



Helse- og omsorgsdepartementet

postmottak@hod.dep.no

Vår dato 20.09.2012

Deres dato 07.06.2012

Vår referanse A-273-11939

Deres referanse 201202173/JON

Høringsuttalelse - forslag til forskrift om markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) viser til departementets forslag til forskrift om markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke. NHO dekker med sine mer enn 21 000 medlemsbedrifter de fleste bransjer. Disse sysselsetter ca 550.000 ansatte. Mange av våre bedrifter berøres av departementets forslag, særlig næringsmiddelindustrien, landbrukssektoren og reiselivssektoren, i tillegg til forhandlere av næringsmidler. Dersom forslaget blir realisert, vil det få dramatiske men også uoversiktlige konsekvenser for disse.

I tillegg til NHOs egen høringsuttalelse i saken vises det til høringsuttalelsene fra NHOs berørte landsforeninger.

NHO mener forslaget til forskrift ikke bør vedtas. For å oppsummere begrunnes dette i følgende:

- Forslaget mangler hjemmel.
- Forslaget strider mot EØS-avtalen.
- Forslaget fremstår som et totalforbud mot markedsføring av produkter og i enkelte tilfeller mot produkter.
- Forslaget til forskrift er utformet på en måte som skaper stor usikkerhet og minimal forutberegnelighet.
- Det er ikke underbygget at forskriften vil gi den ønskede effekt, nemlig å bedre folkehelsen.
- De berørte bransjenes egen selvreguleringsordning er ikke vektlagt i tilstrekkelig grad.

1. Litt om høringsprosessen

Helse- og omsorgsdepartementet sendte 7. juni 2012 ut høringsnotat med forslag til ny regulering av markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke. Saken skapte umiddelbart reaksjoner i media. Ulike næringslivsaktører berørt av forslaget kritiserte forslaget for å være unødvendig og vidtrekkende. Helseministeren bekreftet 9. juni overfor Dagens Næringsliv at forslaget kunne medføre forbud mot visse produkter. Samme dag uttalte statsministeren på Twitter at *"Nei, det er ingen god idé å forby Kinderegg. Det blir derfor heller ikke noe forbud."* Helseministeren kom deretter, fremdeles samme dag, med en pressemelding hvor det heter at *"Vi er*

opptatt av å bidra til god helse hos barn og unge, men det innebærer selvsagt ikke at vi skal forby produkter som Kinderegg, Kaptein Sabeltann Is, Happy Meal eller andre liknende produkter." Departementet ga uttalelser om tolkningen i møter i Helse- og omsorgsdepartementet 28. juni og 7. september.

Uttalelsene fra statsministeren, helseministeren og embetsverket i departementet skaper tvil om fortolkningen av utkastet til forskrift som ble sendt ut på høring. Helse- og omsorgsdepartementet har imidlertid ikke funnet grunn til å omformulere eller presisere forslaget til forskrift ved en ny skriftlig utsendelse til høringsinstansene. Dette mener NHO er uheldig, da det skaper uklarhet om hva forslaget egentlig innebærer.

Denne høringsuttalelsen tar utgangspunkt i det utsendte høringsnotatet.

2. Forslaget mangler hjemmel

På grunn av forslagens inngripende karakter i forhold til næringslivets rett til å markedsføre sine produkter, mener NHO primært at forslaget burde vært fremmet som en lovsak og dermed blitt undergitt en grundigere og bredere prosess, herunder en politisk behandling.

NHO mener dessuten at hjemmelsgrunnlaget som er valgt ikke holder. Departementet foreslår å hjemle forskriften i matloven § 10 andre ledd. Andre ledd viser gjennom formuleringen "*nærmere forskrifter*" (min understrekning) tilbake til første ledd. Det samme er eksplisitt sagt i forarbeidene. I Ot.prp. nr. 100 (2002-2003) heter det på side 143 at "*Andre ledd er en fullmaktsbestemmelse til å gi forskrifter som skal sikre at hensynene nedfelt i første ledd blir ivaretatt.*"

Matloven § 10 første ledd fastsetter at virksomhetene skal påse at "*merking, presentasjon, reklame og markedsføring er korrekt, gir mottaker tilstrekkelig informasjon og ikke er egnet til å villede*". Den foreslåtte forskriften gjelder ikke uriktig eller villedende informasjon.

§ 10 andre ledd ble vedtatt for å sikre hjemmel for å innføre et EU-direktiv som innførte begrensninger i markedsføring av morsmelktillegg. Det heter i forarbeidene til matloven at forskriftshjemmelen i § 10 må brukes med varsomhet, se Ot.prp. nr. 100 (2002-2003) side 143, men at den kan bli aktuell å bruke for enkelte andre forbud mot markedsføringstiltak fastsatt i EU-direktiver og -forordninger. Det fremstår som klart at hjemmelen ikke er ment for markedsføringsforbud som foreslått i foreliggende sak.

Matloven § 10 kan dermed ikke hjemle forslaget. Annet hjemmelsgrunnlag er ikke anført av departementet.

3. Forholdet til EØS-regelverket

NHO vil påpeke at det foreslåtte forbudet mot markedsføring av "usunn" mat og drikke til barn og unge som sådan ikke er gjort til gjenstand for harmonisert regelverk i EU. Enkelte sekundærregelverk er av relevans for forslaget, men et markedsføringsforbud slik som foreslått i høringsbrevet er *som sådan* ikke gjort til gjenstand for harmonisert regelverk i EU. Dette betyr at de generelle EØS-rettslige reglene om fri bevegelse også må vurderes. Dette kan NHO ikke se at departementet har gjort.

Slik forbudet mot markedsføring av usunn mat og drikke rettet mot barn og unge er utformet i høringsbrevet, må det anses for potensielt å ha større innvirkning på markedsadgangen for varer fra andre EØS-stater enn for innenlandske varer, og således utgjøre en hindring for handelen mellom EØS-statene som faller inn under artikkel 11 i EØS-avtalen. Et slikt markedsføringsforbud kan neppe anses for å være egnet for å oppnå formålet om å redusere fedme blant barn og unge, ei heller nødvendig i EØS-rettslig sammenheng siden de selvreguleringssystemene som industrien har utviklet må kunne sies å være et tiltak som gjøre mindre inngrep i grunnfrihetene og som samtidig er like virkningsfullt som et markedsføringsforbud.

NHO vil også påpeke at det også er tvilsomt om markedsføringsforbudet mot usunn mat og drikke overfor barn og unge er i overensstemmelse med AMT-direktivet.

Vi viser til vedlagte notat hvor de EØS-rettslikekonsekvensene av forslaget utdypes nærmere.

4. Forslagets utforming – hvordan er det å forstå?

Departementet foreslår at *"Markedsføring rettet mot barn og unge av energitette, salte og næringsfattige næringsmidler, er forbudt."* (se § 4 i utkast til forskrift).

Markedsføringsforbudet retter seg mot *"energitette, salte og næringsfattige næringsmidler"*, som listet opp i vedlegg til forskriften. NHO er usikker på om opplistingen er dekkende, herunder om betegnelsen energifattig, salt eller næringsfattig rent faktisk er korrekt for de opplistede produktene og at ikke produkter som er likeartede forskjellsbehandles. NHO Mat og Drikke har påpekt problemer i forhold til hvilke produkter som er ført opp på listen. Det vises til NHO Mat og Drikkes høringsuttalelse om dette. Det vises i denne forbindelse også til NHO Reiselivs høringsuttalelse, hvor det blant annet vises til uklarheter med hensyn til hva som menes med hurtigmat.

Det er den markedsføring som er *"rettet mot barn og unge"* som skal være forbudt etter forslaget. I § 5 eksemplifiseres hva som menes med at markedsføringen er rettet mot barn og unge i ti momenter. Det overordnede vurderingstemaet er inntatt i bestemmelsen under bokstav a: det skal vektlegges *"om markedsføringen eller de markedsførte næringsmidlene har en presentasjonsform, innhold eller utforming som kan appellere til barn og unge"*.

Det som skal vurderes er for det første om presentasjonsformen, innholdet eller utformingen *kan* appellere til barn og unge. Dette er et svært uklart vurderingstema. Derfor gis det forsøksvis veiledning for vurderingen: man skal blant annet se på den appellerende virkningen av *"språk, farger, effekter eller billedbruk"*. Dette er ikke egnet til å klargjøre. En toåring, en tolvåring og en syttenåring har ulike preferanser når det gjelder språk, farger, effekter og billedbruk. Skal man ta hensyn til hva som appellerer til alle barn og unge, som departementet altså definerer som personer under 18 år (se § 3 bokstav a), blir det knapt noe spillerom tilbake. Enda mindre spillerom blir det når det ikke er tilstrekkelig å se hen til hva man vet virker appellerende overfor denne store gruppen personer, men man skal også ta høyde for hva som *kan* tenkes å virke appellerende. Svært mye av det som virker appellerende på voksne vil virke appellerende på barn, og i alle fall på ungdommer på 17 år.

For det andre må det fastslås at § 5 bokstav a ikke bare rammer selve markedsføringen, men også produktene selv (*"de markedsførte næringsmidlene"*). Det betyr at produktene og deres emballasje

kan bli vurdert å ha en presentasjonsform, innhold eller utforming som gjør at de må endres for å gå klar av markedsføringsforbudet. Hvordan produktene og emballasjen skal kunne se ut, må avgjøres etter de lite klargjørende kriteriene gjennomgått like ovenfor. Dette er tilnærmet umulig å forholde seg til.

De andre momentene som listes opp i § 5 bidrar ikke til å klargjøre hvor grensene går for hva som skal være tillatt etter den foreslåtte forskriften. For eksempel er det ikke enkelt å se grensene for hva som er *"steder som er populære blant barn og unge"*, se § 5 bokstav j. Et særlig problem oppstår i forhold til momentet i § 5 bokstav i, som gjelder bruk av konkurranser, leker eller spill. Sammenholdt med resten av forskriften kan dette i effekt innebære et totalforbud mot tilleggsytelser. Dette vil også på selvstendig grunnlag kunne være i strid med EØS-avtalen. Det vises i den forbindelse til at departementet under arbeidet med ny markedsføringslov eksplisitt lot være å innføre totalforbud mot tilleggsytelser mot barn nettopp av denne grunn, se Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) side 107. Dette spørsmålet synes ikke å være vurdert av departementet.

Oppsummeringsvis må det konstateres at den foreslåtte forskriften gir svært liten veiledning med hensyn til omfanget av markedsføringsforbudet. Forutberegneligheten er fullstendig fraværende. Forbudet synes å være altomfattende.

§ 6 i utkast til forskrift vises det til matlovens sanksjonsbestemmelse (§ 23), som skal gjelde for overtredelser av forskriften. Helsedirektoratet kan fatte *"nødvendige vedtak ... herunder forby import, eksport og omsetning eller pålegge tilbaketrekning fra markedet ..."* Disse tiltakene går på produktene som markedsføres, selv om det kun er *markedsføringen* som etter ordlyden kan være i strid med forskriften. Dette underbygger inntrykket av at departementet reelt sett foreslår både et markedsføringsforbud og et produktforbud.

NHO ønsker også å knytte noen kommentarer til valg av tilsynsmyndighet. I forskriften utpekes Helsedirektoratet som tilsynsmyndighet. For etterlevelsen av dagens bestemmelser i matloven er Mattilsynet tilsynsmyndighet. For de delvis overlappende regelverkene i kringkastingsloven og markedsføringsloven er Forbrukerombudet tilsynsmyndighet. Det betyr at tre ulike tilsynsmyndigheter kan være involvert for ett og samme tilfelle, noe som kan skape uklare ansvarsforhold. For næringslivet er dette vanskelig og kostnadskrevende å forholde seg til. Det fremstår heller ikke som en optimal organisering for det offentlige.

5. Behov for regelverksinitiativet?

Det underliggende formalet med forslaget til markedsføringsforbud er å bedre folkehelsen. Dette er uttalt i høringsnotatet og det fremgår dessuten av det anførte hjemmelsgrunnlaget for den foreslåtte forskriften. I matlovens formålsbestemmelse heter det at *"Formålet med loven er å sikre helsemessig trygge næringsmidler og fremme helse, kvalitet og forbrukerhensyn..."*

Høringsnotatet viser til store helsemessige utfordringer knyttet til kostholdet. Det vises til at sunt og variert kosthold kan redusere risikoen for å pådra seg en rekke sykdommer. Det pekes videre på at usunne kostvaner og for lite fysisk aktivitet har sammenheng med overvekt- og fedmeproblemer. Det er ikke vanskelig å være enig i at dette er aktuelle utfordringer. NHO etterlyser imidlertid en nærmere analyse av hvorvidt det foreslåtte markedsføringsforbudet vil være et egnet virkemiddel for å bedre folkehelsen.

Det er sparsomt med undersøkelser for hvordan et markedsføringsforbud vil virke i praksis. Dette erkjennes av departementet, som imidlertid viser til undersøkelser fra Storbritannia og Canada. Overføringsverdien av disse undersøkelsene fra andre land til Norge er tvilsom. En vesentlig grunn til dette er at det helsemessige utgangspunktet er svært ulikt. I høringsuttalelsen fra NHO Mat og Drikke vises det til flere undersøkelser som viser at overvekt- og fedmeproblemene i Norge er langt mindre utbredt enn i andre land.

Norsk lovgivning har dessuten i flere år inneholdt generelle restriksjoner på markedsføring rettet mot barn. Det vises til kringkastingslovens forbud i § 3-1 mot reklameinnslag i tilknytning til barneprogram samt at det sendes reklameinnslag særlig rettet mot barn. Markedsføringsloven regulerer også markedsføring rettet mot barn, og forbyr i § 20 direkte kjøpsoppfordringer rettet mot barn eller oppfordringer til å mase på foreldre eller andre voksne om å kjøpe bestemte produkter. Markedsføringsloven og kringkastingslovens forbud rammer også markedsføring av det departementet definerer som usunn mat og drikke i høringsnotatet. Det vil være et betydelig regelverksoverlapp.

Regjeringen har i *Handlingsplan for bedre kosthold i befolkningen (2007-2011)* sagt at eventuelle lovgivningsinitiativ må sees opp mot selvreguleringsordninger: "*Spørsmålet om lovregulering kan være egnet for å begrense markedsføring av usunne produkter av mat og drikke overfor barn og unge skal utredes. I en utredning av et forbud mot eller innstramming vedrørende markedsføring av usunn mat overfor barn og unge, bør det tas stilling til om det er behov for en lovendring, hvilken lov en eventuell regulering bør hjemles i, hvordan bestemmelsen kan utformes, samt hvem som skal ha ansvar for håndheving og tilsyn. Tiltaket må vurderes opp mot resultater av selvregulering, jf. Forbrukerrådets initiativ om å utvikle retningslinjer*".

I 2007 tok næringsmiddelindustrien et selvreguleringsinitiativ ved utarbeidelsen av *Retningslinjer for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og unge*. Forbrukerrådet var blant pådriverne for dette initiativet. En lang rekke selskaper og andre aktører i tilknytning til næringsmiddelbransjen har sluttet seg til retningslinjene.

Departementet viser til at de aktørene som har sluttet seg til retningslinjene står for mer enn 65 % av all markedsføring av mat og drikke i Norge. Dette viser en betydelig oppslutning om selvreguleringsordningen. Det er grunn til å forvente ytterligere oppslutning om retningslinjene når de har fått virke i ennå lenger tid.

NHO viser for øvrig til ANFO, som hevder at oppslutningen i dag er enda større (over 90 %). NHO har dessuten registrert at berørte bransjer, også overfor departementet, har uttrykt sterk vilje til å styrke selvreguleringen.

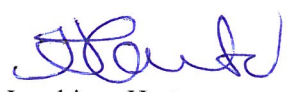
NHO er kjent med at departementet helt nylig har tatt initiativ overfor berørte bransjer for å diskutere hvordan selvreguleringsordningen kan styrkes. Dette, som må vi vurderer som oppfølging av regjeringens nevnte handlingsplan, hilser NHO velkommen.

NHO mener at departementet hverken har begrunnet eller underbygget at forslaget om markedsføringsforbud vil få den virkningen man ønsker å oppnå. Det er i den forbindelse også tatt for lite hensyn til de bidrag eksisterende regelverk og andre tiltak gir i bestrebelsene for å bedre folkehelsen. Om forslaget gjennomføres vil det være svært inngripende for næringslivet som berøres. Jo mer inngripende et regelverksforslag er, jo større krav må det kunne stilles til begrunnelse. Begrunnelsen i høringsnotatet er mangelfull, og NHO mener derfor at forslaget ikke bør gjennomføres..

Vennlig hilsen
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON



Petter Haas Brubakk
Fungerende administrerende direktør



Ingebjørg Harto
Avdelingsdirektør, Næringsjuridisk avdeling

Vedlegg: notat med nærmere vurdering av EØS-rettslige sider av saken

Til: Helse- og omsorgsdepartementet

Fra: NHO

Dato: 20. september 2012

Sak: Vedlegg til høringsuttalelse om ny regulering av markedsføring rette mot barn og unge av usunn mat og drikke. Forholdet til EØS-retten

1. Forholdet til EØS-retten - innledende bemerkninger

I høringsbrevet er det vedlagt en EØS-rettslig vurdering, jf. pkt. 3 i den juridiske vurderingen. Der heter det at på områder der EU har fastsatt harmonisert regelverk i form av forordninger eller direktiver, vil det harmoniserte regelverket gå foran de generelle EØS-rettslige prinsippene. Videre heter det at dette innebærer at dersom markedsføring av "usunn" mat og drikke til barn og unge er gjort til gjenstand for harmonisert EØS-rettslige regulering, må norske myndigheters handlingsrom bedømmes på grunnlag av det aktuelle harmoniserte regelverket, og dersom EU ikke har fastsatt harmonisert regelverk om dette, vil de EØS-rettslige rammene følge av de generelle EØS-rettslige prinsippene.

NHO vil påpeke at det foreslåtte forbudet mot markedsføring av "usunn" mat og drikke til barn og unge som sådan ikke er gjort til gjenstand for harmonisert regelverk i EU. Enkelte sekundærregelverk er av relevans for forslaget, men et markedsføringsforbud slik som foreslått i høringsbrevet er *som sådan* ikke gjort til gjenstand for harmonisert regelverk i EU. Dette betyr at de generelle EØS-rettslige reglene om fri bevegelighet også må vurderes. Dette kan NHO ikke se at departementet har gjort. En slik vurdering savnes også i forholdt til det relevante sekundærregelverket som utgjør minimumsharmonisering, noe som er påkrevet når regelverket ikke harmoniserer fullt ut det materielle innholdet. Det vises bl.a. her til EFTA-domstolens sak E-2/11, STX, der domstolen uttaler at der direktivene ikke harmoniserer det materielle innholdet av de obligatoriske reglene for minimumsharmonisering, må de nasjonale reglene også vurderes i lys av EØS-avtalens generelle regler, eller etter omstendighetene prøves særskilt opp mot traktatens bestemmelser før det eventuelt kan konkluderes med at reglene er forenlig med EØS-retten.

NHO vil derfor understreke at høringsforslaget er mangelfullt utredet i forhold til EØS-retten. Dette kommenteres nærmere under.

2. Markedsføringsforbudet – EØS-rettslig plassering

EØS-rettslig er det avgjørende å kartlegge *rekkevidden* av det foreslåtte forbudet opp mot forbudet mot importrestriksjoner i EØS-avtalen artikkel 11. Dette har betydning i forhold til muligheten til å rettferdiggjøre et tiltak som faller inn under bestemmelsen. På generelt

grunnlag kan det sies at utformingen av forbudet er svært uklart, og reiser en rekke rettslige og praktiske problemstillinger.

I utkast til forskrift om markedsføring av næringsmidler rettet mot barn og unge heter det i § 4:

«Markedsføring rettet mot barn og unge av energitette, salte og næringsfattige næringsmidler, er forbudt. Disse næringsmidlene er definert i vedlegget.»

I utkastet § 3 bokstav b) defineres markedsføring slik:

«Enhver handling foretatt i næringsvirksomhet for å fremme omsetning av næringsmidler overfor forbrukere.»

Etter ordlyden i definisjonen er altså *enhver handling* for å fremme *omsetning* av de bestemte næringsmidlene forbudt. En mulig tolkning av denne definisjonen er at handlinger for å fremme *salg* av slike næringsmidler, er forbudt. Med andre ord kan det synes som om forbudet i realiteten skal hindre eller begrense næringsmidlenes adgang til markedet, og at det er tale om omsetningsbegrensninger av næringsmidler som er beregnet både på voksne og barn. Departementet har i ettertid i en skriftlig pressemelding, samt i et ekstraordinært møte presisert at forbudet ikke er ment å skulle «forby produkter som Kinderegg,... mv». Pressemeldingen sammenholdt med ordlyden i forslaget innebærer at det fortsatt er uklart hvordan forslaget skal gjennomføres i praksis. Dersom man skal oppfatte dette dithen at det ikke er meningen å innføre begrensninger i *markedsadgangen* av de næringsmidlene som omfattes av vedlegget, vil NHO imidlertid påpeke at omfattende reklame og markedsføringsforbud rettslig sett kan anses for å hindre, eller sterkt begrense, produkters markedstilgang, og allerede av den grunn må betraktes som en importrestriksjon.

Departementet bør klargjøre nærmere innholdet og utformingen av det foreslåtte forbudet.

3. EØS-avtalen artikkel 11 og 13

Et tiltak som regulerer nærmere næringsmidlenes omsetning på det norske markedet omfattes av EØS-avtalen artikkel 11 dersom det rent faktisk foreligger en eller annen form for forskjellsbehandling.

Etter ordlyden kan det synes som om forslaget ikke bare er et forbud mot ren reklame, men også dekke det å ha muligheten til å tilby slike produkter for salg i butikk der noen under 18 år utsettes for slik markedsføring. Det kan igjen reise spørsmål om forbudet i realiteten setter begrensninger til de næringsdrivendes mulighet til *utforming* av produktene (produktkrav), enten i form av en spesiell emballasje der for eksempel all skrift og bilde utover det som anses som nødvendig blir forbudt ("plain-packaging" eller lignende, merking), eller om forbudet i praksis vil innebære en form for skjermet salg eller synlig oppstilling av varene slik at barn og unge under 18 år ikke blir eksponert for næringsmidlene, eller om det i praksis er en kombinasjon av disse to. Førstnevnte anses som en importrestriksjon. Sistnevnte er et spørsmål om forbudet i realiteten forbyr eller begrenser "bestemte former for salg", og som EØS-rettslig begrenser rekkevidden av forbudet mot importrestriksjoner. Disse temaene er helt fraværende i høringsbrevet. Det eneste stedet dette er kommentert er under møtet den 28. juni der "innpakning" ble nevnt, men ikke kommentert ytterligere fra departementet. NHO vil påpeke at dette på ingen måte er tilfredsstillende i en høringsprosess, og oppfyller ikke

kravene til utforming av et høringsbrev. Det er derfor vanskelig å vurdere dette mer inngående, men følgende kan likevel pekes på:

Det er på det rene at regulering av reklame og andre markedsføringstiltak må anses som restriksjoner på bestemte former for salg¹.

Det avgjørende blir om forbudet så vel rettslig som faktisk påvirker omsetningen av produkter fremstilt innenlands og varer fra andre medlemsstater på samme måte. Det foreligger neppe noen rettslig forskjellsbehandling mellom innenlandske og utenlandske produkter fordi forbudet mot markedsføring gjelder for alle næringsdrivende på det aktuelle markedet og berører alle produkter på samme måte. Spørsmålet er om det foreligger faktisk forskjellsbehandling. NHO vil påpeke at et markedsføringsforbud som det foreslåtte vil kunne medføre større ulempe for markedsadgangen for importvarer enn for norske varer som forbrukerne umiddelbart er bedre kjent med. Forbudet vil kunne føre til at utenlandske næringsdrivende vil måtte operere med forskjellige salgsmetoder avhengig av om de skal selge på det norske markedet eller ikke, og innebærer et fordyrende element for produsenten.

Det kan også stilles spørsmål om det foreslåtte markedsføringsforbudet i praksis innebærer et forbud mot tilgift. For å avgjøre dette nærmere må man foreta en sondering på hvorledes forbudet vil påvirke markedsadgangen. Høringsbrevet har få opplysninger til å vurdere dette på en skikkelig måte, men NHO vil på generelt grunnlag påpeke at et tilgiftsforbud kan tvinge importørene til å måtte bruke forskjellig emballasje, med og uten tilgiftstilbudet, avhengig av hvor varen skal omsettes.

Under de foreliggende omstendigheter må et generelt forbud mot markedsføring av usunn mat og drikke rettet mot barn og unge anses for potensielt å ha større innvirkning på markedsadgangen for varer fra andre EØS-stater enn for innenlandske varer, og således utgjøre en hindring for handelen mellom EØS-statene som faller inn under artikkel 11 i EØS-avtalen.

Det foreslåtte markedsføringsforbudet er begrunnet i hensynet til folkehelsen, og er et anerkjent legitimt hensyn under artikkel 13 i EØS-avtalen som et mulig grunnlag for unntak fra prinsippene om fri bevegelse for varer. Slik NHO tolker formålet bak høringsforslaget, er formålet å redusere fedme blant barn og unge. Departementet synes flere steder å bomme på dette siden det sies en rekke steder at formålet er bedre beskyttelse mot markedsføring av usunn mat og drikke. Dette medfører igjen at den forsøksvise forholdsmessighetsvurderingen blir upresis, og flere steder gal.

Det er på det rene at artikkel 13 må tolkes strengt, ettersom det utgjør unntak fra det grunnleggende utgangspunktet om at alle hindringer for den frie bevegelse mellom EØS-statene må fjernes. Selv om det tilkommer regjeringen å avgjøre hvilket beskyttelsesnivå de ønsker å opprettholde for folkehelsen for barn og unge, samt hvilke virkemidler denne beskyttelsen skal oppnås igjennom, kan regjeringen likevel bare gjøre dette innenfor EØS-avtalens rammer, herunder at forholdsmessighetsprinsippet overholdes. Dette innebærer at de tiltak som velges (markedsføringsforbudet) må være forholdsmessige i forhold til den målsettingen som forfølges. De aktuelle tiltakene må i tillegg være *egnet* til å oppnå målsettingen, og videre må den samme målsettingen ikke like effektivt kunne oppnås ved

¹ Se bl.a. forente saker C-34/95, C-35/95 og C-36/95, de Agostini, sak C-405/98, Gourmet

tiltak som i mindre grad hindrer handelen innenfor EØS-samarbeidsområdet (nødvendighetsvurderingen).

I forhold til spørsmålet om markedsføringsforbudet kan anses som et *egnet* tiltak i EØS-rettslig sammenheng, må tiltaket vurderes kontekstuel og konkret. Spørsmålet er om forbud mot markedsføring må kunne antas å ha den virkning at fedme hos barn og unge reduseres gitt de øvrige rettslige og faktiske omstendighetene som gjør seg gjeldende. I nyere rettspraksis har dette blitt formulert som et krav om at tiltaket på en "sammenhengende og systematisk" måte² må bidra til måloppnåelsen. Det avgjørende blir om mangel på sammenheng eller konsekvens i lovgivningen og praksis er til hinder for måloppnåelsen om å redusere fedme. Slik NHO ser det har ikke departementet forsøkt å godtgjøre sammenhengen mellom markedsføring og fedme. Tvert i mot sies det i høringsbrevet at "en del vitenskapelige sammenhenger er det vanskelig eller umulig å finne svar på gjennom empiriske studier. Sammenhengen mellom markedsføring av "usunn" mat og drikke til barn og unge, er et eksempel på dette". Videre sies det at det statistisk er en sterk sammenheng mellom eksponering for TV-reklame og fedme blant barn, men at man ikke kan utelukke alternative forklaringer til en slik sammenheng, og dermed ikke kan konkludere med en årsakssammenheng mellom de to faktorene. NHO vil påpeke at det også finnes studier som viser at det ikke er sammenheng mellom eksponering av markedsføring av usunn mat og drikke og overvekt blant barn og unge³. På bakgrunn av dette må det konkluderes med at det foreslåtte markedsføringsforbudet ikke kan anses å være et egnet tiltak EØS-rettslig.

Om et markedsføringsforbud kan sies å være *nødvendig* er et spørsmål om det finnes andre alternative tiltak som ville være like virkningsfullt som middel for å redusere fedme blant barn og unge, men som vil gjøre mindre inngrep i grunnfrihetene, med andre ord om hensynet til folkehelsen i dette tilfellet *bare* kan oppnås med et markedsføringsforbud.

Her er det grunn til å fremheve de selvreguleringssystemene som industrien har utviklet som det mest åpenbare og realistiske alternative tiltaket i denne sammenheng for å redusere fedme blant unge. På generelt grunnlag vil NHO presisere at de frivillige retningslinjene ikke nødvendigvis behøver å være like virkningsfulle som et markedsføringsforbud, så lenge de er virkningsfullt nok. Det er tilstrekkelig at retningslinjene vil ha den virkningen at formålet om å redusere fedme blant barn og unge oppnås – også dersom markedsføringsforbudet skulle være bevist å være enda mer virkningsfullt og gi en enda bedre beskyttelse. Det er altså ikke markedsføringsforbudets faktiske virkning som er målestokken, men den målsetningen som dette tiltaket sikter til å oppnå⁴.

De frivillige retningslinjene ble etablert i 2007. I 2010 ble ca. 65 % av all markedsføring for mat og drikke i Norge gjennomført av aktører som var tilsluttet retningslinjene. I høringsforslaget synes det som om både departementet og arbeidsgruppen som har evaluert de frivillige retningslinjene er av den oppfatning at slike retningslinjer vil kunne bidra til å oppnå formålet – om enn i innskjerpet tilstand. Departementet konkluderer også med at "Dersom alle relevante aktører forplikter seg, vil selvregulering sikre like stor oppslutning om regelverket som lov- og forskriftsregulering". I tillegg kommer at departementet også synes å innrømme at de frivillige retningslinjene er et egnet tiltak for å oppnå formålet, og at dette ikke utelukkes som en mulighet å få til gjennom forhandlinger med bransjen.

² Se f.eks. sak C-28/09, Kommisjonen mot Østerrike

³ Se for eksempel IOTF obesity figures and Consumers International data on advertising

⁴ Se for eksempel sak E-3/06, Ladbrokes

Hensynet til generelle og praktikable regler synes å ha vært førende for departementet, og en ukomplisert løsning for å oppnå et formål. Selv om det ikke er noe krav om at departementet skal velge spesielle og kompliserte alternativer, kan hensynet til statens forvaltningsmessige behov kun anføres som støtteargument der også andre grunner tilsier at kravet til nødvendighet kan anses oppfylt. Det påpekes særskilt at rettspraksis har gjennomgående vist til at hensynet til både forutberegnelighet og praktisk anvendelighet for markedsaktørene må tillegges stor vekt⁵.

Det fremstår for NHO som nokså klart at det neppe kan heves at formålet om redusere fedme blant barn og unge *bare* kan oppnås med et markedsføringsforbud.

Oppsummeringsvis må det derfor konkluderes med at det foreslåtte markedsføringsforbudet ikke kan anses å være nødvendig for å oppnå formålet om å redusere fedme blant barn og unge, og at der derfor er i strid med EØS-avtalen artikkel 13.

4. Særlig om forholdet til AMT-direktivet om audiovisuelle mediatjenester inkludert TV-virksomhet

EØS-komiteen vedtok 15. juni i år å innlemme AMT-direktivet i EØS-avtalen. Norge tok forbehold etter artikkel 103 i EØS-avtalen, og direktivet er dermed ikke i kraft før Stortinget har gitt sitt samtykke. Dette ventes imidlertid å skje innen årsskiftet.

Direktivet er en kodifisering av det opprinnelige TV-direktivet fra 1989 (fjernsyn uten grenser) og senere endringer av dette. TV-direktivets formål er å sikre uendret videresending av fjernsynssendinger over landegrensene innenfor EU/EØS-området. Sendingene må være i samsvar med visse minimumskrav til bl.a. omfang av og innhold i reklame, sponing og beskyttelse av mindreårige. Det enkelte medlemsland kan fastsette mer detaljerte eller strengere regler for de kringkastingsselskap som hører under deres jurisdiksjon forutsatt at disse er i overensstemmelse med EU-retten, jf. artikkel 4. Det etableres videre en prosedyre for å håndtere rettede sendinger på kringkastingsområdet. Prosedyrene er basert på en konsultasjonsordning som ikke leder til bindende tiltak overfor kringkastere. Denne suppleres med en prosedyre for bindende tiltak fra mottakerlandets side i omgåelsestilfelle. Direktivet forplikter også medlemslandene til å vurdere å innføre selv- eller co-reguleringsordninger på visse områder.

Hovedregelen i artikkel 4 er altså at medlemslandene kan fastsette mer detaljerte og strengere regler for sine kringkastingsselskap forutsatt at reglene er i overensstemmelse med EU/EØS-retten. Norge har allerede enkelte slike regler, for eksempel forbudet mot alkoholreklame. Det samme vil gjelde et markedsføringsforbud som det foreslåtte. For å være i overensstemmelse med direktivet må forbudet altså være innenfor rammen av de generelle EØS-rettslige reglene. En slik vurdering er helt fraværende i høringsbrevet fra departementet der det kort konkluderes med at " Det legges til grunn at et forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke er både egnet og nødvendig for å oppnå den beskyttelse av folkehelsen som Norge ønsker. Direktivets minimumskrav vil ikke i tilstrekkelig grad kunne beskytte folkehelsen på samme måte. Det nye norske markedsføringsforbudet i alle media under norsk jurisdiksjon vil således være i samsvar med AMT-direktivet".

⁵ Se sak C-142/05, Mickelsson og Ros

NHO vil påpeke at direktivets anvisning på en konsultasjonsordning overhodet ikke er vurdert i høringen, ei heller direktivets forpliktelser til å oppmuntre til å innføre selvreguleringsordninger. Som påpekt ovenfor er dette alternative – og mindre inngripende tiltak – som medlemslandene skal vurdere hensiktsmessigheten av, og som departementet ikke har gjort. I lys av vurderingen over, vil NHO påpeke at det er tvilsomt om markedsføringsforbudet mot usunn mat og drikke overfor barn og unge er i overensstemmelse med AMT-direktivet.