



DOMSTOLENS DOM

14. desember 2019

(Direktiv 2005/29/EF – Urimelig handelspraksis overfor forbrukere – Vedlegg I nr. 9 – Å hevde eller på annen måte skape inntrykk av at en ytelse kan selges lovlig når den ikke kan det)

I sak E-1/19,

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Borgarting lagmannsrett i en sak mellom

Andreas Gyrrre

og

Den norske stat v/Barne- og likestillingsdepartementet,

om tolkningen av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, Europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004, særlig vedlegg I nr. 9, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president, Bernd Hammermann (saksforberedende dommer) og Siri Teigum (ad hoc-dommer),

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Andreas Gyrrre («den ankende part»), representert ved advokatene Monica Syrdal og Dag Sørli Lund,
- den norske stat, representert ved advokatene Arne Johan Dahl og Ketil Bøe Moen, Regjeringsadvokaten, som partsrepresentanter,

- Irlands regjering («Irland»), representert ved Maria Browne, Chief State Solicitor, og advokatene Gemma Hodge og Anthony Joyce, som partsrepresentanter, bistått av advokat Margaret Gray,
- Storbritannias regjering («Storbritannia»), representert ved advokat Anneli Howard og Zoe Lavery, medlem av Government Legal Department, som partsrepresentant,
- EFTAs overvåkningsorgan («ESA»), representert ved Ingibjörg-Ólög Vilhjálmisdóttir, Erlend Møinichen Leonhardsen, Catherine Howdle og Carsten Zatschler, medlemmer av ESAs juridiske avdeling, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Napoleón Ruiz García og Inese Rubene, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra den ankende part, representert ved Dag Sørli Lund; Norges regjering, representert ved Arne Johan Dahl og Ketil Bøe Moen; Storbritannia, representert ved Anneli Howard og Zoe Lavery; ESA, representert ved Erlend Møinichen Leonhardsen og Claire Simpson, som partsrepresentanter; og Kommisjonen, representert ved Napoleón Ruiz García og Inese Rubene, i rettsmøte 4. juni 2019,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

- 1 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, Europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 («direktivet») (EUT 2005 L 149, s. 22) er innlemmet i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») ved EØS-komiteens beslutning nr. 93/2006 av 7. juli 2006 (EUT 2006 L 289, s. 34, og EØS-tillegg 2006 nr. 52, s. 27) som la det til i vedlegg IX nr. 31d, som senere ble renummerert til nr. 31e, satte det inn som nr. 7g og la det til i nr. 2, 3a, 7d og 7f i vedlegg XIX. Forfatningsrettslige krav ble angitt av Island, Liechtenstein og Norge, og beslutningen trådte i kraft 1. februar 2009.

2 Betraktning 7, 11, 14 og 17 i direktivet lyder:

7) Dette direktiv berører handelspraksis som er direkte knyttet til påvirkning av forbrukernes transaksjonsbeslutninger med hensyn til produkter. Det berører ikke handelspraksis som hovedsakelig gjelder andre formål, herunder kommersiell kommunikasjon rettet mot investorer, for eksempel årsberetninger og foretaks salgsfremmende dokumentasjon. Det berører ikke juridiske krav knyttet til smak og anstendighet, som varierer betydelig blant medlemsstatene. Handelspraksis som for eksempel kundeoppsøking på gaten kan i enkelte medlemsstater være uønsket av kulturelle årsaker. Medlemsstatene bør derfor, i samsvar med Fellesskapets regelverk, fortsatt kunne forby former for handelspraksis på sine territorier med begrunnelse i smak og anstendighet også når slik praksis ikke begrenser forbrukernes valgfrihet. Ved anvendelsen av dette direktiv, og særlig de alminnelige bestemmelsene, må det tas fullt hensyn til omstendighetene i hvert enkelt tilfelle.

11) Det høye konvergenivået som oppnås ved tilnærmingen av de nasjonale bestemmelser gjennom dette direktiv, skaper et høyt felles nivå for forbrukervern. Dette direktiv fastsetter ett generelt forbud mot de formene for urimelig handelspraksis som endrer forbrukernes økonomiske atferd. Det fastsetter også regler for aggressiv handelspraksis, som for tiden ikke omfattes av regler på fellesskapsplan.

14) Det er ønskelig at villedende handelspraksis omfatter former for praksis, herunder villedende reklame, som ved å villede forbrukerne hindrer dem i å gjøre informerte, og dermed effektive, valg. I samsvar med medlemsstatenes lovgivning og praksis vedrørende villedende reklame skjelner dette direktiv mellom villedende praksis i form av villedende handlinger og i form av villedende utelatelser. Når det gjelder utelatelser, definerer dette direktiv et begrenset antall viktige opplysninger som forbrukeren trenger for å treffe en informert transaksjonsbeslutning. Det er ikke nødvendig å gi slike opplysninger i all reklame, men bare i de tilfeller der den næringsdrivende oppfordrer til kjøp, et begrep som er klart definert i dette direktiv. Framgangsmåten med full harmonisering som dette direktiv legger opp til, er ikke til hinder for at medlemsstater i sin nasjonale lovgivning kan angi hovedegenskapene til produkter som for eksempel samleobjekter, eller elektriske artikler der utelatelse vil være vesentlig ved oppfordring til kjøp. Dette direktiv har ikke til hensikt å redusere forbrukernes valgfrihet ved å forby salgsfremmende tiltak for produkter som ligner på andre produkter, med mindre denne likheten forvirrer forbrukerne med hensyn til produktets kommersielle opprinnelse og dermed er villedende. Dette direktiv berører ikke gjeldende fellesskapsregler som uttrykkelig lar medlemsstatene velge mellom flere reguleringsmessige alternativer for forbrukervern på området handelspraksis. Særlig berører dette direktiv ikke artikkel 13 nr. 3 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/58/EF av 12. juli 2002 om

behandling av personopplysninger og personvern i sektoren for elektronisk kommunikasjon.

17) For å oppnå større rettsikkerhet er det ønskelig å angi hvilke former for handelspraksis som under alle omstendigheter er urimelige. Vedlegg I inneholder derfor en fullstendig liste over slike former for praksis. Disse er de eneste formene for handelspraksis som kan anses som urimelige uten vurdering i hvert enkelt tilfelle mot bestemmelsene i artikkel 5–9. Listen kan endres bare ved revisjon av dette direktiv.

3 Direktivet artikkel 1, med overskriften «Formål», lyder:

Formålet med dette direktiv er å bidra til at det indre marked fungerer tilfredsstillende, og å oppnå et høyt nivå av forbrukervern gjennom tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser.

4 Direktivet artikkel 2 bokstav b), c), d) og k) fastsetter følgende definisjoner:

b) «næringsdrivende», enhver fysisk eller juridisk person som i handelspraksis som omfattes av dette direktiv, handler for formål som gjelder vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne,

c) «produkt», alle varer eller tjenester, herunder fast eiendom, rettigheter og forpliktelser,

d) «foretaks handelspraksis overfor forbrukere» (heretter også kalt «handelspraksis»), enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere et produkt til forbrukerne,

k) «transaksjonsbeslutning», enhver beslutning som forbrukeren treffer om hvorvidt, hvordan eller på hvilke vilkår vedkommende kjøper, betaler helt eller delvis, beholder eller avhender et produkt eller utøver en avtalefestet rett knyttet til produktet, enten forbrukeren beslutter å foreta en slik handling eller avstår fra det,

5 Direktivet artikkel 3 nr. 1 til 3 lyder:

1. Dette direktiv får anvendelse på foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere som fastsatt i artikkel 5 før, under og etter en handelstransaksjon knyttet til et produkt.

2. *Dette direktiv berører ikke avtaleretten, særlig reglene for kontraktens gyldighet, utforming eller virkning.*
3. *Dette direktiv berører ikke fellesskapsregler eller nasjonale regler for helse- og sikkerhetsaspekter ved produkter.*

6 Direktivet artikkel 4, med overskriften «Det indre marked», lyder:

Medlemsstatene skal verken begrense friheten til å yte tjenester eller det frie varebytte av årsaker som omfattes av det område der dette direktiv tilnærmer bestemmelsene.

7 Direktivet artikkel 5, med overskriften «Forbud mot urimelig handelspraksis», lyder:

1. *Urimelig handelspraksis er forbudt.*
2. *En handelspraksis anses som urimelig dersom*
 - (a) den strider mot kravene til yrkesmessig aktsomhet,*
 - og*
 - b) den vesentlig endrer eller er egnet til å endre den økonomiske atferden med hensyn til produktet for gjennomsnittsforkbrukeren som den når eller er rettet mot, eller for gjennomsnittsledlemmet av gruppen dersom en handelspraksis er rettet mot en bestemt gruppe forbrukere.*
3. *Former for handelspraksis som er egnet til å endre den økonomiske atferden til en klart identifiserbar gruppe av forbrukere som er særlig sårbare for denne praksisen eller det produktet praksisen gjelder på grunn av psykisk eller fysisk svakhet, alder eller godtroenhet på en måte som den næringsdrivende med rimelighet kan forventes å forutse, skal vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnittsledlem av denne gruppen. Dette berører ikke vanlig og rettmessig reklamepraksis der det framsettes overdrevne påstander eller påstander som ikke er ment å oppfattes bokstavelig.*
4. *En handelspraksis anses særlig som urimelig dersom den*
 - a) er villedende som definert i artikkel 6 og 7,*
 - eller*
 - (b) er aggressiv som definert i artikkel 8 og 9.*

5. Vedlegg I inneholder en liste over former for handelspraksis som under alle omstendigheter anses som urimelige. Den samme listen får anvendelse i alle medlemsstater og kan endres bare ved revisjon av dette direktiv.

8 Direktivet artikkel 6, med overskriften «Villedende handlinger», lyder i utdrag:

1. En handelspraksis anses som villedende dersom den inneholder uriktige opplysninger og dermed er usannferdig eller på annen måte, også gjennom sin generelle utforming, villeder eller er egnet til å villeder gjennomsnittsforbrukeren, selv om opplysningene rent faktisk er korrekte, i forbindelse med ett eller flere av følgende elementer, og under alle omstendigheter påvirker eller er egnet til å påvirke gjennomsnittsforbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet:

...

b) produktets hovedegenskaper, for eksempel dets tilgjengelighet, fordeler, risikoer, utførelse, sammensetning, tilbehør, ettersalgsservice og klagebehandling, måte eller dato for produksjon eller yting, levering, egnethet for et formål, bruk, mengde, spesifikasjoner, geografisk eller kommersiell opprinnelse eller resultater som kan forventes av bruk av det, eller resultater av, og vesentlige kjennetegn ved, forsøk eller kontroll som er utført på produktet,

...

9 Direktivet artikkel 13, med overskriften «Sanksjoner», lyder:

Medlemsstatene skal fastsette sanksjoner for overtredelser av de nasjonale bestemmelser de vedtar for å gjennomføre dette direktiv, og treffe de nødvendige tiltak for å sikre at de anvendes. Sanksjonene skal være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende.

10 Nr. 9 i vedlegg I til direktivet, som har overskriften «Former for handelspraksis som under alle omstendigheter anses som urimelige», og som det vises til i direktivet artikkel 5 nr. 5, lyder:

Villedende handelspraksis

...

9. Å hevde eller på annen måte skape inntrykk av at en ytelse kan selges lovlig når den ikke kan det.

Nasjonal rett

- 11 Direktivet er gjennomført i Norge hovedsakelig ved lov 9. januar 2009 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. («markedsføringsloven»).
- 12 Markedsføringsloven § 6 tilsvarer forbudet mot urimelig handelspraksis fastsatt i direktivet artikkel 5. Første, andre og femte ledd i markedsføringsloven § 6 lyder:

Urimelig handelspraksis er forbudt.

En handelspraksis er urimelig dersom den strider mot god forretningsskikk overfor forbrukere og er egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet.

...

Departementet fastsetter i forskrift de formene for handelspraksis som under enhver omstendighet skal anses som urimelige.

- 13 Markedsføringsloven § 43 første og andre ledd lød på tidspunktet for Markedsrådets vedtak:

Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av forskrift gitt i medhold av [...] § 6 femte ledd [...] som enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatte ganger, kan det fastsettes et overtredelsesgebyr som den som vedtaket retter seg mot, skal betale.

Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger.

- 14 Paragraf 1 i forskrift 1. juni 2009 nr. 565 om urimelig handelspraksis («forskriften») gjennomfører vedlegg I til direktivet. Forskriften § 1 nr. 9 lyder:

Følgende former for handelspraksis anses under alle omstendigheter som urimelige: Villedende handelspraksis

...

Å hevde eller på annen måte skape inntrykk av at en ytelse kan selges lovlig når den ikke kan det.

- 15 Den anmodende domstol påpeker at overtredelse av en forskrift gitt i medhold av markedsføringsloven § 6 femte ledd, gir grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr. Vedtak kan også rettes mot personer som medvirker til overtredelsen, herunder daglig leder, styreleder eller andre personer som har medvirket til overtredelsen gjennom sin stilling i et

foretak, jf. markedsføringsloven § 39 andre ledd. I tillegg er det et krav om at overtredelsen må være forsettlig eller uaktsom, og at overtredelsen må være gjentatt eller vesentlig.

- 16 Overtredelsesgebyret utmåles etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Et overordnet prinsipp er at overtredelsesgebyret bør settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å begå lovbrudd. Overtredelsesgebyr er i norsk rett ansett for å utgjøre straff etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 7.

II Faktum og saksgang

- 17 Euroteam AS («Euroteam») var et selskap som drev markedsføring og videresalg av billetter til idretts- og kulturarrangementer utenfor Norge. Den ankende part var styreleder og eiere i Euroteam frem til selskapet ble avvirket 6. september 2012. Selskapet kjøpte billetter fra ulike kilder, herunder arrangører og offisielle forhandlere, og videresolgte disse til profesjonelle aktører og privatpersoner i og utenfor Norge.
- 18 Utsalgsprisen på billettene som Euroteam videresolgte, var ofte høyere enn utsalgsprisen fra arrangørens side. Ettersom det kun ble videresolgt billetter til arrangementer i andre land enn Norge, ble virksomheten ikke rammet av lov av 29. juni 2007 nr. 86 om forbud mot prispåslag ved videresalg av billetter til idretts- og kulturarrangementer, som kun forbyr slikt videresalg til arrangementer i Norge.
- 19 Euroteam markedsførte salg av billetter til De olympiske og paralympiske leker i London i 2012 («OL i London 2012»). Den 8. juni 2011 mottok Euroteam et brev fra Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité («NIF»). NIF forvalter rettighetene til Den internasjonale olympiske komité («IOC») i Norge. I brevet ble det anført at salg av billetter til OL i London i 2012 kun var tillatt for autoriserte forhandlere, at billetter overdratt i strid med vilkårene var ugyldige, og at bruk av slike var å anse som «ulovlig inntrengning og straffbar eiendomskrempelse». Videre ble det anført at videresalg av billetter til arrangementet var straffbart etter punkt 31 i London Olympic Games and Paralympic Games Act 2006 («LOGA 2006»).
- 20 LOGA 2006 utgjorde gjeldende regelverk for De olympiske og paralympiske leker i London i 2012. LOGA 2006 punkt 31 nr. 1 til 6, 11 og 12, med overskriften «Sale of tickets», forbød videresalg av billetter til OL i London i 2012 av andre enn autoriserte forhandlere. Etter LOGA 2006 punkt 31 nr. 5 får LOGA anvendelse på handlinger, enten de er utført i Storbritannia eller andre steder.
- 21 London Organising Committee of the Olympic Games («LOCOG») ble opprettet av den britiske regjering og fikk ansvar for å organisere, markedsføre og gjennomføre OL i London i 2012. Punkt 17 og 18 i LOCOGs vilkår fastsetter blant annet at billetter som er kjøpt eller anskaffet fra eller gjennom andre enn direkte fra LOCOG eller en autorisert billettforhandler, er ugyldige og kan beslaglegges eller annulleres uten refusjon og uten å

gi tilgang til arrangementet. De viser til lovbruddets art som fastsatt i LOGA 2006 punkt 31, og fastslår at alle billetter anskaffet i strid med vilkårene er ugyldige, samt at ingen rettigheter gitt eller godtgjort ved en slik billett, kan gjøres gjeldende. Enhver som søker å benytte en billett anskaffet i strid med disse vilkårene for å skaffe seg tilgang til eller overvære et arrangement, kan anses som uvedkommende og bli kastet ut samt risikere rettslig ansvar.

- 22 Euroteam bestred at salgsvirksomheten var ulovlig, men ba om mer informasjon fra NIF. Euroteam anførte senere at selskapet etter å ha mottatt NIFs brev la inn en sperre på sine nettsider for å hindre at folk med britisk IP-adresse kunne kjøpe billetter. Dette bestrides av den norske stat, som mener det er sannsynliggjort at det ble solgt billetter til forbrukere i Storbritannia også etter at sperren ble innført.
- 23 Den 6. juli 2012 sendte IOC, LOCOG og NIF klage til Forbrukerombudet mot Euroteam og relaterte selskaper. Klagen gjaldt påståtte brudd på markedsføringsloven §§ 7, 8 og 6 gjennom markedsføring og salg av billetter til OL i London i 2012 i strid med arrangørens vilkår og lovgivningen i Storbritannia.
- 24 Den 24. juli traff High Court of England and Wales (Queen's Bench Division) en midlertidig avgjørelse der Euroteam og den ankende part ble pålagt å avstå fra å tilby billetter til OL i London i 2012 for salg på en rekke internettsider, samt fra å gi inntrykk av at de lovlig kunne selge billetter til arrangementet.
- 25 Den 6. september 2012 ble Euroteam tatt under behandling som konkursbo. Innberetningen av 21. september 2012 slo fast at det var rettet flere krav mot selskapet for manglende levering av billetter til en rekke arrangementer, herunder OL i London i 2012.
- 26 Den 17. august 2012 mottok den ankende part varsel fra Forbrukerombudet om at saken ville forelegges Markedsrådet. I sitt vedtak av 19. februar 2013 med hjemmel i markedsføringsloven § 43 ila Markedsrådet Andreas Gyrré et overtredelsesgebyr på kr 200 000 for brudd på markedsføringsloven § 6 jf. forskriften § 1 nr. 9.
- 27 Den 15. mars 2013 avsa High Court of England and Wales (Queen's Bench Division) endelig avgjørelse i saken om Euroteam og den ankende part, med i det vesentlige samme resultat som den midlertidige avgjørelsen.
- 28 Ved stevning av 26. april 2017 brakte den ankende part Markedsrådets vedtak inn for Oslo tingrett for overprøving av deler av vedtaket. Oslo tingrett avsa dom i saken 31. oktober 2017. Tingretten frifant den norske stat og dømte den ankende part til å erstatte statens sakskostnader. Tingretten uttalte:

[P]å det tidspunktet da Euroteam markedsførte og solgte billetter, var den britiske loven fortsatt i kraft, og den ble håndhevet av britiske myndigheter. Uavhengig av hva som senere måtte bli fastslått om lovens eventuelle motstrid med EU-retten, var

det på den tiden da Euroteam markedsførte og solgte billetter ulovlig for dem etter britisk rett å gjøre dette, og denne ulovligheten innebar en reell usikkerhet og risiko for forbrukerne.

Både bestemmelsens ordlyd og formålet bak bestemmelsen tilsier at selger ikke kan se bort fra informasjonsplikten om en slik ulovlighet, selv om selger selv mener loven er i strid med EU-retten.

- 29 Ifølge den anmodende domstol så tingretten ingen grunn til å gå nærmere inn på partenes anførsler om motstrid med EU-retten. Tingrettens dom ble anket inn for Borgarting lagmannsrett. Den 15. juni 2018 besluttet Borgarting lagmannsrett å forelegge saken for EFTA-domstolen. Anmodningen var datert 10. september 2018 og ble registrert ved EFTA-domstolen 3. januar 2019.
- 30 Borgarting lagmannsrett forela EFTA-domstolen følgende spørsmål:
1. **Skal Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere i det indre marked, vedlegg 1, punkt 9 forstås slik at det omfatter tilfeller der en næringsdrivende hevder eller på annen måte skaper inntrykk av at en ytelse kan selges lovlig, når det foreligger en lovbestemmelse som f.eks. London Olympic Games and Paralympic Act 2006 i en EØS-stat som fastslår at ytelsen ikke kan selges lovlig og som håndheves etter nasjonal rett?**
 - a. Er det av betydning for vurderingen om forbudet foreligger i den EØS-stat der ytelsen skal benyttes, men ikke foreligger i staten der ytelsen selges?
 - b. Er det av betydning for vurderingen om det i tid etter salget fastslås at forbudet var i strid med EØS-retten?
 2. **Dersom det er av betydning for vurderingen etter direktiv 2005/29/EF vedlegg 1, punkt 9 å fastslå om forbudet i nasjonal rett er i strid med EØS-rettslige regler:**
 - a. **Utgjør forbud mot videresalg av slike billetter som i London Olympic Games and Paralympic Act 2006 en regulering av handelspraksis som faller inn under direktiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere i det indre marked?**
 - b. **Utelukker direktivet nasjonale forbud mot videresalg, som f.eks. London Olympic Games og Paralympic Act 2006, når slike forbud**

ikke bare ivaretar forbrukerhensyn, men også andre hensyn, som f.eks. sikkerhets hensyn?

- c. Dersom det er nødvendig å avklare om restriksjoner på videresalg av billetter til idrettsarrangementer som for eksempel OL er i strid med EØS-avtalens grunnfriheter, herunder EØS-avtalen artikkel 11 og 36: Hvilke kriterier skal den nasjonale domstol legge til grunn for vurderingen av om slike restriksjoner er egnede og nødvendige for å nå legitime hensyn som forbrukervern og sikkerhet?**

- 31 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg inngitt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-domstolens svar

- 32 Ved sitt første spørsmål søker den anmodende domstol i hovedsak veiledning om direktivets vedlegg I nr. 9 må forstås slik at bestemmelsen omfatter tilfelle hvor en næringsdrivende hevder eller på annen måte skaper inntrykk av at et produkt kan selges lovlig, når det i en EØS-stat foreligger en lovbestemmelse, som for eksempel LOGA 2006 punkt 31, i en EØS-stat som fastsetter at produktet ikke kan selges lovlig, og som håndheves etter nasjonal rett. I denne sammenheng spør den anmodende domstol a) om det har betydning for denne vurdering om forbudet gjelder i den EØS-stat der produktet skal benyttes, men ikke i den stat der produktet selges, og b) om det har betydning for vurderingen om det i tid etter salget fastslås at forbudet var i strid med EØS-retten.
- 33 EFTA-domstolen anser det hensiktsmessig å besvare hele den anmodende domstols første spørsmål samlet.

Innlegg ratinngitt til EFTA-domstolen

Den ankende part

- 34 Når det gjelder tolkningen av direktivets vedlegg I nr. 9, gjør den ankende part gjeldende at videresalg av billetter ikke står på listen over former for handelspraksis i vedlegg I som alltid skal anses som urimelige. I rettsmøtet gjorde den ankende part klart at saken for den anmodende domstol bygger på det premiss at Markedsrådets bruk av presumsjon i forskriften § 1 nr. 9 ikke var korrekt, og at Markedsrådet burde ha vurdert situasjonen opp mot direktivet artikkel 5 til 9.
- 35 Med henvisning til direktivet artikkel 5 nr. 5 gjør den ankende part gjeldende at EØS/EFTA-statene ikke ensidig kan utvide listen over forbudte former for handelspraksis

i vedlegg I til direktivet. Dette ville medført en omgåelse av fullharmoniseringen direktivet søker å oppnå, og motvirke dets formålet om forutsigbarhet. Bare dersom en handelspraksis kan anses omfattet av et av tilfellene oppført i vedlegg I til direktivet, kan den anses forbudt uten en nærmere vurdering.

- 36 Den ankende part gjør gjeldende at videresalg av billetter ikke faller inn under de to kategorier av handelspraksis som ifølge Kommisjonen omfattes av direktivets vedlegg I nr. 9. Den første kategori gjelder handelspraksis knyttet til produkter eller tjenester det under alle omstendigheter er forbudt eller ulovlig å selge (som salg av illegale rusmidler). Den andre kategori gjelder produkter eller tjenester som ikke er ulovlige, men som bare kan markedsføres eller selges lovlig på visse vilkår og/eller med visse begrensninger (som pakkereiser).
- 37 I rettsmøtet anførte den ankende part at formuleringen av kategoriene i direktivets vedlegg I nr. 9, og det faktum at de er presumsjoner, begrenser hvordan de kan forstås, og at de ikke kan tolkes videre enn de faktisk fremstår i vedlegget. Når det gjelder «villedende handlinger», anførte den ankende part at bestemmelsens ordlyd innebærer at det kreves en aktiv handling.
- 38 Den ankende part anfører at direktivets vedlegg 1 nr. 9 ikke kan forstås slik at det omfatter tilfelle hvor en næringsdrivende hevder eller på annen måte skaper inntrykk av at et produkt kan selges lovlig når det i en EØS-stat foreligger en lovbestemmelse, som for eksempel LOGA 2006 punkt 31, som fastsetter at produktet ikke kan selges lovlig, og som håndheves etter nasjonal rett. I rettsmøtet understreket den ankende part at vedlegg I nr. 9 ikke kan anvendes som hjemmel for å straffe en næringsdrivende under slike omstendigheter.

Den norske stat

- 39 Den norske stat anfører at det i vurderingen av direktivets vedlegg I nr. 9 er vesentlig at bestemmelsen ikke direkte regulerer lovligheten av salget av det aktuelle produkt, men gjelder informasjonen den næringsdrivende gir til forbrukere i forbindelse med salget. Lovligheten av salget av et produkt kan typisk reguleres av sekundær EU/EØS-rett, nasjonal lovgivning eller ved avtale. I alle tilfelle understreker den norske stat at den ikke søker å håndheve LOGA 2006 på sitt territorium.
- 40 I rettsmøtet gjorde den norske stat gjeldende at vedlegg I nr. 9 omfatter to alternativer. Det første alternative er å «hevde», som innebærer et aktivt element. Det andre alternative er når den næringsdrivende skaper et «inntrykk». Begge alternativ passer situasjonen i den foreliggende sak. Som svar på spørsmål fra dommerne under rettsmøtet, anførte den norske stat at den næringsdrivende, ved å unnlate å gi informasjon om lovligheten av et salg og likevel gjennomføre salget, gir forbrukere inntrykk av at salget er lovlig. Det relevante faktum er det inntrykk forbrukeren får. I den foreliggende sak omfattes atferden av direktivets vedlegg I nr. 9 da de fleste forbrukere ville fått inntrykk av at salget var lovlig.

- 41 Den norske stat gjør gjeldende at svaret på spørsmål 1 beror på tolkningen av formuleringen «selges lovlig». Dersom en næringsdrivende skulle opplyse en forbruker om at salget av OL-billetter var ulovlig, men partene likevel bestemte seg for å gjennomføre transaksjonen, ville dette i prinsippet ikke være i strid med forskriften § 1 nr. 9, da forbrukeren vil ha blitt gitt tilstrekkelig informasjon.
- 42 Formuleringen «selges lovlig» viser til salgets rettslige stilling. I prinsippet viser uttrykket til alle typer regler som har betydning for salgets stilling, herunder offentlig- og privatrettslige regler. Den konkrete regel som vurderes i saken for den anmodende domstol, er LOGA 2006 punkt 31.
- 43 Når det gjelder spørsmål 1a, anfører den norske stat at formuleringen «selges lovlig» i direktivets vedlegg I nr. 9 ikke innebærer noen grenser for dens geografiske virkeområde. Formuleringen må tolkes slik at den viser til salgets rettslige stilling både der produktet blir brukt, og der produktet blir solgt. OL-billettene kunne kun brukes i Storbritannia, og LOGA 2006 punkt 31 gjaldt salg av disse billetter uansett hvor de ble solgt. Dersom en annen tolkning legges til grunn, vil forbrukere kunne bli gitt ulike opplysninger i forbindelse med kjøpet av det samme produkt for bruk på samme sted, utelukkende basert på hvor i EØS transaksjonen fant sted. Dette ville føre til forskjellig nivå av forbrukervern i strid med direktivets formål.
- 44 Når det gjelder spørsmål 1b, anfører den norske stat at dette må besvares benektende. Formuleringen «selges lovlig» må forstås slik at den viser til nasjonal lovgivning som gjelder og håndheves på salgstidspunktet, slik det følger av definisjonen i direktivet artikkel 2 bokstav d). Dette gjelder uten hensyn til om det senere slås fast at den nasjonale regel var uforenlig med EU-retten. Denne forståelsen følger av ordlyden i formuleringen i seg selv og av direktivets struktur og kontekst.
- 45 Den norske stat gjør videre gjeldende at en næringsdrivende ikke kan stole på sin egen vurdering av at EU-rettens direkte effekt gjør en bestemmelse ulovlig, for å unngå å gi forbrukeren opplysninger den ellers ville hatt rett til på salgstidspunktet. Dersom det var annerledes, ville forbrukeren båret den fulle risiko for salgets lovlighet uten å ha mottatt tilstrekkelig informasjon. Den nasjonale lovgivning mister heller ikke sin betydning bare fordi en næringsdrivende påstår at bestemmelsen er urettmessig. Etter at salget er gjennomført er det for alle praktiske formål umulig å rette opp virkningene av å utelate opplysninger om lovligheten av kjøpet.
- 46 I den foreliggende sak ville ikke vedlegg I nr. 9 kunne anvendes dersom forbrukerne hadde blitt opplyst om LOGA 2006 punkt 31 og likevel bestemt seg for å gjennomføre kjøpet av billettene, ettersom den næringsdrivende ikke kunne anses å ha «hevde[t] eller på annen måte skap[t] inntrykk» av at salget var lovlig. Å tilbakeholde informasjon overfor en forbruker om lovligheten av et produkt utgjør en handelspraksis som under alle omstendigheter må anses som urimelig, som fastsatt i direktivets vedlegg I, og denne atferd

er i seg selv tilstrekkelig til å vise at det foreligger overtredelse av nr. 9. En naturlig språklig forståelse av ordlyden i nr. 9 tilsier at den gjelder alle former for ulovlighet, enten det er etter EU-retten eller etter lovgivning vedtatt av en medlemsstat.

Irland

- 47 Irland anfører at vilkåret om å hevde eller gi inntrykk av at et produkt «kan selges lovlig når det ikke kan det», dekker den aktuelle handelspraksis, og at denne handelspraksisen faller inn under de former for urimelig handelspraksis som direktivets vedlegg I nr. 9 søker å forby. Dette standpunkt er i tråd med Kommisjonens veiledning fra 2016 (se Europakommisjonens arbeidsdokument (SWD(2016) 163 final): *Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, pkt. 4.1).
- 48 Når det gjelder spørsmål 1a, anfører Irland at direktivets vedlegg I nr. 9 ikke sier noe om dets geografiske virkeområde. Etter Irlands oppfatning har det derfor ingen betydning for anvendelsen av vedlegg I nr. 9 at forbudet får anvendelse i den EØS-stat der produktet skal benyttes, men ikke i den stat der produktet blir solgt.
- 49 Når det gjelder spørsmål 1b, anfører Irland at den beste fremgangsmåte for å sikre homogenitet og harmonisering av vilkårene for handel i EØS, er å ta utgangspunkt i rettsstillingen på tidspunktet da salget ble gjennomført. Formålet om å sikre det høyeste nivå av forbrukervern taler også for at forbrukerne må kunne basere seg på en formodning for gyldigheten av et forbud som forutsatt i direktivet vedlegg I nr. 9.

Storbritannia

- 50 Storbritannia anfører at det er to forhold som kan skape en viss forvirring med hensyn til hvordan direktivets vedlegg I nr. 9 skal forstås. For det første om ordlyden i nr. 9 er strengt begrenset til salg av produktet eller tjenesten (i motsetning til den påfølgende bruk); og, for det andre, om «lovlig» må defineres i snever forstand til å bety at et produkt eller en tjeneste som sådan er ulovlig, eller også omfatter lovfestede eller avtalefestede vilkår som gjelder i kraft av lovgivningen for markedsføring eller salg av det aktuelle produkt eller den aktuelle tjeneste.
- 51 I denne sammenheng anser Storbritannia at vedlegg I nr. 9 bør tolkes pragmatisk med henvisning til om informasjonen er adekvat og det inntrykk den næringsdrivende ga forbrukeren på salgstidspunktet av produktet eller tjenesten han/hun kjøpte. I rettsmøtet anførte Storbritannia at de var enige med den norske stat i at ordlyden i nr. 9 klart omfatter en unnlattelse av å gi informasjon om tingenes tilstand. I lys av definisjonen i direktivet artikkel 2 bokstav c) og k) inkluderer begrepet «produkt» ikke bare den fysiske billetten, men også «alle varer eller tjenester, herunder [...] rettigheter og forpliktelser» som overdras i den forbindelse. Vedlegg I nr. 9 er dermed ikke begrenset til salget eller ytelsen av produktet eller tjenesten, men gjelder også overdragelsen av de iboende bruksrettigheter.

Videre omfatter det den næringsdrivendes tillatelse både etter aktuelle lover og forskrifter, og etter de vilkår som måtte følge av gjeldende avtaleverk.

- 52 Når det gjelder spørsmål 1a, anfører Storbritannia at direktivets vedlegg I nr. 9 ikke sier noe om dets geografiske virkeområde. Med tanke på arten av grenseoverskridende salg i det indre marked, særlig med utviklingen av e-handel, ville det imidlertid være en feiltakelse kun å fokusere på om handelspraksisen var ulovlig på salgsstedet. Det er også viktig å se på lovgivningen på det sted der produktet eller tjenesten benyttes eller ytes. Storbritannia er av den oppfatning at handelspraksisens villedende natur ikke bare besto i det falske inntrykk som ble gitt med hensyn til den næringsdrivendes tillatelse til å selge produktet, men også i den uriktige opplysning om at salget av billetten ville medføre at rettighetene og forpliktelsene ble lovlig overdratt til kjøperen og kunne gi lovlig grunnlag for å benyttes til å få tilgang til OL i London i 2012.
- 53 Når det gjelder spørsmål 1b, anfører Storbritannia at en etterfølgende prøving av det lovfestede forbudets lovlighet heller ikke utgjør noen forskjell i om handelspraksisen skal betegnes som urimelig eller villedende. Det avgjørende tidspunkt for vurderingen av om direktivets vedlegg I nr. 9 er urimelig, er «inntrykk[et]» som gis forbrukeren når han/hun tar en «transaksjonsbeslutning» i forbindelse med produktet. Dette begrep dekker beslutningene enten de treffes før eller etter kjøpet, herunder, som fastsatt i direktivet artikkel 2 bokstav k), beslutninger om å «[utøve] en avtalefestet rett knyttet til produktet». I lys av direktivet artikkel 3 nr. 1 synes den relevante periode i denne sak å være fra 2011 og til slutten av De paralympiske leker i London i september 2012. I denne forbindelse bør det videre sees hen til informasjonsasymmetrien mellom partene og betydningen av forutsigbarhet.
- 54 Storbritannia gjør gjeldende at dersom en næringsdrivende kunne «bøte på» sine tidligere villedende former for handelspraksis og bli fritatt for ethvert ansvar for overtredelse av direktivet ved å påberope seg sine subjektive innvendinger mot det lovfestede forbud, eller ved senere å bestride lovligheten av dette, ville dette undergrave direktivets effektivitet, og særlig det høye nivå av forbrukervern det tar sikte på. Det ville også være i strid med ordningen og formålet med direktivets vedlegg I som fastsatt i direktivet artikkel 5 nr. 5.

ESA

- 55 ESA anfører at EFTA-domstolen ved tolkningen av direktivets vedlegg I nr. 9 bør benytte samme tilnærming som Den europeiske unions domstol («EU-domstolen») benyttet ved tolkningen av vedlegg I nr. 31 i *Purely Creative m.fl.*, C-428/11, EU:C:2012:651, nemlig å analysere den aktuelle bestemmelses ordlyd fra en bokstavelig tilnærming, og å underbygge denne tilnærming med en analyse av direktivets kontekst og formål. I den foreliggende sak er det to sider ved vedlegg I nr. 9 som trenger avklaring: Hvilken nasjonal lovgivning skal legges til grunn ved vurdering av om et produkt har blitt solgt «lovlig», og hvilken betydning har formuleringen «på annen måte skape inntrykk»?

- 56 ESA anfører at i situasjoner hvor en avtale som er inngått i ett land og planlagt gjennomført i et annet, må ordet «lovlig» leses slik at det viser til lovligheten i begge landene, og uansett må det være lovlig på stedet kontrakten er ment oppfylt eller gjennomført.
- 57 ESA anfører at direktivets vedlegg I nr. 9 får anvendelse på to typer atferd, som begge ved første øyekast synes å forutsette en positiv handling fra den næringsdrivendes side: Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd handlingene «hevde» og «på annen måte skape inntrykk» av at et produkt kan selges lovlig. På grunnlag av anmodningen anser ESA at den ankende part ikke positivt har hevdet at det var lovlig å selge de aktuelle billettene. Dermed blir det relevante spørsmål i hvilken grad den ankende parts atferd, altså enhver atferd som omfattes av direktivet artikkel 2 bokstav d), omfattes av formuleringen «på annen måte skape inntrykk». ESA anfører at formuleringen «på annen måte skape inntrykk» må omfatte et tilfelle der en næringsdrivende unnlater å gi informasjon til forbrukerne om at salgsavtalen ikke kan gjennomføres lovlig på det planlagte oppfyllelsessted.
- 58 Etter ESAs vurdering vil forbrukere normalt forvente, og bør være berettiget til å forvente, at produkter de tilbys å kjøpe, tilbys lovlig. Det ville være svært uvanlig for en næringsdrivende å uttrykkelig garantere at en bestemt transaksjon faktisk er lovlig – lovligheten er forutsatt. Å utelate slik informasjon vil av den grunn kunne skape inntrykk av at produktet kunne selges lovlig. Informasjon om salgets lovlighet (eller manglende lovlighet) er like grunnleggende som informasjon om pris, som man konsekvent har fastholdt er informasjon som er nødvendig for at forbrukeren skal være i stand til å ta en velinformert beslutning. En slik vid tolkning ville også være riktig tatt i betraktning informasjonsasymmetrien mellom en næringsdrivende og en forbruker ved kjøp av tjenester over landegrensene, der kunnskap om lovgivningen i forskjellige jurisdiksjoner kan være relevant.
- 59 ESA anfører at det under omstendigheter som i den foreliggende sak er uten betydning for anvendelsen av direktivets vedlegg I nr. 9 om bestemmelsen i lovgivningen på det planlagte oppfyllelsessted som fører til at salgsavtalen ikke lovlig kan gjennomføres der, faktisk er i strid med EØS-retten.

Kommisjonen

- 60 Innledningsvis understreker Kommisjonen at direktivets hovedformål, som angitt i artikkel 1, er å bidra til at det indre marked fungerer tilfredsstillende, og å oppnå et høyt nivå av forbrukervern. Kommisjonen anser det uomtvistet at den ankende part er næringsdrivende som definert i direktivet artikkel 2 bokstav b), og at han som næringsdrivende benyttet en handelspraksis overfor forbrukere som omfattes av direktivet artikkel 2 bokstav d). Den uttømmende listen av handelspraksis i direktivets vedlegg 1 er per definisjon urimelig.

- 61 Kommisjonen gjør gjeldende at forbudet i direktivets vedlegg I nr. 9 får anvendelse i et tilfelle som det foreliggende, der en næringsdrivende, som ikke er en autorisert forhandler, videreselger billetter til et bestemt arrangement som bare kan selges av autoriserte forhandlere.
- 62 Når det gjelder spørsmål 1a, anser Kommisjonen det faktum at uautorisert videresalg av billetter til OL i London i 2012 er forbudt i den stat der billettene skal benyttes (Storbritannia), og ikke der de blir solgt (Norge), uvesentlig for anvendelsen av direktivets vedlegg I nr. 9. Spørsmålet er irrelevant i lys av LOGA 2006 punkt 41 nr. 5 og den forklarende note som medfører at det etter LOGA 2006 punkt 31 er en straffbar handling å videreselge billetter til OL i London i 2012 uten hensyn til hvor salget finner sted.
- 63 Kommisjonen gjør gjeldende at direktivets vedlegg I nr. 9 bør tolkes slik at bestemmelsen omfatter tilfelle hvor en næringsdrivende skaper inntrykk av at et produkt kan selges lovlig ved å unnlate å opplyse forbrukeren om eventuelle rettslige begrensninger på salget, besittelsen eller bruken av et bestemt produkt på en måte som kan vilde forbrukeren. En mer restriktiv tolkning ville ikke oppnå målet om å verne forbrukeren mot faktisk å bli villedet av den næringsdrivende. Tvert imot ville det undergrave den midlertidige avgjørelsen og gjøre den gjenstandsløs.
- 64 Når det gjelder spørsmål 1b, anfører Kommisjonen at en «eventuell» og «hypotetisk» konklusjon om at den aktuelle britiske lovbestemmelse ville være uforenlig med EØS-retten, ikke burde påvirke vurderingen av om den ankende part drev urimelig handelspraksis etter direktivets vedlegg I nr. 9. Med henvisning til direktivet artikkel 2 bokstav e) og k) og artikkel 5 nr. 2, anfører Kommisjonen at det bare er omstendighetene rundt utøvelsen av handelspraksisen, altså på det tidspunkt billettene ble solgt, som bør tas i betraktning. En handelspraksis må betegnes som urimelig etter vedlegg I nr. 9 i den utstrekning det nettopp er det at produktet i forbrukerens øyne fremstår som lovlig, som utløser beslutningen om for eksempel å kjøpe en billett. Av dette kan det sluttes at den eneste relevante faktor som forbrukeren kan støtte seg på når han eller hun skal ta beslutningen om å inngå en bestemt transaksjon eller ikke, er om produktet på det aktuelle tidspunkt fremstår som lovlig. Enhver annen forståelse vil være i strid med prinsippet om forutsigbarhet og vil sette forbrukeren, som er den svakeste part, i en urettferdig og urimelig situasjon der han eller hun selv må foreta en lovlighetsvurdering.

Rettenns bemerkninger

- 65 Ved sitt første spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om direktivets vedlegg I nr. 9 under omstendigheter som dem i saken for den anmodende domstol, må forstås slik at det omfatter et tilfelle hvor en næringsdrivende unnlater å gi forbrukerne informasjon om at salgsavtalen ikke kan gjennomføres lovlig på det planlagte oppfyllelsessted.
- 66 EFTA-domstolen minner om at direktivets formål etter artikkel 1 er todelt. Det skal både bidra til at det indre marked fungerer tilfredsstillende, og til å oppnå et høyt nivå av

forbrukervern gjennom en tilnærming av EØS-statenes lover og forskrifter om urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser. Dette andre formålet bygger på den forutsetning at forbrukeren står i en svakere posisjon enn den næringsdrivende, særlig med hensyn til informasjon, i det forbrukeren må anses å være svakere økonomisk stilt og ha mindre erfaring med juridiske spørsmål enn den andre part i avtalen (jf. dommen i *UPC Magyarország*, C-388/13, EU:C:2015:225, avsnitt 53 og rettspraksis som det vises til der).

- 67 Direktivet artikkel 5 nr. 1 fastsetter at urimelig handelspraksis skal være forbudt. Etter direktivet artikkel 5 nr. 5 inneholder vedlegg I en liste over former for handelspraksis som under alle omstendigheter skal anses som urimelige og dermed anses forbudt etter direktivet.
- 68 «Handelspraksis», også omtalt som «foretaks handelspraksis overfor forbrukere», er etter direktivet artikkel 2 bokstav d) definert, både i positiv og negativ forstand, som enhver handling, unnlattelse, atferd eller fremstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til det å fremme salget av, selge eller levere et produkt til forbrukerne. Dette er en særlig bred definisjon (jf. dommen i *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, C-540/08, EU:C:2010:660, avsnitt 17 og 21).
- 69 I den foreliggende sak var det uomtvistet for EFTA-domstolen at den ankende part på det aktuelle tidspunkt var næringsdrivende etter direktivet artikkel 2 bokstav b). Videre er det uomtvistet at praksis knyttet til markedsføring og salg av billetter til forbrukere utgjør «foretaks handelspraksis overfor forbrukere» etter direktivet artikkel 2 bokstav d) og følgelig kommer inn under dens virkeområde. Videre er billetter produkter etter direktivet artikkel 2 bokstav c). Tatt i betraktning direktivet artikkel 2 bokstav k), omfatter salget av billetter, som produkter, ikke bare selve den fysiske eller elektroniske billett i seg selv, men også alle varer og tjenester, herunder rettigheter og plikter, som overdras i samsvar med de avtalefestede vilkårene for bruk av billetten.
- 70 Spørsmålet blir dermed om atferd, som i saken for den nasjonale domstol, omfattes av de former for praksis som er oppført i vedlegg I og særlig i dets nr. 9.
- 71 Vedlegg I til direktivet har overskriften «Former for handelspraksis som under alle omstendigheter anses som urimelige» og er delt i to: villedende handelspraksis og aggressiv handelspraksis. For dette formål minner EFTA-domstolen om, som fastsatt i betraktning 14 til direktivet, at villedende handelspraksis» omfatter former for praksis som ved å villedde forbrukerne hindrer dem i å gjøre informerte, og dermed effektive, valg.
- 72 Når det gjelder tolkningen av direktivets vedlegg I nr. 9, påpeker EFTA-domstolen at EU-domstolen ved flere anledninger har blitt bedt om å tolke ulike punkter i vedlegg I. EU-domstolen har tolket vedlegg I ved en bokstavelig analyse av bestemmelsens ordlyd, og ved å underbygge denne med en analyse av bestemmelsens kontekst i direktivet, samt ved

å vurdere dets formål (jf. dommen i *Purely Creative*, som omtalt over, avsnitt 35 og 43 til 49; og dommen i *Wind Tre*, C-54/17 og C-55/17, EU:C:2018:710, særlig avsnitt 41 til 46 og 54). En handelspraksis kan omfattes av flere enn ett punkt i vedlegg I. Dette nødvendigvis ingen konkret vurdering, og praksisen kan anses som urimelig under alle omstendigheter (jf. generaladvokat Bobeks uttalelse i *Kirschstein*, C-393/17, EU:C:2018:918, avsnitt 150).

- 73 Vedlegg I nr. 9 fastsetter at «[å] hevde eller på annen måte skape inntrykk av at en ytelse kan selges lovlig når den ikke kan det» faller inn under kategorien villedende handelspraksis som under alle omstendigheter anses som urimelig. Med hensyn til ordlyden i denne bestemmelsen bemerkes det at den omfatter enhver positiv uttalelse, men også passiv atferd i form av det inntrykk en næringsdrivende måtte skape overfor en «forbruker» med hensyn til salgets lovlighet. Dette omfatter en situasjon hvor den næringsdrivende unnlater å opplyse «forbrukeren» om eventuelle lovfestede begrensninger på salget, besittelsen eller bruken av et bestemt produkt, siden en slik praksis under alle omstendigheter sannsynligvis vil være i strid med forbrukerens legitime forventninger.
- 74 Som Kommisjonen med rette påpeker i punkt 4.1. i *Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices* av 25. mai 2016 (SWD(2016) 163 final), kan det være at salget av et visst produkt under alle omstendigheter er forbudt eller ulovlig i en EØS-stat. En annen kategori handelspraksis gjelder produkter som det ikke er ulovlig å besitte, men som bare kan markedsføres eller selges lovlig på visse vilkår og/eller med visse begrensninger i en EØS-stat, som produktene i den foreliggende sak.
- 75 EFTA-domstolen påpeker at det er det generelle inntrykk som formidles til gjennomsnittsforbrukeren som må vurderes. I denne sammenheng tar direktivet i artikkel 5 nr. 2 bokstav b) utgangspunkt i at begrepet «forbruker» forstås som gjennomsnittsforbrukeren, som er rimelig velinformert og rimelig observant og forsiktig, sosiale, kulturelle og språklige faktorer tatt i betraktning (jf. dommen i *Ving Sverige*, C-122/10, EU:C:2011:299, avsnitt 22 og 23). Etter direktivet artikkel 5 nr. 3 må dessuten former for handelspraksis som er egnet til å endre den økonomiske atferden til en klart identifiserbar gruppe av forbrukere som er særlig sårbare for denne praksis eller det produkt praksisen gjelder på grunn av psykisk eller fysisk svakhet, alder eller godtroenhet på en måte som den næringsdrivende med rimelighet kan forventes å forutse, vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnittsleder av denne gruppen.
- 76 I likhet med det som gjelder for enhver annen opplysning som en næringsdrivende gir en forbruker, må opplysninger som gjelder et produkt undersøkes og vurderes av nasjonale domstoler i lys av direktivet artikkel 5 nr. 2 bokstav b). Dette gjelder opplysningenes tilgjengelighet og hvordan de presenteres, i hvilken grad teksten er lesbar og ordlyden klar, og om den er forståelig for det publikum den retter seg mot (jf. dommen i *Purely Creative m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 55). Formidling av klar og tilstrekkelig informasjon om

produktet som selges, er avgjørende for at forbrukeren skal kunne treffe en informert transaksjonsbeslutning (jf. dommene i *Purely Creative m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 53, og *Wind Tre*, som omtalt over, avsnitt 45). Dette vil omfatte informasjon på den næringsdrivendes nettsted om den annonsert prisen på produktet samt tillatelsen til å selge produktet, herunder enhver opplysning om at salget av produktet til forbrukeren vil medføre en gyldig overdragelse av de tilknyttede rettighetene og forpliktelsene.

- 77 Følgelig har EFTA-domstolen kommet til at vedlegg I nr. 9 må forstås slik at bestemmelsen omfatter et tilfelle hvor en næringsdrivende skaper inntrykk av at et produkt kan selges lovlig når det ikke kan det, ved å unnlate å opplyse forbrukeren om eventuelle lovfestede begrensninger på salget, besittelsen eller bruken av et bestemt produkt på en måte som kan føre forbrukeren bak lyset.
- 78 Hvis en forbruker blir gjort oppmerksom på de lovfestede begrensninger som faktisk eller potensielt er til hinder for bruken av et produkt, er det rimelig å anta at forbrukeren vil vurdere å avstå fra transaksjonen. Å utelate slik informasjon vil derfor kunne endre den økonomiske atferd med hensyn til produktet for gjennomsnittsforkbrukeren.
- 79 Det er den anmodende domstol som i lys av det ovenstående må vurdere om en næringsdrivende, under omstendigheter som dem i saken for den nasjonale domstol, har hevdet eller på annen måte skapt inntrykk hos en gjennomsnittsforkbruker av at et produkt, som billettene til OL i London i 2012, kunne selges lovlig når det ikke kunne det.
- 80 Når det gjelder spørsmål 1a, påpeker EFTA-domstolen at vedlegg I nr. 9 ikke sier noe om det geografiske område der et produkt kan selges «lovlig». Det er derfor ingenting i nevnte bestemmelses ordlyd som tilsier at det faktum at et forbud gjelder i den EØS-stat der produktet skal benyttes, men ikke i den stat der produktet blir solgt, er avgjørende for anvendelsen av vedlegg I nr. 9. Som anført i avsnitt 73 til 78, er vedlegg I nr. 9 til hinder for at næringsdrivende kan markedsføre en vare eller en tjeneste, ved å unnlate å klart opplyse forbrukeren om at det er lovfestede begrensninger på salget, besittelsen eller bruken av det aktuelle produkt. Følgelig omfatter nr. 9 også handelspraksis i forbindelse med salg av et produkt som er underlagt lovfestede begrensninger med hensyn til bruk, uten hensyn til om de lovfestede begrensninger får anvendelse på salgsstedet eller bruksstedet.
- 81 Når det gjelder spørsmål 1b, finner EFTA-domstolen at begrepet «lovlig» i vedlegg I nr. 9, lest opp mot direktivet artikkel 2 bokstav k), må forstås slik at det viser til gjeldende lovgivning på det tidspunkt forbrukeren treffer transaksjonsbeslutningen. Dermed er det bare de omstendigheter som foreligger på tidspunktet for utøvelsen av handelspraksisen, med andre ord på det tidspunkt transaksjonsbeslutningen treffes, som bør tas i betraktning. Som blant andre Kommisjonen har anført, følger denne konklusjon fra begrepet «urimelig handelspraksis». Etter direktivet artikkel 5 nr. 2 bokstav b) skal en handelspraksis anses som urimelig dersom den «vesentlig endrer eller er egnet til å endre

den økonomiske atferden med hensyn til produktet for gjennomsnittsforbrukeren som den når [...]».Direktivet artikkel 2 bokstav e) definerer «vesentlig endring av forbrukernes økonomiske atferd» som bruk av en handelspraksis som merkbart reduserer forbrukerens evne til å treffe en informert beslutning og «dermed får forbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet».

- 82 Det er ikke avgjørende om den næringsdrivende anser at visse nasjonale lovbestemmelser, som LOGA 2006 punkt 31, er i strid med EØS-retten. Å fremsette en slik påstand etter at forbrukeren har truffet en transaksjonsbeslutning, vil ikke legge til rette for det høye nivå av forbrukervern som er fastsatt i direktivet artikkel 1, som EFTA-domstolen har vist til avsnitt 66 i denne dom.
- 83 Denne vurdering påvirkes heller ikke av om det etter salget slås fast at et nasjonalt forbud, som LOGA 2006 punkt 31, er i strid med EØS-retten. Det motsatte ville innebære en undergraving av den forutsigbarhet som listen i direktivet vedlegg I gir, hvis betydning understrekes i direktivet betraktning 17, og som er avgjørende på tidspunktet for transaksjonsbeslutningen.

Konklusjoner

- 84 Svaret på det første spørsmål er at direktivets vedlegg I nr. 9 må forstås slik at bestemmelsen omfatter tilfeller der en næringsdrivende hevder eller på annen måte, basert på helheten av inntrykket som formidles til gjennomsnittsforbrukeren på tidspunktet for transaksjonsbeslutningen, skaper inntrykk av at et produkt kan selges lovlig når det ikke kan det. Det har ikke betydning for vurderingen om et slikt nasjonalt forbud gjelder i salgsstaten eller i oppfyllellesstaten eller i begge. Vurderingen påvirkes heller ikke av om det senere måtte bli fastslått at det aktuelle nasjonale forbud var i strid med EØS-retten.
- 85 I lys av det ovenstående er det ikke nødvendig å besvare det andre spørsmål forelagt EFTA-domstolen.

IV Saksomkostninger

- 86 Omkostninger som er påløpt for Irlands regjering, Storbritannias regjering, ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Borgarting lagmannsrett, følgende rådgivende uttalelse:

Nr. 9 i vedlegg I til Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, Europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 må tolkes slik at det omfatter tilfeller der en næringsdrivende hevder eller, ut fra helheten av det inntrykk som formidles til gjennomsnittsforbrukeren på tidspunktet for transaksjonsbeslutningen, på annen måte skaper inntrykk av at et produkt kan selges lovlig når det ikke kan det. Det har ikke betydning for vurderingen om et slikt nasjonalt forbud, som i den foreliggende sak, enten gjelder i salgsstaten eller oppfyllellesstaten, eller i begge. Vurderingen påvirkes heller ikke av om det senere måtte bli fastslått at det aktuelle nasjonale forbud var i strid med EØS-retten.

Páll Hreinsson

Bernd Hammermann

Siri Teigum

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 14. desember 2019.

Birgir Hrafn Búason
Fungerende justissekretær

Páll Hreinsson
President