

SCHJØDT

JURIDISK BETENKNING

Markedsføring rettet mot barn – EØS-rettslig vurdering

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

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

Saksansvarlig advokat: Olav Kolstad

22. august 2013

MARKEDSFØRING RETTET MOT BARN – EØS-RETTLIG VURDERING

1. OPPDRAGET

Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) og Barne-, Likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD) sendte den 7.6.2012 forslag til forskrift om markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke ut på høring. Det vises i det videre til høringsnotatet som høringsnotatet av 2012.

På grunnlag av de innspill som kom i høringsrunden reviderte HOD og BLD forslaget til forskrift. Den 16.5.2013 ble det reviderte forslaget sendt på høring. Høringsnotatet i den forbindelse vises til som høringsnotatet av 2013.

Parallelt med at den pågående høringsprosessen ble initiert, ble det innført en forsterket selvregulering i bransjen. Selvreguleringsordningen vil bli tatt opp til vurdering i 2015. Med etableringen av en selvreguleringsordning erkjenner HOD og BLD at behovet for en forskrift er redusert, jf. brev fra statsrådene Støre og Thorkildsen av 5.6.2013.¹ Det vil kun være aktuelt å vedta en forskrift dersom evalueringen i 2015 skulle vise at selvreguleringsordningen ikke er effektiv. HOD og BLD legger til grunn at hvis vurderingen viser at selvregulering ikke har fungert, må det reguleres igjennom forskrift.

HOD og BLD foreslår også i sitt reviderte forslag til forskrift å innføre et vidtrekkende forbud mot markedsføring rettet mot barn av "usunn" mat og drikke. Forbudet er begrunnet i helsehensyn, og skal forebygge overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen.

I forbindelse med høringsnotatet av 2012 ble jeg gitt i oppdrag å vurdere forslaget til markedsføringsforbud i forhold til Norges EØS-rettslige forpliktelser. I min betenkning av 5. september 2012 konkluderte jeg at forslaget stred mot flere av Norges forpliktelser.

Jeg er nå gitt i oppdrag å vurdere det reviderte forslag til markedsføringsforbud.

2. HOVEDKONKLUSJONER

- Det reviderte forslag om forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge av "usunn" mat og drikke er i strid med EØS-avtalen.
 - Det foreslåtte forbudet representerer en restriksjon på de frie varebevegelser, jf. EØS-avtalens artikkel 11.
 - Det foreslåtte forbudet tilfredsstillter ikke vilkårene i EØS-avtalens artikkel 13, som åpner for unntak basert på folkehelsehensyn.
 - Det foreslåtte forbudet representerer også en restriksjon på tjenestefriheten i strid med EØS-avtalens artikkel 36, og tilfredsstillter heller ikke i forhold til tjenestereguleringens vilkårene for unntak basert på folkehelsehensyn.
- EØS-rettslig sekundærlovgivning gir ikke grunnlag for å innføre et markedsføringsforbud.

¹ http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/andre/brev/utvalgte_brev/2013/regulering-av-markedsforing-av-usunn-mat.html?id=729187

- En strengere regulering av nasjonale tilbydere av fjernsynstjenester og andre audiovisuelle medietjenester enn det som følger av fjernsynsdirektivet og direktivet for audiovisuelle tjenester, vil, forutsatt samhandelsvriking, bare kunne gjennomføres om reguleringen ikke er i strid med restriksjonsforbudene i EØS-avtalens hoveddel.
- Sterke argumenter taler for at et forbud mot markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn rammes av direktivet om urimelig handelspraksis.

3. HOVEDTREKK I DET REVIDERTE FORSLAG

Forslaget til forskrift er vedlagt som vedlegg 1 til Høringsnotatet av 2013.

Forskriften angir at den har til formål å "fremme helse gjennom forebygging av overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen", jf. § 1. Forskriften skal dog bare gjelde "markedsføring av mat og drikke rettet mot barn", jf. § 2. "Barn" er definert i § 3 som "personer til og med 15 år".

"Markedsføring" er definert i § 3. Markedsføring er "enhver handling foretatt i næringsøyemed for å fremme omsetning overfor forbrukere". Utenfor definisjonen faller allikevel handlinger knyttet til a) produksjon og omsetning av produkter; b) alminnelig oppstilling av produkter på utsalgssted; emballasje og innpakning, med mindre den ved hjelp av lokkeeffekter som angitt i forskriftens § 4 andre led bokstav g) benyttes til å oppfordre barn til kjøp av "usunn" mat og drikke; d) sponing som kun innebærer bruk av sponsors navn, varemerke og logo.

Reguleringen av markedsføring rettet mot barn av "usunn" mat og drikke skjer gjennom et bredt utformet forbud i forskriftens § 4:

Markedsføring av usunn mat og drikke rettet mot barn, er forbudt.

"Usunn mat og drikke" er definert i § 3 som "energitette, salte, søte eller næringsfattige næringsmidler som beskrevet i vedlegg 1." Vedlegget inneholder en tabell over "usunne" næringsmidler for hvilke markedsføring rettet mot barn er forbudt, hovedsakelig avgrenset ved bruk av de posisjoner i tolltariffen som næringsmidlene faller inn under.²

Om en markedsføring er rettet mot barn skal avgjøres etter en helhetsvurdering, jf. § 4 som angir en rekke momenter som kan vektlegges, herunder om det brukes "gaver, leker, kuponger, rabatter, samleobjekter, konkurranser eller spill som særlig kan appellere til barn".

Det er Helsetilsynet som etter forskriftens § 5 skal føre tilsyn med overholdelsen av forskriften. Hvilket innhold et vedtak kan ha fremgår av matloven § 23. Vedtak av Helsetilsynet kan innklages til Markedsrådet.

² En lang rekke av produktene er omfattet av Protokoll 3 til EØS-avtalen og kommer derfor innen for EØS-avtalens anvendelsesområde, jf artikkel 8, avsnitt 3 i Avtalen og EFTA-domstolens dom i sak E-6/96 *Wilhelmsen*.

4. EØS-RETTLIGE RAMMER

4.1 Innledning

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

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

EU-domstolen og EFTA-domstolen har i flere saker slått fast at markedsføringsforbud er handelshindringer som rammes av restriksjonsforbudene. Således fant EU-domstolen i *Konsumentombudsmannen mot De Agostini* at et fullstendig forbud mot å reklamere overfor barn for varer som ble lovlig omsatt i en medlemsstat, representerte en restriksjon på de frie varebevegelser.³ Saken gjaldt et forbud mot fjernsynsreklame rettet mot barn under 12 år i en svensk lov om radio- og fjernsynsvirksomhet.

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

Høringsnotatet av 2013 drøfter om forskriften vil være i strid med bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Det pekes på at Norge ikke kan innføre regler som begrenser markedsføringen på en måte som virker handelshindrende, med mindre EØS-avtalens vilkår for unntak fra avtalens restriksjonsforbud er oppfylt. Det konkluderes at vilkårene er oppfylt.

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

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

³ Sakene C-34-36/95 *Konsumentombudsmannen mot De Agostini og TV-Shop Sverige*, Sml. 1997 s. I-3875.

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

5.1 Restriksjonsvurderingen - reklameforbudet

Høringsnotatet av 2013 anerkjenner at dersom et forbud mot markedsføring rettet mot barn av usunn mat og drikke ikke strider mot sekundærlovgivningen i EØS, vil et slikt forbud uansett stadig være i strid med EØS-avtalens restriksjonsforbud. Det vil da bare kunne gjennomføres om EØS-avtalens vilkår for unntak er oppfylt. Jeg vil i det videre først redegjøre for hvorfor markedsføringsforbudet innebærer en restriksjon.⁴

EØS-avtalens artikkel 11 slår fast at

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

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

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

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

I *Leclerc-Siplec* vurderte EU-domstolen om et forbud mot fjernsynsreklame skulle vurderes som et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, eller om reklameforbudet skulle anses å regulere "bestemte former for salg". EU-domstolen fant at reklameforbudet ikke hadde til formål å begrense handelen mellom medlemsstatene, og således ikke var å anse som et tiltak med tilsvarende virkninger som en kvantitativ restriksjon etter de kriterier EU-domstolen utviklet i *Dassonville*.⁹ Dette ble fulgt opp i EU-domstolens avgjørelse i *Konsumentombudsmannen mot De Agostini*. Reklameforbud skal således ikke vurderes i forhold til Dassonville-formelen, men i forhold til de kriterier EU-domstolen har utviklet for å vurdere om reguleringen av "bestemte former for salg" utgjør

⁴ EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) slo også fast i brev av 17.7.2013 at forskriftens forbud mot markedsføring rettet mot barn utgjør en handelshindring, se brevets punkt 2 på s. 2. ESAs uttalelse er foranlediget av norske myndigheters notifikasjon av forslaget til forskrift i henhold til direktiv 98/34/EF.

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

⁶ Premiss 5.

⁷ Sakene C-267-268/91 *Keck og Mithouard*, Sml. 1993 s. I-6097.

⁸ Premiss 16.

⁹ Sak C-412/93 *Leclerc-Siplec*, Sml. 1995 s. I-179.

restriksjoner.¹⁰ Spørsmålet blir etter dette om forbudet i § 4 i forslag til forskrift utgjør en restriksjon på varefriheten etter de kriterier EU-domstolen har utviklet for vurderingen av nasjonale bestemmelser som begrenser eller forbyr "bestemte former for salg".

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

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

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

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

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

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

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

Nasjonale tilbyderes produkter og varemerker er innarbeidet på hjemmemarkedet. Nye produkter og varemerker kan vanskelig innarbeides hos forbrukerne uten markedsføring. Et forbud mot markedsføring vil derfor ikke påvirke "innenlandske" varer og varer fra andre EØS-land "på samme måte". Dette ble også slått fast av EU-domstolen i *Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products*, vedrørende et reklameforbud mot alkoholholdig drikke i svensk rett:

"[E]t forbud – når det er tale om varer som alkoholholdige drikkevarer, hvis indtagelse er knyttet til samfundsmæssige traditioner samt til skikk og bruk og lokale sædvaner – mod enhver reklame over for forbrugerne gennem annonser i pressen og i radio og tv, ved

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

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

¹² Premiss 39.

¹³ Premiss 40.

¹⁴ Premiss 43.

uopfordret direkte tilsendelse af reklamemateriale eller ved udendørs reklame kan medføre større ulemper for adgangen til markedet for varer med oprindelse i andre medlemsstater end for indenlandske varer, som forbrugerne umiddelbart kender bedre".¹⁵

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

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

5.2 Restriksjonsvurderingen – "emballasjereglen"

Det er grunn til å knytte noen særskilte bemerkninger til reguleringen av emballasje og innpakning i forskriftens §§ 3 og 4 (heretter bare: emballasje). Høringsnotatet av 2013 forklarer om reguleringen:

"Forslaget innebærer videre at emballasje og innpakning i de fleste tilfeller faller utenfor det som anses som markedsføring etter denne forskriften. I § 3 c) punkt 3, er det presisert at emballasje og innpakning vil være en del av markedsføringen av et produkt bare dersom 'den ved hjelp av lokkeeffekter som angitt i § 4 andre ledd bokstav g) benyttes til å oppfordre barn til kjøp av usunn mat og drikke.'

Bakgrunnen for forslaget er at det ikke er ønskelig at emballasje og innpakning på generelt grunnlag skal være relevant ved vurderingen av om en markedsføringsaktivitet faller innenfor forbudet.

På 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 klistremerker i esken eller posen. I slike tilfeller benyttes lokkeeffekter til å omsette det usunne næringsmiddelet, og det er klart at det er næringsmiddelet som er hovedytelsen."

Det er klart at forskriften ikke forbyr bruk av lokkeeffekter, og at forskriften ikke generelt regulerer emballasje. På den annen side, hvis et næringsmiddel tilbys med en lokkeeffekt og den effekt er angitt på emballasjen, må det tas stilling til om forskriftens forbud kommer til anvendelse.

Det er rimelig å anta at emballasjen til et produkt som inneholder en lokkeeffekt i praksis nevner denne effekt - ellers har lokkeeffekten jo ikke den tilsiktede virkning.

¹⁵ Sak C-405/98 *Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products*, Sml. 2001 s. I-1795, premiss 21.

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

Høringsnotatet av 2013 anfører at lokkeeffekten skal være "særlig fremhevet". Det er ikke klart om det i dette skal legges at ikke alle angivelser på emballasjen av en lokkeeffekt rammes av forskriftens forbud. Imidlertid må det antas at dersom et produkt inneholder lokkeeffekter vil dette i praksis være "særlig fremhevet". Med et eksempel: hvis en sjokolade selges med klistermerker, vil det ikke stå angitt med liten skrift på baksiden av emballasjen at klistermerker medfølger; det vil være anført prominent på forsiden av emballasjen. Retter klistermerkene seg mot barn, kan det legges til grunn at forbudet vil komme til anvendelse.

Forbudet innebærer således krav til emballasjen til et produkt. Det ligger fast i rettspraksis at slike krav klart faller inn under Dassonville-formelen; kravene innebærer nemlig at produktet i vid forstand (nemlig som omfattende emballasjen) må endres bare fordi produktet krysser en landegrense. Man er således i kjerneområdet for EØS-avtalens artikkel 11. I Mars saken, som nettopp angikk en reklameangivelse på emballasjen, fastlo EU-domstolen:¹⁷

"12 Det fremgaar af Domstolens praksis, at artikel 30 indeholder et forbud mod handelsordninger i medlemsstaterne, der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan opstille hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet (jf. dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, praemis 5)....."

13 Uanset at det finder anvendelse på alle varer, kan et forbud som det i hovedsagen omhandlede, der konkret er et forbud mod i en medlemsstat at bringe varer i omsætning, der er forsynet med de samme reklameangivelser som dem, der lovligt anvendes i andre medlemsstater, opstille hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet. Et sådant forbud kan således tvinge importørerne til at anvende forskellige emballager for deres produkter, alt efter hvor disse skal bringes i omsætning, med heraf følgende yderligere udgifter til emballering og reklame.

14 Et sådant forbud er derfor omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 30."

De restriktive virkinger av emballasjereglen økes ved at reglen er uklart formulert i forslag til forskrift §§ 3 og 4, Det er derfor også grunn til å påpeke at EU-domstolens praksis stiller krav om at regler er formulert slik at næringsdrivende klart vet hvilke krav det er som skal oppfylles.¹⁸

5.3 Forbudets inngripende karakter

Før jeg vurderer om forbudet EØS-rettslig kan begrunnes i hensynet til folkehelsen, er det grunn til å bemerke den restriktive natur av tiltaket. Forbudet er særdeles inngripende. Av flere årsaker. Forbudet rammer *all* kommersiell kommunikasjon om de berørte produkter til den angitte persongruppe; det vil for eksempel ikke kunne reklameres på idrettsstevner, festivaler, i butikk eller på gate, på kino, for bare å gi noen få eksempler. De næringsdrivende som ikke allerede er til stede på det norske markedet vil finne det svært vanskelig å komme inn på markedet, og de næringsdrivende som allerede er til stede på

¹⁷ Sak C-470/93 *Mars*, Sml. 1995 s. I-1923.

¹⁸ Sak C-341/05 *Laval*, Sml. 2007 s. I-11767, premiss 110, og sak 70/83 *Kloppenburg*, Sml. 1984 s. 1075, premiss 11.

markedet, vil finne det vanskelig å lansere nye produkter. Emballasjereglen vil dertil påføre produsenter kostnader til å endre det emballasjekonsept som de måtte bruke i andre land.

De restriktive virkningene forsterkes ved forbudets avgrensning av den aldersgruppe som anses som barn, nemlig personer under 16 år. Det vil i praksis være slik at en reklame som retter seg til en 17-åring også kan vekke interessen hos en 15-åring, allerede av den grunn at det ikke er noe naturlig forskjell mellom de to aldersgruppene: Personer på 15 år og personer langt inn i 20-årene har i vidt omfang sammenfallende interesser og det vil si at en reklame som drar på forestillings- og motivverden til en 20-åring vil kunne anses rettet også mot 15-åringen. Forbudet vil således i praksis hindre reklame som retter seg mot personer som er over den fastsatte aldersgrense og dermed få virking ut over sitt tilsiktede anvendelsesområde. Dertil kommer at det er overveiende sannsynlig – hensett til hvordan andre reklameforbud forvaltes – at myndighetene vil håndheve forbudet strengt.

Videre skal det nevnes at forbudet ikke bare berører de produkter som er omfattet av forbudet. Reklame for produktene vil for eksempelvis kunne finnes i trykt skrift fra en annen EØS-stat som selges i Norge. I forhold til sådanne trykte skrifter vil forbudet også innebære en restriksjon etter EØS-avtalens artikkel 11. Det er også klart at forbudet vil være til hinder for å tilby reklametjenester som vedrører produktene, og forbudet utgjør i forhold til slike tjenester en restriksjon på tjenestefriheten, jf EØS-avtalens artikkel 36. Ettersom forbudet også skal gjelde for spisesteders tilbud av hurtigmat, innebærer forbudet også en restriksjon på adgangen til å etablere spisesteder etter EØS-avtalens artikkel 31.¹⁹

Forskriftens forbud er en særdeles inngripende restriksjon som berører flere av de EØS-rettlige friheter. På den bakgrunn blir prøvningen av om det er begrunnet inngående og ”robust”.²⁰

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

6.1 Innledning

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

Denne forskriften skal fremme helse gjennom forebygging av overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen.

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

¹⁹ At forbudet også vil rammes av tjenestereglene påpekes av ESA i brev av 17.7.2013 på s. 3.

²⁰ Oliver on Free Movement of Goods, 5. utgave, Oxford 2010, s. 176: “..the Court has singled out this category of measures [advertising restrictions] for more robust scrutiny than other rules concerning selling arrangements.”

EØS-avtalens artikkel 13 inneholder en uttrykkelig unntaksbestemmelse for tiltak som kan begrunnes i folkehelsen. Det er etter denne bestemmelsen at både EU-domstolen og EFTA-domstolen har vurdert om forbud mot markedsføring kan begrunnes i hensynet til folkehelsen, se f.eks. *Konsumentombudsmannen mot De Agostini* og *Phillip Morris Norway mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*.

Det følger av EØS-avtalens artikkel 13 at tiltak i strid med artikkel 11 kan rettferdiggjøres bl.a. på grunnlag av "vernet av menneskers ... liv og helse". Det følger av langvarig rettspraksis at menneskers liv og helse er et tungtveiende hensyn etter artikkel 13. EU-domstolen har anerkjent at medlemsstatene på områder som ikke er harmonisert har rett til å fastsette beskyttelsesnivået relatert til folks helse,²¹ og i denne forbindelse har en "viss skjønnsmargin". Skjønnsmarginen relaterer seg primært til hvilket mål som skal søkes oppnådd med den nasjonale restriksjon; den relaterer seg bare i begrenset omfang til de midler som medlemsstaten tar i anvendelse for å nå målet; valget av midlene er nemlig underkastet den EØS-rettlige proporsjonalitetstest, jf. nedenfor.²²

Selv om det enkelte medlemsland har en skjønnsmargin m.h.t. beskyttelsesnivå har EU-domstolen og EFTA-domstolen i sine avgjørelser gjennomgående foretatt en etterprøving av om et tiltak er begrunnet i hensynet til folkehelsen.²³ Bevisbyrden for at et tiltak er begrunnet i hensynet til folkehelsen påligger staten.²⁴

Det følger av sikker rettspraksis at for at et tiltak som gjør inngrep i en av EØS-avtalens grunnfriheter, i dette tilfellet varefriheten, er det ikke tilstrekkelig at det har en legitim målsetning. I tillegg må tiltaket oppfylle kravene som følger av proporsjonalitetsprinsippet, som oppstiller en tredelt test.²⁵ Et tiltak må, om det skal kunne begrunnes i hensynet til folkehelsen, være egnet til å nå formålet. Tiltaket må videre være et nødvendig virkemiddel for måloppnåelsen. I dette ligger at det ikke må være alternative tiltak som er like virkningsfulle, d.v.s. som realiserer den samme beskyttelse av folkehelsen, men som utgjør mindre inngrep i varefriheten. Videre må inngrepet ikke stå i et utimelig forhold til målsetningens betydning. Det beskyttelsesnivå en medlemsstat har valgt gjennom tiltaket, må m.a.o. være forholdsmessig i forhold til EØS-interessen i å sikre frie varebevegelser.²⁶ I det videre vil jeg vurdere markedsføringsforbudet i forslag til forskrift § 4 i forhold til de ulike elementene i proporsjonalitetsprinsippet.

²¹ En tilsvarende unntaksadgang er inntatt for restriksjoner på de frie tjenestebevegelser og etableringsadgangen, EØS-avtalens artikkel 39 og 33.

²² Det er sjeldent at EU-domstolen tilstår medlemsstatene noe skjønn i proporsjonalitetsprøvnningen; se dog for et eksempel sak C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 2009 s. 1-519, vedrørende regler for trafikksikkerhet, premiss 67.

²³ Se til illustrasjon sak 90/86 *Straffesak mot Zoni*, Sml. 1988 s. 4285, sak 274/87 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 1989 s. 229, sak 97/83 *Straffesak mot CMC Melkunie*, Sml. 1984 s. 2367 og sak C-473/98 *Kemikalieinspektionen mot Toolex Alpha*, Sml. 2000 s. I-5681.

²⁴ Se for eksempel sak 118/86 *Openbaar Ministerie mot Nertsvoederfabriek Nederland*, Sml. 1987 s. 3883, premiss 14. Fredriksen/Mathisen: *EØS-rett* s. 77.

²⁶ Se for eksempel sak C-169/91 *Stoke-on-Trent*, Sml. 1992 s. I-6635, premiss 15-16.

6.2 Egnethetsvurderingen

6.2.1 Innledning

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

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

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

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

For at et markedsføringsforbud skal være et egnet virkemiddel for å hindre overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer må det være årsakssammenheng mellom markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn og unge og overvekt i denne aldersgruppen og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen. Dersom det ikke kan vises at et markedsføringsforbud vil redusere kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen vil et forbud heller ikke være et egnet virkemiddel for å bedre folkehelsen. Således avviste EU-domstolen i *Zoni* at et forbud i Italia mot omsetning av pasta fremstilt av bestemte melsorter begrunnet i at slik pasta inneholdt kjemiske tilsetningsstoffer, da den italienske regjering ikke kunne godtgjøre at tilsetningsstoffene var helseskadelige.²⁷ Det er Norge som har bevisbyrden i denne sammenheng.

6.2.2 Kravet til begrunnelse etter EØS-avtalens artikkel 13

Artikkel 13 er en unntaksregel som i følge etablert rettspraksis skal tolkes strengt.²⁸ I dette ligger også et krav til den aktuelle medlemsstats begrunnelse for unntaketets berettigelse, jf. EU-domstolen i *Kommisjonen mot Danmark*:

²⁷ Sak 90/86 *Zoni*, Sml. 1988 s. 4300.

²⁸ Om snever fortolkning av EØS-avtalens unntaksbestemmelser se Fredriksen/Mathisen: *EØS-rett* s. 208-211.

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

Et forbud mod markedsføring af levnedsmidler, som er tilsat næringsstoffer, skal således være støttet på en grundig evaluering af den risiko, der påberåbes af den medlemsstat, der gør artikel [34] gældende".²⁹

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

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

6.2.3 Tilfredsstiller høringsnotatene av 2012 og 2013 begrunnelseskravet i EØS-avtalens artikkel 13?

For at et forbud mot markedsføring av "usunn" mat og drikke rettet mot barn skal kunne ivareta hensynet til folkehelsen må det kunne påvises en sammenheng mellom slik markedsføring og overvekt hos barn med risiko for senere sykdommer, som for eksempel hjerte- og karsykdommer. En slik årsakssammenheng kan, ifølge høringsnotatet av 2012, vanskelig etableres på bakgrunn av empiriske studier:

"En del vitenskapelige sammenhenger er det vanskelig eller umulig å finne svar på gjennom empiriske studier. Sammenhengen mellom markedsføring av "usunn" mat og drikke til barn og overvekt, er et eksempel på dette. En systematisk kunnskapsoppsummering fra 2006 viser imidlertid at det statistisk er en sterk sammenheng mellom eksponering for TV reklame og fedme blant barn. Siden man ikke kan utelukke alternative forklaringer til en slik sammenheng kan man imidlertid ikke konkludere med en årsakssammenheng mellom de to faktorene. Departementet vektlegger allikevel en liten effekt av TV-reklame på vektstatus vil kunne ha stor effekt og betydning på befolkningsnivå".³⁰

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

²⁹ Sak C-192/01 *Kommisjonen mot Danmark*, Sml. 2003 s. I-9724, premissene 46-47. Se også EU-domstolens avgjørelse i sak 174/82 *Sandoz*, Sml. 1983 s. 2445, premiss 22, sak 227/82 *Van Bennekom*, Sml. 3883, premiss 40 og sak C-228/91 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1993 s. I-2701, premiss 27.

³⁰ Høringsnotatet av 2012 s. 24.

unge problematiseres ikke, og det drøftes derfor ikke hvordan de virker sammen med, eventuelt motvirker, TV-reklame.

Departementet viser videre til senere undersøkelser som viser at barn spiser mer snacks mens de ser på TV, og at overvektige barn responderer sterkere på TV reklame enn normalvektige barn. Noen systematisk sammenheng mellom markedsføring og overvekt blant barn etableres allikevel ikke i høringsnotatet av 2012.

Det bemerkes at de "systematiske kunnskapsoppsummeringer" som HOD og BLD viser til vedrørende hvordan markedsføring påvirker barns matpreferanser, synes å være publikasjoner inntatt i fotnote 5 på s. 7 i WHO's *Set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children*. Fotnote 5 i høringsuttalelsen av 2013, som synes å angi referansene til "de systematiske kunnskapsoppsummeringene HOD og BLD har benyttet i denne saken", begrenser seg til å gjengi de samme publikasjoner som er gjengitt i fotnote 5 i WHO's anbefalinger. Publikasjonene vurderer hvordan markedsføring kan påvirke barns preferanser, men ingen av publikasjonene undersøker om det er en årsakssammenheng mellom markedsføringens mulige påvirkning og overvekt hos barn.

I høringsnotat av 2013 anerkjenner HOD og BLD at det må skilles mellom kunnskap om hvordan markedsføring påvirker barn og kunnskap om markedsføring mellom markedsføring og overvekt. Når det gjelder spørsmålet om årsakssammenheng mellom markedsføring og overvekt slår HOD og BLD igjen fast at noen slik sammenheng er vanskelig å påvise gjennom forskning:

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. Dette regelverksforslaget bygger derfor ikke på at det er etablert en direkte årsakssammenheng mellom markedsføring og overvekt. HOS og BLD har skilt kunnskap om sammenheng mellom markedsføring og barns kosthold fra kunnskap om sammenheng mellom markedsføring og overvekt. Sistnevnte sammenheng er vanskelig å påvise gjennom forskning.

HOD og BLD har således verken vist til forskning eller foretatt egne analyser som gir rimelig grunn å anta at det foreligger en årsakssammenheng mellom reklame og overvekt, og i siste instans helseproblemer. På tross av dette synes HOD og BLD å oppstille en presumsjon om at dersom reklame påvirker barns kosthold så påvirker den også barns helse. Det er i denne sammenheng interessant å merke seg at HOD og BLD anser det avgjørende for om en selvreguleringsordning kan anses å være effektiv om den har ført til en "reduksjon i markedsføringspresset for usunn mat og drikk mot barn". Jf. Høringsnotat av 2013 s. 4. Det minnes om at forskriftens formål er å fremme helse. Man kan ikke ved en vurdering av markedsføringspresset alene slutte noe om helsevirkningene.

Verken høringsnotatet av 2012 eller høringsnotatet av 2013 inneholder etter dette noen grundig vurdering eller sannsynliggjøring av at markedsføring av "usunn" mat og drikke utgjør risiko en risiko for folkehelsen generelt eller for barn og unges helse spesielt. Høringsnotatet slår tvert i mot fast, som nevnt, at det ikke vitenskapelig er påvist en slik sammenheng. Høringsnotatet peker videre på at det kan være alternative forklaringer til

fedme blant barn, men går ikke nærmere inn på hvilke faktorer dette er eller betydningen av disse. Høringsnotatets begrunnelse for forbudet i § 4 i forslaget til forskrift oppfyller således ikke vilkårene som EU-domstolen oppstiller for begrunnelsen av tiltak på basis av hensynet til folkehelsen etter EØS-avtalens artikkel 13.

Det anføres allikevel i høringsnotatet av 2013 at grunnlaget er tilstrekkelig til å begrunne et forbud da det ifølge departementene ikke kan kreves at det påvises noe årsakssammenheng mellom markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og overvekt. Departementene viser til Oslo tingretts dom av 14. desember 2012 vedrørende forbudet mot synlig oppstilling av tobakksvarer (Philip Morris saken) og anfører at departementene bare må vise at det er "rimelig å tro" at tiltaket vil kunne bidra til å beskytte folkehelsen gjennom å motvirke overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer.

Til dette bemerkes at det dreier seg om en tingrettsdom som rettskildemessig har svært liten vekt for hva som er korrekt EØS-rett. Nærmere veiledning om hva som ligger i "rimelig å tro" må søkes i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, som ligger til grunn for Oslo tingretts dom.³¹ EFTA-domstolen uttalte:

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

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

"Rimelig å tro" er en mindre vellykket oversetting av det engelske "reasonable to assume". Det ville nok være mer nærliggende å oversette det engelske uttrykk med "rimelig å legge til grunn" eller "rimelig å anta". Det erindres om at EFTA-domstolens arbeidsspråk er engelsk.

Det burde være innlysende at det er ikke rimelig å legge til grunn at tiltaket vil fungere etter hensikten hvis kunnskapsgrunnlaget er utilstrekkelig. Kunnskapsgrunnlaget må være vitenskapelig og det vil i sakens natur stå sentralt å etablere årsakssammenheng. Denne kan så etableres med forskjellige grader av sikkerhet. Som det fremgår av EFTA-domstolens avgjørelse kan statene treffe et tiltak selv om det er en "viss vitenskapelig usikkerhet". I dette ligger implisitt at statene må støtte seg på et vitenskapelig grunnlag. Myndighetene kan ikke bare tro eller håpe. HOD og BLD angir som nevnt selv at det ikke foreligger noe vitenskapelig grunnlag for en årsakssammenheng mellom markedsføring og overvekt.

³¹ Sak E-16/10 *Philip Morris Norway*, premiss 83. "

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

EU-domstolen har i sin praksis gjort rede for hva det må kreves av nasjonale myndigheter i forhold til at et tiltak oppfyller påberopte målsetninger. I *Bressol* fastslo EU-domstolen (min utheving):³³

*”Ifølge fast retspraksis tilkommer det nemlig de nationale myndigheter, som har indført en foranstaltning, der udgør en undtagelse til et EU-retligt princip, i hvert enkelt tilfælde at godtgøre, at nævnte foranstaltning er egnet til at sikre, at det påberåbte mål nås, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt med henblik på at nå dette mål. De hensyn, der kan påberåbes af en medlemsstat, skal derfor ledsages af en **analyse af egnetheden og forholdsmæssigheden af den foranstaltning, som medlemsstaten har truffet, såvel som præcise oplysninger til støtte for dens argumentation** (jf. i denne retning dom af 18.3.2004, sag C-8/02, Leichtle, Sml. I, s. 2641, præmis 45, og dommen i sagen Kommission mod Østrig, præmis 63). En sådan analyse skal være objektiv, detaljeret og underbygget med tal og skal ved hjælp af pålidelige, overensstemmende og beviskræftige oplysninger kunne godtgøre, at der rent faktisk foreligger risici for den offentlige sundhed.”*

Vider må EFTA-domstolens uttalelse i Phillip Morris-saken ses på bakgrunn av at saken dreide seg om tobakksvarer, og noe departementene ikke tar hensyn til i høringsnotatet av 2013. Som nevnt ovenfor er det et betydelig kunnskapsgrunnlag om skadeeffektene av tobakk og det er dette omfattende kunnskapsgrunnlag som gir grunn til å anta at det er en sammenheng mellom markedsføring og de skadeeffekter. Noe tilsvarende kunnskapsgrunnlag foreligger langt fra hva angår de næringsmidler som omfattes av forbudet. Dette viser seg blant annet derved at innefor Rammekonvensjonen om tobakk, anbefaler WHO et omfattende forbud mot reklame for tobakk, herunder oppstilling av tobakksvarer.³⁴ Slik anbefaling foreligger det ikke vedrørende ”usunn” mat og drikke for barn. WHO anbefaler at statene regulerer markedsføring av slik mat og drikke og at hvert land velger sin reguleringsform i lys av nasjonale forhold. Det er ikke noe anbefaling av et totalforbud, og departementene har ikke redegjort for hvilke særegne norske forhold som begrunner et totalforbud.

6.2.4 Kan et markedsføringsforbud begrunnes i et forsiktighetsprinsipp?

Både EU-domstolen og EFTA-domstolen har åpnet for at et forsiktighetsprinsipp kan begrunne et tiltak etter artikkel 13 dersom det foreligger en vitenskapelig usikkerhet knyttet til om et tiltak ivaretar hensynet til folkehelsen. I *Toolex* godtok således EU-domstolen et krav om dispensasjon for bruk av et kjemisk stoff, selv om medisinsk forskning på tidspunktet for avgjørelsen ikke kunne fastsette med sikkerhet grenseverdiene for når det aktuelle stoff var kreftfremkallende for mennesker.³⁵

Det må antas, dog under en vis usikkerhet, at forsiktighetsprinsippet ikke kommer til anvendelse på spørsmålet om markedsføringsvirkningene for forbruket av de mat- og drikkevarer som rammes av forbudet. I *Pedicel* fastslo EFTA-domstolen:³⁶

³³ Sak C-73/08 *Bressol*. Sml. 2010 s. I-2735, premiss 71.

³⁴ Artikkel 13 i WHO's Rammekonvensjon om forebygging av tobakkskader, Geneve 21. mai 2003, og ”Guidelines for implementation – Article 5.3; Article 8; Article 11; Article 13”, Geneve 2009.

³⁵ Sak C-473/98 *Toolex*, Sml. 2000 s. I-5681, premissene 43-46.

³⁶ Premiss 60.

”føre var-prinsippet [kan] påberopes der det beste tilgjengelige forskningsmaterialet er så utilstrekkelig, ufullstendig eller upresist at det ikke er mulig å avgjøre med sikkerhet hvilke risiki eller farer som kan oppstå. I den foreliggende saken kan føre var-prinsippet imidlertid ikke anvendes, fordi virkningene for folkehelsen av overdrevet alkoholforbruk ikke er usikre. Det er ingen uenighet om at det kan foreligge usikkerhet med hensyn til vurderingen av reklamens virkninger for forbruket av alkoholholdige drikkevarer. Slik usikkerhet forekommer imidlertid ikke innenfor et vitenskapsområde hvor det kunne gis plass for anvendelse av føre var-prinsippet, slik det er utviklet i rettspraksis fra de tre nevnte domstolene [EU-domstolen, Retten og EFTA-domstolen].”

For fullstendighetens skyld skal jeg dog i det videre drøfte om det på tross av at det ikke kan etableres en årsakssammenheng mellom markedsføring av mat og drikke rettet mot barn og overvekt, kan vedtas et markedsføringsforbud på basis av et forsiktighetsprinsipp.

EFTA-domstolen gikk i *EFTA mot Norge (Kellog's)* nærmere inn på når et forsiktighetsprinsipp kan legges til grunn. Saken gjaldt avslag på søknad om å selge et corn flakes produkt i Norge som var tilsatt vitaminer, jern m.v. Statens Næringsmiddelstilsyn hadde avslått Kellog's søknad om tillatelse til å selge produktet i Norge da omsetning av produkter tilsatt vitaminer, jern m.v. forutsatte eksistensen av et ernæringsmessig behov for de aktuelle tilsetningsstoffene i Norge, og fordi utstrakt bruk av tilsetninger kunne føre til et ubalansert kosthold hos norske forbrukere. EFTA-domstolen fant at mangelen på et ernæringsmessig behov for det aktuelle produkt ikke kunne begrunne et importforbud. I vurderingen av om kostholdshensyn, og dermed hensynet til folkehelsen, kunne begrunne et importforbud, drøftet EFTA-domstolen i hvilken grad Norge kunne begrunne importforbudet i et forsiktighetsprinsipp:

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

When the insufficiency, or the inconclusiveness, or the imprecise nature of the conclusions to be drawn from those considerations make it impossible to determine with certainty the risk or hazard, but the likelihood of considerable harm still persists were the negative eventuality to occur, the precautionary principle would justify the taking of restrictive measures”.³⁷

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

I forhold til anvendelsen av forsiktighetsprinsippet skiller forslaget til forbud mot markedsføring av "usunn" mat og drikke til barn og unge seg fra saksforholdet i *EFTA mot Norge (Kellog's)*, der det var usikkerhet knyttet til hvor stor helserisiko var, ved at det

³⁷ Sak E-3/00 *EFTA mot Norge (Kellog's)*, avsnitt 30-31.

ikke kan etableres en årsakssammenheng mellom overvekt hos barn og unge og markedsføring av "usunn" mat og drikke. Anvendelsen av forsiktighetsprinsippet innebærer etter vår oppfatning at det må kunne etableres en årsakssammenheng mellom mål og middel, jf. EFTA-domstolens understrekning av at forsiktighetsprinsippet "presupposes ... an identification of potentially negative health consequences". Først om en slik årsakssammenheng kan etableres, men det hersker usikkerhet knyttet til risikoen for at de skadelige virkningene vil oppstå, kan et forsiktighetsprinsipp anvendes.

Departementet vedgår, som nevnt, i høringsnotatet av 2012 at det er "vanskelig eller umulig" å etablere en sammenheng mellom markedsføring av "usunn" mat rettet mot barn og unge og markedsføring, og at man ikke kan "konkludere med en årsakssammenheng mellom de to faktorene". At departementet mener at et markedsføringsforbud vil kunne ha stor effekt om det hadde foreligget en slik årsakssammenheng kan ikke begrunne en anvendelse av et forsiktighetsprinsipp, da det i realiteten vil være å se bort fra kravet til årsakssammenheng.

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

6.2.5 Nødvendighetstesten

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

"I den utstrekning den aktuelle lovgivning må anses som egnet, må det vurderes om de aktuelle tiltak går ut over det som er nødvendig for å nå målene som søkes oppnådd. Det følger av rettspraksis at EØS-avtalen artikkel 13 må tolkes strengt fordi den gjør unntak fra det frie varebytte innenfor EØS-området. Derfor er det de nasjonale myndigheter som må godtgjøre at reglene er nødvendige for å oppnå det erklærte mål, og at målet ikke kan nås ved bruk av mindre omfattende forbud eller restriksjoner eller ved forbud eller restriksjoner som påvirker samhandelen innenfor EØS-området i mindre grad".³⁸

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

Nødvendighetstesten skal først foretas om et tiltak anses som egnet for å nå de aktuelle, og legitime, målsetningene. Som redegjort for i avsnitt 6.2.3 er det vår oppfatning at markedsføringsforbudet i forslag til forskrift § 4 ikke er et egnet virkemiddel i EØS-rettslig forstand. I den videre drøftelsen av nødvendighetstesten må det derfor forutsettes at tiltaket er egnet, for derved å vurdere markedsføringsforbudet i forhold til de kriterier EU-domstolen og EFTA-domstolen har oppstilt for nødvendighetstesten.

³⁸ Sak E-16/10 *Phillip Morris Norway mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*, avsnitt 85.

Det er Norge som har bevisbyrden for at markedsføringsforbudet i forslag til forskrift § 4 er "nødvendig" i EØS-rettslig forstand for å oppnå hensynet til å fremme folkehelsen.

Før jeg vurderer den nødvendighetsprøving som foretas i høringsnotatene skal jeg gjennomgå relevant rettspraksis knyttet til gjennomføringen av nødvendighetsprøvingen.

6.2.6 Rettspraksis vedrørende gjennomføring av nødvendighetsprøvingen

EU-domstolen selv har gjennomført proporsjonalitetsprøvingen, herunder prøvingen av nødvendighet, hva angår det reklameforbud som EU vedtok vedrørende tobakksreklame. Forbudet ble opprinnelig innført ved direktiv 98/43 og omfattet "enhver form for reklame og sponing". Direktivet ble etterfølgende annullert av EU-domstolen fordi det manglet hjemmel i Traktaten.³⁹ EUs lovgiver vedtok dernest direktiv 2003/33 som innførte et mindre omfattende forbud, og som også ble anfektet for EU-domstolen. EU-domstolen fant at dette nye direktivet hadde tilstrekkelig hjemmel i Traktaten og prøvde i den forbindelse også om direktivet var forenelig med proporsjonalitetsgrunnsetningen.⁴⁰

Dommen har ingen eller bare begrenset overførselsverdi til det foreliggende saksforhold. For det første vedrørte dommen tobakksvarer og som det er redegjort for ovenfor, er det vesensforskjeller mellom tobakksvarer og de mat- og drikkevarer som rammes av forskriftens forbud. Dernest er proporsjonalitetsprøvingen i forhold til EUs generelle lovgivning mer lempelig; det gir seg blant uttrykk i at det er kun såfremt et vedtak er "åpenbart uhensiktsmessig" at det vil bli tilsidesatt.⁴¹ I forhold til nasjonale tiltak som det foreliggende finnes det ikke noen slik lempelig "åpenbart uhensiktsmessig" test.⁴²

Det er dog grunn til å nevne at EU-domstolen i sin begrunnelse for å opprettholde direktivet bemerket at direktivets forbud begrenset seg til "forskjellige former for reklame og sponing og i motsetning til hva det bestemtes i direktiv 98/43, ikke utgjør et generelt forbud".⁴³ Det fremgår ikke av dommen hvor betydningsfullt dette moment har vært for dommens resultat; det kan bare konstateres at momentet inngikk i EU-domstolens overveielser.

I *Gourmet International Products* og i *Pedicel* overlot rettsinstansene i Luxembourg til de nasjonale domstoler å foreta proporsjonalitetsprøvingen av de respektive totalforbud mot alkoholreklame.

De svenske domstolene fant, både i første instans og i ankeinstansen, at det svenske forbudet ikke var i overensstemmelse med proporsjonalitetsgrunnsetningen.⁴⁴

³⁹ Sak C-376/98 *Tyskland mot Parlamentet og Rådet (Tobakk 1)*, Sml. 2000 s. I-8419.

⁴⁰ Sak C-380/03 *Tyskland mot Parlamentet og Rådet (Tobakk 2)*, Sml. 2006 s. I-11573.

Se *Tobakk 2*, premiss 145. Se også Francis Jacob, "Recent Developments in the Principle of Proportionality in EC Law", i Evelyn Ellis, "The Principle of Proportionality in the Laws of Europe", Hart Publishing 1999, s. 21; og Takis Tridimas, "The General Principles of EU Law", 2. utgave, Oxford University Press 2006, s. 193.

⁴² Det engelske uttrykk er "manifestly inappropriate". I blant blir det også oversatt som "åpenbart uegnet", se for eksempel premiss 68 i sak 16/10 *Philip Morris Norway mot Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*. I saken anførte Storbritannia at en "åpenbart uegnet" test fant anvendelse; anførsel som EFTA-domstolen ikke fulgte.

⁴³ *Tobakk 2*, premiss 87.

⁴⁴ Ankeinstansens dom er tilgjengelig på <http://www.marknadsdomstolen.se>; dom av 5. februar 2003 i mål Dnr. B 1/02 (2003: 5). Ved søkning i feltet "avgöranden" og dernest i feltet "2003" finner man dommen.

Ankeinstansen, Marknadsdomstolen, la i sin dom vekt på at den svenske stat har mange andre og mer virkningsfulle midler til sin rådighet som var mindre inngripende over for det frie varebytte. Dommen inneholder for øvrig opplysninger om finsk rett, og det fremgår at Finland liberaliserte sitt omfattende forbud mot alkoholreklame i 1994 blant annet på grunnlag av EU-rettslige overveielser. Liberaliseringen innebar at en grense på 22 % alkoholinnhold ble avgjørende for om det kunne reklameres. I Sverige ble forbudet i oppfølging av Marknadsdomstolens dom liberalisert, slik at det kan reklameres for alkoholholdig drikk som inneholder mindre enn 15 % alkohol.

I *Pedicel* saken fant Høyesterett at det norske forbudet mot alkoholreklame var i overensstemmelse med proporsjonalitetsgrunnsetningen.⁴⁵ Det minnes om at saken dreide seg om reklame i et spesialisert tidsskrift for "gourmeter og vinelskere". Høyesterett fant at enhver oppmykning av forbudet mot alkoholreklame ville redusere effektiviteten av forbudet. Høyesterett tillot det i den sammenheng vekt at selv om reklame nok ville ha begrenset virkning på kjøpere av tidsskriftet, kunne det samme ikke legges til grunn i forhold til eventuelle andre lesere av tidsskriftet, så som ektefelle, barn, naboer eller venner.⁴⁶

Høyesteretts proporsjonalitetsvurdering står i kontrast til den vurdering som EU-domstolens generaladvokat hadde anlagt i *Gourmet* saken. Han uttalte blant annet:

"Jeg er imidlertid ikke overbevist om, at det - på baggrund af målsætningen om at begrænse voksnes lovlige alkoholforbrug - er hverken nødvendigt eller effektivt at opstille et forbud mod kommercielle reklamer for alkoholholdige drikkevarer i alle medier, der retter sig til offentligheden, når det tages i betragtning, at sådanne reklamer under alle omstændigheder skal overholde kravet om »særlig tilbageholdenhed«. Der findes mange dele af medierne, som børn og unge sandsynligvis ikke kommer i kontakt med, og det er heller ikke sandsynligt, at børn og unge viser interesse for sådanne tidsskrifter, kun for at opleve spændingen ved at læse en »særlig tilbageholdende« annonce for en alkoholholdig drikkevarer (i denne henseende kan situationen ikke sammenlignes med f.eks. et forbud mod reklamer med et klart seksuelt indhold)."

Høyesteretts dom og dommen til den svenske Marknadsdomstol kan neppe forenes; det var ingen vesensforskjeller mellom det svenske forbud og det norske. Det har dog, meg bekjent, ikke vært interesse for Høyesteretts dom fra ESAs side eller EUs side.⁴⁷ Grunnen til den manglende interesse må nok søkes i EØS-avtalens regler om produktdekning som innebærer at vin faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 11; og vin er nok det EØS produkt som i praksis primært vil dra fordel av en liberalisering av forbudet mot alkoholreklame. Eller sagt med andre ord: Det er neppe vilje til å bruke tid og ressurser på en dom som med overveiende sannsynlighet ikke treffer det rette og som har begrenset betydning i praksis.

Sammenfattende må det konstateres at ingen av dommene er noe prejudikat til støtte for nødvendigheten av totalforbud mot reklame. Rettspraksis fra EU-domstolen om EUs forbud mot tobakksreklame som ikke var noe totalforbud har ikke overførselsverdi.

⁴⁵ Rt.2009 s. 839

⁴⁶ Avsnittene 59 – 61.

⁴⁷ EU kunne reise eventuelle betenkeligheter i det Blandede EØS-utvalg på grunnlag av artikkel 92 i EØS-avtalen.

Høyesteretts dommer har ikke noen definitiv prejudikatverdi generelt når det gjelder EØS-retten, og nok især ikke vedrørende det foreliggende spørsmål hensett til de avvikende oppfatninger som det er gitt uttrykk for i Luxembourg, Sverige og Finland.

Jeg skal nå vurdere den nødvendighetsprøving som foretas i Høringsnotatene.

6.2.7 Nødvendighetsprøvingen i høringsnotatene

I en situasjon der det ikke kan etableres en årsakssammenheng mellom markedsføring av "usunn" mat og drikke og overvekt i hos barn og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen, vil et forbud mot markedsføring rettet mot barn av «usunn» mat og drikke vanskelig være et nødvendig virkemiddel for å fremme folkehelsen. Et markedsføringsforbud vil av de samme grunner som er redegjort for under drøftelsen i 6.2.3 og 6.2.4 ikke kunne begrunnes som nødvendig for å realisere folkehelsehensyn.

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

Høringsnotatet av 2012 problematiserte ikke om andre typer tiltak enn restriksjoner på de ervervsdrivendes markedsføring kan hindre kostholdsrelaterte sykdommer og fremme folkehelsen. I en situasjon der det hefter usikkerhet ved reklamens bidrag til barns overvekt og kostholdsrelaterte sykdommer i befolkningen, vil andre forebyggende tiltak rettet for eksempel mot hvordan folk setter sammen sitt kosthold kunne være mer presise og mindre inngripende virkemidler. Det kan for eksempel tenkes at tiltak rettet mot foreldrene, for eksempel informasjon om kosthold, ville vært tilstrekkelig effektivt. Kampanjer i massemediene anses også som et virkningsfullt middel.

I høringsnotatet av 2013 foretar departementene heller ikke noe vurdering av mindre restriktive tiltak. Departementene anfører:

"Markedsføringsforbudet må betraktes som et supplement og ikke et alternativ til andre tiltak. En helhetlig tilnærming kan gi synergieffekter ved at effekten av en pakke med tiltak kan være større enn summen av effekten av enkelttiltakene. Dette må tas i betraktning ved nødvendighetsvurderingen. Det innebærer at selv om det finnes andre tiltak som kan påvirke kostholdet i befolkningen, utelukker ikke det tiltak som kan ha effekt på andre måter og overfor andre målgrupper. Denne tilnærming er i tråd med Oslo tingretts vurdering i Philip Morris saken."

Det er påfallende at departementene til støtte for sin oppfatning kun viser til Oslo tingsretts dom. Jeg er ikke kjent med at EU-domstolen eller EFTA-domstolen har anlagt en tilnærming som svarer til Oslo tingretts. Jeg er kjent med at staten i *Philip Morris* saken for EFTA-domstolen forfektet et noe liknende standpunkt.⁴⁸ EFTA-domstolen nevnte det ikke i sin avgjørelse.

Departementenes synspunkt er ikke akseptabelt EØS-rettlig. Hvis det skulle forholde seg slik som departementene hevder, blir sluttresultatet at det ikke er noen

⁴⁸ Se rettsmøterapporten i sak E-16/10, *Philip Morris Norway mot Staten v/Helse-og omsorgsdepartementet*, avsnitt 100.

nødvendighetsprøving. Staten vil nemlig alltid kunne hevde at alle tiltak, være seg mer eller mindre restriktive, er innbyrdes supplerende tiltak. Etter EØS-retten må staten *først* vurdere om det mindre restriktive tiltak kan lede til den tilsiktede effekt. Viser det seg ikke å være tilfellet kan staten *dernest* vurdere det mer restriktive tiltaket. Staten kan ikke endre rekkefølgen av disse vurderinger ved å hevde at alle tiltak er innbyrdes supplerende.

Det er derimot i god overensstemmelse med EØS-retten når departementene nå har besluttet ikke å regulere, men å la bransjen selvregulere. Selvregulering er nemlig et mindre restriktivt tiltak enn et totalforbud som foreslått i forskriftens § 4. Hvis departementene ved vurderingen av selvreguleringen i 2015 skulle konkludere at et totalforbud bør gjennomføres, må departementene, i det minste, klart redegjøre for hvorfor de mener at det mindre restriktive tiltak, selvreguleringen, ikke har fungert tilfredsstillende.

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

7. SEKUNDÆRLOVGIVNINGEN

7.1 Innledning

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

7.2 Fjernsynsdirektivet og ATM-direktivet

Min betenkning av 5. september 2005 redegjør for rettsstillingen etter fjernsynsdirektivet og ATM-direktivet. Høringsnotatet av 2013 gir i vidt omfang uttrykk for synspunkter som samsvarer med min redegjørelse. Jeg skal derfor begrense meg til nedenstående kommentarer.

I høringsnotatet av 2013 skriver departementene:

"HOD og BLD er enige i at fjernsynsdirektivet og AMT-direktivet setter rammene for regulering av audiovisuelle tjenester innenfor EØS-området.

Det er riktig at senderstatsprinsippet er bærende i disse direktivene. Utgangspunktet er at audiovisuelle sendinger kan sendes i hele EØS-området, dersom de samsvarer med direktivenes krav og med nasjonal rett i avsenderlandet. Dette innebærer for eksempel at en TV-kanal som er etablert i Storbritannia kan sende sine sendinger i Norge, forutsatt at sendingene tilfredsstillers britisk rett og direktivene. Det er britiske myndigheter som har myndighet til å påse at disse sendingene tilfredsstillers kravene.

Departementene mener det er viktig å skille tjenesteytere etablert i Norge fra tjenesteytere etablert i andre EØS-land. En medlemsstat kan fastsette strengere regler enn det som følger av direktivet for tilbydere av medietjenester som er etablert innenfor eget territorium. Det britiske forbudet mot markedsføring av usunn mat i TV-sendinger rettet mot barn, er et eksempel på dette.

Departementene mener at forskriftsutkastet ikke vil stride mot EØS-regelverket om audiovisuelle tjenester, dersom det bare 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."

Det som departementene skriver er riktig. Imidlertid og som det fremgår ovenfor er den nevnte forutsetning ikke oppfylt.

Høringsnotatet av 2013 fortsetter:

"[Sendestatsprinsippet] betyr ikke nødvendigvis at norske myndigheter aldri vil kunne reagere overfor sendinger som kommer fra andre EØS-land. HOD og BLD mener at nasjonale myndigheters handlingsrom etter EØS-regelverket om audiovisuelle tjenester er uklart på dette punktet. Det foreligger avgjørelser fra EU-domstolen som tilsier at medlemsstater har rett til å anvende nasjonale regelverk på sendinger fra tjenesteytere etablert i andre EØS-land, der de som står bak disse sendingene bevisst forsøker å misbruke 'sendestatsprinsippet'."

Det er ikke korrekt at regelverket er uklart. Både fjernsynsdirektivet som endret ved direktiv 2007/65 og ATM-direktivet inneholder klare bestemmelser om slike "omgåelsessituasjoner".⁴⁹ Etter disse bestemmelser kan en medlemsstat reagere overfor omgåelsessituasjoner men det krever at den i direktivene foreskrevne prosedyre overholdes. Den prosedyre innebær blant annet at medlemsstatens tiltak skal godkjennes av Kommisjonen, i Norges tilfelle av ESA.

Departementene skriver endelig:

"Et spørsmål er om det er nødvendig å ta inn i forskriften en presisering om at norske regelverket bare skal gjelde for norske virksomheter. HOD og BLD vil vise til at slike presiseringer ikke er vanlige i norske regelverk. Det følger av alminnelige juridiske prinsipper at norsk regelverk bare gjelder for norske rettssubjekter."

Essensen av dette synspunkt er at forskriftens tekst angir et videre anvendelsesområde enn det som den materielt har. Det er etter min mening tvilsomt om synspunktet er i overensstemmelse med norske prinsipper for god lovgivningsteknikk og om det oppfyller de krav som følger av EØS-retten om at lovgivningen skal være klar.⁵⁰ ⁵¹ Det er også tvilsomt om synspunktet i seg selv gir et korrekt bilde av norske rettsprinsipper: Forbud er

⁴⁹ Artikkel 4 i ATM-direktivet, og artikkel 3 i fjernsynsdirektivet, som endret ved direktiv 2007/65.

⁵⁰ Jf *Laval* og *Kloppenborg*, sitert ovenfor. Om "å lovgive i forarbeidene" som korrekt implementeringsteknikk av direktiver, se i øvrig sak 143/83 *Kommisjonen mot Danmark*, Sml. 1985 s. 427, og sak C-478/99 *Kommisjonen mot Sverige*, Sml. 2002 s. I-4117.

alminneligvis territorialt avgrensede i overensstemmelse med et virkingsprinsipp og ikke etter rettssubjektens nasjonalitet.

7.3 Direktivet om urimelig handelspraksis

Det spørsmål som skal drøftes i forbindelse med direktivet om urimelig handelspraksis er om forskriften ligger innenfor direktivets anvendelsesområde.

Svares det bekreftende på det spørsmål, ligger det fast at forskriften er i strid med direktivet. Direktivets regulering innebærer nemlig et forbud mot generelle nasjonale forbud med mindre forbudet er hjemlet i vedlegget til direktivet.⁵² Vedlegget til direktivet hjemler ikke et forbud som forskriftens.

Høringsnotatet av 2013 anfører at direktivet omfatter handelspraksis som er egnet til å skade forbrukernes økonomiske interesser, og at beskyttelsen av forbrukernes helse faller utenfor direktivets anvendelsesområde.

Det er riktig, jf herved direktivets artikkel 1 og punkt 9 i fortaleten. I dette punkt anføres det blant annet:

”...Medlemsstaterne vil således kunne opretholde eller indføre restriktioner og forbud vedrørende handelspraksis, der er begrundet i hensynet til forbrugernes sundhed og sikkerhed på deres område, ..., f.eks. i forbindelse med alkohol, tobak eller lægemidler...”

Ved vurderingen om forskriften beskytter forbrukernes økonomiske interesser eller deres helse, mener departementene at det må legges avgjørende vekt på formålet med den foreslåtte regulering. Departementene viser dernest til at forskriftens formål, jf. forskriftens § 1, er helseformål, og at forskriften er hjemlet i matlovens § 10 som avgir hjemmel for forbud mot helsemessig uønsket markedsføring. Departementene viser også til at den helsemessige vurdering av forskriften fremgår av høringsnotatet av 2012 og de kildene som dette bygger på.

Det skal medgis at departementenes argumentasjon ved første øyekast virker velfundert og at resultatet synes riktig. Det er dog ikke sikkert. Usikkerheten kommer seg av at EU-domstolen har anlagt en svær vid tolkning av direktivet.⁵³ Denne rettspraksis er for eksempel avspeilet i en grunnlagt uttalelse som ESA avgav til Norge den 20. mars 2013 vedrørende Norges forbud om opptjening av bonuspoeng i innenriks flyvning. Jeg vil kort referere saksforholdet og uttalelsen fordi den kaster lys over rettspraksis og den bruk som ESA gjør av den.

Saken angikk som sagt forbudet mot bonuspoeng. Et av spørsmålene i saken var om forbudet lå innenfor anvendelsesområdet for direktivet om urimelig handelspraksis. Det var på det rene at hvis svaret var bekreftende, strek forbudet mot direktivet. Svaret på spørsmålet avhang av om forbudet var rettet mot å beskytte forbrukernes økonomiske interesser eller bare å beskytte konkurransen på markedet for flyreiser. Til støtte for å

⁵² Om forholdet mellom direktivet, på den ene side, og fjernsynsdirektivet og ATM-direktivet vises det til min betenkning av 5. september 2012.

⁵³ Se blant annet sak C-206/11 *Köck*, ennå ikke offentliggjort i Sml, sak C-540/08 *Mediaprint*, Sml. 2010 s. I-10909, og sak C-304/08 *Plus Warenhandels-gesellschaft*, Sml. 2010 s. I-217.

svare benektende på spørsmålet anførte Norge en argumentasjon som har likhetstrekk med den som departementene anfører i høringsnotatet av 2013, nemlig: Forbudets formål var å beskytte konkurransen, ikke forbrukernes økonomiske interesser og forbudet var vedtatt med hjemmel i konkurranseloven som avgir hjemmel for å vedta konkurransemessige tiltak.

ESA ble ikke overbevist av Norges argumentasjon. ESA konstaterte først at forbudet regulerte en handelspraksis i direktivets forstand. ESA anførte deretter at det har formodningen for seg at en regulering som vedrører en handelspraksis har sikte på forbrukerbeskyttelse:

"The Court in Köck thus established a presumption that measures aimed at commercial practices with the Directive are measures which pursue objectives relating to consumer protection. That presumption must surely apply to the present instance."

Ifølge ESA var det heretter opp til Norge å avkrefte den formodning, noe Norge ikke gjort ifølge ESA:

"The Norwegian Government has adduced no evidence to rebut this presumption, save for declaring that, in the national legislation, there is no mention of consumer protection as an objective."

The Authority contends that the banning of a consumer-focused commercial practice – no matter how strong strongly the national legislator insists the aim is competitive regulation – cannot be wholly lacking the elements of an objective to regulate commercial practices, nor of an (inferred) intention to protect consumers. ..."

ESA fastslo dernest at forskriften rent faktisk forsøkte å endre forbrukeradferd:

...the legislation was intended to change customer purchasing habits, encouraging consumers to move away from all-inclusive carriers and towards low-cost airlines, and making competition on price the most important competitive parameter..."

ESA's argumentasjon kan overføres punkt for punkt til denne sak.

I forbindelse med dette direktivet er det også grunn til å knytte noe særskilte bemerkninger til forbudet mot å opplyse om lokkeeffekter på emballasjen (tilgift). Forbudet er enten så strengt at det rammer enhver i praksis forekommende opplysning om tilgift, eller så er forbudet så vagt og generelt formulert at næringsdrivende av frykt for å komme innenfor forbudet vil avstå fra å opplyse om tilgiften. I begge tilfeller vil det ikke bli kommunisert om tilgiften. Det har ingen mening å yte tilgift hvis det ikke må kommuniseres om den. Dermed er realiteten at forskriftens forbud er et forbud mot tilgift. Det kan være at det ikke er den tilsiktede effekt men det er med overveiende sannsynlighet den faktiske effekt. Det følger av rettspraksis om direktivet om urimelig handelspraksis at generelle nasjonale forbud mot tilgift er i strid med direktivet.⁵⁴ Den regulering som forskriften således innebærer står i slående kontrast til direktivets regulering.

⁵⁴ Forente saker C-261/07 og C-299/07 *Total*, Sml. 2009 s. I-2949.

Det er etter dette min oppfatning at det er sterke argumenter for at direktivet om urimelig handelspraksis kommer til anvendelse.

Oslo, 22. august 2013

Advokatfirmaet Schjødt AS v/advokat dr. juris Olav Kolstad