

Helse- og omsorgsdepartementet

Via elektronisk høringsportal

Vår dato: 22. november 2024

Deres dato: 22. august 2024

Vår referanse: LED/-/16/F/004D

Deres referanse: 24/3017

Høring om forslag til ny forskrift om forbud mot markedsføring av visse næringsmidler rettet mot barn og forslag til ny hjemmel i matloven § 26 a for å kunne ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på forskriften.

NHO Mat og Drikke viser til Helse- og omsorgsdepartementets brev datert 22. august 2024 vedrørende høring om forslag til ny forskrift om forbud mot markedsføring av visse næringsmidler rettet mot barn og forslag til ny hjemmel i matloven § 26 a for å kunne ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på forskriften, og oversender med dette vår høringsuttalelse.

Oppsummert vil NHO Mat og Drikke understreke at norske myndigheter, bedrifter og bedriftenes organisasjoner lenge har hatt et omfattende samarbeid for å bidra til et sunnere kosthold i hele befolkningen. I valget av hvilke produkter som skal inngå i kostholdet, har markedsføring betydning. Dette var bakgrunnen for at Matbransjens faglige utvalg (MFU) ble etablert i 2014, og siden har behandlet over 300 klager og veiledet aktører ved 150 forhåndsuttalelser.

NHO Mat og Drikke deler fullt ut departementets mål om at det er viktig at «barn beskyttes mot markedsføring av produkter som er helsemessig uønsket ut fra et kostholdsperspektiv», men er uenig i at markedsføring rettet mot barn skal reguleres særskilt utover det som allerede følger av markedsføringsloven og kringkastingsloven, og en selvreguleringsordning i form av et videreutviklet MFU. Dersom myndighetene likevel ønsker en regulering mener vi at denne ikke kan utformes slik departementet har foreslått i høringsnotatet, og uansett at denne etter sin karakter og omfang, må vedtas i en formell lov, og ikke gjennom en forskrift.

NHO Mat og Drikkes uttalelse til Stortingets helse- og omsorgskomite om Prop. 120 L (2023-2024) *Endringer i matloven mv. (forskriftshjemmel for å fremme helse)* følger derfor vedlagt til orientering. Denne uttalelsen er særlig relevant i drøftingen av det rettslige grunnlaget for forskriften i del I punkt 3 nedenfor.

NHO Mat og Drikke har ellers følgende vurderinger av Helse- og omsorgsdepartementets høringsnotat og forskriftsforslag:

- Det er kritikkverdig at departementet ikke har vurdert et styrket Matbransjens faglige utvalg som et mer effektivt og dynamisk alternativ til en forskriftsregulering. Dette er også fremholdt av Regelrådet i deres uttalelse.
- Forskriftsforslaget innebærer for alle praktiske formål at Norge, i stedet for et begrenset forbud mot markedsføring rettet mot barn, innfører et tilnærmet markedsføringsforbud for en rekke produkter for alle aldersgrupper. Likevel bagatelliserer departementet i høringsnotatet konsekvensene av forslaget. Dette gir et misvisende bilde av hva som faktisk er foreslått.
- Det er uryddig at departementet har notifisert forskriftsforslaget i samsvar med EU Technical Regulation Informations System parallelt med at den nasjonale høringen gjennomføres. Ved denne fremgangsmåten skaper departementet tvil om høringen er reell.

- Selve notifikasjonen fremstår i seg selv dels også som så ufullstendig at den er grensende til å være misvisende på enkelte punkter.
- Forskriftsforslaget er på sentrale områder uklart og upresist, og det legges i altfor stor grad opp til skjønnsmessige avgjørelser. I kombinasjon med de vidtrekkende sanksjonene gir dette en uakseptabel uforutsigbarhet for næringsaktørene.
- Forslaget om at Helsedirektoratet skal være tilsynsorgan kan ikke støttes. Forskriften omhandler markedsføring av lovlig omsettelige produkter, og tilsynsorganet bør i så fall være Forbrukertilsynet. Dette synes forsterkes av at Markedsrådet er foreslått som klageinstans.
- Forslaget vil åpenbart være til særlig ulempe for norske mat- og drikkeprodusenter, men vil ikke påvirke aktører som driver markedsføringsaktiviteter mot norske forbrukere fra utlandet. Dette gir en uheldig konkurransevridning til ugunst for norske bedrifter. Dette vil igjen kunne få negative konsekvenser for verdiskapingen og sysselsettingen i norsk mat- og drikkeproduksjon, og dermed være i direkte strid med regjeringens mål for utviklingen av den største norske fastlandsindustrien.
- Forskriftsforslaget er også utformet slik at det fører til en helt tilfeldig konkurransevridning både mellom norske mat- og drikkeprodusenter og mellom nasjonale produsenter og importører av mat- og drikkevarer.
- Det er oppsiktsvekkende at de betydelige konsekvensene forskriftsforslaget vil få for frivillig sektor knapt er omtalt i høringsnotatet.
- EØS-retten er mangelfullt utredet og til dels misvisende fremstilt. De EØS-rettslige analysene i høringsnotatet er ikke et forsvarlig grunnlag for de foreslåtte forskriftsreglene.
- Inngrepsvilkårene etter Grunnloven § 100 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 10 er ikke oppfylt i departementets forslag.

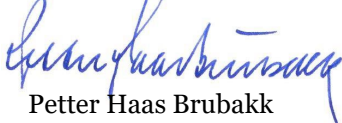
NHO Mat og Drikke mener på denne bakgrunn at den foreslåtte forskriften ikke kan tre i kraft slik departementets forslag er utformet. Disse synspunktene utdypes nedenfor i denne høringsuttalelsen, som er *inn delt* slik:

- DEL I HELSE- OG OMSORGSDEPARTEMENTETS FORSLAG TIL FORSKRIFT OM FORBUD MOT MARKEDSFØRING M.V. (side 4).
1. Et styrket Matbransjens faglige utvalg er fortsatt en bedre løsning enn en forskriftsregulering.
 2. Overordnede vurderinger av Helse- og omsorgsdepartementets tilnærming til forskriftsreguleringen, herunder forholdet til Grunnloven § 100 og Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 10.
 3. Kommentarer til de enkelte bestemmelsene i forslaget til forskrift.
 4. Mangelfulle vurderinger av økonomiske og administrative konsekvenser.
- DEL II EØS-RETTLIGE VURDERINGER AV FORSLAGET TIL FORSKRIFT (side 17).
1. Forholdet til sekundærretten.
 2. Forslaget vurdert opp mot den generelle EØS-retten.
 3. Meldeplikt til ESA etter EØS-høringsloven – og stillstandsplikt.
- DEL III FORSLAGET TIL NY HJEMMEL I MATLOVEN FOR Å KUNNE ILEGGE OVERTREDELSESGBYR VED BRUDD PÅ FORSKRIFTEN (side 25).

NHO Mat og Drikke har i arbeidet med høringsuttalelsen fått bistand fra Kvale Advokatfirma DA ved advokatene Gjermund Mathisen, Marie Agerup Kildahl og Jens Edvin Skoghøy. Kvales notat med vurdering av forholdet til Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 følger i sin helhet vedlagt uttalelsen. De EØS-rettslige vurderingene er helt sentrale i høringsuttalelsen, og er derfor inntatt i del III.

NHO Mat og Drikke står til Helse- og omsorgsdepartementets disposisjon dersom departementet har spørsmål til vurderingene i høringsuttalelsen e.l. Vi viser ellers til høringsuttalelsene fra en rekke berørte medlemsbedrifter og fra MFU, der NHO Mat og Drikke er en av eierorganisasjonene.

Med vennlig hilsen
NHO Mat og Drikke



Petter Haas Brubakk
Administrerende direktør

Vedlegg:

1. NHO Mat og Drikkes uttalelse til Stortingets helse- og omsorgskomiteé datert 22. oktober 2024 vedrørende Prop. 120 L (2023-2024) *Endringer av matloven mv. (forskriftshjemmel for å fremme helse.*
2. Kvale Advokatfirma DAs betenkning datert 29. oktober 2024 vedrørende *Vurdering av forholdet til Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Helse- og omsorgsdepartementets høringsnotat 22. august 2024 om markedsføring av visse næringsmidler.*

Del I:
HELSE- OG OMSORGSDEPARTEMENTETS FORSLAG TIL FORSKRIFT
OM FORBUD MOT MARKEDSFØRING AV VISSE NÆRINGSMIDLER RETTET MOT BARN.

1. Et styrket Matbransjens faglige utvalg er en bedre løsning enn en forskriftsregulering.

NHO Mat og Drikkes utgangspunkt er at markedsføring, både generelt, men særlig overfor barn, allerede er strengt og omfattende regulert i Norge. Regjeringen varslet i Meld. St. 15 (2022-2023) *Folkehelsemeldinga* at den til tross for dette ville vurdere ulike tiltak for å verne barn bedre mot markedsføring av usunn mat og drikke, og fremholdt at

«alternative løsninger kan vere regulering av slik marknadsføring eller tiltak for å styrke ordninga til Matbransjens faglige utvalg».

Denne avveiningen mellom ulike løsningsmodeller har likevel ikke funnet sted. Helse- og omsorgsdepartementet¹ har etter Stortingets anmodningsvedtak av 2. juni 2023 istedenfor valgt å kun arbeide videre med en forskriftsregulering i det som fremstår som en meget lukket prosess. NHO Mat og Drikke mener av flere grunner, at dette er uheldig.

Argumentene for hvorfor en selvreguleringsordning samlet sett vil være mer effektiv fremfor en forskriftsregulering, er like sterke i dag som da daværende helse- og omsorgsministeren Jonas Gahr Støre konkluderte med å legge det forskriftsforslaget som forelå da til side, bad næringsaktørene organisere en selvreguleringsordning og 5. juni 2013 uttalte bl.a. følgende:

«Den norske modellen i aksjon for barn og unges helse! I dag har mat- og drikkevarebransjen vist at de vil ta ansvar for å beskytte barn og unge mot markedsføring av usunn mat og drikke. De vil være en del av løsningen, og lanserer en bransjestyrt ordning for regulering av reklame mot barn og forplikter seg til å vise særlig aktsomhet i forhold til ungdom.»

Det har hele tiden vært på det rene at myndighetene ville kunne velge å forskriftsfeste et markedsføringsforbud dersom erfaringene med selvreguleringsordningen tilsa at denne ikke ble oppfattet å være tilstrekkelig effektiv. Mye av kritikken mot MFU fra myndighetene og andre dreier seg imidlertid om at selvreguleringsordningen er styrt av næringslivet, at ordningen er klage- og ikke tilsynsbasert og at ordningen ikke har sanksjonsinstrumenter.

Denne kritikken er vanskelig å forstå i lys av at myndighetene selv valgte en klagebasert ordning styrt av næringslivet og uten andre sanksjonsvirkemidler enn «naming and shaming» fremfor en regulering i 2013. Når det som NHO Mat og Drikke også kommer tilbake til nedenfor, heller ikke er gjennomført noen kvantitative analyser av markedsføringstrykket mot barn som tilsier at utviklingen går i feil retning, er det vanskelig å forstå hva som har endret seg så vesentlig at det forsvarer den foreslåtte reguleringen.

NHO Mat og Drikke mener at særlig tre grunner taler for at et styrket MFU fortsatt vil være en bedre løsning enn en regulering:

- Dagens selvreguleringsordning er for det første en mer fleksibel ordning som vil kunne endres raskere i takt med utviklingen i medievaner, produktinnovasjoner m.v. enn det en regulering vil kunne være. Den vil også kunne videreføre dagens viktige praksis med forhåndsuttalelser, som bidrar til å unngå uheldig markedsføring. MFU foretar også helhetsvurderinger etter tre kjente kriterier som skal vektlegges.

¹ I det følgende betegnet som «departementet», om ikke noe annet fremgår av sammenhengen.

- En løsning som innebærer et styrket MFU vil for det *andre* ikke innebære de mange krevende og inngripende rettslige spørsmål som det nå, som i 2012 og 2013, er åpenbart at en regulering vil gjøre, men vil kunne oppnå mange av de samme hensynene som myndighetene er opptatt av på en mer smidig måte.
- *Sist, men ikke minst*, vil en ordning etablert og forvaltet av næringsaktørene fortsatt virke disiplinerende.

NHO Mat og Drikke mener at det er uheldig at departementet ikke har konkretisert myndighetenes forventninger til hvordan selvreguleringsordningen kunne styrkes i den hensikt å oppnå de hensynene man legger stor vekt på i høringsnotatet, og heller ikke har foretatt noen grundig vurdering av hvordan målet om å beskytte barn mot uønsket markedsføring faktisk kan oppnås gjennom mindre inngripende virkemidler enn en forskrift. Selv om departementet opplagt ikke vil kunne *styre* en prosess med justering av MFUs retningslinjer eller innretning av ordningen, slik departementet peker på i høringsnotatet punkt 6.4, er det like opplagt at MFU ville *tillagt departementets vurderinger svært stor vekt* i arbeidet med å videreutvikle ordningen.

Vurderingen av alternative løsninger til en forskriftsregulering utgjør kun litt over én side i et ellers omfattende høringsnotat. Realiteten er at departementet ikke på noe tidspunkt har gått i dialog med MFU, MFUs eiere eller, så vidt vites, andre aktører i den hensikt å vurdere alternative løsninger til den reguleringen som nå er foreslått. Det ville bl.a. vært mulig å drøfte grundig hvordan MFU i en kombinasjon med eksisterende tilsynsorganer, som Forbrukertilsynet, kunne etablert et system som innebar at gjentatte eller særlig alvorlige brudd på retningslinjene kunne vært sanksjonert med hjemmel i gjeldende lovgivning. NHO Mat og Drikke viser i forlengelsen av dette til MFUs brev til departementet datert 25. august 2023.

Departementet peker riktignok på² at næringen kan videreføre enkelte elementer ved selvreguleringsordningen, som f.eks. forhåndsavklaringer. Dette fremstår som lite gjennomtenkt, og underbygger vår oppfatning om at departementet ikke synes å erkjenne hvor inngripende og vidtrekkende den foreslåtte forskriften faktisk er. Det må være innlysende at næringen eller næringsorganisasjoner *ikke* kan påta seg ansvaret for å gi forhåndsavklaringer til virksomheter om forståelsen av en myndighetsfastsatt regulering som i utstrakt grad legger opp til skjønnsutøvelse fra et offentlig tilsynsorgan, og der overtredelser vil kunne medføre betydelige sanksjoner som utgjør straff i Den europeiske menneskerettskonvensjonens forstand. I forlengelsen av dette fremstår også parallellen departementet trekker til Næringslivets Konkurranssutvalg, som lite relevant i sammenhengen.

2. Overordnede vurderinger av departementets tilnærming til forskriftsreguleringen.

NHO Mat og Drikke mener at departementet gjennomgående overdriver de positive virkningene et markedsføringsforbud vil kunne ha for barns helse, mens konsekvensene av reguleringen systematisk bagatelliseres.

Omtalen av situasjonen i andre land virker selektiv, og det er bl.a. påfallende at det ikke vises til hvilke rammer som gjelder for markedsføring rettet mot barn i våre nærmeste naboland. Danmark og Sverige er viktige markeder for grensehandelen, og språkbarrierene mellom disse to landene og Norge er beskjedne. Det er også vanlig å se hen til Danmark og Sverige i norsk lov- og regelverksutvikling.

De parallelle strukturene i våre to naboland kan så vidt NHO Mat og Drikke vet, oppsummeres på følgende måte:

Danmark har hatt Kodeks for Fødevarereklamer siden 2008, og hele verdikjeden for mat- og drikkevarer arbeider sammen med Forum for Fødevarereklame. Ordningen minner om MFU, og behandler på samme måte klager. I tillegg gir den danske markedsføringsloven høy grad av beskyttelse for barn og unge, mens fødevarereloven inneholder forbud mot villedende markedsføring.

² Høringsnotatet punkt 6.4.

I *Sverige* er Stiftelsen Reklamombudsmannen etablert som næringslivets selvreguleringsordning for kommunikasjon. Forbrukere, bedrifter og andre organisasjoner kan innklage reklame for brudd på reglene for reklame og markedskommunikasjon som er fastsatt av International Chamber of Commerce. Det fremholdes at selvreguleringsordningen kan endres raskere enn reguleringer, og dermed enklere tilpasses et marked i endring. Ordningen kompletterer lovgivningen, og systemene fungerer parallelt.

Den svenske markedsføringsloven inneholder særskilte krav til markedsføring som retter seg mot barn. Formålet er å beskytte barn mot utilbørlig markedsføring. Det svenske Konsumentverkets veiledning om markedsføring av næringsmidler til barn fremholder på sin side at markedsføring ikke skal oppmuntre til helsemessig uønskede matvarer.

NHO Mat og Drikke er uansett ikke kjent med at noen andre europeiske land har innført et forbud mot markedsføring av «usunn matvarer» eller HFSS-produkter³ rettet mot barn opp til 18 år.

NHO Mat og Drikke mener videre at de gjentatte parallellene som trekkes til totalforbudene mot markedsføring av alkohol og tobakk er lite treffende, ikke minst sett hen til hvilke produkter som skal være omfattet av reguleringen. Samtidig er det slik at forskriftsutkastet for mange praktiske formål innebærer at Norge innfører et tilnærmet markedsføringsforbud for alle aldersgrupper og for en rekke produkter. Dette gjelder også for produkter som er viktige for å nå målene i intensjonsavtalen om samarbeid for sunnere kosthold, som departementet og en rekke næringsaktører i verdikjeden for mat og drikke har undertegnet. NHO Mat og Drikke mener at dette er problematisk.

2.1 *Norske myndigheters melding til EFTAs overvåkingsorgan (ESA) i h.h.t. EØS-høringsloven § 4 skaper usikkerhet om høringen av forskriftsforslaget er reell og er uansett mangelfull.*

Det er kjent selv om departementet ikke har informert om dette, at Norge meldte de foreslåtte reglene til ESA 2. oktober 2024 via TRIS-mekanismen.⁴ Dette reiser usikkerhet ved om høringen av forskriftsforslaget er reell. EØS-høringsloven § 4 annet ledd fastslår at det må gis en ny melding til ESA dersom høringen fører til at det gjøres endringer som i vesentlig grad endrer virkeområdet eller innfører nye krav i reguleringen. Ved en ny melding til ESA gjelder en stillstandsplikt etter lovens § 6 i nye tre måneder, og de nye reglene blir etter § 9 uanvendelige dersom meldeplikten eller stillstandsplikten brytes.

Med dette utgangspunktet mener NHO Mat og Drikke at det er uheldig at departementet har meldt forskriftsutkastet til ESA *mens* høringen pågår.

NHO Mat og Drikke merker seg for øvrig at notifikasjonen bærer preg av å være en oppsummering av det nasjonale høringsnotatet, og at den dermed ikke gir en dekkende gjengivelse av høringen. Det henvises bl.a. ikke til at den eksisterende selvreguleringsordningen har en aktsomhetsbestemmelse utover den absolutte aldersgrensen på 13 år, og det etterlates et inntrykk av at omfanget av virksomheter som ikke retter seg etter selvreguleringsordningen er betydelig.

Selvreguleringsordningen har som departementet er godt kjent med, en aktsomhetsbestemmelse som er praktisert i flere kjennelser, og det er kun ett offentlig kjent tilfelle der en virksomhet har gitt uttrykk for at den ser bort fra kjennelsen i selvreguleringsordningen. Departementet viser heller ikke til andre eksempler enn nettopp dette ene tilfellet som er omtalt i høringsnotatet⁵.

På denne bakgrunn stiller NHO Mat og Drikke seg spørrende til at norske myndigheter i notifikasjonen

³ High fat, sugar and salt.

⁴ EU Technical Regulations Information System.

⁵ Høringsnotatet punkt 6.1, side 29.

etterlater et inntrykk av at omfanget av aktører som ikke mener MFUs retningslinjer har konsekvenser for dem er økende, ved at det anføres følgende:

«In recent years, several actors outside the traditional grocery stores have expressly violated the guidelines, stating that it has no consequences for them.»⁶

NHO Mat og Drikke mener at det er kritikkverdig at myndighetene ikke har fremstilt så vel selvreguleringsordningen som situasjonen i det norske markedet mer objektivt, og har adressert dette direkte overfor ESA og andre.

Meldeplikten til ESA og stillstandsplikten er ellers nærmere omtalt i del II punkt 3 nedenfor.

2.2 *Departementets forslag bygger ikke på undersøkelser om omfanget av markedsføring i Norge.*

Det er kritikkverdig at myndighetene ikke har gjennomført kvantitative analyser som sier noe om omfanget av og utviklingen i markedsføringen rettet mot barn. Dette har vært en svakhet i arbeidet med markedsføring rettet mot barn gjennom flere år, og ble bl.a. påpekt overfor departementet av næringsorganisasjonene ved oppstarten av evalueringen av MFU som Folkehelseinstituttet på oppdrag fra departementet, presenterte i 2020.

Departementet viser nå til at «internasjonale studier viser at barn i stor grad blir eksponert for markedsføring av mat via en rekke ulike kanaler [...] og arenaer [...]». Av høringsnotatet⁷ fremgår det samtidig at man har begrenset med nye norske data, men det fastslås at «undersøkelser viser at slik markedsføring finner sted også i Norge».

NHO Mat og Drikke mener det er påfallende at departementet hverken viser til rapportene Forbruksforskningsinstituttet SIFO utarbeidet i h.h.v. 2013 og 2016, eller til rapporten *Kartlegging av reklametrykk av HFSS-produkter overfor barn og unge* fra Opinion AS utarbeidet for NHO Mat og Drikke og som departementet er vel kjent med. Disse rapportene/undersøkelsene viste bl.a.:

- «[...] kan resultatene også tyde på at det ikke synes å være et rimelig samsvar mellom omfanget av denne type reklame og problemets omfang slik det gjerne presenteres i offentligheten. For det første var det altså svært få reklamer for usunn mat og drikke på de ulike mediekanalene som var mye besøkt av barn og unge. Videre var det mest fremtredende budskapet i dagens mat- og drikkereklame sunnhet, naturlighet og helse. Det å spise sunt oppfattes ikke bare som fornuftig, men det er også på moten. Dette synes produsenter og markedsførere å ha registrert.» (SIFO 2013.)
- «Denne kartleggingen tyder altså på at omfanget av usunn mat- og drikkereklame som barn og unge eksponeres for gjennom sine daglige skjermaktiviteter er nokså beskjeden. Dette gjelder imidlertid i noe mindre grad for internett og sosiale medier enn for TV. De fleste nettsidene i vårt utvalg inneholdt få mat- og drikkereklamer. Totalinntrykket av dagens mat-/drikkereklame er at det spilles mye på sunnhet og naturlighet.» (SIFO 2016.)
- «Når det gjelder innhold fra norske influensere [mat- og drikkereelatert innhold fra norske influensere utgjør 10 pst. av alt mat- og drikkereelatert innhold ifølge analysen], er det i all hovedsak oppskrifter og matlagingsklipp respondentene ser. Det inkluderer både sunn hverdagsmat og desserter som kaker og bakverk. Ikke et eneste innlegg som er postet av norske influensere, er reklame.» (Opinion 2023.)

Enhver regulering bør uansett, men ganske særlig når den er så inngripende som det dette forslaget er i kombinasjon med svært vidtrekkende sanksjoner, bygge på en grundig analyse av omfanget av problemene reguleringen har som formål å skulle løse. NHO Mat og Drikke mener at departementets høringsnotat er svært mangelfullt på dette området.

⁶ Norske myndigheters Impact Assessment i TRIS-notifikasjon datert 2. oktober 2024, side 1.

⁷ Høringsnotatet punkt 2.3.

2.3 *Markedsføringsforbudet må etter sin karakter og omfang vedtas gjennom en formell lov.*

NHO Mat og Drikke mener på prinsipielt grunnlag at et eventuelt markedsføringsforbud etter sin karakter og omfang vil kunne være så vidtrekkende at det i så fall bør vedtas gjennom en formell lov. Regjeringens forslag⁸ til hjemmelsgrunnlag i matloven § 10 tredje ledd er generell og vidt formulert. Ved at terskelen for å kunne ta hjemmelen i bruk er begrenset til å vise til formålet om å fremme helse helt generelt, mener NHO Mat og Drikke at bestemmelsen kan gi hjemmel for nærmest ubegrensede tiltak.

Denne vurderingen er nærmere omtalt i NHO Mat og Drikkes uttalelse datert 22. oktober 2024 til Stortingets helse- og omsorgskomite vedrørende Prop. 120 L (2023-2024) *Endringer i matloven mv. (forskriftshjemmel for å fremme helse)*, som følger vedlagt, og er videre drøftet i notatet Kvale har utarbeidet om forholdet til Grunnloven § 100 m.v. datert 29. oktober 2024, som også følger vedlagt.

2.4 *Anbefalingene fra Verdens helseorganisasjon.*

Departementet viser i høringsnotatet punkt 2.4 til Verdens helseorganisasjons (WHO) reviderte retningslinjer om reguleringstiltak «for å beskytte barn mot skadelige virkninger av markedsføring av mat».

NHO Mat og Drikke mener departementet burde foretatt en mer grundig gjennomgang av WHOs vurderinger. Selv om det er på det rene at WHO anbefaler begrensninger i markedsføring rettet mot barn, viser WHOs publikasjoner klart at det er begrensninger i kunnskapsgrunnlaget og at flertallet av anbefalingene er basert på veldig lav sikkerhet.

Denne usikkerheten burde vært synliggjort i departementets høringsnotat, også fordi dette er relevant i vurderingen av om det man mener kan oppnås med reguleringen står i et rimelig forhold til de åpenbart negative konsekvensene denne vil ha.

2.5 *Forholdet til Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10.*

I høringsnotatet presenterer departementet en svært begrenset drøfting av forholdet mellom et markedsføringsforbud og Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 i punkt 3.4.2. NHO Mat og Drikke har bedt Kvale vurdere departementets kortfattede drøfting. Konklusjonene fra Kvalets betenkning hitsettes:

«Utgangspunktet er at kommersielle ytringer (reklame som har fortjeneste for øyet) har vern etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Denne type ytringer ligger riktignok ikke i kjernen av ytringer som er vernet, men vilkårene for inngrep må like fullt være oppfylt. Dette innebærer at forslaget til ny regulering, som utgjør et inngrep i retten til kommersielle ytringer og retten til å motta informasjon, må ha hjemmel i lov, ha et legitimt formål og være nødvendig (forholdsmessig). Hjemmelskravet følger også av det alminnelige forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet som er grunnlovsfestet i Grunnloven § 113.

[Departementet] legger korrekt til grunn at kommersielle ytringer har konstitusjonelt vern, men vurderingen av om inngrepsvilkårene er oppfylt, er etter vårt syn mangelfull og til dels feil.

Departementet utleder sin kompetanse til å vedta forskriften fra matloven § 10 og § 12 bokstav b. Vår vurdering er at forskriften ikke har hjemmel i matloven, slik matloven lyder i dag. Det innebærer at forskriften ikke kan vedtas med mindre fullmaktshjemmelen endres. Alternativt må slike regler som foreslått vedtas i lovs form. Sett i lys av hvor inngripende de foreslåtte reguleringene er, både etter sin art (forbud og sanksjoner) og sitt omfang, mener vi at formell lov er det rette valget. Det vil sikre en demokratisk behandling og at reguleringene gjennomgår en betryggende kontroll.

⁸ Prop. 120 L (2023-2024) *Endringer i matloven mv. (forskriftshjemmel for å fremme helse)*.

Selv der forskriften får hjemmel i lov og slik sett kan vedtas som forskrift, mener vi kravene som gjelder til hjemmel, ikke er oppfylt. Det er ikke tilstrekkelig at inngrep har hjemmel i formell lov. Etter norsk rett og EMK er gjelder også krav om at loven må være tilstrekkelig tilgjengelig og presis (kvalitative krav). Etter vårt syn er den foreslåtte forskriften både uklar og lite forutberegnelig, slik at de kvalitative kravene ikke oppfylles. Dette er ikke vurdert av departementet.

Det foreslåtte markedsføringsforbudet har etter vårt syn et legitimt formål, idet det tar sikte å på å fremme og beskytte barns helse. Derimot er departementets vurdering av hvorvidt forskriften er forholdsmessig – det vil si egnet til å oppnå formålet og tilstrekkelig begrunnet – mangelfull. Departementet viser til at forslaget også vil begrense voksnes tilgang på opplysninger, men utover dette er ikke de inngripende virkningene av forskriften nærmere vurdert. Departementet vurderer heller ikke nærmere om det angitte formålet kan oppnås på en lempeligere måte.

Etter vårt syn er det flere forhold som taler for at forskriften ikke er tilstrekkelig begrunnet. Vi viser her blant annet til at forskriften vil begrense eldre barns informasjonsgrunnlag i betydelig grad. For produsenter vil det være krevende (i mange tilfeller tilnærmet umulig) å markedsføre produkter til voksne på en måte som ikke virker appellerende også for de eldste barna. Forskriften omfatter også en rekke antall produkter som i moderate mengder kan inngå som en del av et sunt og balansert kosthold. Innovasjon og nyskaping, inkludert produkter som kan utgjøre sunnere alternativer til f.eks. brus og sjokolade, vil bli hemmet. Følgelig er det en risiko for at forskriften virker mot sin hensikt. Dette er noen av flere forhold som etter vår vurdering taler for at forskriften ikke er forholdsmessig.

Vår konklusjon er at inngrepsvilkårene etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 ikke er oppfylt.»

NHO Mat og Drikke viser ellers til Kvaales betenkning, som vedlegges i sin helhet.

3. Kommentarer til de enkelte bestemmelsene i forslaget til forskrift.

I høringsnotatet kapittel 6.3 går departementet gjennom forslaget til utforming av en ny forskrift. Kommentarene nedenfor er knyttet til denne gjennomgangen, og følger strukturen i departementets notat.

NHO Mat og Drikke mener i utgangspunktet at departementet gir et feilaktig og misvisende bilde av forskriftens omfang og innretning når det innledningsvis i kapittel 6.3.1 anføres at «store deler av forslaget samsvarer med gjeldende retningslinjer og praksis i MFU-ordningen», og at forskjellene mellom MFU og forskriftsreguleringen oppsummeres til å være at forskriften beskytter barn opp til 18 år, og at forskriften legger til rette for et aktivt tilsyn og effektive reaksjonsmuligheter.

Vi mener videre at det er direkte galt når departementet anfører at forslaget innebærer

«at noen elementer er presisert på en annen måte i regelverket enn i MFUs retningslinjer og praksis»,

og videre at

«dette er nødvendige justeringer for å sørge for tydeligere krav og større forutberegnelighet for aktørene».

Forskriftsforslaget går for det første *vesentlig* lenger enn MFU på flere områder. Forskjellene er ikke presiseringer av retningslinjer og praksis, men en regulering som vi mener for mange praktiske formål langt på vei vil kunne innebære et markedsføringsforbud for alle aldersgrupper for mange av produktene som omfattes av reguleringen. Departementets forslag vil for det andre ikke bidra til større forutberegnelighet for aktørene; snarere tvert imot. Disse vurderingene utdypes nedenfor.

Departementet synes heller ikke å ta på tilstrekkelig alvor at det som omtales som «effektive reaksjonsmuligheter ved brudd på retningslinjene» i realiteten er betydelige overtredelsesgebyrer som utgjør

straff i EMKs forstand, slik det er nærmere redegjort for ovenfor i punkt 2.5, og som vi også kommer tilbake til i den EØS-rettslige gjennomgangen i del II punkt 2.8.

3.1 *Forutsetninger for kommentarene nedenfor.*

NHO Mat og Drikke er som det fremgår ovenfor, både uenig i at det skal innføres en regulering av markedsføring rettet mot barn, og videre uenig i at dette i så fall gjøres gjennom en forskrift, og ikke en formell lov. Kommentarene til departementets forskriftsforslag må leses i lys av disse forutsetningene.

På generelt grunnlag mener NHO Mat og Drikke at forskriftsutkastet er preget av at det brukes ulike begreper eller formuleringer på helt sentrale områder i reguleringen. Et eksempel på dette er at det i kriteriene for at det i vurderingene som skal foretas i § 4 annet ledd både står «primært konsumeres av eller særlig appellerer til barn», «kan appellere til barn» og «særlig kan appellere til barn», mens det i § 5 som regulerer plassering på utsalgssteder benyttes uttrykket «appellerer til».

Den inkonsistente begrepsbruken i forskriften vil naturligvis kunne skape tolkningsproblemer for næringslivet som blir særlig krevende i lys av overtredelsesgebyrene. NHO Mat og Drikke mener at det er nødvendig å gjennomgå forskriftsutkastet for å sikre et presist språk og at ordvalg og setningsbygning blir slik at de som skal anvende denne, lett kan lese og forstå denne.

Vi viser i denne sammenhengen til «Lovteknikk og lovforberedelser – Veiledning om lov- og forskriftsarbeid», som er utarbeidet av Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet. I denne fastslås det bl.a. at det «som en hovedregel ikke [skal] brukes forskjellige betegnelser for samme forhold», og understrekes at det i motsatt fall lett kan oppstå tolkningstilv.

Oppsummering: Departementet må klargjøre om ulikhetene i begrepsbruk er tilsiktet og i så fall hvorfor, eller utilsiktet, og i så fall justere dette slik at forskriften gir klare retningslinjer og reduserer rommet for skjønnsutøvelse fra tilsynsmyndigheten.

NHO Mat og Drikke mener uansett, slik det redegjøres nærmere for i del III, at de nødvendige endringene i forskriftsutkastet er så vesentlige at dette innebærer at forskriften må notifiseres på nytt.

3.2 *Forskriftens formål og virkeområde (høringsnotatets punkter 6.3.2 og 6.3.3).*

NHO Mat og Drikke har ingen kommentarer til omtalen av forskriftens formål og virkeområde i høringsnotatet, se likevel merknaden til omtalen av produktkategoriseringen i punkt 3.3. nedenfor.

3.3 *Nærmere om produktkategoriseringen i vedlegg I (høringsnotatet punkt 6.3.4).*

Forskriftsforslaget viderefører i hovedsak de seks kategoriene som har ligget i MFUs retningslinjer, men foreslår ytterligere fem kategorier. NHO Mat og Drikke er ikke kjent med at det har vært noen prosess som har involvert næringsaktørene i arbeidet med å utarbeide oversikten over næringsmiddelkategorier, og stiller spørsmål ved hvilke kriterier som har ligget til grunn for å utforme forslaget.

Hvordan næringsmidler skal klassifiseres som mer eller mindre helsefremmende er ofte omdiskutert. I Europa er det etablert flere systemer for å klassifisere produkter og informere om deres næringsinnhold. Eksempler på slike er Nutri-Score, EU Pledge's Nutrient Criteria, det nordiske Nøkkelhullet; som også er en del av målstrukturen i intensjonsavtalen om samarbeid for sunnere kosthold, WHO's Nutrient Criteria og Storbritannias The Nutrient Profiling Model. Gjennom forslaget i forskriften synes departementet å introdusere en ny klassifisering.

Høringsnotatet sier lite om hvilke objektive eller ernæringsfaglige kriterier som har ligget til grunn for listen, og mange av produktene som nå vil bli omfattet av markedsføringsforbudet er sentrale produkter for å nå reduksjonsmålene i intensjonsavtalen, eksempelvis kunstig søtete produkter. Ved at det uansett blir et tilnærmet markedsføringsforbud for svært brede kategorier av produkter for alle aldersgrupper, får produsentene av disse heller ingen insentiver til å reformulere eller innovere innenfor kategoriene som er omfattet av forbudet.

For å unngå disse uheldige effektene av produktkategorioversikten burde det isteden vært skilt mellom produkter innenfor en kategori basert på deres innhold av mettet fett, salt og sukker, slik at man på den måten understøttet målene i intensjonsavtalen om samarbeid for sunnere kosthold.

Departementet har heller ikke tydeliggjort hvordan oversikten skal revideres eller utvikles videre. Dette forsterker den uforutsigbarheten og de uklarhetene forskriften bidrar til å skape, ikke minst når det utenfor rammen av høringen etter hvert også er kjent at Helsedirektoratet har utarbeidet et forslag til ernæringsprofilmodell for å identifisere mat- og drikkevarer som bør omfattes av tiltak for å begrense markedsføring av mat og drikke til barn. Dette forslaget synes å gå lenger enn det departementet nå legger opp til. NHO Mat og Drikke merker seg at det ikke har vært åpenhet om forslag til ernæringsprofilmodell eller involvering av aktører fra næringen i å utarbeide eller uttale seg om denne.

Vi forutsetter uansett siden departementet ikke har omtalt dette nærmere, at endringer i produktkategoriseringen må skje gjennom forskriftsendringer som er gjenstand for ordinær høring.

Oppsummering: NHO Mat og Drikke mener det må utarbeides en ny produktkategorisering som bygger på objektive og ernæringsfaglige kriterier, som ikke undergraver mulighetene for å nå målene i intensjonsavtalen og som ikke fratruer mat- og drikkeprodusenter insentivene til å reformulere og innovere nye produkter før forskriften kan tre i kraft.

3.4 Definisjoner (høringsnotatet punkt 6.3.4).

Departementet foreslår at alle som er under 18 år skal regnes som barn. NHO Mat og Drikke er kritisk til dette forslaget av særlig to grunner:

For det første innebærer annen lovgivning av barn kan ta en rekke beslutninger med vidtrekkende konsekvenser før de fyller 18 år, og eksempelvis er strafferettslig ansvarlige fra fylte 15 år. På helseområdet er den rettslige myndighetsalderen 16 år, hvilket som kjent innebærer at et barn kan søke helsehjelp uten involvering av eller informasjon til foreldre og foresatte.

I lovproposisjonen om markedsføringsloven⁹ understreket (det daværende) Barne- og likestillingsdepartementet følgende:

«I dagens lov er begrepet "barn" ikke brukt i lovteksten. Etter gjeldende rett omfatter begrepet generelt mindreårige under 18 år, men i den konkrete urimelighetsvurdering vil målgruppens alder og utvikling, herunder om reklamen retter seg mot små barn eller ungdommer, tillegges vekt. Barnebegrepet er fleksibelt, og i lovforslaget knyttes det ingen konkrete rettsvirkninger til en klar aldersgrense. Etter departementets syn vil en definisjon av barn i loven ikke gi noen merverdi. Departementet ser det som hensiktsmessig at dagens praksis videreføres på dette punkt.»

Det er et stort spenn i alder, erfaring og utviklingstrinn i gruppen under 18 år. Både i lys av dette og hvilke rettigheter og plikter myndighetene mener barn under 18 år skal være omfattet av, fremstår det kategoriske forbudet mot markedsføring til *hele* denne gruppen som urimelig.

For det andre vil det i mange situasjoner være tilnærmet umulig å unngå at markedsføring som er rettet mot ungdom som har fylt 18 år og altså faller utenfor omfanget av reguleringen, ikke også treffer ungdom som nærmer seg 18-årsdagen. Når forskriften også benytter den mer vide definisjonen «rettet mot» istedenfor «særlig rettet mot» og med den skjønnsutøvelsen det legges opp til at tilsynsmyndigheten må bygge avgjørelser på kombinert med det betydelige overtredelsesgebyret som kan ilegges virksomhetene, vil også markedsføring mot ungdom over 18 år og unge voksne bli så risikabelt at virksomhetene i praksis vil unngå dette.

⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

Den reelle virkningen av reguleringen blir dermed for mange praktiske formål et tilnærmet markedsføringsforbud for alle aldersgrupper, og innebærer at ungdom over 18 år, unge voksne og for så vidt også andre aldersgrupper fratras muligheten til å få informasjon gjennom markedsføring. Det vises i forlengelsen av dette til omtalen av forholdet til ytringsfriheten i punkt 2.4 ovenfor og til de EØS-rettslige vurderingene i del II nedenfor.

NHO Mat og Drikke har ellers ingen kommentarer til forslagene til definisjoner av markedsføring i § 3. Definisjonen av sponsing i samme paragraf kan imidlertid oppfattes som svært vid og til dels noe uklart. De sentrale problemstillingene rundt sponsing er imidlertid knyttet til forståelsen og konsekvensene av unntaksbestemmelsen i § 6 bokstav a, som omtales i punkt 3.6 nedenfor

Oppsummering: Dersom forskriften i det hele tatt skal innføres mener NHO Mat og Drikke at aldersgrensen i så tilfelle ikke kan være høyere enn 16 år, om nødvendig i kombinasjon med et særlig aktsomhetskrav opp til 18 år som ikke er et forbud med sanksjon, men eksempelvis kan innebære en redegjørelsesplikt. Den nærmere utformingen av en slik bestemmelse må så fall utredes nærmere.

3.4 Markedsføringsforbudet (høringsnotatet punkt 6.3.6).

Departementet fremholder i høringsnotatet at forslaget til § 4 første, andre og tredje ledd i stor grad samsvarer med retningslinjene i MFU. NHO Mat og Drikke mener at dette en misvisende fremstilling. Den foreslåtte reguleringen er mer omfattende og inngripende enn MFUs retningslinjer, og er til dels også uklart formulert.

NHO Mat og Drikkes vil kommentere forslaget til § 4 tredje og fjerde ledd. Når det gjelder aktsomhetsoppfordringen i femte ledd har NHO Mat og Drikke for så vidt ingen innsigelser til denne, men vil likevel stille spørsmål ved om denne hører hjemme i en forskrift.

Nærmere om § 4 tredje ledd.

Forskriftsutkastet slår fast at tilsynsmyndighetene skal foreta helhetsvurderinger der det bl.a. kan legges vekt på enkelte kriterier som fremgår av forskriften (vår utheving). Dette gir svært liten grad av forutsigbarhet for næringsaktørene, bl.a. ved at tilsynsmyndigheten både synes å skulle stå fritt til å benytte kriteriene som fremgår i forskriften, men også kan velge å legge vekt på *andre* kriterier som ikke er kjent og uten at det fremgår når tilsynsmyndigheten i så fall kan gjøre dette. Denne bestemmelsen, som er helt uten innramming eller avgrensning, gir direktoratet en handlefrihet til å foreta skjønsmessige avgjørelser som på generelt grunnlag fremstår som helt uforsvarlig, og ganske særlig i lys av de foreslåtte overtredelsesgebyrene i forskriften. NHO Mat og Drikke stiller seg uforstående til at departementet ikke har problematisert hvordan bestemmelsen kan påvirke næringsaktørenes rettssikkerhet.

Begrepsbruken i forskriftsutkastet § 4 tredje ledd forsterker usikkerheten; fra bruken av begrepet «særlig appellere til barn» via «særlig kan appellere til barn» til «kan appellere til barn». Det er høyst uklart om ulikhetene i begrepsbruk er tilfeldig eller tilsiktet, og uansett uklart hva dette kan innebære. Vi viser igjen til Lovavdelingens veiledning, jf. ovenstående.

NHO Mat og Drikke viser videre til omtalen av aldersgrensen i punkt 3.4 ovenfor. Hva som vil kunne appellere til en femåring, en åtteåring, en elleveåring og en 17-åring varierer. Mens kringkastingsloven og markedsføringsloven hensyntar dette, er det ingen differensiering i den foreslåtte forskriften. Dette er en vesentlig svakhet med departementets forslag.

Oppsummering: Slik denne bestemmelsen er utformet innebærer den at det skjønsmessige handlingsrommet for tilsynsmyndigheten blir uforholdsmessig stort. Konsekvensen av dette er en uforsvarlig uforutsigbarhet for næringsaktørene. Departementet må derfor presisere denne bestemmelsen slik at det er forutsigbart for næringsaktørene hva tilsynsmyndigheten vil vektlegge.

Nærmere om § 4 fjerde ledd.

I § 4 fjerde ledd foreslås det at markedsføring av produkter omfattet av reguleringen ikke skal forekomme på en måte som oppfordrer voksne til å kjøpe produktet til barn. Dette forbudet vil slik departementet ser

det, bidra til å hindre markedsføring rettet mot eksempelvis småbarnsforeldre. Det foreslås også et forbud mot utdeling av smaks- og vareprøver til barn, også der foreldre/foresatte har samtykket til dette.

Forbudet innebærer at markedsføringen ikke skal oppfordre voksne til å kjøpe produkter som er omfattet av forskriften til barn, eksempelvis ved å vise til at produktet egnet seg til skolemat eller til barnebursdager. Samtidig uttaler departementet at dette ikke innebærer «et generelt forbud mot markedsføring av f.eks. lørdagsgodt, da det må gjøres en konkret vurdering av om markedsføringen oppfordrer til kjøp til barn».

NHO Mat og Drikke mener denne bestemmelsen går for langt og er for inngripende. Det er uansett vanskelig å forstå at mens det *skal* være forbudt å vise til at produkter kan være egnet til barnebursdager, er det *ikke nødvendigvis* forbudt å markedsføre produkter som lørdagsgodt. Forskriftsforslaget og departementets kommentarer om at det må gjøres en konkret vurdering, illustrer hvor vanskelig det vil bli å forholde seg til denne bestemmelsen for næringsaktører og hvor skjønsmessige avgjørelser etter denne bestemmelsen vil måtte bli.

Oppsummering: NHO Mat og Drikke mener denne bestemmelsen går for langt, og må i realiteten oppfattes som et totalforbud mot markedsføring av de produktene som er omfattet av reguleringen. Det er også svært vanskelig å forstå departementets kommentarer og resonneringer, og må uansett forventes at en bestemmelse formuleres slik at det er mulig å sette seg inn i og kunne forholde seg til rekkevidden av reguleringen.

3.5 *Begrensninger ved plassering av produkter på utsalgssted (høringsnotatets punkt 6.3.7).*

Selv om det ikke er foreslått et generelt oppstillingsforbud av produktene som er omfattet av denne reguleringen, er det vanskelig å forstå annet enn at departementets forslag til bestemmelse i § 5 vil skape betydelige utfordringer. Dette skyldes dels at departementet uten nærmere begrunnelse eller forklaring foreslår at bestemmelsen både skal omfatte produkter og tjenester, dels at departementet ikke synes å ta hensyn til at mange utsalgssteder har små lokaler med begrenset plass, men likevel et bredt vareutvalg.

Forskriftsforslaget må også oppfattes dithen at produkter omfattet av reguleringen ikke kan selges i tilknytning til arrangementer (tjenester) som appellerer til barn. Dette innebærer at idrettsarrangementer, fornøynelses- og aktivitetspark, besøksbondegårder, skianlegg eller markeder og en rekke andre aktiviteter og arrangementer vil bli omfattet av forbudsbestemmelsene i forskriften.

Oppsummering: NHO Mat og Drikke mener departementets forslag til begrensninger ved plassering av produkter på utsalgssted er altfor vid, går for langt og vil få konsekvenser som ikke er gjennomtenkt eller på noen måte konsekvensvurdert i departementets høringsforslag.

3.6 *Unntak fra markedsføringsforbudet (høringsnotatets punkt 6.3.8).*

NHO Mat og Drikkes kommentarer vedrører omtalen i høringsnotatet av forslaget til § 6 bokstav a om at det skal gjøres et unntak fra markedsføringsforbudet for «sponsing som kun innebærer bruk av sponsors firmanavn og logo». Drøftingen av dette punktet i høringsnotatet er usedvanlig uklar, og bærer preg av at departementet synes å ha vært sterkt i tvil om hvilken løsning som er riktig, selv om det er lagt frem et konkret forskriftsforslag som sågar allerede er notifisert til ESA.

Departementet innser åpenbart at forslaget vil kunne innebære noe ulik behandling mellom selskap og produkter i de tilfeller der firmanavnet er ganske identisk med produkter, og nevner flere enkeltbedrifter ved navn. Forslaget vil uten tvil innebære sterk konkurransevridning mellom ulike selskap med tilnærmet likeartede produkter, og dermed gi insentiver til organisatoriske endringer i selskapsstrukturer o.l. som utelukkende er motivert av å tilpasse seg markedsføringsregelverket. For drikkevareprodusenter som også omfattes av forbudet mot alkoholreklame og som dermed er avskåret fra å bruke sitt firmanavn i markedsføringsøyemed, innebærer departementets forslag i realiteten et forbud mot enhver form for sponsing.

Videre skisseres ulike alternativer, herunder at bedrifter der firmanavn og enkelte produktnavn samsvarer likevel må velge produkter som ikke er omfattet av markedsføringsforbudet ved sponsing. Dette virker ikke særlig gjennomtenkt, siden forskriften slik den er utformet, uansett ikke vil påvirke sponsing av produkter som ikke er omfattet av markedsføringsforbudet.

Departementet drøfter også om kun firmanavn som ikke samsvarer med produktnavn som er omfattet av markedsføringsforbudet som skal kunne benyttes i sponsorsammenheng, men er bekymret for at dette vil ramme «uforholdsmessig tyngende», uten at departementet sier noe nærmere om hvem som vil kunne bli rammet. Det redegjøres videre i liten grad for hvordan unntaket er å forstå sett hen til at mange næringsaktører sponser arrangementer og aktiviteter med produkter egnet for servering ved eksempelvis idrettsarrangementer.

Det som er klart er at en rekke selskaper vil få begrenset mulighet til sponsing, og at dette er departementets hensikt med utformingen av forslaget. Løsning som er valgt vil imidlertid føre til betydelig konkurransevidning.

Det er like klart at forslaget vil få store konsekvenser for mange lokalsamfunn og for frivillig sektor, for idretten og spesielt for breddeidretten, kultursektoren og andre med arrangementer der personer under 18 kan være til stede eller er tilskuere. NHO Mat og Drikke er ikke i stand til å identifisere noen arrangementer der det er helt sikkert at *ingen personer under 18 år* er til stede, og forbudet mot sponsing fremstår derfor som et tilnærmet totalt forbud. Dette forsterkes av at departementet i høringsnotatet gir uttrykk for at sponsing ved bruk av merkenavn vil være forbudt, helt uavhengig av om sponsingen er rettet mot eller appellerer til barn.

Ved at departementet kun drøfter absolutte forbudsgrenser og ikke ser på mulighetene for å etablere terskler som tillater sponsing der en viss prosentandel av deltakerne er under aldersgrensen, forsterkes inntrykket av en mangelfull vurdering som vil få store konsekvenser. NHO Mat og Drikke kan ikke se at departementet i det hele tatt har vurdert konsekvensene forslaget vil få for frivillig sektor. Om dette ikke er gjort er det i så fall svært kritikkverdig, tatt i betraktning at frivillig sektor vil stå overfor et betydelig inntektsbortfall med departementets forslag.

Oppsummering: Departementets forslag vil gi betydelige konsekvenser for frivillig sektor som departementet har oversett i høringsnotatet. NHO Mat og Drikke mener videre at forslaget vil føre til sterk konkurransevidning og gi insentiv til organisatoriske endringer som er helt urimelig. Forslaget er så svakt utredet at det er helt uegnet som grunnlag for en regulering, og det er derfor nødvendig å gjennomføre en forsvarlig utredning med en konsekvensanalyse som må sendes på ny høring.

3.7 Tilsyn og klage (høringsnotatet punkt 6.3.9).

Departementet foreslår etter en nærmere vurdering, at Helsedirektoratet skal føre tilsyn med reglene etter forskriften, og viser bl.a. til at direktoratet allerede er tilsynsmyndighet for reklameforbudene på tobakks- og alkoholområdet og at direktoratet er ansvarlig for kostholdsråd til befolkningen.

NHO Mat og Drikke er uenig i departementets vurderinger. Forskriften skal regulere *markedsføring* basert på en nærmere fastsatt *produktkategorisering*. Denne produktkategoriseringen bør være basert på objektive, ernæringsfaglige vurderinger som det er naturlig at Helsedirektoratet har en sentral rolle i å utvikle, selv om NHO Mat og Drikke som det fremgår ovenfor, er kritisk til den produktkategoriseringen som er foreslått i forskriften. Tilsyn med etterlevelsen reglene i forskriften vil imidlertid kreve kompetanse om markedsføring, og ikke ernæringsfaglig kompetanse. På dette grunnlaget mener vi Forbrukertilsynet bør være tilsynsmyndighet. Dette synet underbygges av at departementet foreslår at Markedsrådet skal behandle klager etter forskriften.

NHO Mat og Drikke går ikke inn på erfaringene med Helsedirektoratet som tilsynsorgan for reklameforbudene på tobakks- og alkoholområdet her.

Oppsummering: NHO Mat og Drikke mener Forbrukertilsynet bør føre tilsyn med reglene etter forskriften.

3.8 *Virkemidler og reaksjonsmidler (høringsnotatet punkt 6.3.10).*

Departementet foreslår at det skal kunne gis overtredelsesgebyrer til «virksomheter som forsettlig eller uaktsomt overtrer § 4 første og fjerde ledd og § 5 i denne forskriften», d.v.s. markedsføringsforbudet og begrensninger i produktplasseringer i forskriften. De foreslåtte overtredelsesgebyrene vil kunne utgjøre inntil 50 ganger Folketrygdens grunnbeløp, altså om lag 6,2 millioner kroner (2024), eller 4 pst. av selskapenes omsetning.

NHO Mat og Drikke kan ikke støtte de foreslåtte overtredelsesgebyrene, som altså vil utgjøre straff i EMKS forstand. Vi viser imidlertid til den EØS-rettslige drøftingen i del II om dette, og begrenser oss her til å bemerke at departementet i lys av størrelsen på overtredelsesgebyrene, i det minste burde ha bestrebet seg på å utforme presise forbudsbestemmelser som reduserte behovet for skjønnsutøvelse fra organet som både skal føre tilsyn med og treffe vedtak i saker om påstått ulovlig markedsføring eller ulovlig produktplassering, og som også foreslås gitt myndighet til å ilegge overtredelsesgebyrer. NHO Mat og Drikke er også kritisk til departementets argumentasjon om at overtredelsesgebyrer er en administrativ reaksjon som man mener vil virke forebyggende, når disse i realiteten og i EMKS forstand faktisk vil være en straffereaksjon.

Oppsummering: NHO Mat og Drikke kan ikke støtte forslaget til overtredelsesgebyrer i den foreslåtte forskriften med de begrunnelsene som fremgår i del II nedenfor.

3.9 *Overgangsbestemmelsene (høringsnotatet punkt 6.3.11).*

Departementet foreslår, bl.a. under henvisning til at virksomhetene skal gis tid til å tilpasse seg et nytt regelverk og at markedsføringskampanjer ofte planlegges og gjennomføres over lengre perioder, at det skal være en overgangsperiode på seks måneder fra forskriftens eventuelle ikrafttredelse.

NHO Mat og Drikke kan ikke se at departementet har vurdert forholdet til inngåtte sponsoravtaler, til tross for at departementet foreslår vesentlige begrensninger i slike avtaler. Dette er kritikkverdigg. Avtaler om sponsorater vil ofte strekke seg over flere år for bl.a. å gi berørte idrettsforeninger/-lag og andre aktører sårt tiltrengt forutsigbarhet. Kontrakter knyttet til mediasponsing er etter det NHO Mat og Drikke er kjent med, ofte på 12 måneder, og kontrakter om sponsing kan ofte gå over flere år. Det er for oss uklart hvordan departementet mener at partene skal forholde seg til inngåtte og juridisk forpliktende avtaler som går lenger enn den overgangsperioden departementet foreslår.

Oppsummering: Overgangsperioden må sikre at det ikke oppstår helt urimelige og utilsiktede konsekvenser av forskriften. Dette er ikke vurdert av departementet, som selv må ta ansvaret for å kartlegge dette, også slik at det kan tas nødvendig hensyn til avtaler m.v. som berører frivillig sektor.

4. **Mangelfulle vurderinger av økonomiske og administrative konsekvenser.**

NHO Mat og Drikke mener at gjennomgangen ovenfor viser at departementets vurderinger av de økonomiske og administrative konsekvensene av forskriftsforslaget er mangelfulle, og etter vår oppfatning ikke er i tråd med kravene i utredningsinstruksen.

Departementets gjennomgang av konsekvensene for de antatt berørte næringsaktørene i høringsnotatet punkt 8.4.1 på sidene 84 og 85 bærer preg av at det ikke har vært gjort forsøk på å kartlegge konsekvensene forslaget vil kunne innebære. Kostnadene til utvikling av markedsføringsstrategier kan ifølge departementet både bli «høyere og lavere enn tidligere», virkningene for salget av næringsmidler som omfattes av forbudet omtales som «usikre», og departementet mener at om markedsføring flytter seg til andre kanaler eller andre produkter kan salget «både reduseres og økes».

Dersom departementet hadde valgt å involvere næringsaktørene i prosessen med å utarbeide forskriftsforslaget ville konsekvensene av de foreslåtte reguleringene kunne blitt bedre belyst uten at dette hadde gått på bekostning av myndighetenes rolle i å fastsette reguleringer næringslivet må forholde seg til.

Når departementet istedenfor har valgt å vurdere de økonomiske og administrative konsekvensene uten å innhente innspill og vurderinger fra de som blir berørt eller selv har nødvendig kompetanse om dette, er resultatet dessverre blitt en overflatisk vurdering som ikke er egnet som beslutningsgrunnlag for en inngripende og vidtrekkende regulering. Det er særlig oppsiktsvekkende at konsekvensene det om i praksis vil bli et forbud mot sponning kommer til å ha for frivillig sektor, knapt er berørt i høringsnotatet.

NHO Mat og Drikke vil avslutningsvis vise til Regelrådets uttalelse datert 13. november 2024, som konkluderer med at «forslaget ikke [er] tilstrekkelig utredet».

Del II: EØS-RETTLIGE VURDERINGER.

Vurderingene nedenfor er utarbeidet av Kvale. Disse tar utgangspunkt i drøftelsene i departementets høringsnotat, og gjøres stort sett også i samme rekkefølge: Først vurderes forholdet til sekundærretten og deretter forholdet til den generelle EØS-retten. Avslutningsvis vurderes også notifikasjonsplikten til ESA og reglene knyttet til denne.

Vurderingene i det følgende viser at EØS-retten er mangelfullt utredet og til dels misvisende fremstilt, og konklusjonen er at de EØS-rettslige analysene i høringsnotatet er ikke et forsvarlig grunnlag for de foreslåtte forskriftsreglene.

Dersom slike regler skal vedtas, er det også EØS-rettslig påkrevet med flere endringer – til dels vesentlige endringer – sammenlignet med forslaget i høringsnotatet. Spesielt problematisk er den store graden av skjønn som ligger i forskriftsutkastet. De foreslåtte reglene vil etter vår vurdering bryte med det EØS-rettslig rettssikkerhetsprinsippet som stiller strenge krav til utformingen av slik nasjonal lovgivning.

Departementet tar heller ikke tilstrekkelig hensyn til at overtredelsesgebyr er straff i EMKs forstand. Sett i sammenheng med de vide og vage forbudsreglene stiller må det da i det minste gjøres en inngående proporsjonalitetsvurdering. Høringsnotatet griper imidlertid feil allerede i den grunnleggende vurderingen av hva som utgjør en restriksjon, og vurderingene av egnethet, konsekvens og nødvendighet er mangelfulle og feilaktige.

Videre vil reglene som foreslås i høringsnotatet, komme i delvis konflikt med flere direktiver og forordninger. Slik kan ikke en forskrift utformes, og som grunnlag for et eventuelt revidert utkast til nye regler må forholdet til disse direktivene og forordningene utredes nærmere – og hensyntas i proporsjonalitetsvurderingen.

Forskriftsutkastet er notifisert til ESA etter EØS-høringsloven. At det har blitt gjort før høringen er gjennomført, er bemerkelsesverdig. Det må tas hensyn til at høringen kan lede til vesentlige endringer i forskriftsutkastet, og i så tilfelle må utkastet notifiseres på ny, i revidert form. Etter vår vurdering må det gjøres slike endringer, og ny notifisering må inngis til ESA.

1. Forholdet til sekundærretten.

1.1 Introduksjon.

I høringsnotatet punkt 6.6.2 vurderer departementet forslag til nye regler opp mot relevante deler av sekundærretten – direktiver og forordninger – som er innlemmet i EØS-avtalen. I det følgende knytter vi særskilte merknader til direktiver eller forordninger der departementets analyse i høringsnotatet er misvisende, eller der vesentlige punkter er utelatt.

1.2 AMT-direktivet (2010/13/EU som endret ved direktiv (EU) 2018/1808).

I høringsnotatets punkt 6.6.2.2 konkluderer departementet med at AMT-direktivet ikke er til hinder for å fastsette reglene som foreslås. Forutsatt at reglene er i samsvar med den generelle EØS-retten – noe som imidlertid ikke synes å være tilfelle, jf. punkt 2 nedenfor – er det langt på vei riktig. Det vil si, reglene kan i så fall gjøres gjeldende overfor tilbydere av medietjenester underlagt norsk jurisdiksjon, jf. direktivets artikkel 4(1).

Derimot kan reglene ikke gjøres gjeldende overfor tilbydere av medietjenester underlagt en annen EØS-stats jurisdiksjon, uten at fremgangsmåten i direktivets artikkel 4(2) til 4(5) er fulgt. I tilfelle må Norge først ta saken opp med EØS-staten det gjelder, og så følge opp med en notifikasjon til ESA dersom saken

ikke finner sin løsning bilateralt eller gjennom kontaktutvalget nedsatt i henhold til artikkel 29. Da gjelder også en stillstandsplikt inntil ESA har truffet vedtak i saken.

Videre er det bare i særlige omgåelsestilfeller at de strengere nasjonale reglene kan gjøres gjeldende overfor tilbydere av medietjenester underlagt en annen EØS-stats jurisdiksjon, se særlig fortalens avsnitt 10 i.f. og 11 i direktiv (EU) 2018/1808. Det vil si at den aktuelle tilbyderen av medietjenester må ha etablert seg i den andre EØS-staten for å unngå det norske reklameforbudet. For tilbydere som allerede i dag er etablert i andre EØS-stater, vil det naturlig nok ikke være tilfelle.

Resultatet av den foreslåtte forskriften kan dermed bli fortsatt, eller sågar økt, reklame gjennom utenlandske tilbydere av medietjenester, mens reklame hos norske tilbydere av medietjenester altså blir forbudt.

1.3 *E-handelsdirektivet (2000/31/EF).*

Departementet vurderer i punkt 6.6.2.3 forholdet til e-handelsdirektivet og konkluderer med at dette ikke er til hinder for å fastsette reglene som foreslås i høringsnotatet.

Ordningen etter dette direktivet er imidlertid langt på vei den samme som under AMT-direktivet (punkt 1.2 ovenfor). Det vil si at Norge i utgangspunktet ikke kan legge begrensninger på informasjonssamfunnstjenester fra andre EØS-stater. Det inkluderer, som departementet også selv peker på, markedsføring over internett eller i sosiale medier. Norske myndigheter kan ikke hindre at markedsføring når norske forbrukere fra andre EØS-stater – uten å følge fremgangsmåten i direktivets artikkel 3(4) til 3(6). Det innebærer i så fall at myndighetene må forsøke å gripe inn mot enkeltstående informasjonssamfunnstjenester gjennom dialog med opprinnelseslandet og eventuelt gjennom notifikasjon til ESA.

Resultatet av den foreslåtte forskriften kan dermed bli fortsatt, eller sågar økt, reklame over internett og i sosiale medier fra utlandet, mens slik reklame fra Norge altså blir forbudt.

1.4 *Matinformasjonsforordningen ((EU) nr. 1169/2011 med senere endringer).*

Departementets vurdering synes å være at produsenter eller importører skal løse utfordringer med å overholde særnorske krav til emballasjen ved f.eks. å påføre klistremerker. Under punkt 6.6.2.5, på side 63 i høringsnotatet viser departementet til hvordan vinimportører «løste presiserende krav til merking av varer fra israelske bosetninger etter EU-domstolens avgjørelse i C-363/18». Parallellen til denne dommen fra EU-domstolen er feilslått. I saken for EU-domstolen gjaldt det manglende overholdelse av de krav til merking som stilles av *forordningen*. Merkingen på en del vin måtte presiseres for å komme i *overensstemmelse med EU-/EØS-retten*. Hvis produsenter eller importører må påføre klistremerker over deler av emballasjen for at denne skal samsvare med *nasjonale* krav, har man derimot med en restriksjon å gjøre. Det vil si at de nasjonale reglene hindrer eller begrenser fri flyt av varer som er i tråd med forordningen – i strid med dens artikkel 38(2).

Det riktig er – som departementet selv påpeker på side 64 i høringsnotatet, med henvisning til sak E-2/12 *HOB-vin* – at nasjonal utelukkelse av et produkt som følge av emballasjens utforming er handelshindrende. På samme måte er det også handelshindrende dersom produsenter eller importører f.eks. må påføre klistremerker på emballasjen for å kunne selge produktet i Norge. I motsetning til artikkel 18(2) i det tidligere direktivet (2000/13), åpner ikke forordningens artikkel 38(2) for at slike handelshindre kan rettfærdiggjøres. På dette punktet svikter dermed parallellen som i høringsnotatet trekkes til EFTA-domstolens sak.

Departementets analyse av forholdet til matinformasjonsforordningen blir dermed lite treffende og konklusjonen villedende. Etter vår oppfatning er det nødvendig å gjennomføre en fornyet analyse på dette punktet og å revidere forskriftsutkastet deretter.

1.5 *Forordning (EU) nr. 609/2013.*

Forordning (EU) nr. 609/2013, som blant annet gjelder morsmelkerstatning, innebærer at norske myndigheter ikke kan «begrense ... omsetning av næringsmidler som oppfyller kravene i denne forordning på grunn av deres ... presentasjon eller merking».

Reglene som foreslås i høringsnotatet, og særlig § 4 fjerde ledd, vil etter omstendighetene komme i konflikt med forordningens krav.

Forordningen er gjort til norsk forskrift ved forskrift 10. januar 2014 nr. 21 om næringsmidler til særskilte grupper § 1 første ledd.

Som departementet riktig påpeker vil reglene som gjennomfører forskriften, ha fortrinn ved motstrid med reglene om forskriften som foreslås i høringsnotatet. Det er imidlertid ikke god forskriftsteknikk å utferdige en forskrift som i noen henseender ikke gjelder etter sitt innhold. En slik utforming kan videre innebære et brudd på lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3, jf. f.eks. ESAs grunngitte uttalelse 9. juni 2021 i sak 84329 om sykepenger, arbeidsavklaringspenger og pleiepenger, særlig avsnitt 11, 33–37 og 99–113.

I det minste bør det fremgå klart av forskriften selv at den gjelder med forbehold for et annet regelsett, og det bør gis informasjon i forskriften om hva dette andre regelsettet gjelder. Men heller ikke det er en ideell form for regulering. Helst bør en ny forskrift utformes slik at den ikke pretenderer å gi regler som i noen henseender likevel ikke gjelder.

Etter vår oppfatning må forskriftsutkastet omarbeides på dette punktet.

2. Forslaget vurdert opp mot den generelle EØS-retten.

2.1 *Innledning.*

Departementet vurderer i høringsnotatet punkt 6.6.3 og 6.6.4 forslaget til nye regler opp mot den generelle EØS-retten, det vil si de grunnleggende reglene i EØS-avtalens hoveddel om fri bevegelse for varer og tjenester.¹⁰ Vurderingene følger tradisjonelt mønster, men kommer likevel skjevt ut og blir feilaktige eller utilstrekkelige på flere punkter. Allerede i den innledende vurderingen av om de foreslåtte reglene utgjør en restriksjon på fri bevegelse, i høringsnotatets punkt 6.6.3, griper departementet feil, og så følger flere problematiske vurderinger i punkt 6.6.4.

2.2 *Departementet griper feil på flere punkter i restriksjonsvurderingen.*

I høringsnotatet punkt 6.6.3 legger departementet, for det første, til grunn at de foreslåtte begrensningene på markedsføringen av lovlig næringsmidler vil utgjøre en restriksjon bedømt etter EØS-avtalen artikkel 11 og 36. Det er vi enige i.

Når departementet videre legger til grunn at det «ikke er noen diskriminerende effekter av forslaget», er det imidlertid ikke treffende. De foreslåtte begrensningene på markedsføring må bedømmes som en *indirekte* diskriminerende restriksjon. Poenget illustreres av EU-domstolens dom i sak C-405/98 *Gourmet*. Saken gjaldt et svensk forbud mot alkoholreklame, og domstolen bemerket i avsnitt 21:

«Even without its being necessary to carry out a precise analysis of the facts characteristic of the Swedish situation, which it is for the national court to do, the Court is able to conclude that, in the case of products like alcoholic beverages, the consumption of which is linked to traditional social practices and to local habits and customs, a prohibition of all advertising directed at consumers in the form of advertisements in the press, on the radio and on television, the direct mailing of unsolicited material or the placing of posters on the public highway is liable to impede access to the

¹⁰ Det vises i høringsnotatet til EØS-avtalens artikkel 8, 11 og 36.

market by products from other Member States more than it impedes access by domestic products, with which consumers are instantly more familiar.»

Tilsvarende vil gjelde for en rekke av produktene som er inkludert i det foreslåtte vedlegg I til forskriften, blant annet en del sjokolade, pålegg, desserter, spise-is, brus og saft, osv.

Departementet må gjennomføre en EØS-rettslig analyse som ikke tar utgangspunkt i den feilaktige forutsetningen som er lagt til grunn i høringsnotatet. Proporsjonalitetsvurderingen må ta hensyn til de diskriminerende virkningene. Eksempelvis blir det misvisende når departementet på s. 68 legger til grunn at varefriheten ikke vil bli begrenset i stor grad fordi det ikke er tale om «forbud mot produkter». For en aktør fra en annen EØS-stat, for eksempel en iskrem-produsent, som vurderer inntreden på det norske markedet, kan adgangen til å markedsføre produktene i realiteten være helt avgjørende.

For det andre: Begrensninger i plasseringen av visse næringsmidler i tilknytning til salg av leker o.l. tas opp særskilt i høringsnotatet, nederst i punkt 6.6.3. Departementet konkluderer kort med at dette «anses som salgsordninger som ikke er handelshindrende». – Konklusjonen er tvilsom, særlig sett i lys av EFTA-domstolens rettspraksis. Departementet viser selv til sak E-16/10 *Philip Morris*, men overser betydningen av dommen på dette punktet. Saken gjaldt det norske utstillingsforbudet for tobakksprodukter. I avsnitt 38–51 vurderer EFTA-domstolen om utstillingsforbudet kan anses som en salgsordning som ikke er handelshindrende, men kommer til at utstillingsforbudet kan virke indirekte diskriminerende. Tilsvarende følger også av senere rettspraksis, se sak E-19/11 *Vín Trío*, avsnitt 58–62.

2.3 *Ingen egentlig vurdering av om målet forfølges sammenhengende og systematisk.*

Om de foreslåtte reglene forfølger målet på en sammenhengende og systematisk måte nevnes som et spørsmål i høringsnotatets egnethetsvurdering, på side 67. Men departementet gjennomfører ingen egentlig vurdering av dette spørsmålet om konsekvens i lovgivningen som helhet.

Det EØS-rettslige kravet her er at norsk lovgivning som helhet må være fri for inkonsekvenser som er til hinder for at målsettingen oppnås.¹¹ Videre må det vurderes om staten treffer, fremmer eller tolererer andre tiltak som går på tvers av målsettingen som de foreslåtte reglene skal oppnå.

Forholdet til EØS-retten er her mangelfullt utredet og vurdert.

Et viktig tilleggselement er at departementet heller ikke vurderer om de foreslåtte reglene i det hele tatt kan anses å forfølge målet på en sammenhengende og systematisk måte når reglene ikke hindrer reklame sendt fra andre EØS-stater over internett eller i sosiale medier eller eksempelvis i fjernsynssendinger fra andre EØS-stater. Særlig forholdet til reklame i sosiale medier er praktisk og prinsipielt viktig ettersom mange unge er storforbrukere av sosiale medier. Mange utsettes for reklame gjennom sosiale medier i større grad enn gjennom andre kanaler, og mye av innholdet kan komme fra andre EØS-stater.

Det er en vesentlig mangel ved analysen at heller ikke dette er vurdert nærmere.

2.4 *Reglene blir inkonsekvente i praksis – særlig om sponning*

Reglene som høringsnotatet gjelder, synes heller ikke konsekvente slik forslaget er utformet. For eksempel vil regelen som er foreslått i § 6 bokstav a, få inkonsekvente, vilkårlige eller diskriminerende utslag. Paragraf 6 gjør visse unntak fra markedsføringsforbudet, og etter bokstav a skal sponning være tillatt, forutsatt at sponningen «kun innebærer bruk av sponsors firmanavn og logo». I praksis er det imidlertid slik at noen produsenter har et firmanavn og en firmalogo som er svært nært knyttet til kjente produkter, mens andre ikke har det.

Dette er ett punkt (blant flere) hvor det er svært krevende å lage en god regel, men slik regelen er foreslått nå, er den problematisk. Nærmere bestemt er forslaget problematisk i to retninger: Avhengig av hva som er

¹¹ Jf. Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 4. utg. 2022, s. 142.

norske myndigheters valgte beskyttelsesnivå – som imidlertid forblir uklart i høringsnotatet – kan denne regelen undergrave konsekvensen i forslaget. Og slik regelen er utformet, kan den bryte med EØS-rettslige krav til likebehandling eller ikke-diskriminering.

2.5 *Egnethets- og nødvendighetsvurderingene er ikke tilstrekkelig underbygget.*

Etter fast rettspraksis må staten dokumentere at tiltak som utgjør restriksjoner, er egnede og nødvendige for å oppnå målsettingen. Det er staten som har *bevisbyrden*, både den objektive bevisbyrden, *tvilsrisikoen*, og den subjektive bevisbyrden, *bevisføringsplikten*. Som eksempel kan det vises til EFTA-domstolens dom i sak E-8/20 N, som gjaldt NAV-skandalen. I avsnitt 95 oppsummerer EFTA-domstolen rettspraksis slik:¹²

It is settled case law that it is for the competent national authorities, where they adopt a measure derogating from a principle enshrined in EEA law, to show in each individual case that the measure is appropriate to attain the objective relied upon and does not go beyond what is necessary to attain it. It must also be pointed out that reasons invoked by an EEA State as justification must be accompanied by appropriate evidence or by an analysis of the appropriateness and proportionality of the measure adopted by that State and by specific evidence substantiating its arguments ...

Høringsnotatet oppfyller ikke denne bevisbyrden. Departementet synes i punkt 6.6.4, nederst på s. 66, å ville senke listen: «Ved den nærmere vurderingen må det tas hensyn til det forhold at den isolerte effekten av ulike tiltak på kostholdsområdet er vanskelig å måle, og at ev. effekt ofte vil inntre over noe tid.» Og proporsjonaliteten av *utstillingsforbudet* vurderes ikke i det hele tatt i høringsnotatet, se punkt 2.2 ovenfor.

I det videre legger departementet til grunn en presumsjon for at *markedsføringsforbudet* er egnet til å oppnå målsettingen. Til støtte for dette pekes det i høringsnotatet på sak E-16/11 *Philip Morris*, som gjaldt *utstillingsforbud* for tobakksprodukter som *sigaretter og snus*. Departementet «mener at det er grunn til å tro at vurderingen av begrensninger i markedsføringen av usunne næringsmidler rettet mot barn må vurderes nokså likt som lignende tiltak på tobakksområdet». Det er imidlertid ikke innlysende at forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge av f.eks. saft og iste kan likestilles med forbud mot utstilling i butikk av sigaretter og snus. Departementets antagelse på dette punktet er ikke nærmere begrunnet, og høringsnotatet er her utilstrekkelig underbygget.

Dette smitter i sin tur over på vurderingen av tiltakenes nødvendighet, som nettopp forutsetter at tiltakene er egnet.

Tilsvarende som i konsekvensvurderingen (se punkt 2.3 ovenfor) er det også her et viktig tilleggspoeng at reglens egnethet fremstår som tvilsom når de ikke hindrer reklame i sosiale medier eller over internett, eller i TV-sendinger, fra andre EØS-stater. Dette har departementet ikke vurdert i høringsnotatet, selv om det kan ha avgjørende betydning for om reglene står seg EØS-rettslig. Etter vår oppfatning er dette vesentlige mangler som i seg selv krever at det gjøres en fornyet vurdering før det eventuelt utformes slike markedsføringsforbud som foreslått.

2.6 *Departementet legger feil utgangspunkt til grunn for nødvendighetsvurderingen.*

Som utgangspunkt for nødvendighetsvurderingen vises det i høringsnotatet, på s. 66, til sak E-4/04 *Pedidel*, avsnitt 56, i norsk språkversjon, hvor det heter at «målsettingen ikke like *effektivt* må kunne oppnås ved tiltak som i mindre grad hindrer handelen innen EØS» (uthevet her). Dette er en uheldig oversettelse av den originale engelske språkversjonen som krever at «the ... objective may not be as *effectively* achieved by measures which are less restrictive of intra-EEA trade» (uthevet her). Det engelske uttrykket svarer ikke til vanlig norsk språkforståelse av ordet effektivt, men betyr snarere «virkningsfullt». Et sentralt poeng her er at staten må velge mindre handelshindrende tiltak selv om disse er mer ressurskrevende og i den forstand mindre effektive. Det kan heller ikke legges vekt på at det valgte tiltaket

¹² Se videre dommens avsnitt 93, 103–104, 119 og 125.

gir en effekt utover målsettingen. Det kreves bare at det alternative tiltaket vil ha til virkning at målsettingen oppnås.¹³

Departementets utgangspunkt innebærer videre at det ikke er klart hva som er «beskyttelsesnivået», som er målestokken for nødvendighetsvurderingen, sml. høringsnotatet s. 68. Det skaper i sin tur usikkerhet om hvorvidt departementets nødvendighetsvurdering kan stå seg.

Departementet er i høringsnotatet (side 69) opptatt av at forslaget som del av en samlet pakke av tiltak har større effekt enn summen av hvert enkelt tiltak. Men det er ikke dermed klart om man bare sikrer måloppnåelsen, eller om staten går lenger enn målsettingen. Dette forblir uklart også fordi de øvrige delene av «en slik samlet pakke» er nokså løst angitt: «Tiltak som kommunikasjon til befolkningen, avgifter, merking på produktene, osv.»

Etter vår oppfatning må nødvendighetsvurderingen gjøres på nytt, med riktige forutsetninger.

2.7 Forholdet til MFU vurderes feilaktig.

En sviktende forutsetning for analysen legges også til grunn når departementet vurderer markedsføringsforbudet (igjen vurderes ikke utstillingsforbudet) som mindre inngripende fordi «bransjen allerede har innført et slikt forbud gjennom selvreguleringsordningen MFU», se side 68 i høringsnotatet. Som departementet selv peker på, gjelder dette uansett ikke for de delene av forskriftsforslaget som går lenger enn MFU-ordningen, eller favner bredere enn denne.

Men også de delene av forskriftsforslaget som er tilsvarende regulert gjennom MFU-ordningen, må vurderes som den restriksjonen de er. Og målestokken for hvor inngripende en restriksjon er, er ikke foretak som allerede har valgt å begrense den typen markedsføring eller produktutstilling som rammes, men snarere en tenkt aktør fra et annet EØS-land som vurderer å gjøre inntog på det norske markedet. I fremtiden vil en slik aktør kunne møte et strengt norsk lov- og forskriftsverk som kanskje skiller seg vesentlig fra det som gjelder i andre EU-/EØS-land der aktøren er etablert og opererer.

Det er en slik målestokk som må legges til grunn i den EØS-rettslige analysen.

Nødvendighetsvurderingen i høringsnotatet tar heller ikke opp i seg at brudd på de foreslåtte reglene skal kunne belegges med straff i EMKs forstand, i form av overtredelsesgebyr.¹⁴ Denne formen for «reaksjonsmidler» gjør de foreslåtte reglene ekstra inngripende. Særlig gjelder dette når det nettopp er anledningen til å bruke slike «reaksjonsmidler» som begrunner innføringen av reglene, eller i hvert fall er del av grunnlaget for at departementet ikke lenger anser MFU-ordningen som tilstrekkelig.¹⁵ Reglernes vide og skjønnsmessige karakter strider mot rettssikkerhetsprinsippet

Spesielt problematisk i forskriftsutkastet er den vide og vage utformingen av forbudsregelen, særlig kombinert med en utstrakt grad av skjønnsutøvelse i tilsynsmyndighetens håndhevelse.

Utkastets § 4 tredje ledd legger opp til at det avgjørende for om markedsføring er forbudt, skal være «en helhetsvurdering, hvor det blant annet kan legges vekt på» en *ikke-uttømmende* oppregning av mer eller mindre vage forhold, som for eksempel farger, effekter og annet som «kan appellere til barn». Etter § 5 skal produkter omfattet av vedlegg I ikke plasseres «i tilknytning til andre produkter og tjenester som appellerer til barn». Unntakene i § 6 er til dels også vage og uklare. «Nøkterne» produktopplysninger skal for eksempel være tillatt «markedsføring» (sml. definisjonen i § 3 bokstav b).

Tilsyn med reglene skal legges til Helsedirektoratet, jf. § 7. Det er altså Helsedirektoratet som får myndighet til å treffe vedtak i saker om påstått ulovlig markedsføring eller ulovlig produktplassering, og

¹³ Jf. Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 4. utg. 2022, s. 144 flg.

¹⁴ Se også punkt 2.8 nedenfor.

¹⁵ Se nærmere høringsnotatet s. 68.

som får myndighet til å ilegge tvangsmulkt og overtredelsesgebyr. Skjønnnet som ligger i bestemmelsene, skal dermed også utøves av direktoratet.

De nevnte reglene er så vage og skjønnsmessige at de etter vår vurdering vil bryte med EØS-rettens krav til rettsikkerhet. Reglene vil da også være uforenlige med grunnfrihetene, selv om reglene skulle anses som både egnede og nødvendige for å nå målsettingen. Dette følger av det EØS-rettslige rettsikkerhetsprinsippet som krever at nasjonale regler må være klare, presise og forutsigbare.¹⁶ I strid med EØS-avtalen synes det eksempelvis å være når det avgjørende for om noe er forbudt etter § 4 tredje ledd skal være en «helhetsvurdering» foretatt etter Helsedirektoratets skjønn, og hvor direktoratet kan legge vekt på en ikke-uttømmende oppregning av viktige forhold.

De EØS-rettslige kravene om at nasjonale regler som dette skal være klare, presise og forutsigbare i praksis, kan være krevende å oppfylle. Men slike vanskeligheter er ingen rettfærdiggjøringsgrunn. Slike regler må utformes på en måte som gjør at kravene oppfylles, dersom reglene skal stå seg. Vide, vage, uklare og ikke-uttømmende bestemmelser som grunnlag for offentligrettslige forbud er spesielt problematiske i en EØS-rettslig sammenheng.

2.8 Overtredelsesgebyr utgjør straff etter EMK.

Departementet fokuserer i høringsnotatet på at overtredelsesgebyr er en administrativ reaksjon. Men overtredelsesgebyr utgjør samtidig straff i EMKs forstand. Dette har flere implikasjoner. For det første gjelder de prosessuelle garantiene i EMK artikkel 6, som etter menneskerettsloven er gjort til del av norsk lov, med fortrinn foran annen norsk lovgivning.

For det andre, EØS-rettslig sett, må restriksjonen på fri bevegelse anses som særlig inngripende når det er knyttet straff til brudd på de aktuelle reglene. Dette synes departementet ikke å ha tatt i betraktning i høringsnotatet. Saken må opplyses bedre også på dette punktet.

Vi legger til at departementet også gir en lite dekkende redegjørelse for betydningen av overtredelsesgebyr i høringsnotatets punkt 8.4.1, f.eks. på side 84: «Departementet regner med at bruken av overtredelsesgebyr vil virke forebyggende og dermed vil være ressursparende for tilsynsmyndigheten.» En slik vurdering synes å forutsette at saksbehandlingen vil være lite ressurskrevende, og at tilsynsmyndigheten ikke vil gjøre feil. Det samme synes å være departementets forutsetning på side 85: «Innføring av overtredelsesgebyr vil kun ha konsekvenser for aktører som bryter de aktuelle bestemmelsene.» Her overses i tillegg at dersom overtredelsesgebyr skal virke forebyggende slik departementet legger til grunn, vil det ha konsekvenser i næringen i form av økt ressursbruk og overforsiktighet. I det hele tatt virker departementets forutsetninger her lite realistiske.

3. Meldeplikt til ESA etter EØS-høringsloven – og stillstandsplikt.

4.1 Innledning.

I høringsnotatets punkt 6.6.1, på side 58, bemerker departementet at «krav til EØS-notifisering av forskriftsreglene som foreslås», vil bli ivaretatt i egne prosesser.

Departementet har rett i at det her gjelder krav til «EØS-notifisering», det vil si at slike regler må notifiseres (eller «meldes») til ESA før de kan vedtas. Videre gjelder en stillstandsplikt, det vil si at de foreslåtte reglene ikke kan vedtas før etter utløpet av en nærmere bestemt frist.

Nærmere krav til «EØS-notifisering» følger for det første av EØS-høringsloven.

4.2 Meldeplikt etter EØS-høringsloven – og krav om ny melding i tilfelle endringer.

Meldeplikten til ESA følger av lovens § 4 om meldeplikt for «tekniske regler» sammenholdt med § 3 om hva som utgjør «tekniske regler» i lovens forstand. Meldingen skal inngis til EFTAs overvåkingsorgan (ESA)

¹⁶ Se Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 4. utg. 2022, s. 154–155.

gjennom Nærings- og fiskeridepartementet. Når de foreslåtte reglene er notifisert, sender ESA dem på høring til EU-Kommisjonen og samtlige EØS-stater (EU-statene så vel som EFTA-statene). I tillegg sørger den reviderte EFTA-konvensjonen av 21. juni 2001 og Sveits' bilaterale avtaler med EU for at også Sveits kan delta i høringen.

Lovens definisjon av «tekniske regler», i § 3, favner vidt og omfatter de foreslåtte reglene om forbud mot markedsføring. Særlige krav til innholdet i meldingen følger av lovens § 5. Meldingen skal blant annet inneholde forslaget til tekniske regler (det vil si utkastet til forskrift) på norsk og engelsk, og meldingen skal begrunne hvorfor reglene anses som nødvendige.

Departementet har tatt konsekvensen av lovens regler og meldte de foreslåtte reglene til ESA 2. oktober 2024.¹⁷ Utfordringen er at det etter lovens § 4 annet ledd skal gis ny melding «dersom det gjøres endringer som i vesentlig grad ... endrer virkeområdet... eller innfører nye ... krav». Som vist ovenfor er det etter vår vurdering nødvendig å gjøre endringer i forskriftsutkastet, og etter vår oppfatning er de påkrevde endringene så vesentlige at det vil være nødvendig å melde de endrede reglene på ny.

4.3 *Stillstandsplikt.*

Etter lovens § 6 gjelder det en stillstandsplikt. Det vil si at forslag til nye tekniske regler ikke kan vedtas før tre måneder etter at ESA har mottatt meldingen. For meldingen som allerede er inngitt (jf. forrige punkt), løper stillstandsplikten til 3. januar 2025.¹⁸ En ny melding, som formentlig vil være nødvendig, vil starte en ny stillstandsperiode.

Unntakene fra stillstandsplikten i lovens §§ 7 og 8 kommer ikke til anvendelse.

4.4 *Rettsvirkninger – reglene blir uanvendelige ved brudd på plikter etter loven.*

Etter EØS-høringsloven § 9 blir de vedtatte reglene uanvendelige dersom meldeplikten eller stillstandsplikten er brutt. Det gjelder også brudd på plikten til å melde endrede regler på nytt, og plikten til å respektere den nye stillstandsperioden som følger etter slik melding. For å sikre at de endrede reglene virkelig vil være anvendelige, må dermed departementet notifisere på ny.

4.5 *Forholdet til utredningsinstruksen – krav om ny høring ved endringer.*

Dersom EØS-høringen, eksempelvis som følge av kommentarer fra ESA, leder til vesentlige endringer i de foreslåtte forskriftsbestemmelsene, må det gjennomføres en ny høring i Norge. Det følger av utredningsinstruksen punkt 3-3 fjerde ledd.

¹⁷ Meldingen er tilgjengelig på ESAs nettside: Draft Technical Regulation - Amendment to the Food Act and proposal for new Regulations on the prohibition of the marketing of certain foods and beverages aimed at children. | ESA (eftasurv.int).

¹⁸ Se Draft Technical Notifications | ESA (eftasurv.int).

Del III:
**FORSLAGET TIL NY HJEMMEL I MATLOVEN FOR Å KUNNE
ILEGGE OVERTREDELSESGBYR VED BRUDD PÅ FORSKRIFTEN.**

I tillegg til at regjeringen har fremmet Prop. 120 L som nå er til behandling i Stortinget, om å gi Helse- og omsorgsdepartementet hjemmel for en forskrift om et markedsføringsforbud, forslår departementet nok en endring i matloven i tilknytning til samme sakfelt ved at det nå også anbefales en ny hjemmel for å benytte overtredelsesgebyrer mot begåtte overtredelser etter den foreslåtte forskriften.

NHO Mat og Drikke kan ikke støtte dette forslaget.

Det fremgår av drøftingen i del I foran og den påfølgende EØS-rettslige vurderingen av departementets forskriftsforslag i del II at overtredelsesgebyrer vil utgjøre straff i EMKs forstand, jf. bl.a. punkt 2.8 ovenfor. NHO Mat og Drikke mener at flere forhold tilsier at dette er å gå for langt.

NHO Mat og Drikke viser videre til vår høringsuttalelse datert 9. mai 2023 sammen med Bryggeri- og drikkevareforeningen og Vin- og brennevinleverandørenes forening til departementet vedrørende utmåling av overtredelsesgebyr etter alkoholloven mv.

NHO Mat og Drikke mener som det fremgår i gjennomgangen i del I ovenfor, at mens den foreslåtte forskriften på den ene siden er meget inngripende, er den på den andre siden også svært uklart formulert. Tilsynsmyndigheten vil dermed måtte utøve et betydelig skjønn. Når Helsedirektoratet, som ikke har utpreget faglig kompetanse om markedsføring, er foreslått som tilsynsmyndighet, er det ikke forsvarlig å gi hjemmel for å gi så betydelige overtredelsesgebyrer som departementet foreslår.

I høringsnotatet vises til det til at Helsedirektoratet er tilsynsmyndighet med reklameforbudene i tobakksskadeloven og alkoholloven, og at det allerede inntatt hjemmel for overtredelsesgebyrer i disse lovene. NHO Mat og Drikke mener som tidligere påpekt, at departementets parallell til tobakksskade- og alkohollovene er lite treffende, bl.a. fordi det etter disse lovene er snakk om helt absolutte forbud mot markedsføring.

Vi vil også understreke at Helsedirektoratet fortsatt ikke har prioritert å veilede næringsaktørene om forståelsen av regelverket, og at flere av avgjørelsene som direktoratet har truffet om forståelsen av forbudet mot alkoholreklame har vært omstridte og gjenstand for betydelig debatt. NHO Mat og Drikke kan ikke støtte at Helsedirektoratets arbeid med håndhevelse av reklameforbudet etter alkoholloven uten videre kvalifiserer direktoratet for å arbeide med markedsføringsforbudet som nå er foreslått, slik departementet synes å mene er tilfelle.

NHO Mat og Drikke vil for øvrig gjenta at vi mener det foreslåtte markedsføringsforbudet etter sin karakter og omfang bør vedtas som egen lov. En hjemmel for eventuelle overtredelsesgebyrer hører i så fall hjemme i en slik lov, og ikke som en hjemmel til departementet i matloven.

NHO Mat og vil avslutningsvis peke på at vi mener det er uheldig at regjeringen velger å fremlegge to lovproposisjoner om endringer i matloven knyttet til samme sak. Dette virker både lite gjennomtenkt og øker risikoen for at endringer i matloven, som er *den* sentrale loven for alle norske mat- og drikkeprodusenter, ikke sees i sammenheng. Vi viser i den forbindelse til vår høringsuttalelse til Helse- og omsorgsdepartementet datert 9. april 2024 vedrørende de foreslåtte hjemmelsgrunnlaget for et forbud mot markedsføring i matloven.

NOTAT

Til Stortingets helse- og omsorgskomiteé

22. oktober 2024

Prop. 120 L (2 023-2024) Endringer i matloven mv. (forskriftshjemmel for å fremme helse).

Regjeringen foreslår i Prop. 120 L *Endringer i matloven mv. (forskriftshjemmel for å fremme helse)* bl.a. et nytt tredje ledd i matloven § 10 som gir hjemmel for å fastsette en forskrift om merking, presentasjon, reklame og markedsføring av næringsmidler.

NHO Mat og Drikke mener at Stortinget *ikke* bør vedta regjeringens forslag om et nytt tredje ledd i matloven § 10 (vedtaksforslagets romertall I). Dersom Stortinget vil innføre et forbud mot markedsføring av visse næringsmidler mv., mener NHO Mat og Drikke på prinsipielt grunnlag at så vidtrekkende reguleringer heller bør vedtas av Stortinget etter en ordinær lovbehandling, og ikke ved at et departement gis hjemmel til å fastsette en eller flere forskrifter. Dette synspunktet er uavhengig av at NHO Mat og Drikke er uenig i at det skal innføres ytterligere reguleringer av markedsføring av næringsmidler.

Den direkte foranledningen til regjeringens forslag er å gi Helse- og omsorgsdepartementet hjemmel til å fastsette en forskrift som regulerer markedsføring av visse næringsmidler overfor barn. NHO Mat og Drikke er på det rene med at Stortinget kun er invitert til å behandle en endring matloven. Når Helse- og omsorgsdepartementets forslag¹ til materielle bestemmelser i forskriften som Stortinget vurderer å gi et hjemmelsgrunnlag ble kjent etter at høringen om endringer i matloven var avsluttet, er det imidlertid ikke meningsfullt å begrense våre kommentarer til lovforslaget. NHO Mat og Drikke mener at lovforslaget må sees i sammenheng med forskriftsutkastet som er sendt på høring, og som viser hvor vidtrekkende fullmakter Helse- og omsorgsdepartementet mener at den foreslåtte lovhjemmelen vil gi departementet.

Den foreslåtte forskriften vil få betydelige konsekvenser som går langt videre enn et begrenset markedsføringsforbud mot barn og unge, først og fremst for norske næringsaktører i hele verdikjeden for mat og drikke, for dagligvarehandelen, for medie- og kommunikasjonsnæringen og for frivillig sektor. Konsekvensene er ikke forsvarlig utredet. Departementets forslag reiser videre en rekke rettslige spørsmål som også er mangelfullt utredet i høringsnotat.

NHO Mat og Drikkes vurderinger utdypes nedenfor. Omtalen av endringer i tobakksskadeloven i proposisjonen og forslagene i romertall II og III, kommenteres ikke.

Utgangspunkt for lovforslaget.

Bakgrunnen for forslaget om å innføre et utvetydig hjemmelsgrunnlag er spørsmålet om en regulering av markedsføring av visse næringsmidler rettet mot barn. De detaljerte, materielle sidene av en

¹ Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet datert 22. august 2024 om *forslag til forskrift om forbud mot markedsføring av visse næringsmidler rettet mot barn mv.*

eventuell regulering er imidlertid ikke en del av regjeringens lovproposisjon, og vil heller ikke bli kommentert ytterligere her.

Helse- og omsorgsdepartementet sendte et notat om endringer i matloven på offentlig høring 9. januar 2024 med høringsfrist 6. april 2024. I en høringsuttalelse til departementet datert 9. april 2024 uttrykte NHO Mat og Drikke bl.a. –

- at vår høringsuttalelse var begrenset til forslaget om å gi en hjemmel til å innføre reguleringer av adgangen til markedsføring, og at en slik regulering i seg selv vil reise flere prinsipielle, rettslige og praktiske spørsmål som ikke var drøftet i departementets høringsnotat og som følgelig heller ikke kunne kommenteres;
- forståelse for at departementet vil unngå tvil rundt hjemmelsgrunnlaget, og viste til at slik tvil var til stede da tilsvarende reguleringer ble drøftet i 2012 og 2013; men at
- *forslaget til en ny bestemmelse i matloven § 10 tredje ledd er generell og vidt formulert, og at terskelen for å kunne ta hjemmelen i bruk er begrenset til å vise til formålet om å fremme helse helt generelt. NHO Mat og Drikke uttrykte bekymring for at bestemmelsen kan gi hjemmel for nærmest ubegrensede tiltak (uthevet her).*

Departementets vurdering av synspunktene som fremkommer i høringen fremstår som grensende til å være overflatiske. Istedenfor å drøfte det materielle innholdet i innvendingene begrenser departementet seg til å peke på at matloven er en rammelov der systematikken tilsier at detaljreguleringer ikke gjøres i selve loven. Det konkluderes kort og uten nærmere begrunnelse med at «departementet [ikke] ser at det er grunnlag for å endre dette systemet her».

Helse- og omsorgsdepartementet unnlater å redegjøre overfor Stortinget hvorfor det skal sees bort fra næringsaktørens materielle innvendinger mot departementets foreslåtte løsning. Dette bidrar til usikkerhet, og er uansett kritikkverdig. NHO Mat og Drikke fastholder derfor vår posisjon:

1. Helse- og omsorgsdepartementets forslag til hjemmel for å fastsette en forskrift om merking, presentasjon, reklame og markedsføring av næringsmidler i matloven § 10 tredje ledd er utformet for vidt, og gir dermed departementet hjemmel for nærmest ubegrensede tiltak.

At nye forskriftsregler som skal hjemles i den nye bestemmelsen krever egen utredning og høring, slik departementet peker på, er en selvfølge og er heller ikke relevant i sammenhengen. Problemstillingen departementet unnlater å drøfte er nettopp utfordringene som vil følge av at departementet *får en for vid* forskriftshjemmel.

NHO Mat og Drikkes syn underbygges av at departementets forslag til forskrift om forbud mot markedsføring av visse næringsmidler rettet mot barn mv. faktisk viser seg å gå meget langt, og for mange praktiske formål langt på vei vil kunne innebære et markedsføringsforbud for flere produkter som er omfattet av reguleringene. *Uavhengig av hva man måtte mene om en slik regulering, kan det ikke bestrides at den er meget vidtrekkende.*

Departementets mangelfulle vurderinger av bl.a. rettslige krevende spørsmål og økonomiske og administrative konsekvenser av forskriftsforslaget i høringsnotatet underbygger hvorfor det heller ikke vil være riktig å gi en svært vid hjemmel til å innføre nye reguleringer, i matloven.

2. Dersom det er slik departementet hevder, at matlovens systematikk i seg selv er til hinder for en mer detaljert regulering som gir Stortinget mulighet til å vurdere om omfanget av reguleringene og om konsekvensene for de som berøres av reguleringene er forholdsmessig sett opp mot det som forventes oppnådd, burde departementet i så fall ha vurdert om bestemmelsene burde plasseres i annen lovgivningen eller i en særskilt lov.

NHO Mat og Drikke mener som nevnt innledningsvis, at dette taler for at eventuelle reguleringer bør vedtas som lov, og ikke i form av en forskrift.

Markedsføringsforbudet må etter sin karakter og omfang gis ved formell lov.

En forskriftsregulering av markedsføringsforbudet ble også vurdert i 2012 og 2013. Et sentralt spørsmål var om forskriften som da var på høring kunne hjemles i matloven § 10 annet ledd, slik det daværende Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og Helse- og omsorgsdepartementet hadde foreslått. Usikkerheten fra 2012 og 2013 om hjemmelsgrunnlaget faktisk er til stede i den gjeldende matloven er den direkte foranledningen til den lovproposisjonen som nå er til behandling.

Samtidig var det en diskusjon om markedsforbudet i det hele tatt kunne fastsettes i forskrifts form, eller om forbudet etter sin karakter og omfang må gis ved formell lov. Dette spørsmålet ble bl.a. belyst i en juridisk betenkning utarbeidet av Advokatfirmaet Schjødt AS for Orkla ASA². I denne betenkningen ble det bl.a. vist til at «utgangspunktet er at alle spørsmål som er av en slik karakter at Stortinget bør ta stilling til dem, bør reguleres i formell lov og ikke overlates til forskrift», og vist til at Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité i Innst. S. nr. 296 (1995-1996) har gitt noen konkrete holdepunkter for vurderingen av når stortingsbehandling må anses påkrevd:

«Komiteen vil generelt peke på viktigheten av at forskrifter er så klare og utvetydige som mulig. Komiteen vil videre minne om at en utstrakt bruk av forskrifter bidrar til en vanskelig tilgjengelig rettstilstand ved at relevante regler må søkes flere steder. Komiteen mener dette illustrerer en viktig problemstilling knyttet til bruk av fullmaktsbestemmelser. Komiteen vil allikevel minne om at utstrakt bruk av delegasjon av myndighet til å gi forskrifter er en nødvendighet i dagens samfunn. Komiteen er dog av det syn at det er grunn til å vise varsomhet med bruk av forskriftshjemler, særlig når det gjelder som gir rettigheter eller plikter (legalitetsprinsippet) for borgerne. Rettigheter og plikter bør i størst mulig grad fremgå av selve loven. I den grad det er nødvendig å benytte seg av forskriftshjemler på områder som faller innenfor legalitetsprinsippets anvendelsesområde, bør loven selv etter komiteens syn angi klare rammer for fullmakten, loven bør videre angi retningslinjer som forskriften må holde seg innenfor. Dette kan bidra til å gi borgerne holdepunkter for hvilke rettigheter og plikter de har samt hvilke rettslige inngrep fra myndighetenes side de må tåle.»

Ovenstående vurderinger tilsier i seg selv, men ganske særlig når det nå også er kjent hvor vide og vagt utformede forbudsregler med en utstrakt grad av skjønnsutøvelse i tilsynsmyndighetenes håndhevelse som Helse- og omsorgsdepartementet har foreslått, at markedsføring rettet mot barn eventuelt må reguleres i lov, og ikke gjennom forskrift.

NHO Mat og Drikke kommer i høringen om forskriftsutkastet videre til å fremholde at de foreslåtte reglene er så vage og skjønnsmessige at de synes å være i strid med EØS-rettens krav til rettssikkerhet. Reglene vil da også være uforenlige med grunnfrihetene, selv om reglene skulle anses som både egnede og nødvendige for å nå målsetningene. Selv om det er krevende å utforme klare, presise og forutsigbare regler, er vide, vage, uklare og ikke-uttømmende bestemmelser som grunnlag for offentligrettslige forbud spesielt problematiske i en EØS-rettslig sammenheng.

Helse- og omsorgsdepartementet har også foreslått at det skal gjennomføres en ytterligere endring av matloven som åpner for å kunne gi overtredelsesgebyrer til «virksomheter som forsettlig eller uaktsomt overtrer § 4 første og fjerde ledd og § 5 i denne forskriften», d.v.s. markedsføringsforbudet og begrensninger i produktplasseringer i forskriften. De foreslåtte overtredelsesgebyrene vil kunne utgjøre inntil 50 ganger Folketrygdens grunnbeløp, altså om lag 6,2 millioner kroner (2024), eller 4 pst. av selskapenes omsetning. Gebyrene som utmåles er i en størrelse som peker i retning av at disse vil være straffesanksjoner fremfor å skulle ha en forebyggende virkning. NHO Mat og Drikke mener at også overtredelsesgebyrene tilsier at markedsføringsforbudet etter sin karakter og omfang må gis ved formell lov.

² Advokatfirmaet Schjødt AS. Juridisk betenkning datert 5. september 2012 vedrørende *Vurdering av hjemmelsgrunnlag for forslag til forskrift om markedsføring av «usunn» mat og drikke rettet mot barn og unge.*

I lys av overtredelsesgebyrene burde departementet i det minste ha bestrebet seg på å utforme presise forbudsbestemmelser som reduserte behovet for skjønnsutøvelse fra organet som både skal føre tilsyn med og treffe vedtak i saker om påstått ulovlig markedsføring eller ulovlig produkt plassering, og som også foreslås gitt myndighet til å ilegge overtredelsesgebyrer. Dette har departementet ikke gjort. Helse- og omsorgsdepartementet har istedenfor lagt vekt på at overtredelsesgebyrer er en administrativ reaksjon som departementet mener vil virke forebyggende.

Overtredelsesgebyr utgjør *straff* i Den europeiske menneskerettskonvensjonens forstand. Dette innebærer bl.a. at de prosessuelle garantiene i EMK artikkel 6, som etter menneskerettsloven er gjort til den del av norsk lov med forrang foran annen norsk lovgivning, gjelder. EØS-rettslig må restriksjonene på fri bevegelse anses som særlig inngripende når det er knyttet straff til brudd på de aktuelle reglene.

NHO Mat og Drikke vil avslutningsvis vise til at Schjødt i utredningen fra 2012 pekte i retning av at den da foreslåtte forskriften ville representere et inngrep etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Schjødt konkluderte med at "*det er sterke holdepunkter for at det gjelder særlig et krav om klar lovhjemmel ved slike inngrep*" (vår utheving).

Forholdet til matloven.

I høringen om Helse- og omsorgsdepartementets forslag til endring i matloven (forskriftshjemmel for å fremme helse) understreket NHO Mat og Drikke følgende i høringsuttalelsen til departementet:

«Matloven er en rammelov som skal danne grunnlaget for et enhetlig regelverk på matområdet som sikrer befolkningen helsemessig trygg mat og fremmer de øvrige relevante hensyn på matområdet som kvalitet, forbrukerhensyn og markedshensyn samt god dyre – og plantehelse. Loven gir nødvendig hjemmel for å kunne ta inn Food Law og øvrig EU-regelverk på matområdet jf. Ot.pr. nr. 100 (2002-2003) pkt. 1. Loven gjenspeiler helkjedeperspektivet, og gjennom den gjennomføres risikoanalyseprinsippet som grunnleggende prinsipp i matforvaltningen.

I høringsnotatet skriver departementet at det mener forslaget til endring av matloven vil bidra til å synliggjøre og styrke matloven som folkehelselov.

NHO Mat og Drikke mener at en slik tilnærming krever en bredere og mer helhetlig tilnærming enn det den foreslåtte endringen og høringsnotatet legger opp til. Vi oppfatter at både den foreslåtte endringen og mulige framtidige behov for endringer i matloven f.eks. relatert til GMO, matsvinn mv. vil kunne trekke matloven i en retning som ikke var tilsiktet da den ble laget. Vi ser behov for et dynamisk regelverk, men også et behov for å se endringer i sammenheng.»

Matloven er den sentrale loven for hele mat- og drikkeverdikjeden. NHO Mat og Drikke vil gjenta behovet for at endringer i matloven må sees i sammenheng, og mener at den foreliggende saken understreker at regjeringen tar for lett på dette hensynet. Dette underbygges av at *mens* Stortinget nå behandler et forslag om å gi en hjemmel for en forskriftsregulering av markedsføring, *pågår en parallell høring* om ytterligere en ny endring av den samme loven for å hjemle overtredelsesgebyrer for brudd på forskriftsforlaget som er utgangspunktet for saken. Sett under ett fremstår tilnærmingen som vilkårlig og lite gjennomtenkt, med en påfølgende risiko for at lov- og forskriftsarbeidet blir fragmentarisk og at endringer i matloven ikke i tilstrekkelig grad sees i sammenheng.

KVALE

NOTAT

Til: NHO Mat og Drikke
Fra: Kvale v/ Marie Agerup Kildahl, Gjermund Mathisen og Jens Edvin A. Skoghøy
Ansvarlig advokat: Gjermund Mathisen
Dato: 12. november 2024
Vedrørende: **Vurdering av forholdet til Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 – HODs høringsnotat 22. august 2024 om markedsføring av visse næringsmidler**

1	INNLEDNING OG KONKLUSJON	1
2	YTRINGSFRIHETENS RETTSLIGE VERN – SÆRLIG OM KOMMERSIELLE YTRINGER	2
2.1	Legalitetsprinsippet – inngrep overfor den enkelte krever hjemmel i lov	2
2.2	Grunnloven § 100	3
2.3	EMK artikkel 10	6
3	LEGALITETSVURDERING AV UTKAST TIL FORSKRIFT	8
3.1	Innledning	8
3.2	Har forskriften hjemmel i matloven § 10 og § 12 bokstav b?	8
3.3	Forutsatt hjemmel i matloven § 10 – kan forbudet vedtas som forskrift eller må reguleringene vedtas som formell lov?	11
3.4	Lovskravet etter EMK artikkel 10	12
3.5	Forskriften må ha et legitimt formål	13
3.6	Er forbudet nødvendig og forholdsmessig ("necessary in a democratic society")?	13

1 INNLEDNING OG KONKLUSJON

Helse- og omsorgsdepartementet ("HOD") har sendt på høring forslag til ny regulering av markedsføring rettet mot barn. Den foreslåtte forskriften vil forby markedsføring av visse næringsmidler der markedsføringen er rettet mot personer under 18 år eller skjer på en måte som oppfordrer voksne til å kjøpe slike næringsmidler til personer under 18 år.

De aktuelle næringsmidlene er opplistet i et vedlegg til forskriftsutkastet og omfatter sjokolade- og sukkervarer, kaker og kjeks mv., snacks inkludert popkorn og saltede nøtter, spise-is, energidrikker, brus og saft, juice og lignende med tilsatt sukker eller søtstoff, melk og plantebaserte drikker med tilsatt sukker eller søtstoff, frokostblandinger med høyt sukkerinnhold eller lavt innhold av kostfiber, yoghurt og lignende med søtstoff, høyt sukkerinnhold eller høyt fettinnhold samt hurtigmat og sammensatte ferdigretter med høyt innhold av energi, mettet fett eller salt.

Kvale Advokatfirma DA er bedt om å vurdere forholdet mellom det foreslåtte regelverket og ytringsfriheten etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. I høringsnotatet er forholdet til Grunnloven og EMK vurdert i punkt 6.5.

Utgangspunktet er at kommersielle ytringer (reklame som har fortjeneste for øyet) har vern etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Denne type ytringer ligger riktignok ikke i kjernen av

ytringer som er vernet, men vilkårene for inngrep må like fullt være oppfylt. Dette innebærer at forslaget til ny regulering, som utgjør et inngrep i retten til kommersielle ytringer og retten til å motta informasjon, må ha hjemmel i lov, ha et legitimt formål og være nødvendig (forholdsmessig). Hjemmelskravet følger også av det alminnelige forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet som er grunnlovsfestet i Grunnloven § 113.

HOD legger korrekt til grunn at kommersielle ytringer har konstitusjonelt vern, men vurderingen av om inngrepsvilkårene er oppfylt, er etter vårt syn mangelfull og til dels feil.

HOD utleder sin kompetanse til å vedta forskriften fra matloven § 10 og § 12 bokstav b. Vår vurdering er at forskriften ikke har hjemmel i matloven, slik matloven lyder i dag. Det innebærer at forskriften ikke kan vedtas med mindre fullmaktshjemmelen endres. Alternativt må slike regler som foreslått vedtas i lovs form. Sett i lys av hvor inngripende de foreslåtte reguleringene er, både etter sin art (forbud og sanksjoner) og sitt omfang, mener vi at formell lov er det rette valget. Det vil sikre en demokratisk behandling og at reguleringene gjennomgår en betryggende kontroll.

Selv der forskriften får hjemmel i lov og slik sett kan vedtas som forskrift, mener vi kravene som gjelder til hjemmel, ikke er oppfylt. Det er ikke tilstrekkelig at inngrep har hjemmel i formell lov. Etter norsk rett og EMK er gjelder også krav om at loven må være tilstrekkelig tilgjengelig og presis (kvalitative krav). Etter vårt syn er den foreslåtte forskriften både uklar og lite forutberegnelig, slik at de kvalitative kravene ikke oppfylles. Dette er ikke vurdert av HOD.

Det foreslåtte markedsføringsforbudet har etter vårt syn et legitimt formål, idet det tar sikte å på å fremme og beskytte barns helse. Derimot er HODs vurdering av hvorvidt forskriften er forholdsmessig – det vil si egnet til å oppnå formålet og tilstrekkelig begrunnet – mangelfull. HOD viser til at forslaget også vil begrense voksnes tilgang på opplysninger, men utover dette er ikke de inngripende virkningene av forskriften nærmere vurdert. HOD vurderer heller ikke nærmere om det angitte formålet kan oppnås på en lempeligere måte.

Etter vårt syn er det flere forhold som taler for at forskriften ikke er tilstrekkelig begrunnet. Vi viser her blant annet til at forskriften vil begrense eldre barns informasjonsgrunnlag i betydelig grad. For produsenter vil det være krevende (i mange tilfeller tilnærmet umulig) å markedsføre produkter til voksne på en måte som ikke virker appellerende også for de eldste barna. Forskriften omfatter også en rekke antall produkter som i moderate mengder kan inngå som en del av et sunt og balansert kosthold. Innovasjon og nyskaping, inkludert produkter som kan utgjøre sunnere alternativer til f.eks. brus og sjokolade, vil bli hemmet. Følgelig er det en risiko for at forskriften virker mot sin hensikt. Dette er noen av flere forhold som etter vår vurdering taler for at forskriften ikke er forholdsmessig.

Vår konklusjon er at inngrepsvilkårene etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 ikke er oppfylt.

I det videre vil vi først redegjøre for ytringsfrihetens rettslige vern med fokus på kommersielle ytringer, samt vilkårene for inngrep, i punkt 2. I punkt 3 redegjør vi for vår vurdering av hvorvidt den foreslåtte forskriften oppfyller inngrepsvilkårene.

2 YTRINGSFRIHETENS RETTSLIGE VERN – SÆRLIG OM KOMMERSIELLE YTRINGER

2.1 Legalitetsprinsippet – inngrep overfor den enkelte krever hjemmel i lov

Den tradisjonelle forståelsen av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet er at enhver utøvelse av offentlig myndighet må ha hjemmel i lov.¹ Dette er grunnlovsfestet i Grunnloven § 113 som slår

¹ Hans Petter Graver og Henriette N. Tøssebro, *Alminnelig forvaltningsrett* (2024) s. 233.

fast at forvaltningen "må ha grunnlag i lov" for inngrep overfor den enkelte. Etter Grunnloven og EMK er det imidlertid ikke tilstrekkelig at loven formelt sett er i orden, og at loven etter alminnelige tolkningsprinsipper gir grunnlag for inngrepet. Inngrepet må også være nærmere beskrevet i den eller de bestemmelsene som gir hjemmel for inngrepet, og ved fastleggingen av hva bestemmelsene gir hjemmel for, må man ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. Selv om forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn kan bidra til å presisere lov- eller forskriftsbestemmelser, utgjør ordlyden den tyngste tolkingsfaktoren og danner rammen for regeltolkningen.² Det kreves også at bestemmelsen er så presis som forholdende tillater og er tilgjengelig og sikrer forutberegnelighet for borgerne.³

Hvorvidt hjemmelen er tilstrekkelig klar, beror på en sammensatt vurdering som bygger på de vanlige tolkningsprinsippene, og hvor de reelle hensynene som taler for at forvaltningen får gjennomført sine oppgaver, veies opp mot hensynet til dem som rammes.⁴

Dersom det er tale om administrative frihetsinngrep eller tvangsmessig gjennomføring av vedtak, oppstilles det strenge krav til hjemmelen idet hensynet til borgeren har særlig tyngde. Inngrep i borgernes økonomiske sfære kan lettere godtas enn inngrep i deres fysiske integritet.⁵ Bestemmelsens ordlyd danner imidlertid en ramme for hvor vidt bestemmelsen kan tolkes.

Når det gjelder arten av inngrepet, antas det generelt at det kreves klarere hjemmel for sanksjoner enn ved forebyggende tiltak.

Vurderingen av hvordan et inngrep rammer, og hvor tyngende det er overfor den som rammes, vil lett gli inn i en forholdsmessighetsvurdering.⁶

Som vi vil komme tilbake til, utgjør den foreslåtte forskriften et betydelig inngrep i aktørers rett til kommersielle ytringer, og den begrenser borgernes rett til informasjon. Det foreslås også at overtredelser skal sanksjoneres med overtredelsesgebyr, hvilket utgjør straff etter EMK artikkel 6. Selv om det er tale om et inngrep i den økonomiske sfæren er vi derfor i kjernen av legalitetsprinsippet, slik at markedsføringsforbudet må gis i, eller i medhold av, formell lov.⁷ Videre må hjemmelen være tilstrekkelig tilgjengelig og klar (kvalitetskravet). Ikke bare må forskriften ha tilstrekkelig hjemmel i lov, men forskriften må i seg selv også oppfylle kvalitetskravet.

Som vi vil komme tilbake til, eksisterer det allerede i dag en rekke bestemmelser som forbyr eller begrenser reklame for visse produkter i norsk rett. Eksempler er forbud mot tobakk- og alkoholreklame, forbud mot kjønnsdiskriminerende reklame, forbud mot reklame rettet mot barn i kringkasting eller audiovisuelle tjenester, spesialregler om kommersielle ytringer rettet mot barn samt begrensninger i kommersielle ytringer for legemidler.⁸ Disse forbudene er imidlertid av en helt annen karakter enn de begrensninger som nå foreslås.

2.2 Grunnloven § 100

De overordnede prinsipper om ytringsfrihet og innsynsrett i offentlige dokumenter er nedfelt i Grunnloven § 100. Grunnloven er den øverste rettskilden i det norske rettssystemet, og går dermed foran alminnelig lovgivning, forskrifter, instruksjoner mv. dersom det oppstår konflikt.

² Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2023) s. 67 med videre henvisninger til rettspraksis.

³ HR-2016-2017-A, avsnitt 58, med videre henvisning til Rt. 2014 s. 1105. Jf. også HR-2018-1907-A, avsnitt 51.

⁴ Hans Petter Graver og Henriette N. Tøssebro, *Alminnelig forvaltningsrett* (2024) s. 234.

⁵ Hans Petter Graver og Henriette N. Tøssebro, *Alminnelig forvaltningsrett* (2024) s. 334.

⁶ Hans Petter Graver og Henriette N. Tøssebro, *Alminnelig forvaltningsrett* (2024) s. 334.

⁷ Hugo Matre og Vidar Strømme, *Juridisk betenkning – forskrift med hjemmel i matloven § 10 – legalitetsvurdering*, 5. september 2012 s. 3.

⁸ Se alkoholloven § 9-2, markedsføringsloven kap. 4, kringkastingsloven § 3-1 (1) og legemiddeloven kap. 7.

Grunnloven § 100 lyder:

Ytringsfrihet bør finne sted.

Ingen kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap med mindre det lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Det rettslige ansvar bør være foreskrevet i lov.

Frimodige ytringer om statsstyret og hvilken som helst annen gjenstand er tillatt for enhver. Det kan bare settes klart definerte grenser for denne rett der særlig tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelser.

Forhåndssensur og andre forebyggende forholdsregler kan ikke benyttes med mindre det er nødvendig for å beskytte barn og unge mot skadelig påvirkning fra levende bilder. Brevsensur kan ikke settes i verk utenfor anstalter.

Enhver har rett til innsyn i statens og kommunenes dokumenter og til å følge forhandlingene i rettsmøter og folkevalgte organer. Det kan i lov fastsettes begrensninger i denne rett ut fra hensyn til personvern og av andre tungtveiende grunner.

Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale.

Første ledd slår fast det prinsipielle utgangspunktet om at det skal være ytringsfrihet. Dette omfatter frihet til å ytre seg, til å forholde seg taus og til å motta ytringer (informasjonsfriheten). Videre innebærer retten til informasjonsfrihet at enhver ikke bare har rett til å meddele, men også til fritt å motta, informasjon og ideer – altså uhindret å kunne oppsøke og anskaffe informasjon fra tilgjengelige kilder.⁹ Bestemmelsen omfatter ytringer generelt, inkludert kommersielle ytringer, og beskytter retten til å ytre seg uten å bli holdt rettslig ansvarlig i etterkant.¹⁰

Ytringsfriheten er ikke en absolutt rettighet. Grunnloven § 100 annet ledd åpner for inngrep forutsatt at disse har hjemmel i lov og lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i "sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse". Ytringsfriheten må derfor veies opp mot andre interesser. Som vi kommer tilbake til krever også EMK artikkel 10 andre ledd at alle inngrep i ytringsfriheten må være foreskrevet ved lov, være nødvendige i et demokratisk samfunn og ivareta legitime hensyn.

Retten til kommersielle ytringer begrunnes først og fremst i "individets frie meningsdannelse." I dagens samfunn fyller de informative sidene ved reklame en nødvendig funksjon for selger og kjøper. For selgerne er formålet økt salg og presentasjon av nye produkter og tjenester. Dersom denne muligheten begrenses, vil også innovasjon og nyskapning hemmes.¹¹ I tillegg har befolkningen rett til å motta informasjonen. Forslaget til HOD utgjør derfor ikke bare et inngrep i aktørers rett til å formidle kommersielle ytringer, men også i befolkningens informasjonsfrihet.

Grunnloven § 100 tredje ledd gir et særlig vern for "frimodige ytringer om statsstyret og hvilken som helst annen gjenstand". Terskelen for inngrep i slike ytringer er høyere enn ellers, ved at det må foreligge "særlig tungtveiende hensyn" holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelser. For ikke-politiske ytringer som kommersielle ytringer, er terskelen for inngrep lavere.

Fjerde ledd angir at "forhåndssensur og andre forebyggende forholdsregler" ikke kan benyttes med mindre det "er nødvendig for å beskytte barn og unge mot skadelig påvirkning fra levende bilder". Bestemmelsen tillater forhåndssensur av blant annet film, videoer og dataspill hvor

⁹ NOU 2022: 9 *En åpen og opplyst offentlig samtale*, s. 35.

¹⁰ NOU 2022: 9 *En åpen og opplyst offentlig samtale*, s. 49.

¹¹ NOU 1999: 27 «Ytringsfrihet bør finde Sted» – Forslag til ny Grunnlov § 100, s. 209.

bildene i seg selv antas å ha en negativ innflytelse på barn og unge, eksempelvis grunnet fremstillinger av vold og sex.¹² Bestemmelsen åpner etter vårt syn ikke for forbud mot reklame for mat og drikke som antas å ha en helseskadelig effekt, og som retter seg mot barn og unge.

Som nevnt er kommersielle ytringer vernet av Grunnloven § 100. Ved vurderingen av i hvilken utstrekning denne type ytringer er vernet, er lovhistorikken av interesse.

Grunnloven § 100 ble endret 30. september 2004. I 2014 ble språkformen endret. Den nye Grunnloven § 100 bygger i stor grad på Ytringsfrihetskommisjonens utredning og forslag til ny grunnlovsbestemmelse i NOU 1999: 27 *Ytringsfrihet bør finde Sted*. Ytringsfrihetskommisjonen fant det klart at kommersielle ytringer (typisk reklame for varer eller tjenester) skulle være omfattet av Grunnloven.¹³

I St.meld. nr. 26 (2003–2004) gikk derimot departementet imot Ytringsfrihetskommisjonens forslag om at kommersielle ytringer skulle ha grunnlovsmessig vern.¹⁴ Departementet begrunnet blant annet dette med at det kunne skape tvil om adgangen "til å gripe inn imot reklame som ut fra samfunnets interesser anes som skadelig", og at "hovedfunksjonen til kommersielle ytringer knytter seg til deres betydning for næringsvirksomhet". Videre la departementet til grunn at formen for markedsføring er et spørsmål om rammebetingelsene for næringsvirksomhet, som ikke primært bør ses på som et ytringsfrihetsspørsmål.¹⁵ Departementet foreslo et tillegg til Grunnloven § 100, om at "Disse Grundsætningers Anvendelse på kommersielle Ytringer og de Indskrænkninger de bør undergaa, fastsættes ved Lov."¹⁶ Det foreslåtte tillegget ble imidlertid ikke vedtatt.

Ved kongelig resolusjon 14. februar 2020 ble en ny Ytringsfrihetskommisjon oppnevnt for å vurdere ytringsfrihetens status i Norge. Ytringsfrihetskommisjonen ga sin utredning i NOU 2022: 9 *En åpen og opplyst offentlig samtale*. I relasjon til Grunnloven § 100 utgjør dette etterarbeider som er egnet til å kaste lys over hvordan Grunnloven § 100 skal forstås i dag. I utredningen legges det til grunn at kommersielle ytringer er beskyttet av ytringsfriheten etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 med påfølgende krav på beskyttelse mot inngrep. Utvalget uttaler blant annet (s. 253):

... Samtidig er det ikke gitt at reklame, ut over det rent informative, er viktige bidrag til sannhetssøken, demokrati og fri meningsdannelse. Fordi kommersielle ytringer ligger utenfor kjerneområdet for hva ytringsfriheten beskytter, er det lettere å forsvare inngrep når de holdes opp mot ytringsfrihetens begrunnelser i Grunnloven og de angitte hensynene i EMK artikkel 10(2).

Norsk lov inneholder flere forbud som griper inn i mediers rett til å formidle kommersielle ytringer, som forbud mot alkohol- og tobakkreklame, forbud mot kjønnsdiskriminerende reklame, forbud mot reklame rettet mot barn i kringkasting eller audiovisuelle tjenester og spesialregler om kommersielle ytringer rettet mot barn og begrensninger i kommersielle ytringer for legemidler.

Det er dermed ikke tvilsomt at kommersielle ytringer har vern, men vernet er ikke like sterkt som for en del andre ytringer.¹⁷ Dette innebærer at terskelen for inngrep er lavere, men at inngrepsvilkårene like fullt må være oppfylt.

¹² NOU 1999: 27 «Ytringsfrihet bør finde Sted» – Forslag til ny Grunnlov § 100, s. 238–239.

¹³ NOU 2022: 9 *En åpen og opplyst offentlig samtale*, s. 253 med fotnote 100.

¹⁴ St.mld. nr. 26 (2003–2004) *Om endring av Grunnloven § 100*, s. 84–86 og 118.

¹⁵ St.mld. nr. 26 (2003–2004) *Om endring av Grunnloven § 100*, s. 84.

¹⁶ St.mld. nr. 26 (2003–2004) *Om endring av Grunnloven § 100*, s. 119.

¹⁷ NOU 2011: 12, *Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag*, s. 119 og 174.

Grunnloven § 100 annet ledd åpner som nevnt for inngrep i ytringsfriheten, og angir at "det rettslige ansvar bør være foreskrevet i lov". Ytringsfrihetskommisjonen i 1999 tok til orde for at "lov" som utgangspunkt sikter til formell lov, og uttalte at:¹⁸

... For det første foreligger et krav om forankring «i lov». Med lov menes i utgangspunktet formell lov. Dette innebærer ikke et absolutt forbud mot at begrensingen blir nærmere regulert i forskrift, men krever at det framgår av formell lov (forskriftshjemmelen) hvilke detaljer som nærmere kan reguleres i forskrift. Om klare rammer for forskriftskompetansen ikke framgår av formell lov, kan man vanskelig si at ansvaret er klart foreskrevet i lov.

Lovskravet i annet ledd, 2. pkt. må som hovedregel forstås som et krav om skreven lov. Det kan likevel tenkes at begrensninger som følger av sedvanerett (ulovfestet rett) må aksepteres. Det er imidlertid tale om et strammere lovskrav enn etter EMK art. 10, som særlig av hensyn til common law-statene inneholder få formelle krav.

Med dette kan også forskrift regulere inngrep, men det forutsetter at forskriftshjemmelen er tilstrekkelig klar. Selv om ikke Grunnloven § 100 uttrykkelig stiller krav til klarhet, følger dette uansett av legalitetsprinsippet. Som Høyesterett påpeker i Rt. 2014 s. 1105, fremmer lovskravet forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte skal kunne treffe rasjonelle valg:

Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling ... Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.

I tillegg til at hjemmelskravet må være oppfylt, må inngrepet la seg forsvare holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelser, jf. Grunnloven § 100 annet ledd. I denne vurderingen vil det ha betydning i hvilken utstrekning den foreslåtte forskriften er egnet til å oppnå det oppgitte formålet, nemlig å fremme og beskytte helsen til barn og unge.

2.3 EMK artikkel 10

EMK artikkel 10¹⁹ knesetter prinsippet om ytringsfrihet ("freedom of expression") og lyder:

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

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

¹⁸ NOU 1997: 27 «Ytringsfrihet bør finde Sted» – Forslag til ny Grunnlov § 100, s. 334.

¹⁹ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP artikkel 19) og artikkel 11 i EUs pakt om grunnleggende rettigheter verner også ytringsfriheten. Bestemmelsene er bygget opp på samme måte som EMK artikkel 10 og har i hovedsak sammenfallende innhold, jf. NOU 2022: 9 s. 52. Det er også flere konvensjoner som beskytter menneskerettighetene til særlig sårbare grupper i befolkningen, som inneholder egne bestemmelser om ytringsfrihet, men som ikke behandles nærmere i denne fremstillingen.

Ytringsfrihetsbegrepet er svært vidt og omfatter både innhold og form. Det omfatter talte eller skrevne ord og meddelelse av opplysninger eller tanker gjennom nonverbale handlinger og aktiviteter, som eksempelvis bekledning, flagg, forsamlinger og møter mv. EMK artikkel 10 er inkorporert i norsk rett og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Annet ledd regulerer vilkårene for inngrep i ytringsfriheten, og angir at et legitimt formål for å gjøre inngrep i ytringsfriheten er å verne helse.

I saker som gjelder inngrep i ytringsfrihet, har Høyesterett langt på vei tatt utgangspunkt i EMK artikkel 10. Det må ses i sammenheng med at Den europeiske menneskerettighetsdomstolen ("EMD") har behandlet et stort antall saker som avklarer ytringsfrihetens nærmere innhold og grenser. Dommene fra EMD er også av betydning utenfor sakene hvor den enkelte stat er part. Tolkningen av konvensjonen er i praksis bindende i senere saker også for norske myndigheter.²⁰

For å løse konkrete rettsspørsmål etter EMK må det først tas stilling til om det foreligger ytringer som vernes etter artikkel 10 første ledd, deretter om det er skjedd et inngrep i ytringsfriheten med hjemmel i lov, om inngrepet har et legitimt formål (her "protection of health") og til slutt om det er "necessary in a democratic society" (forholdsmessighetsvurdering).

EMD har i en rekke avgjørelser lagt til grunn at kommersielle ytringer er omfattet av EMK artikkel 10,²¹ samtidig som praksis viser at kommersielle ytringer har svakere vern enn ytringer som har tilknytning til spørsmål om allmenn interesse. I flere saker er det lagt til grunn at vilkåret om at inngrepet må være nødvendig, ikke er et krav om at inngrepet må være uunnværlig ("indispensable"). Likevel er det ikke tilstrekkelig at inngrepet anses som akseptabelt, vanlig, nyttig eller rimelig fra nasjonalstatens side.²²

I saker som gjelder kommersielle ytringer, har medlemsstatene en vid skjønnsmargin ("margin of appreciation"). Det betyr at EMD viser tilbakeholdenhet med å overprøve statens materielle vurdering av om det aktuelle inngrepet er i samsvar med kravene konvensjonen stiller.²³ EMD begrenser normalt prøvingen til en kontroll av om den nasjonale lovgivningen som gjør inngrep i ytringsfriheten, er prinsipielt berettiget og proporsjonal.

Det fremkommer i Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, (2023) på s. 1184 at:

Domstolen har anerkendt, at retten til at reklamere for varer og tjenesteydelser kan begrænses for at undgå urimelig konkurrence og urigtig eller vildledende reklamering. I visse tilfælde kan offentliggørelse af objektive og sandfærdige reklamer begrænses med henblik på at sikre respekt for andres rettigheder eller på grund af de særlige omstændigheder, der gør sig gældende for visse forretningsaktiviteter og bestemte erhverv. Ved vurderingen af statens skønsmargin lægger Domstolen vægt på, om der er tale om rent kommercielle interesser, hvor skønsmarginen er stor, eller om der er tale om deltagelse i en offentlig debat af almen interesse på det kommercielle område, herunder om folkesundheden, hvor statens skønsmarginen er væsentlig mindre. Hvis en forening reklamerer for at hverve tilhængere eller medlemmer, og der ikke er tale om formidling af politiske budskaber eller lignende, har staten en bredere skønsmargin, selv om der ikke er tale om kommercielle ytringer.

Som vi vil komme tilbake til, retter HODs forslag til forskrift seg ikke mot uriktig eller villedende markedsføring, men rammer objektive og riktige fremstillinger av produktene med fortjeneste for

²⁰ Sml. *Hermann mot Tyskland* [CG], no. 9300/07, 26. juni 2012, avsnitt 78. For Høyesteretts del, se Rt. 2000 s. 996, på s. 1007.

²¹ Se *Hertel mot Sveits* [J], no. 25181/94, 25. august 1998, avsnitt 47.

²² Tore Lunde og Terje Lundby Michaelsen, *Markedsføringsloven med kommentarer* (2019) s. 43–44.

²³ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* (2023) s. 1184.

øyet. Inngrep må derfor begrunnes i særlige omstendigheter – her hensynet til helse. I flere avgjørelser har EMD akseptert inngrep i kommersielle ytringer av hensyn til folkehelsen når det gjelder forbud mot reklame for tobakk.

I *Hachette mot Frankrike* var det ingen krenkelse at et ukeblad ble idømt en betydelig bot for overtrødelse av forbud mot tobakkreklame på grunn av indirekte reklame i forbindelse med omtale av en sportsbegivenhet.²⁴ Ukebladet hadde publisert bilder av en Formel 1-fører iført sponsorlogoene til sigarettmerket Marlboro.

Ytringene i saken var ikke rent kommersielle idet det var tale om indirekte reklame i forbindelse med mediedekning av en begivenhet av offentlig interesse. EMD la derfor til grunn at statens skjønnsmargin var mindre en det som ellers gjelder ved rent kommersielle ytringer. EMD vektla bl.a. at forbudet mot tobakkreklame var en del av en bredere strategi i kampen mot avhengighet av tobakk som et samfunnsproblem, samt at det var konsensus i Europa om behovet for en streng regulering av tobakkreklame. Det ble også vektlagt at det aktuelle ukebladet ble lest av unge mennesker, og at bildene kunne påvirke unge mennesker til å konsumere tobakksprodukter. EMD kom enstemmig frem til at inngrepet var proporsjonalt og tilstrekkelig begrunnet. Samme dag avsa EMD også dom i en annen tilsvarende sak, med samme resultat.²⁵

Til forskjell fra EMDs avgjørelser som gjelder forbud mot reklame for tobakk, omfatter den foreslåtte forskriften en omfattende mengde produkter som det neppe foreligger konsensus i Europa om at er helsefarlige – i alle fall ikke uavhengig av mengde. Dette kommer vi tilbake til i punkt 3.6.

Oppsummert gjelder forskriften inngrep i ytringer som er vernet av EMK artikkel 10. Dette innebærer at vilkårene for inngrep etter EMK må være oppfylt.

3 LEGALITETSVURDERING AV UTKAST TIL FORSKRIFT

3.1 Innledning

I det følgende vil vi vurdere om forskriften oppfylder vilkårene for inngrep etter Grunnloven og EMK.

I punkt 3.2 til 3.4 vurderer vi om hjemmelskravet er oppfylt, og om den foreslåtte forskriften er av en slik karakter at den bør vedtas i lovs form.

Etter vårt syn er vilkåret om at inngrepet må ha et legitimt formål, oppfylt. Dette vurderes i punkt 3.5. Til slutt redegjør vi for vår vurdering av om det foreslåtte forbudet lar seg forsvare holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelse, og om det er nødvendig og forholdsmessig, i punkt 3.6.

3.2 Har forskriften hjemmel i matloven § 10 og § 12 bokstav b?

HOD uttaler under punkt 6.2 i høringsnotatet at departementet "anser at matloven § 10 andre ledd og § 12 bokstav b, i dag gir tilstrekkelig hjemmel" for å fastsette den foreslåtte forskriften. Videre heter det på samme sted:

... Det vises til nærmere omtale av dette i høringsnotat om endring i matloven (forskriftshjemmel for å fremme helse), som hadde høringsfrist 9. april 2024. I høringen foreslo departementet likevel justeringer i § 10 for å tydeliggjøre hjemmelsgrunnlaget for et markedsføringsforbud. Forslaget vil følges opp med en lovproposisjon til Stortinget. Den

²⁴ *Hachette Filipacchi Presse Automobile og Dupuy mot Frankrike* [J], no. 13353/05, 5. mars 2009.

²⁵ *Conception de presse et d'édition og Ponson mot Frankrike* [J], no. 26935/05, 5. mars 2009.

omfang som HOD foreslår. Tvert om understreker forarbeidene at hjemmelen skal "brukes med varsomhet".

Som nevnt utdyper ikke HOD nærmere hvorfor hjemmelskravet anses oppfylt, men det vises til vurderingen i HODs høringsnotat 8. januar 2024 *Endring i matloven (forskriftshjemmel for å fremme helse)*, som gjelder forslag om endring i matloven § 10. I dette høringsnotatet uttaler HOD om matloven § 10 på s. 11 at:

... Forskriftshjemmelen åpner dermed for å forskriftsfeste regler om forhold som går ut over hensynet til korrekt informasjon om produktet og hindre villedning, jf. kravene i første ledd. Det bør derfor ikke legges for mye vekt på formuleringene i første ledd, slik at disse skaper utilsiktede begrensninger for forskriftshjemlene i andre ledd. Etter ordlyden er bestemmelsen dermed et hjemmelsgrunnlag for ev. forskriftsbestemmelser om markedsføring av mat begrunnet i helsehensyn. En slik forståelse samsvarer godt med lovens formål, som i henhold til § 1 første ledd bl.a. er å «fremme helse».

Deretter drøftes lovhistorikken, og det tas til orde for at selv om bestemmelsen opprinnelig ble inntatt for å gjennomføre Norges EØS-rettslige forpliktelser, skal den ikke "bare kunne brukes til dette formålet." På s. 13 konkluderer HOD med at:

Selv om adgangen er snever, anser Helse- og omsorgsdepartementet at det med hjemmel i § 10 andre ledd, i utgangspunktet er anledning til å fastsette forskriftsregler som forbyr markedsføring av enkelte mat- og drikkevarer overfor barn for å fremme helse.

Likevel foreslår HOD at matloven § 10 gis et nytt tredje ledd, med følgende ordlyd:²⁸

Kongen kan, for å fremme helse, gi forskrifter om merking, presentasjon, reklame og markedsføring av næringsmidler, herunder forbud.

Forslaget er fulgt opp i Prop. 120 L (2023–2024) *Endringer i matloven mv. (forskriftshjemmel for å fremme helse)*, hvor behovet for ny forskriftshjemmel blant annet begrunnes slik, på side 18:

Det er spesielt det å gi klart hjemmelsgrunnlag for forskriftsregler om begrensninger i markedsføring av visse næringsmidler, som har bidratt til behovet for forslaget som fremmes i denne proposisjonen.

Behovet for en ny forskriftshjemmel er trolig synliggjort i forbindelse med tidligere høringsrunder knyttet til HODs tidligere forslag om forbud av markedsføring av usunn mat og drikke rettet mot barn og unge, i 2012 og 2013. I forbindelse med høringsrunden i 2012 uttalte NHO Mat og Drikke at matloven § 10 ikke utgjorde tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag.²⁹ Orkla AS innga også høringsuttalelse med samme konklusjon. Orkla innhentet i den forbindelse en juridisk betenkning fra Advokatfirmaet Schjødt AS med en inngående vurdering av problemstillingen. Betenkningen gjennomgår fullmaktsbestemmelsens historiske bakgrunn og de ovennevnte forarbeidene i detalj. Vi kan i det vesentlige slutte oss til vurderingene i betenkningen, men finner ikke grunn til en tilsvarende omfattende gjennomgang sett i lys av HODs nåværende begrunnelse.

Etter vårt syn er det sentrale at hverken ordlyden eller forarbeidene gir klart anvisning på at HOD har kompetanse til å vedta forskriften som nå foreslås. Tvert om er den naturlige tolkningen at matloven § 10 annet ledd ikke kan benyttes til å fastsette nærmere forskrifter om forhold som går utover hensynene som er nevnt i § 10 første ledd.

Markedsføringsforbudet som HOD nå har foreslått, er omfattende og begrenser muligheten til kommersielle ytringer i betydelig grad. Forbudet utgjør også et betydelig inngrep i informasjons-

²⁸ HODs høringsnotat 8. januar 2024, *Endring i matloven (forskriftshjemmel for å fremme helse)*, s. 20.

²⁹ NHO Mat og Drikke, *Høringssvar på forslag til forskrift om markedsføring av næringsmidler rettet mot barn og unge*, september 2012, tilgjengelig fra: [NHO Mat og Drikke, Høringssvar – markedsføring, september 2012](#) (hentet 23. oktober 2024).

friheten til barn og unge – og voksne. Videre skiller ikke det foreslåtte forbudet mellom opplysningens karakter, slik at det også vil omfatte korrekt og opplysende informasjon som setter forbrukerne i stand til å ta velinformerte valg. I tillegg skal brudd på forskriften kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr.

Etter en samlet vurdering mener vi altså at matloven § 10 ikke gir tilstrekkelig hjemmel til å vedta de foreslåtte reguleringene som forskrift. Det er den naturlige tolkningen av bestemmelsen. Legalitetsprinsippet og kravene som begrunner lovhjemmel, tilsier også at loven ikke kan tolkes på en måte som vanskelig kan forutberegnes. Følgelig er det en forutsetning for vedtakelse av den foreslåtte forskriften at fullmactsloven endres, slik at det tydelig fremkommer av formell lov hvilke detaljer som nærmere kan reguleres i forskrift.

Dette underbygges etter vårt syn også av at HOD selv har sett behov for å foreslå endringer i loven for å tydeliggjøre at HOD har den kompetansen som departementet pretenderer at loven allerede gir. Vi har i den forbindelse merket oss at HOD i forslaget til lovendring viser til at den foreslåtte endringen kan benyttes til å "innføre begrensninger på markedsføring av avgrensede produkter eller til avgrensede befolkningsgrupper, f.eks. forskriftsfestet forbud mot markedsføring av usunn mat og drikke rettet mot barn", slik forslaget som nå er fremmet, går ut på. Selv om HOD samtidig understreker at departementet ikke har tatt stilling til forslag om forskriftsfestede begrensninger med hjemmel i den nye bestemmelsen som foreslås, kan lovforslaget vanskelig forstås annerledes enn at HOD implisitt anerkjenner at matloven § 10 i dag ikke gir tilstrekkelig hjemmel for det foreslåtte markedsføringsforbudet.

Departementet har også vist til matloven § 12 første ledd bokstav b som hjemmelsgrunnlag. Matloven § 12 bokstav b angir at Kongen i forskrift kan fastsette "forbud eller begrensning av omsetning og bruk av varer som er omfattet av denne loven". Etter sin ordlyd gir bestemmelsen fullmakt til å forby enkelte produkter, eller selve omsetningen av disse. En konsekvens av den foreslåtte forskriften er trolig at den vil begrense omsetning og bruk av varene som omfattes, men direkte gjelder forskriften et markedsføringsforbud og faller derfor utenfor ordlyden i matloven § 12 bokstav b. Matloven § 12 bokstav b hjemler derfor ikke forskriften.

Vi bemerker også at den foreslåtte adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr heller ikke har hjemmel i matloven. Dette er erkjent av HOD som har foreslått en ny § 26 a i matloven for å kunne gi bestemmelser om ileggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på forskriften.³⁰

3.3 Forutsatt hjemmel i matloven § 10 – kan forbudet vedtas som forskrift eller må reguleringene vedtas som formell lov?

Et utgangspunkt er at alle spørsmål som er av en slik karakter at Stortinget bør ta stilling til dem, bør reguleres i formell lov og ikke overlates til forskrift.³¹ Lovavdelingen angir i sin veiledning i valg mellom lov og forskrift at:

Flere forhold vil være av betydning for vurderingen i denne sammenheng. Foruten rent politiske hensyn kan særlig forholdet til borgernes rettssikkerhet fremheves. Jo mer inngripende tiltak som iverksettes, desto sterkere grunn er det til å kreve at Stortinget har tatt uttrykkelig stilling til iverksettelsen av det konkrete tiltaket. Rettssikkerhetshensyn tilsier også at grunnleggende saksbehandlingsregler tas inn i lov og ikke overlates til forskriftsregulering. Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité uttaler i Innst. S. nr. 296

³⁰ Høring om forslag til ny forskrift om forbud mot markedsføring av visse næringsmidler rettet mot barn og forslag til ny hjemmel i matloven § 26 for å kunne ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på forskriften, 22. august 2024 (tilgjengelig her: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-til-ny-forskrift-om-forbud-mot-markedsforing-av-visse-naringsmidler-rettet-mot-barn-og-forslag-til-ny-hjemmel-i-matloven-26-a-for-a-kunne-ilegge-overtredelsesgebyr-ved-brudd-pa-forskriften/id3050866/>).

³¹ Justisdepartementets lovavdeling, *Lovteknikk og lovforberedelse*, pkt. 2.2.3 "Valg mellom lov og forskrift", s. 23 flg.

(1995-96) at det generelt er særlig grunn til å vise varsomhet med bruken av forskriftshjemler når det gjelder regler som gir rettigheter eller plikter for borgerne. Rettigheter og plikter bør i størst mulig grad fremgå av loven.

Som redegjort for over er det foreslåtte markedsføringsforbudet inngripende, hvilket tilsier at Stortinget bør ta stilling til forslaget. Dette sikrer en demokratisk behandling av et inngrep som er av stor betydning for produsenters og forhandleres mulighet til å markedsføre egne produkter og befolkningens rett til informasjon.

Selv om forslaget i første rekke gjelder markedsføring rettet mot personer under 18 år (forslagets § 3 og 4), er det uunngåelig at de foreslåtte restriksjonene også utgjør et inngrep i voksnes krav på informasjon. Det gjelder for det første fordi den foreslåtte forskriften også vil forby markedsføring "på en måte som oppfordrer voksne til å kjøpe produktet til barn", jf. forslaget § 4 fjerde ledd. For det andre gjelder det fordi forskriften også vil ramme reklame rettet mot unge voksne, slik som 18- til 21-åringer, ettersom det er vanskelig (eller etter omstendighetene umulig) å skille slik reklame fra reklame rettet mot eldre barn, slik som 16- og 17-åringer. For det tredje gjelder det mer generelt ettersom også voksne konsumerer reklame rettet mot barn, inkludert de yngre barna.

Det må i første rekke være opp til lovgiver å vurdere de eventuelle samfunnsmessige skadevirkningene reklame for usunn mat og drikke har, og om det er grunn til å begrense yttringsfriheten i en slik utstrekning som foreslått av departementet. Dette underbygges ytterligere av forslaget § 9 som gir HOD adgang til å ilegge betydelige overtredelsesgebyr på "inntil fire prosent av virksomhetens årsomsetning eller inntil 50 G, der det høyeste beløpet utgjør den øvre rammen".

Sett i lys av forskriftens karakter og omfang mener vi forslaget må behandles av Stortinget. Politiske hensyn trekker i samme retning ettersom forslaget har fått blandede reaksjoner og mediedekning.³² Som nevnt under punkt 2.1 er også eksisterende markedsføringsforbud på andre områder vedtatt i lovs form, noe som i seg selv tilsier at markedsføringsforbudet som nå foreslås, bør undergis samme demokratiske behandling.

3.4 Lovskravet etter EMK artikkel 10

Som nevnt i punkt 2.3 oppstiller EMK artikkel 10 krav om at inngrep må være "prescribed by law". Dette lovskravet innebærer at inngrepet ikke bare må ha hjemmel i nasjonal rett, men at det også gjelder kvalitative krav til klarhet og forutberegnelighet: Loven "should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects".³³ Når det gjelder kravet til forutberegnelighet, uttalte EMD i *Sekmadienis LTD mot Litauen*:³⁴

As regards the requirement of foreseeability, the Court has repeatedly held that a norm cannot be regarded as a «law» within the meaning of Article 10 § 2 unless it is formulated with sufficient precision to enable a person to regulate his or her conduct. That person must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty. Whilst certainty is desirable, it may bring in its train excessive rigidity, and the law must be able to keep pace

³² Se blant annet Emma Fondens Øverbø, "Inga (15) om nytt forbud: - Bli jo ikke like fristet", VG, 22. august 2024 (tilgjengelig her: [Inga \(15\) om reklameforbud: – Bli jo ikke like fristet](#)), Kristine Aarvik og Maria Høye Haugstad "Viktige avklaringer gjenstår i forslaget til forbud mot reklame for usunn mat og drikke rettet mot barn, skriver Kristine Aarvik og Maria Høye Haugstad i Advokatfirmaet Wiersholm", Kampanje. com, 29. august 2024 (tilgjengelig her: [- Et forbud er et svært inngripende tiltak | Kampanje](#)).

³³ *Delfi AS mot Estland* [GC], no. 64569/09, avsnitt 120.

³⁴ *Sekmadienis LTD mot Litauen* [J], no. 69317/14, 30. januar 2018, avsnitt 64.

with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague, and whose interpretation and application are questions of practice.

EMK er ikke til hinder for at Stortinget delegerer lovgivningsmyndighet til forvaltningen, men klarhetskravet har betydning for den konkrete vurderingen av om et inngrep er i samsvar med konvensjonen. Som det fremgår over er vi av den oppfatning at matloven, slik den lyder i dag, ikke hjemler den foreslåtte forskriften. Men forutsatt at en tilstrekkelig forskriftshjemmel i loven blir vedtatt, kan kravene etter EMK oppfylles gjennom en kombinasjon av denne lovhjemmelen og regulering i forskrift.

Dersom de foreslåtte forbudsreglene vedtas, enten som foreslått i forskrift, eller ved lov, må reguleringene oppfylle de kvalitative hjemmelskravene etter EMK artikkel 10. Etter vårt syn er imidlertid de foreslåtte reglene uklare på flere punkter, noe som er problematisk både etter EMK og legalitetsprinsippet. Vi viser her, som et eksempel, til at det foreslåtte forbudet etter § 4 bokstav d skal omfatte:

Spesialutstillinger som har en presentasjonsform, innhold eller utforming som kan appellere til barn, for eksempel på grunn av språk, farger, effekter, bildebruk, bruk av animasjon eller tegnede figurer.

Reklame som tar sikte på å nå en eldre aldersgruppe enn barn under 18 år, vil ofte inneholde elementer som også appellerer til yngre. Særlig markedsføring som retter seg mot unge voksne, kan i mange tilfeller også appellere til eldre barn. Dette gjør det vanskelig for produsentene å navigere og dele opplysninger om produktene på en lovlig måte. Slik forskriften er utformet, vil det lett oppstå tolkningstvil knyttet til om reklamen rammes av forbudet. Dette innebærer liten grad av forutberegnelighet for aktørene det gjelder. Særlig sett i lys av at Helsedirektoratet skal gis en skjønnsmessig adgang til å sanksjonere overtredelser av forskriften med overtredelsesgebyr (forslagets § 9), mener vi at forslaget ikke vil oppfylle lovskravet etter EMK artikkel 10 i sin nåværende form.

3.5 Forskriften må ha et legitimt formål

Ethvert inngrep i ytringsfriheten må ha et legitimt formål, jf. EMK artikkel 10 annet ledd. Markedsføringsforbudet er begrunnet med å fremme helse, som er et legitimt formål ("protection of health"). HOD oppgir flere steder at formålet med forbudet er å beskytte og fremme barns helse.³⁵

Slik vi ser det, er det heller ikke holdepunkter for at HODs intensjon reelt er noe annet enn det som er angitt som formålet med reguleringene. Kravet om at inngrepet må ha et legitimt formål, er etter vårt syn oppfylt. Hvor godt egnet forskriften er til å oppnå formålet, og om det kan oppnås med lempeligere midler, inngår i forholdsmessighetsvurderingen.

3.6 Er forbudet nødvendig og forholdsmessig ("necessary in a democratic society")?

Som redegjort for i punkt 2.2 og 2.3 krever både Grunnloven og EMK at inngrep i ytringsfriheten må være tilstrekkelig begrunnede (nødvendige) og forholdsmessige. Dette er krav som gjelder uavhengig av om forbudet fastsettes som forskrift eller direkte i lov.

I høringsnotatet legger HOD korrekt til grunn at forbudet ikke rammer kjerneområdet i ytringsfriheten, se vurderingen av forholdet til ytringsfriheten i høringsnotatets punkt 6.5. HOD foretar deretter en relativt begrenset proporsjonalitetsvurdering, hvor det eneste mothensynet som trekkes frem, er at "voksne kan gå glipp av markedsføring og derfor informasjon om f.eks.

³⁵ Se bl.a. punkt 6.5 i høringsnotatet.

nye produkter, som er aktuelt for å ta et informert valg og som noen vil kunne si gir økt livskvalitet" – uten at dette vurderes nærmere.

Som vi har redegjort for i punkt 2.3, viser praksis fra EMD at det særlig er reklame for skadelige produkter som har et svakt vern. Når det gjelder forbud mot reklame for tobakk, er det europeisk konsensus om at tobakk er helseskadelig. En slik europeisk konsensus kan imidlertid neppe sies å foreligge for alle produktene som er omfattet av HODs forslag til forbud mot markedsføring av usunn mat og drikke. Listen over produkter som er omfattet, i vedlegg 1 til forskriftsutkastet, inneholder også mat og drikke som kan inngå som del av et sunt og balansert kosthold. Produktene er ikke engang nødvendigvis usunne isolert sett. Departementet understreker selv "at det ikke nødvendigvis er produktet isolert, men mengden av det som konsumeres, som kan være usunt".³⁶ Det kan enklere la seg forsvare å forby markedsføring av for eksempel energidrikk, selv om også energidrikk i moderate mengder ikke nødvendigvis er helseskadelig, enn grønnsaks-smoothie med tilsatt sukker. Begrunnelsen for forslaget vil etter vårt syn ha ulik gjennomslagskraft avhengig av hvor usunne produktene er. Videre kan små forskjeller i næringsinnhold få uforholdsmessig store konsekvenser for hvordan produkter kan markedsføres. Dette tilsier at forbudet ikke er tilstrekkelig begrunnet, og ei heller forholdsmessig.

Det er videre usikkert i hvor stor grad barn og unge eksponeres for markedsføring av usunne produkter, og hvilken effekt det foreslåtte forbudet vil få. Dette tilsier også at forskriften ikke er tilstrekkelig begrunnet, og at de mulige effektene av tiltakene som foreslås, bør utredes nærmere før reguleringene vedtas.

Ytringsfriheten omfatter som nevnt også retten til å motta informasjon. Selv om HOD riktig påpeker at markedsføringsforbudet vil medføre et begrenset informasjonsgrunnlag for voksne, foretas det etter vårt syn ikke en tilstrekkelig vurdering av hvordan markedsføringsforbudet vil utgjøre et inngrep særlig i eldre barns og unge voksnes rett til informasjon. Yngre barn er lettere påvirkelige enn voksne, og klarer gjerne ikke å skille reklame fra andre innslag. Det er derfor lettere å forstå et forbud mot reklame rettet mot yngre barn. Hensynet til barnets beste, som det også vises til i høringsnotatet, tilsier også at reklame som gjelder produkter som vitterlig er skadelige for barn, kan forbys. Begrunnelsen for reklameforbud mot barn gjør seg imidlertid ikke gjeldende med samme styrke for eldre barn som i større grad er i stand til å skille reklame fra andre innslag, og er mer kritiske til innholdet i reklamen. At forskriften i betydelig grad begrenser eldre barns mulighet til å gjøre seg kjent med opplysninger, ideer og budskap knyttet til produktene synes, ikke tilstrekkelig vurdert av HOD, ei heller om det ønskede formålet kan nås på mindre inngripende måter – eksempelvis ved en lavere aldersgrense eller en aldersgrense for bruk av sosiale medier.

Reklame er viktig for innovasjon og utviklingen av nye produkter. Siden forskriften omfatter produkter som isolert sett ikke er usunne, kan forskriften virke mot sin hensikt – idet produsenter ikke fratras mulighet til å markedsføre nye produkter som helsemessig kan være fordelaktige alternativer til f.eks. brus og godteri.

Siden forbudet omfatter barn opp til 18 år, til forskjell fra dagens selvregulering som i hovedsak gjelder for reklame mot barn under 13 år, er risikoen for feilvurderinger store. Reklame for voksne vil som nevnt i mange tilfeller (om ikke alltid) også vil påvirke eldre barn. Konsekvensene av feilvurderinger er også, særlig tatt i betraktning adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr.

Behovet for overtredelsesgebyr synes heller ikke tilstrekkelig begrunnet. Sett i lys av gebyrets størrelse må det kreves at behovet er betydelig, likevel er behovet dårlig underbygget i høringsnotatet. At ileggelse av gebyr skal bero på en "konkret og skjønnsmessig vurdering", som skal foretas av Helsedirektoratet som tilsynsmyndighet, kompenserer ikke for disse manglene – snarere tvert imot. En slik skjønnsmessig adgang til å ilegge overtredelsesgebyr, som utgjør straff

³⁶ Høringsnotatet s. 6 fotnote 3.

etter EMK artikkel 6, bidrar i stedet til uklarhet og manglende forutberegnelighet. Fraværet av et klart og tydelig regelverk medfører også en risiko for forskjellsbehandling, som i seg selv er problematisk.

Samlet er det dermed flere forhold som taler mot at forslaget er nødvendig og forholdsmessig – og som ikke, eller ikke i tilstrekkelig grad, er vurdert av HOD. Etter vårt syn kan det riktignok vanskelig prinsipielt utelukkes at et forbud mot reklame for helseskadelig mat og drikke, rettet mot barn, *kan* være tilstrekkelig begrunnet og forholdsmessig – selv om begrunnelsen i det foreliggende høringsnotatet er utilstrekkelig. På bakgrunn av det foreslåtte forbudets vide omfang og dets vage og generelle utforming på sentrale punkter mener vi imidlertid at det foreliggende forslag til regler ikke lar seg forsvare.

* * *