



**DET KONGELIGE
LANDBRUKS- OG MATDEPARTEMENT**

Helse- og omsorgsdepartementet
Postboks 8011 Dep
0030 OSLO

Deres ref
201202173

Vår ref
201200860-/CST

Dato
20.09.2012

Høringsbrev - Forslag til ny regulering av markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke

Det vises til høringsbrev av 7. juni 2012 angående forslag til ny regulering av markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke.

Landbruks- og matdepartementet (LMD) er enig i at fedme, overvekt og relaterte sykdommer er et stort samfunnsproblem som må adresseres. Intensjon bak forslaget er således prisverdig og i tråd med prinsippet i den nye folkehelseoven om "*helse i alt vi gjør*". LMD har imidlertid flere merknader til det konkrete forslaget til ny regulering.

Oppsummering av LMDs hovedkonklusjoner

- Utkast til forskrift, samt alternative virkemidler, er mangelfullt utredet
- Forskriften hjemles i Matloven på sviktende grunnlag
- Tiltaket innebærer stor grad av inngripen i næringslivets rammevilkår og bør behandles av Stortinget
- Markedsføringsforbudet er ikke begrenset til usunne produkter, men inkluderer også produkter som kan venne forbrukeren til å spise usunne produkter
- Forskriftens forenklede modell for avgrensing mht. energi og næringsstoffinnhold medfører usakelig forskjellsbehandling
- Forslag om å avgrense næringsmidler som skal omfattes av forbudet etter posisjon og varenummer i den norske tolltariffen, er problematisk
- Forskriftens aldersgrense på 18 år er problematisk for rettslig forutberegnelighet
- Forskriftens ordlyd "kan appellere til barn og unge" er problematisk for rettslig forutberegnelighet
- Forskriften vil medføre diskriminering av norske produkter og svekket konkurranseevne for norsk næringsliv
- Faglig råd fra SIFO om å styrke frivillige retningslinjer, før eventuell lovregulering

- vurderes, er ikke fulgt
- Det er ikke lagt til rette for studier som kan dokumentere eventuelle effekter av tiltaket
 - Det er høyst uklart om forskriften ivaretar EØS-rettslige forpliktelser

På bakgrunn av mangler og uklarheter i utredning, hjemmelsgrunnlag, materielt innhold og EØS-rettslige forhold mener LMD at forelagte forskrift ikke kan fastsettes.

Utkast til forskrift, samt alternative virkemidler, er mangelfullt utredet

LMD finner generelt at forslaget, som utgjør et sterkt virkemiddel med store og til dels usikre konsekvenser, er mangelfullt utredet. Det har ikke vært foretatt en faglig uavhengig utredning av kunnskapsgrunnlaget, alternative virkemidler, eller konsekvensanalyse. Både utredningen og høringsnotatet er utarbeidet av en arbeidsgruppe med deltakelse begrenset til departement og direktorater, altså de samme som har ansvaret for politikktutforming og gjennomføring.

Arbeidsgruppen som har foretatt utredningen, påpeker mangler ved dagens reguleringer og frivillige retningslinjer, men foretar i realiteten ikke en vurdering av andre alternativer enn det foreliggende forslag om absolutt markedsføringsforbud.

Vi mener at den samfunnsøkonomiske analysen er mangelfull ved at den kun inkluderer forvaltningens kostnader ved tilsyn og klagesaksbehandling, iberegnet effektivitetstap grunnet den økte skattlegging som er nødvendig for å finansiere kostnadene. Næringslivets merkostnader er ikke medregnet i analysene. Dette inkluderer kostnader til avbrutte markeds kampanjer, klagesaker, redusert innovasjon, svekket konkurranseevne for norske bedrifter innen næringsmidler og markedsføring, samt andre ikke-intenderte markedseffekter.

To bransjer vil i særdeleshet bli berørt av forslaget: Mat- og drikkevarebransjen og reklame- og markedsføringsbransjen. Arbeidsgruppen konkluderer overraskende summarisk i høringsnotatet, og uten en nærmere analyse av norske forhold, konkluderes det med at det er "liten grunn til å tro at reklame- og markedsføringsbransjen vil bli hardt økonomisk rammet som følge av dette lovforslaget". Konsekvensene for mat- og drikkevarebransjen anslås ikke. LMD savner en oversikt og analyse av konsekvenser for berørte bransjer og virksomheter.

Forskriften hjemles i Matloven på sviktende grunnlag

Forskriften foreslås hjemlet i Matloven § 10 andre ledd. Andre ledd er en fullmaktsbestemmelse til å gi forskrifter som skal sikre at hensynene nedfelt i første ledd blir ivare tatt.

Ordlyden i første ledd angir at "*Virksomheten skal sørge for at merking, presentasjon, reklame og markedsføring er korrekt, gir mottaker tilstrekkelig informasjon og ikke er egnet til å villed*". Det foreslåtte absolutte forbud mot alle typer markedsføring av brede produktkategorier berører et annet forhold og omfattes ikke av § 10 første ledd. HOD og BLD er i høringsnotatet eksplisitt enig i denne vurderingen "matlovens § 10 første ledd regulerer et annet forhold enn det som vil reguleres dersom det fastsettes norske regler om markedsføring av "usunn" mat og drikke til barn og unge". LMD mener at forskriftsfullmakten i Matlovens § 10 annet ledd, inkludert teksten "herunder om forbud mot helsemessig uønsket markedsføring" må leses i sammenheng med formålene bak § 10 første ledd.

I Stortingets behandling av matloven er samme forståelse lagt til grunn. I Innst.O.nr.36 (2003-2004) står det således om § 10 "Departementet ... foreslår et generelt prinsipp om at merking, presentasjon, reklame, og markedsføring skal være korrekt, tilstrekkelig og ikke egnet til å villette. Videre foreslås en hjemmel til å gi nærmere bestemmelser". Det er forbrukerinteresser knyttet til villedning som er det sentrale element.

Det er for øvrig ingen omtale i Matlovens forarbeider eller historiske bakgrunn som tilsier et hjemmelsgrunnlag for et omfattende markedsføringsforbud.

Formuleringen "herunder forby helsemessig uønsket markedsføring" ble i 1998 tatt inn i næringsmiddeloven, som er en av matlovens forløpere, med det begrensede formål å gjennomføre kommisjonsdirektiv 91/321/EØF om morsmelkerstatning og tilskuddsblandinger (jamfør endringslovens Ot.prp.). Dette regelverket innebærer begrensninger mot markedsføring som fremstiller disse produktgruppene som likeverdige med eller bedre enn amming (altså villedende reklame), men medførte ikke et totalforbud mot markedsføring som i den foreslåtte forskrift.

Tiltaket innebærer stor grad av inngripen i næringslivets rammevilkår og bør behandles av Stortinget

Matlovens forarbeider, påpeker også i forbindelse med innføringen av formuleringen i matloven om forbud mot usunn markedsføring i paragraf om villedning av forbruker, at hjemmelen "må brukes med varsomhet" og at "totalforbud mot reklame er ikke vanlig i norsk rett i dag, og i de tilfeller de forekommer er forbudet også lovregulert".

Veiledning om lov og forskriftsarbeid sier "Jo mer inngripende tiltak som iverksettes, desto sterkere grunn er det til å kreve at Stortinget har tatt uttrykkelig stilling til iverksettelsen av det konkrete tiltaket." Tiltakets effekter er ikke begrenset til absolutt markedsføringsforbud for brede produktgrupper rettet mot barn og unge, men innebærer store beskrankninger på markedsføring av disse produktgruppene som særlig er rettet mot voksne over 18 år, men som også kan appellere til 17-åringer. I denne saken vil også politiske hensyn og omfattende begrensninger i næringslivets yringsfrihet tilsi at saken behandles av Stortinget.

Markedsføringsforbudet er ikke begrenset til usunne produkter, men inkluderer også produkter som kan venne forbrukeren til å spise usunne produkter

I høringsnotatets kapittel 2 og 3 beskrives bakgrunnen for høringsnotatet og helsemessige utfordringer for barn og unge. WHO's retningslinjer vektlegges sterkt og beskrives som "En viktig premiss i Helsedirektoratets oppfordring var at det bør innføres ytterligere restriksjoner på markedsføring av mat og drikke til barn og unge i tråd med WHO's anbefalinger". Fokuset er å forebygge fedme og overvekt og relaterte sykdommer. I kapittel 1 beskrives usunn mat som "næringsmidler med høyt innhold av energi, fett, mettet fett, salt og/eller sukker". Dette er i tråd med det WHO omtaler som "mat med høyt innhold av mettet fett, transfett, sukker eller salt".

Til tross for dette inkluderes næringsfattige produkter og kunstige søtningsstoffer i forbudet. I høringsnotatets side 56 om forenklet modell skrives: "Utgangspunktet er at det nye regelverket om markedsføring rettet mot barn og unge bare skal omfatte de "mest usunne" produktene. Det vil si næringsmidler med høyt innhold av energi, fett, mettet fett, salt og/eller sukker. I vedlagte forskriftsutkast omtales dette som "energitette, salte og næringsfattige

næringsmidler”. Denne tilsynelatende uforståelige og kontraintuitive overgangen gis ikke en faglig begrunnelse. Dette er også i strid med vitenskapelige vurderinger fra Nasjonalt råd for ernæring ”Drikke med tilsatt sukker øker risiko for overvekt og fedme. For de fleste vil det være gunstig å erstatte sukkerholdig drikke med kunstig søtet drikke.”

Kostforum, som er en sammenslutning av Kreftforeningen, Nasjonalforeningen for folkehelsen, Norges diabetesforbund, Landsforeningen for hjerte- og lungesyke og Norges astma- og allergiforbund, mener at kunstige søtningsstoffer ikke burde inkluderes i forskriften.

Utvidelsen fra energitette til også å inkludere næringsfattige drikkevarer og næringsmidler begrunnes i høringsnotatet side 55 med at ”de kan bidra til å venne barn og unge til å spise tilsvarende produkter med sukker”.

Uten at det gjøres eksplisitt i forskrift eller høringsnotat, skal markedsføringsforbudet ikke begrenses til usunne produkter, men også omfatte produkter som kan bidra til å venne barn og unge til å spise usunne produkter. Denne utvidelsen av markedsføringsforbudet er ikke belagt med dokumentasjon i høringsnotatet. Det er videre ytterligere høyst tvilsomt at matlovens § 10 andre ledd hjemler markedsføringsforbud for produkter som ikke er usunne, men som kan bidra til å venne forbrukeren til produkter som er usunne.

Forskriftens forenklete modell for avgrensning mht. energi og næringsstoffinnhold medfører usakelig forskjellsbehandling

I arbeidet med å avgrense hva som er usunn mat og drikke er det utviklet en ny modell som definerer produktkategorier som faller innenfor forbudet. Flere modeller ble analysert, og arbeidsgruppen kom frem til en tredelt løsning 1) ved bruk av tolltariffen, 2) eksisterende forskrift om særavgifter, og 3) med grenseverdier for energi og utvalgte næringsstoffer.

”Yoghurt og lignende” foreslås avgrenset med tolltariffen og næringsinnhold på mer enn 0,7 gram fett og 9 gram sukkerarter totalt per 100 gram spiseferdig vare. Med denne avgrensningen legges det opp til også å ramme næringsrike produkter som yoghurt. Yoghurt er et produkt som naturlig inneholder mange viktige næringsstoffer som blant annet kalsium, proteiner og vitaminer. Energi-innholdet i slike produkter er dessuten langt under energigrensen som høringsnotatet legger opp til på 950 kJ-1150kJ (225-275 kcal) per 100 gram, og som følger definisjonen for energitette matvarer gitt i rapport fra World Cancer Research Fund og American Institute for Cancer Research i 2007.

LMD mener at den foreslåtte avgrensning medfører usakelig forskjellsbehandling.

Forslag om å avgrense næringsmidler som skal omfattes av forbudet etter posisjon og varenummer i den norske tolltariffen, er problematisk

LMD vil framheve at det er en del problemstillinger som følger av at man i utkastet til forskrift har valgt å benytte tolltariffen for å avgrense forbudets vareomfang. Tolltariffen er utarbeidet med et annet formål enn dette forskriftsutkastet, og inndelingen er derfor ikke ”logisk” etter forskriftsutkastets formål. Varer med likt bruksområde, men med ulik bearbeidingsgrad og/eller kun små forskjeller i innhold, vil kunne finnes på ulike varenummer i tolltariffen. Det vil derfor være en risiko for at produkter som har samme anvendelse behandles ulikt mht om de omfattes av forskriften eller ikke. Et eksempel på dette er at ”ex 19.05 – kaker, kjeks og annet søtt bakverk” er omfattet av forskriften. Samtidig er kakemikser under ”kapittel

19.01.2010 – kakemiks i beholdere med netto innhold under 2 kg” ikke omfattet. Jf. det brede utvalget av muffinsmikser rettet mot barn (for eksempel prinsesser, Cars og Ole Brum), er det inkonsekvent og diskriminerende at den ene varekategorien er omfattet og ikke den andre.

Kun små endringer i et produkts sammensetning kan medføre at produktet faller inn under et annet varenummer i tolltariffen. Avgrensning etter varenummer i tolltariffen kan derfor medføre at produsenter gjør små endringer i varens sammensetning og dermed omgår regelverket til tross for at produktene fortsatt er like ”usunne”.

For produkter som kun produseres for det norske markedet, er det ikke gitt at produsenten er kjent med varens innplassering i tolltariffen. Videre vil det i mange tilfeller ikke være opplagt hvilket varenummer i tolltariffen varen skal innplasseres under. Dette gjelder særlig for sammensatte produkter. Dersom alle varer skal innplasseres med et varenummer i tolltariffen, vil dette kreve ekstra ressurser både hos tollmyndighetene og hos produsentene. Dette er ikke belyst i høringsbrevet.

På bakgrunn av dette mener LMD at andre kriterier enn varenummer i tolltariffen må legges til grunn for forskriftens avgrensning mht vareomfang.

Forskriftens aldersgrense på 18 år er problematisk for rettslig forutberegnelighet

Forskriftens aldersgrense for markedsføring er 18 år. Samtidig er begrepet ”rettet mot barn og unge” vanskelig å tolke. I kringkastingsloven benyttes begrepet ”spesielt rettet mot barn og unge”. Den høye aldersgrense på 18 år kombinert med en mindre presis avgrensning av målgruppe medfører problemer med hensyn til rettslig forutberegnelighet.

Forslaget vil innebære store begrensninger på markedsføring rettet mot voksne personer over 18 år, som kan tenkes også å appellere til 17 åringer. Foreliggende forskrift medfører en generell innstramning av all markedsføring av produktgruppene opplistet i forskriftens vedlegg. Det vil bli vanskelig for næringslivet å sikre at markedsføring ikke er i fare for å bryte regelverket.

Forskriftens ordlyd ”kan appellere til barn og unge” er problematisk for rettslig forutberegnelighet

Ordlyden i §5 a) slik den nå er foreslått, inkluderer at ”*de markedsførte næringsmidlene har en presentasjonsform, innhold eller utforming som kan appellere til barn og unge*”. Denne ordlyden er svært vidtrekkende. Hva som ”*kan appellere til barn og unge*” er subjektivt, og vil variere sterkt innenfor aldersspennet 0 til 18 år. Selv om det ikke er intensjonen å markedsføre et produkt mot barn og unge, vil det for mange av de berørte næringsmidlene være slik at ”*næringsmidlene har..... innhold..... som kan appellere til barn og unge*” (for eksempel sjokolade). Dette forsterkes av ordlyden i §5 e) ved at det skal vurderes om ”*barn og unge er de forventede eller faktiske mottakerne uavhengig av den uttalte målgruppen*”. Bestemmelsene slik de nå står, betyr derfor at en rekke varer som ikke er spesielt beregnet på barn og unge vil omfattes av forbudet.

Lignende problemstillinger følger også av flere av de andre kriteriene under §5, særlig som følge av at avgrensningene gjøres mht hva ”*som kan appellere til barn og unge*”.

Ordlyden i § 5 gir rom for stor utøvelse av skjønn i vurderingen av om markedsføringen er rettet mot barn og unge. Dette bidrar til stor grad av uforutsigbarhet for næringsmiddelindustrien. LMD mener at det i størst mulig grad må legges objektive kriterier til grunn for vurderingen.

Forskriften vil medføre diskriminering av norske produkter og svekket konkurranseevne for norsk næringsliv

I høringsbrevet er det lagt til grunn "at *"markedsføring"* i denne sammenheng bør forstås som et vidt begrep". Videre at dette omfatter "all virksomhet som den næringsdrivende foretar utad som er direkte knyttet til å fremme salget av eller selge (i dette tilfelle) varer til forbrukerne". Etter denne ordlyden vil norske næringsmiddelprodusenter ikke kunne foreta seg noen aktiviteter som defineres til å appellere til barn og unge for å fremme salget av egne produkter dersom en vare blir omfattet av forbudet.

De aller fleste barn og unge har tilgang til internett, og mange har også tilgang til internasjonale fjernsynskanaler og medier via internett. Barn og unge vil derfor i stor grad kunne bli utsatt for reklame for produkter fra utenlandske produsenter. Det vil også gjelde produkter som omsettes i Norge, og som omfattes av det foreslåtte markedsføringsforbudet. Dette betyr at norske produsenter får en konkurranseulempa i forhold til sine utenlandske konkurrenter.

LMD viser til at næringsmiddelindustrien er landets nest største industribransje, og at utviklingen går i retning av økt internasjonal konkurranse. Industrien har de senere årene satset betydelig på innovasjon og markedsføring av nye produkter. En slik diskriminering som det her legges opp til vil kunne få ringvirkninger for deler av bransjen og forbrukerne i form av at dette kan få betydning for industriens satsing på produktutvikling.

Faglig råd fra SIFO om å styrke frivillige retningslinjer, før eventuell lovregulering vurderes, er ikke fulgt

SIFO (Statens Institutt for Forbruksforskning) har på oppdrag av BLD evaluert de frivillige retningslinjene for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og unge. Retningslinjene ble utarbeidet av Forbrukerrådet sammen med representanter for bransjen og andre myndigheter i 2007.

SIFO konkluderer med at retningslinjene ikke har fungert tilfredsstillende, men påpeker at dette skyldes først og fremst at måten de har vært praktisert på har vært mangelfull. Det konkluderes videre med at praktiseringen må forbedres, og at dersom retningslinjene ikke fungerer tilfredsstillende tross forbedringstiltak, så kan lovregulering vurderes.

Faglig råd fra SIFO om å styrke de frivillige retningslinjene, før lovforslag fremmes, følges ikke ved fremleggelsen av foreliggende utkast til retningslinjer.

Det er ikke lagt til rette for studier som kan dokumentere eventuelle effekter av tiltaket

Høringsnotatet erkjenner at det er sviktende kunnskap om årsakssammenhenger og mulige effekter av det foreslåtte forskriftsutkast. Det påpekes også at effekten av de frivillige retningslinjene er vanskelig å vurdere fordi det ikke ble foretatt studier før og etter retningslinjene ble etablert.

I noen situasjoner, især for å trygge folkehelsen, kan det rettferdiggjøres å iverksette tiltak før årsakssammenhenger er godt dokumentert i vitenskapelige studier. I slike situasjoner er det desto viktigere å gjennomføre studier for å klargjøre om tiltakene har tiltenkt effekt. Også internasjonale handelsavtaler åpner for å kunne iverksette tiltak for å beskytte helse og miljø ved utilstrekkelig kunnskap. Det er midlertidig en forutsetning at det iverksettes studier for å skaffe til veie manglende vitenskapelig dokumentasjon. Det fremkommer ikke av høringsnotatet at det er lagt opp til slike studier.

Manglende dokumentasjon på nåsituasjonen vanskeliggjør også komparative analyser av situasjonen før- og etter tiltaket er iverksatt for å kunne dokumentere effekt av tiltaket. Gitt at tiltaket ikke har tiltenkt effekt vil det, i fravær av studier som dokumenterer virkninger, kunne bli videreført med negative samfunnsøkonomiske konsekvenser.

Det er høyst uklart om forskriften ivaretar EØS-rettslige forpliktelser

LMD finner flere mangler i vurderingen av om utkast til forskrift er i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Dette gjelder både i forhold til EØS-avtalen og sekundærlovgivningen.

Absolutt markedsføringsforbud er i strid med EØS-avtalens artikkel 11, med mindre det kan rettferdiggjøres med vern av liv og helse etter EØS-avtalens unntaksregler i artikkel 13. Det følger av rettspraksis at inngripen i EØS-avtalens grunnfriheter må tilfredsstille strenge krav som inkluderer at tiltaket må være både egnet og nødvendig for, i dette tilfelle, å beskytte mot overvekt og relaterte sykdommer i befolkningen.

LMD deler HOD og BLDs vurdering om at det er en sannsynlig sammenheng mellom markedsføring av energitett mat og drikke rettet mot barn og unge og sykdommer relatert til overvekt og fedme. Det foreslåtte tiltaket kan altså være egnet til å motvirke dette.

LMD mener imidlertid at høringsnotatet ikke viser at tiltaket er nødvendig. Det er nasjonale myndigheter som skal godtgjøre at tiltaket er nødvendig, og at målet ikke kan nås ved bruk av mindre omfattende forbud eller restriksjoner som påvirker samhandelen innenfor EØS-området i mindre grad. Jamfør diskusjon over om manglende vurdering av alternative virkemidler og fravær av vurdering av tiltakets betydning for næringslivet og samhandelen i EØS-området.

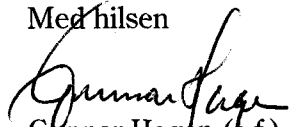
LMD stiller også spørsmål vedrørende vurderinger av om forskriften er i tråd med sekundærregelverket. Fjernsynsdirektivet er innlemmet i EØS-avtalen og vil bli erstattet av direktivet for audiovisuelle tjenester når det blir innlemmet i EØS-avtalen. Begge direktivene åpner for at et land kan etablere strengere regler for nasjonale virksomheter. Det generelle forbudet i forslag til forskrift § 4 vil komme til anvendelse også på tilbydere fra andre EØS-land, og vil derfor være i strid med fjernsynsdirektivet og direktiv om audiovisuelle tjenester når dette innlemmes i EØS-avtalen.

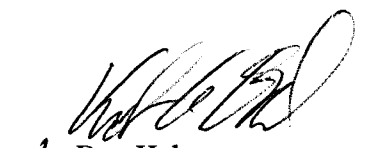
Forbudet for nasjonale virksomheter, samt sendinger som er særskilt rettet mot Norge fra andre EØS-land, vil uansett kunne være i strid med EØS-avtalen, jamfør vurdering av nødvendighetskriteriet over.

Avsluttende kommentar

Landbruks- og matdepartementet mener at den foreslåtte forskriften ikke kan fastsettes. Det forutsettes en videre prosess mellom departementene.

Med hilsen


Gunnar Hagen (e.f.)
ekspedisjonssjef


for Dag Halvorsen
fung. avdelingsdirektør