



Helse- og omsorgsdepartementet

postmottak@hod.dep.no

Vår dato 20.08.2013

Deres dato 16.05.2013

Vår referanse 275-9510

Deres referanse 13/844

Høring – revidert forslag til forskrift om markedsføring rettet mot barn av usunn mat og drikke

1. Innledning

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) viser til Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) og Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementets (BLD) forslag til forskrift om markedsføring rettet mot barn av usunn mat og drikke. NHO dekker med mer enn 21 000 medlemsbedrifter de fleste bransjer, som sysselsetter ca 550.000 ansatte. Mange av våre bedrifter berøres av dette forslaget, særlig næringsmiddelindustrien, landbrukssektoren og reiselivssektoren, i tillegg til forhandlere av næringsmidler.

Det er positivt at departementene har forsøkt å imøtekomme NHOs innsigelser fra forrige høringsrunde og kommet med et revidert forslag til forskrift. Imidlertid er det fortsatt betydelige utfordringer knyttet til forslaget, som gjør at NHO ikke kan støtte forslaget i sin nåværende form.

Oppsummert gjelder dette:

- Forskriften vil ikke gi den ønskede effekt. Det er ikke tilstrekkelig dokumentert at markedsføringsforbud av usunn mat og drikke vil redusere overvekt og fedme blant barn.
- Selvreguleringsordningen er et mer egnet virkemiddel. Bransjen blir involvert i arbeidet om en bedre folkehelse og kan bidra til å skjerme barn mot uheldig markedspåvirkning.
- Forslaget til forskrift mangler hjemmel. Det er ikke samsvar mellom formålet til forskriften og formålet til det forslåtte hjemmelsgrunnlag i matloven § 10. Forslaget til forskrift dreier seg om et markedsføringsforbud, ikke uriktig eller villedende informasjon.
- Forslaget burde vært fremmet som en lovsak på grunn av forslagets inngripende karakter i næringslivets rett til å markedsføre produkter.
- Forslaget er ikke tilstrekkelig konsekvensutredet.
- Forslaget til forskrift er i strid med EØS-avtalen, da det er en restriksjon på samhandelen som ikke kan anses som lovlig ved at den ikke oppfyller proporsjonalitetskravet.
- Forslaget er uklart og vanskelig å praktisere, fordi aldersgrensen er satt for høyt. Det er ikke mulig å skille mellom hva som er lovlig markedsføring rettet mot en 17- åring, og hva som er forbudt markedsføring rettet mot en 15-åring.
- Forslaget forskjellsbehandler produkter uten sukker.
- Valg av tilsynsorgan fremstår som lite gjennomtenkt.

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

2. Overvekt og fedme blant barn er et samfunnsproblem. Er et markedsføringsforbud løsningen?

NHO mener at overvekt- og fedmeproblemer i befolkningen er utfordringer som bør tas på alvor. For våre medlemmer er det viktig å kunne bidra til gode løsninger knyttet til denne utfordringen, blant annet gjennom å utvikle sunne produkter, gi riktig informasjon om produktene, samt drive en ansvarlig markedsføring.

Spørsmålet er om et forbud mot markedsføring av usunn mat og drikke rettet mot barn vil ha den ønskede effekt på bekjempelsen av fedmeproblemet hos barn. Det fordrer at det er en betydelig sammenheng mellom markedsføring og forekomsten av overvekt, fedme og kostholdsrelaterte sykdommer blant barn. En slik sammenheng synes ikke påvist av departementene i høringsdokumentet. Blant annet fremgår det på side 7 i høringsnotatet følgende:

"Studier viser at det er statistisk sammenheng mellom markedsføring og overvekt blant barn. Andre mulige årsaksforklaringer kan imidlertid ikke utelukkes. Vitenskapelig er det derfor ikke konkludert med at det er årsakssammenheng mellom markedsføring og overvekt." (vår understreking)

Med andre ord er markedsføring av mat og drikke ikke det eneste forholdet som *kan* påvirke barns kosthold eller utvikling av overvekt. NHO mener at dette er et forhold som må tas i betraktning ved den planlagte evalueringen av selvreguleringsordningen, se 3.1.1 nedenfor. Årsakene til overvekt og fedme er sammensatte, og NHO mener at arbeidet mot overvekt og for et balansert kosthold blant barn krever et bredt spekter av langsiktige tiltak.

I forrige høringsrunde etterspurte NHO en grundigere analyse av den påståtte sammenhengen mellom markedsføring og forekomsten av overvekt, fedme og kostholdsrelaterte sykdommer blant barn. NHO registrerer at Statens Institutt for Forbruksforskning (SIFO) har fått i oppdrag å gjennomføre en systematisk kartlegging av reklame for usunn mat og drikke i utvalgte markedsføringskanaler. Hva formålet med kartleggingen gjelder, fremgår på side 8 i høringsnotatet:

"Formålet med kartleggingen er å øke kunnskapen om hvor stort markedsføringstrykk barn og unge i Norge utsettes for når det gjelder usunn mat og drikke".

NHO vil i den sammenheng bemerke at en kartlegging av markedsføringstrykket blant barn og unge er noe helt annet enn en undersøkelse av hvilken effekt markedsføringstrykket har på barn og unge. En kartlegging av markedsføringen vil ikke i seg selv si noe om en eventuell sammenheng mellom markedsføring og forekomsten av overvekt, fedme og kostholdsrelaterte sykdommer blant barn og unge. NHO oppfordrer departementene om å ha dette in mente ved den planlagte evalueringen av selvreguleringsordningen.

3. Matvarebransjens faglige utvalg - selvreguleringsordningen

NHO er svært tilfreds med at en ny bransjestyrt ordning for regulering av reklame for usunn mat og drikke overfor barn og ungdom er kommet på plass. Denne selvreguleringsordningen med nye retningslinjer, der formålet er å fremme en markedsføring som søker å bidra til et balansert og variert kosthold, gir mat- og drikkevarebransjen en unik mulighet til å ta ansvar. Gjennom retningslinjene blir de næringsdrivende bevisst på hvilke utfordringer som finnes i markedsføringen av mat og drikke overfor barn og unge, og kan på den måten bidra til at disse gruppene skjermes mot uheldig markedspåvirkning.

Sammen med allerede eksisterende lovverk, som kringkastingslovens forbud i § 3-1 mot reklameinnslag i tilknytning til barneprogram, og markedsføringslovens forbud i § 20 om direkte kjøpsoppfordringer rettet mot barn, vil retningslinjene bidra til en god og ansvarlig markedsføringspraksis.

NHO mener at det nye selvreguleringssystemet fremstår som et mer effektivt og solid virkemiddel i kampen mot overvekt- og fedmeproblemer enn den foreslåtte forskriften.

4. Uavklarte evalueringskriterier

I brev fra HOD og BLD, datert 5. juni 2013 om selvreguleringsordningen, fremkommer det på side 2, avsnitt 5 at:

"departementene i samråd med bransjen skal evaluere om systemet har ført til reduisert markedsføringstrykk for usunn mat og drikke overfor barn og ungdom. Dersom evalueringen viser at markedsføringstrykket ikke er tilstrekkelig redusert, vil regjeringen ta forskriftsregulering opp til ny vurdering" (understreket her).

Det er uklart for NHO hva som skal evalueres, hvordan evalueringen skal foregå, og hva som skal til for at forskriften trer i kraft. NHO mener derfor det er viktig at departementene i samråd med bransjen blir enige om dette i god tid før evalueringen.

Slik NHO ser det er formålet med de nye retningslinjene, som ligger til grunn for ordningen, å supplere og utdype eksisterende lovverk og bidra til en god og ansvarlig markedsføringspraksis, som søker å bidra til et balansert og variert kosthold. Det er naturlig at dette bør ligge til grunn for evalueringen. Men det stilles spørsmål ved hvilket "nullpunkt" som skal legges til grunn for evalueringen, og hva som er departementenes oppfatning av "tilstrekkelig redusert".

Dersom det viser seg at markedsføringstrykket er redusert, men forekomsten av overvekt og fedme ikke er endret eller har økt, kan det ikke være grunnlag for at forskriften skal tre i kraft. Siden det ikke er påvist en vitenskapelig sammenheng mellom markedsføring og dårlig kosthold blant barn, er det viktig å ha realistiske forventninger til hva en begrenset markedsføring av usunn mat og drikke kan føre til.

5. Forslaget til forskrift mangler hjemmel

På grunn av forslagetts inngripende karakter i forhold til næringslivets rett til å markedsføre sine produkter, mener NHO primært at forslaget burde vært fremmet som en lovsak og dermed blitt undergitt en grundigere og bredere prosess. Selv om berørte parter kommer til orde i høringsrunden

om forskriftsforslaget, kan ikke det erstatte den manglende politiske kontradiksjonen. I tillegg er det praksis for at reklameforbud blir hjemlet i lov i Norge, som for eksempel forbudet mot alkoholreklame, forbudet mot tobakksreklame og forbudet mot politisk reklame.

NHO mener at hjemmelsgrunnlaget som er valgt ikke holder. Matloven § 10 lyder i sin helhet slik:

"§ 10. Merking, presentasjon og reklame

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

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

Departementene hevder på side 33 i høringsnotatet at matloven er en "rammelov", og som følge av dette inneholder flere av bestemmelsene i loven en materiell bestemmelse i første ledd, der andre ledd gir hjemmel til å fastsette forskrifter om forhold som berører bestemmelsen i første ledd, men også forhold som går utover dette. På grunn av denne "lovoppbyggingen", legger departementene til grunn at § 10, andre ledd, kan hjemle forslaget gjennom delsetningen "forbud mot helsemessig uønsket markedsføring".

NHO mener at andre ledd ikke kan leses isolert fra bestemmelsen og må tolkes i sammenheng med første ledd, som vanlig lovgivningsteknikk tilsier. Dette fremgår blant annet av "herunder", som viser at muligheten for å gi "forbud mot helsemessige uønsket markedsføring" står i sammenheng med "merking, presentasjon og reklame". Formuleringen i andre ledd "Kongen kan gi nærmere forskrifter om merking" (vår understreking) viser således tilbake til bestemmelsens første ledd. I praksis betyr dette at den kompetanse som er gitt i annet ledd må tolkes i lys av de krav til merking, presentasjon og reklame som lovgiver har gitt i bestemmelsens første ledd.

Dette følger også av forarbeidene. I Ot.prp.nr 100 (2002-2003) står det på side 143 at "Andre ledd er en fullmaktsbestemmelse til å gi forskrifter som skal sikre at hensynene nedfelt i første ledd blir ivarettatt." (vår understreking).

Matloven § 10 første ledd fastsetter at virksomheten skal påse at "merking, presentasjon, reklame og markedsføring er korrekt, gir mottaker tilstrekkelig med informasjon og ikke er egnet til å villede."

Den foreslåtte forskriften handler ikke om uriktig eller villedende informasjon, men dreier seg om et markedsføringsforbud, som går utenfor hva matloven § 10 er ment å dekke. Det er ikke samsvar mellom formålet til forskriften og formålet med bestemmelsen.

I tillegg følger det av forarbeidene til matloven at:

"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 begrensninger 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.." (understreket her).

Det virker ikke som departementene har tatt hensyn til at det er praksis for at markedsføringsforbud blir vedtatt i lovs form, ei heller at hjemmelen i utgangspunktet var ment å begrense markedsføring av morsmelkerstatning, og at hjemmelen skal brukes med varsomhet.

NHO mener at matloven § 10 er ikke ment å dekke et så omfattende markedsføringsforbud. På grunn av manglende hjemmel og forslaget inngripende konsekvenser for næringslivets rett til å markedsføre produkter, mener NHO at forslaget burde vært fremmet som en lovsak og på den måten blitt gjenstand for en grundig politisk prosess.

6. Forslaget er ikke tilstrekkelig konsekvensutredet

Det følger av "Instruks om utredning av konsekvenser, foreleggelse og høring ved arbeidet med offentlige utredninger, forskrifter, proposisjoner og meldinger til Stortinget" at konsekvensene av et forslag skal vurderes i forhold til alle overordnede eller generelle hensyn som kan ha betydning ved vurderingen av om forslaget skal iverksettes. I tillegg til de økonomiske og administrative skal også andre vesentlige konsekvenser utredes. I punkt 2.3.2, andre avsnitt heter det at:

"- Konsekvenser for næringslivet. Plikt til å omtale økonomiske konsekvenser for næringslivet følger av punkt 2.3.1. Dersom et forslag har andre konsekvenser for næringslivet, må også disse utredes."

NHO mener at utredningsinstruksen ikke er blitt fulgt. I høringsnotatet er departementenes vurdering av konsekvensene for næringslivet begrenset til omsetningsvolumer. Kostnader knyttet til vurdering av hva slags markedsføring som kan gjennomføres uten å komme i strid med forbudet, er ikke utredet. Om forskriften vil medføre redusert innovasjonsinnsats, som følge av markedsføringsforbudet, eller virke konkurransehemmende, er heller ikke utredet.

7. Forslaget til forskrift strider mot EØS-avtalen

7.1 Restriksjon på samhandelen:

NHO noterer seg at HOD og BLD på s. 11 i høringsnotatet fremhever at:

"[d]et foreslåtte forbudet gjelder bare markedsføring. Forbudet vil ikke berøre produksjon og omsetning av produkter. Det vil heller ikke berøre alminnelig oppstilling av produkter på utsalgssted" (understreket her).

Videre presiseres det på s. 14 i høringsnotatet at:

"[d]et har ikke vært departementenes intensjon å foreslå et produksjons- eller salgsforbud for noen mat eller drikkevarer" (understreket her).

I tillegg presiserer departementene på s. 15 i høringsnotatet at:

"[f]ormålet med forslaget er å ramme markedsføringstiltak rettet mot barn for usunne mat- og drikkevarer. Det er ikke intensjonen å innføre et produktforbud" (understreket her).

NHO legger derfor til grunn at formålet med forslaget ikke er å innføre et produktforbud. NHO vil samtidig minne om at EØS-avtalen artikkel 11 om fri bevegelighet av varer ikke bare omfatter åpenbare restriksjoner i form av forbud mot enkelte produkter, men også andre tiltak som hindrer eller begrenser produkters adgang til det nasjonale markedet, selv om de ikke forskjellsbehandler importerte varer og innenlandske varer. Et klassisk eksempel i den anledning er krav til produkters emballasje, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak 261/81 Rau.

Slik NHO leser høringsnotatet, erkjenner også HOD og BLD at forskriftsforslaget utgjør en restriksjon på samhandelen selv om forslaget ikke oppstiller et produktforbud, ved at departementene på s. 37 i høringsnotatet skriver at de "*er enige i at forslaget innebærer et inngrep i den frie flyten av varer og tjenester*". Siden også departementene nå legger til grunn at forslaget innebærer en restriksjon på samhandelen, anser NHO det som unødvendig å bruke ressurser på å kommentere dette i særlig grad. NHO vil imidlertid benytte anledningen til å knytte noen særlige kommentarer til det som fremstår som et forbud mot tilgift, da dette ikke ser ut til å ha blitt berørt i nevneverdig grad i høringsnotatet.

I det opprinnelige forskriftsforslaget ble tilgift nevnt på s. 29 som et eksempel på forhold som kunne omfattes av det nye regelverket. I notat av 20. september 2012 som ble lagt ved NHOs høringskommentarer ble det fremhevet at:

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

Etter det NHO kan se er denne problemstillingen ikke løst i det nye forskriftsforslaget; snarere tvert om. NHO viser i den anledning til høringsnotatet s. 15, hvor det i siste avsnitt presiseres at:

"[p]å den annen side ønsker departementene at markedsføringsforbudet skal omfatte markedsføringsaktiviteter som utnytter emballasje og innpakning til å lokke barn til å kjøpe, eller mase på voksne om å kjøpe, usunn mat eller drikke ved bruk av effekter. Eksempler på dette kan være en eske med usunn frokostblanding eller en pose potetchips, der det er særlig fremhevet på emballasjen at det er en leke, samlekort eller klistermerker i esken eller posen" (understreket her).

NHO fastholder sitt syn om at et tilgiftsforbud vil være å anse som en restriksjon på samhandelen i strid med EØS-avtalen artikkel 11, da det vil tvinge produsenter til å tilpasse emballasjen til kravene som gjelder på det norske markedet.

Denne delen av forskriftsforslaget synes vanskelig å forene med BLDs uttalelser i Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven), hvor departementet i punkt 10.3 Tilgift skriver at:

"Ett av alternativene i høringsnotatet var å innføre et særlig forbud mot tilgift rettet til barn, uavhengig av om hovedtelsen er rettet mot voksne. Bakgrunnen for forslaget var at tilbud om noe ekstra «på kjøpet» særlig appellerer til barn, samtidig som det generelt er ønskelig å motvirke det kommersielle presset på denne gruppen.

Departementet foreslår ikke et totalforbud mot tilleggsytelser til barn. Det vises særlig til at et totalforbud vil være problematisk i henhold til EØS-avtalen, jf. omtalen under punkt 10.2. Et begrenset forbud som tilsvarer dagens antas ikke å være problematisk med tanke på EØS-avtalen. Ved utformingen av en slik bestemmelse støter man imidlertid på problemene med å gi bestemmelsen en tilstrekkelig klar utforming, jf. drøftelsen av et generelt forbud over. Når et slikt forbud i tillegg skal begrenses til å ivareta hensynet til barn, skapes det et tilleggsproblem fordi det må foretas en avgrensning mht. om tilgiftstilbud er rettet til barn eller voksne.

Departementet er etter en helhetsvurdering kommet til at det heller ikke bør innføres et forbud mot bruk av tilgift i markedsføring til barn. Også når barn er målgruppen vil lovens generelle regler ivareta de mest sentrale beskyttelsesbehovene. Det vises særlig til at loven tolkes strengere der barn er målgruppen, jf. omtalen i proposisjonens kapittel 8. Tilbud som i for stor grad fokuserer på tilgiften, vil ha sterk lokkeeffekt og det må antas at de derfor lett vil anses urimelige. Det samme vil gjelde i tilfeller der det benyttes tilleggsytelser som særlig appellerer til barn, selv om hovedtelsen ikke bare har barn som målgruppe" (understreket her).

Etter å ha slått fast at forskriftsforslaget utgjør en restriksjon, skriver departementene i høringsnotatet at restriksjonen "tilfredsstillende vilkårene i EØS-avtalen" ved at den er begrunnet i hensynet til "vernet om menneskers (...) helse" og at det oppfyller de krav som stilles til proporsjonalitet. Dette kan NHO ikke si seg enig i, noe som vil bli nærmere begrunnet i punkt 7.2 nedenfor.

7.2 Forskriftsutkastet oppfyller ikke reglene for unntak – utgjør ikke en lovlig restriksjon

7.2.1 Overordnet om formålet med forskriftsforslaget

NHO er enig med departementene i at ønsket om å ivareta menneskers helse er et legitimt hensyn under EØS-avtalen. Videre er NHO enig med departementene i at overvekt- og fedmeproblemer blant barn og unge er utfordringer som bør tas på alvor, og NHOs medlemmer ønsker å ta del i løsningen av dette problemet. NHO er imidlertid ikke enig med departementene i at forskriftsforslaget er veien å gå, da det på en rekke punkter må sies å være i strid med EØS-avtalens krav til forholdsmessighet, jf. punkt 7.2.2 nedenfor. På samme måte som i vårt forrige hørings svar fastholder NHO at en selvreguleringsordning for bransjen vil være et langt mindre inngripende alternativ enn forskriftsforslaget, se særlig punkt 7.2.2.3 nedenfor.

7.2.2 Forslaget oppfyller ikke kravene til forholdsmessighet (proporsjonalitet)

7.2.2.1 Myndighetens handlingsrom

En prøving av om en restriksjon er forholdsmessig vil gå over to plan: Det ene er hvilket beskyttelsesnivå medlemsstatene kan legge seg på og det andre er hvilke virkemidler medlemsstatene kan benytte seg av for å oppnå dette beskyttelsesnivået. Hva gjelder førstnevnte har nasjonale myndigheter et nokså stort handlingsrom, mens det for virkemidlenes del er betydelig mindre. Etter NHOs syn kommer muligheten for å innføre en selvreguleringsordning som *alternativ* til forskriften særlig sterkt inn på dette punktet.

Som BLD og HOD skriver i høringsnotatet s. 37, så innebærer proporsjonalitetskravet at et tiltak er forenlig med EØS-retten dersom det (1) er *egnet* til å oppnå den påberopte målsetningen og (2) er *nødvendig*, det vil si at målsetningen ikke like effektivt kan oppnås gjennom tiltak som i mindre grad er inngripende eller virker hindrende på samhandelen. Slik NHO leser høringsnotatet legger BLD og HOD i denne vurderingen avgjørende vekt på den såkalte Philip Morris-dommen, som ble avsagt av Oslo tingrett 14. september 2012. Etter det NHO kan se er det imidlertid flere forhold som skiller Philip Morris-saken fra forskriftsforslaget og som reduserer sakens overføringsverdi for forskriftsforslaget.

7.2.2.2 Forskriftsforslaget oppfyller ikke egnethetskravet ved at det ikke er konsistent

Hva gjelder egnethetsvurderingen legger departementene "*stor vekt på tingrettens vurderinger i Philip Morris-saken*", hvor Oslo tingrett kom til at forbudet mot synlig oppstilling av tobakk var et egnet tiltak. I tillegg til den åpenbare forskjellen at Philip Morris-saken gjelder tobakk og forskriftsutkastet retter seg mot usunn mat, så skiller forskriftsforslaget seg også fra faktum i Philip Morris-saken på flere andre relevante punkter som gjør at overføringsverdien reduseres. NHO vil i den anledning særlig få nevne at EU-domstolen som ledd i egnethetsvurderingen i en rekke saker har oppstilt et krav om at tiltaket må være *konsistent* i forhold til den politikken som føres. Et godt eksempel fra hjemlige trakter er EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-3/00 ESA mot Norge (Kelloggs), hvor EFTA-domstolen i premiss 41 peker på at restriksjonen (forbud mot å tilsette jern i cornflakes) ikke var konsistent da norske myndigheter tillot tilsetning av jern i brunost – og dermed ikke var et egnet tiltak.

Den omtvistede restriksjonen i Philip Morris-saken var et forbud mot synlig oppstilling av tobakk i butikk. Retten la i egnethetsvurderingen vekt på at det har vært et totalforbud mot reklame for tobakksvarer i Norge siden 1975 og oppstillingsforbudet hadde til hensikt "*å tette det myndighetene anså som et hull i reklameforbudet*" ved å stenge for bruk av tobakkpakkens utforming som ledd i markedsføring av produktet.

I motsetning til det omtvistede regelverket i Philip Morris-saken, kan forskriftsforslaget ikke sies å være like konsistent. Eksempelvis fremgår det av høringsnotatet s. 19-21 at "*søtede drikkevarer [det vil si drikkevarer tilsatt søtstoff i stedet for sukker] skal omfattes av de usunne produktene i denne forskriften*", mens derimot "*sukkervarer uten innhold av sukker*" - slik som drops, pastiller og tyggegummi – ikke bør inkluderes blant de usunne produktene i forskriften, jf. høringsnotatet s. 21.

NHO kan ikke se at det foreligger noen god begrunnelse for hvorfor disse to produktgruppene forskjellsbehandles (jf. punkt 8.2 nedenfor) og mener følgelig at forskriftsforslaget ikke oppfyller

egnethetskravet ved at det ikke er konsistent. Departementene vil for øvrig ikke kunne løse denne diskrepansen ved også å inkludere sukkervarer uten innhold av sukker. En slik løsning vil medføre at forskriften går lenger enn det som er nødvendig og i enda større grad enn det som er tilfellet i dag. Følgelig vil forskriftsutkastet fortsatt være i strid med EØS-avtalen.

7.2.2.3 Forskriftsforslaget kunne vært erstattet med en selvreguleringsordning og går uansett lenger enn det som er nødvendig

BLD og HOD behandler nødvendighetskravet på s. 38-39 i høringsnotatet. NHO noterer seg at departementene også her ser hen til Philip Morris-saken og at departementenes konkluderer med at det er "*ingen andre tiltak som vil ha tilsvarende effekt som et forbud mot markedsføring av usunn mat til barn.*" NHO kan ikke si seg enig i dette. NHO vil i den anledning få vise til tingrettens henvisning til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i Philip Morris-saken, hvor det fastslås at EØS-avtalen artikkel 13:

"må tolkes strengt fordi den gjør unntak fra det frie varebyttet. Det er de nasjonale myndigheter som må godtgjøre at tiltaket er nødvendig for å oppnå det erklærte mål, og at målet ikke kan nåes ved bruk av mindre omfattende forbud eller restriksjoner eller ved forbud eller restriksjoner som påvirker samhandelen i EØS-området i mindre grad" (understreket her).

NHO kan ikke se at departementene har godgjort at forskriftsutkastet er nødvendig, og heller ikke at det ikke går lenger enn det som er nødvendig.

i. Selvreguleringsordningen vil være et mindre inngripende virkemiddel.

I motsetning til situasjonen i Philip Morris-saken, synes det i foreliggende sak å være fullgode alternativer til en forskrift. På samme måte som i NHOs forrige høringsinnspill mener NHO at en selvreguleringsordning for bransjen vil være et like godt virkemiddel som forskriftsforslaget og samtidig være langt mindre inngripende.

Av Oslo tingretts dom i Philip Morris-saken fremgår det at formålet med innføringen av oppstillingsforbudet er:

"å begrense reklameeffekten av oppstilling av slike varer, for å bidra til redusert tobakksbruk og reduserte helseskader."

Videre fremgår det av dommen at:

"[f]ormålet med departementets forslag om å innføre et forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer og røykeutstyr på utsalgssteder er å redusere andelen røykere og snusbrukere i befolkningen generelt, og barn og unge spesielt. [...] I tillegg vil et forbud mot synlig oppstilling kunne bidra til å gjøre det enklere for personer som forsøker å slutte, eller har sluttet med tobakk" (understreket her).

Det at formålet med oppstillingsforbudet er å beskytte flere målgrupper i befolkningen – både voksne og barn og unge – både mot å begynne å røyke for første gang, og å gjøre det enklere å slutte eller å forhindre tilbakefall, får betydning for rettens konklusjoner i nødvendighetsvurderingen. Nærmere bestemt skriver retten at:

"Philip Morris har pekt på at en bevillingsordning for salg av tobakk som et alternativ for å hindre at barn under 18 år kjøper røyk. Dette er også foreslått i Helse- og omsorgsdepartementets høringsnotat, 2012, og det er ikke uenighet om at et slikt tiltak vil kunne ha betydning. Retten er imidlertid enig med staten i at en bevillingsordning ikke vil fjerne reklameeffekten av synlig oppstilling, og heller ikke bidra til denormalisering av tobakksbruk. Tiltaket vil heller ikke treffe målgruppen voksne som kan bli påvirket negativt i forbindelse med røykeslutt. Det samme gjelder ved skjerpet håndheving av aldersgrensen for å kjøpe tobakk. Det vil kunne føre til at færre under 18 år kjøper tobakk, men vil ikke fjerne reklamepåvirkning og denormalisering av synlig tobakksoppstilling" (understreket her).

Som det fremgår av det siterte, fant retten i Philip Morris-saken at grunnet de ulike formålene rettet mot ulike målgrupper ikke kunne sies å foreligge noen andre mindre inngripende tiltak enn oppstillingsforbud, som kunne gi tilsvarende resultat for samtlige målgrupper.

Hva gjelder formålet med forskriftsutkastet fra HOD og BLD er situasjonen en helt annen. Det fremgår på s.11 i høringsnotatet at:

"HOD og BLD foreslår å forby markedsføring av usunn mat og drikke rettet mot barn. Dette skal bidra til å redusere markedsføringstrykket for usunn mat og drikke som barn utsettes for. Formålet mot et slikt forbud er å fremme helse gjennom forebygging av overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen".

Etter det NHO kan se, vil det samme formålet kunne oppnås på en mindre inngripende måte gjennom en selvreguleringsordning for bransjen. NHO kan heller ikke se at departementene har klart å godtgjøre at det er nødvendig med forskrift fremfor selvreguleringsordning. NHO viser i den anledning til våre uttalelser knyttet til dette i vår forrige høringsuttalelse av 20. september 2012 samt til punkt 3 i denne høringsuttalelsen.

ii. Inkluderingen av søtede drikkevarer i forskriftsforslaget er å gå lenger enn nødvendig

I tillegg til at det ikke er nødvendig å regulere markedsføring av usunn mat mot barn i en egen forskrift i stedet for en selvreguleringsordning, går også forskriftsutkastets innhold etter NHOs syn lenger enn det som er nødvendig.

Som nevnt i punkt 7.2.2.2 ovenfor, fremstår forskriftsforslaget som lite konsistent ved at *"søtede drikkevarer skal omfattes av de usunne produktene i denne forskriften"*, mens derimot *"sukkervarer uten innhold av sukker"* ikke bør inkluderes blant de usunne produktene i forskriften. Man kan også se denne diskrepansen fra synsvinkelen om at forskriftsforslaget går lenger enn det som er nødvendig, ved å inkludere søtede drikkevarer blant de usunne produktene i forskriften.

iii. Aldersgrensen i forskriftsforslaget er satt høyere enn nødvendig

NHO anser det som positivt at målgruppen for forskriften er endret fra "barn og unge" (definert som personer under 18 år) til "barn". NHO mener imidlertid at det er å gå lenger enn nødvendig å definere barn som "personer til og med 15 år". Det vil være svært vanskelig å skille mellom markedsføring rettet mot en 15-åring kontra en 17-åring og en 19-åring, og resultatet vil kunne bli at markedsføringsforbudet vil kunne ramme svært vidt. NHO mener at det vil være tilstrekkelig til å oppnå formålet å sette aldersgrensen for hva som skal regnes som "barn" i forskriftens forstand til 12 år, slik at tenåringer faller utenfor. Dette vil gi en litt bedre balanse mellom det formål som forskriftsforslaget søker å oppnå og de byrder som blir pålagt mat- og drikkenæringen. Det vises for øvrig til punkt 8.1, hvor dette behandles nærmere.

7.3 Forholdet til AMT-direktivet

På samme måte som i NHOs høringssvar til det forrige forskriftsforslaget, mener NHO at det er tvilsomt om markedsføringsforbudet mot usunn mat overfor barn er i overensstemmelse med AMT-direktivet.

Hva gjelder forholdet til AMT-direktivet skriver BLD og HOD på s. 40 i det nye høringsnotatet at:

"[d]epartementene mener at forskriftsutkastet ikke vil stride mot EØS-regelverket om audiovisuelle tjenester, dersom det begrenses til bare å gjelde for tjenesteytere som er etablert i Norge. En forutsetning er likevel at forslaget ikke strider mot de generelle reglene i EØS-avtalen. Som det fremgår av pkt. 5.4 "Fri flyt av varer og tjenester", mener HOD og BLD at dette vilkåret er oppfylt" (understreket her).

NHO kan ikke si seg enig i dette. I motsetning til departementene mener NHO at forslaget strider mot de generelle reglene i EØS-avtalen, ved at restriksjonen ikke oppfylder de krav som stilles til proporsjonalitet. Det vises i den anledning til gjennomgangen i punkt 7.2 ovenfor.

7.4 Restriksjon på tjenestefriheten

NHO ønsker for øvrig å påpeke at forbudet også vil kunne utgjøre en ulovlig restriksjon på adgangen til å tilby reklametjenester for produkter som blir omfattet av markedsføringsforbudet, jf. EØS-avtalen artikkel 36.

8. Øvrige kommentarer til innholdet i forskriften

Som det fremgår i det ovenstående, er det NHOs oppfatning at forskriftsforslaget ikke bør tre i kraft, men vi velger likevel å knytte noen kommentarer til forslaget.

8.1 Forslaget er vanskelig å praktisere

Departementene har foreslått en forbudsbestemmelse i § 4. Den markedsføringen som er rettet mot personer til og med 15 år er forbudt. Det er ikke foreslått bestemmelser som kan vurdere om

markedsføringen likevel er rimelig. Med en så tydelig konsekvens, som forbud, må det også være tydelig hva som er forbudt.

I følge forslaget omfatter markedsføringsforbudet bare markedsføring av usunn mat og drikke hvis markedsføringen rettes mot barn. I det reviderte forslaget er barn definert som "*personer til og med 15 år*".

Det vil være en vanskelig øvelse å skille mellom hva som er lovlig markedsføring rettet mot en 17-åring, og hva som er forbudt markedsføring rettet mot en 15-åring. Det er ikke vanntette skott mellom hva som er interessant for voksne, og hva som er interessant for tenåringer. Derimot ville det vært enklere å skille mellom hva som er interessant for unge eller voksne i forhold til barn, hvis aldersgrensen ble senket til 12 år. Da utelates tenåringer, som i dag regnes som unge. Denne aldersgrensen ville også vært mer i samsvar med definisjonen av gruppen som skal beskyttes, som er blitt endret fra "barn og unge" til "barn" i det nye forslaget.

8.2 Forslaget forskjellsbehandler produkter uten sukker

HOD og BLD hevder på side 20 i høringsnotatet at markedsføring av drikkevarer med søtstoff til barn kan ha indirekte markedsføringseffekt for lignende sukkerholdige produkter, og at det er en fare for at barn kan forveksle produkter med søtstoff med tilsvarende varer som inneholder sukker. Av den grunn mener departementene at søtete drikkevarer skal omfattes av de usunne produkter i denne forskriften. Hva departementene baserer denne antagelsen om barns forvekslingsvaner på, fremkommer ikke av høringsnotatet og begrunnelsen fremstår som mangelfull.

NHO er av den oppfatning at siden det er på det rene at mat – og drikkevarer med søtstoff som omsettes i Norge er helsemessig trygge, er det ingen grunn til at drikkevarer med søtstoff skal omfattes av listen med usunne produkter. Tvert imot. Et markedsføringsforbud her vil hindre de næringsdrivende i å markedsføre produkter som kan være med å fremme helse gjennom forebygging av overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen, som nettopp er formålet med forskriften.

I høringsnotatet, side 21, foreslår departementene at "sukkervarer uten innhold av sukker" ikke bør inkluderes blant de usunne produktene i forskriften. NHO støtter dette, men stiller spørsmål ved begrunnelsen sett i sammenheng med at drikkevarer med søtstoff ikke går klar av markedsføringsforbudet. I høringsnotatet side 21 står det: "*Departementene legger videre til grunn at risikoen for å forveksle drops, pastiller, tyggegummi og lignende med søtstoff med lignende produkter som inneholder sukker, er mindre enn den tilsvarende risikoen når det gjelder drikkevarer.*" Hva departementene baserer denne antagelsen på, fremkommer ikke i høringsnotatet. Hvorfor sukkervarer uten innhold av sukker og drikkevarer med søtstoff, men uten sukker, skal forskjellsbehandles fremkommer heller ikke.

NHO mener at hvilket utseende et produkt har i dag, ikke skal være avgjørende for om det blir inkludert eller unntatt listen for usunne produkter. Det avgjørende må være hva produktet inneholder og om det etter en helsefaglig vurdering skal inntas eller utelates fra listen over usunne produkter. Det er ikke holdbart at departementet baserer seg på generelle antagelser om barns evne til å skille og ikke skille mellom utseende til dagens produkter, når en forskrift med så inngripende konsekvenser for næringslivet skal fastsettes.

8.3 Valg av tilsynsorgan fremstår som lite gjennomtenkt

I forskriften utpekes Helsedirektoratet som tilsynsorgan, mens for etterlevelsen av dagens bestemmelser i matloven er Mattilsynet tilsynsorgan. For de delvis overlappende regelverkene i kringkastingsloven og markedsføringsloven er Forbrukerombudet tilsynsmyndighet. I praksis betyr dette at tre ulike tilsynsmyndigheter kan være involvert for et og samme tilfelle, noe som skaper uklarhet for bedriftene. NHO er av den oppfatning at Forbrukerombudet burde vært tilsynsmyndighet, da det er markedsføringen som skal ligge til grunn for vurderingen av hva som er forbudt etter § 4.

Videre vises det i utkast til forskrift § 5 til matlovens sanksjonsbestemmelse § 23, som skal gjelde for overtredelsen av forskriften. Nærmere bestemt står det at Helsedirektoratet "*kan fatte nødvendige vedtak for å gjennomføre bestemmelsene i denne forskriften, jf matloven § 23*".

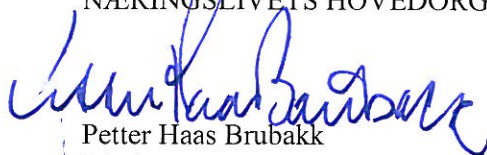
Etter matloven § 23 fremgår det at nødvendig vedtak kan være å: "(...) *forby import, eksport og omsetning eller pålegge tilbaketrekning fra markedet, isolasjon, avlivning, destruksjon, kassasjon, båndlegging, merking eller særskilt behandling (...)*"

NHO vil bemerke at disse tiltakene går på produktene som markedsføres, selv om det kun er markedsføringen som kan være forbudt etter forskriften. Disse sanksjonene rimer derfor svært dårlig med hva som er forbudt etter forskriften, og dette underbygger vår oppfatning om at forslaget til forskrift ikke hører hjemme i matloven.

8.4 Tidspunkt for ikrafttredelse må utsettes

Departementene har foreslått at forskriften skal tre i kraft 1. januar 2015. I brev fra HOD og BLD, datert 5. juni 2013 om selvreguleringsordningen, slås det imidlertid fast at den bransjestyrte ordningen skal få virke i to år. I følge retningslinjene for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn, skal de nye retningslinjene være rådgivende fra 1. august 2013, og bindene fra 1. januar 2014. Det betyr at forskriften tidligst kan tre i kraft 1. januar 2016, forutsatt at evalueringen av selvreguleringsordningen er fullført.

Med vennlig hilsen
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON



Petter Haas Brubakk
Direktør



Ingebjørg Harto
Avdelingsdirektør

