

## JURIDISK BETENKNING

Markedsføring rettet mot barn – EØS-rettslig vurdering

---

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

---

Juridisk betenkning avgitt til Orkla ASA  
Advokatfirmaet Schjødt AS v/advokat dr. juris Olav Kolstad

Saksansvarlig advokat: Olav Kolstad

5. september 2012

## MARKEDSFØRING RETTET MOT BARN – EØS-RETTLIG VURDERING

### 1. OPPDRAGET

Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) og Barne-, Likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD) sendte den 7.6.2012 forslag til ny regulering av markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke ut på høring.

HOD og BLD foreslår å innføre et vidtrekkende forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke. Forbudet er begrunnet i helsehensyn, og skal forebygge overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen. Forbudet foreslås nedfelt i egen forskrift.

Vi er gitt i oppdrag å vurdere forslaget til markedsføringsforbud i forhold til Norges EØS-rettslige forpliktelser.

### 2. HOVEDKONKLUSJONER

- Forbudet mot markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke er i strid med EØS-avtalen
  - Det foreslåtte forbudet representerer en restriksjon på de frie varebevegelser, jf. EØS-avtalens artikkel 11
  - Det foreslåtte forbudet tilfredsstiller ikke vilkårene i EØS-avtalens artikkel 13, som åpner for unntak basert på folkehelsehensyn
- EØS-rettslig sekundærlovgivning gir ikke grunnlag for å innføre et markedsføringsforbud
  - Forslaget til forbud mot markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge er i strid med fjernsynsdirektivet og direktivet for audiovisuelle tjenester
    - En strengere regulering av nasjonale tilbydere av fjernsynstjenester og andre audiovisuelle medietjenester vil bare kunne gjennomføres om reguleringen ikke er i strid med restriksjonsforbudene i EØS-avtalens hoveddel
  - Et forbud mot markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge vil være i strid med direktivet om urimelig handelspraksis

### 3. BAKGRUNNEN FOR OG HOVEDTREKK I FORSLAGET

Regjeringens handlingsplan for kosthold angir at "innføring av restriksjoner på markedsføring av usunn mat rettet mot barn og unge" skal vurderes som et tiltak for å bedre folkehelsen, og varsler at det skal utredes "om lovregulering kan være egnet for å begrense markedsføring av usunne produkter av mat og drikke overfor barn og unge". Behovet for lovregulering skal "vurderes opp mot resultatet av selvregulering". Nasjonal helse- og omsorgsplan følger opp Regjeringens handlingsplan, og slår fast at "Helse- og omsorgsdepartementet og Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet vil utrede behovet for å innføre lov- og forskriftsregulering av markedsføring av mat og drikkevarer rettet mot barn og unge".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Melding til Stortinget nr. 16 (2010-2011).

HOD og BLD har, på bakgrunn av arbeidet til en arbeidsgruppe nedsatt i 2010, utarbeidet et forslag til forskrift om markedsføring rettet mot barn og unge av næringsmidler. Forslaget til forskrift er vedlagt som vedlegg 2 til høringsnotatet.

Forskriften angir at den har til formål å "fremme helse gjennom forebygging av overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen, ved å regulere markedsføring av næringsmidler rettet mot barn og unge". Reguleringen av slik markedsføring skjer gjennom et bredt utformet forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge av mat og drikke i forskriftens § 4:

*Markedsføring rettet mot barn og unge av energitette, salte og næringsfattige næringsmidler, er forbudt.*

Barn og unge er gitt en vid definisjon i forskriftens i § 3 og omfatter alle personer under 18 år. I § 6 er det inntatt en bestemmelse der det gis retningslinjer for hvordan vurderingen av om markedsføring er rettet mot barn og unge skal skje. Hvilke typer næringsmidler som omfattes av forbudet i § 4 fremgår av vedlegg til forskriften.

Det er Helsetilsynet som etter forskriftens § 6 skal føre tilsyn med overholdelsen av forskriften. Hvilket innhold et vedtak kan ha fremgår av matloven § 23. Vedtak av Helsetilsynet kan innklages til Markedsrådet.

#### **4. EØS-RETTLIGE RAMMER**

##### **4.1 Innledning**

Markedsføring er et sentralt virkemiddel for å få omsatt varer og tjenester. I konkurransen mellom tilbyderne er den enkelte tilbyder avhengig av å kunne kommunisere med forbrukerne på en måte som gjør at disse foretrekker tilbyderens produkter fremfor konkurrentenes. Den sentrale form for kommunikasjon med kundene er markedsføring gjennom ulike kanaler.

Markedsføring er særlig viktig for en tilbyder som skal innarbeide seg på et nytt marked, og ved introduksjonen av nye produkter. Dersom kundene ikke blir oppmerksom på en ny tilbyder eller et nytt produkt vil kunden fortsette sitt etablerte handlingsmønster og kjøpe produkter forbrukeren kjenner. Kommunikasjon med forbrukerne gjennom markedsføring er derfor sentralt for at en tilbyder som er etablert i et EØS-land skal kunne selge sine produkter til tilbydere i andre EØS-land.

EU-domstolen og EFTA-domstolen har i flere saker slått fast at markedsføringsforbud er handelshindringer som rammes restriksjonsforbudene. Således fant EU-domstolen i *Konsumentombudsmannen mot De Agostini* at et fullstendig forbud mot å reklamere overfor barn for varer som ble lovlig omsatt i en medlemsstat, representerte en restriksjon på de frie varebevegelser.<sup>2</sup> Saken gjaldt et forbud mot fjernsynsreklame rettet mot barn under 12 år i en svensk lov om radio- og fjernsynsvirksomhet.

<sup>2</sup> Sakene C-34-36/95 *Konsumentombudsmannen mot De Agostini og TV-Shop Sverige*, Sml. 1997 s. I-3875.

Handelshindrende restriksjoner krever en særlig begrunnelse i forhold til EØS-avtalen for å kunne implementeres i nasjonal lovgivning.

Høringsnotatet har i avsnitt 6.3 en kortfattet vurdering av hvilke rammer som følger av EØS-retten for en forskriftsregulering rettet mot barn og unge av «usunn» mat og drikke. Høringsnotatet bygger på en vurdering av de «EØS-rettslige rammer» som er inntatt i et vedlegg til Høringsnotatet; Vedlegg 4: *Juridiske vurderinger*, utarbeidet av HOD/BLD.<sup>3</sup> Vurderingens utgangspunkt er at «[p]å felter der EU ikke har fastsatt harmonisert regelverk i form av forordninger eller direktiver, kan det enkelte medlemsland som utgangspunkt innføre nasjonale regler».<sup>4</sup> Samtidig påpekes det at nasjonale regler ikke kan stride mot EØS-avtalens restriksjonsforbud. Det foretas deretter en gjennomgang av det som anses som relevant sekundærlovgivning, hvor det konkluderes med at sekundærlovgivningen ikke er til hinder for å fastsette norske regler som markedsføring rettet mot barn og unge av «usann» mat og drikker gitt med grunnlag i helsehensyn.

Hverken Høringsnotatet eller Vedlegg 4: *Juridiske vurderinger* drøfter konkret om en lov eller forskrift vil være i strid med bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Det pekes på at Norge ikke kan innføre regler som begrenser markedsføringen på en måte som virker handelshindrende, med mindre EØS-avtalens vilkår for unntak fra avtalens restriksjonsforbud er oppfylt. Det angis allikevel verken i Høringsnotatet eller Vedlegg 4: *Juridiske vurderinger* hvilke av EØS-avtalens bestemmelser et markedsføringsforbud er i strid med. Det foretas heller ikke en konkret drøftelse av om vilkårene for unntak er oppfylt.

Dette synes å ha sin årsak i en oppfatning om at dersom sekundærlovgivningen ikke er «til hinder» for innføringen av et markedsføringsforbud vil heller ikke bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel være det. I vedlegg 4, *Juridiske vurderinger* til Høringsnotat, uttales det således at

*”På felter der EU har fastsatt harmonisert regelverk i form av forordninger eller direktiver, vil det harmoniserte regelverket gå foran de generelle EØS-rettslige prinsippene. Dette følger av alminnelige juridiske tolkningsprinsipper om at spesialregler i sektorregelverk gis forrang ved eventuell motstrid med mer generelt regelverk (lex specialis)”.*

Dette må bero på en misforståelse. EØS-avtalens bestemmelser er lex superior. Lex specialis, som er et tolkningsprinsipp, kan ikke anvendes til fortrenghet for lex superior, som er et trinnhøydeprinsipp.

På områder der medlemsstatenes lovgivning er harmonisert gjennom direktiver kan medlemsstatene treffe de tiltak som følger av direktivene. Dersom markedsføring rettet mot barn er regulert i sekundærlovgivningen vil det kunne vedtas en nasjonal regulering som er i tråd med sekundærlovgivningen. Den nasjonale reguleringen må allikevel være i overensstemmelse med det aktuelle direktiv. At et direktiv ikke uttrykkelig er «til hinder» for en bestemt regulering innebærer uansett ikke at en medlemsstat står fritt til å innføre den aktuelle regulering. Dersom det aktuelle tiltak ikke er harmonisert gjennom

<sup>3</sup> Vedlegg 4: *Juridiske vurderinger – nytt regelverk om markedsføring rettet mot barn og unge av «usunn» mat og drikke.*

<sup>4</sup> Vedlegg 4 s. 8.

sekundærlovgivningen kan det ikke gjennomføres med mindre det er i overensstemmelse med EØS-avtalens hoveddel.

I det videre vil jeg først vurdere om forslaget til forbud mot markedsføring rettet mot barn av «usunn» mat og drikke er i strid med EØS-avtalens restriksjonsforbud. Deretter vil jeg vurdere om sekundærlovgivningen åpner for et slikt forbud.

## 5. VIL ET REKLAMEFORBUD VÆRE I STRID MED EØS-AVTALENS FORBUD MOT KVANTITATIVE IMPORTRESTRIKSJONER?

### 5.1 Restriksjonsvurderingen

Høringsnotatet anerkjenner at dersom et forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke ikke kan gjennomføres etter sekundærlovgivningen i EØS, vil et slikt forbud være i strid med EØS-avtalens restriksjonsforbud. Det vil da bare kunne gjennomføres om EØS-avtalens vilkår for unntak er oppfylt. Høringsnotat går likevel ikke nærmere inn på det EØS-rettslige grunnlaget for at et markedsføringsforbud innebærer en restriksjon. Jeg vil derfor redegjøre nærmere for dette.

EØS-avtalens artikkel 11 slår fast at

*Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene.*

Passusen "tiltak med tilsvarende virkning" har blitt tolket svært vidt av EU-domstolen. EU-domstolens tolkning av passusen i *Dassonville*,<sup>5</sup> den såkalte Dassonville-formuleringen, har dannet grunnlaget for EU-domstolens vide tolkning i senere rettspraksis:

*"Enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen som direkte, indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt kan hindre samhandelen i Fællesmarkedet må anses som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner".<sup>6</sup>*

I *Keck og Mithouand* etablerte EU-domstolen et skille mellom tiltak som hindrer tilgang til markedet og tiltak som forbyr eller begrenser "bestemte former for salg".<sup>7</sup> Sistnevnte type tiltak er tiltak som får anvendelse på måten et produkt omsettes på uten å hindre tilgangen til markedet i henhold til Dassonville-formuleringen. For at nasjonale bestemmelser skal anses å regulere "bestemte former for salg" må de gis anvendelse på alle næringsdrivende som utøver virksomhet i det aktuelle medlemsland, og så vel rettslig som faktisk påvirke omsetningen av produkter fremstilt innenlands og varer fra andre medlemsstater på samme måte.<sup>8</sup>

I *Leclerc-Siplec* vurderte EU-domstolen om et forbud mot fjernsynsreklame skulle vurderes som et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, eller om reklameforbudet skulle anses å regulere "bestemte former for salg". EU-domstolen fant at reklameforbudet ikke hadde til formål å begrense handelen mellom medlemsstatene, og

<sup>5</sup> Sak 8/74 *Dasonville*, Sml. 1974 s. 837.

<sup>6</sup> Premiss 5.

<sup>7</sup> Sakene C-267-268/91 *Keck og Mithouand*, Sml. 1993 s. I-6097.

<sup>8</sup> Premiss 16.

således ikke var å anse som et tiltak med tilsvarende virkninger som en kvantitativ restriksjon etter de kriterier EU-domstolen utviklet i *Dassonville*.<sup>9</sup> Dette ble fulgt opp i EU-domstolens avgjørelse i *Konsumentombudsmannen mot De Agostini*. Reklameforbud skal således ikke vurderes i forhold til *Dassonville*-formuleringen, men i forhold til de kriterier EU-domstolen har utviklet for å vurdere om reguleringen av "bestemte former for salg" utgjør restriksjoner.<sup>10</sup> Spørsmålet blir etter dette om forbudet i § 4 i forslag til forskrift utgjør en restriksjon på varefriheten etter de kriterier EU-domstolen har utviklet for vurderingen av nasjonale bestemmelser som begrenser eller forbyr "bestemte former for salg".

*Konsumentombudsmannen mot De Agostini* gjaldt et forbud i svensk lovgivning mot fjernsynsreklame rettet mot barn under 12 år.<sup>11</sup> I drøftelsen av om forbudet var i strid med forbudet mot restriksjoner på de frie varebevegelser, jf. EØS-avtalens artikkel 11, pekte EU-domstolen innledningsvis på, under henvisning til sin avgjørelse i *Leclerc-Siplec*, at

*"... en lovgivning, hvorefter det ikke er tilladt at benytte fjernsynsreklame i en bestemt erhvervssektor, angår bestemte former for salg af de berørte varer, idet den forbyder en bestemt form for salg fremmende foranstaltninger for en bestemt afsætningsmetode".<sup>12</sup>*

EU-domstolen slo deretter fast at nasjonale bestemmelser rettet mot "bestemte former for salg" ikke faller inn under forbudet mot kvantitative importrestriksjoner, jf. EØS-avtalens artikkel 11,

*"... forudsat at de finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der utøver virksomhed i inddlandet, og forudsat at de bestemmelserne, så vel retlig som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde".<sup>13</sup>*

Det foreslåtte forbudet mot reklame mot "usunn" mat og drikke i § 4 i forslag til forskrift vil gjelde alle ervervsdrivende som tilbyr produkter som omfattes av forskriften i Norge. Det er således ikke tvil om at det første vilkåret i *Keck og Mithouand*, jf. *Konsumentombudsmannen mot De Agostini*, vil være oppfylt.

Derimot vil det andre vilkåret ikke være oppfylt. EU-domstolen anerkjente *De Agostinis* argument om

*"... at fjernsynsreklame er den eneste effektive form for markedsføring, der giver selskabet mulighed for at trænge ind på det svenske marked, da det ikke råder over andre reklameformer, hvormed det kan nå børnene og deres forældre".<sup>14</sup>*

Nasjonale tilbyderes produkter og varemerker er innarbeidet på hjemmemarkedet. Nye produkter og varemerker kan vanskelig innarbeides hos forbrukerne uten markedsføring. Et forbud mot markedsføring vil derfor ikke påvirke "innenlandske" varer og varer fra

<sup>9</sup> Sak 8/74 *Dasonville*, Sml. 1974 s. 837.

<sup>10</sup> Se også *Fredriksen/Mathisen: EØS-rett* s. 73.

<sup>11</sup> Sakene C-34-36/95 *Konsumentombudsmannen mot De Agostini og TV-Shop Sverige*, Sml. 1997 s. I-3875.

<sup>12</sup> Premiss 39.

<sup>13</sup> Premiss 40.

<sup>14</sup> Premiss 43.

andre EØS-land "på samme måte". Dette ble også slått fast av EU-domstolen i *Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products*, vedrørende et reklameforbud mot alkoholholdig drikke i svensk rett:

*"[E]t forbud – når det er tale om varer som alkoholholdige drikkevarer, hvis inntagelse er knyttet til samfundsmæssige traditioner samt til skikk og bruk og lokale sædvaner – mod enhver reklame over for forbrugerne gennem annonser i pressen og i radio og tv, ved uopfordret direkte tilsendelse af reklamemateriale eller ved udendørs reklame kan medføre større ulemper for adgangen til markedet for varer med oprindelse i andre medlemsstater end for indenlandske varer, som forbrugerne umiddelbart kender bedre".<sup>15</sup>*

Dette kunne EU-domstolen konstatere uten at den anså det nødvendig å foreta noen nærmere gjennomgang av de faktiske omstendigheter i saken. EFTA-domstolen kom i *Pedical AS mot Sosial- og helsedirektoratet* til at denne presumsjonen også gjelder i Norge.<sup>16</sup>

Et forbud mot markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge vil etter dette vanskeliggjøre tilgangen til det norske markedet for produsenter fra andre EØS-land av varer som rammes av et slikt forbud. Reklameforbudet i § 4 i forslag til forskrift vil derfor ikke oppfylle det andre vilkåret formulert i *Keck*, jf. *Konsumentombudsmannen mot De Agostini*, og vil være i strid med EØS-avtalen artikkel 11, med mindre det kan rettferdiggjøres i folkehelsehensyn etter EØS-avtalen unntaksregler.

## **6. VIL ET FORBUD MOT REKLAME FOR "USUNN" MAT OG DRIKKE KUNNE BEGRUNNES I HENSYNET TIL FOLKEHELSEN?**

### **6.1 Innledning**

Det fremgår av formålsbestemmelsen i § 1 i forslag til forskrift om markedsføring rettet mot barn og unge av næringsmidler at den er begrunnet i helsemessige hensyn:

*Denne forskriften skal fremme helse gjennom forebygging av overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen, ved å regulere markedsføring av næringsmidler rettet mot barn og unge.*

Det overordnede formålet om å bedre folkehelsen skal nås gjennom forebygging, der det forebyggende tiltaket i forskriften er å regulere markedsføring av næringsmidler rettet mot barn og unge. Reguleringen av markedsføringen skal skje gjennom et markedsføringsforbud rettet mot energitette, salte og næringsfattige næringsmidler, jf. § 4. Forskriften angivelse av mål og middel forutsetter således at det er en årsakssammenheng mellom markedsføring av slike næringsmidler rettet mot barn og unge og eksistensen av overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen.

Det angis i Vedlegg 4: *Juridisk vurdering* på s. 8 at markedsføringsforbudet i forslag til forskrift § 4 kan gjennomføres selv om det strider mot EØS-avtalens restriksjonsforbud, forutsatt at vilkårene i den EU-domstolskapte «læren» om tvingende allmenne hensyn er oppfylt. Det overses at det i EØS-avtalens artikkel 13 er inntatt en uttrykkelig

<sup>15</sup> Sak C-405/98 *Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products*, premiss 21.

<sup>16</sup> E-4/04 *Pedical mot Sosial- og helsedirektoratet*, avsnitt 46.

unntaksbestemmelse for tiltak som kan begrunnes i hensynet folkehelsen.<sup>17</sup> Det er etter denne bestemmelsen både EU-domstolen og EFTA-domstolen har vurdert om forbud mot markedsføring kan begrunnes i hensynet til folkehelsen, se f.eks. *Konsumentombudsmannen mot De Agostini* og *Phillip Morris Norway mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*.

Det følger av EØS-avtalens artikkel 13 at tiltak i strid med artikkel 11 kan rettfærdiggjøres bl.a. på grunnlag av "vernet av menneskers ... liv og helse". Det følger av langvarig rettspraksis at menneskers liv og helse er et tungtveiende hensyn etter artikkel 13. EU-domstolen har anerkjent at medlemsstatene på områder som ikke er harmonisert har rett til å fastsette beskyttelsesnivået relatert til folks helse,<sup>18</sup> og i denne forbindelse har en "viss skjønnsmargin".<sup>19</sup>

Selv om det enkelte medlemsland har en skjønnsmargin m.h.t. beskyttelsesnivå har EU-domstolen og EFTA-domstolen i sine avgjørelser gjennomgående foretatt en etterprøving av om et tiltak er begrunnet i hensynet til folkehelsen.<sup>20</sup> Bevisbyrden for at et tiltak er begrunnet i hensynet til folkehelsen påligger staten.<sup>21</sup>

Det følger av sikker rettspraksis at for at et tiltak som gjør inngrep i en av EØS-avtalens grunnfriheter, i dette tilfellet varefriheten, er det ikke tilstrekkelig at det har en legitim målsetning. I tillegg må tiltaket oppfylle kravene som følger av proporsjonalitetsprinsippet, som oppstiller en tredelt test.<sup>22</sup> Et tiltak må, om det skal kunne begrunnes i hensynet til folkehelsen, være egnet til å nå formålet. Tiltaket må videre være et nødvendig virkemiddel for måloppnåelsen. I dette ligger at det ikke må være alternative tiltak som er like virkningsfulle, d.v.s. som realiserer den samme beskyttelse av folkehelsen, men som utgjør mindre inngrep i varefriheten. Videre må inngrepet ikke stå i et utimelig forhold til målsetningens betydning. Det beskyttelsesnivå en medlemsstat har valgt gjennom tiltaket, må m.a.o. være forholdsmessig i forhold til EØS-interessen i å sikre frie varebevegelser.<sup>23</sup> I det videre vil jeg vurdere markedsføringsforbudet i forslag til forskrift § 4 i forhold til de ulike elementene i proporsjonalitetsprinsippet.

## 6.2 Egnethetsvurderingen

### 6.2.1 Innledning

EU-domstolen og EFTA-domstolen har i sin praksis akseptert at et forbud mot markedsføring av produkter som er helseskadelige kan være egnet til å fremme hensynet til folkehelsen etter artikkel 13. Den foreliggende rettspraksis gjelder reklame for produkter som er skadelige i seg selv, d.v.s. tobakk og alkohol.

<sup>17</sup> En tilsvarende unntaksadgang er inntatt for restriksjoner på de frie tjenestebevegelser, EØS-avtalens artikkel 39, jf. artikkel 33.

<sup>18</sup> Se for eksempel sak 97/83 *Straffesak mot CMC Melkunie*, Sml. 1984 s. 2367, premiss 18.

<sup>19</sup> Sak E-16/10, *Phillip Morris Norway mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*, avsnitt 80.

<sup>20</sup> Se til illustrasjon sak 90/86 *Straffesak mot Zoni*, Sml. 1988 s. 4285, sak 274/87 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 1989 s. 229, sak 97/83 *Straffesak mot CMC Melkunie*, Sml. 1984 s. 2367 og sak C-473/98 *Kemikalieinspektionen mot Toolcx Alpha*, Sml. 2000 s. I-5681.

<sup>21</sup> Se for eksempel sak 118/86 *Openbaar Ministerie mot Nertsvoederfabriek Nederland*, Sml. 1987 s. 3883, premiss 14. Fredriksen/Mathisen: *EØS-rett* s. 77.

<sup>23</sup> Se for eksempel sak C-169/91 *Stoke-on-Trent*, Sml. 1992 s. I-6635 premiss 15-16.



De næringsmidler som vil omfattes av forslaget til forbud mot markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og unge, jf. forskriftens vedlegg, er ikke skadelige på samme måte som tobakk og alkohol. Næringsmidlene vil, dersom de inngår i et balansert kosthold, ikke være skadelige. Derimot kan de være «usunne» dersom en som inntar næringsmidlene ikke har et balansert eller sunt kosthold, og ikke har en sunn livsstil for øvrig. Da vil næringsmidlene, sammen med vedkommendes øvrige kosthold og livsstil for øvrig, være «usunne» i den forstand at de kan bidra til overvekt m.v. Det er allikevel ikke slik at et bestemt kosthold alltid er "usunt". En person som trener mye vil kunne ha et kosthold som for en som ikke mosjonerer vil kunne være "usunt".

At et kosthold er «usunt» er ikke det samme som at kostholdet vil føre til sykdommer. Et «usunt» kosthold vil øke faren for en rekke sykdommer, men vil ikke automatisk føre til sykdommer.

Til forskjell fra tidligere rettspraksis som gjaldt produkter hvis skadeevne var klar, d.v.s. tobakk og alkohol, er virkningene av et «usunt» kosthold langt mindre klare. Det er også knyttet betydelig usikkerhet til hvilke faktorer som bidrar til at en person legger seg til et usunt kosthold, derunder betydningen av markedsføring. I forhold til barn og unge kompliseres dette av at det normalt ikke er barn og unge som bestemmer en families kosthold. Dette er det normalt foreldrene som gjør.

For at et markedsføringsforbud skal være et egnet virkemiddel for å hindre overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer må det være årsakssammenheng mellom markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge og overvekt i denne aldersgruppen og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen. Dersom det ikke kan vises at et markedsføringsforbud vil redusere kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen vil et forbud heller ikke være et egnet virkemiddel for å bedre folkehelsen. Således avviste EU-domstolen i *Zoni* at et forbud i Italia mot omsetning av pasta fremstillet av bestemte melsorter begrunnet i at slik pasta inneholdt kjemiske tilsetningsstoffer, da den italienske regjering ikke kunne godtgjøre at tilsetningsstoffene var helseskadelige.<sup>24</sup> Det er Norge som har bevisbyrden i denne sammenheng.

#### 6.2.2 Kravet til begrunnelse etter EØS-avtalens artikkel 13

Artikkel 13 er en unntaksregel som i følge etablert rettspraksis skal tolkes strengt.<sup>25</sup> I dette ligger også et krav til den aktuelle medlemsstats begrunnelse for unntakets berettigelse, jf. EU-domstolen i *Kommisjonen mot Danmark*:

*"Da artikkel [36] er en undtagelse, der skal fortolkes strengt, fra regelen om frie varebevægelser inden for Fællesskabet, påhviler det desuden de national myndigheder, der påberåber sig den, i hvert enkelt tilfælde, og under hensyntagen til nationale kostvaner og internationale forskningsresultater, at godtgøre at deres bestemmelser er nødvendige for effektivt at beskytte de interesser, der er nævnt i bestemmelsen, og navnlig, at markedsføringen af de pågældende produkter frembyder en reel risiko for folkesundheden.*

<sup>24</sup> Sak 90/86 *Zoni*, Sml. 1988 s. 4300.

<sup>25</sup> Om snever fortolkning av EØS-avtalens unntaksbestemmelser se Fredriksen/Mathisen: *EØS-rett* s. 208-211.

*Et forbud mod markedsføring af levnedsmidler, som er tilsat næringsstoffer, skal således være støttet på en grundig evaluering af den risiko, der påberåbes af den medlemsstat, der gør artikkel [34] gjældende".<sup>26</sup>*

Dersom det ikke kan etableres en årsakssammenheng mellom reklame av "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen, vil et markedsføringsforbud ikke være et egnet eller tjenlig middel til å nå en målsetning om å fremme folkehelsen.

I det videre vil jeg først vurdere om det i Høringsnotatet er godtgjort på en adekvat måte i forhold til EØS-avtalens artikkel 13 at et markedsføringsforbud vil være et egnet virkemiddel for å forebygge overvekt hos barn og unge og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen.

### 6.2.3 Tilfredsstiller høringsnotatet begrunnelseskravet i EØS-avtalens artikkel 13?

Høringsnotatets kapittel 3 gjennomgår de utfordringer barn og unge har knyttet til kosthold. Det pekes på at kostholdsrelaterte ikke-smittsomme sykdommer preger sykdomsbildet i Norge i økende grad, og at "[u]sunne kostvaner er en viktig risikofaktor for disse sykdommene".<sup>27</sup> Det pekes videre på at selv om kostholdsrelaterte sykdommer oftest inntreffer i voksen alder, er det viktig at forebygging starter i barnealder.<sup>28</sup> Høringsnotatet viser til undersøkelser som viser økt inntak av sukker, fett m.v., og til undersøkelser som viser at fedme i befolkningen generelt og blant barn og unge spesielt har hatt en jevn økning.

I Høringsnotatets kapittel 4 redegjøres det for markedsføring rettet mot barn og unge i Norge. Kapittelet beskriver hvordan markedsføring mot barn og unge skjer, og hvilket omfang slik markedsføring har.

Høringsnotatets kapittel 5 behandler markedsføringens innflytelse på barns kosthold og helse. Det vises til WHO's kartlegging av virkningen av markedsføring av "usunn" mat og drikke på barns kosthold. Det fremholdes at WHO's undersøkelser har dokumentert at reklame for "usunn" mat og drikke påvirker barns matpreferanser, kjøpeatferd og forbruksmønster.

For at et forbud mot markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn skal kunne ivareta hensynet til folkehelsen må det kunne påvises en sammenheng mellom slik markedsføring og overvekt hos barn med risiko for senere sykdommer, som for eksempel hjerte- og karsykdommer. En slik årsakssammenheng kan, følge Høringsnotatet, vanskelig etableres på bakgrunn av empiriske studier:

*"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 overvekt, er et eksempel på dette. En systematisk kunnskapsoppsummering fra*

<sup>26</sup> Sak C-192/01 *Kommisjonen mot Danmark*, Sml. 2003 s. I-9724, premissene 46-47. Se også EU-domstolens avgjørelse i sak 174/82 *Sandoz*, Sml. 1983 s. 2445, premiss 22, sak 227/82 *Van Bennekom*, Sml. 3883, premiss 40 og sak C-228/91 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1993 s. I-2701, premiss 27.

<sup>27</sup> Høringsnotatet s. 9.

<sup>28</sup> Høringsnotatet s. 11.

2006 viser imidlertid at det statistisk er en sterk sammenheng mellom eksponering for TV reklame og fedme blant barn. Siden man ikke kan utelukke alternative forklaringer til en slik sammenheng kan man imidlertid ikke konkludere med en årsakssammenheng mellom de to faktorene. Departementet vektlegger allikevel en liten effekt av TV-reklame på vektstatus vil kunne ha stor effekt og betydning på befolkningsnivå".<sup>29</sup>

Det fremstår som uklart hvordan departementet kan slutte at en liten effekt av TV-reklame vil kunne ha stor effekt og betydning på befolkningsnivå, all den tid det ikke lar seg gjøre å etablere en klar årsakssammenheng mellom markedsføring og "vektstatus". Departementet går heller ikke nærmere inn på hvordan en "statistisk ... sterk sammenheng" etableres. De andre årsaksfaktorene som bidrar til overvekt hos barn og unge problematiseres ikke, og det drøftes derfor ikke hvordan de virker sammen med, eventuelt motvirker, TV-reklame.

Departementet viser videre til senere undersøkelser som viser at barn spiser mer snacks mens de ser på TV, og at overvektige barn responderer sterkere på TV reklame enn normalvektige barn. Noen systematisk sammenheng mellom markedsføring og overvekt blant barn etableres allikevel ikke i Høringsnotatet.

Høringsnotatet inneholder etter dette ingen grundig vurdering av hvilken risiko markedsføring av "usunn" mat og drikke utgjør for folkehelsen generelt eller for barn og unges helse spesielt. Høringsnotatet slår tvert i mot fast, som nevnt, at "det er vanskelig eller umulig" å finne en slik sammenheng basert på empiriske studer. Høringsnotatet peker videre på at det kan være alternative forklaringer til fedme blant barn, men går ikke nærmere inn på hvilke faktorer dette er eller betydningen av disse. Høringsnotatets begrunnelse for forbudet i § 4 i forslaget til forskrift oppfyller således ikke vilkårene som EU-domstolen oppstiller for begrunnelsen av tiltak på basis av hensynet til folkehelsen etter EØS-avtalens artikkel 13.

#### 6.2.4 Kan et markedsføringsforbud begrunnes i et forsiktighetsprinsipp?

Både EU-domstolen og EFTA-domstolen har åpnet for at et forsiktighetsprinsipp kan begrunne et tiltak etter artikkel 13 dersom det foreligger en vitenskapelig usikkerhet knyttet til om et tiltak ivaretar hensynet til folkehelsen. I *Toolex* godtok således EU-domstolen et krav om dispensasjon for bruk av et kjemisk stoff, selv om medisinsk forskning på tidspunktet for avgjørelsen ikke kunne fastsette med sikkerhet grenseverdiene for når det aktuelle stoff var kreftfremkallende for mennesker.<sup>30</sup>

Spørsmålet som skal drøftes i det videre er om det på tross av at det ikke kan etableres en årsakssammenheng mellom markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og overvekt, kan vedtas et markedsføringsforbud på basis av et forsiktighetsprinsipp.

EFTA-domstolen gikk i *EFTA mot Norge (Kellog's)* nærmere inn på når et forsiktighetsprinsipp kan legges til grunn. Saken gjaldt avslag på søknad om å selge et corn flakes produkt i Norge som var tilsatt vitaminer, jern m.v. Statens Næringsmiddelstilsyn hadde avslått Kellog's søknad om tillatelse til å selge produktet i Norge da omsetning av

<sup>29</sup> Høringsnotatet s. 24.

<sup>30</sup> Sak C-473/98 *Toolex*, Sml. 2000 s. I-5681, premissene 43-46.

produkter tilsatt vitaminer, jern m.v. forutsatte eksistensen av et ernæringsmessig behov for de aktuelle tilsetningsstoffer i Norge, og fordi utstrakt bruk av tilsetninger kunne føre til et ubalansert kosthold hos norske forbrukere. EFTA-domstolen fant at mangelen på et ernæringsmessig behov for det aktuelle produkt ikke kunne begrunne et importforbud. I vurderingen av om kostholdshensyn, og dermed hensynet til folkehelsen, kunne begrunne et importforbud, drøftet EFTA-domstolen i hvilken grad Norge kunne begrunne importforbudet i et forsiktighetsprinsipp:

*"In many cases, the assessment of such questions will show that there is a great measure of scientific and practical uncertainty linked to the issue under consideration. A proper application of the precautionary principle presupposes, firstly, an identification of potentially negative health consequences arising, in the present case, from a proposed fortification, and, secondly, a comprehensive evaluation of the risk to health based on the most recent scientific information.*

*When the insufficiency, or the inconclusiveness, or the imprecise nature of the conclusions to be drawn from those considerations make it impossible to determine with certainty the risk or hazard, but the likelihood of considerable harm still persists were the negative eventuality occur, the precautionary principle would justify the taking of restrictive measures".<sup>31</sup>*

EFTA-domstolen kom til at Norge kunne basere seg på et forsiktighetsprinsipp i reguleringen av matvarer med tilsetningsstoffer, men kom til at Norge ikke hadde gitt en adekvat begrunnelse som underbygget at de aktuelle tilsetningsstoffene utgjorde en trussel mot folkehelsen.

I forhold til anvendelsen av forsiktighetsprinsippet skiller forslaget til forbud mot markedsføring av "usunn" mat og drikke til barn og unge seg fra saksforholdet i *EFTA mot Norge (Kellogg's)*, der det var usikkerhet knyttet til hvor stor helserisiko var, ved at det ikke kan etableres en årsakssammenheng mellom overvekt hos barn og unge og markedsføring av "usunn" mat og drikke. Anvendelsen av forsiktighetsprinsippet innebærer etter vår oppfatning at det må kunne etableres en årsakssammenheng mellom mål og middel, jf. EFTA-domstolens understrekning av at forsiktighetsprinsippet "presupposes ... an identification of potentially negative health consequences". Først om en slik årsakssammenheng kan etableres, men det hersker usikkerhet knyttet til risikoen for at de skadelige virkningene vil oppstå, kan et forsiktighetsprinsipp anvendes.

Departementet vedgår, som nevnt, i Høringsnotatet at det er "vanskelig eller umulig" å etablere en sammenheng mellom markedsføring av "usunn" mat rettet mot barn og unge og markedsføring, og at man ikke kan "konkludere med en årsakssammenheng mellom de to faktorene". At departementet mener at et markedsføringsforbud vil kunne ha stor effekt om det hadde foreligget en slik årsakssammenheng kan ikke begrunne en anvendelse av et forsiktighetsprinsipp, da det i realiteten vil være å se bort fra kravet til årsakssammenheng.

Det første kravet som EFTA-domstolen oppstiller for anvendelsen av et forsiktighetsprinsipp er således ikke oppfylt.

<sup>31</sup> Sak E-3/00 *EFTA mot Norge (Kellogg's)*, avsnitt 31-32.

I *Phillips Morris Norway mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet* formulerer EFTA-domstolen seg noe mer unyansert om betydningen av usikkerhet knyttet til et tiltaks virkninger på folkehelsen:

*"Der det er usikkerhet om eksistensen eller omfanget av risikoer for menneskers helse, bør imidlertid en EØS-stat kunne treffe beskyttelsestiltak uten å måtte vente til det blir helt klart at risikoene er reelle. Videre kan en EØS-stat iverksette de tiltak som i størst mulig grad reduserer en folkehelseisriko.*

*Det følger av dette at der den berørte EØS-stat med rette tar sikte på en svært høy grad av beskyttelse, må det være tilstrekkelig at myndighetene godtgjør at det var rimelig å tro at tiltaket ville kunne bidra til å beskytte menneskers helse, selv om det måtte foreligge en viss vitenskapelig usikkerhet vedrørende det omtvistede tiltaks egnethet og nødvendighet".<sup>32</sup>*

Det er naturlig å tolke EFTA-domstolens uttalelse om at det ikke er et krav at en risiko må være reell slik at det ikke er et krav om at det må kunne påvises en konkret skadevirkning. Beskyttelsestiltak må m.a.o. kunne treffes før en skade materialiserer seg og risikoens eksistens er uomtvistelig. Uttalelsen kan derimot ikke tolkes slik at det ikke er nødvendig å etablere en potensiell virkning av det tiltak man ønsker å forby og folkehelsen. EFTA-domstolens uttalelse må ses på bakgrunn av tidligere domstolspraksis, og det er ingen holdepunkter i uttalelsen for at EFTA-domstolen mente å fravike kravet til årsakssammenheng i tidligere praksis. Dette underbygges av at EFTA-domstolen understreker at det må kunne godtgjøres at det er rimelig grunn til å tro at tiltaket vil kunne bidra til å beskytte folkehelsen. Innholdet i kravet til sannsynliggjøring vil måtte utledes av rettspraksis slik det er redegjort for ovenfor.

#### 6.2.5 Nødvendighetstesten

I tillegg til at et tiltak etter artikkel 13 må være egnet til å nå de mål som bestemmelsen omfatter må tiltaket være et nødvendig virkemiddel for å nå disse målene, jf. for eksempel EFTA-domstolens avgjørelse i *Phillip Morris Norway mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*:

*"I den utstrekning den aktuelle lovgivning må anses som egnet, må det vurderes om de aktuelle tiltak går ut over det som er nødvendig for å nå målene som søkes oppnådd. Det følger av rettspraksis at EØS-avtalen artikkel 13 må tolkes strengt fordi den gjør unntak fra det frie varebytte innenfor EØS-området. Derfor er det de nasjonale myndigheter som må godtgjøre at reglene er nødvendige for å oppnå det erklærte mål, og at målet ikke kan nås ved bruk av mindre omfattende forbud eller restriksjoner eller ved forbud eller restriksjoner som påvirker samhandelen innenfor EØS-området i mindre grad".<sup>33</sup>*

Uttalelsen illustrerer nødvendighetstestens to aspekter. Det må for det første ikke finnes alternative og mindre inngripende tiltak som oppfyller målsetningen. For det andre må tiltaket ikke representere et unødvendig eller urimelig stort inngrep i varefriheten, vurdert i forhold til tiltakets målsetning.

<sup>32</sup> Sak E-16/10, *Phillip Morris Norway mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*, avsnitt 81-82.

<sup>33</sup> Sak E-16/10, *Phillip Morris Norway mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*, avsnitt 85.

Nødvendighetstesten skal først foretas om et tiltak anses som egnet for å nå de aktuelle, og legitime, målsetningene. Som redegjort for i avsnitt 6.2.4 er det vår oppfatning at markedsføringsforbudet i forslag til forskrift § 4 ikke er et egnet virkemiddel i EØS-rettslig forstand. I den videre drøftelsen av nødvendighetstesten må det derfor forutsettes at tiltaket er egnet, for derved å vurdere markedsføringsforbudet i forhold til de kriterier EU-domstolen og EFTA-domstolen har oppstilt for nødvendighetstesten.

Det er Norge som har bevisbyrden for at markedsføringsforbudet i forslag til forskrift § 4 er "nødvendig" i EØS-rettslig forstand for å oppnå hensynet til å fremme folkehelsen. Den enkelte medlemsstat har i utgangspunktet en "viss skjønnsmargin" ved fastsettelsen av det nasjonale beskyttelsesnivå.<sup>34</sup> Det nasjonale beskyttelsesnivå kan fastsettes under hensyntagen til et forsiktighetsprinsipp. Der det på basis av vitenskapelige analyse m.v., kan påvises en årsakssammenheng mellom det som ønskes reguleres og risiko for skade på en legitim interesse, kan medlemsstaten fastsette beskyttelsesnivået selv om det hersker en viss usikkerhet knyttet til hvor stor risikoen for skade er.

I en situasjon der det ikke kan etableres en årsakssammenheng mellom markedsføring av "usunn" mat og drikke og overvekt i hos barn og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen, vil et forbud mot markedsføring rettet mot barn av «usunn» mat og drikke vanskelig være et nødvendig virkemiddel for å fremme folkehelsen. Et markedsføringsforbud vil av de samme grunner som er redegjort for under drøftelsen i 6..2.3 og 6.2.4 ikke kunne begrunnes som nødvendig for å realisere folkehelsehensyn.

Uavhengig av dette vil et bredt markedsføringsforbud uansett ikke tilfredsstillende vilkårene i nødvendighetstesten.

Høringsnotatet problematiserer ikke om andre typer tiltak enn restriksjoner på de ervervsdrivendes markedsføring kan hindre kostholdsrelaterte sykdommer og fremme folkehelsen. I en situasjon der det hefter usikkerhet ved reklamens bidrag til barns overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen, vil andre forebyggende tiltak rettet for eksempel mot hvordan folk setter sammen sitt kosthold kunne være mer presise og mindre inngripende virkemidler. Det kan for eksempel tenkes at tiltak rettet mot foreldrene, for eksempel informasjon om kosthold, ville vært tilstrekkelig effektivt.

Videre vil andre og mindre inngripende reguleringer av markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn som kan oppnå de samme målene kunne være aktuelle.

Som det vil bli redegjort nærmere for i avsnitt 7.2.2 valgte Europa-Parlamentet og Rådet å ikke innta en regulering av markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn i AMT-direktivet. I stedet pålegger direktivet medlemsstatene å legge til rette for at tilbydere av medietjenester utarbeider atferdskodekser for denne type markedsføring som skal ivareta hensynet til et balansert kosthold hos barn. Bakgrunnen for dette fremgår av direktivets fortale, avsnitt 44, hvor det pekes på at Kommisjonen har vurdert:

*“nødvendigheden af at foretage en omhyggelig analyse af, hvilken reguleringsmetode der er mest hensigtsmæssig, navnlig for at fastslå om lovgivning er at foretrekke i en bestemt*

<sup>34</sup> Sak E-16/10, *Phillip Morris Norway mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*, avsnitt 80.

sektor for et bestemt problem, eller om man bør overveje alterantive metoder, f.eks. samregulering eller selvregulering. Endvidere har erfaringer vist, at både samregulering og selv-regulering, der gjennomføres etter medlemsstaternes forskjellige retstraditioner, kan spille en væsentlig rolle for realiseringen af en høyere grad af forbrugerbeskyttelse. De foranstaltninger, der træffes for at gennemføre målsætninger af almen interesse inden for sektoren for nye audiovisuelle medietjenester, er mere effektive, hvis de bliver truffet med aktiv støtte fra tjenesteudbyderne selv. Selvregulering er således en slags frivilligt initiativ, som gjør det muligt for de økonomiske operatører, arbeidsmarkedets parter, ngo'er eller foreninger selv at vedtage fælles retningslinjer.

*Medlemsstaterne bør i overensstemmelse med deres forskjellige retlige traditioner anerkende den rolle, som effektiv selvregulering kan spille som supplement til den gældende lovgivningsmekanisme og de gældende retlige og/eller administrative mekanismer, samt dens positive bidrag til oppfylldelsen af målene i dette direktiv. ... Uden at det berører medlemsstaternes formelle forpligtelser med hensyn til gjennomførelse, tilskynder dette direktiv til anvendelse af samregulering og selvregulering".*

Europa-Parlamentet og Rådet valget således å legge til rette for en bransjebasert selvregulering fremfor en harmonisering av rettsregler rettet mot markedsføring av "usunn" mat og drikke mot barn. Dette fordi de anså selvregulering som et virkemiddel som ville føre til en høy grad av måloppnåelse, samtidig som direktivets sentrale hensyn, å sikre en fri utveksling av tjenesteytelser, ivaretas på en tilfredsstillende måte. Et totalforbud mot reklame er på denne bakgrunn ikke et forholdsmessig virkemiddel for å fremme de hensyn som Europa-Parlamentet og Rådet mener best kan nås gjennom bransjeregulering.

Forbrukerrådet har i samarbeid med Standard Norge og aktørene i bransjen utarbeidet egne *Retningslinjer for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og unge*. Retningslinjene forfølger de samme folkehelsehensyn som forslag til forskrift. Retningslinjene gir anbefalinger om hvordan markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og unge bør skje og hvilket innhold slik markedsføring bør ha. Retningslinjene er inntatt som vedlegg 5 til Høringsnotatet.

Høringsnotatet underlegger retningslinjene en relativt omfattende behandling.<sup>35</sup> BLD og HOD baserer seg i stor grad på en vurdering av retningslinjene utarbeidet av SIFO etter oppdrag fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet.<sup>36</sup> SIFO's konklusjon er som følger:

*Vår konklusjon er at anvendelsen av retningslinjene ikke har fungert tilfredsstillende. Dette innebærer ikke nødvendigvis at retningslinjer som en type regulering er uegnet til å redusere markedsføring rettet mot barn, eller at retningslinjene slik de er formulert i dag ikke er tilstrekkelig eller gode, men først og fremst at måten de har vært praktisert på har vært mangelfull. For å få større kunnskap om retningslinjene er egnet, bør praktiseringen*

<sup>35</sup> Se særlig avsnittene 7.3-7-7

<sup>36</sup> Brusdal, Ragnhild & Anita Borch (2010): *Gode intensjoner søker eierskap*: En evaluering av retningslinjene for markedsføring av mat og drikke mot barn og unge. Rapporten kan lasets ned fra [http://www.sifo.no/files/file77250\\_rapport\\_nr\\_13\\_1\\_oktober\\_web.pdf](http://www.sifo.no/files/file77250_rapport_nr_13_1_oktober_web.pdf).

*av dem forbedres. Dersom retningslinjene ikke fungerer tilfredsstillende tross forbedringstiltak, kan lovregulering vurderes.<sup>37</sup>*

Selv om retningslinjene ikke har fungert tilfredsstillende anser SIFO at retningslinjene har hatt en «viss effekt», men påpeker konkrete utfordringer som må løses for at retningslinjene skal «ha noen fremtid».<sup>38</sup>

Med utgangspunkt i SIFOs vurdering påpeker arbeidsgruppen som ble nedsatt av departementet for å arbeide med et regelverk for markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke flere svakheter ved retningslinjene. Arbeidsgruppen ser det som lite sannsynlig at bransjeaktørene kan klare å skjerpe inn retningslinjene i betydelig grad på de punkter arbeidsgruppen anser at retningslinjene lider av svakheter, og anser at lov eller forskriftsregulering vil være det beste virkemiddelet for å sikre barn og unge mot uheldige helsemessige konsekvenser av markedsføring av "usunn" mat og drikke.<sup>39</sup> HOD og BLD slutter seg til arbeidsgruppens vurderinger og konklusjoner.<sup>40</sup>

Arbeidsgruppens vurdering av retningslinjene er preget av en uttalt skepsis til bransjeaktørenes evne og vilje til å rette opp de svakheter som påpekes. Det foretas i Høringsnotatet ingen egentlig vurdering av om retningslinjene vil kunne fungere effektivt om de utfordringer SIFO peker på løses. Det foretas heller ingen vurdering av om retningslinjenes materielle innhold er tilfredsstillende.

Det fremstår som klart at en bransjeregulering vil være mindre byrdefullt enn et generelt reklameforbud. Det er etter vår oppfatning ikke godtgjort at en endring av dagens *Retningslinjer for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og unge* ikke vil kunne endres på en måte som sørger for en tilfredsstillende måloppfyllese.

Høringsnotatet drøfter heller ikke om en lov eller forskriftsregulering vil kunne nå det formål som er angitt i § 1 i forslag til forskrift ved å stille krav til markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge av tilsvarende art som er stilt i retningslinjene. Dersom hovedproblemet med retningslinjene er manglende tilslutning og etterlevelse vil dette kunne «repareres» ved å vedta retningslinjene i forskrifts form. HOD og BLD drøfter ikke dette, men velger i Høringsnotatet å foreslå et vidtrekkende markedsføringsforbud uten å undersøke om de samme hensyn kan ivaretas gjennom en mindre inngripende regulering av markedsføring av næringsmidler rettet mot barn og unge.

En regulering som stiller konkrete krav til hvordan markedsføring skal skje og hvilket innhold slik markedsføring skal ha vil åpenbart være et mindre inngripende virkemiddel enn et generelt markedsføringsforbud. En slik regulering vil også kunne avbøte de svakheter ved retningslinjene som påpekes i Høringsnotatet, og vil gjelde alle bransjeaktører. Samtidig vil en slik regulering gi like markedsføringsmuligheter for tilbydere fra alle EØS-land, og derfor ikke vanskeliggjøre tilgangen til det norske markedet slik et generelt forbud vil gjøre.

---

<sup>37</sup> S. 31.  
<sup>38</sup> S. 32.  
<sup>39</sup> Høringsnotatet s. 43.  
<sup>40</sup> Høringsnotatet s. 44.



Det er verdt å merke seg at verken arbeidsgruppen eller HOD/BLD vurderer de negative konsekvenser en forskriftsregulering vil ha på samhandelen innenfor EØS, eller foretar en vurdering av om en lov eller forskriftsregulering er et forholdsmessig virkemiddel i forhold til varefriheten.

Både EU-domstolen og EFTA-domstolen har understreket betydningen av markedsføring for muligheten for en aktør fra et EØS-land til å etablere seg på markeder i andre EØS-land. Et markedsføringsforbud vil representere en alvorlig beskrankning på den frie vareutveksling i EØS. En så alvorlig inngripen i EØS-interessen i å sikre fri bevegelighet av varer krever en tungtveiende interesse på den aktuelle medlemsstats hånd for at et slikt tiltak skal anses nødvendig i snever forstand. Riktignok har hensynet til folkehelsen vært anerkjent både av EU-domstolen og EFTA-domstolen som et sentralt og tungtveiende hensyn. Dette innebærer allikevel at en medlemsstat står fritt til fastsette et svært høyt beskyttelsesnivå i enhver sak der hensynet til folkehelsen er relevant. Det må foretas en konkret vurdering av det aktuelle tiltak i forhold til omstendighetene i den konkrete sak.<sup>41</sup> Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor vil målsetningene i § 1 i forslag til forskrift kunne realiseres gjennom reguleringer av markedsføring for mat og drikke som tillater slik markedsføring, men som regulerer måten slik markedsføring kan skje på. Det finnes m.a.o. alternative tiltak som gjør mindre inngrep i varefriheten, og som samtidig sikrer den fornødne måloppfyllelse. Forbudet i § 4 i forslag til forskrift representerer på denne bakgrunn ikke et forholdsmessig inngrep i den EØS-rettslige varefriheten.

Det følger av dette at det i Høringsnotatet ikke har godgjort at et absolutt markedsføringsforbud er nødvendig i EØS-rettslig forstand for å sikre folkehelsen.

## **7. SEKUNDÆRLOVGIVNINGEN**

### **7.1 Innledning**

Sekundærlovgivningen i EØS inneholder ingen generell regulering spesifikt rettet mot markedsføring rettet mot barn og unge av «usunn» mat og drikke. Derimot er det på visse områder gitt regler som kan ha betydning for hvordan tilbydere av ernæringsprodukter kan markedsføre sine produkter mot barn og unge. På områder der sekundærlovgivningen harmoniserer medlemsstatenes regulering av næringsmidler rettet mot barn og unge kan Norge vedta lov eller forskrift med det innhold sekundærlovgivningen tillater. I det videre vil jeg vurdere om relevant sekundærlovgivning åpner for et markedsføringsforbud som inntatt i § 4 i forslag til forskrift om markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke.

### **7.2 Fjernsynsdirektivet og ATM-direktivet**

#### **7.2.1 Innledning**

Forbud mot formidling av reklame gjennom audiovisuelle medietjenester, som fjernsyn og internett, reiser særlige problemstillinger. Et forbud mot å reklamere for bestemte varer eller tjenester rammer ikke bare de produkter som er underlagt et reklameforbud, men rammer også adgangen til å tilby medietjenester over landegrensene. For eksempel vil reklame i barneprogrammer som er tillatt i den stat en tv-kanal er etablert forhindre at barneprogrammene sendes i en annen medlemsstat. I EU og EØS legges det såkalte

<sup>41</sup> Se Fredriksen/Mathisen: *EØS-rett* s. 85.

senderstatsprinsippet til grunn. Dette innebærer at f.eks. tv-sendinger som lovlig kan formidles i det medlemsland der en tv-kanal er etablert skal kunne formidles over landegrensene uten hinder av mottagerstatens reguleringer.

Som en konsekvens av den betydning forbud mot reklame har for muligheten til å levere medietjenester som fjernsyns- og internettjenester fra en leverandør i et EØS-land til mottagere i et annet, er dette underlagt særskilt regulering i sekundærlovgivingen. Således er reklame rettet mot barn regulert i fjernsynsdirektivet,<sup>42</sup> som er implementert i norsk rett. I EU er fjernsynsdirektivet erstattet av direktivet om audiovisuelle medietjenester (AMT-direktivet), som også inneholder særskilt regulering av reklame rettet mot barn.<sup>43</sup>

I det videre vil jeg redegjøre for adgangen etter fjernsynsdirektivet og AMT-direktivet for medlemsstatene til å vedta særskilte forbud mot reklame for "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge.

### 7.2.2 Fjernsynsdirektivet

Fjernsynsdirektivet regulerer adgangen til å overføre fjernsynssendinger fra et land til et annet i EØS. Fjernsynsdirektivet slår fast at det er senderlandsprinsippet som gjelder ved overføring av fjernsynssendinger fra et medlemsland til et annet. Det er kun senderstaten som har jurisdiksjon over tilbydere av medietjenester etablert innenfor den aktuelle jurisdiksjon, men senderstaten har etter direktivets artikkel 2(1) en plikt til å sike at tilbydere av medietjenester overholder reglene i den aktuelle jurisdiksjon.<sup>44</sup> Medietjenester som lovlig tilbys i en medlemsstat skal sikres mottaks- og transmisjonsfrihet i andre EØS-land, jf. direktivets artikkel 2(2). En medlemsstat kan kun treffe foranstaltninger som begrenser spredningen av tv-sendinger og andre medietjenester fra andre EØS-stater på de vilkår som er nedfelt i direktivet.

Direktivets artikkel 3(1) slår fast at en medlemsstat kan fastsette strengere regler enn det som følger av direktivet for tilbydere av medietjenester etablert innenfor den aktuelle medlemsstats jurisdiksjon. I forhold til slike tilbydere er fjernsynsdirektivet således et minimumsdirektiv. Det er allikevel et krav at eventuelle strengere regler må være i overensstemmelse med bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel, og da særlig artikkel 11 om fri bevegelse av varer og artikkel 36 om fri bevegelse av tjenester.<sup>45</sup>

Fjernsynsdirektivet artikkel 12(d) slår fast at

*Fjernsynsreklame må ikke ... (d) tilskynde til atferd, der kan være til skade for sundheten og sikkerheten.*

Bestemmelsen må tolkes restriktivt. Artikkel 12(d) rammer oppfordringer til direkte skadelig atferd. Det synes klart at reklame for produkter som omfattes av forslag til forskrift, jf. vedlegget til forskriften, ikke er slik atferd som omfattes av artikkel 12(d).<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Direktiv 1989/552/EØF.

<sup>43</sup> Direktiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester.

<sup>44</sup> Jf. også artikkel 3(2).

<sup>45</sup> Jf. A. Garde: The regulation of food marketing to children, i ???, s. 218-219.

<sup>46</sup> Slik også A. Garde: The regulation of food marketing to children, i ???, s. 187.

Fjernsynsdirektivet artikkel 16 er særlig rettet mot reklame rettet mot mindreårige. Fjernsynsdirektivet anerkjenner at utilbørlig reklame rettet mot mindreårige kan begrunne at en EØS-stat regulerer fjernsynsoverføringer fra andre EØS-stater. Fjernsynsdirektivet artikkel 16 stiller på denne bakgrunn visse krav til reklame rettet mot mindreårige:<sup>47</sup>

*Fjernsynsreklamer må ikke skade mindreårige moralsk eller fysisk og skal derfor være i overensstemmelse med følgende kriterier til beskyttelse av disse:*

- a) *de må ikke direkte tilskynde mindreårige til at købe et produkt eller en tjenesteydelse ved at udnytte deres manglende erfaring eller deres godtroenhet;*
- b) *de må ikke direkte opfordre mindreårige til at overtale deres forældre eller andre til at købe de varer eller tjenesteydelser, der reklameres for;*
- c) *de må ikke udnytte mindreåriges særlige tillid til forældre, lærere eller andre;*
- d) *de må ikke uden grund vise mindreårige i farlige situationer.*

Dersom markedsføring av "usunn" mat og drikke skader mindreårige "moralisk og fysisk" ved å benytte virkemidler som beskrevet i artikkel 16, vil markedsføringen kunne forbys uten hinder av at det vil påvirke adgangen til å overføre TV-sendinger fra en EØS-stat til en annen.

Artikkel 16 åpner etter sin ordlyd ikke for å forby markedsføring av produkter man av helsemessige grunner ikke ønsker mindreårige skal ha et for stort inntak av. Riktignok følger det av bestemmelsen at reklame ikke skal "skade mindreårige ... fysisk". Dette kan allikevel ikke tolkes som en adgang til å forby reklame for mat og drikke av ernæringsmessige eller helsemessige årsaker. Artikkel 16 ivaretar hensynet til mindreårige ved å forby de markedsføringsmetoder som omfattes av litra a-d. Ved å forby disse metodene ivaretar artikkel 16 mindreåriges tilstand "moralisk og fysisk". Medlemsstatene kan derimot etter artikkel 16 ikke forby reklame rettet mot mindreårige basert på andre metoder enn de som beskrives i litra a-d, og kan ikke forby reklame rettet mot barn på basis av ernæringsmessige egenskaper ved produkter det reklameres for.

Dette følger også av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia AS og Lego Norge AS*. EFTA-domstolen slo i de fast at fjernsynsdirektivet ikke åpner for at en EØS-stat benytter andre virkemidler enn de som er nevnt i artikkel 16 ved reguleringen av reklame rettet mot barn.<sup>48</sup> Kun dersom vilkårene for unntak fra senderstatsprinsippet i direktivets artikkel 2(2) er oppfylt vil en medlemsstat kunne forby reklame rettet mot barn av andre grunner enn de som er opplistet i artikkel 16. Artikkel 2(2) åpner ikke for unntak basert på helsehensyn. EFTA-domstolen konkluderte med at fjernsynsdirektivets artikkel 2(2) og artikkel 16

*... må tolkes slik at de er til hinder for et forbud mot en annonsør, hvoretter han er avskåret fra å vise et reklameinnslag i en fjernsynssending fra et fjernsynsforetak etablert i en annen EØS-stat, dersom dette skjer som konsekvens av et generelt forbud, fastsatt i nasjonal rett, mot reklame som er særlig rettet mot barn.*

<sup>47</sup> I tillegg åpner artikkel 22 mot å beskytte mindreårige mot visse typer programmer, for eksempel programmer som inneholder pornografi eller umotivert vold.

<sup>48</sup> Forente saker E-8/94 og E-9/94 *Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia AS og Lego Norge AS*, avsnittene 31-41. S og EU-domstolens avgjørelse i sakene C-34-36/95 *Konsumentombudsmannen mot De Agostini og TV-Shop Sverige*, Sml. 1997 s. I-3875, premissene 57-62.

Forbudet i forslag til forskrift § 4 går således lenger enn det er adgang til etter fjernsynsdirektivet, jf. dets artikkel 16.

Fjernsynsdirektivet ble endret ved direktiv 2007/75/EF. En ny artikkel 3(c)(2) rettet markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn ble gjennom dette direktivet inntatt i fjernsynsdirektivet:

*"Medlemsstaterne og Kommissionen tilskynder de audiovisuelle medietjenesteudbydere til at utvikle adfærds-kodekser vedrørende underlødige audiovisuelle kommersielle kommunikation, der følger med eller er indeholdt i børne-programmer, om fødevarer og drikkevarer indeholdende næringsmidler og stoffer med ernæringsmæssig eller fysiologisk virkning, navnlig sådanne som f.eks. fedt, transfedt- syrer, salt/natrium og sukker, som det anbefales ikke at indtages for store mængder af i den samlede kost".*

Direktivet valgte således å ikke regulere markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn, men overlater til markedsaktørene å utarbeide bransjestandarder for dette.

Fjernsynsdirektivet åpner etter dette ikke for at medlemsstatene regulerer markedsføring av næringsmedlemmer med basis i ernærings- eller helsemessige hensyn. Det virkemiddel fjernsynsdirektivet foreskriver skal benyttes i forhold markedsføring av mat og drikke overfor barn er frivillige bransjekodekser.

Fjernsynsdirektivet åpner riktignok i artikkel 3(1) for at den enkelte EØS-stat kan fastsette strengere regler enn de som følger av direktivet overfor tilbydere av medietjenester som faller inn under den aktuelle medlemsstats jurisdiksjon. Forbudet i forslag til forskrift § 4 skiller ikke mellom tilbydere av medietjenester etablert i Norge og tilbydere etablert i andre EØS-stater, og vil derfor være i strid med fjernsynsdirektivet.

En strengere regulering av tilbydere av medietjenester etablert i Norge må uansett ikke være i strid med bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Dette vises til drøftelsen i avsnitt 5 og 6 der det begrunnes hvorfor et slikt forbud er i strid med EØS-avtalens artikkel 11. Et markedsføringsforbud vil derfor heller ikke kunne vedtas med virkning kun for norske tilbydere av TV- og medietjenester.

### 7.2.3 AMT-direktivet

Direktivet for audiovisuelle medietjenester erstatter fjernsynsdirektivet og endringsdirektiv 2007/65/EF. AMT-direktivet er ennå ikke implementert i norsk rett, men vil erstatte fjernsynsdirektivet når det skjer. Det er derfor relevant å vurdere om en implementering av AMT-direktivet medfører endringer som i større grad åpner for regulering av markedsføring av næringsmidler enn det som følger av fjernsynsdirektivet.

AMT-direktivet viderefører de av fjernsynsdirektivets bestemmelser som er relevante for adgangen til å regulere reklame for "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge.

I artikkel 9(1)(c)(iii) slår direktivet fast at

1. Medlemsstaterne sikrer, at audiovisuel kommerciel kommunikation fra medietjenesteudbydere under deres jurisdiksjon, overholder følgende krav:

c) Audiovisuel kommerciel kommunikation må ikke:

iii) tilskynde til atferd, der kan være til skade for sundheden eller for sikkerheden.

Bestemmelsen er en videreføring av fjernsynsdirektivets artikkel 12(d), og åpner ikke, slik det er redegjort for ovenfor i forhold til artikkel 12(d), for å forby reklame av "usunn" mat og drikke begrunnet i helsehensyn.

AMT-direktivet viderefører i artikkel 9(1)(g) fjernsynsdirektivets artikkel 16:

*Audiovisuel kommerciel kommunikation må ikke skade mindreårige på fysisk eller moralsk vis; den må derfor ikke direkte tilskynde mindreårige til at købe eller leje et produkt eller en tjenesteydelse ved at udnytte deres manglende erfaring eller deres godtroenhed, direkte opfordre dem til at overtale deres forældre eller andre til at købe de varer eller tjenesteydelser, der reklameres for, udnytte mindreåriges særlige tillid til forældre, lærere eller andre eller uden grund vise mindreårige i farlige situationer.*

Av de samme grunner som redegjort for ovenfor i forhold til fjernsynsdirektivets artikkel 16 er forbudet i forslag til forskrift § 4 ikke i overensstemmelse med AMT-direktivets artikkel 9(1)(g).

BLD og HOD synes å ta KUDs vurdering av at kringkastingslovens § 3-1, som gjennomfører fjernsynsdirektivets artikkel 16 i norsk rett, er i overensstemmelse med AMT-direktivet, til inntekt for at man står fritt til å fastsette et forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke i norsk rett.

Kringkastingsloven § 3-1 andre ledd slår fast at

*Det kan ikke sendes reklameinnslag i tilknytning til barneprogram eller reklameinnslag som er særlig rettet mot barn.*

Etter å ha redegjort for KUDs analyse av om kringkastingslovens regler om reklame rettet mot barn er i overensstemmelse med AMT-direktivet, konkluderer HOD og BLD på følgende måte:

*Dette innebærer at AMT-direktivets bestemmelse om beskyttelse av barn og unge ikke medfører begrensninger i norske myndigheters muligheter til eventuelt å fastsette nasjonale regler om markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke.<sup>49</sup>*

Ved å fastsette et generelt forbud mot fjernsynsreklame i tilknytning til barneprogrammer og mot reklameinnslag særlig rettet mot barn går kringkastingsloven lenger enn fjernsynsdirektivet artikkel 16. Artikkel 16 åpner for å forby bestemte former for virkemiddelbruk i markedsføringen, men forbyr ikke markedsføring mot barn som sådan.

Det ligger utenfor mitt mandat å vurdere om fjernsynsdirektivets artikkel 16 er korrekt implementert gjennom kringkastingsloven § 3-1. Uavhengig av dette er det klart at

<sup>49</sup> Vedlegg 4: Juridiske vurderinger s. 13.

forbudet mot markedsføring rettet mot barn og unge av «usunn» mat og drikke i forslag til forskrift § 4 går betydelig lenger enn kringkastingsloven § 3-1 i å regulere markedsføring rettet mot barn.

Der kringkastingsloven § 3-1 begrenser seg til markedsføring i tilknytning til barneprogram og markedsføring «særlig rettet mot» barn og unge, avgrenser forslag til forskrift markedsføring «rettet mot» barn og unge svært vidt. Når markedsføring skal anses å være rettet mot barn og unge reguleres nærmere i § 5. Det fremgår av bestemmelsen bokstav e) at det er tilstrekkelig at barn og unge er de «faktiske mottakerne av markedsføringen, uavhengig av den uttalte målgruppen for markedsføringen». Da unge opp til 18 år ser på tv langt utover den tid barneprogrammer sendes til vil forbudet ramme de fleste former for reklame innenfor det tidsrom personer under 18 år ser på tv. Videre er det relevante kriterium i bokstav f)-i) at reklamen «appellerer» til barn og unge. Dette er en svært vid standard.

BLD og HOD overser at forbudet i forslag til forskrift til § 4 går betydelig lenger enn § 3-1. At § 3-1 eventuelt er en korrekt implementering av AMT-direktivets artikkel 9(1)(g) innebærer ikke at Norge står fritt til å innføre et generelt og mer vidtfavnende forbud mot reklame for "usunn" mat og drikke rettet mot barn.

BLD og HOD overser videre EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia AS og Lego Norge AS*.<sup>50</sup> EFTA-domstolen slår i sin rådgivende uttalelse, som nevnt, fast at en EØS-stat ikke kan treffe andre tiltak rettet mot reklame mot barn enn det artikkel 16 åpner for, med mindre en av unntaksbestemmelsene i artikkel 2(2) kommer til anvendelse. Dette følger også i EU-domstolens avgjørelse i *Konsumentombudsmannen mot De Agostini*.<sup>51</sup> Det samme gjelder i forhold til den likelydende bestemmelsen i AMT-direktivets artikkel 9(1)(g).

På samme måte som fjernsynsdirektivet henviser AMT-direktivet medlemsstatene til etableringen av bransjekodekser som det relevante virkemiddel for reguleringen av reklame for "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge. Dette slås fast i artikkel 9(2), som er en ordrett videreføring av artikkel 3(c)(2) i direktiv 2007/65/EF. AMT-direktivet åpner således ikke i større utstrekning enn fjernsynsdirektivet for at medlemsstatene kan innføre lovbestemmelser rettet mot reklame for "usunn" mat og drikke, men åpner for at medlemsstatene kan legge til rette for en selvregulering av bransjen. En slik bransjeregulering vil kunne håndheves av tilbyderne av medietjenester uhindret av direktivet og som et supplement til dette, jf. direktivets fortale avsnitt 44.

HOD og BLD gjør i Vedlegg 4: *Juridisk vurdering* s. 15 gjeldende at

«AMT-direktivets bestemmelse om selvregulering ikke er til hinder for eventuelle norske regler om markedsføring rettet mot barn og unge av «usunn» mat og drikke».

<sup>50</sup> Forente saker E-8/94 og E-9/94 *Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia AS og Lego Norge AS*, avsnittene 31-41.

<sup>51</sup> Sakene C-34-36/95 *Konsumentombudsmannen mot De Agostini og TV-Shop Sverige*, Sml. 1997 s. I-3875, premissene 57-62

Standpunktet synes begrunnet i at AMT-direktivet, som fjernsynsdirektivet, ikke pålegger det som en plikt for medlemsstatene å innføre selvreguleringsordninger. Til dette kan bemerkes at dette følger allerede av bestemmelsens ordlyd («tilskynde»). Det sentrale i denne sammenheng er at direktivet uttrykkelig har valgt å ikke gi medlemsstatene en adgang til å regulere markedsføring av «usunn» mat og drikke mot barn og unge, men har begrenset virkemiddelbruken til å åpne for innføring av bransjeordninger for selvregulering av slik markedsføring. Når HOD og BLD uttaler at AMT-direktivets bestemmelse om selvregulering ikke er til hinder for at man i Norge forbyr markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og unge, overser departementene at direktivets regler om selvregulering legger føringer på medlemslandenes virkemiddelbruk.

AMT-direktivet artikkel 4 åpner for at medlemsstatene kan fastsette strengere regler for tilbydere av medietjenester etablert i den aktuelle medlemsstat, forutsatt at slike bestemmelser er forenlige med EU-(EØS-)retten:

*Medlemsstaterne kan kræve, at medietjenestetilbydere under deres jurisdiktion overholder mere detaljerede eller strengere bestemmelser på de områder, der er omfattet af dette direktiv, hvis sådanne bestemmelser er forenlige med EU-retten.*

Det generelle forbudet i forslag til forskrift § 4 vil komme til anvendelse også på tilbydere fra andre EØS-land, og vil derfor være i strid med AMT-direktivet.

Dersom forbudets anvendelsesområde begrenses til kun å gjelde norske aktører, vil forbudet uansett ikke kunne implementeres om det er i strid med EØS-avtalens generelle bestemmelser. Dette vises til drøftelsen i avsnitt 5 og 6 der det begrunnes hvorfor et slikt forbud er i strid med EØS-avtalens artikkel 11. Et markedsføringsforbud vil derfor heller ikke kunne vedtas med virkning kun for norske tilbydere av TV- og medietjenester.

#### 7.2.4 Konklusjon

Verken fjernsynsdirektivet, direktiv 2007/65/EF eller AMT-direktivet åpner etter dette for at medlemsstatene forbyr, eller på annen måte regulerer, fjernsynsreklame eller reklame gjennom andre typer audiovisuelle medietjenester, for "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge. Således konkluderer A. Garde etter en grundig gjennomgang av disse direktivene med at

*Member States may not, as EU law currently stands, prevent television advertising coming from other Member States on the ground that these broadcasts may be detrimental to children's health, and more specifically prejudicial to their diets. In light of the EU legislature's refusal to introduce legally binding restrictions on unhealthy food advertising to children, the transmitting State principle will make it impossible for Member States to justify national legislation adopted with this aim in mind to ban broadcasts from other Member States containing such advertising.<sup>52</sup>*

Etter artikkel 4(1) kan en medlemsstat fastsette strengere regler for tilbydere av medietjenester som er sender fra medlemsstaten enn det som fremgår av AMT-direktivet. En slik strengere regulering kan bare gis "hvis sådanne bestemmelser er forenlige med EU-

<sup>52</sup> A. Garde: The regulation of food marketing to children, i ???, s. 223.

retten”. Forslag til forskrift inneholder ingen begrensning i forhold til anvendelsen av forbudet i § 4 på en måte som unntar formidlere av audiovisuelle medietjenester etablert i andre EØS-land fra forbudet. Forslaget til forskrift § 4 vil uansett ikke kunne gis anvendelse kun på norske tilbydere av audiovisuelle medietjenester da forbudet, som redegjort for i avsnitt 5 og 6, være utgjøre restriksjon på varefriheten som er i strid med EØS-avtalen.

### 7.3 Direktivet om urimelig handelspraksis

Markedsføring gjennom andre kanaler enn audiovisuelle medietjenester er ikke underlagt særskilt regulering. Derimot er det gitt regler for virkemiddelbruken i markedsføring generelt gjennom direktivet om urimelig handelspraksis.<sup>53</sup>

Direktiv 2005/29/EF regulerer de virkemidler som tilbydere benytter i markedsføringen av sine produkter, og vil bl.a. ramme villedende og aggressiv reklame. I fortalet til AMT-direktivet forutsettes det i avsnitt 82 at direktivet om urimelig handelspraksis skal komme til anvendelse også på markedsføring gjennom audiovisuelle medietjenester:

*Foruden dette direktivs bestemmelser om reklamepraksis gælder bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked for urimelig handelspraksis som f.eks. villedende og aggressiv handelspraksis i audiovisuelle medietjenester.*

Direktivet om urimelig handelspraksis anerkjenner i fortalets avsnitt 18 at barn har et særlig beskyttelsesbehov i forhold til urimelig markedsføring, men avviser at dette gir grunnlag for generelle forbud mot reklame rettet mot barn. Det særlige beskyttelsesbehov barn har skal i stedet hensyntas i vurderingen av om en markedsføringspraksis er urimelig:

*I de tilfælde, hvor en handelspraksis specifikt rettes mod en særlig gruppe af forbrugere som f.eks. børn, bør virkningen af den pågældende handelspraksis vurderes ud fra, hvordan den opleves af et gennemsnitlig medlem af denne gruppe. Det er derfor hensigtsmæssigt i den liste over former for praksis, som under alle omstændigheder anses som urimelige, at medtage en bestemmelse, som beskytter børn mod direkte tilskyndelse til køb uden at direkte nedlægge forbud mot reklamer rettet mod børn.*

I tråd med dette er det ikke i direktivet om urimelig handelspraksis inntatt særlige forbud mot reklame rettet mot barn.

Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis er et totalharmoniseringsdirektiv. Dette fremgår av direktivets artikkel 4. Konsekvensene av dette er at avtalepartene i EØS ikke kan fastsette regler som er strengere eller mer restriktive enn dem som fremgår av direktivet, se også EU-domstolens dom i *VTB-VAB, Galatea*.<sup>54</sup>

Det følger av artikkel 3(4) at i tilfelle motstrid mellom direktivet om urimelig handelspraksis og «andre fællesskabsbestemmelser om særlige aspekter av urimelig

<sup>53</sup> Direktiv 2005/29/EF.

<sup>54</sup> Sakene C-261/07 og C-299/07 *VTB-VAB, Galatea*, Sml. 2009 s. I-2949, premiss 52. Se også sak C-304/08 *Plus Warenhandelsgesellschaft*, premiss 41.



handelspraksis, vil sidsnævnte gælde for de pågældende særlige aspekter».<sup>55</sup> EFTA-domstolen slo i *Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia AS og Lego Norge AS* fast at en medlemsstat ikke kan ramme fjernsynssendinger fra andre EØS-land ved å regulere annonsørene og forby bestemte former for reklame.<sup>56</sup> Derimot vil en EØS-stat kunne regulere aspekter også ved fjernsynsreklame som ikke reguleres av fjernsynsdirektivet. Etter EFTA-domstolens oppfatning kunne derfor medlemsstatene bringe forgjengeren til direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis, direktiv 84/450/EØF, til anvendelse også i forhold til fjernsynsreklame, da det

*... ikke har vært meningen at direktiv 89/552/EØS skal hindre en stat fra å treffe tiltak i henhold til direktiv 84/450/EØS i forhold til reklame, som etter vilkårene i det sistnevnte direktivet må anses villedende.*

Dette ga EU-domstolen sin tilslutning til i *Konsumentombudsmannen mot De Agostini*.<sup>57</sup>

Som vist ovenfor er dette også uttrykkelig akseptert i fortalen til AMT-direktivet, jf. avsnitt 82.

Verken fjernsynsdirektivet eller AMT-direktivet åpner for å forby reklame for "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge. Et generelt forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge av «usunn» mat og drikk vil åpenbart gå lenger enn, og dermed være i strid med, også direktivet om urimelig handelspraksis.

Når det gjelder reklame i andre kanaler enn audiovisuelle medietjenester vil dette fullt ut reguleres av direktivet om urimelig handelspraksis. Et generelt forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge av «usunn» mat og drikke i disse reklamekanalene vil klart nok være i strid med direktivet om urimelig handelspraksis.

#### 7.4 Reklame for og merking av næringsmidler

EØS-retten harmoniserer gjennom forordninger og direktiver medlemsstatenes regulering av markedsføring av næringsmidler. Således omhandler forordning 2002/178/EF om allmenne prinsipper og krav i næringsmiddelregelverket (Food Law) artikkel 16 villedende markedsføring av næringsmidler. Gjennom direktiv 2000/13/EF om merking, presentasjon og markedsføring av næringsmidler harmoniseres medlemsstatenes regler om merking av næringsmidler, og av hvordan produktet presenteres for forbruker. Forordningen og direktivet gjelder i stor utstrekning forhold som også omfattes av direktivet om urimelig handelspraksis, men skal etter dette direktivets artikkel 3(4) anvendes på de «spesialområder» de regulerer.

I Vedlegg 4: *Juridiske vurderinger* foretas det en analyse av om Food Law og merkedirektivet «er til hinder for» et eget forbud mot markedsføring av «usunn» mat og drikke rettet mot barn og unge. HOD og BLD konkluderer i forhold til Food Law artikkel 16 at denne bestemmelsen regulerer villedende markedsføring, og at «eventuelle norske

<sup>55</sup> Om dette se også sakene C-421/00, 426/00 og 16/01 *Sterbenz og Hang*, Sml. 2003 s. I-1065, premiss 25, sak C-221/00 *Kommisjonen mot Østerrike*, Sml. 2003 s. I-1007, premiss 43 og sak C-99/01 *Linhart og Biffi*, Sml. 2002 s. I-9375, premissene 19-20.

<sup>56</sup> Avsnittene 42-45.

<sup>57</sup> Premiss 37.

regler om markedsføring rettet mot barn og unge av «usunn» mat og drikke vil regulere et annet forhold enn villedende markedsføring». Da formålet bak slike regler er et annet enn formålet bak Food Law artikkel 16 er denne bestemmelsen ikke til «hinder» for forslaget til forskrift.

I forhold til merkedirektivet konkluderer HOD og BLD med at eventuelle norske regler ikke kan regulere merking av og hvordan næringsmiddelprodukter presenteres for forbruker. Derimot står Norge etter HOD og BLD's oppfatning fritt til å regulere markedsføring av næringsmidler.

HOD og BLDs vurderinger er vanskelig å følge. Food Law er en forordning som medlemsstaten er forpliktet å implementere etter sin ordlyd. Forordningen er å anse som en overordnet forordning som legger føringer på senere regelverk på matområdet. Artikkel 16 tar også forbehold for mer spesifikke bestemmelser i næringsmiddelregelverket. Det er derfor vanskelig å se relevansen av Food Law for en regulering av markedsføring av mat og drikke rettet mot unge. At forordningen ikke regulerer dette kan uansett ikke tas til inntekt for at medlemsstatene kan innføre et forbud mot markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og unge.

Når det gjelder merkedirektivet så harmoniserer det medlemsstatenes regulering av markedsføring som angir et produkts sammensetning m.v., gjennom merking, presentasjon og reklame for næringsmidler. På dette området er direktivet lex specialis i forhold til direktivet om urimelig handelspraksis. Når det gjelder andre aspekter ved markedsføringen enn produktsammensetning m.v., reguleres dette av direktiv 2009/29/E. Dette har til konsekvens at slik markedsføring der barn er adressater vil være regulert gjennom direktivet om urimelig handelspraksis, jf. ovenfor.

## 7.5 Sammenfatning

HODs og BLDs vurdering av sekundærlovgivningen bærer preg av at de anser direktiver å være lex specialis i forhold til bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Dette utgangspunktet leder til den konklusjon at de direktiver som analyseres ikke er «til hinder» for et forbud mot markedsføring av usunn mat og drikke rettet mot barn og unge.

Da det rettslige utgangspunktet er galt blir analysen forfeilet. Videre lider tolkningen av det enkelte direktiv av klare svakheter. Således er et forbud mot markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og unge i strid med fjernsynsdirektivet og ATM-direktivet, og er heller ikke i overensstemmelse med direktivet om urimelig handelspraksis.

Oslo, 5. september 2012

Advokatfirmaet Schjødt AS v/advokat dr. juris Olav Kolstad