

JURIDISK BETENKNING

Forskrift med hjemmel i matloven § 10 - legalitetsvurdering

Vurdering av hjemmelsgrunnlag for forslag til forskrift om markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge.

Juridisk betenkning avgitt til Orkla ASA

Advokatfirmaet Schjødt AS v/ advokat Ph.D. Hugo Matre og advokat Vidar Strømme

Saksansvarlig advokat: Olav Kolstad

5. september 2012

FORSKRIFT MED HJEMMEL I MATLOVEN § 10 - LEGALITETSVURDERING

1. INNLEDNING

Helse- og omsorgsdepartementet ("HOD") og Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet ("BLD") har sendt forslag til ny regulering av markedsføring rettet mot barn og unge på høring. Utkastet til forskrift forbyr markedsføring av energitette, salte og næringsfattige næringsmidler overfor personer under 18 år.

Vi er bedt om å vurdere hvorvidt forslaget til regelverk har tilstrekkelig rettslig forankring (hjemmel) i matloven¹ § 10 annet ledd, som HOD og BLD har angitt som hjemmel for utkastet til forskrift.

I punkt 2 peker vi på noen generelle utgangspunkter for vår vurdering. Ettersom forslaget til forskrift pålegger private aktører byrder i form av markedsføringsforbud, vil forholdet til *legalitetsprinsippet* stå sentralt i vurderingen. Prinsippet har betydning både som skranke for hvilke tiltak som kan hjemles i matloven § 10, men også som tolkningsprinsipp ved anvendelse av den påtenkte forskriftshjemmelen.² Det er også et særtrekk at forskriften, om den blir vedtatt, vil gripe inn i aktørenes *ytringsfrihet*. Også dette innebærer skranker for myndighetenes kompetanse til å vedta forskriften. Vernet av ytringsfriheten innebærer også at det kreves klar lovhjemmel, og medfører dessuten et krav til *proporsjonalitet*. Mye kan tyde på at de gode formål man ønsker å forfølge, har skygget for disse grunnleggende prinsipper. Vi legger derfor en del vekt på å utpensle dette, og gjennomgå vår lovgivningstradisjon ved tilsvarende inngrep.

Fra punkt 3 drøfter vi hvorvidt forslaget til regulering kan hjemles i matloven § 10 annet ledd, gitt disse prinsipper. På bakgrunn av det foreslåtte markedsføringsforbudets omfang og karakter vil det også være behov for å vurdere hvorvidt forbudet i det hele tatt kan gis i forskrifts form eller om det i stedet må gis ved formell lov av Stortinget i henhold til Grunnlovens bestemmelser, samt om forbudet uansett hjemmelsgrunnlag er tilstrekkelig nødvendig og proporsjonalt.

Vår **konklusjon** er at det foreslåtte forbudet ikke kan hjemles i matloven § 10 annet ledd. Vi har følgelig kommet til et annet resultat enn HOD og BLD. Etter vår oppfatning er det klart at forskriften ikke vil stå seg.

¹ Lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv.

² Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 3. utg., Oslo 2007 s. 75-78 (Graver).

2. BAKGRUNN; LEGALITETSPRINSIPPET OG KRAVET TIL LOVHJEMMEL OG PROPORSJONALITET VED INNGREP I YTRINGSFRIHETEN

2.1 Problemstillingen

Spørsmålet vi skal ta stilling til i det følgende er om det foreslåtte forbudet mot markedsføring ligger innenfor den kompetanse Kongen (departementet) er gitt til å gi nærmere forskrifter om bl.a. "forbud mot helsemessig uønsket markedsføring", jf. matloven § 10 annet ledd.

Slik vi ser det er denne problemstillingen tredelt. For det første må det avgjøres om det foreslåtte forbudet har tilstrekkelig hjemmel i matloven § 10. Forutsatt at dette spørsmålet besvares bekreftende, gjenstår spørsmålet om et slikt forbud i det hele tatt kan gis i forskrifts form, eller om lovbehandling i Stortinget må anses påkrevd. Dessuten er det et spørsmål om forbudet vil bestå kravet til nødvendighet og proporsjonalitet etter Grunnloven og EMK, uansett hjemmel i lov.

Nedenfor under pkt 2.2 kommenterer vi først det alminnelige legalitetsprinsipp. Siden denne saken gjelder inngrep i den kommersielle ytringsfrihet, har vi fra pkt 2.3 viet atskillig plass til å beskrive de rettskildene som har betydning ved inngrep i ytringsfriheten. Det foreligger etter hvert en del rettskilder om slike inngrep, og kort oppsummert må disse kildene sies å innebære at det her foreligger et krav om særlig klar hjemmel. På dette felt har det også oppstått en korresponderende tradisjon om at Stortinget selv skal beslutte inngrepet, og foreta den særskilte proporsjonalitetsvurderingen som foreskrives.

2.2 Legalitetsprinsippet som skranke og tolkningsprinsipp

Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp er forankret i konstitusjonell sedvanerett. Kjernen i legalitetsprinsippet er at forvaltningen må ha et rettslig grunnlag for å utøve myndighet overfor borgerne. Det finnes flere teoretiske innfallsvinkler for å beskrive legalitetsprinsippet funksjon. I norsk rett har legalitetsprinsippet innhold tradisjonelt vært beskrevet som et krav om at inngrep i borgernes rettssfære må ha hjemmel i formell lov.³ En annen måte å beskrive de krav legalitetsprinsippet stiller er at forvaltningen må ha en eller annen form for materiell kompetanse for å utøve sin virksomhet. Med denne synsvinkelen er lovhjemmel bare nødvendig der forvaltningen ikke har annet kompetansegrunnlag, så som avtale med private eller organisasjons- og instruksjonsmyndighet, eller når det påberopte kompetansegrunnlag ikke strekker til.⁴ Det er ikke nødvendig her å gå nærmere inn på de ulike tilnærminger til legalitetsprinsippet virkeområde. HOD og BLDs forslag til markedsføringsforbud befinner seg i legalitetsprinsippet kjerneområde. Uansett hvilken tilnæringsmåte man velger er det ikke tvilsomt at forbudet må gis i, eller i medhold av, formell lov.

At inngrep i borgernes rettsstilling må ha sitt hjemmelsgrunnlag i formell lovgivning, sier i seg selv ikke noe om hvor klar hjemmelen må være. Her kommer derimot en annen side av legalitetsprinsippet inn, i form av et tolkningsprinsipp. Det er vanlig å si at de hensyn som begrunner legalitetsprinsippet tilsier at lovhjemmelen skal tolkes restriktivt ved inngrep i

³ Jf. Graver s. 71, med videre henvisninger til Frihagen, Forvaltningsrett bind I, 3. utg., Oslo 1991 s. 107.

⁴ Jf. Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 9. utgave, Oslo 2010 s. 359.

borgernes rettsstilling.⁵ Hvor strengt dette prinsippet skal praktiseres, vil kunne variere etter inngrepets art, grad og omstendighetene for øvrig. I Rt. 1995 på s. 530 ble lovkravets relativitet beskrevet slik:

*"Kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes."*⁶

Legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp praktiseres strengest der det er tale om inngrep i borgernes handlefrihet, så som ved ileggelse av straff, eller ved inngrep i legemets integritet, som tvungen medisinsk behandling.

I denne konkrete saken er det tale om å gjøre inngrep i borgernes handlefrihet i form av forbud mot visse former for markedsføring. Det er alminnelig antatt at inngrep i borgernes økonomiske sfære lettere kan godtas enn inngrep i deres fysiske integritet.⁷ Det er likevel ikke tvilsomt at legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp vil komme inn med tyngde i vår sak. Det foreslåtte forbudet vil være vidtrekkende, og vil kunne få store økonomiske konsekvenser for næringen. Forbudet innebærer et markert brudd med en etablert tilstand, og vil være tyngende for de det rammer. Det må også tas i betraktning at forbudet er straffesanksjonert, jf. matloven § 28. Sempel uaktsomhet er her likestilt med forsett som skyldkrav.

Allerede en tvil om forbudet kan hjemles i matloven § 10, taler for at Stortinget bør vurdere inngrepet. Konkret har departementene strukket forskriftshjemmelens ordlyd og formål langt ut over det som er naturlig.

2.3 Generelt om kommersiell ytringsfrihet

2.3.1 Grunnloven § 100

Grunnloven § 100 verner ytringsfriheten. Bestemmelsen fremstår som et vern om ytringer generelt, uten at kommersiell ytringsfrihet er spesielt nevnt. Før endring av Grunnloven i 2004 var det likevel alminnelig antatt at også reklame var vernet, dette ble lagt til grunn av Andenæs i hans *"Statsforfatningen i Norge"*, av Ytringsfrihetskommisjonen i NOU 1999:27 *"Ytringsfrihed bør finde sted"*, og eksempelvis av Torkel Opsahl i utredningen *"Ytringsfrihet og forbud mot tobakkreklame: Konstitusjonelle spørsmål"* fra 1971.⁸ Vi viser også til Kyrre Eggens *"Ytringsfrihet"*.⁹

Forut for endringen av Grunnloven i 2004, hadde Ytringsfrihetskommisjonen eksplisitt uttalt at den kommersielle ytringsfrihet måtte anses vernet. I Stortingsmelding nr 26 (2003-2004) inntok departementet motsatt holdning, og foreslo tillegget *"Disse Grundsætningers Anvendelse på kommersielle Ytringer og de Indskrænkinger de bør undergaa, fastsættes ved Lov"*. Dette tillegget ble imidlertid ikke vedtatt, og § 100 må

⁵ Jf. Graver s. 75.

⁶ På s. 537.

⁷ Jf. Graver s. 77.

⁸ Inntatt i Torkel Opsahl; *"Statsmakt og menneskrett"* Bind 1, Oslo 1995, side 379 flg.

⁹ Kyrre Eggen; *"Ytringsfrihet"*, Oslo 2002, især side 537 flg.

fortsatt forstås slik at kommersielle ytringer er vernet. Om tillegget var blitt vedtatt, ville det være *tilstrekkelig* for et inngreps gyldighet om det ble vedtatt ved lov. At det fortsatt er *nødvendig* med lov, er ikke tvilsomt.

Grunnloven § 100 bestemmer blant annet følgende:

"Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen og hvilken som helst anden Gjenstand ere Enhver tilladte. Der kan kun sættes slike klarlig definerede Grænser for denne Ret, hvor særlig tungtveiende Hensyn gjøre det forsvarlig holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelser. Forhaandscensur og andre forebyggende Forholdsregler kunne ikke benyttes, med mindre det er nødvendig for at beskytte Børn og Unge imod skadelig Paavirkning fra levende Billeder."

Den avsluttende passusen om å beskytte "*Børn og Unge imod skadelig Paavirkning fra levende Billeder*" må oppfattes å gjelde etablert sensur og aldersgrenser for film og dataspill mv hvor selve bildene antas å ha negativ innflytelse, typisk fremstillinger av vold og sex, jf Ytringsfrihetskommisjonen s 177. Passusen kan ikke leses slik at man ville unnta reklame for produkter som antas å ha skadelig virkning, fra grunnlovsbeskyttelsen.

Bestemmelsen innebærer at det skal mye til før inngrep i ytringsfriheten er tillatelig. For det første må inngrepet holdes opp mot ytringsfrihetens begrunnelser (sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse). Reklameforbud som i vår sak, er trolig mest problematisk i forhold til den frie meningsdannelse, i sær fordi det rammer en stor mengde produkter og gjelder en del av befolkningen man må kunne kalle "unge voksne"; alle under 18 år. Det argument at en person på 16 eller 17 år selv kan velge mat og drikke og motta reklame for det uten begrensning, kan ikke uten videre avfeies. Ytringsfriheten innebærer en rett for disse til å motta informasjonen, og en rett for produsentene til å meddele den.

Som et trinn to i vurderingen må det foretas en realistisk vurdering, hvor man veier hensynene bak – og nødvendigheten av – inngrepet opp mot den skade man volder ytringsfriheten. Dette krever en kritisk gjennomgang av om inngrepet vil ha de tilsiktede gode virkninger, og om det er nødvendig. Ytringsfrihetskommisjonen gjennomgår disse strenge vilkårene på side 242 flg i NOU 1999:27, og uttaler blant annet:

"Ytringsfriheten vil i denne avveiningen ikke bare framstå som et abstrakt prinsipp – med tilhørende fare for nedprioritering – men som en konkret størrelse og en grunnleggende forutsetning for prosesser av til dels universell betydning. Kommisjonen legger til grunn at dette vil føre til en bevisstgjøring hos dem som i framtida får kompetanse til å avveie ytringsfriheten mot andre hensyn."

Det er som nevnt innledningsvis klart at inngrep i den kommersielle ytringsfrihet lettere kan skje, hvis begrunnelsen er tilstrekkelig. På side 156 i utredningen uttaler således Ytringsfrihetskommisjonen at det lettere kan tenkes begrensninger i reklame, hvor det foreligger en tilstrekkelig sikkerhet for at inngrepet har de tilsiktede virkningene, og inngrepet ikke er for stort. Kommisjonen uttaler blant annet at man kan regulere *når* og *hvor* reklame kan benyttes og således unngå totalforbud:

"Det vil ikke være i strid med ytringsfriheten å stenge de kommersielle ytringene ute fra de offentlige rom som ikke bør ansees som en markeds plass".

Om forbudene mot reklame for tobakk og alkohol uttaler kommisjonen:

"Kommisjonen har ingen merknader til disse i sin alminnelighet, så lenge det kan påvises med tilstrekkelig sannsynlighet at slik reklame vil gi økt forbruk av alkohol og tobakk og dermed økte alkoholskader."

Den materielle vurdering av utkastet til forskrift beror således på dette; om departementene kan "påvise" at den reklame som forbys, ellers ville ført til økt konsum av de uønskede varene, og at det i sin tur ville medføre de omtalte skadene. Dette må påvises med "tilstrekkelig sannsynlighet", og forbudene må begrenses til det som er *nødvendig* for å nå målene. *Selv* om så er tilfelle, må inngrepet dessuten holdes opp mot ytringsfrihetens begrunnelse, siden Grunnloven forutsetter at borgerne selv kan utøve sin "frie meningsdannelse".

I tillegg til vurderingen av inngrepet opp mot ytringsfriheten, må inngrepet være forankret i lov, vedtatt av Stortinget. I § 100 heter det dessuten at inngrep bare kan skje ved "*klarlig definerte Grænser*", og det kan hevdes at dette krav innebærer en begrensning i adgangen til å fastsette omfattende forbud gjennom *forskrift* dersom hjemmelsloven er svært generell. Når inngrep må ha lov hjemmel, er det nærliggende å oppfatte kravet slik at det er *lovgiver* som må oppstille de klare grensene. Ytringsfrihetskommisjonen hadde et slikt syn, jf side 243:

"Med lov menes i utgangspunktet formell lov. Dette innebærer ikke et absolutt forbud mot at begrensningen blir nærmere regulert i forskrift, men krever at det fremgår av formell lov (forskriftshjemmelen) hvilke detaljer som nærmere kan reguleres i forskrift. Om klare rammer for forskriftskompetansen ikke framgår av formell lov, kan man vanskelig si at ansvaret er klart foreskrevet i lov."

Departementet pekte i den etterfølgende Stortingsmelding nr 26 på at kravet til lov måtte vurderes konkret, og den endelige lovteksten ble også annerledes enn foreslått av kommisjonen her. På grunn av det særlige grunnlovsvernet som ytringsfriheten er gitt, har kommisjonens syn likevel mye for seg. Om ytringsfriheten skal gis den "konkrete" vekt som forutsatt, er det ikke ønskelig at avveiningene – utelukkende – skal foretas av den etat som har til oppgave å ivareta de gode formål som trekker i motsatt retning. De øvrige formene for forbud mot markedsføring (tobakk, alkohol, kringkasting mv) er da også foretatt direkte i lovs form.

2.3.2 EMK artikkel 10

Det er ikke tvilsomt at EMK artikkel 10 verner reklame og kommersiell ytringsfrihet. Dette legges til grunn av alle forfattere som skriver om emnet, og for eksempel Sivilombudsmannen i saken om politisk reklame som nevnes nedenfor. EMK er inkorporert i norsk rett med rang over lov, jf menneskerettsloven § 3.

Bestemmelsen lyder slik i engelsk versjon:

"Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. [...]"

The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interest of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary".

Artikkelen er bygget slik opp at den inneholder et generelt forbud mot inngrep i ytringsfriheten i første ledd, og i annet ledd de vilkår som må være oppfylt for at slike inngrep er tillatelige.

Om forskriften blir vedtatt, vil den utvilsomt representere et inngrep i ytringsfriheten. Spørsmålet er således om vilkårene i annet ledd er oppfylt. Disse vilkårene kan sammenfattes i tre punkter.

- 1) Inngrepet må være "*prescribed by law*", det må være lovhjemlet. Dette behandles senere i dette notatet, og generelt kan det nok sies at EMK artikkel 10 ikke fører til noen annen løsning enn etter norsk rett på dette punkt.
- 2) Inngrepet må forfølge et av de opplistede formål, i dette tilfellet vil man nok si at reguleringen tilstreber "*the protection of health*", slik at dette vilkår er oppfylt.
- 3) Dernest må inngrepet være "*necessary in a democratic society*". Det er under dette vilkåret at proporsjonalitetsvilkåret oppstilles, Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) spør seg om medlemsstaten har "*struck the right balance*" mellom de gode formål som skal ivaretas, og inngrepet i ytringsfriheten som i følge EMD er en av de fundamentale "*cornerstones*" i et demokratisk samfunn.

Vår sak ligger således an som de fleste saker for EMD – spørsmålet er om staten har påvist at inngrepet er tilstrekkelig nødvendig og proporsjonalt. Dette er dels et spørsmål om de faktiske årsakssammenhenger, men også et spørsmål om utformingen av den aktuelle reguleringen er hensiktsmessig og velfundert og ikke går lenger enn nødvendig. I tillegg til spørsmålet om forbudet er forenelig med artikkel 10, kommer som nevnt spørsmålet om det foreligger tilstrekkelig lovhjemmel i norsk rett.

Den vurderingen som skal foretas etter EMK artikkel 10 likner atskillig på vurderingen etter Grunnloven § 100. Det er imidlertid den forskjell at EMD vil gi staten en "skjønnsmargin" etter artikkel 10. Det vil si at EMD ikke overprøver enhver detalj i den nasjonale reguleringen, om den nasjonale lovgiver selv har foretatt en nøye vurdering.

Denne skjønnsmargin kan variere fra saksfelt til saksfelt. Generelt har statene en liten skjønnsmargin ved de klassiske menneskerettighetene som ytringsfriheten. Ved den

kommersielle ytringsfriheten er skjønnsmarginen riktignok større, i hvert fall om det dreier seg om mer tekniske reguleringer. Det vil også kunne ha betydning om reglene er fastsatt av Stortinget, eller ved forskrift som her er foreslått.

Norske domstoler skal selvsagt ikke gi staten noen tilsvarende "skjønnsmargin", verken ved prøving av Grunnloven § 100 eller EMK artikkel 10.¹⁰ En norsk rettsanvender skal lojalt anvende prinsippene i begge bestemmelser uten å legge inn noen margin i statens favør. Vi vil for øvrig anta at Grunnloven § 100 gir en like god beskyttelse av ytringsfriheten på dette felt, som EMK. I praksis har det likevel vist seg at saker har fått forskjellig utfall i Norge og Strasbourg, jf for eksempel utviklingen av praksis i injuriersaker.

Det finnes ikke noen avgjørelse fra EMD som tar stilling til et helt likt tilfelle. Det finnes imidlertid noen saker som innebærer at utkastet til forbud er problematisk, slik det nå foreligger. Sentralt i en tenkt sak vil det være at forslaget er *omfattende* med hensyn til varer og aldersgrupper. Så vidt vi kan forstå er det ikke ellers i verden så omfattende reguleringer, disse er enten myntet på yngre grupper, eller er på andre måter avgrenset; for eksempel til visse medier eller særskilte produkter. Det generelle forbudet i Canada som nevnes i høringsnotatet gjelder etter det vi forstår barn under 13 år, og tilsvarende forbud mot fjernsynsreklame mv finnes i en del land.¹¹ Norge har allerede omfattende reguleringer, men høringsnotatet legger til grunn at det er "rom for" ytterligere reguleringer.

Kriteriene i utkastet er vidt utformet. De vitenskapelige holdepunktene for at reguleringen vil ha tilstrekkelig virkning, synes ikke å være sikre. Videre er det sentralt at det allerede foreligger reguleringer som angriper problemene på mer "skreddersydd" vis, så som forbud mot kringkastingsreklame rettet mot barn og markedsføringsloven.

Ikke minst har det betydning at produsenter i stadig større grad pålegges å gi riktig og utfyllende informasjon om næringsinnhold mv. Den kommersielle ytringsfrihet er tuftet på det syn at reklame og andre kommersielle ytringer også er viktige i et demokratisk samfunn. Det er ikke utelukket å gjøre inngrep i slik ytringsfrihet, men slike unntak må begrunnes overbevisende og være proporsjonale. Både i Europa og USA er det særlige den uriktige eller villedende reklame som står svakt. Inngrep i sann reklame om lovlige varer har et annet preg, og støter an mot det som blant andre Amandine Garde omtaler som "*The information paradigm*"¹² som innebærer at borgerne er tiltrodd å treffe sine egne valg.

Historisk oppsto dette rettslige vernet først i USAs høyesterett. Etter tidligere å ha lagt til grunn at reklame ikke var vernet av First Amendment, snudde USAs høyesterett i *Virginia*

¹⁰ Se høyesterettsdommer Skoghøy; "Nasjonal skjønnsmargin etter EMK", Lov og Rett 2011 side 189.

¹¹ Amandine Garde: "Freedom of Commercial Expression and Public Health Protection in Europe", i The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 12, 2009-2010 side 249 og Caroline Heide-Jørgensen: "Reklameret, Konkurrenceret og kommersiell ytringsfrihet", København 2008, s 475 flg.

¹² Op. cit. side 227.

State Board of Pharmacy case i 1976¹³, og denne lære har siden ligget fast. På denne tid vokste det frem en erkjennelse av at kommersielle ytringer var viktige, både i den forstand at reklame kunne ha positiv og negativ innflytelse og i den forstand at reklame var gjenstand for vern. EMD foretok en liknende snuooperasjon få år senere. Mens EMD i *De Geillustreerde Pers N.V. mot Nederland* i 1977 la til grunn at kommersielle ytringer ikke var vernet, ble det i 1979 lagt til grunn vern i saken *Pastor X og Scientology mot Sverige* (kommisjonsavgjørelse). Etter dette har det ikke vært tvil om at kommersielle ytringer er vernet av EMK. Senere er læren også blitt en del av EUs grunnleggende prinsipper, noe som ikke berøres i dette notatet.

Fra EMDs praksis vil vi trekke frem følgende saker, som kan kaste lys over hvordan domstolen resonnerer:

Den nevnte saken *Pastor X og Scientology mot Sverige*, gjaldt Scientologikirkens markedsføring av det såkalte "*Hubbard E-meter*", som angivelig kunne måle menneskers mentale tilstand mv.¹⁴ Artikkel 10 ble gitt anvendelse, men det ble ikke konstatert overtredelse. Vesentlig i kommisjonens vurdering var at Sverige *ikke* hadde forbudt markedsføringen av produktet, men bare visse utsagn som fremsto som åpenbart villedende. Sverige hadde således ikke gått lenger enn "nødvendig", og inngrepet var proporsjonalt.

I *Barthold mot Tyskland* fra 1990 slo EMD fast at et forbud mot reklame for dyrleger, var i strid med EMK. EMD la til grunn at informasjonsverdien av det som dyrlegen hadde uttalt var så viktig at forbudet ikke kunne opprettholdes. Forbudet ble i den konkrete sak ansett for å gå lengre enn de beskyttelsesverdige formål.

I *Markt Intern Verlag mot Tyskland* fra 1989 kom EMD på den annen side til at det lovlig kunne nedlegges forbud mot en generaliserende "svertekampanje".

I 1992 behandlet EMD en "ren" sak om reklame, i *Cassado Cola mot Spania*. Saken gjaldt et forbud mot advokaters reklame, og i den konkrete saken kom EMD under dissens 7-2 til at artikkel 10 ikke var krenket. I avsnitt 35 ble det enstemmig lagt til grunn at artikkel 10 verner reklame. EMD uttalte at det likevel kunne tenkes inngrep i yttingsfriheten:

"...especially to prevent unfair competition and untruthful or misleading information".¹⁵

¹³ US Supreme Court, *Virginia Pharmacy Board v Virginia Consumer Council* (1976) 425 US 748: "Moreover, there is another consideration that suggests that no line between publicly "interesting" or "important" commercial advertising and the opposite could ever be drawn. Advertising, however tasteless and excessive it sometimes may seem, is nonetheless dissemination of information as to who is producing and selling what product, for what reason, and at what price. So long as we preserve a predominantly free enterprise economy, the allocation of our resources in a large measure will be made through numerous private economic decisions. It is a matter of public interest that those decisions, in the aggregate, be intelligent and well informed. To this end, the free flow of commercial information is indispensable... It is also indispensable to the formation of intelligent opinions as to how that system ought to be regulated or altered. Therefore, even if the First Amendment were thought to be primarily an instrument to enlighten public decision-making in a democracy, we could not say that the free flow of information does not serve that goal."

¹⁴ Eksempel på utsagn som ble forbudt i Sverige er "E-mätaren är det oskattbara hjälpmedlet för att mäta människans mentala tillstånd och förändring av det".

¹⁵ Avsnitt 51.

Avgjørelsen er således i tråd med den lære det er at den uriktige eller feilaktige reklame som kan reguleres, den støtter ikke et generelt forbud mot markedsføring av alminnelige varer. De negative effektene av slik reklame som var påberopt, var dessuten av en slik natur at det var enklere for nasjonale domstoler å foreta en nøyaktig avveining av balansen mellom

"...the requirements of the proper administration of justice, the dignity of the profession, the right of everyone to receive information about legal assistance and affording members of the Bar the possibility of advertising their practice".¹⁶

Spania ble således gitt en bred skjønnsmargin. De sammenhenger mellom reklame og usunt kosthold som vår sak gjelder, er på den annen side av en slik art at de lettere kan vurderes fra Strasbourg; det dreier seg om forhold som ikke er knyttet til særlige forhold eller tradisjoner i et enkelt land.

Også Kyrre Eggen legger til grunn at avgjørelsen trolig innebærer at det *ikke* kan innføres generelle reklameforbud mot lovlige varer:

"Coca-saken tyder på at det ikke er i overensstemmelse med EMK art. 10 å totalforby reklame for produkter eller tjenester som ikke er ulovlige eller på annen måte skadelige. EMD la stor vekt på at det aktuelle reklameforbud ikke var absolutt. Videre ble det fremhevet at tendensen til å liberalisere reklamereglene i Europa medfører en innsnevring av statens skjønnsmargin, hvilket vil gjøre det vanskeligere å godtgjøre at slike totalforbud anses nødvendige. På denne bakgrunn antar jeg at det kun er i overensstemmelse med EMK art. 10 å totalforby reklame for bestemte produkter eller tjenester hvor tungtveiende hensyn gjør seg gjeldende (som f.eks for helseskadelige produkter som alkohol eller tobakk). Det er imidlertid klart at statene uhindret av EMK art. 10 kan forby reklame som er villedende, ufullstendig eller på annen måte usann."¹⁷

Den foreslåtte forskriften går vesentlig lengre enn dette. Det dreier seg om totalforbud, det dreier seg om vanlige varer, og det dreier seg ikke om "bestemte produkter" men hele kategorier av produkter fastlagt ut fra deres innhold. Den foreslåtte reguleringen er dessuten vesensforskjellig ved at den ikke bare skal sikre at forbrukerne får sann og riktig informasjon, men også *forbyr* sann og riktig informasjon om store mengder alminnelige varer.

EMD har også behandlet reklame rettet mot barn. I avgjørelsen *Sigma Radio Television Ltd mot Kypros* fra 2011, tok EMD stilling til reklameforbud som synes å likne på kringkastingslovens forbud mot reklame som særlig er rettet mot barn. EMD kom til at klagen ikke kunne føre frem, en avgjørelse som ut fra norske forhold synes temmelig selvsagt. I avgjørelsens avsnitt 15 fremgår at det dreide seg om reklame for leker i barneprogrammer, til dels "exaggerated and unfounded claims" og at "the products aimed at children had been promoted by offering gifts". Ikke desto mindre fant EMD grunn til å minne om at også i en slik sak gjaldt de grunnleggende prinsipper om ytringsfrihet:

¹⁶ Avsnitt 55.

¹⁷ Op. cit. side 548.

"The Court reiterates that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress. Subject to paragraph 2 of article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness, without which there is no democratic society..."¹⁸

EMDs praksis vedrørende kommersielle ytringer er sementert i en rekke andre saker, for eksempel 2001 *VgT Verein Gegen Tierfabriken mot Sveits* og 2009 *TV Vest AS mot Norge*. Disse sakene har særtrekk som gjør det lite naturlig å trekke dem frem her. De belyser imidlertid det forhold at det enkelte konkrete inngrep må passere nødvendighetstesten etter artikkel 10. Det er ikke nok at en regulering generelt har gode grunner for seg, forbudet må også kunne forsvares i forhold til *det enkelte produkt* og den enkelte produsent. Med den vide utforming forslaget har fått, er det svært lett å tenke seg at produsenter av for eksempel energitette produkter med rette kan hevde at reguleringens formål uansett ikke tilsier noe forbud mot informasjon om deres produkt, for eksempel på grunn av bruksområde eller annet. I *VgT Verein Gegen Tierfabriken* ble det således i avsnitt 75 uttalt:

"Nevertheless, the reasons must be "relevant" and "sufficient" in respect of the particular interference with the rights under Article 10. In the present case, the Federal Court, in its judgment of 20 August 1997, discussed at length the general reasons which justified a prohibition of "political advertising". In the Court's opinion, however, the domestic authorities have not demonstrated in a "relevant and sufficient" manner why the grounds generally advanced in support of the prohibition of political advertising also served to justify the interference in the particular circumstances of the applicant association's case."

Det forhold at det skal skje en konkret vurdering, er gjennomgående i EMDs praksis. Dette innebærer at ikke bare er det tvilsomt om inngrepet etter sin *art* står seg etter EMK artikkel 10. Det er også tvilsomt om et forbud kan avgrenses på den skjematiske *måten* som er foreslått, gjennom en henvisning til tolltariffen som er utformet for andre formål.

Til dette kommer som nevnt kravet om at et inngrep må hjemles i lov, om det i det hele tatt kan vedtas.

2.4 Øvrige norske reklameforbud, oversikt

Høringsnotatet nevner andre reklameforbud i norsk rett. Det kan være hensiktsmessig å se nærmere på noen av disse forbudene, siden de representerer en form for tradisjon på dette området.

Vi peker særlig på at de forbud som har stått seg, har vært vedtatt som lov og ikke som forskrift. Norge har vært "tidlig ute" med forskjellige forbud, og lovsformen kan ha vært motivert av et politisk ønske om å gi omstridte forbud tilstrekkelig *legitimitet*.

¹⁸ Avsnitt 198.

Det forhold at det er tale om et "nytt" forbud, tilsier imidlertid også *rettslig* at et eventuelt forbud bør vedtas av Stortinget. Når situasjonen er slik at et forbud er nytt, vil jo det innebære at lovgiver ikke har vurdert forholdet. Legalitetsprinsippet er dessuten delvis begrunnet med hensynet til at reguleringer skal oppfattes som legitime.

2.4.1 Forbud mot tobakksreklame

Forbud mot reklame for tobakk ble innført ved lov om restriktive tiltak ved omsetning av tobakksvarer mv, av 9. mars 1973.

Det heter i Ot.prp.nr.3 (1972-73) at forbudene er begrunnet i:

"...de omfattende vitenskapelige undersøkelser som har fastslått en nær sammenheng mellom sigarettøyking og forekomst av en rekke alvorlige sykdommer, som strupekreft, lungekreft, kronisk bronkitt, hjerteinfarkt og hjertekrampe. Risikoen for nevnte sykdommer er til stede også for piperøykere."

Utvalget som forberedte loven, hadde også fått i oppgave å vurdere om forbud kunne utformes som forskrift hjemlet i annen lov. En lov fra 19. mai 1933 om tilsyn med næringsmidler hadde tilsynelatende en forskriftshjemmel som kunne benyttes. Utvalget, med tilslutning av departementet og lovgiver hadde følgende syn på det:

"Komiteen er etter dette kommet til at det er tvilsomt om det i vår lovgivning er tilstrekkelig hjemmel til å innføre et 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. For det annet er det praktisk å få samlet i en egen lov de forskjellige regler som tar sikte på å begrense tobakkskadene. Foruten regler om reklameforbud og merkeplikt bør loven etter komiteens mening også inneholde en fullmaktsbestemmelse om tobakksvarers innhold m.v. og forbud mot salg av tobakksvarer til barn."

Departementet er enig i at det på bakgrunn av det anførte og legalitetsprinsippet er påkrevd med lovs form når det gjelder bestemmelser av den karakter det framlagte lovutkastet inneholder."

Forbudet og dets avgrensning ble etter dette inntatt i loven, med en forskriftshjemmel for de mer detaljerte spørsmål.

2.4.2 Forbud mot alkoholreklame

Forbudet mot alkoholreklame ble inntatt i den daværende alkoholloven, ved lovendring av 8. juni 1973 nr 55.

Forbudet ble således vedtatt kort etter forbudet mot tobakksreklame, og forarbeidene til loven viser også til dette forbudet. Det synes ikke diskutert om man kunne utforme forbudet i form av forskrifter og man valgte den samme modell som for tobakksreklame, en forbudsbestemmelse i lovens § 55b og en forskriftshjemmel for "avgrensning og utfylling" av forbudet.

Den materielle begrunnelse var som for tobakk, det dreide seg om varer som var farlige, og det ble lagt til grunn at reklameforbud ville ha en direkte og umiddelbar virkning.

2.4.3 Forbud mot "politisk reklame"

Forbud mot politisk reklame har en annen karakter enn de to forbudene nevnt ovenfor, og kan synes å ligge mer i ytringsfrihetens kjerne. Forbudet var imidlertid begrunnet med at det bare avgrenset tid og sted for slik reklame; forbudet gjaldt kun på *ffernsyn*. Og det var begrunnet med demokratiske argumenter; det skulle forhindre at pengesterke aktører kjøpte seg oppmerksomhet på bekostning av de svakere.

Særegent for dette forbudet, er at det fra først av ble vedtatt i form av *forskrift*, ikke lov.

Den første konflikten om dette forbudet oppsto etter at Akademikernes Fellesorganisasjon kjøpte annonseplass på TV 2, hvor det ble argumentert for at høyere utdannede i offentlig sektor burde få høyere lønn. Forbrukerombudet, og deretter Markedsrådet, forbød reklamen.

Saken ble brakt inn for Sivilombudsmannen som i uttalelse fra 1995¹⁹ rettet sterk kritikk mot vedtaket. Sivilombudsmannen pekte på at forbudet mot slik reklame reiste spørsmål om forholdet til Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Siden forbudet var hjemlet i en forskrift i medhold av kringkastingsloven og markedsføringsloven, hadde ikke Stortinget som lovgiver hatt anledning til å vurdere forbudet. Sivilombudsmannen reiste også spørsmål om hvorvidt de hensyn som de nevnte lovene skulle ivareta tilsa et slikt forbud, selv om hjemmelens ordlyd åpnet for å gripe inn mot markedsføring, og uttalte at:

"Om og i hvilken utstrekning samfunnsmessige skadevirkninger skal kunne legge begrensninger på ytringsfriheten i en slik utstrekning som Markedsrådet har gjort, må det i første omgang være opp til lovgiver å vurdere. Da Stortinget verken i forbindelse med behandlingen av markedsføringsloven eller kringkastingsloven kan sees å ha vurdert disse spørsmål, må konsekvensen for anvendelsen av hjemmelsbestemmelsene være at de ikke gir adgang til å forby slike ytringer som denne saken gjelder. Avgjørende må være at de viktige prinsipielle avgrensingsprospørsmål saken reiser i forhold til Grunnloven først må være avklart fra lovgivers side, før forvaltningen eventuelt kan anses å ha lovhjemmel til å skride inn med forbud."

Sivilombudsmannen konkluderte på dette grunnlag med at inngrepet manglet hjemmel.

Senere ble det samme forbudet flyttet fra forskrift til lov, nemlig kringkastingsloven § 3-1. I Ot.prp.nr.58 (1998-1999) ble den grundige drøftelsen som Sivilombudsmannen hadde etterlyst, foretatt.

Etter at forbudet var lovfestet oppsto en ny tvist, etter at tilsvarende vedtak var fattet mot TV Vest AS som hadde sendt et innslag betalt av Rogaland Pensjonistparti. Høyesterett opprettholdt under dissens forbudet i avgjørelse inntatt i Rt 2004 s 1737. Det ble vektlagt at

¹⁹ Sivilombudsmannens årsmelding 1995 side 34.

Stortinget hadde vedtatt forbudet som saken gjaldt. Saken ble senere brakt inn for EMD, som i avgjørelse av 11. desember 2009 (sak 21132/05) kom til at forbudet stred mot EMK artikkel 10. Forbudet besto ikke proporsjonalitetstesten etter artikkel 10, annet ledd:

"...there was not, in the Court's view, a reasonable relationship of proportionality between the legitimate aim pursued by the prohibition on political advertising and the means deployed to achieve that aim."

2.4.4 Reklameforbud i kringkastingsloven

Kringkastingsloven § 3-1 inneholder flere forbud mot reklame. Disse er nedfelt i selve loven, og med hjemmel for å "gi nærmere regler" om omfang og tilsyn mv.

Høringsnotatet viser særlig til forbudet mot å "sende reklameinnslag i tilknytning til barneprogram eller reklameinnslag som særlig er rettet mot barn."

Ved siden av at dette forbudet er gitt som lov, kan man merke seg at det er avgrenset til innslag som "særlig" er rettet mot barn. Den foreslåtte forskriften mangler denne avgrensningen.

Regelen har sin bakgrunn i eldre regelverk for nærkringkasting, hvor man synes å sondre mellom barn under 14 år og "unge" opp til 18.

3. UTKASTET TIL FORSKRIFT

3.1 Innledning

Nedenfor kommenterer vi først noen trekk ved forskriftens innhold, før vi i punkt 4 vurderer spørsmålet om forskriften kan hjemles i matloven som foreslått.

Et hovedsynspunkt er at forskriften kan sees som temmelig inngripende, og at den gjennom sin regulering av forhold som ligger i kjernen av den alminnelige handlefrihet, vil bli oppfattet som så kontroversiell at den vanskelig kan vedtas i forskrifts form.

Vår oppfatning er at forskriften ikke kan hjemles i matloven.

3.2 Forskriftens innhold og anvendelsesområde

I høringsnotatet beskrives utkastet til forskrift som nokså lite vidtrekkende, og på side 66 at *"...markedsføringsforbudet vil være lite inngripende i næringsdrivendes ytringsfrihet."* Etter vårt syn er det tvilsomt om utkastet kan karakteriseres slik, tvert om synes utkastet å være temmelig vidtrekkende. Forbudet har også en prinsipiell karakter, siden det er tale om å gripe inn mot ytringer.

De enkelte avgrensingskriteriene som er valgt, er i seg selv vide.

Utkastet omfatter markedsføring rettet mot personer under 18 år, og omfatter således en del av befolkningen som ellers anses kapable til å foreta egne valg og vurderinger.

Forskriften gjelder all reklame som er *rettet* mot denne gruppen, ikke bare det som *særlig* er rettet mot dem. Man får dermed med reklame som må anses som rettet mot både unge og eldre, og det er vel grunn til å tro at ganske mye reklame kan forstås slik. Etter presiseringen i utkastets § 5 er det tilstrekkelig at reklamen "*kan*" appellere til barn og unge. Det er grunn til å tro at "rettet mot" – kriteriet kan volde betydelige vansker i praksis.

Slik reklame som *kringkastingsloven* forbyr, lar seg nok forholdsvis lett skille ut. Hva som er "*særlig*" rettet mot barn, vil som regel intuitivt være klart. Utkastet kan derimot potensielt innebære forbud mot svært mye reklame, som også retter seg mot større befolkningsgrupper. Skal man for eksempel overhodet ikke kunne reklamere for mat og drikke som vanligvis inntas av ungdom? Hva med reklame som tar utgangspunkt i situasjoner som unge og voksne har felles, for eksempel kinobesøk, turaktiviteter av forskjellig slag eller musikk? Jo høyere kvalitet reklame har, jo bedre vil den ofte treffe alle aldersgrupper – for eksempel utpreget humoristisk reklame.

De produktene som det ikke kan reklameres for, er angitt gjennom en henvisning til *tolltariffens* opplysninger av produkter. Ved denne metoden oppnås trolig en klar avgrensing. På den annen side blir det tale om et svært omfattende forbud, og denne typen opplysning gjør at forbudet ikke alltid vil treffe sitt formål like godt. Om man eksempelvis reklamerer med turmat eller sjokolade som er egnet for speidere på telttur, kan det vanskelig være en innvendig at det dreier seg om energitette produkter. Det er i det hele tatt vanskelig å forstå hvorfor man foreslår å kople seg til et regelverk som tolltariffen, som jo er utformet med helt andre formål for øye. Riktignok kan man vel velge ut fra tolltariffen de produkter man ønsker å utelukke, men et blick på tolltariffen viser at kategoriene der er avgrenset av kjennetegn som er lite tjenelige. For eksempel er varenes praktiske bruksområde ikke omtalt i tolltariffen, som i stedet vektlegger om det er tale om "bulk" transport mv. Det kan spørres om henvisningen ikke bare er utjenelig, men om den ikke i mange tilfeller vil fremstå som direkte vilkårlig.

Det er et iøynefallende trekk at forskriften omfatter det man kan kalle høyst alminnelige og dagligdagse produkter. Ved dette atskiller forskriften seg fra regulering av i seg selv *farlige* produkter slik som alkohol eller tobakk, eller produkter hvor det er behov for særlig kompetanse på "brukersiden", slik som medisiner. Forskriften beveger seg ved dette inn i et område som er preget av alminnelig handlefrihet, i et ønske om å forbedre folkehelsen på lengre sikt. Høringsnotatet synes ikke å ha fanget opp at dette kan oppfattes som svært kontroversielt og prinsipielt.

Selv om utkastet er ment å begrense "*usunn*" mat og drikke, ser vi at høringsnotatet ved drøftelsen av hjemmelsspørsmål på side 66 uttaler at det er de "*mest usunne*" produkter som rammes. Hva som menes med dette, forklares ikke nærmere.

"*Markedsføring*" er vidt angitt; "*enhver handling*" foretatt for å fremme omsetningen.

Etter forslaget skal forskriften kople seg til det sanksjonssystemet som fremgår av matloven, herunder tilsyn, retting, tvangsmulkt og straff.

På side 73 i høringsnotatet uttales likevel at det ikke antas å være behov for straff. Dette begrunnes med at "...handlinger som i vår tid ikke er egnet til å medføre skade eller fare for skade" ikke bør kriminaliseres. Denne vurderingen fremstår som en umiddelbar refleksjon over det uforholdsmessige i å ilegge straff for, eksempelvis, å reklamere for brus eller sjokolade. Et grunnleggende spørsmål er om denne refleksjonen burde ha samme betydning for selve forbudet.

4. FORSKRIFTEN KAN IKKE HJEMLES I MATLOVEN § 10

4.1.1 Bestemmelsens ordlyd

Hvorvidt departementene med utkastet til forskrift har beveget seg innenfor eller utenfor den fullmakt som er gitt i matloven § 10 annet ledd, beror på en *tolkning* av denne bestemmelsen. Utgangspunktet må her som ellers tas i den naturlige språklige forståelsen av lovteksten:

"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."

Departementet har trukket frem de fem ordene "*forbud mot helsemessig uønsket markedsføring*" som hjemmelsgrunnlag. Med "*helsemessig uønsket markedsføring*" må naturlig forstås markedsføring av produkter som på en eller annen måte kan være helseskadelig. Det eneste avgrensingskriterium som kan sies å følge av en språklig forståelse av ordlyden, er således at markedsføringen må være uønsket på grunn av helseskadelige effekter av produktene som markedsføres.

I utgangspunktet kan det være nærliggende å tenke at markedsføring av usunn mat og drikke faller inn under passusen "*helsemessig uønsket markedsføring*". For så vidt gjelder en isolert tolkning av dette utvalget fra lovteksten i § 10 annet ledd, er vi enige med departementene når de skriver at formuleringen "*forbud mot helsemessig uønsket markedsføring*" kan se ut til å passe som hjemmelsgrunnlag for de foreslåtte reglene.²⁰ Som det fremgår av det følgende, må denne passus imidlertid sees i sammenheng med det som for øvrig fremgår av loven, dens forarbeider og historikk. Allerede ved dette utgangspunkt kan det også være grunn til å spørre om det har formodningen for seg at lovgiver har ment å gi en så vid og spesifisert hjemmel for forbud som høringsnotatet legger til grunn.

De helsemessige effekter *departementene* for sin del har i tankene, er omtalt flere steder i høringsnotatet. Arbeidsgruppens helsemessige vurderinger er oppsummert i hovedpunkter på s. 34 til 35, mens utformingen av de foreslåtte restriksjoner for markedsføring er omtalt på s. 50 flg. Høringsnotatet beskriver usunt kosthold og inaktiv livsstil som et helseproblem, og viser til forskning som dokumenterer at livsstilssykdommer representerer et viktig samfunnsproblem. De ernæringsmessige vurderingene i høringsnotatet er basert på typebetragtninger. Som påpekt i høringsnotatet, er imidlertid ikke situasjonen helt entydig. Matvarer med høy

²⁰ Høringsnotatet s. 64.

energitetthet vil kunne inngå i et balansert kosthold så lenge inntaket begrenses.²¹ Det er likevel ikke foretatt noen analyse av hvorvidt det foreslåtte forbudet bør differensieres.

Anerkjennelsen av at de aktuelle næringsmidler, som dekker et svært vidt spekter, har ulik helsemessig effekt, tilsier at det må gjøres en ernæringsfaglig analyse av om det er forskjeller mellom dem som tilsier ulik regulering. Behovet styrkes av at det foreligger sammensatte årsaksforhold bak livsstilsproblemene.²² Å likebehandle ulike næringsmidler når det tilsynelatende gjør seg gjeldende relevante forskjeller i forhold til formålet med reguleringen, kan åpne for usaklig forskjellsbehandling. Problemet forsterkes av at forbudet av praktiske grunner er basert på brede generaliseringer og en forenklet modell som til dels bygger på standarder utviklet for andre formål.²³ Selv om det er godt dokumentert at kosthold etter omstendighetene spiller en avgjørende rolle for helsen i befolkningen, er det uklart ut fra sammenhengen om et generelt forbud uten differensieringer er berettiget ovenfor hele produktspekteret av mat og drikke som omfattes. Uklarheten skjerper kravet til lovhjemmel ut fra legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp, særlig som følge av at det gjennomføres svært vidtrekkende restriksjoner uten at alle ernæringsfaglige vurderinger er dokumentert.

Uavhengig av spørsmålet om hele produktspekteret av mat og drikke som omfattes av forbudet står i en likeartet situasjon, må rekkevidden av lovhjemmelen fastlegges ut fra den samlede lovtekst. Når den naturlige språklige forståelsen av ordlyden i § 10 annet ledd skal klarlegges, må bestemmelsen således leses i sammenheng fra begynnelse til slutt. Ordene "*helsemessig uønsket markedsføring*" utgjør bare et fragment av setningen sitert ovenfor. For å få frem hele meningsinnholdet må den isolerte ordlydsfortolkningen vi har gjort i avsnittet ovenfor, ses i sammenheng med det som kommer før og etter i setningen. Koblingsordet "*herunder*" viser at adgangen til å gi "*forbud mot helsemessig uønsket markedsføring*" står i direkte sammenheng med "*merking, presentasjon og reklame*".

Ordene "*merking, presentasjon og reklame*" gjenfinnes både i overskriften til matloven § 10 og i bestemmelsens første ledd, som angir at merking, reklame og markedsføring skal være *korrekt*, skal gi mottakeren tilstrekkelig informasjon og ikke være egnet til å villed. Det bestemmelsen gir uttrykk for er kort sagt at merking, reklame og markedsføring av det loven omfatter skal være redelig og opplysende. Prinsippet i første ledd er i overensstemmelse med det som i punkt 2.3.2 ovenfor ble kalt "*The information paradigm*"; bestemmelsen skal sikre *korrekt* informasjon, den *forbyr* ikke informasjon.

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, reklame og markedsføring som lovgiver har stilt opp i bestemmelsens første ledd. Sammenhengen mellom bestemmelsene indikerer at fullmakten i annet skal gi mulighet for å utdype og presisere bestemmelsens første ledd. Vi vil bemerke at dette er en vanlig lovgivningsteknikk.²⁴

²¹ Høringsnotatet s. 10.

²² Se eksempelvis om sammenhengen mellom markedsføring og overvekt høringsnotatet s. 24-25.

²³ Høringsnotatet s. 55-58.

²⁴ Justisdepartementets lovavdeling, Lovteknikk og lovforberedelse – Veiledning om lov- og forskriftsarbeid, 2000 s. 26-27.

Stortinget overlater gjerne regulering på detaljnivå til forvaltningen, hvor både den nødvendige fagkunnskap og tilsynsmyndighet befinner seg. Også implementering av forordninger og direktiver fra EU gjennom EØS-samarbeidet overlates i hovedsak til forvaltningen. Som eksempler på forskrift gitt i medhold av § 10 annet ledd kan bl.a. vises til forskrift om sammensetning og merking av næringsmidler til personer med glutenintoleranse,²⁵ og forskrift om sporbarhet og merking av storfe og storfekjøtt mv.²⁶

Vi vil påpeke at det foreslåtte forbudet mot markedsføring av usunn mat rettet mot barn og unge fremstår som noe annet og mer enn de tiltak som naturlig kan forbindes med korrekt, opplysende og ikke-villedende merking, reklame og markedsføring. Det må også bemerkes at HOD og BLD deler denne oppfatning. Vi viser til vedlegg 4 til høringsnotatet, "Juridiske vurderinger – nytt regelverk om markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke". I punkt 2.3 "Matloven", på 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."

Vi slutter oss til de betraktninger departementene her gjør seg. Det må også tilføyes at det er overraskende at departementene ikke har berørt problemstillingen i sin hjemmelsdrøftelse i høringsnotatet punkt 9.2.5, når disse forskjellene først er observert. Formålene bak § 10 første ledd vil jo bidra til å kaste lys over hva forskriftsfullmakten i § 10 annet ledd er ment å inneholde. Etter vårt syn tilsier hensynet til harmoni og konsekvens i reguleringen at § 10 første ledd må anses for å bidra til både å presisere og innskrenke den fullmakt som kan utledes av en isolert ordlydsfortolkning av tekstfragmentet "forbud mot uønsket markedsføring". Ut fra den innbyrdes sammenhengen i bestemmelsen er det slik markedsføring som fremgår av antitesen av første ledd som skal motvirkes, nemlig markedsføring som ikke er korrekt, som ikke gir mottakeren tilstrekkelig informasjon, og som er egnet til å villed. Slik vi forstår bestemmelsen er det for dette formål at Kongen (departementet) er gitt fullmakt til å gi "forskrift (...) om forbud mot helsemessig uønsket markedsføring og om vilkår for bruk av frivillige merkeordninger".

Når HOD og BLD på s. 64 i høringsnotatet, med henvisning til § 10 annet ledd legger til grunn at det foreslåtte forbudet mot markedsføring av "usunn" mat og drikke mot barn og unge "faller innenfor denne hjemmelsbestemmelsens kjerneområde", fremstår det etter vårt skjønn bare som mulig dersom man ser bort fra den innbyrdes sammenheng mellom § 10 første og annet ledd. Etter vårt syn er det vanskelig å forstå hvordan man kan trekke en konklusjon som den siterte.

²⁵ Forskrift av 10. juli 2009 nr. 999 om sammensetning og merking av næringsmidler til personer med glutenintoleranse.

²⁶ Forskrift av 9. juli 2010 nr. 1131 om sporbarhet og merking av storfekjøtt mv.

At den foreslåtte forskriften ikke ligger i "kjerneområdet" for matloven § 10 synes nærmest åpenbart. Når alle rettskilder tas i betraktning, finner vi det heller ikke særlig tvilsomt at tolkningsresultatet er at bestemmelsen ikke kan tjene som hjemmel.

Den samlede ordlyd tilsier at bestemmelsen ikke kan tjene som forskriftshjemmel.

4.1.2 Nærmere om fullmaktsbestemmelsens historiske bakgrunn

For å få et helhetlig bilde av § 10 annet ledd, er det naturlig å se hen til bestemmelsens historikk. Nåværende matlov trådte i kraft i 2003, og erstattet da en rekke andre lover, herunder næringsmiddeloven.²⁷ Før lovendring i 1998, som vi vil komme tilbake til nedenfor, inneholdt næringsmiddeloven følgende fullmaktsbestemmelse i § 1:

"Produksjon, lagring, transport, frambud og import av næringsmidler skal være underkastet forskrifter og tilsyn etter Kongens nærmere bestemmelse.

Forskriftene kan ta sikte på:

(...)

- å forebygge uriktige forestillinger om varenes opprinnelse, beskaffenhet, art, mengde, sammensetning eller andre forhold som har betydning for forbrukerne.

(...)"

Dette var forløperen til den fullmaktsbestemmelse som i dag finnes i matloven § 10 annet ledd. Selv om ordlyden er noe annerledes, er essensen i fullmakten den samme: å gi forskrifter som motvirker villedende informasjon om varenes kvalitet av hensyn til forbrukerne. Ved lovendringen i 1998 ble tillegget "*herunder forby helsemessig uønsket markedsføring*" inntatt etter "*forbrukerne*". Utover at ordet "*forby*" er erstattet med "*forbud mot*", er formuleringen ikke endret siden, og gjenfinnes i matloven § 10 annet ledd i dag.

Bakgrunnen for at dette tillegget ble gitt fremgår av odelstingsproposisjonen til endringsloven.²⁸ På side 9 i proposisjonen fremgår det at tillegget ble tatt inn som følge av Norges internasjonale forpliktelser etter EØS-avtalen. Kommisjonsdirektiv 91/321/EØF om morsmelkerstatning og tilskuddsblandinger kunne under den daværende lovgivning bare delvis implementeres. Etter dagjeldende norsk rett eksisterte ingen hjemmel for å forby markedsføring som ikke var ønsket ut fra en helsemessig begrunnelse. Tidligere hadde forhold ved markedsføring av morsmelkerstatning vært regulert ved frivillige avtaler mellom Helsedirektoratet og de enkelte produsentene av morsmelktilskudd. Med lovendringen 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 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. Det fremgår av proposisjonen at ESA²⁹ allerede i 1995 hadde sendt Norge "*a letter of formal notice*" vedrørende manglende implementering av dette

²⁷ Lov 19. mai 1933 nr. 3 om tilsyn med kosmetikk og kroppsspleieprodukter. Lovens tittel ble endret ved lov 19. desember 2003 nr. 124 (matloven) fra lov om tilsyn med næringsmidler mv. (næringsmiddeloven) til lov om tilsyn med kosmetikk og kroppsspleieprodukter mv. (kosmetikkloven). Loven ble opphevet ved lov 21. desember 2005 nr. 126.

²⁸ Ot.prp. nr. 16 (1998-1999) (endringslov) s. 8-9.

²⁹ Efta Surveillance Authority.

direktivet. Det kan ikke dermed legges til grunn, slik HOD og BLD tilsynelatende gjør på side 66 i høringsnotatet, at Stortinget ved å innta tillegget "*herunder forby helsemessig uønsket markedsføring*" har ønsket å delegere fra seg myndigheten til å gi regler om helsemessig uønsket markedsføring på et generelt plan. Derimot fremgår det at tillegget den gang ble gitt for å svare på et helt konkret behov, nemlig å implementere EU-direktivet om morsmelkerstatning og tilskuddsblandinger i sin helhet.

Når det nærmere innholdet i fullmaktsbestemmelsen skal fastsettes, kan det derfor være hensiktsmessig å undersøke hvilke markedsføringstiltak *morsmelkforskriften*³⁰ regulerer.

Bestemmelsene i forskriftens kapittel II stiller krav til sammensetningen av morsmelkerstatning og tilskuddsblandinger, mens kapittel III inneholder detaljerte krav til merking. Bestemmelsene i kapittel V omhandler informasjons- og utdanningsmaterieil.

Forskriftens kapittel IV omhandler presentasjon, markedsføring og reklame for morsmelkerstatning og tilskuddsblandinger. Forskriftens § 17 om reklame bestemmer at reklame for morsmelkerstatning og tilskuddsblandinger skal begrenses til vitenskapelige publikasjoner og kun inneholde opplysninger av vitenskapelig og faktisk karakter. I tillegg gjelder det strenge krav til utforming og innhold i merkingen av produktene som følger av forskriftens §§ 13-15 og tilsvarende for reklame. Forskriftens § 18 setter forbud mot markedsføring i detaljhandelen, mens § 19 forbyr utdeling av gratisprodukter mv. til gravide kvinner, mødre eller deres familie. Forskriften pålegger også et begrenset omsetningsforbud av morsmelkerstatning med delvis hydrolisert protein (§ 20).

Etter vårt syn illustrerer forskriftens innhold at den er godt forenlig med hensynene bak § 10 første ledd. Forbudet mot markedsføring i detaljhandelen og de strenge føringer som er lagt på adgangen til å reklamere for morsmelkerstatning, fremstår som virkemidler i forlengelsen av de strenge krav til informasjon forskriften stiller. Det følger bl.a. av forskriftens § 14 jf. § 17 at morsmelkerstatningsprodukter skal opplyse om "*ammings uovertrufne verdi*", og at de opplysninger som gis i reklame "*ikke [må] gi inntrykk av at morsmelkerstatning og tilskuddsblandinger er likeverdig med, eller bedre enn amming.*"

Vi vil bemerke at morsmelkforskriften har et betydelig snevrere nedslagsfelt enn utkastet til forskrift i vår sak. Morsmelkforskriften legger føringer for to produktgrupper: morsmelkerstatning og tilskuddsblanding. Disse er aktuelle for aldersgruppen 0 – 3 år. Det foreslåtte forbudet mot markedsføring av usunn mat og drikke er derimot rettet mot langt flere produkter enn morsmelkforskriften, og gjelder overfor aldersgruppen 0-18 år. Mens morsmelkforskriften legger begrensninger på adgangen til markedsføring, inneholder forskriftsutkastet et totalforbud mot markedsføring av de produkter som rammes av forskriften. Dette gjør at forskriftsutkastet er langt mer inngripende enn EU-direktivet.

Det er på det rene at det foreslåtte reguleringstiltaket er et langt mer omfattende og inngripende enn det Stortinget hadde til vurdering da tillegget "*herunder om forbud mot helsemessig uønsket markedsføring*" ble inntatt i 1998. Å innføre et slikt tiltak som nå foreslås fremstår som høyst problematisk både ut fra legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp, og ut fra hensynet til forvaltningens lojalitetsplikt overfor Stortinget

³⁰ Forskrift 19. august 2008 nr. 936: Forskrift om morsmelkerstatning og tilskuddsblandinger (erstatte tidligere versjoner av forskriften).

som lovgiver: Fullmakten ble gitt for å innføre en EU-forordning og må forstås på denne bakgrunn. Hensynet til legalitetsprinsippet tilsier at fullmaktsbestemmelsen tolkes slik at den ikke rommer mer inngripende tiltak enn det man med rimelig sikkerhet kan utlede av rettskildene, her ordlyden i bestemmelsen sammenholdt med historikken ved tilblivelsen av loven. Det departementene nå ønsker å innføre med hjemmel i denne fullmakten, har de selv beskrevet som "*et nytt regelverk om markedsføring rettet mot barn og unge...*".³¹

Den naturlige arbeidsfordelingen mellom Storting og regjering er noe vi i første rekke behandler nedenfor i drøftelsen av om det foreslåtte forbudet kan gis i forskrifts form eller krever formell lov. Hvilke oppgaver som tradisjonelt sorterer under lovgivende og utøvende makt i Norge kan imidlertid også ha betydning når rekkevidden av delegert lovgivningskompetanse skal fastsettes ved lovtolkning.

Det å innføre et nytt nasjonalt regelverk om markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke, fremstår eventuelt som en naturlig lovgiveroppgave. Det forhold at de forbudene mot markedsføring av tobakk mv er vedtatt av Stortinget indikerer også at Stortinget ikke har ment å delegere myndighet til å fastsette slike grunnleggende forbud, slik departementene synes å legge til grunn.³²

4.2 **Ot.prp. nr. 100 (2002-2003) - forarbeid til matloven**

I vårt rettssystem er det tradisjon for at lovteksten utformes nokså knapt, mens utfyllende bemerkninger, herunder også instruksjoner til andre myndigheter, gis gjennom lovens forarbeider.³³ I relasjon til tolkningen av fullmaktslovgivning heter det i Andenæs/Fliflet:

*Om forskriftene har gått utenfor sin hjemmel, beror på en tolkning av delegasjonsloven. Forarbeidene til loven kan her være av stor betydning. Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité uttalte i 1977, i sin instilling om Stortingets kontroll med forvaltningen, at entydige uttalelser i premissene for et delegasjonsvedtak må være sterkt retningsgivende for forvaltningens utarbeidelse av forskriftene.*³⁴

Forarbeidene til matloven er bl.a. Ot.prp. nr. 100 (2002-2003). Merknadene til § 10 i loven finnes på side 143 i proposisjonen. Omtalen av fullmaktsbestemmelsen i § 10 annet ledd går over fem avsnitt, som hitsettes *in extenso*:

"Andre ledd er en fullmaktsbestemmelse til å gi forskrifter som skal sikre at hensynene nedfelt i første ledd blir ivarettatt.

Eksisterende forskrifter som skal ivareta hensynet i første ledd skal videreføres i loven.

³¹ I høringsnotatet fremheves en rekke steder at det foreslås å innføres et nytt regelverk, se s. 6, 28, 38, 43, 62, 63 og 64.

³² Høringsnotatet s. 66.

³³ Justisdepartementets lovavdeling, Lovteknikk og lovforberedelse, pkt. 2.3 "Valg mellom lovregulering og kommentarer i forarbeidene" s. 25 flg.

³⁴ Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne, Statsforfatningen i Norge, 10. utg., 2006 s. 252.

Dette gjelder også regler om bruksanvisning som for eksempel reglene i plantevernforskriften med detaljerte krav om etikettering som skal sikre tilstrekkelig informasjon for riktig bruk av plantevernmiddelet, fareklassifisering og merking og reglene i tilsetningsstofforskriften om angivelse av bruksområde for tilsetningsstoffer.

Andre ledd siste del viderefører hjemmel for å forby helsemessig uønsket reklame. Totalforbud mot reklame er ikke vanlig i norsk rett i dag, og i de tilfeller det forekommer er forbudet også lovregulert. Hjemmelen skal ivareta de begrensinger til markedsføring av morsmelktillegg som nå er gitt i EUs direktiv for disse produkter. Forbud mot enkelte markedsføringstiltak er innført i forbindelse med flere av EUs direktiver og forordninger og kan bli aktuelt i flere forbindelser, men hjemmelen må brukes med varsomhet.

Andre ledd i.f. gir en hjemmel for å sette vilkår for å ta i bruk ulike frivillige merkeordninger, for eksempel merkeordningen for økologiske produkter. Enkelte merkeordninger i EU regelverket er frivillige, men dersom man velger å bruke dem, utløses en rekke obligatoriske krav og forpliktelser."

Etter vår vurdering underbygger disse uttalelsene de slutninger vi har utledet av ordlyden i § 10 annet ledd. Det angis eksplisitt at hjemmelen til å forby helsemessig uønsket reklame skal ivareta de begrensninger som er nødvendige av hensyn til direktivet om markedsføring av morsmelkserstatning. Når det i fortsettelsen av dette heter at

"[f]orbud mot enkelte markedsføringstiltak er innført i forbindelse med flere av EUs direktiver og forordninger og kan bli aktuelt i flere forbindelser, men hjemmelen må brukes med varsomhet",

Gir dette flere bidrag til tolkningen. Presiseringen av at det er "enkelte markedsføringstiltak" som omfattes, bekrefter at en isolert tolkning av ordlyden "forbud mot helsemessig uønsket markedsføring" ikke gir riktig resultat, i den grad dette kan ha vært tvilsomt. Det er ikke spor av at man har hatt forslagets *en bloc* forbud av vanlige varer i tankene.

Når det sies at markedsføringstiltak "kan bli aktuelt i flere forbindelser", forstår vi det slik at det vises tilbake til de nevnte *EU-rettsakter*, - samtidig som det ikke utelukkes at også tiltak som ikke er foranlediget av Norges forpliktelser overfor EØS kan hjemles i bestemmelsen. Dette viser etter vårt syn at lovgiver ser for seg tiltak i art og grad noenlunde i samsvar med morsmelkdirektivet. En slik forståelse understøttes av den påfølgende formaning om at hjemmelen "må brukes med varsomhet".

Departementene stiller seg nærmest spørrende til kravet om å bruke hjemmelen med varsomhet. Herfra er det naturlig å understreke at kravet til varsomhet må stå sentralt ved tolkningen, især siden departementene generelt har strukket bestemmelsens ordlyd og formål langt. Når det i tillegg gis anvisning på "varsomhet", er det vanskelig å komme til det resultat at bestemmelsen skal kunne hjemle den omfattende og nyskapende forskriften som er foreslått.

Etter den ovenstående gjennomgangen av matloven § 10 annet ledd, finner vi det klart at HOD og BLDs utkast til forskrift om forbud mot markedsføring av usunn mat og drikke overfor barn og unge ikke kan hjemles i bestemmelsen. Selv om vi på bakgrunn av HOD og BLDs tolkningsresultat har sett oss nødt til å foreta foretatt en grundig gjennomgang av rettskildene, har vurderingen ikke vært tvilsom.

Når rettskildene er gjennomgått, er det også rom for å drøfte et spørsmål som etter sin art kunne vært stilt tidligere, men hvis svar fordrer at alle rettskildene tas i betraktning. Spørsmålet kan formuleres slik: - Dersom Stortinget har ment å gi en snevrere fullmakt til å fastsette markedsføringsforbud enn det § 10 annet ledd etter en isolert ordlydsfortolkning kan gi uttrykk for, hvorfor ble da ikke ordlyden utformet på en måte som gjorde dette utvilsomt?

At fullmakten har fått en slik ordlyd, må etter vårt syn forstås på bakgrunn av hensynet til legalitetsprinsippet. Forbud mot markedsføring er et inngripende tiltak som krever klar lovhjemmel. Ordlyden "*forbud mot helsemessig uønsket markedsføring*" er tilstrekkelig klar til at rettsakter som morsmelkdirektivet skal kunne innføres ved forskrift uten at staten risikerer at den blir kjent ugyldig på grunn av uklar hjemmel. Det er trolig av denne grunn man har fått en forholdsvis vid ordlyd i en passus, mens andre rettskilder presiserer fullmaktens nærmere innhold. I så måte fremstår det som naturlig at lovgiver i forarbeidene presiserer at fullmakten må brukes med varsomhet. Det hadde ikke vært nødvendig å presisere dette dersom loven selv innsnevret virkeområdet for fullmakten. Men dersom bestemmelsen hadde fått en mindre vidtrekkende formulering, er det ikke gitt at innføringen av nye rettsakter ville kunne skje uten at Stortinget måtte kobles inn ved at det samtidig ble vedtatt en lovtekst. Uttalelsen om at det å innføre enkelte markedsføringstiltak "*kan bli aktuelt i flere forbindelser*" viser nettopp at Stortinget har tatt høyde for at forvaltningen kan ha behov for en viss grad av fleksibilitet for å møte de behov fremtiden måtte bringe.

Selv om legalitetsprinsippet tilsier at det må legges særlig vekt på ordlyden i loven, innebærer ikke det at ordlyden kan tolkes uavhengig av, eller i strid med de øvrige rettskildefaktorene. De krav til forutberegnelighet som ligger til grunn for kravet om lovhjemmel, tilsier derimot at loven ikke må tolkes på en måte som ikke naturlig kunne forutses. Om slike tilfeller heter det hos Aall:

*"Hvor den påberopte hjemmel, som i og for seg er presis og tilgjengelig nok, anvendes utenfor sitt naturlige område, sviktes hensynet til forutberegnelighet. (...) Forutberegnelighetshensynene tilsier at man avstår fra inngrep til lovgiveren eventuelt har gitt en passende hjemmel."*³⁵

Det hører også med i denne sammenheng at Stortinget ved vedtakelsen av matloven, som nevnt, ga uttrykk for at fullmaktsbestemmelsene må brukes med varsomhet.

"Loven vi i dag behandler, er en utpreget fullmaktslov. Det betyr at Stortinget gir fra seg en rekke fullmakter, og at det antakelig vil bli utarbeidet et ikke ubetydelig antall forskrifter. Det er også en utfordring både at Stortinget gir fra seg mye av styringen, samt at det kan bli vanskelig for næringsene å finne fram i forskriftsjungelen."

³⁵ Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, 3. utg., 2011 s. 127.

*Stortinget kan bare, siden vi nå har gitt fullmaktene, appellere til departementene om å bruke vær varsom-plakaten når det skal utarbeides forskrifter.*³⁶

Som tidligere,³⁷ fremheves en rekke steder i høringsnotatet at siktemålet med forslaget er å innføre et nytt regelverk for markedsføring mot barn og unge. Å utelukke Stortinget fra reguleringen av svært sentrale deler av befolkningens hverdagsliv, samtidig som det innføres videre restriksjoner enn i andre land som det er naturlig å sammenligne med, fremstår ikke som et varsomt tiltak.

Vår vurdering er etter dette at det foreslåtte forbudet mot markedsføring rettet mot barn og unge av energitette, salte og næringsfattige næringsmidler, ligger utenfor den kompetanse Kongen (departementet) er gitt til å gi nærmere forskrifter om bl.a. "forbud mot helsemessig uønsket markedsføring", jf. matloven § 10 annet ledd. Utkastet til forskrift har dermed ikke hjemmel i lov.

4.3 Spørsmålet om forbudet kan fastsettes i forskrifts form eller om forbudet etter sin karakter og omfang må gis ved formell lov

4.3.1 Subsidiær drøftelse

På bakgrunn av konklusjonen ovenfor om at matloven § 10 ut ikke gir hjemmel for forslaget til forbud, er det ikke nødvendig for oss å ta stilling til det generelle spørsmålet om denne type forbud kan fastsettes i forskrifts form eller om de etter sin karakter og omfang må gis ved formell lov. For å foreta en fullstendig lovlighetskontroll av utkastet til forskrift, vil vi likevel vurdere om forskriften vil være ugyldig fordi den etter sitt innhold må vedtas direkte i lovs form. En slik vurdering må knyttes opp til det konkrete hjemmelsgrunnlag, slik at en del av de tidligere nevnte rettskildefaktorene vil ha relevans også i denne sammenheng.

4.3.2 Kvalitative hjemmelskrav

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.³⁸ Hvilket syn Stortinget selv har på saken må tillegges atskillig vekt ut fra den alminnelige lære om domstolenes prøvelsesrett. Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité har i Innst. S. nr. 296 (1995-96) gitt noen konkrete holdepunkter for vurderingen av når Stortingsbehandling må anses påkrevd. Uttalelsene er avgitt i forbindelse med Komitéens gjennomgang av forskrifter fastsatt i statsråd i perioden 1. juli – 31. desember 1995, og vi vil i det følgende gjengi de generelle betraktninger komitéen kom med om bruken av forskrifter:

"Komiteen vil generelt peke på viktigheten av at forskrifter er så klare og utvetydige som mulig. Komiteen vil videre minne om at en utstrakt bruk av forskrifter bidrar til en vanskelig tilgjengelig rettstilstand ved at relevante regler må søkes flere steder. Komiteen mener dette illustrerer en viktig problemstilling knyttet til bruk av fullmaktsbestemmelser. Komiteen vil allikevel minne om at utstrakt bruk av delegasjon av myndighet til å gi forskrifter er en nødvendighet i dagens samfunn.

³⁶ Forhandlinger i Odelstinget (2003-2004) s. 220.

³⁷ Se bl.a. pkt. 3.2.2.

³⁸ Justisdepartementets lovavdeling, Lovteknikk og lovforberedelse, pkt. 2.2.3 "Valg mellom lov og forskrift" s. 23 flg.

Komiteen er dog av det syn at det er grunn til å vise varsomhet med bruken av forskriftshjemler, særlig når det gjelder regler som gir rettigheter eller plikter (legalitetsprinsippet) for borgerne. Rettigheter og plikter bør i størst mulig grad fremgå av selve loven. I den grad det er nødvendig å benytte seg av forskriftshjemler på områder som faller innenfor legalitetsprinsippets anvendelsesområde, bør loven selv etter komiteens syn angi klare rammer for fullmakten, loven bør videre angi retningslinjer som forskriften må holde seg innenfor. Dette kan bidra til å gi borgerne holdepunkter for hvilke rettigheter og plikter de har samt hvilke rettslige inngrep fra myndighetenes side de må tåle.³⁹

I relasjon til det siterte vil vi vise til drøftelsen ovenfor av det inngrep i borgernes frihet det foreslåtte forbudet medfører. At borgerne pålegges byrder i form av et generelt markedsføringsforbud, og at dette forbudet er straffesanksjonert, tilsier at Stortinget bør behandle saken.

Rent generelt bemerkes at det ikke gjelder noen presumsjon for at det foreligger tilstrekkelig hjemmel. Andenæs skriver:

"Det er f.eks. gitt en lov om et bestemt emne, og loven gir Kongen fullmakt til å gi utfyllende forskrifter. En privatperson som blir rammet av forskriftene, hevder at forskriftene ikke bare utfyller lovens regler, men at en regel i forskriftene er i strid med loven. Hvis han får medhold i påstanden, må forskriftene settes til side. Og det bør neppe stilles opp noe om at en tvil om spørsmålet skal løses i favør av forskriftene." (Vår understrekning.)⁴⁰

Som gjennomgått ovenfor under punkt 2.3 vil forskriften, om den blir vedtatt, representere et inngrep etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Det er sterke holdepunkter for at det gjelder et særlig krav om klar lovhjemmel ved slike inngrep.

Hjemmelskravet etter EMK artikkel 10 (og artikkel 1) har flere implikasjoner. Ved siden av at den nasjonale regel må være tilgjengelig og forutsigbar, må den tilfredsstillende rimelige rettsikkerhetskrav.⁴¹ Begrepet lov dekker både skrevne og uskrevne regler. Men vilkåret om at tiltak må ha dekning i lov innebærer ikke bare at det må foreligge nasjonal lovregulering, lovgrunnlaget må også ha tilstrekkelig kvalitet ("*the quality of the law*") idet regelen må tilfredsstillende kravene til rettsikkerhet ("*the rule of law*").⁴² EMK oppstiller således tilsvarende kvalitative hjemmelskrav for myndighetsinngrep som for inngrep i ytringsfriheten. Kravene er prinsipielt ikke til hinder for at Stortinget delegerer lovgivningsmyndighet til forvaltningen. Men upresise lovhjemler inngår i den konkrete vurderingen av om inngrep skal kjennes ugyldig.⁴³ I det foreliggende tilfelle gir den konkrete lovbestemmelsen ikke hjemmel for det vidtrekkende inngrepet forskriften utgjør.⁴⁴ Teoretisk vil formentlig lovkravet kunne oppfylles gjennom en kombinasjon av formell lov og forskrift. Men den sviktende dekning i hjemmelsloven for den aktuelle

³⁹ Innst. S. nr. 296 (1995-96) s. 5.

⁴⁰ Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 10. utg. ved Fliflet, Oslo 2006 s. 45.

⁴¹ Saken Hentrich v. Frankrike, A 296-A (1994) er et eksempel på en krenkelse.

⁴² Sunday Times v. UK, A 30 (1979).

⁴³ Skjerdal, Kvalitative hjemmelskrav, Legalitetsprinsippet i norsk rett og lovkravet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen med enkelte komparative linjer, Oslo 1998 s. 146-150.

⁴⁴ Jf. pkt. 3.3 ovenfor.

forskrift vil være et sentralt moment for at det kvalitative lovkravet ikke er oppfylt. De mange dommene om lovkravet fremhever gjennomgående det kvalitative aspektet. En grunnleggende dom er Lithgow:

*"... provided for by law", it requires in the first place the existence of and compliance with adequately accessible and sufficiently precise domestic legal provisions ..."*⁴⁵

Den sviktende forskriftshjemmelen taler etter dette for at matloven § 10 heller ikke tilfredsstillende de generelle kvalitative hjemmelskrav etter EMK. Men ettersom vi ikke har funnet noen avgjørelse som eksplisitt tar stilling til problemstillingen sviktende hjemmelsrekke, er løsningen noe usikker på dette punkt.

Også EØS-avtalen medfører lovkrav.⁴⁶ Hjemmelskravet kommer inn på ulike måter.⁴⁷ Det foreslåtte forbudet har bl.a. en side mot Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og forbudet mot restriksjoner på de fire friheter. Forbudet vil kunne påvirke samhandelen innenfor EØS-området og derfor måtte være begrunnet i såkalte "tvingende hensyn" for å kunne godtas. Her begrenses omtalen til hvilke lovkrav som kan utledes på EØS-rettslig grunnlag. Den nasjonale lovgivningen innenfor fellesskapsrettens område må tilfredsstillende EØS-rettens alminnelige krav. Fellesskapsretten grunnleggende krav til rettsikkerhet⁴⁸ kan illustreres ved kravet om at EØS-relaterte reguleringer som involverer negative konsekvenser for private rettssubjekter må ha et tilstrekkelig klart og presist innhold, samt være forutsigbare.⁴⁹ Den enkelte må med andre ord utvetydig kunne konstatere hva ens rettigheter og plikter er, og kunne innrette seg etter disse.⁵⁰ Den sviktende dekning i hjemmelsloven for den aktuelle forskrift vil være et sentralt moment ved vurderingen av om inngrepet som forskriften utgjør, tilfredsstillende de kvalitative hjemmelskrav etter EØS-retten. Heller ikke her har vi funnet noen avgjørelse som eksplisitt tar stilling til problemstillingen sviktende hjemmelsrekke, og vi har heller ikke foretatt noen fullstendig vurdering av forskriftens restriktive virkninger, slik at løsningen er usikker også på dette punkt. Usikkerheten rundt hvorvidt forskriften tilfredsstillende de kvalitative hjemmelskrav etter EMK og EØS-retten taler imidlertid med tyngde for at Stortinget bør behandle spørsmålet. Stortinget vil da selv kunne vurdere hvilken risiko som er akseptabel og samtidig gi reguleringen demokratisk legitimitet, jf. nedenfor.

4.3.3 Sammenligning med andre reklameforbud

Ovenfor, under gjennomgangen av den kommersielle ytringsfrihet, har vi gjennomgått andre forbud mot markedsføring som lovgiver har vedtatt.

Høringsnotatet viser også til andre reklameforbud i norsk rett og det er observert at de aktuelle forbud er vedtatt av lovgiver selv. Notatet angir ikke noen grunn til at man bør

⁴⁵ Dom 8. juli 1986, Lithgow og andre mot UK, EMD-19809006 premiss 110.

⁴⁶ Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 10. utg. ved Fliflet, Oslo 2006 s. 230.

⁴⁷ Graver s. 74-75 og s. 77-78.

⁴⁸ Case C-110/03 Belgium v Commission [2005] ECR I-2801, paragraph 30; Case C2/06 Kempster [2008] ECR I-411, paragraph 37, and Case C-201/08 Plantanol [2009] ECR I-8343, paragraphs 43 and 44.

⁴⁹ Case C-226/08 Stadt Papenburg [2010] ECR I-0000, paragraph 45; to the same effect, Case C63/93 Duff and Others [1996] ECR I-569, paragraph 20, and Case C-76/06 P Britannia Alloys & Chemicals v Commission [2007] ECR I-4405, paragraph 79.

⁵⁰ Case C-158/06 ROM-projecten [2007] ECR I-5103, paragraph 25, and Case C345/06 Heinrich [2009] ECR I-1659, paragraph 44.

vedta et omfattende forbud mot markedsføring av matvarer ved forskrift og således avvike fra denne tradisjon

4.3.4 Demokratihensyn

Det er ikke bare hensynet til borgernes rettssikkerhet, norske reguleringer og internasjonale forpliktelser som det må tas høyde for ved vurderingen av hjemmelskravet. Hensynet til demokratiet tilsier at Stortinget bør delta i avgjørelsen av tiltak av stor samfunnsmessig betydning. Forslaget er kontroversielt, noe som tilsier at det, dersom det skal innføres, trenger den demokratiske legitimitet formell lovbehandling vil gi. Når det er tale om hensynet til demokratiet er kanskje det viktigste momentet i favør av Stortingsbehandling at opposisjonen er representert på Stortinget. Det vises her til Graver:

"Et krav om at Stortinget behandler forvaltningens kompetanse er også viktig i forhold til rollen som den politiske opposisjon kan spille, både på Stortinget direkte og utenfor, bl.a. gjennom massemediene.

Viktige avgjørelser, f.eks. de som har store konsekvenser eller som reiser kontroversielle spørsmål, bør behandles i et forum hvor den politiske opposisjonen slipper til for å sikre at saken blir allsidig belyst, og at alle relevante momenter og innvendinger kommer frem. Kravet til høringsbehandling av forskrifter og lovforslag varetar dette hensynet et stykke på vei. Men en skriftlig høring kan ikke fullt ut erstatte den prosessen stortingsbehandlingen innebærer med innlegg og direkte motinnlegg både i komitéinnstillinger og debatter, og med lobbyister og medier som er opptatt av å bringe debatten ut."⁵¹

At forslaget er kontroversielt og at det på bakgrunn av de medieoppslag som har vært rundt saken kan fremstå som at forslaget mangler oppslutning i befolkningen, må sies å styrke behovet for at forslaget blir behandlet på Stortinget.

Både hensynet til legalitetsprinsippet og hensynet til demokratiet taler med styrke for at det foreslåtte forbudet mot markedsføring rettet mot barn og unge av energitette, salte og næringsfattige næringsmidler bør behandles på Stortinget.

Etter dette er vår vurdering at det foreslåtte forbudet uansett bør reguleres direkte i formell lov og ikke overlates til forskrift.

4.4 Spørsmålet om forbudet overhodet kan vedtas – proporsjonalitetsvilkåret i EMK artikkel 10

Uavhengig av om forbudet fastsettes som forskrift, eller direkte i lov, så må det tilfredsstillende proporsjonalitetsvilkåret i EMK artikkel 10. Når prinsippene for den kommersielle ytringsfrihet sammenholdes med forslaget til forbud mot markedsføring, er det etter vår oppfatning klart at forslaget er problematisk. I det følgende oppsummerer vi kort spørsmålet om reguleringen rettslig sett kan anses "nødvendig" forutsatt at det foreligger tilstrekkelig hjemmel. Det ble pekt på viktige momenter allerede i den generelle gjennomgang under punkt 2.3.2 ovenfor.

⁵¹ Graver s. 71

Høringsnotatet er i stor grad tuftet på antakelsen om at et forbud vil ha gunstig effekt på folkehelsen. Dette er den bærende ide, og selvsagt et mål som bør tilstrebes.

Vi har ikke hatt mulighet til å etterprøve de empiriske undersøkelsene som omtales i høringsnotatet, eller de vurderingene som er bygget på dette. Selv om høringsnotatets vurderinger uten videre legges til grunn, synes man å ha med nokså usikre antakelser å gjøre. De sammenhengene som høringsnotatet legger til grunn synes også å være svært kompliserte, og det er vanskelig å trekke slutninger om årsaksforhold. De sosiale ulikehetene med hensyn til ernæring må eksempelvis sies å være svært avledede, og på side 24 uttales at man ikke kan konkludere med noen årsakssammenheng mellom for eksempel eksponering for TV-reklame og fedme.

Forslaget har således en helt annen bakgrunn enn forbudene mot tobakk og alkohol, som gjelder udiskutabelt farlige produkter hvor selve omsetningen også er begrenset.

Forslaget støter dessuten mot det premiss som er grunnleggende for kommersiell ytringsfrihet; så lenge det gis sann og riktig informasjon er forbrukerne tiltrodd evnen til å kunne velge selv. Dette kan sies å være et verdipremiss, men dog et premiss som er lagt til grunn av domstolene. Inngrep i disse friheter for forbrukere og produsenter, motivert av ønske om langsiktig bedring av folkehelsen, vil lett fremstå som kontroversiell "social engineering". Dette blir fremtredende når forskriften er ment å være så omfattende og også gjelde i forhold til "unge voksne".

Inngrep i denne ytringsfriheten kan bare skje i begrenset utstrekning. Slike begrunnede inngrep i den kommersielle ytringsfrihet finnes allerede i norsk rett, ikke minst forbudet mot reklame i kringkastingsloven og markedsføringslovens regler. Høringsnotatet finner imidlertid at ikke all markedsføring av det som antas å være usunt er forbudt, og at det er "rom for" et helt generelt forbud mot reklame for det man mener er usunn mat, rettet mot all ungdom. Dette er dessuten foreslått gjennomført ved henvisning til omfattende kategorier i et regelverk tilblitt for andre formål; tolltariffen. Forbudet blir gjennom dette så omfattende og generelt at inngrepet i den alminnelige handlefrihet blir vanskelig å forsvare. Det er svært nærliggende å anta at forskriften vil forby markedsføring som det ikke er "nødvendig" å forby.

Forbudet går således lengre, samlet sett, enn det andre lands regelverk gjør. Det foreligger ingen europeisk konsensus om slike inngrep.

Etter vår vurdering taler det mye for at det foreslåtte forbudet ikke er tilstrekkelig proporsjonalt.

5. **KONKLUSJON**

Vår konklusjon er at utkastet til forskrift inneholdende forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge av energitette, salte og næringsfattige næringsmidler ikke kan hjemles i matloven § 10 annet ledd. Det foreslåtte forbudet ligger utenfor de markedsføringstiltak som kan hjemles i medhold av bestemmelsen, og er uansett av en slik art at det bør gis ved formell lov vedtatt av Stortinget. Mye taler for at det foreliggende forslag uansett ikke er tilstrekkelig proporsjonalt.

Oslo, 5. september 2012

Advokatfirmaet Schjødt AS v/advokat Ph.D. Hugo Matre og advokat Vidar Strømme