

Helse og omsorgsdepartementet

Skøyen, 21. september 2012

Postboks 8011 Dep
0030 Oslo

Deres ref nr 201202173/JON

Høringsuttalelse – forslag til ny regulering av markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke

Vi viser til Helse- og omsorgsdepartementets forslag til regulering av markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke, datert 7. juni d.å.

Orkla ASA avgir herved høringsuttalelse i sakens anledning. Som vedlegg til høringsuttalelsen oversendes også to utredninger fra advokatfirmaet Schjødt, "*Legalitetsvurdering*" og "*EØS-rettslig vurdering*", samt "*Gjennomgang av kunnskapsgrunnlag og samfunnsøkonomisk analyse*" fra analyseselskapet DAMVAD.

Med vennlig hilsen,
Orkla ASA



Håkon Mageli
Konserndirektør
kommunikasjon og
corporate affairs



Karl Otto Tveter
Konserndirektør
legal affairs

Postadresse:
Orkla ASA

Postboks 423, Skøyen
0213 Oslo

Besøksadresse:

Karenslyst allé 6
0278 Oslo

Telefon 22 54 40 00
Telefaks 22 54 44 92

Foretaksregisteret
NO 910747 711 MVA

Høringsuttalelse – forslag til ny regulering av markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke

Innhold:

1	Innledning og presisering av forutsetninger for høringssvaret	2
2	Oppsummering og overordnet målsetning	3
3	Forslaget vil i praksis være et totalforbud mot markedsføring og vil virke begrensende på innovasjonen	3
3.1	I praksis er forslaget et totalforbud mot markedsføring av ”usunn” mat.....	3
3.2	Forslaget vil virke innovasjonshemmende	6
4	Forslaget bør trekkes	6
4.1	Ingen årsakssammenheng mellom fedme og markedsføring	6
4.2	Regelinnstramming (lov eller forskrift) er ikke nødvendig i Norge	10
4.2.1	Kritikk av konklusjonen om at markedsføring rettet mot barn er et problem i Norge .	10
4.2.2	Annerledes situasjon i Norge enn i USA / andre land.....	11
4.2.3	Norsk regelverk er allerede strengt	11
4.3	Regulering i form av lov eller forskrift vil ikke gi ønsket effekt på folkehelsen	12
4.4	Selvregulering	13
4.4.1	WHO anbefaler selvregulering.....	14
4.4.2	Funksjonen av selvregulering	15
4.5	Mangelfull samfunnsøkonomisk analyse	16
4.5.1	En særnorsk regulering vil ha konkurransevridende konsekvenser, og vil gi tapte markedsandeler for norske selskaper	16
4.5.2	Kostnader forbundet med redusert innovasjon	17
4.5.3	Kostnader forbundet med tolkning av regelverket	17
4.6	Forslaget er i strid med EØS-avtalen	17
5	Forslaget til forskrift har ikke hjemmel	18
5.1	Legalitetsprinsippet som skranke.....	19
5.2	Matloven § 10 annet ledd gir ikke hjemmel for forskriften	20
5.2.1	Ordlyden og sammenhengen i hele § 10.....	20
5.2.2	Formålet med bestemmelsen.....	20
5.2.3	Bestemmelsens tilblivelseshistorie og forarbeider.....	21
6	Konkrete kommentarer til forslaget	21
6.1	”Markedsføring”	21
6.2	”Barn”	22
6.3	”Rettet mot”	23
6.4	Energitette, salte og næringsfattige næringsmidler	24
6.5	Tilsynsorgan	24
6.6	Sanksjonsmidler – tilbaketrekking.....	25
6.7	Håndhevingsproblemer – forskjellsbehandling.....	25
6.8	Forslaget er en gjeninnføring av tilgiftsforbudet, hvilket er i strid med totalharmoniseringsdirektivet om urimelig handelspraksis.....	26
6.9	Overgangsregler	26

1 Innledning og presisering av forutsetninger for høringsvaret

Helse- og omsorgsdepartementet, i samarbeid med Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (heretter "Departementene"), har ved høringsbrev datert 7. juni i år sendt på høring et forslag til regulering av markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke. Orkla Foods (en organisatorisk forretningsenhet i Orkla ASA), samt to av Orklas datterselskaper – Nidar AS og det svenske Procordia Food AB – er invitert til å komme med merknader til høringsnotatet. Forslaget vil potensielt kunne ramme flere av Orklas datterselskaper, og denne høringsuttalelsen avgis på vegne av Orkla ASA med datterselskaper.

Orkla er Nordens ledende merkevarekonsern og den største private leverandøren til norsk dagligvare og storhusholdning. Orkla har i dag virksomhet innen merkevarer, aluminiumsløsninger og finansielle investeringer. Konsernets strategiske fokus er vekst innen merkevarer. Konsernet har 30 000 ansatte i mer enn 40 land, og en omsetning på 61 milliarder kroner, hvorav 18 % i Norge og ca. 40 % i Norden. I Norge har Orkla merkevareselskaper som Stabburet, Nidar, KiMs Norge, Sætre, Axellus, Lilleborg og Pierre Robert Group – de to sistnevnte påvirkes ikke av forslaget om markedsføringsforbud.

Forskriftsforslaget – slik det foreligger – er i praksis et totalforbud mot markedsføring av det som i vedlegg til høringsnotatet defineres som usunne produkter (heretter omtalt som "usunne" produkter), hvilket vi kommer nærmere tilbake til nedenfor. Det er ingen annen måte å tolke utkastet på enn at det er et totalforbud.

Departementene har muntlig, og også i referatet fra høringsmøtet 7. september, angitt at forslaget er ment mindre omfattende enn det er presentert, blant annet skal produksjon og salg ikke rammes, vanlig emballasje vil ikke bli berørt av forslaget, og forslaget innebærer ikke noe generelt forbud mot sponsing. Dette er kun presiseringer av hva Departementene har *ment*; det er ikke gjort endringer i selve forskriftsteksten. Ved senere praktisering av det vedtatte regelverket er det intet som bindende hindrer forvaltningsmyndigheten fra å forvalte regelverket så omfattende som det faktisk gir adgang til – og som er noe annet enn det som ble argumentert for i mediene i prosessen som ledet frem til forslaget til regelverk. Vi har derfor valgt å forholde oss til det skriftlige høringsnotatet slik det er presentert.

Vi synes det er svært uheldig at det er et forskriftsutkast på høring som ikke er dekkende for hva Departementene egentlig mener. Hvis Departementene vurderer å gjøre endringer i selve forskriftsteksten for å få en mindre omfattende regulering, ber vi om at denne også sendes på høring. Prosessen rundt det foreslåtte utkastet har vist at Departementene ikke har vært oppmerksomme på en rekke av de praktiske implikasjonene forskriftsforslaget har. Også en mindre omfattende forskrift kan ha praktiske konsekvenser som Departementene ikke forutser, og vi mener derfor at det er helt nødvendig å ha en høringsrunde på en eventuelt revidert lov- eller forskriftstekst.

Som en del av forberedelsene til Orklas høringsuttalelse har vi innhentet ekstern hjelp til å utrede enkelte problemstillinger. Blant annet er det laget to juridiske betenkninger og én gjennomgang av kunnskapsgrunnlag og samfunnsøkonomisk analyse. Advokat dr juris Olav Kolstad (tidligere professor ved juridisk fakultet, Universitetet i Oslo) i advokatfirmaet Schjødt har utarbeidet en betenkning omkring den EØS-rettslige vurderingen av forskriftsutkastet. Advokat PhD Hugo P. Matre (tidligere førsteamanuensis ved juridisk fakultet, Universitetet i Bergen) og advokat Vidar Strømme i advokatfirmaet Schjødt har gjort en legalitetsvurdering av forskriften. Analyseselskapet DAMVAD har

undersøkt de faglige begrunnelsene som ligger til grunn for forslaget til forskrift. Alle disse rapportene vedlegges vårt høringsvar.

2 Oppsummering og overordnet målsetning

Vi er enige i den første anbefalingen i WHO's "Set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children" fra 2010:

"The policy aim should be to reduce the impact on children of marketing of foods high in saturated fats, trans-fatty acids, free sugars, or salt."

Essensen i denne anbefalingen var også årsaken til at bransjen utviklet frivillige norske retningslinjer for markedsføring rettet mot barn i 2007.

Vi er også enige i at overvekt og fedme og relaterte ikke-smittsomme sykdommer er et stort samfunnsproblem. **Som bransje generelt og konsern spesielt er vi en del av løsningen på dette problemet, sammen med andre interessenter, som myndigheter, forbrukere, utdanningsinstitusjoner og frivillige organisasjoner.** Næringsmiddelindustriens bidrag er å utvikle produkter med mindre mettet fett, sukker og salt, gi god informasjon om produkter og drive ansvarlig markedsføring.

Vi er imidlertid *ikke* enige i at løsningen på fedmeproblemet er å innføre et markedsføringsforbud for "usunn" mat og drikke.

Vi mener prinsipalt at dette forslaget må trekkes tilbake. Dette begrunner vi i pkt 4. Forslaget strider mot EØS-avtalen – det er ikke proporsjonalt, og det vil ikke virke – og kan ikke gjennomføres som foreslått. Det er ikke sannsynliggjort at forslaget kommer til å påvirke forekomsten av fedme og kostholdsrelaterte sykdommer eller at forslaget for øvrig vil virke etter hensikten. Forslagets vitenskapelige fundament er mangelfullt, og relevant forskning nevnes ikke. Forslaget har alvorlige konkurransevridende konsekvenser, som setter norske arbeidsplasser i fare. Forslaget vil i praksis være et totalforbud mot markedsføring innenfor de relevante produktkategorier. Et slikt forbud virker hemmende på innovasjonen og således mot sin hensikt, hvilket vi forklarer nærmere i pkt 3.

Subsidiært mener vi at forslaget ikke har hjemmel i matloven og derfor ikke kan gjennomføres som forskrift. Et forbud mot markedsføring begrunnet i helsemessige formål må eventuelt gjennomføres som lov, med de krav til saksbehandling som en lovgivningsprosess stiller. Dette gjennomgås nærmere i pkt 5. Dersom det skal innføres en lov som begrenser adgangen til å markedsføre "usunn" mat til barn og unge, må loven være langt mindre omfattende enn det som er foreslått i høringsnotatet – se nærmere om dette i pkt 6.

Departementene bør vurdere å videreutvikle de frivillige retningslinjene sammen med bransjen, herunder vurdere tilsyn og sanksjonsmuligheter.

3 Forslaget vil i praksis være et totalforbud mot markedsføring og vil virke begrensende på innovasjonen

3.1 I praksis er forslaget et totalforbud mot markedsføring av "usunn" mat

Det foreslåtte forbudet er svært vidtrekkende. Det er så omfattende at det i praksis vil være et totalforbud mot markedsføring av "usunn" mat. Både "markedsføring" i § 3 b, "barn og unge" i § 3 a, og "rettet mot" i § 5 er definert så bredt at det omfatter all form for "markedsføring" (å fremby selve

produktet er også "markedsføring") som *kan appellere til* unge under 18 år, eller som unge under 18 år er *faktiske mottakere av*.

Departementene har foreslått en forbudsbestemmelse i § 4. Det som er rettet mot unge under 18 år er *forbudt*. Det skal ikke vurderes nærmere om det likevel er rimelig – det er *forbudt*. De næringsdrivende skal ikke vente på at tilsynsmyndigheten *kan gripe inn* – markedsføringen i seg selv er *forbudt*. Med en så tydelig konsekvens – forbud – må det også være tydelig hva det er som er forbudt. Det er ikke tydelig slik forslaget ligger nå, hvilket også etterfølgende presiseringer og uttalelser på Twitter synliggjør.

Det er vanskelig å tenke seg hvordan man kan markedsføre på en måte som verken *treffer* eller *kan appellere til* personer under 18 år. Slik forskriften er utformet gis det lite handlingsrom for normale markedsføringsaktiviteter rettet mot voksne. Det er ikke vanntette skott mellom hva som er interessant for voksne og hva som er interessant for en som snart fyller 18. Når aldersgrensen settes så høyt som 18 år, snakker vi om unge voksne. Det som *treffer* og *kan appellere til* voksne på 25, 40 eller 50 år, kan også *appellere til* og *treffe* personer under 18 år. Resultatet er således at for eksempel en sjokoladeprodusent, kjeksprodusent eller brusprodusent ikke kan reklamere for sine produkter – verken på kino, TV, i radio, aviser, magasiner, på internett eller i butikken. Det er ikke mulig å velge en mediekanal, herunder avis, TV, kino mv som ikke faktisk *treffer* personer under 18 år

For illustrasjonens skyld ønsker vi å gi noen eksempler på markedsføring som, slik vi forstår forslaget, vil anses å være rettet mot barn og derfor vil være forbudt:

- Markedsføring på TV vil ikke være mulig for "usunne" produkter – folk som nærmer seg 18 år har samme døgnrytme som en voksen og vil være *faktisk mottaker* av markedsføringen (§ 5 litra e), selv om hensikten er å treffe f.eks. aldersgruppen 30–50 år.
- Kinoreklame vil være umulig for "usunne" produkter, da ingen film har høyere aldersgrense enn 18 år.
- Bruk av musikk i reklame er vanskelig, da det enten vil være personer/artister som *er kjent av* eller *kan appellere til barn og unge* (§ 5 litra f) – og det vil gjelde både Justin Bieber, Jarle Bernhoft, Silje Nergaard og Ella Fitzgerald – hvor skal grensen gå?
- Bruk av humor i reklame er vanskelig – dette *kan appellere til* unge under 18 år, selv om hensikten er å treffe 30–50-åringene.
- Bruk av animasjon er vanlig i dagens mediehverdag og reklamefilmproduksjon. Animasjon er en utbredt teknikk og uttrykksform som har gjennomgått store forandringer de siste årene og kan oppleves som levende og naturtro. Men denne teknikken brukes vel så ofte i sammenhenger hvor den ikke fremstår som animert og er flittig brukt i "voksne" sammenhenger. Skal da teknikken i filmproduksjonen være grunnlag for å forby en reklamefilm selv om innholdet ikke rettes mot barn, men kan ha appell mot denne gruppen?
- "Språket" i f.eks. godterikategorien er av historiske grunner lekent. Tradisjonelle produkter som Kinderegg, seigmenn og annet godteri har en emballasje og produktform som potensielt kan omfattes av forskriftsutkastet. Hvordan skal løsvektstativer som inneholder godterier i butikkene utformes for ikke å være appellerende overfor barn og unge?
- Produkter til kos, som kaker, snacks og godteri har en betydelig familieappell. Skal det ikke være mulig å illustrere hyggestunder hvor barn og unge medvirker i en naturlig familiesammenheng?

- Bruk av idrettsstjerner – skal ikke Petter Northug eller Marit Bjørgen kunne reklamere for Red Bull energidrikk eller Maxim energibar?
- Hvor skal grensen trekkes for sponning av idrettsarrangementer? Er et greit med firmalogo? Produktlogo? Hva hvis firmalogo og produktlogo er den samme?

Ikke noe sted i høringsnotatet fremgår det at Departementene i realiteten ønsker et totalforbud mot markedsføring av det som defineres som "usunne" produkter. Tvert om sies det under punkt 9.1.2 (s. 59) i høringsnotatet at en 18-årsgrense "... gir alle barn og unge under 18 år en bedre beskyttelse. Samtidig vil det forhindre at reguleringen rammer all markedsføring av mat og drikke." (vår utheving). Videre fremgår det av høringsnotatet under pkt 9.2.5 på s. 65 at:

"De aktuelle begrensningene vil bare gjelde ytringer om denne produktgruppen dersom de rettes mot den konkret avgrensede målgruppen barn og unge. De aktuelle varene vil kunne produseres som tidligere, og de vil fortsatt kunne markedsføres – bortsett fra til denne målgruppen."

Departementene argumenterer altså med at markedsføringsforbudet gjelder overfor en *konkret avgrenset målgruppe* – unge under 18 år. Så lenge "rettet mot" defineres så vidt som det gjøres i § 5, kan man vanskelig snakke om en *konkret avgrenset målgruppe*. Alt som treffer eller kan appellere til målgrupper på 25, 40 og 50 år, vil også treffe og kunne appellere til personer under 18 – og i realiteten er det altså snakk om et totalforbud.

I forskriftsutkastets § 5 er det angitt kriterier for hva som skal vektlegges når man skal bedømme om markedsføring er "rettet mot" barn og unge. Departementene har ikke forsøkt å angi hvordan kriteriene vil håndheves i praksis, utover å si i mediene at det ikke er aktuelt å benytte hjemmelen like vidtrekkende som den gir mulighet for: Det er uttalt at man blant annet ikke vil forby Kinderegg og Kaptein Sabeltann-is, noe forskriften åpenbart gir anledning til. Ved markedsføringen av Kinderegg brukes "gave" og "samleobjekter som kan appellere til barn og unge" (§ 5, litra h), og ved markedsføring av Kaptein Sabeltann-is bruker man "personer som er kjent av eller kan appellere til barn og unge" (§ 5 litra f) og "animasjon eller tegnede figurer som kan appellere til barn og unge" (§ 5 litra g). Videre vil både Kinderegg og Kaptein Sabeltann-is ha "en presentasjonsform, innhold eller utforming som kan appellere til barn og unge, for eksempel på grunn av språk, farger, effekter eller billedbruk" (§ 5 litra a). Hensynet til forutberegnelighet, samt hensynet til likeverdig konkurranse mellom aktørene, tilsier at det må fremgå tydelig av forskriften hva som rammes og hva som faller utenfor forbudet. Hvis Departementene mener at forskriften ikke skal ramme salg og markedsføring av Kinderegg og Kaptein Sabeltann-is, må det klart fremgå av selve forskriften at og hvorfor disse faller utenfor. Som det er formulert i høringsnotatet på s. 36: "Et uklart regelverk er et dårlig regelverk."

En ytterligere problematisk side ved forslaget er at det ikke er angitt noe nærmere om hva slags undersøkelser som eventuelt skal gjøres ved vurderingen av om noe *kan appellere til* unge under 18 år. Hvem skal bestemme om barn er de forventede eller faktiske mottakerne av markedsføringen og hvordan skal dette måles? Er det tilsynsmyndighetens oppfatning som skal legges til grunn? Den næringsdrivendes? De unges? Og basert på hva slags dokumentasjon? Markedsundersøkelser?

Avslutningsvis vil vi få bemerke at et totalforbud mot markedsføring vil være enda vanskeligere å forene med EØS-avtalen enn innstramninger og begrensninger i markedsføringsadgangen.

3.2 Forslaget vil virke innovasjonshemmende

Orklas matvareselskaper har gjennom mange år jobbet systematisk med å utvikle produkter med mindre mettet fett, transfett, sukker og salt. Selskapenes produkters samlede bidrag til å redusere norske husholdningers inntak av disse næringsstoffene de siste ti-tyve årene har vært betydelig. Om muligheten til å bedrive markedsføring til voksne begrenses, forsvinner også muligheten for å kommunisere "helseinnovasjoner". Konsekvensen blir at incitamentet for å redusere mettet fett, sukker og salt i flere kategorier forsvinner. Snarere kan forslaget få en motsatt effekt, ettersom prisen blir et viktigere konkurransemiddel, og dermed blir billigere råvarer en alternativ strategi. Palmeolje med en stor andel mettet fett er et eksempel på en relativt billig råvare.

Vi mener at bransjen må ha incitament til å utvikle produkter med bedre næringsprofil i samtlige kategorier. Det bør finnes incitament til å innovere enkeltprodukter med mindre salt, sukker og mettet fett, selv om også disse innovasjonene faller inn under definisjonen "usunn" mat. Det bør også finnes incitament til å innovere i en hel kategori, slik det nylig er gjort i chipskategorien med fjerning av mettet fett og med fjerning av palmeolje i sjokoladepålegg.

KiMs' fjerning av palmeolje i sine snacksprodukter illustrerer vårt poeng: Til tross for det relativt sett lave inntaket av mettet fett som kommer fra snacksprodukter (EUROMONITOR 2011), har KiMs i Norge siden 2008 fjernet nærmere 1800 tonn palmeolje fra produktene og erstattet disse med oljer med en sunnere fettsyreprofil. Denne endringen innebærer i praksis at den norske befolkningen spiser ca. 700 tonn mindre mettet fett fra KiMs' chips i dag sammenlignet med 2008. Det ville vært veldig vanskelig å kommunisere dette arbeidet med en slik regulering som ligger i forslaget til forskrift, selv til voksne. Det er vanskelig å forutsi hvordan dette vil håndteres av markedet fremover, og det er risiko for at markedet erstatter produkter hvor palmeolje er fjernet med produkter som inneholder palmeolje fordi pris blir en viktigere konkurransefaktor når mulighet for markedsføring forsvinner. Lignende resonnementer kan overføres på den reduksjonen av mettet fett som har skjedd i sjokoladepålegg og mange andre initiativ, som er en fordel for alle forbrukere, både voksne, barn og unge.

4 Forslaget bør trekkes

Som nevnt over er det vår oppfatning at dette forslaget ikke bør gjennomføres. Det er en rekke grunner til det:

4.1 Ingen årsakssammenheng mellom fedme og markedsføring

At markedsføring virker, er en realitet. Vi arbeider selvsagt målbevisst og systematisk for å skape oppmerksomhet rundt våre egne merker for at forbrukere skal foretrekke våre produkter fremfor konkurrentenes.

Det er grunn til å påpeke at det ikke er automatikk i at markedsføring av "usunne" produkter gir salgsokning. Innen flere av våre kategorier har det de siste årene vært en betydelig økning av reklamebruken pga konkurransesituasjonen, mens det totale salgsvolumet har gått ned. Også i et fallende totalmarked er markedsandeler en viktig del av konkurransen for aktørene, og det har skjedd en forskyvning i markedsandeler, blant annet som følge av markedsføring.

Det er vår oppfatning at Departementene overvurderer den faktiske innvirkningen markedsføring har på forbruket av flere av de produktene som defineres som "usunne" - f.eks godteri, snacks og kaker. Det er

også mange andre drivkrefter som gjør at folk kjøper godterier (blant annet god smak, behov for nytelse/kos, belønning/glede og gode pristilbud).

At markedsføring virker er likevel ikke det samme som å konkludere med at det er en sammenheng mellom markedsføring og fedme. Markedsføring påvirker valg av vare, men dokumentasjonen for at barn som eksponeres for reklame for "usunn" mat, spiser mer "usunn" mat, er begrenset. Og det finnes i hvert fall ikke noen dokumentasjon for at det er en sammenheng mellom eksponering for reklame og fedme eller eksponering mot reklame og kostholdsrelaterte sykdommer, noe også Den norske legeförening påpeker i sin høringsuttalelse, datert 30.8.2012.

De mest grunnleggende kunnskapsgjennomgangene innen dette området (Hastings et al (2003), Livingstone (2004), Livingstone and Helsper (2006) og McGinnis et al (2006)) trekker følgende konklusjoner:

- Effekten av markedsføring på valg og preferanser er begrenset og er bare en av mange faktorer som påvirker.
- Effekten har vist seg å være sterkest hos barn under 12 år, men likevel begrenset.

At markedsføring virker sier dog ikke noe om hvor effektivt det kommer til å være å påvirke kostholdsrelaterte sykdommer (f.eks. fedme) ved å innføre en begrensning i adgangen til å markedsføre. Dette gjelder spesielt i et samfunn der valg og preferanser påvirkes av mange faktorer. Sannsynligvis er dette en av de viktigste årsakene til at:

- Markedsføringsrestriksjoner og deretter særlig markedsføringslovgivning er betydelig mindre kostnadseffektivt når det gjelder å påvirke fedmeforekomst enn andre tiltak som merking, mediekampanjer og ekspertkonsultasjon (se avsnitt 4.4.2).
- Korrelasjonen mellom mengden av reklame som sendes og fedme er svak (figur 1).

Figur 1

➤ According to NGO figures, there is no correlation between exposure to food advertising and childhood overweight/obesity:

Country	Number of Ads per Hour+	Minutes of Advertising per Hour	Percent of Ads That Are For Food	Average No. of Food Ads per Hour	% overweight or obese
Australia	34	13	39%	12	21*
USA	24	11	49%	11	33**
Poland	N/A	N/A	N/A	11	19
UK	17	9	59%	10	22
France	16	6	49%	8	18
Germany	14	5	41%	6	15
Denmark	12	6	38%	5	18
Finland	12	5	47%	6	13
Greece	12	5	60%	7	31
Netherlands	5	2	84%	4	14
Norway	7	2	29%	2	21
Belgium	7	1.5-2	53%	2	18
Sweden	3	1	21%	<1	18

Source: Based on IOTF obesity figures and Consumers International data on advertising

Data on Advertising: "A Spoonful of Sugar - Television Food Advertising Aimed at Children: An International Comparative Survey" and "Easy Targets: Survey of Television Food and Toy Advertising to Children in Four Central European Countries", Consumers International 1996 and 1999

Data on childhood obesity levels: 11 countries from IOTF: <http://www.iotf.org/childhood/euappendix.htm>;

**Prevalence of overweight and obesity in Australian children and adolescents" Magarey et al. - Department of Public Health, Flinders University of South Australia, Adelaide. Published in the Medical Journal of Australia in June 2001.

** US National Health and Nutrition Examination Survey (NHANES) 1999-2000

Høringsnotatet fremhever i pkt 5.2 at det er "vanskelig eller umulig å finne svar [på en del vitenskapelige sammenhenger] gjennom empiriske studier" (s. 24). Det sies videre at "Det er en sterk sammenheng mellom eksponering for TVreklame og fedme blant barn". For det første er det uklart hvor

Departementene har dette fra. For det andre leder det etter vår oppfatning galt av sted å konkludere med at det derved er bevist at det er årsakssammenheng mellom reklame og fedme. Det er en rekke alternative forklaringer på at barn som ser på TV – og derved eksponeres for TV-reklame – er overvektige. Den forklaringen som lettest springer i øynene er nettopp det faktum at de sitter og ser på TV istedenfor å være fysisk aktive.

I høringsnotatet siteres en rekke artikler (Harris et al (2009), Halford et al (2008), Veerman et al (2009), Cppaci et al (2012), Chou et al (2008)) som bevis for at reklame har effekt på barns matvalg og til syvende og sist helse (inkludert fedme). Vi mener at disse artiklene i stor utstrekning baserer seg på eksperimentelle data (dvs. at eksponering for markedsføring skjer, produktet gis til en deltagergruppe, som sammenlignes med en kontrollgruppe i et *kunstig og beskyttet miljø*). Resultatene fra studier på eksperimentelle data er ikke bekreftet i langsiktige populasjonsbaserte studier, som er en forutsetning for at en holdbar vitenskapelig konklusjon kan trekkes. Valg som gjøres i et strengt vitenskapelig kontrollert miljø der mange påvirkende faktorer ikke eksisterer, er ikke nødvendigvis de samme valgene som gjøres "i det virkelige liv". De påståtte effektene på matvaner og helse som lovgivningen er tenkt å ha, blir med andre ord hypotetiske. Dette fremkommer enda tydeligere hvis man ser nærmere på annen dokumentasjon som er sitert i høringsnotatet.

Vi mener at Departementenes utvalg av undersøkelser, samt tolkningen av dem, er selektiv. For hver artikkel som siteres, finnes det en annen som kan underbygge det motsatte. Det finnes først og fremst to prinsipielle innvendinger mot de konklusjoner Departementene gjør på bakgrunn av den siterte forskningen (f.eks. Cairns et al (2009), Cecchini et al (2010) og McGinnis et al (2006)).

Innvending 1

Studier har ikke vært i stand til å skille normal TV-titting og eksponering for markedsføring. Eksempler på dette er:

- Hastings et al (2003) har gjennomgått litteratur om markedsføring mot barn. De konkluderer med at det er umulig å skille om matinntak under TV-titting er et resultat av markedsføring, generell stillesitting, eller om matinntaket ville bli gjort foran TV-en uansett. Hastings et al (2003) er den første av oppsummeringene fra WHO. Senere oppsummeringer (McDermott et al (2004), Hastings et al (2006) og Cairns et al (2009)) viser det samme som konklusjonene fra Hastings (2003).
- Ofcom (2004) har gjennomgått eksisterende litteratur vedrørende hvilke faktorer som påvirker barnefedme. De konkluderer med at lite empirisk forskning er gjort på spørsmålet om skille mellom markedsføring og andre ting som kan påvirke inntaket mens man ser på TV.
- McGinnis et al (2006) konstaterer at mer forskning er nødvendig på dette området, etter sin gjennomgang av litteratur om markedsføring rettet mot barn og unge.
- Livingstone and Helsper (2006) gjør en analyse av eksisterende litteratur, med fokus på hvordan markedsføringen kommer inn i barnets daglige liv. De konkluderer med at det er uklart om det er eksponering for reklame eller om det er vanlig tilfeldig "snacking" foran TV-en knyttet til en mer stillesittende livsstil som gir en effekt på matinntaket.
- Wiecha et al (2006) undersøkte TV-titting, matvaner og fysisk aktivitet på mer enn 500 barn i alderen 11–12 år. De innrømmer at korrelasjonen mellom det faktiske produktinntaket og markedsføringen er annerledes enn TV-titting generelt. Studien tillater heller ikke å trekke

konklusjoner om hvorvidt produktene som ble markedsført faktisk ble spist ved samme anledning.

- Chamberlain et al (2006) undersøkte sammenhengen mellom barns totale tid foran "skjermer" og forespørsler etter leketøy og matvarer hos 10-åringer. De innrømmer at de ikke kunne måle effekten av markedsføringen direkte, og bruker i stedet total "skjermtitting" som en indikator. Konklusjonene som kan trekkes om virkningen av markedsføring på forespørsel er derfor begrensede.

Innvending 2

Svært få studier måler den faktiske effekten av markedsføringen på produktinntak, matvaner, energiinntak, etc. De få studier som måler faktisk effekt av markedsføring, finner at denne effekten er svært begrenset. Med andre ord: Når det er en svært marginal effekt på kort sikt, er det umulig å trekke noen meningsfulle konklusjoner i det lange løp når det gjelder effekt på matvaner og relaterte sykdommer. Eksempler på dette er:

- Hastings et al (2003) fant i sin gjennomgang av litteraturen få bevis for at markedsføring har en større effekt enn andre faktorer på barnas matvaner.
- Ofcom (2004) fant i sin gjennomgang av litteraturen at bevisene er utilstrekkelige til å vurdere størrelsen på markedsføringseffekten, men mener samtidig at den er liten sammenlignet med barnas egne smakspreferanser, pris og kjennskap.
- McGinnis et al (2006) konkluderer i sin gjennomgang av litteraturen at det er mange faktorer som påvirker matvalg, og at markedsføring har en beskjeden effekt.
- Livingstone and Helsper (2006) konkluderer med at det er mange faktorer som påvirker barndomsfedme, og at TV-titting og reklame er én av mange faktorer. Andre faktorer er individuelle, sosiale, miljømessige og kulturelle faktorer, som alle interagerer på en kompleks måte, og som vi ikke forstår ennå.
- Wiecha et al (2006) fant i sin undersøkelse av 11–12-åringer at TV-titting øker kaloriinntaket med 167 kcal, men erkjenner at korrelasjonen mellom det faktiske produktinntaket og markedsføring er umulig å skille fra TV-titting generelt eller andre faktorer.
- Chamberlain et al (2006) fant en svært begrenset effekt av økt antall produktforespørsler i sin undersøkelse av 10-åringer: Én time mer TV-titting pr uke medførte at barnet hver 13.–24. uke (altså hver 3.–6. måned) rettet én ekstra forespørsel til sine foreldre etter produktet. Dette kan ikke anses som spesielt dramatisk.

Med andre ord:

- Årsakssammenheng mellom reklame og barn og unges matvaner og helse (inkludert fedme) er ikke påvist.
- Dette skyldes at sammenhengen mellom markedsføring og preferanser ikke er så sterk, og at fedme har mange årsaker. Disse er identifisert i en rapport til den britiske regjeringen (Foresight (2008)).
- Selv på befolkningsnivå korrelerer ikke mengden av reklame som kringkastes på TV med antall overvektige (se figur 1 på s. 7).

4.2 Regelinnstramming (lov eller forskrift) er ikke nødvendig i Norge

Departementenes utgangspunkt er at det er behov for en innstramning av regelverket knyttet til markedsføring av "usunn" mat rettet mot barn og unge. Dette baseres på flere forhold, som blant annet fremkommer i opplisting i høringsnotatet på s 35.

Som nevnt over fremheves det i høringsnotatets pkt 5.2 at det er en statistisk sterk sammenheng mellom eksponering for TV-reklame og fedme hos barn. Som vi har vist over er vi uenige i denne konklusjonen, og Departementenes konklusjon er heller ikke dokumentert. Det er etter vårt syn grunn til å anta at den eventuelle effekten som er mulig å hente ut gjennom innstramninger i reglene om TV-reklame mot barn allerede er hentet ut i Norge – vi har allerede strenge regler om TV-reklame i Norge. Et ytterligere relevant spørsmål er også hvorfor Departementene, på denne faktiske bakgrunnen, ikke velger å fokusere utelukkende på TV-reklame i reguleringen, ettersom det klart uttrykkes i høringsnotatet at TV-reklame er det mediet der det finnes særlig sterk dokumentasjon på påvirkning på barn. Hvis vi ser bort fra at denne dokumentasjonen er mangelfull på flere måter (se pkt 4.1), bør den logiske slutningen basert på Departementenes konklusjoner være å foreslå en innstramning av reglene om markedsføring i kringkastingsloven.

Vi er dessuten uenige i flere av Departementenes andre premisser. For det første er markedsføring mot barn ikke et stort problem i Norge, for det andre er situasjonen i Norge annerledes enn situasjonen i de landene hvor arbeidsgruppens undersøkelser er gjort, og for det tredje er markedsføring allerede strengt regulert i Norge.

4.2.1 Kritikk av konklusjonen om at markedsføring rettet mot barn er et problem i Norge

Departementene har i samarbeid med bransjen og Forbrukerombudet gjennomført en spørreundersøkelse blant utvalgte virksomheter innen norsk mat- og drikkebransje. Resultatet av undersøkelsen fremgår i høringsnotatet på s. 16 (og følgende), og undersøkelsen viser at bransjeaktørene i liten grad definerte barn og unge som målgruppe for sin markedsføring. Departementenes konklusjon ble likevel, bombastisk og ubegrunnet, at markedsføringen skjer i "kanaler som faktisk treffer" barn, og med "virkemidler som er egnet til å appellere til og påvirke barn og unge i stor grad."

Vi vil f å bemerke at denne undersøkelsen lider av store svakheter i innhold, utforming, vitenskapelig gjennomgang og stringens. Konklusjonene oppfatter vi som "synsing", og undersøkelsen kan gjerne tolkes som at det er svært lite markedsføring som rettes mot eller treffer barn og unge i Norge. Undersøkelsen er en kartlegging av faktiske markedsføringstiltak og -virkemidler. Man kan ikke på et slikt faktagrunnlag trekke noen konklusjoner om markedsføringens effekt. Denne undersøkelsen er også vurdert og gjennomgått av DAMVAD i rapportens pkt 3.1.

Det er uenighet mellom bransjen og Departementene om hvordan dagens markedsføring skal karakteriseres. Det har også blitt tydelig i løpet av høringsrunden at det er stort sprik i oppfatningene. Bransjen opplever forskriften som svært uklar, lite forutsigbar og lite gjennomtenkt i forhold til bedriftenes praktiske hverdag. Dette spriket forteller at forskriften ikke er utformet tydelig nok – det er for mange vurderingskriterier og åpne tolkningsspørsmål. Spriket er også et tydelig varsko om at forskriften vil tolkes ulikt av ulike aktører, hvilket vil øke antall konflikter og derved de samfunnsøkonomiske kostnadene ved regelverket. Dette unngås om grensene blir klare og enkle å forstå.

4.2.2 Annerledes situasjon i Norge enn i USA / andre land

Mye av det materialet og de studiene som høringsnotatets premisser er basert på og som danner kunnskapsgrunnlaget for Departementenes oppfatninger (høringsnotatets kapittel 5) er materiale som omfatter situasjonen i andre land.

Vi mener at det på ingen måte kan påvises at markedsføring mot barn og unge er utbredt i Norge i dag. Dette er nærmere redegjort for i DAMVADS rapport pkt 6.1.1. Det kommersielle presset mot barn og unge i Norge kan ikke sammenlignes med noen andre deler av Europa eller USA (se figur 1). Dette er en følge av den allerede strenge lovreguleringen vi har i Norge (markedsføringslov, kringkastingslov mv) i kombinasjon med de frivillige retningslinjene om markedsføring mot barn. De studier som det refereres til i høringsnotatet som er gjort i land som har en situasjon som er mer sammenlignbar med situasjonen i Norge (Sverige), er utført før EU Pledge ble innført i 2007. (EU Pledge er frivillige retningslinjer vedtatt av ledende mat- og drikkeselskaper, se www.eu-pledge.eu). Situasjonen i dag er annerledes enn den var før 2007. (Se også avsnitt nedenfor om selvregulering pkt4.4.) og DAMVADS rapport, pkt 2.3.)

4.2.3 Norsk regelverk er allerede strengt

Eksisterende norsk regelverk er strengere, eller betydelig strengere, enn det som finnes i alle landene som undersøkelsene relaterer seg til (DAMVADS rapport, kapittel 2). Matloven med tilhørende forskrifter regulerer merking, presentasjon og reklame for næringsmidler. Markedsføringsloven regulerer hva som vil anses som urimelig handelspraksis, og markedsføringsloven § 20 fastslår en nokså streng norm for hva som kan anses som urimelig overfor barn. Kringkastingsloven med tilhørende forskrift regulerer strengt hva som er tillatt av reklame særskilt rettet mot barn. Privatskoleloven og opplæringsloven regulerer markedsføring i skolen. Disse bestemmelsene gjelder ikke *bare* markedsføring av "usunn" mat, men vil selvsagt kunne påberopes *også* ved markedsføring av "usunn" mat. Det er ikke slik at man *må* ha et separat regelverk for å kunne påberope helsehensyn i vurderingene.

I tillegg har bransjen utviklet de frivillige retningslinjene. Departementene er av den oppfatning at disse retningslinjene ikke virker etter hensikten. Etter vår mening trekker Departementene disse konklusjonene på nokså tynt grunnlag, se mer om det i pkt 4.4.2.2. Men, i den grad retningslinjene ikke virker etter hensikten, er det interessant å se på hva som er svakhetene, og eventuelt bygge ut disse frivillige retningslinjene på svake punkter. Bransjen har tatt initiativ til å iverksette et arbeid hvor man skal se på mulighetene for å opprette en tilsynsordning med tilhørende sanksjonsmuligheter, samt foreta en gjennomgang av de gjeldende retningslinjene. Dette har blant annet Annonsørforeningen (ANFO) og NHO Mat og Drikke redegjort nærmere for i sine høringsuttalelser.

Den foreslåtte forskriften vil, som Departementene også erkjenner i høringsnotatet (pkt 6.2 samt i vedlegget *Juridiske vurderinger* pkt 2.5), være en dobbeltregulering som kommer i tillegg til markedsføringsloven, kringkastingsloven, matloven, opplæringsloven og privatskoleloven. På toppen av dette kommer at det er fire ulike tilsynsmyndigheter som skal føre tilsyn og sørge for overholdelse av regelverket som helhet. Dette blir det unødvendig tungvint og ressurskrevende for virksomhetene å forholde seg til. I tillegg er det neppe en samfunnsøkonomisk optimal løsning.

4.3 Regulering i form av lov eller forskrift vil ikke gi ønsket effekt på folkehelsen

Vi støtter det overordnede målet om å redusere overvekt, fedme og kostholdsrelaterte sykdommer. Vi er selvfølgelig enige i at et isolert inntak av mettet fett, sukker og salt ikke er "sunt". Selvsagt er vi også enige i at et kosthold ikke bør bestå av for mye kaker, snacks og sjokolade. Men, sammenhengen mellom konsum av ulike produkter og overvekt/fedme er kompleks, hvilket en rekke studier viser. I en nasjonal tverrsnittsstudie av norske barn, fant man ingen assosiasjon mellom overvekt og totalt energiinntak eller prosent av energi inntatt som fett. Faktisk ble det påvist et inverst forhold mellom inntak av godteri og overvekt blant 4. og 8. klassinger (Andersen et al. (2005)). Samme konklusjonen ble påvist i et tverrsnittsstudie blant barn (10-16 år) i 34 hovedsakelig europeiske land, inkl Norge (Janssen et al. (2005)). Oellingrath et al. (2010) studerte spisemønstre og foreldrekarakteristika, og sammenheng med overvekt og fedme hos 9 til 10 år gamle barn i Norge i en tverrsnittsstudie.

- Overvektige barn spiste oftere "sunne" matvarer som frukt, grønnsaker, fisk, grovbrød og poteter. Overvektige barn var mindre fysisk aktive og hadde oftere overvektige foreldre enn normalvektige barn.
- Normalvektige barn drakk oftere brus og spiste ferdigmat som hamburgere, pølser, kjeks, kjøpepizza og godteri.

Videre er det identifisert en rekke positive utviklingstrekk i Norge de siste 10 årene, med et økt inntak av frukt og grønnsaker og redusert inntak av tilsatt sukker. Sistnevnte er i dag på 7 % av energiinntaket sammenlignet med anbefalingen som er under 10 % av energiinntaket (Norkost 3). Dette er også poengtert i DAMVAD-rapportens pkt 3.2. Funnene i Norkost 3 innebærer at Norge er det landet i Europa der man inntar minst tilsatt sukker per person.

Vi knytter følgende kommentarer til dette:

- Drikke, godteri og kaker står for en stor del av inntaket av tilsatt sukker. Dette kan ikke vurderes isolert, men må ses i sammenheng med at det gjennomsnittlige inntaket av tilsatt sukker er nede på 7 % av det totale energiinntaket (Norkost 3). Med et så lavt sukkerinntak allerede, kan vi ikke se at forslaget er proporsjonalt med hva som kan oppnås av effekt på folkehelsen.
- Ifølge Norkost 3 står kjøtt-, ost- og fløteprodukter, brød og smør og oljeprodukter for nesten 70 % av inntaket av mettet fett og salt i den norske befolkningen. Vi mener derfor at den foreslåtte reguleringen vil ha liten effekt på å redusere inntaket av disse to næringsstoffene.
- Som et eksempel på det ovennevnte, bidrar snacks med ca. 2 % av mettet fett og salt hos en person som daglig spiser 2000 kalorier.
- Forbruk av sukkerholdig drikke har gått ned de siste 10 årene til fordel for light-drikker, som i stor grad har bidratt til en reduksjon av sukkerforbruket. Dermed anser vi det som merkelig at søtningsstoffer inngår som kriterier i forskriften. Det finnes ingen vitenskapelige bevis for at søtningsmiddel kan være farlig, eller at akseptabelt daglig inntak (ADI-verdier) hos barn og unge vil overskrides. Det er heller ingen vitenskapelige bevis på at søtningsstoffer påvirker vekten negativt, eller innebærer forverrede matvaner (VKM (2007) og Bloomgarden (2011)). Det ser snarere motsatt ut (Bloomgarden (2011)).

Vi er med andre ord ikke umiddelbart enige i at det er de produkter som omfattes av forskriftsutkastet som er den viktigste årsaken til inntak av mettet fett, sukker og salt og overvekt og fedme her i landet. Det er således vår oppfatning at en innstramning i adgangen til å markedsføre "usunn" mat ikke vil ha den ønskede effekten på folkehelsen. DAMVAD trekker også frem at norske 10–12-åringer er blant de sprekkeste, minst overvektige og sunneste i Europa. Se DAMVADs rapport, pkt 3.3.

Vi er også uenige i at det er en årsakssammenheng mellom markedsføring på den ene side og fedme og kostholdsrelaterte sykdommer på den annen side. Men, forutsatt at Departementene har rett i sin antagelse om årsakssammenheng, så mener vi at markedsføring i Norge generelt, og markedsføring mot barn spesielt, allerede er så strengt regulert at en ytterligere innstramning vil ha en ytterst marginal effekt, om noen. Vi viser til DAMVAD-rapporten, som i pkt 6.1.2 behandler spørsmålet om avtagende nytte.

Via Ofcom etablerte Storbritannia i 2007 en lovgivning om markedsføring til barn av produkter med høyt innhold av mettet fett, sukker og salt (se DAMVAD-rapportens pkt 2.2). Ved analyse av om lovgivningen virket etter hensikten, fant man at reduksjonen i eksponering for denne typen produkter var betydelig og litt høyere for yngre barn. Men:

- Lovgivningen har ikke resultert i noen reduksjon i overvekt og fedme blant barn og unge i Storbritannia. Snarere er det indikasjoner på at økningen stoppet før lovgivningen ble innført (Bridges and Thompson (2010)).
- Frivillige retningslinjer i form av EU Pledge er minst like effektive på eksponering som lovgivning (Ofcom (2010)) (mer om dette i pkt 4.4.2.2).

Vi nevner også at WHO 2011 ikke nevner markedsføring som den beste måten å påvirke kostholdsrelaterte sykdommer på, men at de beste virkemidlene er:

- Redusere salt
- Redusere transfett
- Offisielle kampanjer for sunne matvaner og fysisk aktivitet

4.4 Selvregulering

Departementene vurderer at lov-/forskriftsregulering vil være bedre egnet enn selvregulering for å beskytte barn og unge. Dette baseres på en evaluering av den gjeldende selvreguleringen – bransjens frivillige retningslinjer. Departementene konkluderer med at de frivillige retningslinjene ikke har tilstrekkelig oppslutning eller effekt, og at en videreutvikling eller skjerping vil være vanskelig. Vi er uenige i disse konklusjonene.

Departementene mener at oppslutningen om de frivillige retningslinjene er for lav, og baserer seg på at aktører som er tilsluttet retningslinjene sto bak kun 65 % av all markedsføring av mat og drikke i Norge. Dette tallet er ikke korrekt. Bare ANFOs medlemmer (som alle er tilsluttet de frivillige retningslinjene) står bak ca. 65 % av markedsføringen av mat og drikke. I tillegg kommer en rekke bedrifter som ikke er tilsluttet ANFO, men som er tilsluttet de frivillige retningslinjene. Én av disse er NorgesGruppen – av bladet Kampanje kalt Norges største annonsør. Det er også en rekke andre små og store selskaper som ikke er tilsluttet ANFO, men som er medlemmer av NHO Mat og Drikke og Virke. Etter vår oppfatning er ca 90 % av markedsføring av mat og drikke gjort av selskaper som er tilsluttet de frivillige retningslinjene.

I høringsnotatet uttales det også at retningslinjene ikke tilfører noe sammenlignet med gjeldende lovverk. Dette mener vi er feil. Eksempler på områder der retningslinjene går lenger enn lovgivningen, er:

- Retningslinjene gjelder markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og unge. De gjelder særlig energitette og næringsfattige produkter.
- Ved bruk av spill, konkurranser og andre former for interaktivitet, for eksempel på internett, skal det vises særskilt varsomhet, slik at barn og ungdom ikke utsettes for urimelig påvirkning.
- Ved bruk av tilleggsytelser bør det vises varsomhet med samleopplegg som motvirker formålet med retningslinjene.
- Annonsering bør ikke skje i medier spesielt beregnet på barn.
- Man skal være tilbakeholdne med bruk av kjente personer eller idoler.

Departementene mener tilsynelatende også at retningslinjene ikke virker. Dette er bransjen generelt uenig i. Det ble ikke gjort noen "nullpunktundersøkelse" før retningslinjene trådte i kraft, så det er ikke mulig å dokumentere en endring i adferd. Bransjens selvevaluering fra 2009/2010 viser at retningslinjene virker.

ANFO har nå tatt initiativ til å utvikle de frivillige retningslinjene videre, se mer om dette i pkt 4.2.3. Departementene uttaler i høringsnotatet at man anser det som lite sannsynlig at bransjeaktørene klarer å innskjerpe retningslinjene. Dette er en spesiell konklusjon, all den tid en slik innstramning ikke har vært forsøkt.

4.4.1 WHO anbefaler selvregulering

I 2010 etablerte WHO "*Set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children*". Dokumentet presenterer totalt 12 anbefalinger om hvordan medlemslandene kan (arbeide med) utvikle ny politikk eller styrke eksisterende politikk for å nå målet om reduserte virkninger av markedsføring mot barn av produkter som inneholder høye nivåer av mettet fett, sukker og salt.

I utgangspunktet ønsker vi å være tydelige på at vi er enige i WHO's første og andre anbefaling om at man bør redusere barns eksponering for og påvirkning av markedsføring av produkter med høyt innhold av mettet fett, sukker og salt.

RECOMMENDATION 1: The policy aim should be to reduce the impact on children of marketing of foods high in saturated fats, trans-fatty acids, free sugars, or salt.

RECOMMENDATION 2: Given that the effectiveness of marketing is a function of exposure and power, the overall policy objective should be to reduce both the exposure of children to, and power of, marketing of foods high in saturated fats, trans-fatty acids, free sugars, or salt.

Vi vil også påpeke at WHO i anbefaling 7 om implementering foreslår at lovgivning er én måte å implementere på, men det er klart at selvregulering eller en kombinasjon av disse er veien å gå. Det siste er situasjonen i Norge i dag.

WHO sier også at medlemsstatene skal ta hensyn til den mest effektive måten å oppnå en reduksjon i markedsføringspresset på.

RECOMMENDATION 7: Considering resources, benefits and burdens of all stakeholders involved, Member States should consider the most effective approach to reduce marketing to children of foods high in saturated fats, trans-fatty acids, free sugars, or salt. Any approach selected should be set within a framework developed to achieve the policy objective.

WHO har ikke i noe vedtatt offisielt dokument anbefalt lovgivning som den eneste eller beste veien til å oppnå anbefalingene 1 og 2.

4.4.2 Funksjonen av selvregulering

Departementene ønsker en lovregulering, og er kritiske til selvregulering. Departementene baserer dette på at regulering av markedsføring er et av de mest kostnadseffektive tiltakene som man har tilgjengelig dersom man ønsker å unngå diettrelaterte sykdommer. Departementene er videre kritiske til hvordan selvregulering fungerer i Norge.

Vi er uenige i disse premissene:

4.4.2.1. Kostnadseffektivitet

I høringsnotatet kan man lese:

"WHO og OECD har vist at regulering av markedsføring av mat og drikke til barn kan være blant de mest kostnadseffektive tiltakene for å forebygge ikke-smittsomme sykdommer på lang sikt." (Høringsnotatet, s. 35)

Videre heter det:

"Studier som vurderer effekten av regulering av markedsføring av mat og drikke til barn og unge, viser imidlertid at dette kan være blant de mest kostnadseffektive tiltakene..." (Høringsnotatet, s. 74)

Høringsnotatets konklusjoner er i beste fall upresise. Det presiseres ikke at slik kostnadseffektivitet gjelder frivillige reguleringer – ikke lovregulering. Det fremgår av undersøkelser at lovregulering er et av de minst kostnadseffektive tiltakene for å forebygge slike sykdommer.

Den mest pålitelige studien innen området er gjort av OECD (Sassi et al (2009)). I denne artikkelen hevdet det at:

"Food labelling, mass media campaigns and physician-dietician counselling appear to have favourable cost-effectiveness ratio from the early years after their implementation. These three interventions are characterized either by a relatively small cost of implementation, about \$2 per capita, combined with effects influencing a large share of the population or, as in the case of physician-dietician counselling, very large effectiveness. A second group of interventions, including physician counselling, worksite intervention, self-regulation of food advertising, reaches a cost-effectiveness of \$50,000 after about 30 years from the initial implementation. School-based interventions and food advertising regulation need more than 60 years to reach similar values."

Med andre ord:

- Markedsføringslovgivning er ikke den mest kostnadseffektive måten å påvirke kostholdsrelaterte sykdommer på. Av alle de tiltakene som er undersøkt, er medie-kampanjer og ekspertkonsultasjon de mest effektive måtene.
- Det kommer til å ta hele 60 år før lovregulering av markedsføring når den samme kostnaden (pris per hode) som merking, mediekampanjer og ekspertkonsultasjon gjør mye tidligere.
- Selvregulering er betydelig mer kostnadseffektivt enn lovgivning.

Dette utdypes i DAMVAD-rapportens pkt 7.3.

4.4.2.2. Selvregulering i Norge

Frivillige retningslinjer er et etablert verktøy, som er et ofte brukt virkemiddel i Norge og i utlandet. Det er ikke grunnlag for å tro at frivillighet ville fungere dårligere i Norge sammenlignet med andre land. DAMVAD-rapporten utdyper dette i pkt 2.3.

Oppfølgingen av EU Pledge viser at frivillige retningslinjer er en effektiv måte å redusere trykket i markedsføringen av produkter med høye nivåer av mettet fett, sukker og salt på. Disse oppfølgningene, som har 2005 som startår, viser betydelig endring:

- En samlet reduksjon i den totale eksponeringen av markedsføring på 29 %.
- En samlet reduksjon på 48 % i eksponering av produkter som ikke oppfyller ernæringskriterier.

En effekt av innføring av lovregulering i Storbritannia er reduksjon i eksponering for denne typen produkter på 37 %, og litt høyere for yngre barn. Med andre ord har frivillige retningslinjer vært minst like effektive som lovgivning hva gjelder redusert eksponering for visse produkter, med den forskjellen at frivillighet ikke krever spesielt store offentlige ressurser (se avsnittet om kostnadseffektivitet over)

4.5 Mangelfull samfunnsøkonomisk analyse

Kostnadene Departementene har trukket fram er i hovedsak statlige kostnader knyttet til implementering og forvaltning av et nytt regelverk. Vi mener denne analysen er for enkel, blant annet fordi Departementene har utelatt å inkludere kostnadene bransjen vil utsettes for. I en samfunnsøkonomisk analyse bør alle berørte aktører inkluderes (DAMVAD-rapportens kapittel 1 og 6).

Nyttevirkningene av markedsføringsforbudet, angitt som reduksjon i antall overvektige og samfunnsmessige besparelser knyttet til dette, forutsetter at tiltaket virker etter hensikten, hvilket jo er høyst usikkert og tenderer mot usannsynlig, basert på eksisterende forskning. Prosentatsene i høringsnotatets pkt 10.2.3 fremstår som tilfeldig plukket ut og basert på et scenario som neppe er relevant for Norge. Departementene konkluderer på s. 85 i høringsnotatet med at markedsføringsforbudet vil gi en forventet samfunnsmessig gevinst på 2282 millioner kroner. Til det er å si at nøyaktigheten av omkretsen av en sirkel blir ikke bedre av å regne med pi med 10 desimaler, så lenge man måler radiusen på øyemål.

DAMVAD har også skrevet om avtagende nytte i rapportens pkt 6.1.2.

4.5.1 En særnorsk regulering vil ha konkurransevridende konsekvenser, og vil gi tapte markedsandeler for norske selskaper

En særnorsk regulering av markedsføring av "usunn" mat vil virke sterkt konkurransevridende til fordel for internasjonale aktører, noe som er negativt for norske arbeidsplasser. Internasjonale aktører kommer til å ha en fordel gjennom muligheten til å skape store Internett-kampanjer, produktplassering i TV-programmer og filmer, PR-aktiviteter, etc., som ikke kan stoppes lokalt i Norge. TV-kanaler som sender fra andre land enn Norge vil ikke være omfattet av et særnorsk markedsføringsforbud. Markedsføring skjer heller ikke utelukkende i nasjonale kanaler. Særlig multinasjonale selskaper og internasjonale giganter benytter seg av grenseoverskridende markedsføring, som annonsering i internasjonale medier, annonsering på internett og sponning av store internasjonale sportsbegivenheter. Internasjonale aktører med globale merkevarer kan bygge sine merker i andre

markeder, hvilket får betydning for nasjonale forbrukeres preferanser. Nordmenn på reise i utlandet vil dessuten åpenbart bli enda mer interessant målgruppe for annonsørene. For eksempel kan Coca-Cola eller Lay's Chips bygge kjennskap til varemerket sitt utenfor Norge og få en vidtrekkende eksponering og reklameeffekt gjennom sponsorater av f.eks. X-Games, på bekostning av norske merker som Solo og KiMs. Norsk næringsmiddelproduksjon benytter i hovedsak norske innsatsfaktorer, og således norske landbruksvarer. Ved redusert næringsmiddelproduksjon vil bøndene i mindre grad få avsetning for sin produksjon.

Markedsføringsforbudet vil favorisere en internasjonal aktør som allerede er etablert på det norske markedet fordi denne kan bygge sitt varemerke i internasjonale kanaler. Forbudet vil likevel være en handelshindring etter EØS-avtalens artikkel 11, da det vil være umulig for en ny aktør som ikke allerede er på det norske markedet, å komme inn uten å kunne markedsføre sitt produkt. Et eksempel: Forbudet vil favorisere Fanta fremfor Solo, slik at Solo vil tape markedsandeler i Norge. Samtidig vil det være tilnærmet umulig for f.eks. varemerket Sunkist å komme inn på det norske markedet uten markedsføring.

Dette er også behandlet i DAMVAD-rapportens pkt 6.2.4.

4.5.2 Kostnader forbundet med redusert innovasjon

Et markedsføringsforbud reduserer incitamentet til innovasjon. Som nevnt gikk KiMs i 2008 over fra å bruke palmeolje til å bruke solsikkeolje ved produksjonen av chips, hvilket innebærer en reduksjon av mettet fett i produktet på 70 %. Dette er en forbedring, da solsikkeolje er sunnere fett enn palmeolje. En tilsvarende innovasjon kunne KiMs, med den foreslåtte reguleringen, ikke informert markedet om – heller ikke voksne, da slik markedsføring faktisk *kan treffe unge eller appellere til unge*.

Markedsføring er det viktigste virkemiddelet bransjen har for å informere forbrukere om innovasjoner og nyvinninger. Dersom det blir forbudt å markedsføre, vil insentivene til å drive innovasjon og nyvinninger i dette markedet reduseres. Dette vil igjen kunne bidra til at det ikke blir utviklet "sunnere" produkter innenfor de produktkategoriene som omfattes av forbudet. Det er verdt å understreke at innovasjon er den viktigste kilden til økonomisk vekst.

Vi viser til nærmere behandling av dette over i pkt 3.2, samt til DAMVAD-rapportens pkt 6.2.3,.

4.5.3 Kostnader forbundet med tolkning av regelverket

De statlige kostnadene som skisseres, knyttet til utvikling, implementering og forvaltning av regelverket, er alle relevante. Høringsnotatet inkluderer ikke kostnader for næringslivet i beregningene. Dette er også relevante kostnader ved vurderingen av samfunnsmessige kostnader. Dette er behandlet nærmere i DAMVAD-rapporten, pkt 6.2.2.

4.6 Forslaget er i strid med EØS-avtalen

Det kan ikke være noen tvil om at det markedsføringsforbudet som foreslås, er en importrestriksjon omfattet av EØS-avtalens artikkel 11. Skal markedsføringsforbudet kunne gjennomføres, må det rettferdiggjøres fra på basis av for eksempel hensynet til liv og helse, jf EØS-avtalens artikkel 13. For at et forbud som dette skal kunne begrunnes i hensynet til folkehelsen, må det være *egnet* til å nå formålet, og det må være et *forholdsmessig virkemiddel*.

Det er vår klare oppfatning at Departementene ikke dokumenterer at dette markedsføringsforbudet er *egnet* til å løse de problemer med livsstilssykdommer som fedme og overvekt kan føre til. For det første er det ingen årsakssammenheng mellom markedsføring og livsstilssykdommer. Dette har vi behandlet nærmere i pkt 4.1 ovenfor. Vi viser også til DAMVAD-rapporten pkt 6.1. For det andre er ikke de produktene som dette forslaget rammer de primære kildene til overvekt og fedme. Dette har vi behandlet nærmere i pkt 4.3. Vi viser også til DAMVAD-rapportens pkt 3.2. For det tredje er begrunnelseskravet i EØS-avtalens artikkel 13 ikke oppfylt – Departementenes utredning, slik den er redegjort for i høringsnotatet, oppfyller ikke de kravene man må kunne stille for et inngripende tiltak som dette – herunder en vurdering av potensielle andre kilder til fedme enn markedsføring. Vi mener således at kravet til *egnethet* ikke er oppfylt.

Vi mener videre at markedsføringsforbudet ikke er et *forholdsmessig virkemiddel* – langt mindre inngripende tiltak ville virket bedre, men er ikke vurdert. Særlig i en situasjon hvor årsakssammenheng mellom reklame og fedme ikke er dokumentert, burde mindre inngripende tiltak vært vurdert – som informasjon rettet mot foreldre, holdningskampanjer eller utvikling av bransjens frivillige retningslinjer. Departementene har ikke vurdert eller dokumentert om hensynet til folkehelsen kunne vært ivaretatt gjennom mindre inngripende virkemidler enn et markedsføringsforbud. Da er kravene som oppstilles i EØS-avtalen ikke oppfylt. Vi viser også til utredning av Kolstad, vedlegg 1.

I tillegg til å stride mot EØS-avtalens artikkel 11 er forslaget også i strid med fjernsynsdirektivet og AMT-direktivet, og er også i strid med direktivet om urimelig handelspraksis.

Fjernsynsdirektivet / AMT-direktivet

Norge har ennå ikke implementert direktivet for audiovisuelle medietjenester (AMT-direktivet), som vil erstatte fjernsynsdirektivet. Implementering er ventet i løpet av relativt kort tid. Verken fjernsynsdirektivet eller AMT-direktivet åpner for å forby reklame for "usunn" mat begrunnet i helsehensyn, og et slikt forbud rettet mot barn er i strid med disse direktivene. Vi viser her til Kolstads utredning i vedlegg 1.

Direktivet om urimelig handelspraksis

Direktivet om urimelig handelspraksis (2005/29/EF) er et totalharmoniseringsdirektiv. Det innebærer at de enkelte EØS-land ikke kan ha strengere regulering av markedsføring enn det som følger at direktivet. I direktivets fortale anerkjennes at barn har et særlig behov for beskyttelse, men det presiseres at dette ikke gir grunnlag for et generelt forbud mot reklame rettet mot barn (fortalen avsnitt 18). Et generelt forbud mot markedsføring av "usunn" mat til barn og unge er i strid med direktivet om urimelig handelspraksis. Motstriden blir enda tydeligere når man har for øyet at det i realiteten er et totalforbud mot reklame for "usunn" mat man har med å gjøre. Vi viser her til Kolstads utredning i vedlegg 1.

5 Forslaget til forskrift har ikke hjemmel

Vår oppfatning er at dette markedsføringsforbudet ikke kan fastsettes i form av forskrift. Denne type forbud krever tydelig hjemmel i lov – det er et inngripende forbud med store konsekvenser for næringsmiddelindustrien, reklamebransjen og den reklamefinansierte mediesektoren. Skal dette forbudet overhodet kunne gjennomføres, bør det være et minimumskrav at Stortinget tar direkte stilling til saken, herunder dens sider til EØS-avtalen og begrensninger i den kommersielle yttingsfrihet.

Matloven § 10 annet ledd er uansett ikke en slik klar og tydelig lovhjemmel og gir ikke anledning til å fastsette den typen markedsføringsforbud som det her er snakk om.

Vi viser til *Juridisk betenkning markedsføring rettet mot barn – legalitetsvurdering* av advokat PhD Hugo P. Matre og advokat Vidar Strømme, advokatfirmaet Schjødt (vedlegg 2), som konkluderer med at *“Det er klart at forskriften ikke vil stå seg.”*

5.1 Legalitetsprinsippet som skranke

Legalitetsprinsippet, forankret i konstitusjonell sedvanerett, medfører at myndighetene må ha et rettslig grunnlag for sin myndighetsutøvelse. Det er ikke tvilsomt at legalitetsprinsippet medfører at Departementene må ha hjemmel i lov for å fastsette det forbud som er foreslått.

Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité har i Innst. S. nr. 296 (1995-96) gått nokså grundig inn på spørsmålet om forvaltningens bruk av forskrifter, og understreker at selv om delegasjon av myndighet er en nødvendighet, er det grunn til å vise varsomhet ved bruken av forskriftshjemler, og påpeker at rettigheter og plikter i størst mulig grad bør fremgå av selve loven. Utgangspunktet er at *“... alle spørsmål som er av en slik karakter at Stortinget bør ta stilling til dem, bør reguleres i formell lov og ikke overlates til forskrift.”* (Justisdepartementets lovavdeling, Lovteknikk og lovforberedelse pkt 2.2.3).

Det foreslåtte forbudet er (1) inngripende og har store konsekvenser for de involverte, (2) omstridt, og (3) reiser prinsipielle problemstillinger knyttet til inngrep i næringsdrivendes kommersielle ytringsfrihet og forholdet til EØS-avtalen. Alle disse forholdene tilsier at Stortinget bør ta særskilt stilling til saken. Forslaget trenger – og fortjener – den grundighet som en lovprosess innebærer. Selv om berørte parter kommer til orde i høringsrunden om forskriftsforslaget, reparerer ikke det den manglende politiske kontradiksjonen.

Til illustrasjon er andre reklameforbud hjemlet direkte i lov – det gjelder både forbudet mot tobakksreklame, forbudet mot alkoholreklame og forbudet mot politisk reklame. I forarbeidene til tobakkskadeloven uttales det:

“Forbud mot tobakksreklame og påbud om merking av sigarettpakker er inngrep overfor tobakksfabrikanter, tobakksforhandlere m. fl. Det samme gjelder påbud om tobakksvarers innhold, vekt m.v. Slike regler kan etter legalitetsprinsippet bare fastsettes i lovs form eller med hjemmel i lov.” (Ot.prp. nr. 3 1972-73 pkt II).

Det ble deretter vurdert hvorvidt det forelå en tilstrekkelig klar hjemmel i eksisterende regelverk, og komiteen konkluderte med at:

“... det er tvilsomt om det i vår lovgivning er tilstrekkelig hjemmel til å innføre reklameforbud og merkeplikt ved forskrifter. Men selv om man skulle mene at de eksisterende lover gir hjemmel, er det i en så viktig sak som denne grunn til å vedta en egen lov om forholdet. For det første tilsier sakens betydning at avgjørelsen treffes av Stortinget i lovs form...”

Tilsvarende er reklameforbudet i alkoholloven også gjennomført i egen lovbestemmelse og er således også basert på de vurderinger man gjorde ved innføringen av tobakksreklameforbudet. Forbudet om politisk reklame ble først forsøkt fastsatt i forskrift, men etter massiv kritikk fra Sivilombudsmannen i 1995 i saken om Akademikernes Fellesorganisasjons reklame på TV 2, ble forbudet flyttet fra forskrift til lov. Også forbud mot kringkastingsreklame rettet mot barn er regulert direkte i kringkastingsloven, med utfyllende bestemmelser i forskrift.

5.2 Matloven § 10 annet ledd gir ikke hjemmel for forskriften

Selv om man måtte mene at dette forbudet ikke er så inngripende og alvorlig at det *i seg selv* begrunner at det må fastsettes i lov, så følger det av legalitetsprinsippet at man må kreve en klar og tydelig hjemmel i lov. Matloven § 10 annet ledd er ikke en slik klar og tydelig hjemmel.

5.2.1 Ordlyden og sammenhengen i hele § 10

Matloven § 10 lyder i sin helhet:

§ 10. Merking, presentasjon og reklame

Virksomheten skal sørge for at merking, presentasjon, reklame og markedsføring er korrekt, gir mottaker tilstrekkelig informasjon og ikke er egnet til å villed.

Kongen kan gi nærmere forskrifter om merking, presentasjon og reklame, herunder om forbud mot helsemessig uønsket markedsføring og om vilkår for bruk av frivillige merkeordninger.

Departementene har trukket frem delsetningen "*herunder om forbud mot helsemessig uønsket markedsføring*" og hevder i høringsnotatet at dette hjemler forskriften. Man kan imidlertid ikke lese denne delsetningen løsrevet fra helheten, og man må tolke annet ledd i sammenheng med første ledd i bestemmelsen. Koblingsordet "*herunder*" viser at adgangen til å gi "*forbud mot helsemessig uønsket markedsføring*" står i direkte sammenheng med "*merking, presentasjon og reklame*". Når det i § 10 annet ledd står at "*Kongen kan gi nærmere forskrifter om merking ...*" (vår understreking), viser dette tilbake til bestemmelsens første ledd. Den fullmakt som er gitt i annet ledd må tolkes i lys av de krav til merking, presentasjon og reklame som lovgiver har stilt opp i bestemmelsens første ledd. Sammenhengen mellom de to leddene indikerer at fullmakten i annet ledd skal gi mulighet for å utdype og presisere bestemmelsens første ledd. Dette er en vanlig lovgivningsteknikk.

Legalitetsprinsippet tilsier at bestemmelsen må tolkes slik at bare de tiltak man med rimelig sikkerhet kan legge til grunn at Stortinget har tilsiktet, kan hjemles i bestemmelsen. Også den naturlige arbeidsfordelingen mellom Stortinget og forvaltningen tilsier at fullmaktsbestemmelsen må tolkes innskrenkende til ikke å hjemle nye omfattende tiltak.

5.2.2 Formålet med bestemmelsen

Det foreslåtte forbudet mot markedsføring av "*usunn*" mat rettet mot barn og unge er noe annet og mer enn de tiltak som naturlig kan forbindes med korrekt, opplysende og ikke-villedende merking, reklame og markedsføring. Departementene deler denne oppfatning – i vedlegg 4 til høringsnotatet, "*Juridiske vurderinger – nytt regelverk om markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke*". I punkt 2.3 (s. 4), annet avsnitt, heter det:

"Bestemmelsen i matloven § 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. Også formålene bak slike reguleringer vil være forskjellige. Mens matloven § 10 skal sikre forbrukere mot å bli lurt med hensyn til de næringsmiddelprodukter de kjøper ut fra klassiske forbrukerhensyn, vil formålet med eventuelle regler om markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke være å beskytte barnas helse."

Dette faktum – at forskriftsutkastet regulerer noe annet enn det som forskriftshjemmelen naturlig dekker – er ikke kommentert ytterligere i høringsnotatet.

5.2.3 Bestemmelsens tilblivelseshistorie og forarbeider

Ved tolkningen av forskriftshjemmelen i § 10 annet ledd er det naturlig å se hen til bestemmelsens historikk.

Ved en lovendring i 1998 ble tillegget *”herunder forby helsemessig uønsket markedsføring”* inntatt i det som nå er matloven § 10. I Ot.prp. nr. 16 (1998-1999) s. 8–9 står det at tillegget ble tatt inn som følge av Norges EØS-forpliktelser. Morsmelkdirektivet (91/321) kunne under den daværende lovgivning bare implementeres delvis fordi det den gangen ikke eksisterte noen hjemmel for å forby markedsføring som ikke var ønsket ut fra en helsemessig begrunnelse. Tidligere hadde forhold rundt markedsføring av morsmelkerstatning vært regulert ved frivillige avtaler mellom Helsedirektoratet og de enkelte produsentene av morsmelktilskudd. Med lovendringen i 1998 ble fullstendig implementering av direktivet mulig.

Det ble i forarbeidene ikke uttalt noe som tilsier at tillegget var ment å gi en alminnelig fullmakt til å oppstille andre og mer vidtrekkende forbud. Derimot tilsier lovendringens forhistorie at arbeidet med å endre loven kun ble foretatt for å oppfylle Norges forpliktelser overfor EØS. Morsmelk-forskriftens innhold er godt forenlig med hensynene bak § 10 første ledd.

Hjemmelen til å vedta markedsføringsforbud mot helsemessig uønsket markedsføring ble gitt for å muliggjøre implementeringen av Eus morsmelkdirektiv. Forskriftsutkastet som er ute på høring er både mer inngripende og omfattende enn EU-direktivet. Forskriftsforslaget går utover det Stortinget forutsatte da tillegget som ga fullmakt til å forby helsemessig uønsket markedsføring ble vedtatt.

6 Konkrete kommentarer til forslaget

Som det vil fremgå av det ovenstående, er det vår oppfatning at forbudet ikke kan innføres i det hele tatt, og i hvert fall ikke som forskrift. Vi velger likevel å knytte konkrete kommentarer til det foreliggende forslaget, fordi Departementene har bedt om det. At vi velger å kommentere disse forholdene må ikke tas til inntekt for at vi mener at en mindre inngripende regulering uten videre vil være i tråd med EØS-avtalens generelle bestemmelser eller EØS-rettslig sekundærlovgivning (direktivene).

6.1 ”Markedsføring”

Markedsføring er i forskriftsutkastets § 3 b) definert som *”Enhver handling foretatt i næringsvirksomhet for å fremme omsetning av næringsmidler overfor forbrukere”*.

Høringsnotatet kommenterer definisjonen av markedsføring i pkt 9.1.3 (s. 60) og legger til grunn at ”markedsføring” i forskriftsutkastet:

”... bør forstås som et vidt begrep, i samsvar med Markedsrådets tidligere praksis om begrepet, samt begrepet handelspraksis i markedsføringsloven. Med dette omfattes all virksomhet som den næringsdrivende foretar utad som er direkte knyttet til å fremme salget av eller selge ... varer til forbrukere. [...] Det antas sjelden å være tvil om det er markedsføring eller ikke: det ligger i markedsføringens natur at den vil skape oppmerksomhet om varene utad.”

Markedsføringsloven definerer ikke begrepet ”markedsføring”. Det kan likevel ikke være tvil om at begrepet omfatter *”mange ulikearta handlingar som dreiar seg om å legge til rette for å føre produkt eller tenester ut på marknaden”* (Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande i mellom* (2001) s. 41 med videre henvisninger).

I Mestad m.fl., *Markedsføringsloven med kommentarer (2010)*s. 38, uttales det om definisjonen av begrepet "markedsføring" at:

"[h]ensynet til forbrukerbeskyttelsen taler for at markedsføringsbegrepet ikke tolkes snevert. Begrepet vil romme et meget vidt spekter av handlinger av kommersiell karakter som foretas i næringsvirksomhet. Eksempler på aktivitet som normalt vil falle utenfor begrepet markedsføring, er handlinger hvor de kommersielle elementer er fraværende, typisk aktiviteter med ideelt eller veldedig formål, eller ikke-kommersiell informasjonsvirksomhet."

Det er med andre ord åpenbart at forskriftsutkastets definisjon av "markedsføring" er så omfattende at den omfatter både å fremby produkter som sådan, og emballasje – i tillegg til reklame. Den blotte eksistensen av Seigmenn, Bamsemums eller Kinderegg i butikkhyllen vil falle inn under definisjonen av "markedsføring", og vil følgelig være forbudt fordi markedsføringen vil kunne oppfattes som rettet mot barn etter kriteriene i § 5. En slik bred definisjon vil favne for bredt og forby forhold som Departementene har uttalt at man ikke ønsker å forby. Konsekvensen er følgelig at definisjonen av markedsføring må snevres inn, slik at det tydelig fremgår at emballasje og tilbud av konkrete produkter ikke omfattes. Inkluderingen av "de markedsførte næringsmidlene" i § 5a må følgelig også slettes.

6.2 "Barn"

Forslaget defineres til å omfatte alle under 18 år. Vi mener at man ved å operere med en 18-årsgrense i den foreslåtte forskriften, sammenholdt med definisjonen av hva slags markedsføring som anses "rettet mot" disse under 18, vil få et totalforbud mot markedsføring for de produktene som omfattes.

Ved innføringen av regler om særlig beskyttelse for barn i markedsføringsloven av 2009 ble definisjonen av "barn" diskutert. En rekke av høringsinstansene mente at ordlyden i den foreslåtte § 4-1 var for vid når den sa at: "*Når markedspraksis rettes mot barn, eller for øvrig kan ses eller høres av barn ...*". Høringsinstansene mente at det understreket i prinsippet vil kunne fange opp all markedsføring. Til dette kommenterte departementet følgende: "*Departementet vil understreke at høringsforslaget § 4-1 ikke er et forbud, men en generell aktsomhetsregel.*"

Denne gangen er det et forbud mot markedsføring av spesifikke produkter som fremlegges. Det er ikke en generell aktsomhetsregel, men et konkret forbud. Det vil i praksis fungere som et totalforbud, hvilket ikke er problematisert, kommentert eller behandlet i høringsnotatet.

I markedsføringslovens forarbeider slås det uttrykkelig fast at ikke alle i kategorien "barn" skal behandles på samme måte, men at det "... i de konkrete vurderingene vil de mindreåriges alder og utvikling tillegges vekt." (Ot.prp. nr. 55 (2007-2008)). Departementene uttaler i høringsnotatet at man ønsker den samme fleksibiliteten i alderstilnærmingen. Departementene bør vurdere hvordan en slik fleksibilitet skal håndteres i den skjønnsmessige vurderingen – all den tid det er snakk om et markedsføringsforbud og ikke en urimelighetsvurdering.

Det er gjort forskning på barns evner og mulighet til å navigere i en medieverden:

- Vitenskaplige gjennomganger anerkjenner at innen barn er fylt 12 år har de utviklet sin adferd som forbruker, sin evne til å effektivt gjenkjenne markedsføring og har evnen til å ha kritiske oppfatninger av markedsføringen

"A descriptive model of the development of children's consumer behaviour from infancy to 12 years of age [says that] by age 12 children have become acquainted with all aspects of their consumer behaviour [...] they are able to feel wants and preferences, search to fulfill them, make a choice and a purchase, and evaluate a product and its alternatives. [By the age of 12] children's eye for detail and quality develops, and thereby, their ability to critically

evaluate and compare products and information. [...]In this period, children develop a sincere interest in real-world phenomena, and they can be highly critical of entertainment and commercials that lack realism.” (vår utheving) (Vlakenburg and Cantor (2001))

- Det er akademisk enighet om at innen fylte 12 år er barns evne til å forstå markedsføringens overtalelseelement fullt utviklet, og barna har de nødvendige kognitive verktøy til å kritisk vurdere markedsføringen:

“By about 7 or 8 years of age, children have learned to identify the persuasive intent of advertising, distinguishing it from information. From 12 years of age, children can surely articulate a critical understanding of advertising, even becoming sceptical or distrustful of it.” (vår utheving) (Livingstone and Helsper (2006))

“An important issue in discussions about the influence of food and beverage advertising and marketing reaching children and youth relates to the stages of discernment. Before a certain age, children lack the defences, or skills, to discriminate commercial from noncommercial content, or to attribute persuasive intent to advertising. Children generally develop these skills at about age 8 years, but children as old as 11 years may not activate their defences unless explicitly cued to do so.” McGinnis et al eds (2006),

Til illustrasjon har man valgt andre aldersgrenser i andre land. EU Pledge har fastsatt en grense på kommunikasjon til personer over og under 12 år. I lovgivningen i Storbritannia har man 16-årsgrense, mens det i Sverige er 12-årsgrense for TV-reklame. I Danmark har man 13-årsgrense i frivillige retningslinjer.

Vi mener at man ved å sette grensen ved 18 år, favner for vidt. En eventuell regulering av markedsføring mot barn kan beskytte de ”egentlige barna” og ramme den markedsføringen som er utformet med tanke på å påvirke barn, men kan ikke favne i realiteten alle. Vi deler i og for seg Departementenes oppfatning om at det ikke alene kan være de næringsdrivendes definisjon av målgruppen for markedsføringen som skal være avgjørende for vurderingen av om markedsføringen er særlig egnet til å påvirke barn. Men, det er vår bestemte oppfatning at troverdig og relevant dokumentasjon fra markedsføreren, herunder tall og statistikk for forbrukeradferd og konsum, må tillegges stor vekt. Dersom Departementene mener at markedsføringsbegrensningen ikke skal være et totalforbud, må dette også reflekteres i definisjonen av hva slags markedsføring som omfattes.

Jo høyere aldersgrense som fastsettes, jo vanskeligere blir det å skille markedsføring mot det som defineres som ”barn”, og alle andre i samfunnet. Som en konsekvens av det blir forbudet mer et totalforbud jo høyere aldersgrensen settes.

6.3 ”Rettet mot”

Forskriftsutkastet omhandler ”markedsføring *rettet mot* barn og unge”, jf § 4. Paragraf 5 angir hva som skal vektlegges ved vurderingen av om markedsføringen er *rettet mot* barn og unge – og angir således retningslinjer for det skjønnet som skal utøves. Paragraf 5 litra a–j inneholder en lang liste over hva som ”kan appellere til” barn og unge. Hensikten med reklame er å påvirke. Budskapet er fremmet slik at det *skal* appellere til målgruppen. Selv om målgruppen er betydelig eldre enn dem under 18 år, *kan* et slikt budskap appellere til barn og unge. Som anført i pkt 3.1, medfører disse brede og omfattende formuleringene at det i praksis blir et totalforbud mot markedsføring av ”usunne” produkter.

Vi mener at retningslinjene i § 5 må erstattes med andre og vesentlig snevrere kriterier for hva som skal medføre at markedsføring anses rettet mot barn.

6.4 Energitette, salte og næringsfattige næringsmidler

Definisjonen av hva som skal anses som "usunn" mat fremgår av vedlegg til forskriften. Grensen mellom hva som er omfattet og hva som faller utenfor er avgrenset etter varens posisjon i den norske tolltariffen. Vi stiller spørsmålstegn ved koblingen til tolltariffen. Tolltariffen er utarbeidet med helt andre hensyn for øyet enn å begrense markedsføring til barn og unge, og er således lite egnet til å skille "sunne" og "usunne" produkter fra hverandre.

Vi stiller også spørsmål ved om man ved denne avgrensningen:

- Kommer til å bidra til en betydelig reduksjon av mettet fett, sukker og salt (se pkt 4.3.)
- Kommer til å bidra til redusert overvekt og fedme i den norske befolkningen

Dette er etter vår mening ikke tilstrekkelig vurdert av Departementene.

Utkastet omfatter bl.a. sukkerfrie varer, for eksempel sukkerfritt godteri og sukkerfri brus og saft. Sukkerfrie alternativer er en viktig årsak til redusert sukkerkonsum de senere årene. Dette har skjedd gjennom innovasjon hos de aktuelle leverandørene. Dersom man også skal omfatte sukkerfrie alternativer, vil man frata leverandørene incitamentet til innovasjon for å søke "sunnere" alternativer. Vi har problemer med å se at det kan være hensikten med forslaget.

Endelig vil vi poengtere at arbeidet er i gang for å fastsette de ernæringsmessige kriteriene for en rekke ulike kategorier innen EU Pledge. Disse kriteriene vil bli gjennomgått av uavhengige eksperter. Kategoriseringen og disse kriteriene kommer til å stimulere innovasjonen av produkter med mindre mettet fett, sukker og salt. Et eksempel på kriterier kan være at chips ikke må inneholde mer enn 10 % av energien fra mettet fett, noe som ville begrense bruken av palmeolje i denne typen produkter.

6.5 Tilsynsorgan

Det er allerede tre myndighetsorganer som fører tilsyn med markedsføring etter eksisterende regelverk. *Forbrukerombudet* fører tilsyn etter markedsføringsloven og etter de reklamerelevante bestemmelsene i kringkastingsloven § 3-1 og kringkastingsforskriften § 3-6. Forbrukerombudet driver en aktiv forbrukerpolitikk og har en solid portefølje med vedtak og rikholdig praksis knyttet til barn og markedsføring. Videre fører *Mattilsynet* tilsyn med matloven og de tilhørende forskrifter om merking, reklame og markedsføring. *Kunnskapsdepartementet* har tilsyn med reglene i opplæringsloven og privatskoleloven. Vi har problemer med å se hensiktsmessigheten ved at Helsedepartementet som et *fjerde tilsynsorgan* skal føre tilsyn med et regelverk som i stor grad blir overlappende med eksisterende regelverk. Det kan neppe være ønskelig, verken ut fra hensynet til enhetlig praksis eller ressurs hensyn.

Helsedepartementet fører riktignok tilsyn med reklameforbudene mot alkohol og tobakk. Etter vår oppfatning har det begrenset overføringsverdi til "usunn" mat. Når det gjelder alkohol og tobakk, er det snakk om et klart, tydelig og absolutt totalforbud, som er relativt enkelt å håndheve og som involverer liten grad av skjønn. Det foreslåtte forbudet mot markedsføring av "usunn" mat er sterkt skjønnspreget og støter an mot flere andre lover og forskrifter.

Hensynet til likebehandling, samordning mellom regelverk, ressurs hensyn og målet om enhetlig praksis tilsier at tilsyn med et eventuelt markedsføringsforbud begrunnet i helsemessige forhold bør legges til en tilsynsmyndighet som fra før har tilsyn med tilstøtende regelverk.

6.6 Sanksjonsmidler – tilbaketrekking

Det er i utkastets § 6 foreslått at Helsedirektoratet skal føre tilsyn, og de er gitt hjemmel til å fatte nødvendige vedtak for å gjennomføre bestemmelsene i forskriften, jf matloven § 23.

Matloven § 23 første og annet ledd lyder:

“Det sentrale, regionale eller lokale mattilsynet fører tilsyn og kan fatte nødvendige vedtak for gjennomføring av bestemmelsene gitt i eller i medhold av denne loven, herunder forby import, eksport og omsetning eller pålegge tilbaketrekning fra markedet, isolasjon, avlivning, destruksjon, kassasjon, båndlegging, merking eller særskilt behandling. Kongen kan delegerer myndighet til andre offentlige eller private organer og gi bestemmelser om hvem som er klageinstans i slike tilfeller.

Dersom påleggene ikke etterkommes, det er ukjent hvem som er ansvarlig, eller det er nødvendig å få gjennomført tiltak raskt, kan tilsynsmyndigheten selv gjennomføre tiltak som nevnt i første ledd. Tiltak kan gjennomføres for den ansvarliges regning. Skyldige beløp er tvangsgrunnlag for utlegg.”

Tilsynelatende gis Helsedirektoratet her hjemmel til å pålegge tilbaketrekking fra markedet (som innebærer at de relevante produktene umiddelbart fjernes fra butikk) – og Helsedirektoratet kan selv gjennomføre dette for markedsførers regning.

Slikt pålegg om tilbaketrekking er et svært inngripende tiltak og etter vår mening helt uproporsjonalt i forhold til hva som er den eventuelle overtredelsen. Matlovens tilsynsbestemmelse er gitt fordi det kan dreie seg om for eksempel forgiftede eller smittefarlige matvarer som det har en akutt helsemessig betydning å fjerne fra omsetning. Det er åpenbart ikke tilfelle med produkter som er ”usunne” og som det derfor er begrensninger i adgangen til å markedsføre overfor barn.

Det er videre ingen grunn til å gi Helsedirektoratet en hjemmel til å kunne forby omsetningen av de produkter som omfattes av forskriftsutkastet. Det fremheves i høringsnotatet (s. 65, annet avsnitt) at hensikten ikke er å gi et omsetningsforbud, men en markedsføringsbegrensning mot en avgrenset målgruppe. Med en slik hensikt er det ikke behov for en hjemmel for forbud mot omsetning eller pålegg om tilbaketrekking.

6.7 Håndhevingsproblemer – forskjellsbehandling

Høringsnotatet inneholder ingen problematisering av håndhevingsutfordringer. Dette er en klar svakhet. Det følger for eksempel av fjernsynsdirektivet (1989/552 EØF) og AMT-direktivet (om audiovisuelle medietjenester (2010/13/EU)) at man ved vurderingen av lovlig innhold ved en kringkastingssending, inkludert annonsene, må legge senderlandets rett til grunn. Med andre ord – dersom reklamen er tillatt i senderlandet vil den ikke kunne begrenses i mottakerlandet. Det er en rekke TV-kanaler som av ulike grunner sender fra andre land enn Norge, for eksempel TV3. Det foreslåtte markedsføringsforbudet kan således ikke hindre markedsføring på denne kanalen. Dette gir først og fremst en skjevhet i annonsetilgang for de ulike kanalene som vises i Norge, men det gir også en konkurransevridende effekt i favør av utenlandske markedsførere av ”usunn” mat.

En annen, og stadig mer utbredt, markedsføringskanal er internett. Hvordan skal forbudet håndheves der? Skal norske nettsider under .no omfattes? Nettsider på norsk? Også i denne markedsføringskanalen vil norske markedsførere ha mindre muligheter enn sine internasjonale konkurrenter til å bygge sine merker, med den konsekvens at forbruker til slutt velger Fanta fremfor Solo. Dette er en konkurransevridende konsekvens av forslaget som vil favorisere internasjonale aktører og skade norske interesser.

Disse håndhevingsutfordringene, som burde vært kommentert og behandlet av Departementene, medfører at det primært er norske annonsører som rammes, og forsterker de konkurransevridende aspektene ved forskriftsforslaget, som vi har redegjort nærmere for i pkt 4.5.1. DAMVAD-rapporten behandler dette i pkt 6.2.4.

6.8 Forslaget er en gjeninnføring av tilgiftsforbudet, hvilket er i strid med totalharmoniseringsdirektivet om urimelig handelspraksis

EUs direktiv om urimelig handelspraksis (2005/29) er et totalharmoniseringsdirektiv. Direktivet inneholder en opplisting (svartelisten) over handelspraksis som anses som urimelig. Tilgift er ikke en slik handelspraksis. Implementeringen av dette direktivet var også bakgrunnen for at man ved innføringen av ny markedsføringslov i Norge i 2009 fjernet det forbudet mot tilgift vi til da hadde hatt i norsk rett.

Slik forskriftsutkastet er utformet, jf særlig § 4, jf § 5 litra h, gjeninnføres i praksis et forbud mot tilgift for "usunn" mat. Det er vanskelig å tenke seg bruk av tilgift eller konkurranser som ikke kan appellere til personer under 18 år. Ettersom direktivet om urimelig handelspraksis er et totalharmoniseringsdirektiv, er det ikke anledning til å operere med et særnorsk forbud mot tilgift, selv om forbudet er begrenset til "usunn" mat og således ikke vil gjelde all norsk markedsføring. Dette er behandlet i Kolstads utredning i vedlegg 1, og vi henviser til hans utredning.

6.9 Overgangsregler

Departementene har anslått at den foreslåtte forskriften skal tre i kraft 1. februar 2013. Som redegjort for over, har forbudet store konsekvenser for bransjen. Departementene problematiserer ikke hvordan disse reglene skal håndheves i en overgangsfase. Planlegging av markedsføringsaktiviteter er langsiktig, omfattende tidkrevende og kostbart. Vinterens reklamekampanjer, plakater og filmer planlegges nå. 1. februar planlegges det som skal markedsføres høsten 2013.

Til illustrasjon inneholder direktivet om ernærings- og helsepåstander for næringsmidler i artikkel 28 en lang rekke overgangstiltak, men overgangsperioder på opptil 15 år for de påstander som allerede var en del av noens varemerker eller handelsbetegnelser. Dette illustrerer behovet for forutberegnelighet i bransjen.

* * * * *

Vedlegg:

- 1 *Juridisk betenkning, markedsføring rettet mot barn – EØS-rettslig vurdering – advokat dr juris Olav Kolstad, advokatfirmaet Schjødt*
- 2 *Juridisk betenkning, markedsføring rettet mot barn – legalitetsvurdering – advokat PhD Hugo P. Matre og advokat Vidar Strømme, advokatfirmaet Schjødt*
- 3 *Regulering av markedsføring – Gjennomgang av kunnskapsgrunnlag og samfunnsøkonomisk analyse – DAMVAD*

* * * * *

Referanser

- Andersen et al, (2005)**, Overweight and obesity among Norwegian schoolchildren: changes from 1993 to 2000. *Scand J Public Health*. 33(2):99-106.
- Bloomgarden (2011)**, Nonnutritive sweeteners, fructose, and other aspects of diet, *Diabetes Care* 46-51, v 34
- Bridges and Thompson (2010)**, HSE 2010: VOL1 | CHAPTER 11: CHILDREN'S BMI, OVERWEIGHT AND OBESITY
- Cecchini et al (2010)**, Tackling of unhealthy diets, physical activity, and obesity: health effects and cost-effectiveness, *Lancet*, Vol 376, Nov 20
- Chamberlain et al (2006)**, Does Children's Screen Time Predict Requests for Advertised Products?
- Chou et al (2008)**, "Fast-Food Restaurant Advertising on Television and its Influence on Childhood Obesity" *Journal of Law and Economics*, 51, pp. 599-618
- Cppaci et al (2012)**, Policies to promote healthy eating in Europe: a structured review of policies and their effectiveness. *Nutrition Reviews*, VI 70(3): 188-200
- Cairns et al (2009)**, *The extent, nature and effects of food promotion to children: a review of the evidence to December 2008*. Geneva, World Health Organization
- Euromonitor (2011)**, SWEET AND SAVOURY SNACKS IN NORWAY
- Foresight (2007)** Report on the Determinants of Obesity for the UK Government (2007), (<http://www.bis.gov.uk/assets/foresight/docs/obesity/17.pdf>)
- Halford et al (2008)**, Beyond-brand effect of television food advertisements on food choice in children: the effects of weight status. *Public Health Nutr. Sep*; 11(9): 897-904
- Harris et al (2009)**, Priming Effects of Television Food Advertising on Eating Behavior. *Health Psychol. July*; 28(4): 404-413
- Hastings et al (2003)**, *Review of the research on the effects of food promotion to children*. Glasgow, University of Strathclyde, Centre for Social Marketing
- Hastings et al (2006)**, *The extent, nature and effects of food promotion to children: a review of the evidence*. Geneva, World Health Organization
- Janssen et al, (2005)**, Comparison of overweight and obesity prevalence in school-aged youth from 34 countries and their relationships with physical activity and dietary patterns, *The International Association for the Study of Obesity, Obesity reviews* , 123-132
- Livingstone (2004)**, A commentary on the research evidence regarding the effects of food promotion on children, Department of Media and Communications London School of Economics and Political Science
- Livingstone and Helsper (2006)**, Advertising Foods to Children: Understanding promotion in the context of children's daily lives
- McDermott et al (2004)**, Desk Research to Examine the Effects of Food Marketing on Children. Report to the World Health Organization. Glasgow
- McGinnis et al eds (2006)**, *Food marketing to children and youth: threat or opportunity?* Washington DC, Institute of Medicine, National Academies Press
- Oellingrath et al, (2010)**, Eating patterns and overweight in 9- to 10-year-old children in Telemark County, Norway: a cross-sectional study, *Eur J Clin Nutr Nov*;64(11):1272-9.
- Ofcom (2004)**, Childhood Obesity – Food Advertising in Context, Childrens food choices, parents' understanding and influence, and the role of food promotion
- Ofcom (2010)**, HFSS advertising restrictions - Final review
- Sassi et al (2009)**, "Improving Lifestyles, Tackling Obesity: The Health and Economic Impact of Prevention Strategies", OECD Health Working Papers, No. 48, OECD. Publishing
- Norkost 3**, UiO, Mattilsynet, Helsedirektoratet (2012), *Norkost 3 En landsomfattende kostholdsundersøkelse blant menn og kvinner i Norge i alderen 18-70 år, 2010-11*
- Veerman et al (2009)**, By how much would limiting TV food advertising reduce childhood obesity? *European Journal of Public Health*, 1-5

VKM (2007), Impact on health when sugar is replaced with intense sweeteners in soft drinks, 'saft' and nectar

Vlakenburg and Cantor (2001), The Development of a Child into a Consumer, University of Amsterdam, University of Wisconsin-Madison, NL and US

Wiecha et al (2006), When Children Eat What They Watch: Impact of Television Viewing on Dietary Intake in Youth

WHO (2011), World Health Organization, First Global Ministerial Conference on Healthy Lifestyles and Noncommunicable Disease Control (Moscow, 28-29 April 2011) DISCUSSION PAPER PREVENTION AND CONTROL OF NCDS: PRIORITIES FOR INVESTMENT

* * * * *