

29. SEPTEMBER 2023

EØS-RETTLIG HANDLINGSROM - BARNES
FORBRUKERVERN I DIGITALE MEDIER

INNHALDSFORTEGNELSE

1.	Innledning	3
1.1	Om oppdraget – bakgrunn og faktum	3
2.	Oppsummering og konklusjoner	3
3.	Relevant EØS-regelverk	5
3.1	Innledning	5
3.2	Oversikt over EØS-regelverkets virkeområde for tiltak som ivaretar barns digitale forbrukervern	5
3.3	Directive on unfair commercial practices (UCPD).....	7
3.3.1	Innledning	7
3.3.2	Virkeområde og jurisdiksjon.....	8
3.3.3	Pliktsubjekter	9
3.3.4	Direktivets struktur og hovedregler	10
3.3.5	Svartelisten i Annex I.....	13
3.3.6	Direktivets betydning for digitale medier	14
3.3.6.1	Innledning	14
3.3.6.2	Digitale pliktsubjekter.....	14
3.3.6.3	Illustrasjon av UCPDs betydning for (barns) digitale forbrukervern.....	14
3.3.6.4	Konklusjon.....	16
3.4	Digital Services Act	16
3.4.1	Virkeområdet	16
3.4.2	Pliktsubjekter	17
3.4.3	Nærmere om regulering av forbrukervern	17
3.4.3.1	Artikkel 25 – utforming av plattformen og adgangen til å regulere «online platforms»	17
3.4.3.2	Dark patterns og forholdet til UCPD	18
3.4.3.3	Artikkel 26 – generelt om markedsføring.....	19
3.4.3.4	Artikkel 28 – beskyttelse av mindreårige	20
3.4.4	Jurisdiksjonsspørsmål	21
3.4.5	Kort om forholdet til AVMSD og eCommerce-direktivet.....	21
3.4.5.1	AVMSD	21
3.4.5.2	eCommerce-direktivet.....	22
3.4.6	Særregulering av enkelte type plattformer.....	22
3.4.7	Sammenfatning – hva er mulig å regulere?	23
3.5	AVMSD	23
3.5.1	Innledning – hvilke tjenester er omfattet	23
3.5.2	Virkeområde	24
3.5.3	Reguleringen av videodelingsplattformer.....	25
3.5.3.1	Materielt innhold.....	25
3.5.3.2	Forholdet til UCPD.....	26
3.5.3.3	Jurisdiksjonsspørsmål og adgangen til å regulere innhold.....	27

3.5.4	Regulering av audiovisuelle bestillingstjenester.....	30
3.5.4.1	Materielt innhold.....	30
3.5.4.2	Jurisdiksjonsspørsmål og adgangen til å regulere innhold.....	30
3.6	eCommerce directive	31
3.6.1	Virkeområde	31
3.6.2	Materielt innhold.....	32
3.7	Tjenstedirektivet og EØS-avtalens primærrett	33
3.8	Annen relevant EØS rett	34
3.9	Sammenfatning og oversikt	34
4.	Ytringsfrihet.....	36
5.	Betydning for mulig regulering på ulike livsområder.....	38
5.1	Innledning	38
5.2	Manipulerende design / dark patterns	38
5.3	Avhengighetsskapende elementer i digitale ytelser	39
5.4	Direkte markedsføring mot barn.....	40
5.5	Adferdsbasert markedsføring.....	41
5.6	«Lootbokser»	41
5.7	Kroppspress	42
5.8	Oppsummering.....	43

1. INNLEDNING

1.1 Om oppdraget – bakgrunn og faktum

Vi viser til Barne- og familiedepartementets («Departementet») konkurranse «Juridisk utredning av handlingsrom innenfor EØS-avtalen – barns forbrukervern i digitale medier» og meddelelsesbrev av 6. juni 2023 hvor CMS Kluge Advokatfirma AS («CMS Kluge») ble valgt som leverandør av utredningen. Det vises også til oppdragsavtale signert 9. juni 2023 mellom Departementet og CMS Kluge.

Sentralt i Departementets beskrivelse av oppdraget er redegjørelsen for hvordan barns hverdag er preget av digitale medier i ulike former samt eksponering for markedsføring i de samme mediene. Samfunnet har hatt og har en rask utvikling innen digitalisering og utvikling av ny teknologi. Utviklingens høye tempo gjør det både vanskelig å forutse hvor vi er om bare noen få år, i tillegg til at man ikke har god kunnskap og informasjon om hvordan digitaliseringen rent faktisk påvirker oss – og da særlig barn og unge. Det er naturlig å anta at det er en del variasjon hos barn og unge med tanke på hvor stor grad av digitalt innhold de eksponeres for daglig, men det synes trygt å legge til grunn at mengden jevnt over er økende, også hos de aller yngste.

Departementet har i sitt konkurransegrunnlag blant annet vist til at det som et mothold til de positive effekter barns bruk av digitale plattformer kan ha, er viktig å holde opp hensynet til barns behov og krav på beskyttelse fra markedsføring når de er til stede på digitale plattformer. Her spiller det grunnleggende hensynet til barns beste inn slik dette også fremkommer i barnekonvensjonen og Grunnloven § 104.

Departementet har nylig startet arbeidet med en gjennomgang av barns forbrukervern i digitale medier, i tett samarbeid med andre berørte departementer. Gjennomgangen tar utgangspunkt i gjeldende regelverk og håndhevingsapparat som har betydning for barns forbrukervern i digitale medier, og ser etter tiltak på tvers av sektorene som kan styrke barns forbrukervern. Barnets beste er et viktig utgangspunkt for gjennomgangen, jf. Barnekonvensjonen og Grunnloven § 104. For en nærmere omtale av barns forbrukervern se St.meld. 25 (2018-2019) kap. 7 og Rett på nett – nasjonal strategi for trygg digital oppvekst s. 30 flg.

Oppdraget går i denne forbindelse ut på å kartlegge hvilket EØS-rettslig handlingsrom Norge har for å gjennomføre eventuelle innstramminger i regelverket som beskytter barn mot reklame og annen kommersiell påvirkning via digitale flater. Utredningen skal konkretisere hvilket EØS-rettslig handlingsrom Norge har for å styrke barns digitale forbrukervern.

2. OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER

Vi har identifisert følgende regelverk som mest sentrale for det EØS-rettslige handlingsrommet innen dette feltet:

- Direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis - unfair commercial practice directive (**UCPD**). UCPD er et totalharmoniseringsdirektiv som forbyr urimelig handelspraksis mellom virksomheter og forbruker (B2C).
- Forordning 2022/65 om digitale tjenester - Digital Services Act (**DSA**). Forordningen regulerer internettbaserte plattformers plikter når det gjelder å fjerne ulovlig innhold, og adresserer nye problemsstillinger som adferdsbasert reklame og dark patterns.
- Direktiv 2010/13 om audiovisuelle medietjenester - Audiovisual Media Services Directive (**AVMSD**). Direktivet regulerer blant annet innhold og markedsføring i videodelingsplattformer og audiovisuelle bestillingstjenester.
- Direktiv 2002/31 om elektronisk handel – **eCommerce-direktivet**. Direktivet regulerer kommersielle tjenester som tilbys over nettet. Direktivet regulerer blant annet elektronisk markedsføring.

Overordnet er det etter vår vurdering et relativt begrenset handlingsrom for ytterlig norsk regulering utover reguleringen som implementerer regelsettene over, samtidig som det er svært utfordrende å kartlegge handlingsrommet på en detaljert og nøyaktig måte. Dette skyldes i hovedsak følgende forhold:

For det første er det mye relevant EØS-rettslig regelverk som i stor grad allerede regulerer forhold som kan være aktuelt å regulere. Noe av dette regelverket innebærer også totalharmonisering, som tilsier at det ikke finnes handlingsrom innenfor virkeområdene til de aktuelle regelsettene. DSA og UCPD er de mest relevante eksemplene på dette.

For det andre inneholder sentrale regelsett som DSA og AVMSD det såkalte senderlandsprinsippet (og det tilsvarende prinsippet om fri videreformidling). Senderlandsprinsippet innebærer at en tilbyder av tjenester bare skal være underlagt reglene i det landet tilbyderen er etablert. Prinsippet om fri videreformidling innebærer at de forskjellige medlemsstatene innenfor EØS-området ikke kan begrense videresending av audiovisuelle tjenester fra andre medlemsstater. Siden de mest sentrale digitale aktørene er etablert i utlandet, medfører dette en betydelig begrensning av handlingsrommet for Norge. Norge vil i mange tilfeller rett og slett ikke ha jurisdiksjon til å regulere de viktigste digitale aktørene.

Samtidig er det relevante EØS-regelverket svært fragmentert, og det innbyrdes forholdet mellom de ulike regelsettene er ofte uklart regulert. Dette medfører at det er utfordrende å klarlegge opp mot hvilket eller hvilke regelsett et mulig norsk tiltak bør vurderes.

Med dette som bakteppe fremstår det overordnet sett som at mer fokus på håndheving, veiledning og politisk dialog opp mot EU vil være bedre egnet til å takle utfordringer med hensyn til barns digitale forbrukervern enn ytterlig norsk regulering. Når det er sagt, vil handlingsrommet for norsk regulering variere vesentlig, avhengig av livsområde, aktørbilde og ikke minst målsetningen for den tiltenkte regulering.

På overordnet nivå er hovedfunnene følgende:

- Handlingsrommet vil *som regel* være svært begrenset dersom det finnes særregulering i EØS-avtalen, altså materielle bestemmelser i EØS-avtalen som regulerer enkelte aspekter av (barns) digitale forbrukervern. Siden eksempelvis DSA inneholder et forbud mot dark patterns, ser vi i utgangspunktet begrenset mulighet til å regulere dette ytterligere i norsk lov. Det samme gjelder adferdsbasert markedsføring. På disse områdene er det heller ikke noe særlig handlingsrom for håndheving, gitt at håndhevingskompetansen som regel ligger til landet hvor tjenestetilbyderen er etablert.
- Handlingsrommet vil *som regel* være begrenset til mer eller strengere håndheving av, eller veiledning om, betydningen av eksisterende bestemmelser innenfor **UCPDs virkeområde**. UCPDs virkeområde er knyttet til det som er å anse som «handelspraksis» i direktivets forstand. Siden det er et svært vidtrekkende konsept, vil det i praksis ofte være nødvendig å kunne vise at reguleringen forfølger hovedsakelig andre formål enn å beskytte forbrukeres økonomiske interesser, som f.eks. folkehelse, for å falle utenfor UCPDs virkeområde. Dette kan eksempelvis tenkes for tiltak rettet mot kroppspress. Siden nasjonal regulering av pengespill også er uberørt av UCPD, kan det videre tenkes relativt vidtrekkende tiltak mot lootbokser dersom reguleringen hjemles i norsk pengespillovgivning.
- Handlingsrommet vil videre *ofte* være svært begrenset av jurisdiksjonsbestemmelser, dersom **pliktsubjektene** som skal rammes av et mulig reguleringstiltak **er (overveiende) etablert i (EØS) utlandet** (f.eks. sosiale medieplattformer eller videodelingsplattformer). Dette gjelder især når reguleringen faller inn under AVMSD (og DSA), og vil derfor være relevant for mange temaer som berører barns digitale forbrukervern, eksempelvis dersom man vurderer å innføre regulering om markedsføring ovenfor barn som sådan. Motsetningsvis kan det for eksempel tenkes at regulering av influensere i mye mindre grad vil reise utfordringer knyttet til jurisdiksjon, siden mange aktuelle aktører er etablert i Norge. En illustrasjon av det foregående er Frankrikes nylig vedtatte lov om influensere.

- Dersom potensiell regulering ikke faller inn under særregulering eller UCPD, vil handlingsrommet i utgangspunktet være relativt stort, og *sannsynligvis* i hovedsak kun være begrenset av den **alminnelige EØS-rettslige restriksjonslæren**. Det betyr at dersom reguleringen utgjør en restriksjon, vil den måtte begrunnes i allmenne hensyn og være proporsjonal. Dette vil særlig gjelde for tiltak som relaterer seg til helsepolitiske formål, eksempelvis regulering som omhandler kroppspress eller reklame for usunn mat.

Hvorvidt det nødvendige EØS-rettslige handlingsrom finnes for et bestemt reguleringstiltak vil måtte bero på en konkret vurdering. Utredningen er et forsøk på å kartlegge handlingsrommet på en abstrakt måte, og er ment som et første orienteringsverktøy for å bedre kunne navigere på et svært uoversiktlig område innen EØS-retten.

3. RELEVANT EØS-REGELVERK

3.1 Innledning

Vi vil i dette kapitlet særlig redegjøre for UCPD, DSA, AVMSD og eCommerce-direktivet, og knytter også noen kommentarer til tjenstedirektivet og EØS-primærrett. Avslutningsvis i dette kapitlet vil vi redegjøre for tilgrensende regelsett som vi mener ikke er relevante.

Det vil være sentralt i gjennomgangen å undersøke og definere de ulike regelverkernes virkeområder og pliktsubjekter, siden det ofte ikke vil være handlingsrom for ytterligere regulering dersom et mulig reguleringstiltak først faller inn under regelsettene nevnt ovenfor.

Den sentrale kartleggingen av virkeområdene for regelverkene er sammenfattet i det følgende. Sammenfatningen er noe forenklet, men skal likevel gi et anvendelig første orienteringsverktøy for vurderingen av hvordan man bør gå frem for å finne ut om det finnes noe vesentlig EØS-rettslig handlingsrom for et mulig reguleringstiltak. Fremstillingen nedenfor skal altså forenkles den konkrete subsumsjonen for mulige, fremtidige tiltak som Departementet vil kunne vurdere innen dette feltet.

3.2 Oversikt over EØS-regelverkets virkeområde for tiltak som ivaretar barns digitale forbrukervern

Etter vårt syn vil gjennomførbarheten av et mulig tiltak i mange tilfelle kunne vurderes etter at man har tilordnet tiltaket under følgende hovedkategorier av regelsett:

- **Tiltak som faller inn under EØS-særregulering som f.eks. Digital Services Act (DSA)**

Det finnes en rekke relevante regelsett som inneholder materielle bestemmelser som regulerer barns digitale forbrukervern på EU/EØS-nivå. DSAs forbud mot dark patterns er et eksempel, AVMSDs forbud mot direkte kjøpsoppfordringer rettet mot barn er et annet. Dersom slike regler kommer til anvendelse, vil det EØS-rettslige handlingsrommet være definert av selve bestemmelsen, og vurderingen av om et tiltak er i tråd med EØS-avtalen vil som regel være begrenset til å vurdere om bestemmelsen har blitt riktig implementert.

Det vil i den sammenhengen være viktig å undersøke særreguleringens pliktsubjekter. Eksempelvis vil tilbydere av spill etter vårt syn som regel ikke være omfattet av verken DSA eller AVMSD. Regulering av ikke-omfattede pliktsubjekter vil naturligvis fortsatt være mulig, i hvert fall under særreguleringen.

- **Tiltak som faller inn under directive on unfair commercial practices (UCPD)**

I korte trekk omhandler direktivet all handelspraksis som er egnet til å påvirke forbrukernes *økonomiske interesser* («commercial practice»). Regler om reklame som anses uetisk, smakløs eller uanstendig faller imidlertid utenfor direktivet. Direktivet er også avgrenset mot regler basert på helse- og sikkerhetsmessige hensyn, og begrenser ikke handlingsrommet til å regulere pengespill.

Direktivet medfører totalharmonisering. Det gjør blant annet at det ikke kan innføres generelle forbud mot handelspraksis utover de som finnes i direktivet. Annen handelspraksis kan kun forbys basert på en konkret vurdering.

Innenfor direktivets virkeområde vil Norges handlingsrom dermed i hovedsak knytte seg til håndheving. Kommissjonens veiledning tilsier at det finnes et stort handlingsrom for håndheving innenfor barns digitale forbrukervern. Det kan argumenteres for at regulering som ikke består av forbud også er mulig.

- **Tiltak som faller utenfor UCPD og særregulering er å anse som restriksjon og faller derfor inn under tjenstedirektivet/primærretten (alminnelige bestemmelser i EØS-avtalen)**

Dersom et tiltak ikke faller inn under verken særreguleringen eller UCPD, må det vurderes om tiltaket kan utgjøre en restriksjon av EØS-avtalens «fire friheter»¹, og især også tjenstedirektivet og evt. eCommerce-direktivet.

Restriksjoner på området for de fire friheter er i utgangspunktet forbudt. En restriksjon er et ethvert tiltak som direkte eller indirekte, faktisk eller potensielt påvirker samhandelen², eller noe som kan «avholde», «avskrekke» eller gjøre det «mindre attraktivt» å benytte seg av de fire friheter.

En lov eller forskrift som innskrenker næringsdrivendes valgfrihet ved markedsføring av varer og tjenester til norske forbrukere vil utgjøre en restriksjon av EØS-avtalens regler om etableringsrett og fri bevegelighet av tjenester, jf. tjensteloven § 16 første ledd og EØS-avtalen artikkel 31 og 36. For å være lovlig må restriktive tiltak som staten treffer for å etablere et ønsket beskyttelsesnivå være begrunnet i allmenne hensyn, og oppfylle kravene til proporsjonalitet som er nedfelt i EFTA-domstolens og EU-domstolens praksis.

Om det er tale om en «restriksjon» i EØS-rettslig forstand kan være en vanskelig vurdering. Især må restriksjoner avgrenses mot såkalte «selling arrangements», jfr. nærmere nedenfor.

- **Tiltak som faller utenfor EØS-avtalen (især «selling arrangements» utenfor UCPD)**

Restriksjonsbegrepet ble begrenset i noen grad av EU-domstolen i *Keck*-avgjørelsen. Ifølge *Keck*-doktrinen vil tiltak som bare regulerer måten varer er solgt til sluttbrukere falle utenfor, forutsatt at det ikke foreligger indirekte diskriminering og at tiltaket gjelder generelt for næringsdrivende («selling arrangements»).

«nationale bestemmelser, som begrenser eller forbyder bestemte former for salg ... forudsatt at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsatt at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde.»³

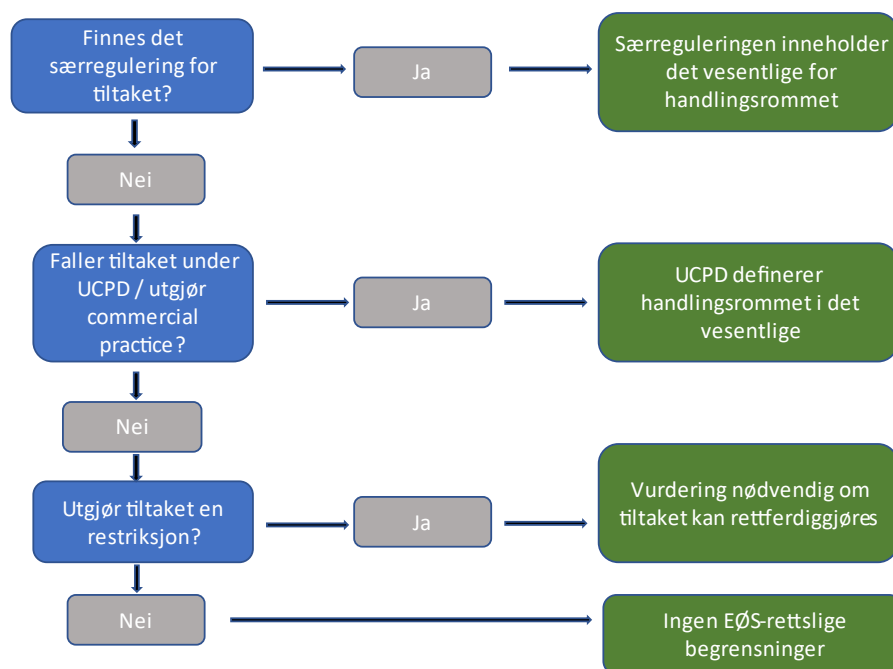
I praksis kan dette for eksempel gjelde regulering av åpningstider og utsalgssteder, men også markedsføring - forutsatt at tiltaket ikke er (indirekte) diskriminerende. Merk at noen former for «selling arrangements» kan falle inn under UCPD selv om de ikke er diskriminerende.

Den følgende illustrasjonen skal synliggjøre det foregående, altså hvordan man kan gå frem for å vurdere hvilke regelsett som definerer det EØS-rettslige handlingsrommet for et potensielt tiltak angående barns digitale forbrukervern:

¹ Med de fire friheter menes fri bevegelighet av varer, tjenester, personer og kapital mellom medlemslandene. Med personer menes både fri bevegelighet av arbeidstakere og selvstendig næringsdrivendes etableringsrett.

² EU-domstolens sak C-8/74.

³ Forenede saker C-267/91 og C-268/91 *Keck*.



Illustrasjonen ovenfor er som nevnt en betydelig forenkling, og skal kun være et første orienteringsverktøy. Man bør være særlig oppmerksom på følgende utfordringer når man benytter seg av den skisserte fremgangsmåten:

- Som vi kommer tilbake til, er *forholdet* mellom de ulike regelsettene omtalt i rapporten svært uklart definert. Det kan tenkes tiltak som i utgangspunktet ser ut til å falle under både særregulering og UCPD, uten at det er klargjort om ett regelsett har forrang, eller om de må anvendes parallelt.
- Det kompliserer bildet ytterligere, og vanskeliggjør teknologi- og plattformnøytral regulering, at regelsettene har ulike og ikke alltid klart definerte pliktsubjekter. Til dette kommer at både DSA og AVMSD inneholder det omtalte senderlandsprinsippet, hvilket i utgangspunkt begrenser Norges reguleringsadgang til tjenestetilbydere etablert i Norge. Dersom innføring av et regulerings tiltak vurderes, bør man altså kartlegge hvilke pliktsubjekter som skal rammes for å oppnå formålet med reguleringen, og se om disse kan reguleres av Norge.
- Som vi også kommer tilbake til, er virkeområdet til eCommerce-direktivet også svært omfattende. Direktivets ordlyd tilsier at den også innebærer en form for senderlandsprinsipp. Siden EU-domstolen synes ikke å ha fulgt ordlyden i rettspraksis, legger vi til grunn at online-tjenester ytet av aktører i utlandet *kan* reguleres, under forutsetning av reguleringen består den alminnelige restriksjonstesten og øvrige prosessuelle vilkår. Vi gjør likevel oppmerksom på at motstriden mellom direktivets ordlyd og domstolspraksisen vi har konstatert utgjør et ikke-ubetydelig risikoelement for reguleringen innenfor direktivets virkeområde.

Som vi gjør rede for i utredningen, er listen av materielle bestemmelser i særreguleringen som vedrører barns digitale forbrukervern relativt oversiktlig. Dermed er UCPD etter vårt syn det mest sentrale regelsettet for utredningen, og Norges handlingsrom. Vi vil derfor se nærmere på dette regelsettet først.

3.3 Directive on unfair commercial practices (UCPD)

3.3.1 Innledning

Direktivets formål er å oppnå et høyt nivå av forbrukervern gjennom regulering av urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser.

Direktivet medfører totalharmonisering. Dette fremgår blant annet av punktene 11, 14 og 15 i direktivets fortale, og av EU-domstolens praksis.⁴ At direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv vil si at medlemslandene ikke har adgang til å vedta eller videreføre bestemmelser som avviker fra direktivets bestemmelser. Bestemmelser i norsk lov skal derfor også tolkes i overenstemmelse med direktivet.

Det foregående medfører at handelspraksis som **ikke er urimelig etter UCPD er lovlig, og kan ikke forbys** gjennom nasjonal lovgivning.

Kommisjonen har offentliggjort en omfattende veiledning om hvordan direktivet bør forstås, hvilke typer praksis som rammes, og hvordan direktivet i praksis har blitt brukt.⁵ Dette dokumentet – «**UCPD-notice** eller **notice**» – er sentralt for utredningen.

3.3.2 Virkeområde og jurisdiksjon

Direktivets virkeområde er omfattende og ikke særlig klart avgrenset, samtidig som forståelsen av direktivets virkeområde er av sentral betydning for utredningen. Dette fordi innenfor virkeområde til UCPD kan ikke handelspraksis som ikke er urimelig, forbys. Eller sagt motsatt, innenfor virkeområdet til UCPD kan man *kun* forby handelspraksis som også er urimelig i henhold til direktivet.

Etter artikkel 3 punkt 1 gjelder direktivet for «*foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere som fastsatt i artikkel 5 før, under og etter en handelstransaksjon knyttet til et produkt*». Med handelspraksis menes i henhold til artikkel 2 bokstav d «*en 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*». Direktivet retter seg bare mot beskyttelse av forbrukernes økonomiske interesser, jf. fortalens punkt 6. Direktivet gjelder dermed ikke handelspraksis i forholdet mellom næringsdrivende eller som bare skader konkurrenters økonomiske interesser.

Hva som utgjør «handelspraksis» har vært gjenstand for en rekke EU-domstolsavgjørelser. Domstolen har klargjort at begrepet omfatter enhver handling som er direkte knyttet til promotering, salg eller levering av en vare eller tjeneste til en konsument.⁶

Direktivet er for øvrig avgrenset mot en rekke områder. Regler om reklame som anses uetisk, smakløs eller uanstendig faller utenfor direktivet. Kommisjonen tolker dette forholdsmessig vidt, og angir i noticen at;

*«in the context of commercial practices, the UCPD does not cover national rules on protecting human dignity, preventing sexual, racial and religious discrimination or on the depiction of nudity, violence and antisocial behaviour».*⁷

Direktivet er også avgrenset mot regler basert på helse-, miljø og sikkerhetsmessige hensyn.⁸ Eksempelvis konkluderte EU-domstolen i *Luc Vanderborght* med at regler med totalforbud mot reklame for tannleger ikke er i strid med direktivet, ettersom forbudet skal ivareta helsepolitiske formål og derfor faller utenfor direktivets virkeområde.⁹ Direktivet berører heller ikke muligheten til å regulere pengespill, forutsatt at slik regulering er i samsvar med øvrig EØS-rett.

⁴ Se for eksempel EU-domstolens dom i sak C-421/12, premiss 55: *The Court has held that Directive 2005/29 carries out a complete harmonisation at EU level of the rules concerning unfair commercial practices of undertakings vis-à-vis consumers. Accordingly, as expressly provided for by Article 4 thereof, Member States may not maintain or adopt more restrictive national measures than those laid down in that directive, even where such measures are designed to ensure a higher level of consumer protection (see Plus Warenhandelsgesellschaft, C 304/08, EU:C:2010:12, paragraph 41, and Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, C 540/08, EU:C:2010:660, paragraph 37).*

⁵ Se Commission Notice (2021), heretter omtalt som «UCPD-notice» eller «notice». Link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021XC1229%2805%29&qid=1640961745514#ntc149-C_2021526EN.01000101-E0149

⁶ EU-domstolens dom i sak C-388/13 *UPC*, premiss 35.

⁷ Notice, punkt 1.1.1.

⁸ Notice, punkt 1.1.1.

⁹ Se EU-domstolens dom i sak C-339/15 *Luc Vanderborght*.

Til tross for avgrensingen tilsier både noticen og praksisen fra EU-domstolen at direktivets virkeområde er svært vidtrekkende. For det andre viser praksisen at nasjonale reguleringer som har et blandet formål, og som er gitt for å ivareta også andre hensyn enn forbrukernes økonomiske interesser, også faller inn under direktivets virkeområde.¹⁰ I noticen sier Kommisjonen at;

«national rules that aim to protect the economic interest of consumers, even if it is in conjunction with other interests, do fall within its scope.»

Dette kan i enkelte tilfeller medføre komplekse avgrensningsspørsmål.

Når det er sagt, vil noen tiltak som skal beskytte barns digitale forbrukervern kunne falle utenfor direktivet dersom formålet ikke er å verne deres økonomiske interesser, men heller eksempelvis deres helse. I lys av EU-domstolens avgjørelse i *Luc Vanderborght* kan det se ut som formålet til den nasjonale reguleringen ofte vil være avgjørende for vurderingen om hvorvidt den faller innenfor eller utenfor direktivets virkeområde:

«It is apparent from the order for reference that the provisions of national legislation at issue in the main proceedings, that is to say, Article 1 of the Law of 15 April 1958 on advertising in relation to dental care and Article 8d of the Royal Decree of 1 June 1934 laying down rules for the practice of dentistry, protect, respectively, public health and the dignity of the profession of dentist, so that that legislation comes under Article 3(3) ...[] of Directive 2005/29.»¹¹ (vår utheving)

Under direktivet står statene etter vårt syn fortsatt fritt til å regulere markedsføring og annen handelspraksis, så fremt reglene *hovedsakelig* skal ivareta andre interesser enn forbrukernes økonomiske interesser. Det kan eksempelvis tenkes at tiltak som skal forhindre avhengighet eller kroppspress¹² vil kunne falle utenfor direktivet, selv om tiltakene vedrører reklame og dermed også, i hvert fall indirekte, økonomiske interesser.

Generelt sett mener vi imidlertid at det vil være noe enklere å kunne argumentere for at en potensiell regulering faller utenfor virkeområdet fordi den eksempelvis skal ivareta helsepolitiske formål dersom reguleringen ikke forbyr typer handelspraksis, men i stedet setter rammer for hvordan handelspraksisen utøves. Obligatorisk merking eller opplysningsplikter vil derfor etter vårt syn lettere kunne anses for å være utenfor direktivets virkeområde enn forbud.

I motsetning til andre regelsett omtalt i rapporten inneholder ikke UCPD et senderlandsprinsipp. Gitt at det er tale om totalharmonisering er det uansett lite aktuelt med nasjonal regulering innenfor direktivets virkeområde (i motsetning til AVMSD, som medfører minimumsharmonisering). Sentralt for aspektet knyttet til håndheving er at direktivet ikke inneholder begrensninger på mulighetene for å sanksjonere næringsdrivende som opptrer i strid med direktivet, uansett hvor de er etablert.¹³

3.3.3 Pliktsubjekter

Pliktsubjekter under direktivet er næringsdrivende. Direktivets definisjon etter artikkel 2 bokstav b lyder:

«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.»

¹⁰ Lunde (2012), link:

<https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1504-3061-2012-01-03>

¹¹ Sak C-339/15 *Luc Vanderborght*, premiss 29.

¹² Se Prop. 134 L (2020–2021).

¹³ Se Engelbrekt (2005) for en avhandling om direktivets historie med senderlandsprinsippet, særlig fra side 17. Link: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:700919/FULLTEXT01.pdf>

Definisjonen er den samme som er brukt i en rekke forbrukerdirektiver, men omfatter i tillegg personer som handler i den næringsdrivendes navn eller på dennes vegne. I noticen nevner Kommisjonen et eksempel som er relevant for utredningen i forbindelse med spill:

«online games that offer in-app purchases. They clarified that, although liability for the content of an app primarily rests with the app developer, an app store provider could also be held responsible for ensuring that games on their platforms do not contain direct exhortations to children»¹⁴.

Dette medfører også at influensere i utgangspunktet er å anse som næringsdrivende i direktivets forstand dersom de promoterer varer eller tjenester.¹⁵ Mer generelt vil pliktsubjektene i den digitale verden dermed blant annet omfatte *“online intermediaries, including social media, online marketplaces and app stores, search engines, comparison tools”*¹⁶. Vi kommer tilbake til direktivets «digitale» pliktsubjekter nedenfor under punkt 3.3.6.

Det foregående viser at mange mulige tiltak som har til formål å ivareta barns digitale forbrukervern vil falle inn under direktivet. Ved konflikt mellom dette direktivet og bestemmelser om urimelig handelspraksis i særskilt EU-regelverk, skal sistnevnte *som regel* ha forrang. Dersom et tiltak faller inn under direktivet, bestemmes altså Norges handlingsrom *som regel* utelukkende av direktivet, med mindre det finnes annet EØS-regelverk som er å anse som *lex specialis*. Som vi kommer tilbake til, er forholdet mellom UCPD og særlovgivningen ikke alltid like klart regulert.

3.3.4 Direktivets struktur og hovedregler

Direktivet inneholder 21 artikler inndelt i fire kapitler. I det første kapitlet finnes generelle bestemmelser om direktivets formål, anvendelsesområde, definisjoner av sentrale begreper og om det indre marked. Det andre kapitlet inneholder bestemmelser om forbud mot urimelig handelspraksis og presiseringer av hva som er urimelig handelspraksis. Det tredje kapitlet består av en artikkel om atferdsregler. I det fjerde og siste kapitlet finnes bestemmelser om håndheving og sanksjoner, endringer i visse andre direktiver, informasjonstiltak og om revisjon av direktivet. Det er to vedlegg til direktivet.

Det er især det andre kapitlet som er av stor relevans for utredningen. Kapitlet inneholder hovedregelen som tilsier at handelspraksis som strider mot god forretningsskikk og som er egnet til å vesentlig endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet er forbudt (artikkel 5, hovedregel). Forbudets har en tredelt struktur.

- i. For det første fastsetter direktivet et **generelt forbud mot urimelig handelspraksis**, jf. artikkel 5 punkt 1, med nærmere presisering i artikkel 5 punkt 2 av det generelle vurderingstemaet for vurderingen av om en handelspraksis er urimelig.
- ii. For det andre skal en praksis anses som urimelig dersom den er **villende** som definert i artikkel 6 og 7, eller er **aggressiv** som definert i artikkel 8 og 9, jf. artikkel 5 punkt 4.
- iii. For det tredje er det, med henvisning i artikkel 5 punkt 5 til vedlegg 1, gitt en liste («**svartelisten**») over former for handelspraksis som i hvert fall er forbudt; det betyr at det ikke er nødvendig å vurdere *konkret* om handelspraksisen er urimelig.

Handelspraksis som faller inn under alternativ 3, altså svartelisten, er alltid forbudt. Direktivet *forplikter* medlemsstatene til å forby slik praksis. Dersom handelspraksis ikke faller inn under svartelisten, **må det gjennomføres en individuell vurdering av praksisens rimelighet**, jf. fortalens premiss 17:

«These are the only commercial practices which can be deemed to be unfair without a case-by-case assessment against the provisions of Articles 5 to 9»

¹⁴ Notice, punkt 2.2.

¹⁵ Notice, punkt 2.2.

¹⁶ Notice, punkt 4.2.

Rettspraksis viser at nasjonale, generelle forbud mot spesiell handelspraksis som ikke faller inn under svartelisten, som regel vil være i konflikt med direktivet (med mindre de generelle forbud har som forutsetning at det skal gjøres en konkret vurdering fra sak til sak av om den aktuelle praksisen er urimelig).¹⁷ Generelle forbud som går lengre enn svartelisten er dermed med stor sannsynlighet ikke forenlig med direktivet.

En videre viktig forskjell mellom alternativ 3 på den ene siden, og alternativene 1 og 2 på en andre, er at sistnevnte også krever en vurdering av om praksisen er egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet, jf. artikkel 5 punkt 2. Til tross for noe ulik ordlyd for vurderingen om «transaksjonsbeslutningen» er påvirket, er analysen som skal gjøres lik for alle alternativene.¹⁸

Slik transaksjonsbeslutningen er definert og tolket i praksis, omfatter den de fleste beslutninger en forbruker kan ta i en handelssituasjon. Kommisjonen nevner følgende eksempler i notisen:

- «enter a shop;
- spend more time on the internet engaged in a booking process;
- decide not to switch to another service provider or product;
- click on a link or advertisement online;
- continue using the service by browsing or scrolling.»¹⁹

Som regel gjøres vurderingen av om en handelspraksis kan påvirke transaksjonsbeslutningen utfra perspektivet til en gjennomsnittlig forbruker. Hvis en praksis imidlertid retter seg mot en spesiell gruppe forbrukere skal den vurderes ut fra virkningen på gjennomsnittsledermedlemmet av denne spesielle gruppen, jf. artikkel 5 punkt 2 bokstav b, og fortalens punkt 18. Dette forstås å gjelde uansett om den aktuelle gruppen må antas å være lettere eller vanskeligere å påvirke enn gjennomsnittet.

I artikkel 5 punkt 3 er det tatt inn en ytterligere presisering av at den næringsdrivende må ta høyde for at ikke alle forbrukere er «gjennomsnittlige»:

«Former for handelspraksis som er egnet til vesentlig å endre den økonomiske atferden til bare 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 gjennomsnittsledermedlem av denne gruppen.»

Bestemmelsen supplerer artikkel 5 punkt 2 bokstav b i de tilfellene der praksisen ikke er rettet mot en særlig gruppe, men er egnet til å påvirke en særlig sårbar gruppe.

Vurderingen av markedsføring eller annen handelspraksis som er rettet mot forbrukere generelt, men som er egnet til å vesentlig endre den økonomiske atferden til en særlig sårbar gruppe, skal altså skje med basis i et gjennomsnittsledermedlem av den aktuelle gruppen. I fortalens punkt 19 presiseres at dersom visse egenskaper som alder, fysisk eller psykisk svakhet eller godtroenhet gjør en forbrukergruppe særlig påvirkelig for en handelspraksis eller ytelsen praksisen gjelder, bør det sikres at de vernes tilstrekkelig. Sårbarhet på grunn av alder omfatter både yngre og eldre personer. Fortalen punkt 18 nevner spesielt barn.

Artikkel 5 punkt 3 modifierer i utgangspunktet bare kravene til påvirkning av gjennomsnittsledermedlemmet i 5 punkt 2 bokstav b, men kan ha stor betydning når det gjelder praksis som påvirker barn på en annen måte enn gjennomsnittsledermedlemmet.

¹⁷ Lunde (2012), med videre henvisninger til EU-domstolsavgjørelser.

¹⁸ Notice, punkt 2.4: *This is the same assessment that is to be made on the basis of Articles 6, 7 and 8. It follows that although the wording of Article 5(2) is different from the wording of the latter Articles, the requirement in relation to the material distortion of the consumer's behaviour is the same.*

¹⁹ Notice, punkt 2.4.

Forutsatt at praksisen er egnet til å påvirke transaksjonsbeslutninger, vil det være nødvendig å undersøke om praksisen faller inn under alternativene i) eller ii).

Alternativ ii) er i den forbindelse en *lex specialis*-bestemmelse og må vurderes først.

- Etter artikkel 6 punkt 1 foreligger det for det første **villedning** dersom en handelspraksis inneholder uriktige opplysninger. Konkrete opplysninger om for eksempel pris, spesifikasjoner og testresultater som gis i reklame eller andre sammenhenger skal være korrekte. Den andre kategorien villedning omfatter tilfeller der opplysningene som gis i og for seg er riktige, men der fremstillingen av andre grunner er egnet til å villed, jf. artikkel 6 punkt 1 annet alternativ.
- Direktivets artikkel 7 gjelder **villedning som følge av at forbrukeren ikke får de opplysningene som er nødvendige for å ta en informert beslutning**. Det er et vilkår at dette påvirker eller er egnet til å påvirke forbrukeren til å ta en transaksjonsbeslutning han eller hun ellers ikke ville ha tatt, jf. artikkel 7 punkt 1. I artikkel 7 punkt 2 presiseres at begrepet utelatelse også omfatter tilfeller der en næringsdrivende faktisk gir opplysningene, men skjuler eller presenterer dem på en uklar, uforståelig, tvetydig eller uhensiktsmessig måte. Den næringsdrivende pålegges altså indirekte å gi forbrukeren alle nødvendige opplysninger uten at det stilles opp noen positiv opplysningsplikt.
- Artiklene 8 og 9 gjelder **aggressiv handelspraksis**, det vil si praksis som i vesentlig grad begrenser forbrukerens valgmuligheter eller som er egnet til dette. Valgmulighetene skal begrenses gjennom trakassering, tvang, herunder fysisk makt, eller utilbørlig påvirkning.²⁰ Den næringsdrivende har en maktposisjon og utnytter denne til å utøve press, og dette begrenser forbrukerens evne til å ta en informert beslutning. Forbrukeren har altså ikke den nødvendige kontroll over situasjonen.

Noticen inneholder detaljert veiledning om hvordan begrepene er å forstå og har blitt brukt i praksis. I den siste delen av dette punktet av utredningen vil vi gjøre nærmere rede for betydningen av reglene for den digitale verden og barns digitale forbrukervern.

Dersom en handelspraksis verken faller inn under alternativ iii) eller ii), må den vurderes opp mot generalklausulen i artikkel 5, altså alternativ i). Deretter er praksis som strider mot «**yrkesmessig aktsomhet**» jf. artikkel 5 punkt 2 bokstav a forbudt, og det er i art. 2 litra h definert som;

«den standard for kunnskap og hensyn som en næringsdrivende med rimelighet kan forventes å vise overfor forbrukerne, og som er i samsvar med hederlig markedspraksis og/eller det alminnelige prinsippet om god tro innenfor den næringsdrivendes virksomhetsområde»

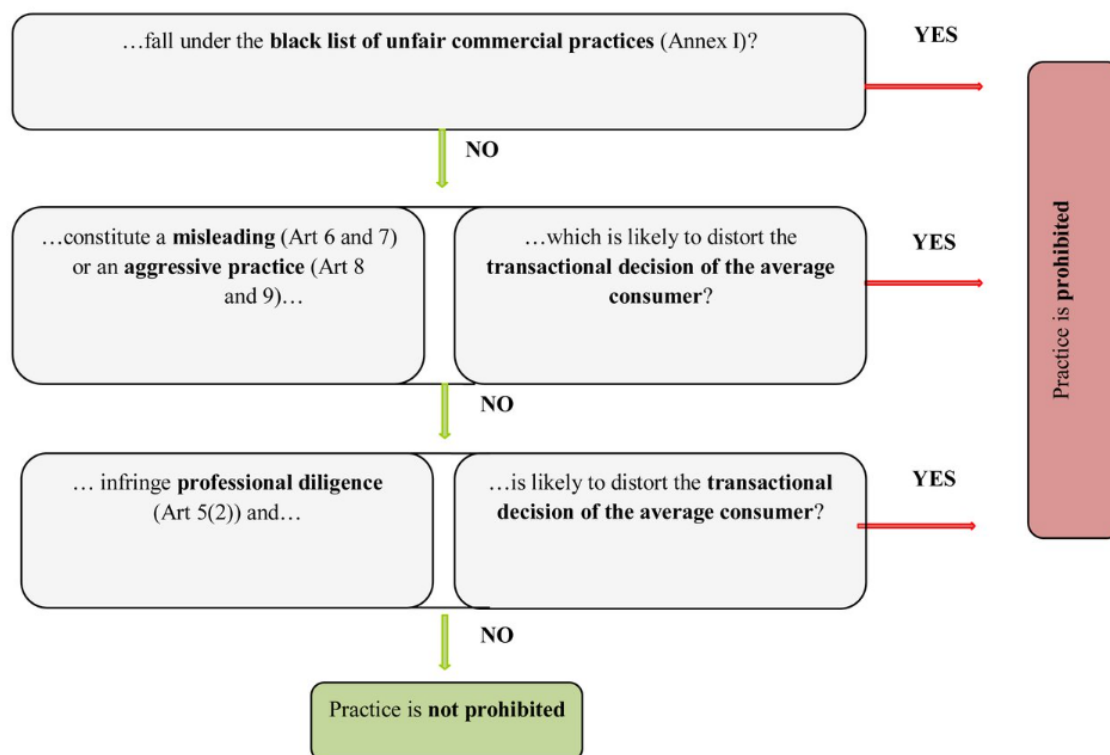
Hvilke standarder og krav som stilles, kan blant annet variere fra bransje til bransje. Hva som er vanlig i en bransje, kan imidlertid heller ikke være avgjørende. Dette følger av henvisningen til hensyn (engelsk: «care») og til hva som «med rimelighet kan forventes». Subjektive forhold hos den næringsdrivende, som for eksempel at virksomheten er nystartet, vil ikke ha innvirkning på vurderingen av vedkommendes praksis overfor forbrukere.

Også angående generalklausulen inneholder noticen detaljert veiledning om hvordan begrepene er å forstå og har blitt brukt i praksis.

²⁰ Utilbørlig påvirkning er definert i artikkel 2 bokstav j: «utnytting av en maktposisjon i forhold til forbrukeren for å utøve press, også når det ikke trues med eller brukes fysisk makt, på en måte som vesentlig reduserer forbrukerens evne til å treffe en informert beslutning».

Sammenfatningsvis illustrerer Kommisjonen hvordan direktivets materielle bestemmelser fungerer slik i noticen:

Does the commercial practice:



Merk igjen at kun praksis som faller inn under svartelisten kan forbys uten konkret vurdering.

3.3.5 Svartelisten i Annex I

Direktivets vedlegg I lister opp 31 former for handelspraksis som under alle omstendigheter skal anses som urimelig og forbudt (svartelisten). Punkt 28 i svartelisten slår fast at det alltid vil være urimelig og forbudt:

«Å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte produkter eller overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem.»

Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn i svartelisten punkt 28 står opplistet i gruppen «aggressiv handelspraksis». At forbudet står oppført under kategorien «aggressiv handelspraksis» tilsier at denne formen for reklame må anses som særlig påtrengende og anmassende. Etter punkt 28 anses altså reklame som direkte oppfordrer barn til å kjøpe annonserte produkter, som aggressiv handelspraksis. Det samme gjelder reklame som direkte oppfordrer barn til å overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem.

Som vi kommer tilbake til, kan dette forbudet ha stor betydning for beskyttelse av barn i den digitale verden. Utover punkt 28 kan også andre typer praksis som er oppført i svartelisten være av betydning for urimelig digital handelspraksis, men ikke spesifikt angående barn. Vi går derfor ikke nærmere inn på de resterende forbud svartelisten inneholder.

3.3.6 Direktivets betydning for digitale medier

3.3.6.1 Innledning

Som gjort rede for i det foregående, har direktivet et bredt virkeområde, og er dermed også av stor betydning for den digitale verden. Direktivet er teknologinøytralt, og dersom det er tale om en handelspraksis mellom en næringsdrivende og en forbruker, vil det komme til anvendelse også for digitale medier og kanaler. Kommisjonen gir i noticen omfattende veiledning om hvilke aktører som kan falle inn under direktivets virkeområde, og hvilke typer praksis som kan være forbudt.

3.3.6.2 Digitale pliktsubjekter

Strukturen i digitale markedsførings- og salgskanaler kan medføre til dels vanskelige avgrensings spørsmål knyttet til om og eventuelt for hvem direktivet gjelder. I noticen forklarer Kommisjonen:

«The UCPD applies to the commercial practices of the platform and of the traders using the platform to promote their products to the consumers. Given that the UCPD only applies in B2C situations, the first step in assessing its application to an online platform provider should be to evaluate whether it qualifies as a ‘trader’ or ‘acting in the name of or on behalf of a trader’ under Article 2(b) UCPD. According to a case-by-case assessment, a platform provider may be acting for purposes relating to its business whenever, for example, it charges a commission on the transactions between suppliers and users, provides additional paid services or draws revenues from targeted advertising...»

A platform qualifying as a trader must always comply with EU consumer law as far as its own commercial practices are concerned, regardless of the fact that these practices may concern products supplied by third parties and not the platforms themselves.»²¹ (vår utheving)

Det foregående tilsier at de fleste store plattformer i mange sammenhenger vil falle inn under direktivet dersom markedsføring ovenfor forbruker/barn skjer via plattformen. Dette gjelder også sosiale medieplattformer som eksempelvis Facebook, YouTube, Instagram og TikTok.

Influensere kan ifølge Kommisjonen også som regel anses som næringsdrivende under direktivet²²:

«For the purposes of the UCPD, an influencer would qualify as a ‘trader’ or, alternatively, as person ‘acting in the name of or on behalf of a trader’. Persons that frequently carry out promotional activities towards consumers on their social media accounts are likely to qualify as ‘traders’, regardless of the size of their following. See section 2.2 on the notion of ‘trader’ for examples of factors that must be taken into account in this determination. The obligations to be clear about the commercial communication apply to traders regardless of whether they are the suppliers of the products»²³

3.3.6.3 Illustrasjon av UCPDs betydning for (barns) digitale forbrukervern

Kapittel 4.2 i noticen inneholder nyttig veiledning om hvordan direktivets bestemmelser er å forstå innenfor den digitale verden, og en lang rekke eksempler av håndhevingspraksis. Vi gjengir enkelte tilfeller som synes å være av særlig stor relevans for denne utredningen:

Under punkt 4.2.5 gjør Kommisjonen rede for UCPDs betydning for **sosiale medier**:

«Social media platforms increasingly feature commercial practices that may be problematic under the UCPD and EU consumer law more broadly, such as:

²¹ Notice, punkt 4.2.1.

²² Litteraturen er ikke gjennomgående enig i konklusjonen, se f.eks. Trzaskowski (2018), link: <https://scandinavianlaw.se/pdf/65-4.pdf>.

²³ Notice, punkt 4.2.6.

- *hidden advertising by the social media platform or by third party traders, including misleading influencer marketing;*
- *unfair standard contract terms;*
- *social media services being presented to consumers as 'free' when they rely on an advertising model processing large amounts of personal data in exchange for access;*
- *problematic algorithmic practices, such as manipulative targeted advertising or practices to capture the consumer's attention to continue using the service;*
- *unfair practices related to in-platform purchases, such as virtual items;*
- *commercial practices put in place by third party traders through social media platforms, including scams and fraud, fake or misleading user reviews or endorsements, direct exhortations to children, spam and subscription traps.»*

Mye av det foregående angår både barn og voksne, mens direktivets artikkel 5(3) kan brukes som hjemmel for å gi barn mer beskyttelse enn voksne, siden de kan anses som særlig sårbare.

Som nevnt er **influensere** som regel å anse som næringsdrivende under UCPD. For at en influencer skal anses for å opptre i samsvar med UCPD er det særlig viktig at markedsføringen er gjenkjennelig som reklame dersom produkter eller tjenester promoterer. Også for influencers opptreden kan artikkel 5(3) være av særlig betydning.

Det kan nevnes her at Frankrike 1. juni 2023 vedtok en ny lov for å regulere influensere på sosiale medier²⁴. Loven innebærer blant annet;

- krav til opplysning når KI brukes for bilder, retusjerte videoer og representasjoner av en silhuett eller et ansikt produsert av kunstig intelligens,
- forbud mot markedsføring av visse varer og tjenester, herunder medisinske råd, kosmetiskkirurgi, og nikotin (jf. artikkel 4),
- krav til opplysning om evt. *dropshipping* virksomhet,
- plattformer kan pålegges å fjerne ulovlig innhold.

Vi har ikke funnet en offentlig tilgjengelig utredning av loven opp mot EU-retten, især også UCPD, selv om enkelte bestemmelser kan anses som å ha et spenningsforhold til direktivet. Når det er sagt, kan det argumenteres for at særlig forbudene i loven kan begrunnes i helsepolitiske målsetninger, og dermed som å falle utenfor direktivets virkeområde. Opplysningskravene kan til dels også begrunnes slik. Derimot stiller vi oss noe tvilende til om opplysningskravet knyttet til *dropshipping* kan anses som å falle utenfor direktivet, og på den måten er i konflikt med målet om totalharmonisering.

BEUC, en europeisk forbrukerorganisasjon, er positive til loven, og utaler:

«In our view, the new French legislation is a good start that should inspire the European Commission in the context of the Digital Fairness Fitness Check. The Unfair Commercial Practices should be amended to establish EU-wide prohibitions and avoid fragmentation of the internal market.»²⁵

Dette illustrerer at den franske loven tilsynelatende går lenger en UCPD, og fraviker dermed muligens noe fra direktivets mål om totalharmonisering.

Under punkt 4.2.7 gjør Kommissjonen rede for UCPDs betydning for **dark patterns**, og lister opp en lang rekke typetilfeller som kan være forbudt. Redegjørelsen tilsier at mange dark patterns vil være forbudt under UCPD.

²⁴ Loi n°2023-451 du 9 Juin 2023 visant à encadrer l'influencer commercial et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux. Se Frankrikes [Journal Officiel](#), 10. Juni 2023.

²⁵BEUC (2023) side 25. Link : https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2023-093_From_influence_to_responsibility_Time_to_regulate_influencer-marketing.pdf.

En enda mer detaljert gjennomgang av dark patterns og UCPD finnes i Kommissjonens rapport «*Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: Dark patterns and manipulative personalisation*»²⁶. Rapporten inneholder flere sider med veiledning og eksempler på hvilke typer dark patterns som vil kunne rammes av UCPD²⁷. Konklusjonen er at:

«*UCPD appears sufficiently broad and flexible to cover and sanction many of the digital unfair commercial practices that are common today and should be properly enforced.*»²⁸

Noticen inneholder videre, under punkt 4.2.9, en redegjørelse for direktivets betydning for **spill**. Kommissjonen forklarer eksempelvis at mange tilfeller av reklame i spill vil kunne være forbudt under direktivets artikkel 6 og 7. **Lootbokser** er også behandlet, som Kommissjonen synes å anse som problematisk under UCPD i mange sammenhenger. Dette synspunktet er i samsvar med litteraturen.²⁹ Vi kommer nærmere tilbake til lootbokser under punkt 5.6.

3.3.6.4 Konklusjon

Det foregående tilsier at UCPD inneholder et effektivt verktøy for å takle mye problematisk digital handelspraksis. Samtidig medfører direktivets vide virkeområde sammenholdt med totalharmoniseringen den innebærer, at nasjonale myndigheter etter vårt syn i første rekke bør fokusere på mer eller strengere håndheving, og veiledning.

Når det er sagt, kan det argumenteres for at det fortsatt finnes handlingsrom for regulering. Nasjonal regulering som på en eller annen måte berører handelspraksis i direktivets forstand må i tilfelle tydelig begrunnes i helse- eller sikkerhetsmessige formål. Vi antar at det vil være enklere å basere seg på en slik begrunnelse når det gjelder regulering av hvordan en tjeneste eller produkt promotes eller markedsføres, enn dersom man skulle forsøke å innføre et totalforbud. Rettspraksis viser imidlertid at også et forbud mot reklame for visse produkter kan anses å falle utenfor direktivets virkeområde dersom den nasjonale regulering forfølger helsepolitiske formål.

3.4 Digital Services Act

3.4.1 Virkeområdet

Forordningen Digital Services Act (Regulation (EU) 2022/2065) (DSA), er en del av Kommissjonens flaggskipsinitiativ, og har til formål å regulere internettbaserte plattformer. Forordningen er ennå ikke tatt inn i EØS-avtalen, men er ansett EØS-relevant, og vil ventelig bli tatt inn i norsk rett.

I og med at det er tale om en forordning, må denne implementeres i norsk rett ord-for-ord. Det er videre tale om en totalharmonisering av de områdene forordningen regulerer, jf. fortalens punkt 9:

«*This Regulation fully harmonises the rules applicable to intermediary services*».

Forhold som er regulert i forordningen, kan derfor ikke reguleres på annet vis, jf. videre i samme punkt:

«*Accordingly, Member States should not adopt or maintain additional national requirements relating to the matters falling within the scope of this Regulation, unless explicitly provided for in this Regulation, since this would affect the direct and uniform application of the fully harmonised rules applicable to providers of intermediary services in accordance with the objectives of this Regulation.*»

²⁶ EU-kommisjonen (2022), link: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-257599418>

²⁷ EU-kommisjonen (2022) side 61. Flg.

²⁸ EU-kommisjonen (2022) side 72.

²⁹ Se for eksempel Cartwright (2022), link: <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-studies/article/virtual-coercion-and-the-vulnerable-consumer-loot-boxes-as-aggressive-commercial-practices/74CD3AD4CFBBBAAE432FDBEF0F244411>

Forutsetningen for at forordningen skal komme til anvendelse, er – som det fremgår av sitatet – at det må være tale om «*matters falling within the scope of this Regulation*». I praksis kan det vise seg utfordrende å skulle vurdere hvilke «matters» som reguleres av direktivet, noe praksis knyttet til blant annet AVMSD viser. I vurderingen av om et tiltak rammes av DSA, må det derfor vurderes om tiltaket overhodet er regulert av DSA.

3.4.2 Pliktsubjekter

Bestemmelsen regulerer såkalte «intermediary services», jf. artikkel 1. Hva som utgjør en «intermediary service» er nærmere definert i artikkel 3 bokstav (g), hvor det fremgår at begrepet blant annet omfatter en «hosting service»:

«a ‘hosting’ service, consisting of the storage of information provided by, and at the request of, a recipient of the service;»

«Online platform» er videre definert i artikkel 3 bokstav (i) som en type «hosting service»:

«‘online platform’ means a hosting service that, at the request of a recipient of the service, stores and disseminates information to the public, unless that activity is a minor and purely ancillary feature of another service or a minor functionality of the principal service and, for objective and technical reasons, cannot be used without that other service, and the integration of the feature or functionality into the other service is not a means to circumvent the applicability of this Regulation;»

Ordlyden omfatter blant annet sosiale medieplattformer.³⁰ Det følger av artikkel 2 at forordningen gjelder alle aktører som tilbyr tjenester i EU/EØS, uavhengig av etableringssted.

Ansvar for innholdet som sendes gjennom disse «intermediary services» er imidlertid begrenset, jf. kapittel 2 i forordningen, og særlig artikkel 6 som regulerer «hosting services», det vil si videoer, bilder osv.

3.4.3 Nærmere om regulering av forbrukervern

3.4.3.1 Artikkel 25 – utforming av plattformen og adgangen til å regulere «online platforms»

Bestemmelsen i artikkel 25 regulerer utforming av plattformen. Den sentrale delen av bestemmelsen i punkt 1 lyder:

«Providers of online platforms shall not design, organise or operate their online interfaces in a way that deceives or manipulates the recipients of their service or in a way that otherwise materially distorts or impairs the ability of the recipients of their service to make free and informed decisions.»

Dette omtales gjerne som et forbud mot dark patterns. Innholdet i bestemmelsen er nærmere omtalt i fortalens punkt 67:

«Dark patterns on online interfaces of online platforms are practices that materially distort or impair, either on purpose or in effect, the ability of recipients of the service to make autonomous and informed choices or decisions. Those practices can be used to persuade the recipients of the service to engage in unwanted behaviours or into undesired decisions which have negative consequences for them. Providers of online platforms should therefore be prohibited from deceiving or nudging recipients of the service and from distorting or impairing the autonomy, decision-making, or choice of the recipients of the service via the structure, design or

³⁰ Se Kommunal- og distriktdepartementets posisjonsnotat om DSA på Regjeringens nettsider, link: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2021/feb/forordning-om-digitale-tjenester-digital-services-act-dsa/id2860429/>

functionalities of an online interface or a part thereof. This should include, but not be limited to, exploitative design choices to direct the recipient to actions that benefit the provider of online platforms, but which may not be in the recipients' interests, presenting choices in a non-neutral manner, such as giving more prominence to certain choices through visual, auditory, or other components, when asking the recipient of the service for a decision.

It should also include repeatedly requesting a recipient of the service to make a choice where such a choice has already been made, making the procedure of cancelling a service significantly more cumbersome than signing up to it, or making certain choices more difficult or time-consuming than others, making it unreasonably difficult to discontinue purchases or to sign out from a given online platform allowing consumers to conclude distance contracts with traders, and deceiving the recipients of the service by nudging them into decisions on transactions, or by default settings that are very difficult to change, and so unreasonably bias the decision making of the recipient of the service, in a way that distorts and impairs their autonomy, decision-making and choice. However, rules preventing dark patterns should not be understood as preventing providers to interact directly with recipients of the service and to offer new or additional services to them. Legitimate practices, for example in advertising, that are in compliance with Union law should not in themselves be regarded as constituting dark patterns. Those rules on dark patterns should be interpreted as covering prohibited practices falling within the scope of this Regulation to the extent that those practices are not already covered under Directive 2005/29/EC or Regulation (EU) 2016/679.»

Hva som ligger nærmere i forbudet mot dark patterns, vil trolig bli utpenslet gjennom praksis. Det følger også av bestemmelsen i artikkel 25 punkt 3 at Kommisjonen er gitt kompetanse til å vedta retningslinjer «on how paragraph 1 applies to specific practices». Trolig vil det derfor komme mer veiledning knyttet til dette punktet.

I forlengelsen av dette, nevner vi at EU-kommisjonen har tatt initiativ til utarbeidelsen av en «EU Code of conduct on age-appropriate design». Initiativet er en del av «European strategy for a better internet for kids (BIK+)». Eventuelle «codes of conducts» vil ikke være rettslige bindende for medlemsstatene.

3.4.3.2 Dark patterns og forholdet til UCPD

Forordningens artikkel 25 punkt 2 legger videre opp til at forbudet mot dark patterns nevnt over ikke omfatter forhold som reguleres av direktivet om urimelig handelspraksis:

«The prohibition in paragraph 1 shall not apply to practices covered by Directive 2005/29/EC or Regulation (EU) 2016/679.»

Hva dette nærmere betyr, er ikke avklart, noe som også er påpekt av andre.³¹ Som det fremgår, gjelder ikke DSA for praksis som er «covered» av UCPD. Én mulig forklaring er at DSA kun gjelder for ikke-kommersiell aktivitet, eller at DSA ikke gjelder for praksis mellom virksomheter og forbrukere (B2C). En annen mulig forklaring er at DSA gjelder der hvor praksisen ikke er i strid med UCPD, og at man da kan få en situasjon hvor en handelspraksis er forenlig med UCPD, men i strid med DSA.

Dette er ikke avklarte spørsmål. Fortalens punkt 10 omtaler også UCPD, uten å gi noen nærmere veiledning:

*«Similarly, for reasons of clarity, **this Regulation should be without prejudice to Union law on consumer protection**, in particular Regulations (EU) 2017/2394 and (EU) 2019/1020 of the European Parliament and of the Council, Directives 2001/95/EC, 2005/29/EC, 2011/83/EU and 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council, and Council Directive 93/13/EEC, and on the protection of personal data, in particular Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council.» (vår utheving)*

³¹ European Law Institute (2023), link:

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Response_of_the_ELI_to_the_European_Commission's_Public_Consultation_on_Digital_Fairness.pdf

Når det gjelder dark patterns, omtales forholdet til UCPD særlig i punkt 67:

«Those rules on dark patterns should be interpreted as covering prohibited practices falling within the scope of this Regulation to the extent that those practices are not already covered under Directive 2005/29/EC or Regulation (EU) 2016/679.»

Bestemmelsen viser til *«those rules on dark patterns»*. Basert på øvrige språkversjoner, er det etter vårt syn mye som taler for at fortalen sikter reglene om dark patterns i forordningen. Det vil si at mye taler for at forordningen favner videre enn det som følger av UCPD.

Hvilken betydning det har at DSA ikke gjelder for praksis som er dekket av UCPD, er derfor uklart. Dersom alle bestemmelsene leses i sammenheng, er det likevel mye som taler for at det først må foretas en vurdering etter UCPD. Selv om et dark pattern ikke skulle være forbudt etter UCPD, vil det i prinsippet kunne være forbudt etter DSA.

3.4.3.3 Artikkel 26 – generelt om markedsføring

Artikkel 26 regulerer markedsføring generelt:

«1. Providers of online platforms that present advertisements on their online interfaces shall ensure that, for each specific advertisement presented to each individual recipient, the recipients of the service are able to identify, in a clear, concise and unambiguous manner and in real time, the following:

(a) that the information is an advertisement, including through prominent markings, which might follow standards pursuant to Article 44;

(b) the natural or legal person on whose behalf the advertisement is presented;

(c) the natural or legal person who paid for the advertisement if that person is different from the natural or legal person referred to in point (b);

(d) meaningful information directly and easily accessible from the advertisement about the main parameters used to determine the recipient to whom the advertisement is presented and, where applicable, about how to change those parameters.

2. Providers of online platforms shall provide recipients of the service with a functionality to declare whether the content they provide is or contains commercial communications.

When the recipient of the service submits a declaration pursuant to this paragraph, the provider of online platforms shall ensure that other recipients of the service can identify in a clear and unambiguous manner and in real time, including through prominent markings, which might follow standards pursuant to Article 44, that the content provided by the recipient of the service is or contains commercial communications, as described in that declaration.

3. Providers of online platforms shall not present advertisements to recipients of the service based on profiling as defined in Article 4, point (4), of Regulation (EU) 2016/679 using special categories of personal data referred to in Article 9(1) of Regulation (EU) 2016/679.»

Bestemmelsen sier imidlertid ikke noe om markedsføring rettet mot barn.

3.4.3.4 Artikkelen 28 – beskyttelse av mindreårige

3.4.3.4.1 Overordnet

Den nærmere reguleringen av beskyttelsen av mindreårige finnes i artikkel 28, som i sin helhet lyder:

«1. *Providers of online platforms accessible to minors shall put in place appropriate and proportionate measures to ensure a high level of privacy, safety, and security of minors, on their service.*

2. *Providers of online platform shall not present advertisements on their interface based on profiling as defined in Article 4, point (4), of Regulation (EU) 2016/679 using personal data of the recipient of the service when they are aware with reasonable certainty that the recipient of the service is a minor.*

3. *Compliance with the obligations set out in this Article shall not oblige providers of online platforms to process additional personal data in order to assess whether the recipient of the service is a minor.*

4. *The Commission, after consulting the Board, may issue guidelines to assist providers of online platforms in the application of paragraph 1.»*

Bestemmelsen regulerer ulike forhold, som nærmere behandlet nedenfor.

3.4.3.4.2 Punkt 1 – krav til beskyttelse av barn

Punkt 1 er en generell bestemmelse som gjelder alt innhold som berører barn. Det følger av bestemmelsen at *online platforms* skal ha passende og forholdsmessige tiltak som beskytter blant annet sikkerheten til barn. Kommisjonen er gitt kompetanse til å fastsette retningslinjer som definerer nærmere innholdet i disse forpliktelsene.

3.4.3.4.3 Punkt 2 – konkret om markedsføring

Som det fremgår ovenfor, er det et forbud mot at online platforms har reklame som er basert på såkalt «*profiling*». I fortalen til direktivet er forbudet nærmere omtalt:

«*The protection of minors is an important policy objective of the Union. An online platform can be considered to be accessible to minors when its terms and conditions permit minors to use the service, when its service is directed at or predominantly used by minors, or where the provider is otherwise aware that some of the recipients of its service are minors, for example because it already processes personal data of the recipients of its service revealing their age for other purposes. Providers of online platforms used by minors should take appropriate and proportionate measures to protect minors, for example by designing their online interfaces or parts thereof with the highest level of privacy, safety and security for minors by default where appropriate or adopting standards for protection of minors, or participating in codes of conduct for protecting minors. They should consider best practices and available guidance, such as that provided by the communication of the Commission on A Digital Decade for children and youth: the new European strategy for a better internet for kids (BIK+). **Providers of online platforms should not present advertisements based on profiling using personal data of the recipient of the service when they are aware with reasonable certainty that the recipient of the service is a minor.** In accordance with Regulation (EU) 2016/679, notably the principle of data minimisation as provided for in Article 5(1), point (c), thereof, this prohibition should not lead the provider of the online platform to maintain, acquire or process more personal data than it already has in order to assess if the recipient of the service is a minor. Thus, this obligation should not incentivize providers of online platforms to collect the age of the recipient of the service prior to their use. It should be without prejudice to Union law on protection of personal data.» (vår utheving.)*

Det tidligere forslaget til DSA inneholdt en strengere regulering, hvor det fremgikk av daværende artikkel 24:

«Targeting or amplification techniques that process, reveal or infer personal data of minors or personal data [...] for the purpose of displaying advertisements are prohibited.»

Hva som ligger i dette, er ikke nærmere avklart. Det synes klart at det etter DSA ikke eksisterer noe forbud mot markedsføring som sådan rettet mot barn. Spørsmålet er dermed om norske myndigheter likevel kan gå lenger. Etter vårt syn må dette løses etter andre regelsett. DSA regulerer på dette punktet kun markedsføring basert på profilering. Hvilken betydning dette har, kommer vi nærmere tilbake i punkt 5.4.

3.4.4 Jurisdiksjonsspørsmål

I likhet med mye øvrig relevant lovgivning, legger DSA opp til at det er medlemsstaten hvor tjenestetilbyderen er etablert som skal håndheve DSA, jf. artikkel 56, punkt 1:

«The Member State in which the main establishment of the provider of intermediary services is located shall have exclusive powers to supervise and enforce this Regulation (...).»

For såkalte «very large online platforms», er håndhevingskompetansen lagt til Kommisjonen.

Vi vil derfor anta at det for alle praktiske spørsmål er utfordrende for norske myndigheter å håndheve DSA. Etter den forventede innlemmingen av DSA i EØS-avtalen vil norske myndigheter videre ikke kun vedta regulering innen virkeområdet til DSA.

3.4.5 Kort om forholdet til AVMSD og eCommerce-direktivet

3.4.5.1 AVMSD

Som nevnt over, regulerer ikke DSA forhold som er dekket av UCPD. Det fremgår videre av DSA at forordningen viker for andre forhold regulert av andre deler av EU-retten. I fortalens punkt 10 er følgende angitt:

*«This Regulation should be without prejudice to other acts of Union law regulating the provision of information society services in general, regulating other aspects of the provision of intermediary services in the internal market or specifying and complementing the harmonised rules set out in this Regulation, such as **Directive 2010/13/EU** of the European Parliament and of the Council including the provisions thereof regarding video-sharing platforms, Regulations (EU) 2019/1148, (EU) 2019/1150, (EU) 2021/784 and (EU) 2021/1232 of the European Parliament and of the Council and Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council, and provisions of Union law set out in a Regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters and in a Directive laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings.»*

Det uthevede direktivet er AVMSD. Det følger videre av artikkel 2 punkt 4 i DSA at:

«4. This Regulation is without prejudice to the rules laid down by other Union legal acts regulating other aspects of the provision of intermediary services in the internal market or specifying and complementing this Regulation, in particular, the following:

(a) Directive 2010/13/EU»

Det er ikke opplagt hva som ligger i dette, og vi kommer nærmere tilbake til dette i punkt 3.5.2. Det synes imidlertid klart at DSA ikke setter til side øvrig regelverk på øvrige områder, og at øvrig regelverk fortsatt gjelder.

3.4.5.2 eCommerce-direktivet

Når det gjelder forholdet til eCommerce-direktivet, er følgende angitt i fortalens punkt 9:

*«This Regulation fully harmonises the rules applicable to intermediary services in the internal market with the objective of ensuring a safe, predictable and trusted online environment, addressing the dissemination of illegal content online and the societal risks that the dissemination of disinformation or other content may generate, and within which fundamental rights enshrined in the Charter are effectively protected and innovation is facilitated. Accordingly, Member States should not adopt or maintain additional national requirements relating to the matters falling within the scope of this Regulation, unless explicitly provided for in this Regulation, since this would affect the direct and uniform application of the fully harmonised rules applicable to providers of intermediary services in accordance with the objectives of this Regulation. **This should not preclude the possibility of applying other national legislation applicable to providers of intermediary services, in compliance with Union law, including Directive 2000/31/EC, in particular its Article 3, where the provisions of national law pursue other legitimate public interest objectives than those pursued by this Regulation.**»*

Det er også angitt følgende i artikkel 2 punkt 3:

«This Regulation shall not affect the application of Directive 2000/31/EC. »

Det fremgår av dette at eCommerce-direktivet fortsatt gjelder ved siden av DSA.

3.4.6 Særregulering av enkelte type plattformer

Forordningen inneholder også særregulering av enkelte typer «online platforms». Bestemmelsene nevnt over gjelder ikke for mikrobedrifter eller små bedrifter, jf. artikkel 19(1):

«This Section, with the exception of Article 24(3) thereof, shall not apply to providers of online platforms that qualify as micro or small enterprises as defined in Recommendation 2003/361/EC.»

I et vedlegg til den nevnte anbefalingen er mikrobedrifter og små bedrifter regulert på følgende måte i artikkel 2 punkt 2 og 3:

«2. Within the SME category, a small enterprise is defined as an enterprise which employs fewer than 50 persons and whose annual turnover and/or annual balance sheet total does not exceed EUR 10 million.

3. Within the SME category, a microenterprise is defined as an enterprise which employs fewer than 10 persons and whose annual turnover and/or annual balance sheet total does not exceed EUR 2 million.»

De videre artiklene regulerer nærmere hvordan omsetning og antall ansatte skal beregnes. Vi går ikke nærmere inn på disse her.

Unntaket for mikrobedrifter og små bedrifter gjelder likevel ikke dersom det er tale om en såkalt «very large online platform» etter artikkel 33. Dette er plattformer som har 45 millioner eller flere brukere. Slike plattformer er underlagt flere særreguleringer.

Det sentrale er bestemmelsen i artikkel 35 punkt 1 bokstav (j), som lyder:

«taking targeted measures to protect the rights of the child, including age verification and parental control tools, tools aimed at helping minors signal abuse or obtain support, as appropriate;»

3.4.7 Sammenfatning – hva er mulig å regulere?

Som det fremkommer ovenfor reiser reguleringen av DSA flere spørsmål. Som skissert innledningsvis, er det kun «*matters covered*» av forordningen som medlemsstatene er avskåret fra å regulere. Etter vårt syn er det i hvert fall mulig å skissere enkelte utgangspunkter.

Det synes relativt klart at det ikke er mulig å regulere dark patterns nærmere. Dette er etter vår vurdering uttømmende regulert i direktivet. Heller ikke vil det etter vårt syn være mulig å regulere nærmere beskyttelse av barn generelt. Også dette synes å være uttømmende regulert av forordningen.

Det kan imidlertid tenkes at det er mulig å regulere markedsføring rettet mot barn, herunder utforming, innhold mv. Forordningen er taus på disse punktene, utover forbudet mot markedsføring basert på profilering. Fortalen og reguleringen redegjort for ovenfor indikerer etter vårt syn også at markedsføring vil reguleres av øvrig regelsett, unntatt de reglene som er totalharmonisert gjennom DSA. Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor, og har behandlet ovenfor, vil det imidlertid være andre regelsett som setter rammer for markedsføring rettet mot barn.

3.5 AVMSD

3.5.1 Innledning – hvilke tjenester er omfattet

Direktiv 2010/13/EU regulerer såkalte «audiovisual media services». Dette omfatter blant annet regulær lineær-tv, audiovisuelle bestillingstjenester og, etter endring i 2018³², videodelingsplattformer (video-sharing platform services). I fortalen til endringen fra 2018, legges det til grunn en vid forståelse av hva som utgjør audiovisuelle tjenester, herunder, videodelingsplattformer, se punkt 3:

«Directive 2010/13/EU should remain applicable only to those services the principal purpose of which is the provision of programmes in order to inform, entertain or educate. The principal purpose requirement should also be considered to be met if the service has audiovisual content and form which are dissociable from the main activity of the service provider, such as stand-alone parts of online newspapers featuring audiovisual programmes or user-generated videos where those parts can be considered dissociable from their main activity. A service should be considered to be merely an indissociable complement to the main activity as a result of the links between the audiovisual offer and the main activity such as providing news in written form. As such, channels or any other audiovisual services under the editorial responsibility of a provider can constitute audiovisual media services in themselves, even if they are offered on a video-sharing platform which is characterised by the absence of editorial responsibility. In such cases, it will fall to the providers with editorial responsibility to comply with Directive 2010/13/EU.»

Som det fremgår av dette, favner direktivet vidt med hensyn til hvilke tjenester som omfattes. Videre fremgår det av punkt 4 at også sosiale medieplattformer er omfattet av direktivet:

«Video-sharing platform services provide audiovisual content which is increasingly accessed by the general public, in particular by young people. This is also true with regard to social media services, which have become an important medium to share information and to entertain and educate, including by providing access to programmes and user-generated videos. Those social media services need to be included in the scope of Directive 2010/13/EU because they compete for the same audiences and revenues as audiovisual media services.»

Punkt 5 inneholder likevel et forbehold om at sosiale medieplattformer kun skal omfattes av direktivet i den utstrekning:

«The provision of programmes and user-generated videos constitutes an essential functionality of that service. The provision of programmes and user-generated videos could be considered to constitute an essential functionality of the social media service if the audiovisual content is not

³² Direktiv 2018/1808.

merely ancillary to, or does not constitute a minor part of, the activities of that social media service»

Kommisjonen har utgitt nærmere retningslinjer for hvordan dette skal forstås.³³

Utover de klassiske videodelingsplattformene som Youtube, vil også trolig Facebook og Twitter/X omfattes av direktivet, i tillegg til alminnelige strømmetjenester. Trolig omfattes også strømmetjenester som Twitch.³⁴ Videre har også enkelte medlemsstater lagt til grunn at influensere under visse omstendigheter kan være omfattet av direktivet som en videodelingsplattform.³⁵ I tillegg omfattes naturlig nok de klassiske audiovisuelle tjenestene. Sistnevnte vil ikke bli behandlet nærmere her.

Direktivets ordlyd og regulering er noe ulik avhengig av om det er tale om alminnelige audiovisuelle tjenester og audiovisuelle bestillingstjenester eller en videodelingsplattform.³⁶ I motsetning til mye annet regelverk nevnt i denne utredningen, er AVMSD et minimumsdirektiv. Det vil si at norske myndigheter – på nærmere vilkår – kan innføre strengere regler enn det som følger av direktivet.

3.5.2 Virkeområde

Ved første øyekast synes AVMSD å favne vidt. Det foreligger likevel en del praksis som tilsier at det må foretas en konkret vurdering av om en regulering er omfattet av AVMSD. Den grunnleggende dommen på dette feltet er de forente sakene C-34/95, C-35/95 og C-36/95 *De Agostini*³⁷. Saken gjaldt tiltak rettet mot TV-reklamer på TV3 sendt fra England til Sverige, hvorav den ene var reklame for et dinosaurblad for barn distribuert i Sverige av aktøren De Agostini. Reklamen var anført å stride med nasjonal lovgivning som forbød reklamer ment for barn under 12 år. I tillegg gjaldt saken spørsmål om såkalte «infomercials» for diverse produkter på «TV-Shop» var villedende og dermed i strid med svensk rett.

Når det gjaldt spørsmålet om villedende reklame, kom EU-domstolen til at dette spørsmålet ikke var regulert av AVMSD. Derimot slo EU-domstolen fast at AVMSD var til hinder for forbudet mot reklamer rettet mot barn under 12 år så lenge sendingene ble sendt fra en annen medlemsstat, fordi dette var et forhold som var regulert av direktivet:

«However, the receiving Member State may no longer, under any circumstances, apply provisions specifically designed to control the content of television advertising with regard to minors.»

Det samme følger også av fortalen til 2018-direktivet, jf. punkt 10, som lyder:

*«In accordance with the case-law of the Court of Justice of the European Union (the ‘Court’), it is possible to restrict the freedom to provide services guaranteed under the Treaty for overriding reasons in the general public interest, such as obtaining a high level of consumer protection, provided that such restrictions are justified, proportionate and necessary. **Therefore, a Member State should be able to take certain measures to ensure respect for its consumer protection rules which do not fall in the fields coordinated by Directive 2010/13/EU.** Measures taken by a Member State to enforce its national consumer protection regime, including in relation to gambling advertising, would need to be justified, proportionate to the objective pursued, and necessary as required under the Court’s case-law. In any event, a receiving Member State must not take any measures which would prevent the re-transmission, in its territory, of television broadcasts coming from another Member State. »* (vår utheving)

³³ Se Communication from the Commission (2020), link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2020.223.01.0003.01.ENG&toc=OJ:C:2020:223:TOC

³⁴ Feci (2018), link: <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/gamers-watching-gamers-the-avmsd-soon-the-one-calling-the-shots/>

³⁵ European Law Institute (2023), link: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Response_of_the_ELI_to_the_European_Commission's_Public_Consultation_on_Digital_Fairness_.pdf

³⁶ Tidligere regulerte direktivet også audiovisuelle bestillingstjenester og lineær-tv ulikt, men skillet ble opphevet i 2018.

³⁷ Saken omhandler riktignok forløperen til AVM-direktivet, men reguleringen er ikke materielt endret i det nye direktivet.

Det vil si at også for regulering som retter seg mot videodelingsplattformer, må det foretas en vurdering av om et tiltak er koordinert av direktivet.

Dette illustrerer at dersom norske myndigheter skal innføre et tiltak som kan ha en side til AVMSD, må det vurderes om det er tale om et tiltak som overhodet er koordinert av direktivet.³⁸ Dette kan i seg selv være en krevende øvelse. Dette vises blant annet av forarbeidene til kringkastingsloven § 4-7, som gir Medietilsynet kompetanse til å vanskeliggjøre eller hindre tilgangen til markedsføring av pengespill. Det ble inngående vurdert i forarbeidene til endringene om det var tale om et tiltak som var koordinert av direktivet eller ikke.³⁹ Det fremgår videre av uttalelsen i forarbeidene at dersom et tiltak faller utenfor det koordinerte området, må det foretas en alminnelig restriksjonsvurdering.

En videre viktig praktisk begrensning er resultat av at AVMSD bygger på det såkalte senderlandsprinsippet og prinsippet om fri videreformidling. Senderlandsprinsippet innebærer at en tilbyder av slike tjenester kun skal være underlagt reglene i det landet tilbyderen er etablert. Prinsippet om fri videreformidling innebærer at de forskjellige medlemsstatene innenfor EØS-området ikke får begrense videresending av audiovisuelle medietjenester fra andre medlemstater. Som vi kommer tilbake til nedenfor, innebærer dette en betydelig begrensning av handlingsrommet til å regulere direktivets pliktsubjekter når de er etablert utenfor Norge.

3.5.3 Reguleringen av videodelingsplattformer

3.5.3.1 Materielt innhold

En rekke av direktivets bestemmelser gjelder for disse plattformene, jf. artikkel 28a. Det følger av artikkel 28b punkt 1 bokstav (a) at medlemsstatene skal sikre at videodelingsplattformer som er under deres jurisdiksjon skal beskytte:

«minors from programmes, user-generated videos and audiovisual commercial communications which may impair their physical, mental or moral development in accordance with Article 6a(1)»

Bestemmelsen i artikkel 6a(1) lyder:

«Member States shall take appropriate measures to ensure that audiovisual media services provided by media service providers under their jurisdiction which may impair the physical, mental or moral development of minors are only made available in such a way as to ensure that minors will not normally hear or see them. Such measures may include selecting the time of the broadcast, age verification tools or other technical measures. They shall be proportionate to the potential harm of the programme.

The most harmful content, such as gratuitous violence and pornography, shall be subject to the strictest measures».

Artikkel 28b punkt 2 siste setning inneholder også et forbud mot som minner om DSA artikkel 25:

«Personal data of minors collected or otherwise generated by video-sharing platform providers pursuant to points (f) and (h) of the third subparagraph shall not be processed for commercial purposes, such as direct marketing, profiling and behaviourally targeted advertising. »

Endelig følger det av bestemmelsen i 28b bokstav 2 at:

«Member States shall ensure that video-sharing platform providers under their jurisdiction comply with the requirements set out in Article 9(1) with respect to audiovisual commercial communications that are marketed, sold or arranged by those video-sharing platform providers.

³⁸ Se også C-559/19 for et annet eksempel.

³⁹ Prop. 45 L (2019-2020).

Member States shall ensure that the video-sharing platform providers under their jurisdiction take appropriate measures to comply with the requirements set out in Article 9(1) with respect to audiovisual commercial communications that are not marketed, sold or arranged by those video-sharing platform providers, taking into account the limited control exercised by those video-sharing platforms over those audiovisual commercial communications.»

Det følger av dette at medlemsstatene skal sikre at videodelingsplattformer under deres jurisdiksjon overholder kravene i artikkel 9(1) både med hensyn til tjenester som selges av videodelingsplattformene, og tjenester som selges av andre gjennom videodelingsplattformene. I sistnevnte tilfelle må det imidlertid tas hensyn til at videodelingsplattformene har et begrenset ansvar for innholdet.

Bestemmelsen i artikkel 9 regulerer kravene til kommersiell kommunikasjon. Relevant i denne sammenhengen er særlig artikkel 9 punkt 1 bokstav (g):

«(g) audiovisual commercial communications shall not cause physical, mental or moral detriment to minors; therefore, they shall not directly exhort minors to buy or hire a product or service by exploiting their inexperience or credulity, directly encourage them to persuade their parents or others to purchase the goods or services being advertised, exploit the special trust minors place in parents, teachers or other persons, or unreasonably show minors in dangerous situations. »

Som det fremgår, regulerer direktivet i relativt stor grad mindreåriges forbrukervern, herunder krav til utformingen av kommersiell kommunikasjon, og forbyr kjøpsoppfordringer rettet mot barn.

3.5.3.2 Forholdet til UCPD

I fortalen til direktivet av 2018 følger det at kommersiell kommunikasjon på videodelingsplattformer reguleres av UCPD, jf. punkt 46:

«Commercial communications on video-sharing platform services are already regulated by Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council, which prohibits unfair business-to-consumer commercial practices, including misleading and aggressive practices occurring in information society services. »

Hvilken betydning dette har, er imidlertid uklart. UCPD er ikke nevnt øvrige steder i direktivet, og det er heller ikke gjort noen øvrige avgrensninger til direktivet. Kommisjonen har i notisen lagt til grunn at UCPD viker for AVMSD:

«Article 5 of the AVMSD lays down general information requirements for service providers, while Article 9 lays down requirements with which all audiovisual commercial communications must comply. Articles 10 and 11 respectively lay down the conditions which sponsorship and product placement in audiovisual media services must respect. The AVMSD also provides for other stricter criteria which apply only to television advertising and teleshopping (Chapter VII on television advertising and teleshopping).

The 2018 revision of the Directive has extended some of these rules to video-sharing platforms (Article 28b). They must now comply with the requirements laid down in Article 9(1) with respect to audiovisual commercial communications that are marketed, sold or arranged by themselves and take appropriate measures to ensure compliance with respect to audiovisual commercial communications that are not marketed, sold or arranged by themselves. The revised Directive also includes disclosure requirements for audiovisual commercial communications in video-sharing platforms. The Commission has adopted Guidelines (on the practical application of the definition of a video-sharing platform service.

The UCPD applies to unfair commercial practices occurring in audiovisual media services, such as misleading and aggressive practices, to the extent that they are not covered by the provisions mentioned above»⁴⁰ (vår uthevnning)

Andre igjen har tatt til orde for at direktivene virker side om side:

*«To begin with, we need to make a distinction between the activities of the provider of audiovisual media services and the activities of the advertiser, to whom the UCP Directive might nevertheless apply. In the context of a particular commercial message, the position of the provider of audiovisual media services is subject to the AVMS Directive and to the UCP Directive, insofar as this provider acts on behalf of the advertiser, since, as explained above, the definition of a “trader” in the UCP Directive includes anyone acting in his name or on behalf of a trader. This naturally, could include a provider of audiovisual media services, the service, in this case, being audiovisual commercial communications. The advertiser here is only subject to the rules set out in the UCP Directive. **In the event of any breach of the rules concerning, for example, product placement, the provider of audiovisual services can thus be held liable by virtue of the rules of the AVMS Directive and of the UCP Directive. This double liability also means that, in principle, different enforcement systems could be applicable.**»⁴¹ (vår uthevnning)*

Det samme synspunktet har EU-domstolen også gitt tilkjenne, riktignok i en sak som ikke gjaldt AVMSD:

«even where medicinal products for human use, such as those at issue in the main proceedings, fall within the scope of Directive 2001/83, advertising practices relating to those medicinal products, such as those alleged in the main proceedings, can also fall within the scope of Directive 2005/29 provided that the conditions for application of that directive are satisfied.»⁴²

EU-domstolen på videre uttalt at UCPD kun viker ved direkte motstrid, se forente saker C-54/17 and C-55/17:

«As the Advocate General noted in points 124 and 126 of his Opinion, the term ‘conflict’ refers to the relationship between the provisions in question which goes beyond a mere disparity or simple difference, showing a divergence which cannot be overcome by a unifying formula enabling both situations to exist alongside each other without the need to bring them to an end.

Accordingly, a conflict such as that envisaged in Article 3(4) of Directive 2005/29 is present only where provisions, other than those of Directive 2005/29, which regulate specific aspects of unfair business practices, impose on undertakings, in such a way as to leave them no margin for discretion, obligations which are incompatible with those laid down in Directive 2005/29.»

Ovenstående etterlater et relativt uklart bilde av hvilket regelsett som gjelder. Det synes i hvert fall som om AVMSD ikke vil vike for UCPD, men gjelder side ved side. I prinsippet innebærer dette at en handling kan være i strid med ett av direktivene, mens forenlig med det andre direktivet. Samtidig kan AVMSD og UCPD ramme ulike pliktsbjekter.

3.5.3.3 Jurisdiksjonsspørsmål og adgangen til å regulere innhold

Direktivet legger i stor grad opp til at det er jurisdiksjonen til der hvor videodelingsplattformen er etablert som skal sikre overholdelse av kravene, jf. artikkel 28a punkt 1:

«For the purposes of this Directive, a video-sharing platform provider established on the territory of a Member State within the meaning of Article 3(1) of Directive 2000/31/EC shall be under the jurisdiction of that Member State. »

⁴⁰ Notice punkt 1.2.9.

⁴¹ Se Kabel (2008), link: https://www.ivir.nl/publicaties/download/iplus8_2008.pdf.pdf

⁴² Forente saker C-544/13 and C-545/13.

Videre følger det av artikkel 28b:

«(...) Member States shall ensure that video-sharing platform providers under their jurisdiction take appropriate measures to protect:»

Utgangspunktet er at det er etableringsstaten som skal sikre etterlevelse av kravene som følger av direktivet. Videodelingsplattformer underlagt norsk jurisdiksjon, reguleres derfor av norske myndigheter. Hvilke tilbydere som er underlagt medlemsstatenes jurisdiksjon, er nærmere regulert i artikkel 3.

Det følger videre av bestemmelsen i artikkel 28b punkt 6 at:

«Member States may impose on video-sharing platform providers measures that are more detailed or stricter than the measures referred to in paragraph 3 of this Article. When adopting such measures, Member States shall comply with the requirements set out by applicable Union law, such as those set out in Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC or Article 25 of Directive 2011/93/EU.»

Det er ikke opplagt om dette gjelder uavhengig av etableringssted. I artikkel 4 – som gjelder audiovisuelle tjenester – uttales det eksplisitt at det er anledning til å regulere tilbydere under ens egen jurisdiksjon strengere:

*«Member States shall remain free to require media service providers **under their jurisdiction** to comply with more detailed or stricter rules in the fields coordinated by this Directive»* (vår utheving)

Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor, inneholder også artikkel 3 særlige bestemmelser om adgangen til å regulere blant annet audiovisuelle bestillingstjenester etablert i andre medlemsstater. Noen tilsvarende regulering finnes ikke for videodelingsplattformer. Direktivet sier med andre ord ikke noe om adgangen til å regulere videodelingsplattformer strengere kun gjelder for medlemsstaten som har jurisdiksjon, eller om bestemmelsen også åpner for å regulere videodelingsplattformer fra andre medlemsstater. Prinsippet om at det er etableringsstaten som skal håndheve regelverket – som er grunnleggende i direktivet – tilsier at det i utgangspunktet er begrenset adgang til å regulere tjenester fra andre medlemsstater. Juridisk litteratur har også tatt dette standpunktet.⁴³

Spørsmålet er dermed om norske myndigheter er helt avskåret fra å regulere videodelingsplattformer som er underlagt utenlandsk jurisdiksjon, eller eventuelt hvilke regler som gjelder. Det kan tenkes flere innfallsvinkler til dette spørsmål. For det første kan det tenkes at reguleringen som gjelder for audiovisuelle tjenester, også gjelder for videodelingsplattformer. For det andre kan det tenkes at dette overhodet ikke er regulert av direktivet, og at det derfor må foretas en alminnelig restriksjonsvurdering. For det tredje kan det tenkes at dette løses av eCommerce-direktivet. Det fremgår av AVMSD artikkel 4 punkt 7 av eCommerce-direktivet gjelder dersom ikke annet er angitt i AVMSD. Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor, regulerer artikkel 3 punkt 2 i eCommerce-direktivet adgangen til å regulere tjenestetilbydere fra andre medlemsstater.

Løsningen er ikke åpenbar. Det kan synes som om italienske myndigheter har innført lovgivning som gir anledning til å håndheve AVMSD ovenfor utenlandske tilbydere, se nærmere i rapporten «Mapping report on the rules applicable to video-sharing platforms» utarbeidet av The European Audiovisual Observatory:⁴⁴

«An interesting case in relation to gambling advertising on a VSP provider is reported by Italy, where the legislation prohibits direct and indirect gambling advertising (advertising for games with cash prizes) and provides for several levels of liability, depending on the actor involved (client, owner of the medium where the advertisement is disseminated, or the organiser of the event). Based on this provision, in August 2022, the regulatory authority Agcom sanctioned a company for having

⁴³ Barata (2020), link: <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2020/02/25/regulating-content-moderation-in-europe-beyond-the-avmsd/>

⁴⁴ The European Audiovisual Observatory (2022), link: <https://rm.coe.int/mapping-on-video-sharing-platforms-2022-focus-on-cc/1680aa1b15>

disseminated prohibited gambling advertising on its website and its five related YouTube channels with a EUR 700 000 administrative fine. In addition, the regulator established a precedent by sanctioning the VSP YouTube, which was held responsible for not removing the illegal content in question, as the holder of a specific partnership contract with the content creator (a “verified partner”). In addition to a EUR 750 000 administrative fine, YouTube was issued a notice and take-down order for the removal of 625 illegal pieces of content, as well as a notice and stay-down order for similar content from the same creator, intended to prohibit the future dissemination and uploading of similar unlawful content.» (vår uthevning)

Bestemmelsen i den italienske lovgivningen lyder:

«Without prejudice to Articles 14 to 17 of Legislative Decree No 70 of 9 April 2003, and without prejudice to the preceding paragraphs, the free circulation of programmes, user-generated videos, and audiovisual commercial communications conveyed by a video-sharing platform the provider of which is established in another Member State and directed to the Italian public may be restricted, by decision of the Authority, for the following purposes:

- a) the protection of minors from content that may harm their physical, mental, or moral development in accordance with Article 38, paragraph 1;*
- b) the fight against incitement to racial, sexual, religious, or ethnic hatred and against the violation of human dignity;»⁴⁵*

Det fremgår av en note til det siterte at:

«It should be noted that Article 41 (7) of the AVMS Code provides Agcom with powers with regard to commercial communications disseminated by VSPs which are operating in Italy but are subject to the jurisdiction of another member state. These limitations are provided for the following purposes: a) the protection of minors from content that may harm their physical, mental or moral development (pursuant to Article 38, paragraph 1; b) the fight against incitement to racial, sexual, religious or ethnic hatred, as well as against the violation of human dignity; and c) the protection of consumers, including investors. As this provision is not stipulated by the revised AVMSD, Italy has notified this provision to the European Commission (n.2021/676) before its entry into force without exceptions being raised by the European Commission» (vår uthevning)

Den nevnte notifikasjonen er imidlertid taus om at italienske myndigheter har kompetanse til å sanksjonere utenlandske tilbydere. Det fremgår heller ikke av notifikasjonen hvilket regelverk som var grunnlag for at italienske myndigheter kunne sanksjonere YouTube.⁴⁶ Bestemmelsen i artikkel 3 i AVMSD – som blant annet regulerer adgangen til å begrense audiovisuelle tjenester fra andre medlemsstater – og artikkel 3 i eCommerce-direktivet som regulerer det samme – inneholder prosedyrer for å regulere tjenestetilbydere fra andre medlemsstater. Det er imidlertid uklart hvilket grunnlag italienske myndigheter har benyttet. Det kan også tenkes at italienske myndigheter har ansett reguleringen for å falle utenfor forhold som er regulert av AVMSD, jf. norske myndigheters synspunkter om at pengespillreklame faller utenfor regelverket.

Ovenstående gjennomgang etterlater et inntrykk av at det ikke er opplagt hvilken adgang det er til å regulere videodelingsplattformer underlagt andre medlemsstaters jurisdiksjon. Etter vårt syn er senderlandsprinsippet helt grunnleggende, og vi stiller oss tvilende til om den italienske lovgivningen er i samsvar med EU/EØS-retten.⁴⁷

Derimot er det større adgang til å regulere videodelingsplattformer underlagt norsk jurisdiksjon. Som det fremgår av artikkel 28b punkt 6, må det foretas en alminnelig restriksjonsvurdering av slike tiltak.

⁴⁵ Dokumentet er tilgjengelig på: <https://technical-regulation-information-system.ec.europa.eu/en/notification/23613>

⁴⁶ Det er riktignok vist til direktiv 2015/1535, som omhandler «procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services, som gjelder medlemsstatenes plikt til å rapportere om implementeringen av ulikt EU-regelverk»

⁴⁷ I Kultur- og likestillingsdepartementets høringsnotat til gjennomføring av endringene til AMV-direktivet, synes også dette å være forståelsen, link: <https://www.regjeringen.no/contentassets/2c066daac056482d9718b3b9dd36d2f9/horingsnotat-gjennomforing-av-endringdirektiv-til-amt-direktiv-mv.pdf> .

3.5.4 Regulering av audiovisuelle bestillingstjenester

3.5.4.1 Materielt innhold

Som nevnt over, regulerer direktivet også audiovisuelle bestillingstjenester. Det følger av direktivets artikkel 1 bokstav (a)(i) at audiovisuelle bestillingstjenester er definert som en «audiovisual media service». Audiovisuelle bestillingstjenester følger derfor den alminnelige reguleringen av «audiovisual media services».⁴⁸

I prinsippet vil audiovisuelle bestillingstjenester være underlagt samme regulering som redegjort for ovenfor. Reguleringen i artikkel 6a og artikkel 9 gjelder også for audiovisuelle bestillingstjenester tjenester. Vi viser derfor til det som er sagt ovenfor hva gjelder disse bestemmelsene.

3.5.4.2 Jurisdiksjonsspørsmål og adgangen til å regulere innhold

Adgangen til å regulere audiovisuelle bestillingstjenester underlagt norsk lovgivning følger videre av bestemmelsen i artikkel 4:

«Member States shall remain free to require media service providers under their jurisdiction to comply with more detailed or stricter rules in the fields coordinated by this Directive, provided that such rules are in compliance with Union law. »

Det er med andre ord mulig å regulere audiovisuelle bestillingstjenester som er underlagt norsk jurisdiksjon strengere enn det som følger av AVMSD. I slike tilfeller må det foretas en alminnelig restriksjonsvurdering.

Det følger videre av bestemmelsen at det er en viss åpning for å regulere tjenester som sendes fra en annen medlemsstat hvor tjenesten er «wholly or mostly directed towards its territory». Vi går ikke nærmere inn på disse bestemmelsene her.

Direktivet åpner videre for en viss mulighet til å regulere av audiovisuelle bestillingstjenester fra andre medlemsstater, jf. artikkel 3 punkt 2:

«A Member State may provisionally derogate from paragraph 1 of this Article where an audiovisual media service provided by a media service provider under the jurisdiction of another Member State manifestly, seriously and gravely infringes point (a) of Article 6(1) or Article 6a(1) or prejudices or presents a serious and grave risk of prejudice to public health».

Videre følger det en rekke forutsetninger før det kan reguleres:

«The derogation referred to in the first subparagraph shall be subject to the following conditions:

(a) during the previous 12 months, the media service provider has on at least two prior occasions already performed one or more instances of conduct described in the first subparagraph;

(b) the Member State concerned has notified the media service provider, the Member State having jurisdiction over that provider and the Commission in writing of the alleged infringements and of the proportionate measures it intends to take should any such infringement occur again;

(c) the Member State concerned has respected the right of defence of the media service provider and, in particular, has given that provider the opportunity to express its views on the alleged infringements; and

⁴⁸ Merk at direktivet før 2018-endringen inneholdt en lempeligere adgang til å regulere audiovisuelle bestillingstjenester.

(d) consultations with the Member State having jurisdiction over the media service provider and the Commission have not resulted in an amicable settlement within one month of the Commission's receipt of the notification referred to in point (b). »

Dette betyr at det i utgangspunktet er begrenset adgang til å regulere audiovisuelle bestillingstjenester som er underlagt andre medlemsstaters jurisdiksjon. Det er videre tale om konkrete tiltak rettet mot én bestemt aktør, jf. at det er tale om «provisionally derogate». Det er derfor begrensede muligheter for å regulere tilbydere fra andre medlemsstater på forhånd.

3.6 eCommerce directive

3.6.1 Virkeområde

Direktiv 2000/31 regulerer såkalte informasjonssamfunnstjenester. Begrepet favner vidt, og omfatter blant annet sosiale medier og markedsføring på internett, se fortalens punkt 21:

*«The scope of the coordinated field is without prejudice to future Community harmonisation relating to information society services and to future legislation adopted at national level in accordance with Community law; **the coordinated field covers only requirements relating to on-line activities such as on-line information, on-line advertising, on-line shopping, on-line contracting** and does not concern Member States' legal requirements relating to goods such as safety standards, labelling obligations, or liability for goods, or Member States' requirements relating to the delivery or the transport of goods, including the distribution of medicinal products; the coordinated field does not cover the exercise of rights of pre-emption by public authorities concerning certain goods such as works of art». (vår utheving)*

Kommisjonen har på sin side angitt følgende eksempler på tjenester som faller inn under direktivet:

- *«online information services*
- *online selling of products and services*
- *online advertising*
- *professional services*
- *entertainment services and basic intermediary services, including services provided free of charge to the recipient, such as those funded by advertising»⁴⁹*

Antakeligvis vil eksempelvis videospill være omfattet.⁵⁰

Artikkel 1 punkt 3 avgrensner direktivet mot øvrig lovgivning på feltet:

«This Directive complements Community law applicable to information society services without prejudice to the level of protection for, in particular, public health and consumer interests, as established by Community acts and national legislation implementing them in so far as this does not restrict the freedom to provide information society services.»

Hva som ligger nærmere i dette, er ikke avklart. Det synes imidlertid som om eCommerce-direktivet virker side om side med annen lovgivning.

Også AVMSD inneholder nærmere regulering av forholdet mellom de to direktivene. Det følger av AVMSD artikkel 4 punkt 7 følgende:

«Directive 2000/31/EC shall apply unless otherwise provided for in this Directive. In the event of a conflict between Directive 2000/31/EC and this Directive, this Directive shall prevail, unless otherwise provided for in this Directive. »

⁴⁹ EU-kommisjonen (2022 b), link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/e-commerce-directive>

⁵⁰ Demchenko (2019), link: [pjuel-2019-1-2-olena-demchenko.pdf \(ceere.eu\)](https://www.ceere.eu/pjuel-2019-1-2-olena-demchenko.pdf)

Bestemmelsen innebærer at eCommerce-direktivet i utgangspunktet gjelder, med mindre et forhold er spesifikt regulert i AVMSD. I et slikt tilfelle vil AVMSD gå foran.

3.6.2 Materielt innhold

Direktivets artikkel 3 punkt 1 og 2 knesetter prinsippet om at medlemsstater ikke kan begrense tjenester sendt fra andre medlemsstater:

«1. Each Member State shall ensure that the information society services provided by a service provider established on its territory comply with the national provisions applicable in the Member State in question which fall within the coordinated field.

2. Member States may not, for reasons falling within the coordinated field, restrict the freedom to provide information society services from another Member State. »

I likhet med AVMS-direktivet bygger altså også dette direktivet på senderlandsprinsippet. Det er likevel åpnet for at en medlemsstat kan begrense eller regulere tjenester ytt fra andre medlemsstater, jf. artikkel 3 punkt 4:

«Member States may take measures to derogate from paragraph 2 in respect of a given information society service if the following conditions are fulfilled:

(a) the measures shall be:

(i) necessary for one of the following reasons:

- public policy, in particular the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, including the protection of minors and the fight against any incitement to hatred on grounds of race, sex, religion or nationality, and violations of human dignity concerning individual persons,*
- the protection of public health,*
- public security, including the safeguarding of national security and defence,*
- the protection of consumers, including investors;*

(ii) taken against a given information society service which prejudices the objectives referred to in point (i) or which presents a serious and grave risk of prejudice to those objectives;

(iii) proportionate to those objectives; »

Bestemmelsen legger videre opp til en konsultasjonsprosedyre med medlemsstaten hvor virksomheten er etablert, og ESA må varsles, jf. bokstav b.

Som det fremgår ovenfor, er det tale om tiltak rettet mot konkrete tjenestetilbydere (*a given information service society*). Dette innebærer at det i begrenset grad er mulig å regulere tjenestetilbydere på forhånd og på generelt vis.

Praksis fra EU-domstolen har likevel vist at det tilsynelatende er mulig å regulere informasjonssamfunnstjenester generelt, også for tiltak som har en side til markedsføring. I sak C-339/15, var spørsmålet om et belgisk forbud mot markedsføring av tannlegehelsetjenester, var forenlig med EU-retten. EU-domstolen kom til at forbudet ikke var i strid med UCPD, blant annet fordi direktivets artikkel 3 punkt 3 inneholder et særlig unntak for nasjonale regler «relating to health and safety aspects of products».

Derimot kom Domstolen til at lovgivningen var i strid med eCommerce-direktivet (og de fire friheter), fordi forbudet gikk lenger enn det som var nødvendig.

Vi nevner også EU-domstolens sak C-649/18 som omhandlet salg fra et online-apotek. EU-domstolen drøftet der om en rekke forbud i fransk lovgivning, blant annet forbud mot enkelte markedsføringsmetoder,

krav om at det måtte utfylles en «questionnaire» og forbud mot at apotek kjøpte betalte annonser hos søkemotorer. Domstolen kom til at alle forbudene, unntatt det sistnevnte, var i tråd med eCommerce-direktivet. Om sistnevnte forbud – betalte annonser – uttalte EU-domstolen at dette var i strid med eCommerce-direktivet med mindre det kunne begrunnes at forbudet var egnet og nødvendig for å ivareta offentlig helse.

I begge saker så EU-domstolen tilsynelatende bort fra at direktivets ordlyd som tilsier at muligheten til å regulere yting av tjenester fra tilbyder etablert i utlandet er begrenset til tiltak rettet mot konkrete tjenestetilbydere, jf. artikkel 3. I lys av dette kan det etter vårt syn legges til grunn at det er et visst handlingsrom for å ha generelle regler angående tjenester ytt fra utlandet som har en side til eCommerce-direktivet. Generaladvokatens uttalelse i sak C-649/18 kan kaste lys over forståelsen. Generaladvokaten uttaler i avsnitt 113:

«However, Article 3(4) of Directive 2000/31 does allow Member States to derogate from the country of origin principle subject to compliance with the substantive and procedural conditions set out, respectively, in points (a) and (b) of that provision. As is clear from the judgment in Airbnb Ireland, (77) such derogations may consist in the application to an information society service provider, in a specific case, of rules which apply generally to a category of specific providers or services.»

Med andre ord legger Generaladvokaten til grunn at en medlemsstat kan ha generelle regler som fraviker eCommerce-direktivet, og anvende disse spesifikt ovenfor en tjenestetilbyder. Dette forutsetter da at det foretas en restriksjonsvurdering som direktivet gir anvisning på. Medlemsstatene må videre følge prosedyren som direktivets artikkel 4 gir anvisning på, ellers kan ikke bestemmelsene anvendes, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-390/18. Hvorfor EU-domstolen ikke går nærmere inn på disse spørsmålene, er imidlertid uklart.

3.7 Tjenstedirektivet og EØS-avtalens primærrett

Direktiv 2006/123 (tjenstedirektivet) regulerer tilbudet av tjenester over landegrensene. Direktivet regulerer tjenester generelt. I utgangspunktet skal det etter tjenstedirektivet ikke være noen restriksjoner for tjenestefriheten for tilbydere etablert i andre medlemsstater til å tilby sine tjenester. Etter artikkel 16 punkt 1 kan det likevel gjøres unntak på følgende vilkår:

«Member States shall not make access to or exercise of a service activity in their territory subject to compliance with any requirements which do not respect the following principles:

- (a) non-discrimination: the requirement may be neither directly nor indirectly discriminatory with regard to nationality or, in the case of legal persons, with regard to the Member State in which they are established;*
- (b) necessity: the requirement must be justified for reasons of public policy, public security, public health or the protection of the environment;*
- (c) proportionality: the requirement must be suitable for attaining the objective pursued, and must not go beyond what is necessary to attain that objective.»*

Med andre ord må det foretas en alminnelig restriksjonsvurdering dersom det vurderes tiltak som griper inn i tjenestefriheten.⁵¹ Barnets beste eller beskyttelse av barn er uten tvil et allment hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon⁵². Vurderingen om restriksjonen er egnet, nødvendig og forholdsmessig – og dermed lovlig – vil være lik som for andre hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon. Den konkrete begrunnelsen for restriksjonen vil være sentral.

⁵¹ Se eksempelvis Prop. 134 L (2020-2021) punkt 2 om endringer i markedsføringsloven knyttet til merking av retusjert reklame, hvor en slik vurdering foretas.

⁵² Se f.eks. C-244/06, avsnitt 36 – 44.

Heller ikke for tjenstedirektivet er det opplagt hvilken betydning direktivet har ved siden av øvrig regulering. Det er angitt i direktivets artikkel 2 punkt 2 bokstav (g) at direktivet ikke gjelder for;

«audiovisual services, including cinematographic services, whatever their mode of production, distribution and transmission, and radio broadcasting»

I fortalen er det videre lagt til grunn følgende:

«Audiovisual services, whatever their mode of transmission, including within cinemas, should also be excluded from the scope of this Directive. Furthermore, this Directive should not apply to aids granted by Member States in the audiovisual sector which are covered by Community rules on competition.»

Rekkevidden av dette er uklart. Juridisk teori har lagt til grunn at definisjonen må forstås i samsvar med definisjonen av audiovisuelle tjenester i AVMSD.⁵³ Antakeligvis innebærer dette at regulering av audiovisuelle mediatjenester, herunder audiovisuelle bestillingstjenester, ikke vil reguleres av tjenstedirektivet. Derimot er det ikke gjort noe unntak i tjenstedirektivet for videodelingsplattformer. Eventuelle tiltak rettet mot videodelingsplattformer vil derfor trolig måtte vurderes også etter tjensteloven. Den praktiske betydningen av dette skillet skal imidlertid ikke overdrives. Eventuelle tiltak som anses som en restriksjon, vil uansett måtte vurderes etter de alminnelige bestemmelser i EØS-avtalen om restriksjoner.

Ellers vil vi anta at en rekke tiltak også vil vurderes etter tjenstedirektivet, i tråd med vurderingene som ble foretatt i forbindelse med endringene i markedsføringsloven § 2 om merking av retusjert reklame.⁵⁴

Avslutningsvis nevner vi at selv om et tiltak skulle falle utenfor alle regelsettene ovenfor, må et tiltak uansett underlegges en alminnelig EØS-rettslig restriksjonsvurdering.

3.8 Annen relevant EØS rett

For fullstendighetens skyld nevner vi også den såkalte Digital Markets Act. I likhet med DSA, er forordningen ennå ikke inntatt i EØS-avtalen, men vil ventelig bli det. Forordningen innfører harmoniserte regler som skal sikre åpne og rettferdige digitale markeder i EU i de tilfeller der store digitale plattformer fungerer som såkalte portvoktere. Forordningen regulerer imidlertid kun «B2B», og ikke forholdet til forbrukere. Etter vårt syn er denne forordningen derfor av underordnet betydning for de spørsmålene som denne utredningen berører.

Videre finnes det en del andre regelsett som kan være relevant også. Eksempelvis inneholder Consumer Rights Directive (direktiv 2011/83/EU) regler om selgerens blant annet opplysningsplikt ved onlinetransaksjoner. I tillegg kan regelverk som beskytter personvern – især General Data Protection Regulation (GDPR, forordning 2016/679) og ePrivacy-directive (direktiv 2002/58) ha en viss betydning. Reglene om personvern spiller naturligvis en viktig rolle for (barns) digitale forbrukervern, men begrenser etter vårt syn ikke Norges handlingsrom når det gjelder mulig styrking av forbrukervern utenom personvern. Siden GDPR i tillegg er en totalharmoniserende forordning, som gjelder som norsk lov, uten omskrivninger, er det etter vårt syn ikke hensiktsmessig å omtale regelsettene nærmere i utredningen.

Det finnes også mye produktregulering som kan være relevant. Etter vårt syn vil regelsettene imidlertid ikke være av avgjørende betydning for handlingsrommet på overordnet nivå, og vi går derfor heller ikke nærmere inn på disse i denne utredningen.

3.9 Sammenfatning og oversikt

Oversikten og gjennomgangen ovenfor etterlater et relativt fragmentert og sammensatt bilde av hvilke regelsett som er av relevans for ulike potensielle tiltak. Nedenfor har vi derfor forsøkt å gi en oversikt over de mest relevante regelsettene hovedinnhold, pliktsubjekter, avgrensinger og jurisdiksjon.

⁵³ Se kommentarutgaven på juridika.no til § 3.

⁵⁴ Prop. 134 L (2020-2021).

Regelverk	Pliktsubjekt	Materielt innhold	Avgrensninger	Jurisdiksjon
Unfair Commercial Practice Directive	«Trader» / næringsdrivende, favner bredt. Vil ofte omfatte plattformer, influensere, apper osv.	Forbyr «urimelig handelspraksis», inkludert direkte kjøpsoppfordringer til barn.	Regler som ikke beskytter forbrukerens økonomiske interesser, men f.eks. helse. Handelspraksis som ikke er B2C.	Ikke klart regulert, men i utgangspunktet synes håndheving å være mulig i forbrukerens hjemstat.
Digital Services Act	«intermediary services», favner bredt.	Forbyr «dark patterns» og markedsføring rettet mot mindreårige basert på «profiling». Krever beskyttelse av mindreårige. Kommisjonen gitt kompetanse til å definere innholdet i regelsettene nærmere gjennom retningslinjer.	Svært uklare avgrensninger: - Forbudet mot dark patterns gjelder ikke for praksis «dekket» av UCPD. - «without prejudice to Union law on consumer protection» (inkludert UCPD) - «without prejudice to» blant annet AVMSD - «shall not affect the application of» eCommerce-direktivet	Medlemsstaten hvor tjenestetilbyderen har sin «main establishment» har full jurisdiksjon, eventuelt Kommisjonen for VLOP (senderlands-prinsipp).
Audiovisual Media Services Directive	Videodelings plattformer og audiovisuelle bestillingstjenester, i visse tilfeller også influensere. I utgangspunktet ikke produsenter av innhold.	Skille i reguleringen mellom videodelingsplattformer og sosiale audiovisuelle bestillingstjenester, (men skal ikke overdrives). Krav om at mindreårige beskyttes mot nærmere definert innhold. Lignende forbud som DSA mtp. «profiling». Forbudt med kjøpsoppfordringer rettet mot barn, regulering av utforming av markedsføringen. Kan ha strengere regler forutsatt i samsvar med øvrig EU-rett (og underlagt norsk jurisdiksjon).	eCommerce-direktivet gjelder med mindre annet følger direkte av AVMSD. AVMSD har forrang i tilfelle motstrid.	Etableringsstaten full jurisdiksjon, begrensede muligheter til å regulere innhold fra andre medlemsstater (senderlands-prinsipp).

eCommerce Directive	Omfatter informasjons-samfunnstjenester. Favner bredt.	Få begrensninger med betydning for denne utredningen. Krav om at markedsføring skal identifiseres.	Samme som ovenfor.	Etableringsstaten har jurisdiksjon (senderlands-prinsipp). Rettspraksis tilsier at andre medlemsstater har mulighet til å begrense friheten til å tilby tjenester fra andre medlemsstater etter en alminnelig restriksjonsvurdering.
Services Directive	Omfatter i prinsippet alle tjenester, unntatt audiovisuelle tjenester.	Ikke mulig å begrense tjenestetilbudet fra andre stater – må eventuelt underlegges en alminnelig restriksjonsvurdering.	Gjelder ikke audiovisuelle tjenester, men praktisk betydning begrenset.	Ikke klart regulert, men i utgangspunktet opp til medlemsstaten å regulere tjenestetilbudet nasjonalt.

4. YTRINGSFRIHET

Departementet har særlig tatt opp spørsmålet om mulig regulering av barns forbrukervern har en side til ytringsfriheten. I første rekke vil vi anta at dette omfatter ytringer i form av kommersiell kommunikasjon/markedsføring, og at ytringsfriheten ikke vil sette noen rammer i reguleringen av «dark patterns», avhengighetsskapende elementer i tjenester mv. Vi nevner også at tjenestetilbydere av digitale plattformer har et begrenset ansvar for ytringer som fremsettes på deres plattformer.⁵⁵

Utgangspunktet er klart: kommersielle ytringer er vernet av både EMK artikkel 10 og Grunnlovens § 100.⁵⁶ Dette er oppsummert i Den europeiske menneskerettighetsdomstolens dom i *Casado Coca v. Spain*.⁵⁷ I saken hadde en spansk advokat markedsført sine tjenester i aviser, i strid med et forbud mot reklame for nærmere angitte yrkesgrupper. EMD uttalte at også informasjon av kommersiell natur er omfattet av ytringsfrihetsvernet.

For at et inngrep i ytringsfriheten skal være å tråd med EMK, må det være «prescribed by law», og «necessary in a democratic society». Sistnevnte tema gir i realiteten en proporsjonalitetsvurdering. EMD har i denne sammenhengen uttalt at medlemsstatene har en relativt vid skjønnsmargin, og at det er variasjoner mellom ulike land som må hensyntas i vurderingen:

«Such a margin of appreciation is particularly essential in the complex and fluctuating area of unfair competition (ibid.). The same applies to advertising.

(...)

Nevertheless, the rules governing the profession, particularly in the sphere of advertising, vary from one country to another according to cultural tradition. Moreover, in most of the States parties to the Convention, including Spain, there has for some time been a tendency to relax the rules as a result of the changes in their respective societies and in particular the growing role of the media in them.»

⁵⁵ Se nærmere NOU 2022:9 punkt 8.

⁵⁶ Se eksempelvis Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 3.5.2.

⁵⁷ Application no. 15450/89

Se også uttalelsen i *VGT Verein gegen Tierfabriken v Switzerland*:⁵⁸

«It follows that the Swiss authorities had a certain margin of appreciation to decide whether there was a “pressing social need” to refuse the broadcasting of the commercial. Such a margin of appreciation is particularly essential in commercial matters, especially in an area as complex and fluctuating as that of advertising.»

Det er videre klart at det er tale om en glideskala, hvor kommersielle ytringer ispedd mer politiske ytringer, nyter et sterkere vern, jf. samme avgjørelse. Rene kommersielle ytringer nyter derimot et svakt vern, se for eksempel *Perrin v United Kingdom*.⁵⁹ Saken gjaldt riktignok ikke reklame, men illustrerer at på områder hvor det er moralske spørsmål involvert, har medlemsstatene en vid skjønnsmargin.

Det går likevel en grense. I *Sekmadienis Ltd v Lithuania*, ble Litauen felt for brudd på artikkel 10.⁶⁰ Klageren i saken var et selskap som hadde iverksatt en markedsføringskampanje som er beskrevet på følgende måte i dommen:

«The first of the three advertisements showed a young man with long hair, a headband, a halo around his head and several tattoos wearing a pair of jeans. A caption at the bottom of the image read “Jesus, what trousers!”.

The second advertisement showed a young woman wearing a white dress and a headdress with white and red flowers in it. She had a halo around her head and was holding a string of beads. The caption at the bottom of the image read “Dear Mary, what a dress!”.

The third advertisement showed the man and the woman together, wearing the same clothes and accessories as in the previous advertisements. The man was reclining and the woman was standing next to him with one hand placed on his head and the other on his shoulder. The caption at the bottom of the image read “Jesus [and] Mary, what are you wearing!”»

Selskapet ble bøtelagt fordi reklamene var i strid med «public moral». Litauen ble felt for å ha:

«failed to strike a fair balance between, on the one hand, the protection of public morals and the rights of religious people, and, on the other hand, the applicant company’s right to freedom of expression..»

Litauen hadde med andre ord ikke veid de ulike hensynene opp mot hverandre i tilstrekkelig grad.

Også etter norsk rett vil kommersielle ytringer nyte et svakere vern enn øvrige ytringer, se for eksempel omtalen i forbindelse med endringen av markedsføringsloven knyttet til retusjering av reklame:

«Spørsmålet om kommersielle ytringer skal ha grunnlovsværn, ble drøftet i forbindelse med vedtakelsen av den endrede Grunnloven § 100 om ytringsfrihet, se Ot.prp.nr.55 (2007–2008) punkt 3.5. I debatten ble det presisert at selv om ordlyden i den vedtatte Grunnloven § 100 innebærer at kommersielle ytringer i prinsippet har konstitusjonelt vern, ligger de utenfor ytringsfrihetens kjerneområde, og de vil ha et svakere vern enn ytringer om spørsmål av allmenn interesse. Departementet legger derfor til grunn at Grunnloven ikke er til hinder for forbud mot reklame som fremstiller urealistiske eller usunne skjønnhetsidealer.»⁶¹

Det er likevel en viss realitet i bestemmelsene. Eksempelvis vurderte lovavdelingen i 2005 et spørsmål om et forslag om å forby reklame før kinofilmer egnet for barn, var i strid med grunnloven.⁶² Lovavdelingen

⁵⁸ Application no. 32772/02

⁵⁹ Application no. 5446/03

⁶⁰ Application no. 69317/14)

⁶¹ Se Prop. 134 L (2020-2021) punkt 3.2.4.

⁶² Lovavdelingen (2005).

uttalte at Grunnloven § 100 ikke var til hinder for et forbud mot reklame rettet mot barn, men at et generelt forbud også for reklame rettet mot voksne, savnet en god begrunnelse, og derfor kunne være i strid med Grunnloven § 100.

Akkurat hvor den nærmere grensen går, vil måtte vurderes konkret ved innføring av det aktuelle tiltaket. Praksis etterlater likevel et inntrykk av at gjennomtenkte og godt begrunnede tiltak ikke vil være i strid med hverken EMK eller Grunnloven.

Sammenfatningsvis vil norske myndigheter ha et relativt vidt spillerom, og at det neppe er bestemmelser om yringsfrihet som vil sette rammer for eventuelle tiltak rettet mot barns forbrukervern i digitale medier.

5. BETYDNING FOR MULIG REGULERING PÅ ULIKE LIVSOMRÅDER

5.1 Innledning

Ovenfor har vi skissert hvilke regelsett som potensielt har betydning for barns forbrukervern i digitale medier. Nedenfor vil vi i korthet vise hvilke regelsett som vil påvirke vurderingene som må foretas på ulike livsområder. Gitt at det i begrenset grad er tale om konkrete forslag, vil vurderingen først og fremst ta sikte på å redegjøre for hvordan Departementet må gå frem i vurderingene.

5.2 Manipulerende design / dark patterns

Et forhold som er aktuelt å regulere, er manipulerende design/dark patterns. Disse begrepene har ikke noe entydig innhold, og kan favne vidt. Forbrukerrådet opererer med følgende definisjon: «*et grensesnitt eller egenskaper ved et design som styrer, lurer eller presser forbrukere til å ta valg som først og fremst er i virksomhetens interesse*». ⁶³ DSA opererer med følgende definisjon i fortalens punkt 56:

«Dark patterns on online interfaces of online platforms are practices that materially distort or impair, either on purpose or in effect, the ability of recipients of the service to make autonomous and informed choices or decisions. Those practices can be used to persuade the recipients of the service to engage in unwanted behaviours or into undesired decisions which have negative consequences for them.»

Eksempelvis vil dette kunne være design som gjør det vanskelig å avslutte et abonnement, «confirmshaming», design som lurer forbrukere til å kjøpe produkter, design som gjør det urimelig vanskelig å velge personvernvennlige alternativer mv. Sistnevnte er eksempelvis omtalt i en rapport fra 2018 fra Forbrukerrådet kalt *Deceived by design*⁶⁴, som gikk gjennom en rekke av de store plattformene.

Mulige tiltak for å regulere dark patterns kan for eksempel være å:

- Forby manipulerende design, særlig rettet mot barn
- Konkretisere forbud mot de mest skadelige formene for manipulerende design, f.eks.
 - Forbud mot nedtellingsmekanismer på produkter som selges fra nettsider, spill og sosiale medier som rettes særlig mot barn og unge
 - Forbud mot egen valuta i digitale ytelser

Dersom norske myndigheter skulle regulere dark patterns, er det en rekke problemstillinger som må tas stilling til. Som nevnt over, må det først tas stilling til om det finnes noen særregulering av disse spørsmålene.

Det finnes en rekke særregulering av dark patterns. For det første eksisterer det et forbud mot enkelte typer dark patterns i DSA, og dette kan hverken reguleres ytterligere eller håndheves nærmere av norske

⁶³ Forbrukerrådet (2022), link: [PowerPoint-presentasjon \(forbrukerradet.no\)](https://www.forbrukerradet.no/PowerPoint-presentasjon%20(forbrukerradet.no))

⁶⁴ Forbrukerrådet (2018), link: <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/06/2018-06-27-deceived-by-design-final.pdf>

myndigheter (med mindre det er tale om en aktør som er underlagt norsk jurisdiksjon). Innenfor rammene av DSA, vil det etter vårt syn være problematisk å innføre forbud som skissert ovenfor hos plattformer som er regulert av DSA. Dette skyldes at det er et totalharmoniseringsregelverk, og det er derfor ikke mulig å ha andre regler enn det som følger av forordningen.

I den grad at dark patterns ikke er regulert av DSA (f.eks. fordi reguleringen vil treffe andre pliktsubjekter enn de DSA omhandler), vil det fortsatt måtte vurderes om UCPD kommer til anvendelse. Som nevnt over, formidler ikke minst Kommisjonens gjennomgang av dark patterns i notisen inntrykket at de ville være forbudt i mange tilfeller under direktivet, eller i hvert fall falle inn under direktivet. Etter vårt syn vil det ikke være i overenstemmelse med direktivet å innføre ytterligere generelle forbud, som f.eks. et generelt forbud av dark patterns rettet mot barn. Når det er sagt er det ikke utenkelig at enkelte dark patterns har en såpass klart skadelig virkning for barns helse, at regulering med en entydig helsepolitisk begrunnelse ville kunne stå seg. Dette ville imidlertid måtte undersøkes konkret for et potensielt tiltak.

Vi vil videre anta at øvrig regulering som vi har gjennomgått ovenfor har begrenset betydning for dark patterns. Det kan imidlertid tenkes at det finnes dark patterns som vil falle utenfor både DSA og UCPD. I så måte vil eCommerce-direktivet kunne sette rammer. Et eventuelt forbud mot dark patterns vil måtte underkastes en alminnelig restriksjonsvurdering etter eCommerce-direktivet, lik den som EU-domstolen foretok i sak C-649/18.

Overordnet sett tilsier det foregående uansett at handlingsrommet for norsk regulering av dark patterns er svært begrenset. Derimot tilsier ikke minst fremstillingen av dark patterns i UCPD-notisen at det er rom for å justere UCPD i samarbeid med EU, og i hvert fall streng håndheving av direktivet ovenfor virksomheter som benytter dark patterns i Norge.

5.3 Avhengighetsskapende elementer i digitale ytelser

Med avhengighetsskapende elementer i digitale ytelser menes i denne sammenheng designgrep som på forskjellige måter fanger brukerens oppmerksomhet for å øke tiden en bruker på en digital ytelse. Fra et forbrukervernsperspektiv er dette relevant når de digitale ytelsene er annonsefinansierte (eksempel: sosiale medier), eller der de oppfordrer til forbruk av tid eller penger for øvrig i den digitale ytelsen (eksempel: kjøp i spill). Brukernes oppmerksomhet er en forutsetning for inntekter for tilbyderer av den digitale ytelsen.⁶⁵ Det er med andre ord ikke tale om direkte markedsføring.

Mulige måter å regulere dette på kan for eksempel være forbud i spill og apper som er laget spesielt for barn, mot å manipulere barn til å se mer reklame i bytte mot fordeler i spillet/appen.

Eventuelle tiltak som skissert ovenfor, vil kunne favnes av DSA, i den utstrekning reglene gjelder sosiale medier. Som nevnt ovenfor, inneholder artikkel 28 i DSA krav om at plattformene skal innføre egnede tiltak for å beskytte barn. Som også nevnt over, er det heller ikke anledning til å innføre andre tiltak enn de som følger av DSA. At dette er forhold som kan ha en side til DSA, støttes også av fortalens punkt 81, hvor det fremgår at:

«When assessing risks to the rights of the child, providers of very large online platforms and of very large online search engines should consider for example how easy it is for minors to understand the design and functioning of the service, as well as how minors can be exposed through their service to content that may impair minors' health, physical, mental and moral development. Such risks may arise, for example, in relation to the design of online interfaces which intentionally or unintentionally exploit the weaknesses and inexperience of minors or which may cause addictive behaviour.»

Det siterte kommer riktignok i et punkt hvor fortalen omtaler pliktene for «very large online platforms». Det siterte viser likevel at det er tale om tiltak som potensielt kan omfattes av DSA, og hvert fall må vurderes nærmere.

⁶⁵ Designgrep som maksimerer «engasjement» beskrives i The U.S. Surgeon General Advisory (2023) side 9.

Det kan også tenkes at slike avhengighetsskapende elementer anses som dark patterns. Uansett vil det måtte foretas en vurdering etter UCPD. Antakeligvis vil mye regulering av avhengighetsskapende elementer neppe omfattes av UCPD, dersom formålet er å beskytte helse i vid forstand, og reguleringen ikke består i et generelt forbud. Derimot vil det omtalte forbudet mot å manipulere barn til å se mer reklame i bytte mot fordeler i spillet/appen kunne ha et spenningsforhold til UCPD. En slik handelspraksis vil (også) ramme forbrukerens økonomiske interesse, og det er etter vårt syn ikke usannsynlig at det vil kunne anses som å være i strid med direktivet, siden det fremstår som utfordrende å knytte forbudet hovedsakelig til helsemessige grunner.

Derimot kan vi ikke se at AVMSD skulle ha noen betydning for den nærmere vurderingen. Det er neppe tale om et forhold som er koordinert av direktivet.

Endelig nevner vi likevel at denne typen regulering potensielt kan ha en side til eCommerce-direktivet. Som gjennomgangen over viser, er det ikke klare skiller mellom de ulike regelsettene. Vi vil likevel anta at eCommerce-direktivet potensielt kan måtte vurderes. Det kan nok diskuteres i hvilken grad de foreslåtte tiltakene vil anses som en restriksjon. Uansett vil vi anta at i den grad tiltakene skulle anses som en restriksjon, vil de kunne rettferdiggjøres i tråd med de vurderingene EU-domstolen har foretatt i C-649/18.

5.4 Direkte markedsføring mot barn

En kan se for seg ulike måter å regulere direkte markedsføring rettet mot barn på. Et mulig eksempel på regulering kan være å presisere at det må tas hensyn til at all reklame i digitale medier kan bli sett eller hørt av barn, inspirert av forskrift om kringkasting § 3-6 første ledd. Et annet eksempel er å angi nærmere kriterier for når markedsføring skal anses som rettet mot barn, tilsvarende kringkastingsforskriften § 3-6 tredje ledd. Det kan også vurderes innført reklamefrie soner i tilknytning til innhold som er rettet mot barn, tilsvarende kringkastingsforskriften § 3-6 fjerde ledd som sier at det ikke kan sendes reklameinnslag 10 minutter umiddelbart før og etter barneprogram. Det kan også være en mulighet å presisere vurderingstemaer knyttet til virkemiddelbruk i forskjellige medier, som f.eks. menneskeliggjøring i digitale brukergrensesnitt eller én-til-én kommunikasjon i forskjellige kanaler.

Ovenstående reiser en rekke spørsmål etter alle regelsettene nevnt ovenfor. Det vil være tale om en teknologinøytral regulering, som favner alle digitale flater.

Som nevnt over, innebærer DSA en totalharmonisering av de forholdene som er regulert av forordningen. Forordningen regulerer imidlertid ikke markedsføring mot barn direkte, utover forbudet mot reklame basert på profilering. Vi kan derfor ikke se at et forslag med lignende innhold i seg selv vil stride mot DSA.

AVMSD vil derimot sette rammer. Som nevnt over, regulerer AVMSD også sosiale medieplattformer og audiovisuelle bestillingstjenester. Som også nevnt, krever direktivet at medlemsstatene skal beskytte barn mot markedsføring som kan skade deres fysiske, mentale eller moralske utvikling, og det skal være forbudt med direkte kjøpsoppfordringer rettet mot barn. Etter vårt syn er derfor markedsføring rettet mot barn et forhold som er koordinert av direktivet. I utgangspunktet vil det ikke være mulig å ha strengere regler enn det som følger av direktivet. Som nevnt over, krever direktivets artikkel 28b at medlemsstatene skal sikre at mindreårige skal beskyttes mot, og ikke se, reklame som kan «impair the physical, mental or moral development». Antakeligvis vil det første forslaget gå lenger enn det som i utgangspunktet er mulig etter direktivet, ved å regulere all reklame.

Direktivet er imidlertid et minimumsharmoniseringsdirektiv, slik at det er mulig med strengere regler, jf. artikkel 28b punkt 6. Dette forutsetter imidlertid at det foretas en alminnelig restriksjonsvurdering. I utgangspunktet vil vi anta at det er mulig å rettferdiggjøre regulering av direkte markedsføring mot barn i et tvingende allment hensyn, og at det er mulig å anse slike tiltak som egnete og nødvendig. Vi vil anta at en lignende vurdering har blitt foretatt for kringkastingsloven § 3-6.

Selv om norske myndigheter i prinsippet har mulighet til å regulere tjenestetilbydere underlagt norsk jurisdiksjon, er det svært snevert adgang til å regulere tjenestetilbydere som er underlagt andre medlemsstats jurisdiksjon. For alle praktiske formål vil vi derfor anta at de største plattformene ikke er mulig å regulere, og at en eventuell utforming av den foreslåtte bestemmelse vil måtte inneholde samme

forbehold som kringkastingsforskriften § 1-1 om jurisdiksjon. Når det er sagt, viser gjennomgangen over at blant annet italienske myndigheter har gitt YouTube en bot for markedsføring som var i strid med italiensk rett, uten at vi er overbevist om at dette er riktig.

Samme vurdering vil i prinsippet også gjøre seg gjeldende for øvrige audiovisuelle tjenester, herunder audiovisuelle bestillingstjenester.

AVMSD regulerer imidlertid tjenestetilbydere, og ikke annonsører. Det kan derfor tenkes at det er mulig å regulere annonsører, reklamebyråer mv, i den utstrekning UCPD åpner for det.

I den grad at UCPD kommer til anvendelse (som nevnt over er det usikkert om AVMSD har forrang ovenfor UCPD, eller om regelsettene kommer til parallell anvendelse), vil slik regulering skape et spenningsforhold til direktivet, med mindre reguleringen kan knyttes til helse eller andre formål som fjerner et tiltak fra UCPDs virkeområde. Det fremstår i utgangspunktet som utfordrende.

Endelig nevner vi også her eCommerce-direktivet. Det kan diskuteres i hvilken grad det er en plass eCommerce-direktivet har ved siden av den mer spesifikke reguleringen ovenfor. Dette vil nok avhenge av utformingen av tiltaket, og hvem det rettes mot. Også her vil det imidlertid måtte gjennomføres en alminnelig restriksjonsvurdering, hvor begrunnelsen for tiltaket vil være sentralt.

5.5 Adferdsbasert markedsføring

DSA og AVMSD oppstiller et forbud mot adferdsbasert markedsføring rettet mot barn. Enkelte aktører mener Norge bør gå lenger ved å forby adferdsbasert markedsføring rettet mot enhver forbruker. Antakeligvis vil et slikt forbud stride mot DSA, gitt at det er tale om et totalharmoniseringsregelverk. Det å skulle regulere utenlandske tjenestetilbydere som er underlagt AVMSD, vil også være utfordrende.

5.6 «Lootbokser»

Lootbokser er forandringspakker med virtuelle gjenstander til bruk i spill. Slike bokser kan kjøpes for ekte penger, eller spillvaluta, eller de blir delt ut gratis som en form for belønning når spilleren når bestemte mål. Innholdet i lootboksene kan gi spillerne en fordel i spillet videre, for eksempel bedre figurer, evner og våpen, eller det kan være kosmetiske belønninger i form av nye drakter o.l. som endrer utseendet på spillerens spillfigurer. Innholdet i lootboksene er ukjente til boksen åpnes. Åpning av lootboksene følges gjerne av engasjerende lyder og animasjon som frister spilleren til nye kjøp. Manipulerende markedsføringsstrategier som nedtellingsmekanismer o.l. bidrar til å forsterke kjøpepresset i spillene.

Det kan tenkes flere forskjellige tiltak i tilknytning til lootbokser, herunder:

- Regelfeste informasjonskrav.
- Vurdere forbud mot de mest skadelige praksisene knyttet til «in-game» transaksjoner.
- Aldersgrense på spill som markedsfører og selger lootbokser
- Forby lootbokser i spill som det er sannsynlig at barn benytter
- Regulering (eventuelt et forbud) mot markedsføring (ikke nødvendigvis salg) av lootbokser i spill
- Et generelt forbud mot lootbokser
- Presiseringer i pengespilloven v. forbrukervernregelverket.

Lootbokser har i de senere årene blitt regulert i en lang rekke medlemsstater.⁶⁶ Gjennomgående har medlemsstatene regulert lootbokser gjennom pengespillovgivning. EU-domstolen har gjennomgående veket tilbake fra å slå ned nasjonal pengespillovgivning. Vi vil derfor anta at det i utgangspunktet er relativt vid anledning til å regulere lootbokser i norsk rett gjennom pengespillovgivningen.

⁶⁶ Przybysz (2023), link: <https://www.dentons.com/en/insights/guides-reports-and-whitepapers/2023/june/28/loot-box-regulation-in-the-eu-loading-status>

Vi viser i denne sammenhengen til Kulturdepartementets Prop.45 L (2019–2020), som omhandler tiltak mot markedsføring av spill som ikke har tillatelse i Norge. Vi nevner også at pengespill faller utenfor virkeområdet til UCPD og eCommerce-direktivet. I hvilken grad DSA vil berøre nasjonale pengespillregler, er ikke et avklart spørsmål. Pengespill er i begrenset grad omtalt i fortalen til DSA. Det vil imidlertid være svært overraskende dersom DSA skulle sette til side den klare praksisen fra EU-domstolen de siste 30 årene.

Dersom man ikke regulerer lootbokser gjennom pengespillovgivningen, vil handlingsrommet i veldig stor grad styres av UCPD. Som nevnt over, vil lootbokser som regel utgjøre en handelspraksis, og i tillegg i mange tilfeller være ulovlig etter UCPD.

I litteraturen er det argumentert at UCPD (eller direktivets implementering i UK) inneholder et godt grunnlag for å kunne beskytte forbrukere og særlig barn mot lootboksers alvorlige konsekvenser:

«There is a compelling argument that in the context of many games the offering of loot boxes will amount to an aggressive commercial practice and should be prohibited as such. While it is possible (and arguably desirable) to achieve some protection by reforming legislation on gambling, the law on aggressive commercial practices is well-suited to tackle the wrong in question. This is particularly so because it gets to the heart of that wrong: the exploitation of consumers – and particularly those who may be vulnerable – through coercion or undue influence [...]existing legislation provides a mechanism by which consumers, and particularly the most vulnerable, might be protected from harms arising from loot boxes. In the absence of additional protections, enforcers should take advantage of this mechanism as a matter of some urgency»⁶⁷ (vår utheving).

Vi er enige i dette, og mener at dagens regelverk allerede inneholder tilstrekkelig grunnlag for mer eller strengere håndheving. For ytterligere regulering som ikke er basert på pengespilloven gjelder mye av det vi har sagt for UCPD og regulering av andre livsområder. Handlingsrom for regulering finnes især dersom det er mulig å knytte reguleringen opp mot andre formål enn beskyttelse av forbrukeres økonomiske interesser, især helse. Om det er mulig for lootbokser, og i så tilfelle i hvilken grad, er vi derimot usikre på.

5.7 Kroppspress

Et annet aktuelt tema er kroppspress i markedsføring. Kroppspress oppleves gjerne ved at næringsdrivende reklamerer for kropps- og utseendefokuserte produkter og behandlinger på sosiale medier, gjennom bloggere eller influensere.

Temaet er godt egnet til å illustrere Norges handlingsrom for å regulere områder som er av særlig stor betydning for barns helse.

AVMSD utgjør antakelig den største begrensingen for omfattende regulering innen dette feltet. Som vi gjorde rede for under punkt 3.5.3 ovenfor, er det svært snevert adgang til å regulere tjenestetilbydere som er underlagt andre medlemsstaters jurisdiksjon innenfor direktivets virkeområde. For alle praktiske formål vil vi derfor anta at de største plattformene ikke er mulig å regulere, og at en eventuell utforming av den foreslåtte bestemmelse vil måtte inneholde samme forbehold som kringkastingsforskriften § 1-1 om jurisdiksjon.

Derimot mener vi at UCPD vil ha mindre betydning for dette temaet. Regulering knyttet til kroppspress, vil trolig kunne anses som å falle utenfor direktivets virkeområde.⁶⁸

Dersom regulering faller utenfor UCPD, og er i overensstemmelse med AVMSD, vil eCommerce-direktivet, tjenstedirektivet eller EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter kunne sette rammer. Mulig regulering vil altså måtte underkastes en alminnelig EØS-rettslig restriksjonsvurdering.

⁶⁷ Cartwright (2022) side 525, link: <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-studies/article/virtual-coercion-and-the-vulnerable-consumer-loot-boxes-as-aggressive-commercial-practices/74CD3AD4CFBBBAAE432FDBEF0F244411>

⁶⁸ Se også Wang (2019) side 43: «Jeg har tolket gjeldende rett dithen at et eventuelt forbud som skal bekjempe kroppspress faller utenfor direktivets anvendelsesområde. Hovedhensynet bak strengere regler er utvilsomt å verne barn og unges helse, og dermed faller forbudet utenfor direktivets virkeområde. I tillegg vil et eventuelt forbud omfattes av helseunntaket. At strengere regler også vil ha innvirkning på barn og unges økonomiske disposisjoner er kun en bivirkning».

Som Departementets vurderinger angående restriksjonsvurderingen knyttet til merking av retusjert reklame viser⁶⁹, vil det imidlertid finnes gode mulighet for å kunne påstå at eventuelle restriksjoner kan begrunnes i allmenne hensyn som folkehelse, samt at de er både egnet, nødvendige og forholdsmessige.

5.8 Oppsummering

Som det fremgår ovenfor, viser gjennomgangen at det må foretas en relativt konkret vurdering etter de enkelte regelsettene. Gjennomgående er det krevende å regulere forhold som er omfattet av de materielle bestemmelsene i de relevante regelsettene, og der hvor det er tale om å regulere aktører som etter regelsettene ikke er underlagt norsk jurisdiksjon. Det største handlingsrommet finnes der hvor det er tale om en regulering som ikke er omfattet av regelsettene.

⁶⁹ Se Prop. 134 L (2020–2021), punkt 2.2.2.

KILDELISTE

Lover og forarbeider	
Ot.prp. nr. 55 (2007-2008)	Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).
Prop. 45 L (2019-2020)	Endringer i kringkastingsloven mv. (tiltak mot markedsføring av pengespill som ikke har tillatelse i Norge).
Prop. 134 L (2020–2021)	Endringer i markedsføringsloven mv. (merking av retusjert reklame).
NOU 2022:9	En åpen og opplyst offentlig samtale – Ytringsfrihetskommisjonens utredning.
Høringsnotat om endringer i kringkastingsloven, kringkastingsforskriften mv. Forslag til gjennomføring av direktiv (EU) 2018/1808 om audiovisuelle medietjenester	Kulturdepartementet
Rettspraksis	
Sak C-8/74	
Forente saker C-267/91 og C-268/91	
Forente saker C-34/95, C-35/95 og C-36/95	
Sak C-244/06	
Sak C-421/12	
Forente saker C-544/13 and C-545/13	
Sak C-388/13	
Sak C-339/15	
Sak C-390/18	
Sak C-649/18	
Sak C-559/19	
Application no. 15450/89	<i>Casado Coca v. Spain.</i>
Application no. 32772/02	<i>VGT Verein gegen Tierfabriken v Switzerland</i>

Application no. 5446/03	<i>Perrin v United Kingdom</i>
Application no. 69317/14	<i>Sekmadienis Ltd v Lithuania</i>
Forvaltningspraksis, retningslinjer og veiledere	
Lovavdelingen (2005)	Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet. <i>Høring – forslag til endringer i film- og videogramloven</i> . 31.08.2005, JDLOV-2005-3625.
Communication from the Commission (2020)	“ <i>Guidelines on the practical application of the essential functionality criterion of the definition of a ‘video-sharing platform service’ under the Audiovisual Media Services Directive</i> ”, 2020/C 223/02.
Commission Notice (2021)	« <i>Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market</i> ”, 2021/C 526/01.
Litteratur	
Engelbrekt (2005)	Engelbrekt, Antonina Bakardjieba. «EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries: Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices», Report for the Nordic Council of Ministers Committee on Consumer Affairs, 2005.
Kabel (2008)	Kabel, Jan. “Audiovisual Media Services and the Unfair Commercial Practices Directive” i <i>IRIS Plus</i> , 2008-8, side 2-8. Strasbourg: 2008.
Lunde (2012)	Lunde, Tore. «Urimeleg handelspraksis utan grenser» i <i>Lov og Rett</i> Vol 51, Utg. 1, 2012.
Trzaskowski (2018)	Trzaskowski, Jan. «Identifying the Commercial Nature of ‘influencer marketing’ on the Internet» i <i>Scandinavian Studies in Law</i> , Vol. 65, side 81-100, 2018.
Feci (2018)	Feci, Nadia. “Gamers watching gamers: the AVMSD soon the one calling the shots?”, 18.12.2018.

Forbrukerrådet (2018)	Forbrukerrådet. “Deceived by Design”, 27.06.2018.
Demchenko (2019)	Demchenko, Olena. “Electronic Commerce in the Gaming Industry. Legal Challenges and European Perspective on Contracts through Electronic Means in Video Games and Decentralized Applications”, i <i>Pecs Journal of International and European Law</i> , 2019.
Wang (2019)	Wang, Silje. “Markedsføringslovens vern av barn og unge mot usunt kroppspress. Stenger EU-retten for Norges adgang til å vedta strengere regler?”, 18.06.2019.
Barata (2020)	Barata, Joan. “Regulating content moderation in Europe beyond the AVMSD”, 25.02.2020.
Kommentarutgave på juridika.no (2021)	Ajourført versjon av Tjenesteloven, lovkommentar av Torje Sunde og Ida Sørebo
Cartwright (2022)	Cartwright, Peter og Hyde, Richard. “Virtual coercion and the vulnerable consumer: ‘loot boxes’ as aggressive commercial practices”. <i>Legal Studies</i> , Vol. 42, 4. utg, side 555-575, 2022.
Forbrukerrådet (2022)	Forbrukerrådet, “ <i>Lei av å bli lurt – norske forbrukeres opplevelse av manipulerende design</i> », 01.12.2022.
EU-kommisjonen (2022)	EU-kommisjonen ved Francisco Lupianez-Villanueva, Alba Boluda, Francesco Bogliacino, Giovanni Liva, Lucie Lechardoy, Teresa Rodriguez de las Heras Ballell. “ <i>Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalization</i> ”. Luxembourg: 2022. DOI: 10.2838/859030.
EU-kommisjonen (2022 b)	EU-kommisjonen, “e-Commerce Directive”, sist oppdatert 07.06.2022.
The European Audiovisual Observatory (2022)	The European Audiovisual Observatory ved Jean-Francois Furnemont og Asja Roksa-Zubcevic. “ <i>Mapping report on the rules applicable to video-sharing platform – Focus on commercial communications</i> ”. Strasbourg: 2022.

BEUC (2023)	BEUC. “ <i>From Influence to Responsibility: Time to regulate influencer marketing</i> ”. BEUC-X-2023-093, 07.07.2023.
European Law Institute (2023)	European Law Institute ved Marie Jull Jørgensen, Peter Rott, og Karin Sein. “ <i>European Commission’s Public Consultation on Digital Fairness – Fitness Check on EU Consumer Law</i> ”. Wien: 2023.
The U.S. Surgeon General Advisory (2023)	The U.S. Surgeon General Advisory. “Social Media and Youth Mental Health”, 2023. URL: https://www.hhs.gov/sites/default/files/sg-youth-mental-health-social-media-advisory.pdf
Przybysz (2023)	Przybysz, Marcin. “Loot box regulation in the EU – loading status”. 28.06.2023, URL: https://www.dentons.com/en/insights/guides-reports-and-whitepapers/2023/june/28/loot-box-regulation-in-the-eu-loading-status