

SCHJØDT

Orkla ASA
v/adv. Helen Engebrigtsen
Karenslyst Allé 6
0278 Oslo

Oslo , 21. august 2013
Dok.ref: 304062-504-2957616.1
Saksansvarlig advokat:
Olav Kolstad

KOMMENTARER TIL LEGALITETSVURDERINGEN I REVIDERT FORSLAG TIL FORSKRIFT OM MARKEDSFØRING RETTET MOT BARN AV "USUNN" MAT OG DRIKKE

Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) og Barne-, Likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD) sendte den 16.5.2013 revidert forslag til forskrift om markedsføring rettet mot barn av usunn mat og drikke ut på høring. I anledning høringen av det første forslaget til forskrift om markedsføring rettet mot barn og unge av usunn mat og drikke, utarbeidet advokat Vidar Strømme og undertegnede på oppdrag fra Orkla ASA en juridisk betenkning om det rettslige grunnlaget for en slik forskrift. Betenkningen "Forskrift med hjemmel i matloven § 10 – legalitetsvurdering" kan lastes ned fra <http://www.regjeringen.no/pages/37910168/Orkla2.pdf>.

Vi er av Orkla bedt om å foreta en vurdering av høringsnotatets drøftelser av den foreslåtte forskriftens hjemmelsgrunnlag i forhold til vår betenkning av 5.9.2012.

Høringsnotat av 16.5.2013 til revidert forskrift tar opp flere problemstillinger knyttet til det anførte hjemmelsgrunnlag for forskriften. Notatet fremstår likevel som ufullstendig, idet mange spørsmål som ble tatt opp av høringsinstansene forrige gang er utelatt. Omtalen av de problemstillinger som blir behandlet, inneholder gjennomgående forhold som er tatt hensyn til i vår utredning. Høringsnotatet inneholder ikke vurderinger som påvirker drøftelsene eller konklusjonene i vår betenkning.

Vi vil likevel knytte enkelte kommentarer til Høringsnotatets drøftelse av forskriftens hjemmelsgrunnlag.

Innledningsvis bemerkes at det reviderte høringsnotatet mangler en drøftelse av de kvalitative hjemmelskrav som EMK og EØS stiller til norsk rett for å ivareta rettsikkerhetshensyn. Det mangler således en fullstendig drøftelse av om Norge oppfyller sine internasjonale forpliktelser. Tausheten er påfallende i lys av at forholdet ble påpekt i betenkningen fra Schjødt s. 25-26.

Pkt 5.2 i det reviderte høringsnotatet tar opp spørsmålet om matloven § 10 annet ledd hjemlet forslaget. På s. 33 anføres at departementene bevisst har valgt en lovgivningsteknikk som gir utvidet delegasjon. Påstanden om et bevisst valg står i sterk kontrast til at det ikke er spor av valget i kildene. Ennå mer påfallende er det at tolkningen er i strid med ordlyden i lovteksten. Departementene gjør et uttrekk av lovteksten og tolker disse ordene isolert. Her overses fullstendig

at innledningen "herunder" viser at ordlyden i annet ledd er direkte relatert til første ledd. Det er således direkte i strid med ordlyden å hevde at annet ledd gir utvidete fullmakter sammenlignet med første ledd. Departementene trekker feilen med seg inn i EØS delen når de på s 35 hevder det foreligger en klar lovhjemmel. Tolkningsspørsmålet er omtalt i utredningen til Schjødtt på s 16-19, se særlig s 17. Det er påfallende at departementene likevel ikke kommenterer forholdet.

På s 33-34 i høringsnotatet omtales matlovens historiske bakgrunn. Departementene fremhever at det har vært en utvikling i lovverket, men overser at det tilsier at den aktuelle hjemmel - som ikke er endret - har mer begrenset rekkevidde enn senere reguleringer.

På s 35 i høringsnotatet bemerkes at nåværende forslag er mindre omfattende enn det foregående. Her nedtones i uforholdsmessig grad at nåværende forslag fortsatt er meget byrdefullt og har til dels uoversiktlige virkninger.

På s 35 nederst tas også opp betydningen av at forslaget er straffesanksjonert. Betragtningene i notatet om at det er mange som ikke vil bli straffet, er lite dekkende for situasjonen til de som vil bli straffet. Her overses at rettsikkerhetsgarantier oppstilles nettopp av hensyn til dem som rammes av de aktuelle regler. Til illustrasjon kan vises til læren om direktivkonform tolkning av lovgivning som er EØS-basert. Læren om at nasjonale regler presumeres å være i overensstemmelse med relevante direktiv, får ikke anvendelse på straffesanksjonerte reguleringer. Unntaket fra læren gjelder generelt uavhengig av hvor aktuell straffetrusselen antas å være i praksis. Departementenes vurderinger er således i strid med de rettsikkerhetsgarantier som legges til grunn i annen sammenheng uten at grunnlaget for avviket forklares nærmere.

På s. 36 øverst anfører departementene at forslaget har gjennomgått en grundig prosess. Her overses at diskusjonen om grundighet også referer seg til hvorvidt forslaget har demokratisk legitimitet. Forslaget fremstår pga departementenes motstand mot å legge reguleringen frem for Stortinget med et betydelig demokratisk underskudd. Dette skjer på tross av at departementene anerkjenner at reguleringen er kontroversiell, hvilket tilsier at Stortinget bør involveres, jf høringsnotatet s. 35 annet avsnitt.

Det bemerkes videre at det er et påfallende misforhold mellom betragtningene om at forslaget forventes å generere stor helsegevinst, jf. s. 45 om konsekvenser av forslaget, og departementenes lave krav til sannsynliggjøring av eventuelle fordeler, jf. 30 jf. s. 37. På s. 37 opplyser departementene at de legger til grunn at de bygger vurderingene på et beviskrav hvorefter det er tilstrekkelig at det er "rimelig grunn/fornuftig å anta at tiltaket vil kunne bidra til å beskytte folkehelsen". Når vurderingene i forslaget er basert på at det er en mulighet for at forslaget vil kunne ha positive virkninger, er det vanskelig å se grunnlaget for påstanden om at det er grunnlag for å forvente store helsegevinster.

På s. 46-47 kommenteres konsekvenser for næringslivet av forslaget. På samme måte som i notatet s. 35, nedtones her byrdene for næringslivet. Illustrerende er departementenes uttalelse på s. 47 om at de "tar på alvor" konkurransemessige utfordringer for næringslivet, men uten at det i fortsettelsen foreslås en eneste justering av forslaget for å imøtekomme de erkjente problem som forslaget reiser.

Oppsummeringsvis har drøftelsen av den foreslåtte forskriftens hjemmelsgrunnlag fått en meget begrenset behandling i det reviderte høringsforslaget. Tunge innvendinger knyttet til lovtolkning

og kvalitative hjemmelskrav er kort og godt utelatt fra drøftelsen, mens momenter som taler i favør av departementenes lovtolkning presenteres uten at alle relevante motargument tas høyde for. Resultatet er at drøftelsen blir ubalansert og argumentasjonen ufullstendig. Utkastet til forskrift har fått en noe begrenset rekkevidde i det reviderte forslaget sammenlignet med forslaget i forrige høring. Forslaget er imidlertid fortsatt av samme karakter og reiser i utgangspunktet tilsvarende hjemmelsspørsmål. Vi fastholder således at utkastet til forskrift ikke har hjemmel i matloven § 10 annet ledd. Videre er det vår vurdering at det foreslåtte forbudet uansett bør reguleres direkte i formell lov og ikke overlates til forskrift.

Med vennlig hilsen

ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS



Hugo P. Matre

advokat/partner PhD

hugo.matre@schjodt.no