Hagstrøm legger til grunn at de mange positive lovbestemmelsene om opplysningsplikt må vektlegges tungt fordi de kan være uttrykk for en alminnelig obligasjonsrettslig regel, og faller ned på at de mange nye lovbestemmelsene må veie tyngre enn eldre rettspraksis.¹⁵² Han anbefaler således en alminnelig regel om grov uaktsomhet for mislighold av opplysningsplikt

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 82 (1997-98) s. 156.

¹⁴⁸ Rt. 2002 s. 696 (s. 702).

¹⁴⁹ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 162, jf. også Rt. 2002 s. 1110.

¹⁵⁰ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 163.

¹⁵¹ Rt. 1984 s. 28 (s. 38).

¹⁵² Jf. Rt. 1959 s. 1172 og Rt. 1953 s. 449 hvor skyldkravet var uaktsomhet.

på ulovfestet grunnlag.¹⁵³ Nazarian kan synes å ha et annet syn enn Hagstrøm, når hun legger avgjørende vekt på Høyesterettspraksis etter avtaleloven § 33:

«Det gjør at skyldkravet etter avtaleloven § 33 har større betydning for den ulovfestede lojalitetsplikten enn øvrige lovbestemmelser om opplysningsplikt.»¹⁵⁴

Nazarian presiserer riktignok at Hagstrøm ikke behandler ulovfestet lojalitetsplikt generelt, men ulovfestet opplysningsplikt. Presiseringen er imidlertid ikke tilstrekkelig. Den vesentligste forskjellen på drøftelsene er at Nazarian behandler skyldkravet for ugyldighetsvirkning av brudd på lojalitetsplikt, mens Hagstrøm behandler skyldkravet for å kunne gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser som følger av brudd på opplysningsplikt.

Derfor inntar også Hagstrøm både en innrømmelse om at «stillingen nok må karakteriseres som usikker» og at hans konklusjon innebærer forskjellige regler for ugyldighetsvirkning og for muligheten til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser, ved at skyldkravet er henholdsvis uaktsomhet og grov uaktsomhet.¹⁵⁵ Så lenge den gjeldende forståelsen av «måtte kjenne til» opprettholdes, må det være riktig at det kreves grov, eller grovere, uaktsomhet, også for brudd på ulovfestet opplysningsplikt for å kunne gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser. Det vil være lite hensiktsmessig å legge til grunn at den ulovfestede opplysningsplikten er strengere enn lovfestet opplysningsplikt.

Styrkeforholdet mellom forbruker og plattform kan imidlertid anføres som argument for at skyldkravet likevel skal være uaktsomhet. Vilkåret i forbrukerkjøpsloven § 16 (1) b samsvarer med praksis etter avtaleloven § 33, ved at selger svarer for forhold han «burde kjenne til». Ettersom bestemmelsen er begrunnet med hensyn til forbrukerbeskyttelse, kan den ikke få allmenn betydning utenfor forbrukertilfellene.¹⁵⁶ Spørsmålet er om bestemmelsen likevel kan ha betydning på andre forbrukeravtaler enn forbrukerkjøp.

Selv om det er rasjonelt å operere med samme skyldkrav ved opplysningssvikt i forbrukerkjøp og andre forbrukeravtaler, fremstår forbrukerkjøpsloven § 16 (1) b som en særbestemmelse. Hov har gjort et poeng av inkonsekvensen i kontraktslovgivningen, og oppfordrer til

¹⁵³ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 165.

¹⁵⁴ Henriett Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 257.

¹⁵⁵ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 165.

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 44 (2001–02) s. 93.

forsiktighet ved anvendelse av enkeltbestemmelser i kontraktslovgivningen utenfor det angitte anvendelsesområdet.¹⁵⁷

Hov konkluderer med at kontraktslovgivningen, med unntak av forbrukerkjøpsloven, stiller strengere krav til de subjektive vilkår for å bli pålagt opplysningsplikt, enn avtaleloven § 33. Før han kommer til denne konklusjonen, legger han tilsynelatende til grunn at terskelen for opplysningsplikt i andre forbrukeravtaler samsvarer med den alminnelige terskelen.

«Skal en opprettholde den tradisjonelle tolkningen av uttrykket «måtte forstå», har en dermed fått et sprik, ikke bare mellom forbrukeravtaler og andre avtaler, men også mellom forbrukerkjøp på den ene siden og andre forbrukeravtaler på den andre siden.»¹⁵⁸

På denne bakgrunn er det mest nærliggende å legge til grunn at det kreves mer enn ordinær uaktsomhet fra plattformens side for at forbrukeren skal kunne gjøre gjeldende et erstatningskrav med den ulovfestede opplysningsplikten som ansvarsgrunnlag.

Hvorvidt en plattform har brutt det subjektive skyldvilkåret i et konkret tilfelle, vil være avhengig av en vurdering av hva plattformen vet eller må vite. Eksempelvis vil det kreves aktiv handling fra plattformens side dersom en eller flere forbrukere har opplevd å inngå delingsavtaler gjennom en tilbyders falske annonse, og denne er meldt inn via plattformens systemer for klager, forsikring eller tvisteløsning. Det samme kan gjelde for uriktige annonser, avhengig både av omfanget av saker og avstanden mellom annonsen og ytelsen. Om flere forbrukere har vært i kontakt med plattformen om annonsen, og om annonsen er svært misvisende, er sentrale momenter i vurderingen av om plattformen «måtte vite».

Dersom plattformen på ingen måte har mottatt informasjon om den falske eller uriktige annonsen, skal det mer til for å slå fast at plattformen «måtte vite». Det kan likevel tenkes at det er grovt uaktsomt å formidle annonsen i slike tilfeller, dersom det av andre grunner fremstår som åpenbart at annonsen er falsk. Dette kan tenkes å være tilfelle dersom plattformens ved registrering av brukerkonto måtte skjønne at tilbyder ikke er en virkelig person, at annonsen åpenbart er falsk eller lignende.

¹⁵⁷ Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte*, 2. utgave, Oslo 2002 s. 32-33.

¹⁵⁸ Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte*, 2. utgave, Oslo 2002 s. 108.

Hvor tilbyders mislighold ikke knyttes direkte til feil ved annonsen, vil vurderingene være de samme. Dersom en tilbyders ytelse er forsinket eller har mangler, vil plattformens opplysningsplikt kunne være grunnlag for et erstatningskrav dersom plattformen visste eller måtte vite at den aktuelle tilbyderen tidligere har misligholdt andre delingsavtaler. Dersom det tidligere misligholdet er av et omfang og en art som gir plattformen grunn til å tro at det kan påregnes mislighold også i fremtidige delingsavtaler, vil plattformens passivitet kunne resultere i misligholdt opplysningsplikt.

At plattformen må påregne at det tidligere misligholdet vil kunne gjentas, kan tenkes forstått som et ekstra aktsomhetskrav, men det kan ikke være riktig. Dersom tidligere mislighold består i at en Airbnb-tilbyder ofte har slurvet med vasking eller lignende, og det nye misligholdet er forsinket overlevering av nøkler, er det mest naturlig at et eventuelt erstatningskrav må avvises på grunn av vilkåret om manglende årsakssammenheng.

7.6 Forholdet mellom culpanormen og lojalitetsplikten

Ettersom den ordinære erstatningsregelen i mellommannsavtaler innebærer et krav om uaktsomhet, oppstår det et spørsmål om behovet for den ulovfestede lojalitetsplikten som selvstendig grunnlag for erstatningsansvar. Når det er tilstrekkelig for forbrukerens krav på erstatning at plattformen uaktsomt har opptrådt i strid med kravene til aktsomhet som følger av kontraktsforholdet, kan det tenkes at lojalitetspliktens krav om at plattformen «måtte vite» blir overflødig. Forutsatt at de objektive krav til aktsomhet ikke er overholdt, er det klart at lojalitetsplikten som selvstendig rettsgrunnlag ikke har noen rolle parallelt med culpanormen.

Det er to perspektiver som likevel gjør at lojalitetsplikten er et nødvendig supplement til den alminnelige erstatningsregelen. Som nevnt kan lojalitetsplikten fungere som tolkningsmoment for fastleggingen av kontraktsforholdets øvrige forpliktelser, og således har betydning for vurderingen etter den alminnelige culpanormen.

Det andre perspektivet er vurderingen av den objektive siden av aktsomhetsnormen. Denne er tilsynelatende identisk etter den alminnelige culpanormen og lojalitetsplikten, særlig i mellommannskontrakter. Årsaken til dette er at den uavhengige formidler har omsorgsforpliktelser, ikke resultatforpliktelser. Omsorgsplikter er en form for lojalitetsforpliktelse. Dette virker tilsynelatende inkonsekvent. Det kan ikke stilles krav om grovere uaktsomhet samtidig med et krav om vanlig uaktsomhet.

Forklaringen er imidlertid forutsetningen om lojalitetsplikt som en *biforpliktelse*. I en resultatavtale mellom to parter, fungerer lojalitetsplikten som biforpliktelse. For mislighold av hovedforpliktelser i en slik avtale, er det normalt tilstrekkelig med uaktsomhet for å kunne gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser. Dersom det er tale om brudd på biforpliktelser, kan det derimot kreves grov uaktsomhet. I kontrakter hvor en av partene er uavhengig mellommann, bærer imidlertid lojalitetsplikter preg av å være hovedforpliktelser. Dersom en mellommann uaktsomt misligholder en hovedforpliktelse, bør det ikke stilles strengere skyldkrav enn normal uaktsomhet, selv om den bærer preg av å være en form for lojalitetsforpliktelse.

Det er likevel mulig å tenke seg at en mellommannsavtale innebærer både hoved- og biforpliktelser. Dette kan være tilfellet dersom kontraktssituasjonen både aktualiserer en opplysningsplikt om tilbyders tidligere mislighold, og samtidig en plikt for plattformen til å suspendere den aktuelle tilbyderen. Etter omstendighetene kan det tenkes at culpanormen krever at plattformen opplyser om det tidligere misligholdet, uten å stille krav om suspensjon. Dersom lojalitetsplikten i et slikt tilfelle kan forsvare en suspensjonsplikt, og det er grovt uaktsomt av plattformen ikke å gjennomføre sanksjonen, vil ikke nødvendigvis opplysningen om det tidligere misligholdet være tilstrekkelig for å utelukke erstatningsansvar.

7.7 Oppsummering

Det må være klart at registreringsavtalen mellom plattformen og en forbruker innebærer en lojalitetsplikt for plattformen. Det mest praktiske utslaget av lojalitetsplikten i delingsøkonomien er en form for opplysningsplikt. Plattformen kan selvsagt også oppfylle lojalitetsplikten på andre måter, for eksempel gjennom å ekskludere useriøse eller upålitelige tilbyders brukerkontoer hos plattformen.

For fastlegging av plattformens opplysningsplikt vil en rekke momenter kunne virke inn på forpliktelsens innhold. Særlig forbrukerhensyn og det forhold at forbrukeren sjelden eller aldri vil ha mulighet til å gjøre seg kjent med en tilbyders tidligere mislighold står sentralt.

For at forbrukeren skal kunne gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser som følge av plattformens unnlattelse, kreves mer enn vanlig uaktsomhet fra plattformens side.

Vurderingstemaet er om plattformen «måtte vite» om det forhold som gir plattformen en opplysningsplikt.

8 Forholdet til plattformens ansvarsfraskrivelser

8.1 Innledning

Digitale plattformer inntar vanligvis bestemmelser om ansvarsfraskrivelser i sine standardvilkår. Både Airbnb, Nabobil og Uber har bestemmelser om ansvarsfraskrivelser i sine standardvilkår (se pkt. 2.3 og kap. 5).¹⁵⁹ Disse bestemmelsene er ofte ikke forenelig med erstatningsansvar for brudd på opplysningsplikt om tilbyders tidligere mislighold av delingsavtaler. Fraskrivelsesklausulene fremstår som generelle og med et omfang som i alle fall dekker slikt erstatningsansvar som er tema for avhandlingen.

Bestemmelsene begrenser plattformens erstatningsansvar på en slik måte at erstatningsansvar på de grunnlag som er behandlet i avhandlingen ofte vil være utelukket, forutsatt at ansvarsfraskrivelsene får rettsvirkning etter sin ordlyd. Ettersom hovedregelen for uavhengige mellommenns erstatningsansvar er ansvar for uaktsomt kontraktsbrudd, er temaet i det videre hvorvidt plattformene har adgang til å fraskrive seg ansvar for egen uaktsomhet i registreringsavtale med forbruker. Det kan nevnes at Høyesterett over tid synes å legge til grunn at ansvarsfraskrivelser som etter ordlyden dekker følgene av grov uaktsomhet, har blitt tolket innskrenkende.¹⁶⁰ Ved grov uaktsomhet er utgangspunktet at en absolutt ansvarsfraskrivelse ikke får rettsvirkning, uavhengig av om den grove uaktsomheten knyttes til ledelsen eller en arbeidstaker i firmaet.¹⁶¹ Denne regelen er forankret i NL¹⁶² 5-1-2 som innebærer at fraskrivelse av ansvar for grov uaktsomhet og forsett er i strid med ærbarhet.

Det finnes ikke lovbestemte begrensninger som særskilt kommer til anvendelse overfor plattformers ansvarsfraskrivelser. Spørsmålet om håndteringen av motstrid mellom plattformens erstatningsbetingede uaktsomhet og ansvarsfraskrivelse vil i realiteten derfor være det samme, enten plattformen er part eller mellommann i delingsavtalen. Samtidig må det være klart at terskelen for å godta en ansvarsfraskrivelse er høyere dersom plattformen selv er part. Det er mindre betenkelig at plattformen fraskriver seg ansvar, slik at risikoen fordeles mellom forbruker og tilbyder, enn at plattformens standardvilkår overfører betydelig risiko til forbruker alene. Dette vil i større grad kunne være i strid med

¹⁵⁹ Airbnb Terms of Service pkt. 1.3 og 17.2, Nabobil Vilkår for leietakere pkt. 8 og Ubers avtalevilkår pkt. 5

¹⁶⁰ Jf. bl.a. Rt. 1926 s. 712, Rt. 1963 s. 281 og 1969 s. 405.

¹⁶¹ Se Viggo Hagstrøm, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421–519 (s. 449 flg.).

¹⁶² Kong Christian Den Femtis Norsk Lov 15. april 1687.

deklaratorisk rett (pkt. 3.3.1).¹⁶³ Det kan tenkes at vurderingen av skyldkravet vil være annerledes dersom plattformen selv må regnes som part i delingsavtalen. Dette behandles ikke i avhandlingen, fordi de fleste plattformer klart oppfyller vilkårene som kreves for å markere mellommannsrollen. Følgelig behandles grensene for ansvarsfraskrivelser fra plattformens side utelukkende i tilknytning til ansvar for egen uaktsomhet.

Siktemålet i dette kapittelet er å fastslå hva som skal til for at en ansvarsfraskrivelse i en registreringsavtale ikke skal komme til anvendelse etter sin ordlyd. Utgangspunktet er at kontraktstypen ikke er positivt regulert, og at det dermed ikke finnes særskilte begrensninger i avtalefriheten for partene i registreringsavtalen. Problemstillingen blir således å undersøke hvilke begrensninger som finnes for digitale plattformers adgang til å fraskrive seg erstatningsansvar.

8.2 Generelt om adgangen til ansvarsfraskrivelser

Tidligere ble Rt. 1948 s. 370 ansett som prejudikat for adgangen til å fraskrive seg ethvert ansvar, med unntak av ansvar for grovt uaktsomme eller forsettlig handlinger. Denne oppfatningen kan ikke opprettholdes etter dommen i Rt. 1994 s. 626. Saken gjaldt et speditørsfirmas ansvar overfor kunde, for en kaiinspektørs grove uaktsomhet.

Spedisjonskontrakten inneholdt en generell ansvarsbegrensning, som etter ordlyden utelukket ansvar for transportskaden som oppsto. Et sentralt spørsmål var om inspektøren kunne identifiseres med ledelsen i speditørfirmaet, slik at den grove uaktsomheten kunne knyttes til firmaet. Høyesterett kom til at kaiinspektøren ikke kunne identifiseres med ledelsen, som dermed ikke hadde utvist grov uaktsomhet. Etter Rt. 1948 s. 370 ville ansvar derfor være utelukket. Resultatet ble riktignok frifinnelse av speditørfirmaet, men dette bygget ikke på dommen i Rt. 1948 s. 370. Førstvoterende uttalte at den tidligere dommen «så vidt streifer spørsmålet», og gikk så over til å vurdere ansvarsreguleringen konkret før han konkluderte:

«Etter min mening ville det være uheldig å forrykke den ansvarfordeling som på dette punkt følger av kontrakten ... Jeg finner etter dette at verken alminnelige rettsgrunnsetninger eller avtaleloven § 36 gir grunnlag for i denne sak å tilsidesette den regulering av ansvaret som etter min mening klart følger av NSAB-75 § 25» (s. 630 og 631).

¹⁶³ Se særlig Rt. 2004 s. 675 (avsnitt 73).

Ansvarsfraskrivelsen ble akseptert fordi resultatet av forhandlingene mellom partenes organisasjoner måtte regnes som utslag av en hensiktsmessig avveining av partenes interesser. Når førstvoterende viste til at alminnelige rettsgrunnsetninger kan gi grunnlag for å tilsidesette en ansvarsfraskrivelse, inkluderer dette tilsidesettelse av standardvilkår fordi det er ikke er vedtatt (tilsvarende som i pkt. 3.3.1). Det inkluderer også alminnelige avtalerettslige tolkningsregler. Dersom et standardvilkår om ansvarsfraskrivelse anses som vedtatt av partene, kan bestemmelsen måtte tolkes slik at det ikke omfatter fraskrivelse av ansvar i tilknytning til det konkrete saksforhold.

Det kan således tenkes flere fremgangsmåter for å komme til det resultat at ansvarsfraskrivelsen må vike til fordel for erstatningsansvar for plattformen. For det første kan det stilles spørsmål om forbrukeren i det hele tatt har vedtatt ansvarsfrihetsbestemmelsen. Dersom den ikke er vedtatt, er ikke forbrukeren bundet av bestemmelsen og motstridproblemet settes ikke på spissen. For det andre kan motstriden løses ved tolkning, slik at den endelig forståelsen av ansvarsfraskrivelsen ikke står i veien for plattformens erstatningsansvar. Endelig kan bestemmelsen settes til side, helt eller delvis, med grunnlag i avtaleloven § 36, jf. § 37.¹⁶⁴ Disse fremgangsmåtene omtales nedenfor, men fokus rettes mot de materielle grenser for ansvarsfraskrivelse som følger av rettspraksis og urimelighetsregelen i avtaleloven § 36.

8.3 Ansvarsfraskrivelse må være vedtatt

Ansvarsfraskrivelsen må være avtalt, dersom det skal kunne oppstå motstrid. Normalsituasjonen vil være at den digitale plattformen har inntatt ansvarsfraskrivelse i standardkontraktens bestemmelser. På samme måte som for markering av at plattformen selv ikke er part i delingsavtaler i standardkontrakt, kan det stilles spørsmål om en slik bestemmelse er vedtatt.

Vurderingen er her, på samme måte som i pkt. 3.3.1, om plattformen tilstrekkelig tydelig har gjort forbrukeren oppmerksom om den aktuelle bestemmelsen før inngåelse av registreringsavtale, slik at plattformen har en *berettiget* forventning om at forbrukeren har

¹⁶⁴ Ole-Andreas Rognstad, *Mellommenns sivilrettslige ansvar ved handel på Internett*, København 2004 s. 69.

akseptert ansvarsfraskrivelsen.¹⁶⁵ Ettersom vurderingstemaet er det samme, vil også drøftelsene i stor grad være like.

Slik bestemmelsene om ansvarsfraskrivelser i de ulike standardkontraktene fremstår, kommer ikke dette på spissen for Airbnb, Uber eller Nabobil. Ansvarsfraskrivelsene fremgår klart av standardkontraktene, med god oppfordring til forbrukeren om å gjennomgå vilkårene.

Ettersom tilsidesettelse av bestemmelse i standardvilkår allerede er behandlet i oppgaven, anser jeg det således ikke for hensiktsmessig å utdype dette ytterligere her. Som det også vil fremgå har rettsutviklingen, representert ved vedtakelsen av generalklausulen i avtaleloven § 36, gjort at det ikke er nødvendig å drøfte grensen for ansvarsfraskrivelse som et spørsmål om binding som følge av aksept. Ettersom måten avtaleinngåelsen skjer på gjør det enkelt for plattformen å sørge for at bestemmelsen må anses vedtatt, er det grunn til å anta at det er lite hensiktsmessig å sette plattformens ansvarsfraskrivelser til side på dette grunnlag.¹⁶⁶

8.4 Innskrenkende fortolkning av ansvarsfraskrivelser

Dersom ansvarsfraskrivelsen etter sin ordlyd ikke omfatter plattformens skadevoldende handling eller unnlattelse, er ikke fraskrivelsen til hinder for å holde plattformens ansvarlig. Dette kan tenkes å være tilfelle dersom en plattforms standardvilkår inneholder en bestemmelse som holder plattformen ansvarsfri for uaktsomt å unnlate å gi forbrukeren opplysninger om en tilbyders tidligere mislighold, men er taus om plattformens ansvar for uaktsomt å unnlate å gi opplysninger om feil i en tilbyders annonse. Generelle tolkningsspørsmål har vært gjenstand for inngående behandling i avtaleretten,¹⁶⁷ og behandles derfor ikke her.

Av særlig betydning i tilknytning til registreringsavtalen mellom plattform og forbruker, er avtl. § 37, som gjelder vilkår i kontrakter mellom forbruker og næringsdrivende som ikke er individuelt forhandlet. Bestemmelsen gjennomfører dir. 93/13 i norsk rett.

At standardkontraktene som vedtas ved inngåelse av registreringsavtale ikke er individuelt forhandlet, er utvilsomt. Etter annet ledd defineres forbruker som «enhver fysisk person som

¹⁶⁵ Se f.eks. Rt. 2010 s. 1478 (avsnitt 26).

¹⁶⁶ Ole-Andreas Rognstad, *Mellommenns sivilrettslige ansvar ved handel på Internett*, København 2004 s. 69.

¹⁶⁷ Se f.eks. Johan Giertsen, *Avtaler*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 105 flg.

ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet», og bestemmelsen omfatter således forbrukere i delingsøkonomien.

Dersom det er tvil om hvordan et avtalevilkår i en standardkontrakt skal forstås, bestemmer avtl. § 37 første ledd nr. 3 at vilkåret skal tolkes til fordel for forbrukeren. Bestemmelsen svarer til dir. 93/13 art. 5, som bestemmer at vilkårene må være skrevet slik at forbrukeren forstår innholdet i vilkåret. Vilkaeret skal tolkes til fordel for forbrukeren «Where there is doubt about the meaning of a term». Forholdet mellom direktivet og norsk rett er direkte omtalt i Rt. 2013 s. 388 (avsnitt 60):

«Når lovgiver tilføyde § 37 som følge av direktivet, var hensikten altså ikke å gi anvisning på en annen rimelighetsstandard enn den som følger av § 36.»

Uttalelsen er gitt på bakgrunn av at Justisdepartementets høringsbrev 24. februar 1994 til implementeringen av direktivet, la til grunn at terskelen for å sette til side et vilkår som urimelig er høyere i direktivet enn etter avtl. § 36. For norske domstolars rimelighetsprøving av standardvilkår, er det er således ikke nødvendig å legge direktivets forståelse av urimelighet til grunn. Dette kan antas å være en sentral forklaring for hvorfor Høyesterett har unnlatt å benytte avtl. § 37 som grunnlag for sine avgjørelser.

Proposisjonen til endringsloven inneholder uttalelser som er vesentlig i forståelsen av avtl. § 37 første ledd nr. 3, om tolkningstvil. Det fremgår at tolkningsregelen innebærer en lovfesting av uklarhetsregelen, men det understrekes at dette ikke innebærer en tilsidesettelse av andre ulovfestede tolkningsregler:

«Bestemmelsen kommer til anvendelse bare hvis det er *tvil* om tolkningen av et avtalevilkår som ikke er individuelt forhandlet. Hvis en klar tolkning av det aktuelle vilkåret fremkommer ut fra ordlyden, eventuelt supplert med andre tolkningsmomenter, gir bestemmelsen ikke grunnlag for i denne sammenheng å ta særlig hensyn til forbrukerens interesser.»¹⁶⁸

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 89 (1993-94) s. 15.

Videre understrekes det at bestemmelsen ikke gir hjemmel til å velge et tolkningsalternativ til fordel for forbruker, dersom det fremstår som lite nærliggende, på bekostning av tolkningsalternativer som er «vesentlig mer nærliggende».

Det foreligger imidlertid en rekke avgjørelser fra Høyesterett hvor ansvarsfraskrivelser ikke har fått virkning etter sin ordlyd, gjennom innskrenkede fortolkning av ordlyden i standardvilkår. I det videre vurderes derfor om behandlingen av ansvarsfraskrivelser i rettspraksis kan gi grunnlag for tilsvarende vurderinger av digitale plattformers ansvarsfraskrivelser.

Flere Høyesterettsdommer har vurdert viktigheten av kontraktsbruddet for fastleggelsen av rekkevidden til fraskrivelsesklausuler som etter ordlyden dekker det aktuelle kontraktsbruddet. Dommen inntatt i Rt. 1982 s. 1357 gjaldt en næringsavtale om salg av et lagerbygg. Om selgers ansvar het det at eiendommen skulle overtas «i foreliggende stand, uten ansvar for Vest-Telemark Næringsbygg A/S». Etter overtakelsen brøt bygningen sammen som følge av snø på taket. Skaden skyldtes konstruksjonsfeil fra kontraktshjelper. Selgers forbehold er i praksis en generell og absolutt fraskrivelse av ansvar, som etter sin ordlyd omfatter konstruksjonsfeilen. Om forståelsen av klausulen uttaler Høyesterett:

«Dette er en meget generelt avfattet bestemmelse som ikke bærer preg av å være resultatet av noen konkret vurdering av ansvar og risiko i forbindelse med overdragelse av denne type eiendom. Det er dessuten ingenting som tyder på at bestemmelsens innhold faktisk ble vurdert. Det er da etter min mening rimelig å tolke bestemmelsen slik at den gjelder eventuelle mangler ved eiendommen av mer tradisjonell karakter, såsom fysiske skader, dårlig håndverk eller andre forhold som ofte undersøkes og kontrolleres ved befaring. Den ankende part har framhevet at slike momenter særlig gjør seg gjeldende i forhold til den eldre fabrikkbygning, men tolkingen er etter mitt skjønn den riktige også sett i forhold til lagerbygget. Slik forstått gjelder ikke ansvarsfraskrivelsen for den grunnleggende mangel ved lagerbygningens konstruksjon, som danner grunnlaget for erstatningskravet her.»¹⁶⁹

En rekke andre dommer gir uttrykk for at ansvarsfraskrivelsers rekkevidde må begrenses dersom de innebærer at betydningsfulle kontraktsbrudd ikke får noen rettsvirkning. På

¹⁶⁹ Rt. 1982 s. 1357 (s. 1365).

bakgrunn av en gjennomgang av rettspraksis, skiller Hagstrøm mellom situasjoner der Høyesterett anvender innskrenkende tolkning¹⁷⁰ og tilsidesettelse på bakgrunn av partenes forutsetninger ved avtaleinngåelsen.¹⁷¹ Den siste fremgangsmåten synes å være foretrukket i tilfeller der ordlyden er særlig klar, og dermed høyner terskelen for å løse spørsmål ved tolkning.¹⁷²

8.5 Ansvarsfraskrivelsens gyldighet etter avtaleloven § 36

Avtaleloven § 36 første ledd gir hjemmel for å sette avtaler helt eller delvis til side dersom «det ville virke urimelig ... å gjøre den gjeldende.» Etter annet ledd skal det tas hensyn til «avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse ... senere inntrådte forhold og omstendigheten for øvrig.» Det fremgår av utvalgsutredningen at forslaget om å innta generalklausulen i avtaleloven var i tråd med rettsutviklingen, som innebar stadig bedre beskyttelse av den svake kontraktspart.¹⁷³ Avtaleloven § 36 kan således ikke regnes som et brudd, men som en videreutvikling av rettsstilstanden før vedtakelsen. Rimelighetsvurderingen i rettspraksis forut for vedtakelsen av avtl. § 36 er derfor fremdeles relevant.

Utvalgsutredningen peker på kontroll med kontraktsvilkår som pålegger partene byrder, som for eksempel risikoen for mislighold, som en del av kjerneområdet for avtl. § 36.¹⁷⁴ Grensen for gyldigheten av ansvarsfraskrivelse, med hjemmel direkte i avtl. § 36 eller ulovfestet rimelighetssensur forut for avtl. § 36, har ikke vært gjenstand for behandling i Høyesterett. At Høyesterett har avgjort spørsmål om ansvarsfraskrivelse ved tolkning fremfor en åpen rimelighetssensur, har blitt kritisert. Med henvisning til Rt. 1982 s. 1357, om salget av lagerbygget med konstruksjonsfeil, påpeker Hagstrøm at selgerens fraskrivelse utvilsomt dekker konstruksjonsfeilen og utdyper at:

«Det kan neppe være diskutabelt at begrunnelsen er lite opplysende når klausulen tross alt var helt generelt avfattet. Det avgjørende var uten tvil at det dreide seg om et

¹⁷⁰ F.eks. Rt. 1911 s. 1037, Rt. 1935 s. 1014 og Rt. 1953 s. 35.

¹⁷¹ F.eks. Rt. 1935 s. 487 og Rt. 1969 s. 679.

¹⁷² Viggo Hagstrøm, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse", særlig i næringsforhold, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421–518 (s. 457 og 458).

¹⁷³ NOU 1979: 32 s. 37.

¹⁷⁴ NOU 1979: 32 s. 52.

nybygg med grove mangler det ville være urimelig at selgeren, som hadde stått for oppførselen, ikke hadde risikoen for.»¹⁷⁵

Høyesterett har gjennomført rimelighetssensur gjennom tolkningsprosesser som har ført til innskrenkende fortolkning av fraskrivelsesklausuler,¹⁷⁶ i stedet for å sette klausulen til side som ugyldig. Det kan likevel ikke være tvil om at avtl. § 36 setter en grense for innholdet i en fraskrivelsesklausul. Hagstrøm mener rimelighetssensur med grunnlag i avtl. § 36 bør være den foretrukne metode dersom ordlyden er så klar eller absolutt at man må velge et tolkningsalternativ som ikke er nærliggende, av hensyn til lovgiverviljen og rettsutviklingen.¹⁷⁷ Dersom det er rom for tolkningstvil, kan avtl. § 36 anvendes som tolkningsprinsipp.¹⁷⁸

På denne bakgrunn er det nødvendig å forsøke å trekke opp grensene for ansvarsfraskrivelser etter avtl. 36. Det er lite å hente fra rettspraksis eller forarbeidene, utover det som allerede er nevnt. Det er ikke usannsynlig at Høyesterettsavgjørelser som begrenser rekkevidden av fraskrivelseskausuler ved innskrenkende tolkning kan være retningsgivende for vurderinger etter avtl. § 36.

Både Sverige og Danmark har tilsvarende bestemmelse. I disse landene finnes både rettspraksis og mer inngående drøftelser i forarbeidene, særlig i de svenske lovmotivene. Hagstrøm argumenter for at de nordiske kilder kan bidra til fastleggelse av rimelighetsstandarden:

«I tillegg til de velkjente, almene synspunkter for ensartet fortolkning av lover tilkommet i nordisk lovsamarbeid, er det her også en rekke mer spesielle omstendigheter som tilsier likeartet praktisering. De nordiske land har på kontraktsrettens område tilnærmet de samme rettstradisjoner. Dessuten dreier det seg om samfunn som økonomisk og sosialt er ganske like. Den rimelighetsstandard som § 36 viser til, vil derfor neppe variere synderlig mellom landene. Da den norske bestemmelse i avtalelovens § 36 ble vedtatt, ble det videre fremhevet at et av

¹⁷⁵ Viggo Hagstrøm, "Urimelige avtalevilkår", *Lov og Rett*, 1994 s. 131–168 (s. 164).

¹⁷⁶ F.eks. Rt. 1975 s. 478.

¹⁷⁷ Viggo Hagstrøm, "Urimelige avtalevilkår", *Lov og Rett*, 1994 s. 131–168 (s. 164).

¹⁷⁸ Viggo Hagstrøm, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421–518 (s. 459).

siktemålene var å bidra til nordisk rettsenhet (NOU 1979:32 s. 40 og Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 11 f.)»¹⁷⁹

Han slår videre fast at de norske og svenske lovforarbeidene bygger på de samme hovedsynspunkter, men at disse i større grad er utdypet i den svenske utredningen. På denne bakgrunn konkluderer han med at det må være klart at «svensk og dansk rettsmateriale om avtalelovens § 36 har betydning for tolkning av den norske lov». Den svenske utredning gir for det første støtte til Hagstrøm innvending mot Høyesteretts tilbøyelighet til å bedømme ansvarsfraskrivelse gjennom tolkningsprosesser:

«Utredningen anser för sin del klart, att det bör finnas möjlighet att jämka ansvarsfraskrivningar med stöd generalklausul. Utredningen av en anser också, på de skäl som har anförts tidigare avsnitt 5.2.2, att en jämkning eller ett åsidosättande av en ansvarsfraskrivning sker som på särskilt angivna grunder i många fall är än bättre en borttolkning av klausulen.»

Om grensen for ansvarsfraskrivelse oppsummerer utredning at:

«Det skulle emellertid enligt utredningens mening leda till en alltför stel bedömning att generellt dra vid gränsen grov försummelse ... Generalklausulens effektivitet kräver, här liksom på andra områden, att domstolarna har avsevärd frihet åsidosätta att ansvarsfraskrivningar.»¹⁸⁰

Basert på en gjennomgang av de svenske lovmotivene, oppsummerer Hagstrøm at ansvarsfraskrivelses gyldighet må skje etter en helhetsvurdering av risikofordelingen i det aktuelle kontraktsforholdet. Hvorvidt fraskrivelse av ansvar for vanlig uaktsomhet er tillatt, må vurderes konkret, blant ut fra de momenter som angis i avtl. § 36 annet ledd.

8.6 Grensene for digitale plattformers ansvarsfraskrivelse

Uavhengig av hvilken metode som benyttes for ikke å tillate at ansvarsfraskrivelse får rettsvirkning etter sin ordlyd, er spørsmål hvordan reglene får virkning overfor digitale plattformer. Hvorvidt plattformen selv må anses som part i avtalen eller er uavhengig

¹⁷⁹ Viggo Hagstrøm, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421–518 (s. 461).

¹⁸⁰ SOU 1974: 83 Generalklausul i förmögenhetsrätten s. 178.

mellommann, kan tenkes å ha betydning for anvendelse av reglene som setter grenser for ansvarsfraskrivelser. Reglene om ansvarsfraskrivelse, slik de er behandlet overfor, er fastlagt med utgangspunkt i fraskrivelse av ansvar for partene i avtalen. Dersom plattformen selv må anses som part i en delingsavtale, kan forholdet vurderes ut fra disse reglene.

Problemstillingen er om reglene har samme rekkevidde og funksjon dersom plattformen må regnes som formidler. Som formidler er det ikke plattformen, men tilbyderer som er forpliktet til ytelse i delingsavtalen. Det er klart mindre betenkkelig å tillate fraskrivelse av ansvar for en annens forpliktelser, enn for sine egne. Ansvarsfraskrivelser i standardkontraktene til digitale plattformer kan ha til formål å markere at plattformen selv ikke skal være part, og på denne måten påvirke forbrukerens forventninger til plattformen.¹⁸¹

På den annen side er likevel plattformen og forbruker i et kontraktsforhold med hverandre, gjennom registreringsavtalen. Som i andre avtaler innebærer avtl. § 36 et krav om balanse i dette avtaleforholdet. Tilsvarende er forbrukerhensyn relevant som moment etter alminnelige tolkningsregler. Enten man tar utgangspunkt i tolkning av fraskrivelsesklausulen eller avtl. § 36, vil regler til beskyttelse av den svake kontraktspart kunne anvendes for å reparere eller sensurerer en registreringsavtale i ubalanse. I forlengelsen av dette må nevnes at den strenge holdningen til ansvarsfraskrivelser i rettspraksis, slik den er gjennomgått ovenfor, er knyttet til avtaler i næringsforhold. Generelt kan ikke holdningen være mindre streng i forbrukerforhold. Både tolkningsregler og avtl. § 36 tilsier høyere terskel for ansvarsfraskrivelser fra næringsdrivende overfor forbrukere.

Vurderingen må ta utgangspunkt i de forpliktelser plattformen har overfor forbrukeren som kan føre til erstatningsansvar. Dersom plattformen er mellommann, består disse ikke i resultatforpliktelser, men i omsorgs- eller lojalitetsforpliktelser som ved mislighold kan føre til erstatningsansvar dersom kontraktsbruddet er en følge av plattformens uaktsomhet. Utredningen av den svenske urimelighetsregelen avviser at det er tilgang til ansvarsfraskrivelse for vanlig uaktsomt brudd på omsorgsforpliktelser fra aktører som omfattes av det strenge profesjonsansvar, ved ytelse av fagkyndig bistand mot vederlag:

«Företag och högt kvalificerade yrkesmän åtar sig viktiga tjänster gentemot allmänheten mot ett vederlag som svarar mot prestationens betydenhet, såsom banker,

¹⁸¹ Ole-Andreas Rognstad, *Mellommenns sivilrettslige ansvar ved handel på Internett*, København 2004 s. 70.

försäkringsbolag, advokater och revisorer, bör under normala förhållanden inte kunna sig frita från skadeståndsskyldighet vid något slag försummelse fullgörande av vid av sina åtaganden.»¹⁸²

Dette blir utdypet av Hagstrøm:

«... Dette innebærer at realdebitor ikke påtar seg risikoen for et bestemt resultat, men kun har plikt til å gjøre en god og forsvarlig innsats for å nå resultatet. Det vil da være i strid med forutsetningene om realdebitor også kan fraskrive seg ansvaret for å yte en faglig forsvarlig innsats. Dreier det seg om en ren risikofraskrivelse, er realiteten at kontrakten opphører å være en kontrakt for realdebitor. En helt annen sak er at selve oppdraget kan være begrenset slik at det må være adgang til å ta et spesifisert forbehold mot feil og utelatelser ... Men innenfor de rammer oppdraget setter, er det vanskelig å se at det skal være akseptabelt at den profesjonelle yrkesutøver skal kunne fraskrive seg ansvar for at hans innsats ikke har holdt alminnelig faglig standard.»¹⁸³

Det må være klart at den type omsorgsforpliktelse som innebærer faglig bistand er noe annet enn den forpliktelse plattformen har til å opplyse forbruker om tilbyders tidligere mislighold eller feil ved tilbyders annonse. Hovedforskjellen ligger i at plattformen ikke fungerer som rådgiver, og en fraskrivelse av ansvar for egen uaktsomhet vil ikke uthule kontrakten på samme måte som om en bank skulle avtale seg bort fra all risiko for investeringsråd til en kunde.

På den annen side er det problematisk å akseptere en ordning hvor plattformen fraskriver seg ansvar for forhold som plattformen kan ha, eller har kunnskap om, og som forbrukeren ikke har forutsetning for å ha. Forbrukeren kan bare ta i betraktning det som fremgår av annonsene som er lagt ut på sidene til plattformen, og eventuelt brukertaler. Dersom en tilbyders tidligere mislighold ikke fremkommer her, samtidig som plattformen har mottatt klager på den aktuelle tilbyderen, har ikke forbrukeren mulighet til å vurdere kvaliteten og troverdigheten til tilbyderen. Det har derimot plattformen. Spørsmålet er om ansvarsfraskrivelsen må anses som en aksept fra forbrukerens side om å påta seg risikoen for slike forhold. Eventuelt om dette er i strid med forutsetningene ved inngåelse av

¹⁸² SOU 1974: 83 Generalklausul i förmögenhetsrätten s. 178.

¹⁸³ Viggo Hagstrøm, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421–518 (s. 466).

registreringsavtalen, slik at fraskrivelsesklausulen må tolkes innskrenkende, eller er ugyldig etter avtl. § 36 og må settes til side som urimelig.

Dersom kontraktsbruddet er en følge av plattformens forsett eller grove uaktsomhet, kan ansvarsfraskrivelsen ikke få rettsvirknings etter sin ordlyd. På bakgrunn av vurderingene i inneværende kapittel, må den absolutte grensen i NL 5-1-2 også gjelde for uavhengige mellommenn. Ved vanlig uaktsomhet må etter min mening spørsmålene anses som uavklarte. Jeg vil anta at en fremtidig avklaring av spørsmålet, med de rettskildene som er tilgjengelig i dag, vil måtte ta utgangspunkt i en avveining mellom risikoen forbrukeren frivillig tar ved å være deltaker i delingsøkonomien, hvor man ikke kan forvente samme beskyttelse som i mer tradisjonelle markeder, og den risikoen digitale plattformer påfører samfunnet ved å legge til rette for delingsøkonomi. I delingsavtaler hvor plattformen er den eneste profesjonelle aktør, tilsier forbrukerhensyn at den strenge vurderingen som følger av langvarig rettspraksis, også bør gjelde for plattformens ansvarsfraskrivelser. Betydningen av kontraktsbruddet, graden av klanderverdighet hos partene og andre omstendigheter som kan ha innvirkning på klausulens rimelighet er sentrale momenter, enten vurderingene gjøres med hjemmel direkte i avtl. § 36 eller med avtl. § 36 som tolkningsprinsipp. Størrelsen på vederlaget til plattformen ved inngåelse av delingsavtaler, graden av involvering fra plattformens side og andre omstendigheter kan tenkes å være særlige momenter i denne vurderingen. Derfor vil det være uheldig med en regel som tillater absolutte fraskrivelsesklausuler for alt ansvar utenom det som følger av grov uaktsomhet og forsett. Rimelighetssensuren bør derfor ta utgangspunkt i en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet og -konstruksjonen hos den aktuelle digitale plattform, og en absolutt grense som stopper ved grov uaktsomhet.

9 Oppsummering og avslutning

Med den digitale plattformens rolle som uavhengig formidler mellom forbruker og tilbyder, vil digitale plattformers erstatningsansvar overfor tilbyder i stor grad bygge på de samme reglene som i forholdet mellom plattform og forbruker.

Regelen om at det må markeres overfor forbruker at plattformen selv ikke skal være part i delingsavtalen (kap. 3), må også gjelde i forholdet til tilbyder. Bestemmelsene i plattformenes standardvilkår har ofte det samme innhold både overfor tilbyder og forbruker (kap. 5), med unntak av Uber hvor tilknytningen mellom plattform og sjåfører er sterkere.

Det alminnelige utgangspunktet for plattformers erstatningsansvar bygger i stor grad på megleransvaret. At meglere kan holdes ansvar for egen uaktsomhet gjelder både overfor kjøper og selger (kap. 6), selv om selger ikke er i kontraktsforhold med kjøper. Hovedregelen for plattformens erstatningsansvar er derfor den samme overfor begge parter i delingsavtaler. Det er ikke grunnlag for å at reglene om plattformens lojalitetsplikt skal være annerledes overfor tilbyder, også når det gjelder krav om grovere uaktsomhet for erstatningsansvar (kap. 7). Reglene om grensene for ansvarsfraskrivelser må også gjelde på samme måte som i forholdet mellom plattform og forbruker (kap. 8).

Det kan likevel tenkes omstendigheter som gjør det nødvendig å vurdere plattformens erstatningsansvar annerledes overfor tilbyder. Det kan for eksempel være forskjeller i standardvilkårene, eller andre ulikheter ved inngåelse av registreringsavtalene som gjør at tilknytningen mellom plattform og tilbyder er annerledes enn tilknytningen mellom plattform og forbruker. En særlig tilknytning mellom tilbyder og plattform kan stille strengere krav til lojalitet, men det kan også tenkes å forskyve avtalestrukturen slik at det ikke lenger er hensiktsmessig å betrakte plattformen som uavhengig formidler. Det siste vil også kunne ha innvirkning på vurderinger av plattformens ansvar overfor forbruker, ettersom forutsetningen for å legge megleransvaret til grunn forsvinner.

Forutsatt at plattformen er uavhengig formidler, er det særlig ett forhold som kan tenkes å ha avgjørende betydning for å vurdere plattformens erstatningsansvar annerledes overfor tilbyder. Særlig aktive tilbydere kan måtte være å betrakte som næringsdrivende, gjennom sin aktivitet på en digital plattform. Dette kan være en privatperson som ofte og over tid leier ut bolig, eller deler av en bolig, som han selv ikke bor i. Avgjørende er om tilbyderens

virksomhet har tilstrekkelig varighet og omfang.¹⁸⁴ For vurderinger av plattformens erstatningsansvar overfor tilbyder, vil kategoriseringen av tilbyder som næringsdrivende utelukke forbrukerhensyn som argument til fordel for tilbyder.

¹⁸⁴ Se nærmere i NOU 2017:5 Delingsøkonomien s. 92 flg.

Kildeliste

Lover

NL	Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687
Kommisjonsloven	Lov 30. juni 1916 nr. 1 om kommisjon
Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer
Kjøpsloven	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
Håndverkertjenesteloven	Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for brukere
Agenturloven	Lov 19. juni 1992 nr. 56 om handelsagenter og handelsreisende
Avhendingslova	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom
Pakkereiseloven	Lov 25. august 1995 nr. 57 om pakkereiser og reisegaranti
Bustadoppføringslova	Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.
Husleieloven	Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler
Forbrukerkjøpsloven	Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp
Ehandelsloven	Lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester
Forsikringsformidlingsloven	Lov 10. juni 2004 nr. 41 om forsikringsformidling
Eiendomsmeglingsloven	Lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling

Forarbeider

Innst. O. nr. 69 (2001-02)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om forbrukerkjøp
NOU 1979: 32	Formuerettslig lempningsregel
NOU 1987: 14	Eiendomsmegling
NOU 1993: 27	Forbrukerkjøpslov
NOU 2006: 1	Eiendomsmegling
NOU 2017: 4	Delingsøkonomien – muligheter og utfordringer
Ot.prp. nr. 80 (1986-1987)	Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsurekjøp
Ot.prp. nr. 49 (1991-1992)	Om lov om handelsagenter og handelsreisende
Ot.prp. nr. 89 (1993-1994)	Om lov om endring i avtaleloven
Ot.prp. nr. 35 (1994-1995)	Om lov om pakkereiser
Ot.prp. nr. 82 (1997-1998)	Om lov om husleieavtaler
Ot.prp. nr. 44 (2001-2002)	Om lov om forbrukerkjøp
Ot.prp. nr. 4 (2003-04)	Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester
Ot.prp. nr. 16 (2006-2007)	Om lov om eiendomsmegling

Rettsavgjørelser

Rt. 1911 s. 1037

Rt. 1921 s. 11

Rt. 1922 s. 70

Rt. 1925 s. 208

Rt. 1925 s. 759

Rt. 1926 s. 712

Rt. 1935 s. 487

Rt. 1935 s. 1014

Rt. 1936 s. 909

Rt. 1948 s. 370

Rt. 1953 s. 35

Rt. 1953 s. 449

Rt. 1959 s. 1172

Rt. 1963 s. 281

Rt. 1964 s. 838

Rt. 1966 s. 857

Rt. 1969 s. 405

Rt. 1969 s. 679

Rt. 1973 s. 967

Rt. 1975 s. 478

Rt. 1980 s. 243

Rt. 1980 s. 1109

Rt. 1982 s. 1357

Rt. 1984 s. 28

Rt. 1987 s. 442

Rt. 1988 s. 7

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1989 s. 689

Rt. 1989 s. 852

Rt. 1992 s. 1430

Rt. 1994 s. 626

Rt. 1995 s. 245

Rt. 1996 s. 1401

Rt. 2000 s. 679

Rt. 2001 s. 1702

Rt. 2002 s. 696

Rt. 2002 s. 1110

Rt. 2003 s. 1614

Rt. 2004 s. 675

Rt. 2006 s. 1715

Rt. 2008 s. 537

Rt. 2010 s. 1478

Rt. 2011 s. 65

Rt. 2013 s. 388

RG 1985 s. 73 (Eidsivating)

Smågrisdommen

Brattøra-dommen

Campingvogndommen

Tampax-dommen

Fekete-dommen

Tromsø Sparebank-dommen

Agurkpinnedommen

Litteratur

- Giertsen, Johan, *Avtaler*, 2. utgave (Oslo 2012)
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011)
- Hov, Jo, *Avtalebrudd og partsskifte*, 2. utgave (Oslo 2002)
- Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett* (Oslo 2009)
- Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave (Oslo 2009)
- Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (Oslo 2007)
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004)
- Rognstad, Ole-Andreas, *Mellommenns sivilrettslige ansvar ved handel på Internett* (København 2004)
- Woxholt, Geir, *Avtaleinngåelse – i og utenfor avtaleloven* (Oslo 1995)
- Askeland, Bjarte, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, 2013 s. 15–25
- Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 s. 149–178
- Hagstrøm, Viggo, «Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421–519
- Hagstrøm, Viggo, «Urimelige avtalevilkår», *Lov og rett*, 1994 s. 131–168
- Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner*, 2004 s. 329–342

Internasjonale kilder

TFEU	Traktaten om Den Europeiske unions funksjonsmåte
Dir. 93/13	Direktivet om urimelige avtalevilkår
Dir. 31/2000	Ehandelsdirektivet
Dir. 123/2006	Tjenestedirektivet
Sak C-434/15	<i>Asociación Profesional Elite Taxi mot Uber Systems Spain</i> (ennå ikke i Sml.)
Sak C-434/15	Generaladvokatens innstilling av 11. mai 2017
SOU 1974: 83	Generalklausul i förmögenhetsrätten

Nettbaserte kilder

https://vista-analyse.no/site/assets/files/6313/va-rapport_2016-45_-_delingsokonomiens_betydning_for_norsk_ekonomi_-_i_dag_og_i_fremtiden.pdf
(sist besøkt 25.04.18)

<https://www.independent.co.uk/news/business/news/uber-eu-court-decision-taxi-company-regulation-what-mean-customers-drivers-uk-europe-a8120471.html> (sist besøkt 25.04.18)

<https://www.uber.com/info/uber-norge/fakta/> (sist besøkt 25.04.18)

<https://www.uber.com/en-NO/drive/partner-app/how-surge-works/> (sist besøkt 26.04.18)

<https://www.airbnb.no/help/article/1857/what-are-airbnb-service-fees> (sist besøkt 26.04.18)

<http://www.alvia.com/how-much-do-uber-drivers-make/> (sist besøkt 26.04.18)

<http://nordic.businessinsider.com/this-is-how-much-uber-drivers-earn-according-to-uber-2017-2?r=UK&IR=T> (sist besøkt 26.04.18)

<http://www.side3.no/motor/uber-sjafr-fortviler---prisen-er-latterlig-lav-selv-kundene-ler/3423274714.html> (sist besøkt 26.04.18)

<https://nabobil.no/help/section/201304571/Utbetaling> (sist besøkt 26.04.18)

Plattformenes standardkontrakter

Airbnb Terms of Service

<https://www.airbnb.no/terms>
(sist besøkt 25.04.2018)

Airbnb Guest Refund Policy

https://www.airbnb.no/terms/guest_refund_policy
(sist besøkt 25.04.2018)

Airbnb Payments Terms of Service

https://www.airbnb.no/terms/payments_terms
(sist besøkt 25.04.2018)

Nabobils bruksvilkår

<https://nabobil.no/vilkaar>
(sist besøkt 25.04.2018)

Nabobils vilkår for utleiere

https://nabobil.no/vilkaar_utleier
(sist besøkt 25.04.2018)

Nabobils vilkår for leietakere

https://nabobil.no/vilkaar_leietaker
(sist besøkt 25.04.2018)

Ubers avtalevilkår

<https://www.uber.com/en-NO/legal/terms/no/>
(sist besøkt 25.04.2018)