

Til Barne- og likestillingsdepartementet

*Utredning av det juridiske handlingsrommet for en lov om
etikkinformasjon*

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig
Oslo, 3. juli 2017

Innhold

1	Innledning.....	4
1.1	Mandat.....	4
1.2	Avgrensninger og videre opplegg	4
2	Sammenfatning.....	5
3	Eksisterende relevant lovgivning	7
3.1	Regnskapsloven § 3-3c.....	7
3.1.1	Utforming	7
3.1.2	Bakgrunnen for regelen.....	7
3.1.3	Regelens rekkevidde.....	8
3.2	Miljøinformasjonsloven	8
3.3	Forbrukermerkeloven	10
3.4	Anskaffelsesloven	10
4	Forutsetninger for de videre drøftelsene.....	13
4.1	Lovens pliktsubjekter	13
4.2	Lovens innhold.....	13
4.2.1	Hvilken informasjon skal gis?.....	13
4.2.2	Hvordan skal informasjonen gis?.....	14
4.2.3	Varer.....	14
4.3	Enkelte prosessuelle spørsmål.....	15
4.3.1	Generelt	15
4.3.2	Saksbehandling/tilsyn.....	15
4.3.3	Virkninger av lovbrudd	16
4.4	Lovens formål	16
4.4.1	Generelt	16
4.4.2	Menneskerettigheter og arbeidstakerrettigheter	17
4.4.3	Forbrukerhensyn.....	18
5	EØS-avtalen	21
5.1	Generelt om EØS-retten og forholdet til norsk rett.....	21
5.2	Virkeområde.....	22
5.3	Sekundærrett.....	23
5.3.1	Handelspraksisdirektivet	23
5.3.2	Rapporteringsplikt om samfunnsansvar	24
5.3.3	E-handelsdirektivet.....	25
5.3.4	Nærmere om merking av fottøy	27
5.3.5	Matinformasjonsforordningen.....	28
5.4	Primærrett.....	28
5.4.1	Overordnet.....	28
5.4.2	Vil loven utgjøre en restriksjon?	29
5.4.3	Er påvirkningen adekvat?.....	36
5.4.4	Kravet til lovlige restriksjoner.....	37
5.4.5	Dokumentasjon av tiltakets virkning.....	51
5.5	EØS-rettens prosessuelle krav.....	52
5.6	Markedsovervåkingspakken – forslag fra Kommissjonen.....	53
6	WTO – GATT og TBT.....	56
6.1	Innledning.....	56
6.1.1	Generelt	56
6.1.2	Rettslig utgangspunkt etter WTO-retten	56

6.1.3	Kort om WTOs notifikasjons- og tvisteløsningsmekanismer.....	57
6.1.4	Videre fremstilling: Forholdet mellom GATT og TBT.....	58
6.2	GATT	59
6.2.1	Innledning.....	59
6.2.2	GATT artikkel III(4)	59
6.2.3	GATT artikkel XI.....	63
6.2.4	Oppsummering og videre fremstilling.....	63
6.3	Unntaket – GATT artikkel XX.....	64
6.3.1	Innledning.....	64
6.3.2	Forholdet til menneskerettighetene	65
6.3.3	Art. XX(a): Public Morals.....	66
6.3.4	Artikkel XX(b): Human Life and Health	67
6.3.5	Artikkel XX(e): Prison Labor.....	68
6.3.6	Sammenhengs- og nødvendighetskravet	68
6.3.7	Innledningsklausulen (Chapeau)	69
6.4	TBT-avtalen	69
6.4.1	Innledning.....	69
6.4.2	Nøkkelbestemmelsene.....	70
6.4.3	Øvrige relevante TBT-bestemmelser	71
6.4.4	Nasjonal- og bestevilkårsbehandling – Artikkel 2.1	72
6.4.5	Mer restriktiv enn nødvendig – artikkel 2.2	75
6.4.6	Relevante internasjonale standarder – artikkel 2.5.....	76
7	Oppsummering av handlingsrom etter WTO-retten.....	78
7.1	GATT-avtalen	78
7.2	TBT-avtalen	80
7.3	Oppsummering.....	81
8	Etikkinformasjon og beskyttelse av forretningshemmeligheter	82
8.1	Innledning.....	82
8.2	Rettskildene.....	83
8.3	Er etikkinformasjon forretningshemmelighet?.....	85
8.4	Unntak	89
8.5	Oppsummering.....	90
9	Etikkinformasjon og beskyttelse av opphavsrettigheter.....	91

1 Innledning

1.1 Mandat

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS ("SVW") har på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet ("BLD") utredet norske myndigheters handlingsrom for en lov om etikkinformasjon.

Utredningen gjøres på bakgrunn av Stortingets anmodningsvedtak nr. 890 (2015–2016), hvor Regjeringen er bedt om å *"utrede og vurdere å fremme forslag til lov om åpenhet om produksjonssteder og etikkinformasjon om vareproduksjon til forbrukere og organisasjoner"*.

BLD har i oppdragsavtalen angitt denne utredningens mandat å gjelde "om norske myndigheter har et juridisk handlingsrom til å innføre regler som gir plikt til å opplyse om:

- Hvilke produksjonssteder/fabrikker som er benyttet i produksjon av varer som selges til forbrukerne i Norge.
- Hvordan selskapene definerer og ivaretar sitt samfunnsansvar i leverandørkjedene."

1.2 Avgrensninger og videre opplegg

Utredningen vil i samsvar med oppdragsbeskrivelsen utelukkende omhandle krav om informasjon knyttet til opprinnelse og samfunnsansvar og ikke informasjon knyttet til andre temaer som for eksempel økologi, næringsinnhold, energiforbruk eller lignende.

Det er kun en *plikt* til å gi informasjon som skal vurderes her. En frivillig ordning faller utenfor mandatet, jf. oppdragsbeskrivelsen. Denne forståelsen er bekreftet i møte med BLD.¹

Etter avtale med Eskil Havgar i BLD er SVW gitt en utsettelse på levering av utredningen til 15. juni 2017.

Utredningen er bygget opp slik at punkt 3 vil ta for seg eksisterende lovgivning av relevans. I punkt 4 gjennomgås en rekke forutsetninger som etter vårt syn er nødvendige for den videre drøftelsen. Selve den EØS-rettslige vurderingen gjøres i punkt 5, mens punkt 6 inneholder vurderingen av WTO-retten. Punkt 8 omhandler nærmere hvilken betydning regelverket vil ha for forretningshemmeligheter, og i punkt 9 gjennomgås opphavsrettslige spørsmål.

Rett nedenfor i punkt 2 gis en kortfattet oppsummering av våre konklusjoner.

¹ Jf. referat fra møte 10. april 2017 mellom SVW og BLD.

2 Sammenfatning

Vår vurdering er at det er et visst handlingsrom for å vedta en etikkinformasjonslov. Dette gjelder både innenfor Norges EØS- og WTO-rettslige forpliktelser.

Samlet fordrer dette at det gjennomføres en grundig vurdering av hvilke konsekvenser loven vil ha for de næringsdrivende som omfattes. Tilsvarende må det gjøres en vurdering av hvilken betydning informasjonen vil ha for forbrukerne. En slik vurdering er avgjørende for at forpliktelsene ikke skal være uforholdsmessig store for de næringsdrivende; loven vil da kunne være i strid med Norges handelsrettslige traktatforpliktelser. Uten at en slik vurdering gjøres, vil det også være vanskelig å fastslå hva som er forholdsmessig når det gjelder hvordan etikkinformasjonen skal måtte gis, det vil si om den skal gis på forespørsel, publiseres på eksempelvis en nettside eller om produktene skal merkes. Det samme gjelder for andre spørsmål ved utformingen av regelverket.

Definisjonen av hvem som skal være forpliktet etter loven, må utvides noe. Det skyldes at loven også må gjelde norskproduserte varer for at den ikke skal være diskriminerende.

Under arbeidet med utredningen har vi ikke identifisert nasjonalt regelverk som uten videre vil komme i konflikt med en lov om etikkinformasjon.

Loven vil etter vårt syn utgjøre en restriksjon på varefriheten etter EØS-avtalen. For at loven likevel ikke skal være i strid med EØS-avtalen, må den kunne begrunnes i allment hensyn og være i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet. Vi mener at loven kan begrunnes i hensynet til forbrukerbeskyttelse under forutsetning av at forbrukere etterspør og vil vektlegge den aktuelle informasjonen. Kravet til proporsjonalitet innebærer både krav til egnethet og nødvendighet, herunder en forholdsmessighetsvurdering. Vår vurdering er at en ordning kan utformes i samsvar med kravet til egnethet, herunder konsistens. Sentralt i den videre drøftelsen er imidlertid kravene til nødvendighet, herunder forholdsmessighetsvurderingen. For det første er det krav om at det er den løsningen som er minst inngripende, som velges. For det andre må de konsekvensene loven har for de næringsdrivende, stå i forhold til de ønskede virkningene for forbrukerne. En fullstendig vurdering av det siste kan ikke gjøres før disse konsekvensene er utredet nærmere. EØS-retten stiller krav om dokumentasjon av oppfyllelse av proporsjonalitetskravet.

Dessuten er det enkelte direktiver som man ved utformingen må sørge for at loven ikke strider mot. Dette innebærer at loven ikke kan stille krav til markedsføringen av produkter overfor forbrukere, stille direkte krav til hvordan produkter skal selges over internett (dersom nettsalg skal omfattes av loven), eller regulere rapportering av samfunnsansvar i forbindelse med virksomhetens årsrapport. Loven vil også kunne komme i konflikt med direktiver dersom den stiller krav til merking av opprinnelsessted på næringsmidler eller fottøy.

Loven må meldes til EFTAs overvåkningsorgan ("ESA"), og vedtakelsen av loven kan ikke skje før minimum tre måneder etter slik melding er gitt. I denne sammenheng vil man kunne motta innspill til regelverket fra ESA, EU-kommisjonen, en EØS-stat² eller Sveits.

Om loven overholder Norges forpliktelser etter WTO-retten, herunder GATT- og TBT-avtalen, avhenger i første rekke om den i realiteten medfører forskjellsbehandling av produkter med opphav i Norge og øvrige WTO-land.

² Begrepet EØS-stat brukes her som en fellesbetegnelse for EUs medlemsstater og EFTA-statene som er part i EØS-avtalen.

Det er på det rene at en eventuell etikkinformasjonslov ikke vil innebære noe rettslig diskriminering av produkter i forhold til opprinnelse. Det aktuelle spørsmålet er om loven rent faktisk, eller i realiteten, diskriminerer. Norske produkter produseres i all hovedsak i henhold til relevante menneskerettigheter, herunder arbeidstakerrettigheter. Det samme gjelder de fleste av Norges øvrige industrialiserte WTO-handelspartnere. Det er imidlertid ikke like selvsagt at dette er tilfellet for enkelte WTO-handelspartnere i utviklingsland. Dersom produsenter i slike utviklingsland, og importører av slike produkter i Norge, blir pålagt krav om utlevering av etisk tilvirkingsinformasjon, kan slik informasjon (om negativ) føre til at norske forbrukere i større grad unngår å kjøpe produktene. Resultatet av dette er at produktene *de facto* blir forskjellsbehandlet, da disse i realiteten gis dårligere vilkår.

Denne problematikken unngås dersom man legger til grunn at etisk- og uetisktilvirkede produkter, som ellers er fysisk identiske, i realiteten ikke er *like* produkter da forbrukere som har tilgang til slik etisk produksjonsinformasjon vil differensiere mellom produktene. Det blir dermed ikke tale om noe faktisk forskjellsbehandling. Adgang til slik etisk produktinformasjon er således nødvendig for at forbrukere skal ha mulighet til å ta informerte kjøpsavgjørelser. En lov som omhandler forbrukeres tilgang til etisk produktinformasjon svarer forøvrig godt med den generelle samfunnsutviklingen i Norge og ellers i den industrialiserte verden hvor fokuset ikke lenger kun rettes mot høyest mulig bunnlinje, men også i økende grad sosiale og miljøetiske hensyn. Rettstilstanden internasjonalt på dette området er imidlertid i utvikling og alle vurderinger må leses i lys av det.

Da vi anser loven å være en regulering som potensielt kan ha effekt på handelen, vil det i forhold til TBT-avtalen blant annet foreligge et krav om å notifikere de øvrige WTO-landene via sekretariatet. Notifikasjonen skal inneholde informasjon om den foreslåtte tekniske reguleringen samt en kort gjennomgang av formålet. Notifikasjonen skal finne sted på et tidlig tidspunkt i prosessen slik at kommentarer reelt kan bli tatt til etterretning og endringer fremdeles kan bli introdusert.

I forhold til Norges forpliktelser til å beskytte forretningshemmeligheter foreligger det et visst rettslig handlingsrom for å kreve utlevert visse typer etisk produktinformasjon. Slik adgang avhenger imidlertid av hva slags etisk informasjon som konkret kreves utlevert samt den aktuelle graden av detalj og informasjonseierens mulighet til å nekte utlevering av forretningshemmeligheter.

Også i forbindelse med Norges traktatforpliktelser i forhold til beskyttelsen av opphavsrettigheter foreligger det et rettslig handlingsrom. Vi anser produsenters og importørers data til primært ikke å ha noe opphavsrettslig vern da det ved innhenting av disse normalt ikke vil oppfylle kravet om verkshøyde eller utgjøre et større antall opplysninger eller vesentlig investering. En eventuell opphavsrett vil i så fall tilfalle staten eller eventuelle andre offentlige og private aktører som måtte ha ansvar for innsamlingen og systematiseringen av slik data om etisk produktinformasjon. I praksis utgjør dette intet reelt problem da det ikke foreligger noen plikt til å håndheve rettigheter som følger av opphavsretten (for eksempel nekte å fremstille eksemplarer eller gjøre det tilgjengelig for allmennheten, samt kreve vederlag) – det gir kun en mulighet. For statlige institusjoner og kommuner vil staten ha adgang til å instruere disse til ikke å nyttiggjøre seg opphavsretten. For eventuelle private aktører vil staten ha adgang til å inngå spesifikke avtale- og lisensordninger.

3 Eksisterende relevant lovgivning

3.1 Regnskapsloven § 3-3c

3.1.1 *Utforming*

Bestemmelsen i regnskapsloven § 3-3c pålegger større norske selskaper årlig rapportering om samfunnsansvar.³ Første og andre ledd lyder slik:

"Store foretak skal redegjøre for hva foretaket gjør for å integrere hensynet til menneskerettigheter, arbeidstakerrettigheter og sosiale forhold, det ytre miljø og bekjempelse av korrupsjon i sine forretningsstrategier, i sin daglige drift og i forholdet til sine interesser. Redegjørelsen skal minst inneholde opplysninger om retningslinjer, prinsipper, prosedyrer og standarder foretaket benytter for å integrere de nevnte hensynene i sine forretningsstrategier, i sin daglige drift og i forholdet til sine interesser. Foretak som har retningslinjer, prinsipper, prosedyrer og standarder som nevnt skal i tillegg opplyse om hvordan foretaket arbeider for å omsette disse til handling, gi en vurdering av resultatene som er oppnådd som følge av arbeidet med å integrere hensynene som er nevnt i første punktum i sine forretningsstrategier, i sin daglige drift og i forholdet til sine interesser, og opplyse om forventninger til dette arbeidet framover.

Hvis foretaket ikke har retningslinjer, prinsipper, prosedyrer og standarder som nevnt, skal det opplyses om dette" (vår understrekning).

3.1.2 *Bakgrunnen for regelen*

Regnskapsloven § 3-3c har sitt opphav i St.meld. nr. 10 (2008–2009) *Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi* hvor Regjeringen blant annet vurderte og foreslo rapportering om samfunnsansvar som et juridisk virkemiddel for å ivareta hensyn relatert til samfunnsansvar. Dette fikk støtte da meldingen ble behandlet i stortingskomiteen.⁴

En arbeidsgruppe ble nedsatt med mandat om å utrede "*utvidede krav til rapportering om samfunnsansvar i regnskapsloven*".⁵ Arbeidsgruppens rapport forelå oktober 2010 og ble, etter å ha vært på høring, grunnlag for departementets senere lovforslag.⁶

Regelen var altså ikke opprinnelig en gjennomføring av Norges EØS-rettslige forpliktelser, men kan vise seg å bli det for fremtiden. Direktiv 2013/34/EU,⁷ som endret av direktiv 2014/95/EU,⁸ artikkel 19a regulerer krav til ikke-finansielle redegjørelser. Direktivet er gjort til del av EØS-avtalen⁹, men i skrivende stund ennå ikke inkorporert i norsk rett. I regnskapslovutvalgets siste delutredning er det

³ Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).

⁴ Jf. Innst.S. nr. 200 (2008–2009).

⁵ Mandatet er sitert i Prop. 48 L (2012–2013) s. 7.

⁶ Prop. 48 L (2012–2013).

⁷ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2013/34/EU af 26. juni 2013 om årsregnskaber, konsoliderede regnskaber og tilhørende beretninger for visse virksomhedsformer, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/43/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 78/660/EØF og 83/349/EØF.

⁸ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/95/EU af 22. oktober 2014 om ændring af direktiv 2013/34/EU for så vidt angår offentliggørelse af ikke-finansielle oplysninger og oplysninger om mangfoldighed for visse store virksomheder og koncerner.

⁹ Jf. EØS-avtalen vedlegg XXII pkt. 10i.

imidlertid foreslått en ny bestemmelse som skal implementere direktivbestemmelsen.¹⁰ De EØS-rettslige aspektene av direktivet behandles nærmere nedenfor i punkt 5.3.1.

3.1.3 Regelens rekkevidde

Foretakenes redegjørelse etter første og andre ledd skal gis i årsberetningen eller et annet offentlig tilgjengelig dokument, jf. femte ledd. Departementet har i tredje og syvende ledd hjemmel til å fastsette forskrifter om redegjørelsene. Vi er ikke kjent med at slike forskrifter er gitt.

Pliktsubjekter etter bestemmelsen er altså "*store foretak*". Begrepet er definert i samme lov § 1-5, hvor det fremgår at "*store foretak*" omfatter allmennaksjeselskaper og "*regnskapspliktige hvis aksjer, andeler, grunnfondsbevis eller obligasjoner noteres på børs, autorisert markedsplass eller tilsvarende regulert marked i utlandet*". Allmennaksjeselskaper er definert i allmennaksjeloven § 1-1 andre ledd og loven for øvrig.¹¹ De mest sentrale kjennetegnene er i korte trekk begrenset ansvar for aksjeeierne, aksjekapital på minst NOK 1 000 000 og en stor krets av aksjonærer. Også andre regnskapspliktige regnes som "*store foretak*" dersom dette følger av forskrifter gitt av departementet. Én slik forskrift er forskrift om årsregnskap for banker mv.¹² hvor det i § 1-1 andre ledd andre punktum fastslås at banker mv., som definert i første ledd, regnes som "*store foretak*".

Hvilken informasjon som skal gis, fremgår av bestemmelsens ordlyd som understreket ovenfor. Informasjonsplikten omfatter fire hovedgrupper av informasjon, som svarer til inndelingen til FN Global Compact's samfunnsansvarsprinsipper. FN Global Compact ("UNGC") er FN's initiativ for samarbeid med næringslivet om en bærekraft utvikling. I tillegg til å fremme FN's mål om bærekraftig utvikling har UNGC som hovedmålsetning å fremme ti samfunnsansvarsprinsipper i næringslivet over hele verden, som altså er inndelt i de samme hovedgruppene som rapporteringsplikten i regnskapsloven § 3-3c.¹³

Det følger av forarbeidene til regnskapsloven § 3-3c at ordlyden "*og i forholdet til sine interessenter*" er ment å omfatte de omfattede virksomhetenes leverandørkjeder.¹⁴

Som det har fremgått, stiller ikke bestemmelsen krav til at virksomhetene som er omfattet, ivaretar sitt samfunnsansvar. Bestemmelsens rekkevidde er begrenset til at virksomhetene må rapportere om hvordan de ivaretar sitt samfunnsansvar, noe som ifølge forarbeidene var tilsiktet. Bestemmelsen er heller ment å ha som virkning at publikum skal gis tilgang til informasjon om virksomhetenes samfunnsansvar, og at virksomhetene selv skal bevisstgjøres på eget samfunnsansvar.¹⁵

Overtredelse av bestemmelsen er sanksjonert med straff, jf. regnskapsloven § 8-5.

3.2 Miljøinformasjonsloven

Loven regulerer private virksomheter og offentlige myndigheters plikter til å ha og utgi miljøinformasjon.¹⁶ Loven var opprinnelig en gjennomføring av direktiv 90/313/EØF,¹⁷ men tjente

¹⁰ NOU 2016:11, se omtalen på s. 72–73.

¹¹ Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

¹² Forskrift 16. desember 1998 nr. 1240 om årsregnskap for banker, kredittforetak og finansieringsforetak (forskrift om årsregnskap for banker mv.).

¹³ Se <https://www.unglobalcompact.org/about> og https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/naringslivssamarbeid-i-utlandet/innsikt/global_compact/id630148/; se også omtalen i Prop. 48 L (2012–2013) s. 10.

¹⁴ Prop. 48 L (2012–2013) s. 29.

¹⁵ Jf. Prop. 48 L (2012–2013) s. 25, 27 og 29.

¹⁶ Lov 9. mai 2003 nr. 31 om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven).

senere som en gjennomføring av direktiv 2003/4/EF (miljøinformasjonsdirektivet) og Århuskonvensjonen.¹⁸

Det var Lovutvalget for miljøinformasjon som utredet miljøinformasjonsloven. Utvalgets utredning er publisert i NOU 2001:2. De internasjonale begrensningene ble særlig drøftet i kapittel 5.3.1 og 5.3.2, som gjelder henholdsvis skrankene etter EØS- og WTO-retten.

Ved drøftelsen av EØS-retten ble opplysninger til myndighetene og allmennheten behandlet hver for seg. Da lovforslaget gikk lenger enn sekundærretten på området, var det nødvendig å drøfte forholdet til primærretten. Utvalget mente at en plikt til å gi opplysninger til myndighetene "*vanskelig [ville] komme i strid med bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel*".¹⁹ Når det gjaldt opplysninger til allmennheten, mente utvalget tilsvarende at dette "*heller ikke normalt [ville] være i strid med EØS-avtalen*".²⁰ Dette kunne stille seg annerledes dersom opplysningsreglene ble utformet som produktkrav, men dette ble som kjent ikke det valgte løsningen.

Vedrørende WTO-retten ble det relativt kortfattet fastslått at "*[h]eller ikke WTO-reglene vil dermed utgjøre noen vesentlig hindring for hvordan norske regler om miljøinformasjon utformes, så lenge de utformes og praktiseres på en måte som ikke er diskriminerende*".²¹

Foruten at formålet og det materielle innholdet nødvendigvis må bli annerledes, vil miljøinformasjonsloven formmessig kunne tjene som et utgangspunkt for en etikkinformasjonslov. I tillegg bør det vurderes om ikke miljøinformasjonslovens prosessuelle regler og enkelte av definisjonene også vil kunne være av relevans. Vi vil derfor gjøre en helt overordnet gjennomgang av loven for både å vise hva den materielt sett regulerer, og hvordan den gjør det.

Formålet med loven er i § 1 definert slik:

"Denne loven har til formål å sikre allmennheten tilgang til miljøinformasjon og derved gjøre det lettere for den enkelte å bidra til vern av miljøet, å verne seg selv mot helse- og miljøskade og å påvirke offentlige og private beslutningstakere i miljøspørsmål. Loven skal også fremme allmennhetens mulighet til å delta i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet."

For øvrig i kapittel 1 er det definert hva som etter loven regnes som miljøinformasjon, lovens forhold til annen lovgivning, stedlig virkeområde, hvem som er pliktsubjekter, om det kan kreves betaling for miljøinformasjon og en hjemmel til å gi forskrifter. Kapittel 2 regulerer det offentlige og andre virksomheters plikt til å ha miljøinformasjon, mens kapittel 3 og 4 gjelder henholdsvis det offentlige og private virksomheters plikt til å gi slik informasjon. Kapittel 5 inneholder én bestemmelse som regulerer allmennhetens rett til å delta i beslutningsprosesser av betydning for miljøet.

Av prosessuelle regler vedrørende miljøinformasjon fra private virksomheter er §§ 18 og 19 av interesse. Paragraf 18 fastsetter i første ledd at den som får kravet om informasjon, som hovedregel kan

¹⁷ Rådets direktiv 90/313/EØF af 7. juni 1990 om fri adgang til miljøoplysninger.

¹⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/4/EF af 28. januar 2003 om offentlig adgang til miljøoplysninger og om ophævelse af Rådets direktiv 90/313/EØF. Inntatt i EØS-avtalen vedlegg XX punkt 1b; Konvensjonen om tilgang til miljøinformasjon, allmennhetens deltakelse i beslutningsprosesser og adgang til klage eller domstolsprøving på miljøområdet (Århuskonvensjonen).

¹⁹ NOU 2001:2 s. 38.

²⁰ I.c.

²¹ NOU 2001:2 s. 39–40.

utlevere denne "*i den formen vedkommende anser hensiktsmessig*". Informasjonen må likevel etter andre ledd være "*dekkende og forståelig*" ut fra kravet.

Om saksbehandlingstid fastsetter fjerde ledd at kravet skal avgjøres og informasjonen skal utleves "*snarest mulig og senest innen en måned etter at kravet er mottatt*". Det er unntak for tilfellene hvor "*mengden av informasjon eller informasjonens karakter gjør det uforholdsmessig byrdefullt*" å overholde fristen. Da økes fristen med én måned, og det inntreer plikt til å gi et foreløpig svar.

Et avslag skal etter femte ledd henvisne til det rettslige grunnlaget for avslaget, samt adgang og frist både for nærmere begrunnelse etter sjette ledd og klage etter § 19. Nærmere begrunnelse kan kreves innen tre uker fra mottakelsen av vedtaket, og begrunnelsen må gis snarest og senest ti virkedager etter begrunnelseskravet ble mottatt.

Etter reglene i § 19 er Klagenemnda for miljøinformasjon klageinstans for avslag på vedtak fra private virksomheter. Klagefristen er tre uker, eventuelt avbrutt av forespørsel om nærmere begrunnelse. Etter § 19 sjette ledd er vedtakene særlig tvangsgrunnlag etter tvangsfullbyrdsloven kapittel 13.²²

Etter § 7 kan det gis forskrift om betaling for miljøinformasjon, men dette er ikke gjort per i dag.

3.3 Forbrukermerkeloven

Forbrukermerkeloven gir dels hjemmel for fastsettelse av forskrifter om merking av hovedsakelig forbruksvarer, samt regulerer tilsyn og sanksjoner for slike, og gjennomfører dels ordningen for EUs miljømerke i norsk rett.²³

Forbrukermerkeloven § 3 hjemler blant annet forskrifter som pålegger merking av navn og adresse på produsent og importør, samt varers opprinnelsesland.²⁴ Per i dag er det med hjemmel i § 3 gitt forskrifter om merking av en rekke produkttyper, herunder forskrift om merking av fottøy,²⁵ jf. nærmere om dette nedenfor i punkt 5.3.4.

Paragraf 5 oppstiller hva er forbudt etter loven, og vesentlig overtredelse av bestemmelsen er sanksjonert med straff etter § 11. Regler om tilsyn finnes i § 6, hvor blant annet tilsynsmyndigheten gis adgang til "*ethvert sted hvor det produseres, lagres, transporteres eller omsettes*" merkepliktige varer, jf. andre ledd. Samme sted er det også fastslått at det kan uttas vareprøver for undersøkelse og at nødvendige opplysninger for å gjennomføre tilsynet kan kreves.

3.4 Anskaffelsesloven

Anskaffelsesloven §§ 5–7 med tilhørende forskrift stiller enkelte krav til offentlige oppdragsgivere som kan være relevant å se hen til ved den senere fastleggelsen av formålene bak en lov om etikkinformasjon.²⁶

Anskaffelsesloven § 5 første og andre ledd lyder slik:

²² Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdsloven).

²³ Lov 18. desember 1981 nr. 90 om merking av forbruksvarer mv. (forbrukermerkeloven).

²⁴ Jf. § 3 første ledd bokstav a og d.

²⁵ Forskrift 8. januar 1996 nr. 13 om merking av fottøy.

²⁶ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven); Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

"Statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Dette skal blant annet skje ved at oppdragsgiveren tar hensyn til livssyklus kostnader. Disse oppdragsgiverne skal også ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Departementet kan gi forskrift om det nærmere innholdet av bestemmelsen.

Oppdragsgiveren kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter gjennomføres på en måte som fremmer hensyn til miljø, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen."

Av særlig relevans er her kravet vedrørende menneskerettigheter i første ledd tredje punktum. De angitte oppdragsgiverne vil være forpliktet til å ha på plass ha egnede rutiner når det er risiko for brudd på "*grunnleggende menneskerettigheter*". I forarbeidene peker departementet på FNs verdenserklæring fra 1948, FNs to konvensjoner fra 1966 om henholdsvis sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og ILOs²⁷ kjernekonvensjoner om grunnleggende rettigheter og prinsipper i arbeidslivet.²⁸

Det videre verdt å merke seg plikten til å avvise leverandører som er rettskraftig dømt eller har vedtatt foreliggende for barnearbeid og andre former for menneskehandel, jf. anskaffelsesforskriften §§ 9-5 andre ledd bokstav f og 24-2 andre ledd bokstav f.

Direktivet som anskaffelsesloven og –forskriften gjennomfører i norsk rett, direktiv 2014/24/EU,²⁹ fastsetter i art. 18 nr. 2:

"Medlemsstaterne træffer passende forholdsregler for at sikre, at økonomiske aktører i forbindelse med gennemførelsen af offentlige kontrakter overholder gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning i henhold til EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkedsretlige lovbestemmelser, der er nævnt i bilag X."

Vedlegg X nevner blant annet følgende konvensjoner:

- ILO Konvention nr. 87 om foreningsfrihed og beskyttelse af retten til at organisere sig
- ILO Konvention nr. 98 om retten til at organisere sig og føre kollektive forhandlinger
- ILO Konvention nr. 29 om tvangsarbejde
- ILO Konvention nr. 105 om afskaffelse af tvangsarbejde
- ILO Konvention nr. 138 om lavalder
- ILO Konvention nr. 111 om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv
- ILO Konvention nr. 100 om ligeløn for samme arbejde
- ILO Konvention nr. 182 om forbud mod og omgående indsats til afskaffelse af de værste former for børnearbejde

²⁷ FN-organet Den internasjonale arbeidsorganisasjonen ("ILO", International Labour Organization).

²⁸ Jf. Prop. 51 L (2015–2016) s. 83.

²⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

Som vi ser, anerkjennes i anskaffelsesregelverket en rekke hensyn som ikke relaterer seg til oppdragsgivers økonomiske interesser. Vi kommer nærmere tilbake til betydningen av dette i punkt 5.4.4.2 nedenfor.

4 Forutsetninger for de videre drøftelsene

4.1 Lovens pliktsubjekter

Hvem som skal pålegges plikter etter loven, er av betydning for den videre drøftelsen. Definisjonen av pliktsubjektene vil ha betydning for lovens effektivitet. Det må med andre ord være de rette selskapene som pålegges informasjonsplikten, for at den best skal nå formålet. Dette vil kunne være av betydning for den folkerettslige vurderingen under både WTO- og EØS-retten. Det bemerkes også at norske myndigheters jurisdiksjon vil være en grense hvor hvem som kan omfattes.

I innstillingen foreslås det at informasjonsplikten pålegges "*... alle som har selskaper registrert i Norge, det vil si alle selskaper som importerer varer til og samtidig er en juridisk enhet i Norge, norsk eller utenlandsk*".³⁰ Denne er gjengitt i oppdragsbeskrivelsen fra BLD.

For både den WTO- og EØS-rettslige vurderingen er det et sentralt spørsmål om loven vil være diskriminerende, altså om den behandler utenlandske og norske varer ulikt. Definisjonen i innstillingen fremstår umiddelbart som direkte diskriminerende. Dersom plikten kun gjelder selskapene som *importerer* varer til Norge, vil ikke varer som er produsert i Norge, omfattes. Da det ikke er noe som tyder på at det var dette var stortingskomiteens intensjon, vil vi modifisere denne definisjonen, slik at også norske produsenter omfattes.

For å unngå uklarheter foreslår vi også at begrepet "juridisk enhet" tas ut av definisjonen. Dette ville etter omstendighetene kunne gjort det tvilsomt om norskregistrerte, utenlandske foretak var omfattet. I det videre legges det derfor til grunn at informasjonsplikten skal gjelde "*alle selskaper som produserer varer i eller importerer varer til Norge*".

Et spørsmål som det må tas stilling til ved den nærmere utformingen av regelverket, er om og eventuelt hvordan det skal gjelde ved netthandel. Vi behandler ikke dette nærmere her med unntak av de EØS-rettslige sidene dette har, se punkt 5.3.3 nedenfor.

4.2 Lovens innhold

4.2.1 Hvilken informasjon skal gis?

Vi vil her ta utgangspunkt i det som er angitt i oppdragsbeskrivelsen, dvs. at informasjonskravet skal gjelde:

- 1) hvilke produksjonssteder/fabrikker som er benyttet i produksjon av varer som selges til forbrukerne i Norge, og
- 2) hvordan selskapene definerer og ivaretar sitt samfunnsansvar i leverandørkjedene

Ved behandlingen i stortingskomiteen ble det uttalt at en eventuell lov måtte gjelde "*hele produktkjeden, ikke bare ett ledd bakover*".³¹

Den informasjonen som pliktsubjektene pålegges å gi, vil undertiden i det følgende betegnes som "etikkinformasjon".

³⁰ Jf. Innst. 384 S (2015-2016) s. 1.

³¹ Innst. 384 S (2015-2016).

4.2.2 *Hvordan skal informasjonen gis?*

For å kunne foreta de relevante drøftelsene i det videre er det nødvendig å gjøre et forsøk på å fastslå nærmere hvilke krav det er aktuelt å stille de næringsdrivende. Vi finner det derfor hensiktsmessig å oppstille tre forskjellige typer av krav for å ha utgangspunkter for den videre drøftelsen. De tre typesituasjonene tar utgangspunkt i det som er angitt i BLDs oppdragsbeskrivelse og Stortingets anmodningsvedtak til Regjeringen.

1. Én mulig regulering er å pålegge pliktsubjektene å utgi etikkinformasjon på forespørsel. Et slikt krav vil i det følgende omtales som et **forespørselskrav**. Det kan tenkes flere varianter av et slikt krav. Pliktsubjektene kan pålegges til enhver tid å ha informasjonen tilgjengelig, sml. miljøinformasjonsloven § 9, som pålegger "*å ha kunnskap om forhold ...*". En annen, mindre inngripende variant er at pliktsubjektene kun plikter å fremskaffe informasjonen når forespørslar mottas.
2. En annen mulighet er å pålegge pliktsubjektene å publisere etikkinformasjonen, f.eks. på egne nettsider eller i brosjyrer som gjøres tilgjengelig for de utsalgsstedene som selger produktene. Dette kravet blir i det følgende omtalt som et **publiseringskrav**.
3. En tredje mulighet er et krav om at de aktuelle produktene merkes med etikkinformasjon. Det vil være flere alternativer for hvordan et slikt merkekrav nærmere skal utformes. Ett alternativ er her å pålegge at all den nødvendige informasjonen oppgis på produktets emballasje, merkelapp eller på en seddel som følger med produktet. Et annet alternativ er en løsning som pålegger at produkter påføres et merke som angir at visse, definerte krav er oppfylt. Sistnevnte kan sammenlignes med EUs miljømerke, hvor det oppstilles visse krav som må være oppfylt for at et produkt skal kunne benytte seg av merket.³² I det videre omtales disse alternativene samlet som et **merkingskrav**.

Denne utredningens mandat er i utgangspunktet begrenset til å gjelde handlingsrommet "*til å innføre regler som gir plikt til å opplyse om ...*". Mandatet er videre presisert til at det bør vurderes om "*en eventuell etikkinformasjonsplikt kun skal gjelde ved forespørsel om informasjon eller om den også skal være en plikt til å gjøre slik informasjon tilgjengelig uavhengig av individuelle forespørslar*". Ved Stortingets behandling av saken drøftet familie- og kulturkomiteen om loven bør gjelde merking av produkter, og da særlig i forbindelse med forslaget effektivitet og konkurransemessige sider.³³ Vi vil derfor i drøftelsene trekke inn de ulike måtene å regulere plikten på.

Hvilket språk informasjonen gis på, vil kunne være av stor betydning for både den som plikter å avgi informasjonen, og den som mottar den. Ved fastleggelsen av handlingsrommet må det vurderes om det vil være adgang til å pålegge pliktsubjektene å utgi informasjonen på norsk, eller om det kun kan kreves at informasjonen gis på et mer internasjonalt språk, for eksempel engelsk.

4.2.3 *Varer*

Direktoratet for forvaltning og IKT (DIFI) har utarbeidet en liste over såkalte høyrisikoprodukter. Listen omfatter produkter hvor det etter DIFIs syn er "*høy risiko for kritikkverdige arbeidsforhold i leverandørkjeden*".³⁴ Per mars 2017 står følgende produktgrupper på listen:³⁵

³² Se forordning 66/2010/EF, inntatt som punkt 2a i vedlegg XX til EØS-avtalen, som endret av kommisjonsforordning 782/2013/EU.

³³ Se Innst. 384 S (2015–2016).

³⁴ Se <https://www.anskaffelser.no/samfunnsansvar/sosialt-ansvar/hoerisikoprodukter>.

³⁵ I.c.

- Avskårne blomster
- Bygningsmaterialer
- Eksotisk frukt
- Elektronikk og IKT
- Kaffe, te og kakao
- Kirurgiske instrumenter
- Kontorrekvisita
- Leketøy og idrettsutstyr
- Møbler
- Tekstiler, arbeidsklær og sko

Listen er et naturlig utgangspunkt ved vurderingen av etikkinformasjonslovens virkeområde. Ved behandlingen i Stortinget ble særlig produktene tekstiler, klær, sko, elektronikk og IKT, møbler, kaffe, te, kakao og leker trukket frem. Vi forstår uttalelsene fra behandlingen i Stortinget slik at det er ønskelig at en lov omfatter samtlige slike høyrisikoprodukter.³⁶

Denne avgrensningen av lovens virkeområde skaper enkelte reguleringstekniske spørsmål som det må tas hensyn til ved den nærmere utformingen av loven, herunder om loven skal definere hvilke produkter som omfattes, eller om dette skal fremgå av en forskrift hjemlet i loven.

En slik løsning er valgt i forbrukermerkeloven hvis virkeområde omfatter "*forbruksvarer*", definert som "*varer som tilbys fysiske personer som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet*".³⁷ Etter § 3 kan det gis forskrifter om merking av "*enkelte vareslag, grupper eller typer av forbruksvarer*".

Vi antar at bruk av tollkoder vil kunne gi en hensiktsmessig avgrensning av produkttyper, særlig siden dette er et allerede etablert system som myndigheter og næringsdrivende må forholde seg til i dag.

4.3 Enkelte prosessuelle spørsmål

4.3.1 *Generelt*

Dersom det vedtas en lov som gir private rett til etikkinformasjon oppstår det en rekke prosessuelle spørsmål. Avhengig av hvilket av kravene nevnt ovenfor i 4.2.2 som velges, må det oppstilles saksbehandlingsregler og eventuelt tilsynsregler. Videre må det vurderes om det skal vedtas sanksjoner overfor selskaper som bryter med loven.³⁸

4.3.2 *Saksbehandling/tilsyn*

Stortingskomiteen uttalte ved sin behandling følgende:

"Loven bør etter forslagsstillernes syn håndheves av en klagenemnd for private aktører og av Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og/eller nærmeste overordnede organ for offentlige aktører."³⁹

³⁶ Se Innst. 384 S (2015–2016) s. 1 og s. 2.

³⁷ Jf. forbrukermerkeloven § 2 første ledd andre punktum.

³⁸ Etter avtale med BLD skal denne utredningen kun nevne, men ikke drøfte de prosessuelle spørsmålene.

³⁹ Jf. Innst. 384 S. (2015–2016) s. 1.

For en løsning som innebærer innsynskrav, må det først og fremst tas stilling til hvilke saksbehandlingsregler som skal gjelde for slike krav. En mulighet vil være å følge systemet etter miljøinformasjonsloven, jf. ovenfor i punkt 3.2, hvor det stilles krav til hvordan og når virksomheten skal behandle innsynskravet, og den som krever innsyn, gis rett til å påklage avslag. Klager vil kunne behandles av en klagenemnd som foreslått av stortingskomiteen, noe som dermed også vil svare til løsningen etter miljøinformasjonsloven.

Dersom det stilles krav om publisering av informasjon eller velges en merkeordning, vil det være mer naturlig å ta utgangspunkt i en tilsynsordning for å sørge for at pliktsubjektene publiserer informasjon i samsvar med loven. For at en tilsynsmyndighet skal ha et reelt pressmiddel overfor virksomheter som ikke opptrer i samsvar med loven, er det naturlig at det vedtas at brudd på loven innebærer konsekvenser, jf. rett nedenfor.

4.3.3 *Virkninger av lovbrudd*

Sentralt for hvilket handlingsrom som finnes for en lov om etikkinformasjon, vil være hvilke konsekvenser som følger av brudd på loven. Etter vårt syn vil det være et prinsipielt skille mellom om lovbrudd innebærer at produkter ikke lovlig kan selges i Norge, eller om produktene likevel kan selges, men at lovbrudd innebærer andre konsekvenser.

Å nekte produkter markedsadgang vil trolig være upraktisk med mindre det er en merkeordning som velges. Én mulig løsning er da å forby salg av produkter som ikke er merket etter loven.

Av andre sanksjoner pekes det her på overtredelsesgebyr, tvangsmulkt og straff. Disse kan være aktuelle for alle tre typer av informasjonskrav som stilles. Sanksjoner av mer uformell art kan være at et tilsynsorgan fører selskaper som ikke følger loven, opp på en "svarteliste". Også dette kan være aktuelt både for forespørselskrav, publiseringskrav og merkingskrav.

Dersom det velges et forespørselskrav eller publiseringskrav, bør det vurderes om sanksjoner er nødvendig. Etter miljøinformasjonsloven er det, som det har fremgått, kun slik at endelige vedtak kan tvangsfullbyrdes. I de tilfellene hvor informasjonen ikke er utarbeidet, kan en slik løsning riktignok i praksis medføre tvangsmulkt etter tvangsfullbyrdesloven § 13-14 første ledd.⁴⁰ Da vil man imidlertid følge et allerede etablert system.

4.4 **Lovens formål**

4.4.1 *Generelt*

Formålet med den aktuelle loven er av stor betydning for de vurderingene som skal gjøres etter både EØS- og WTO-retten. Det er formålet som eventuelt kan legitimere en restriksjon, slik at tiltak som i utgangspunktet vil være i strid med EØS- og/eller WTO -retten, likevel er lovlige.

Av merknadene fra stortingskomiteen fremgår følgende innledningsvis:

"[Komiteens medlemmer] mener at åpenhet i seg selv er et viktig prinsipp, for kun ved åpenhet vil man kunne avdekke hvordan selskaper produserer sine varer. For å sikre at nasjonale og internasjonale selskaper ikke bryter menneskerettigheter kan man på denne måten etterprøve hva som skjer i flere ledd av produksjonen, uten at dette betyr at bedrifter må oppgi sine bedriftshemmeligheter. Komiteen ønsker å bidra til økt åpenhet og økt tilfang av informasjon rundt de etiske sidene av produksjon av varer og tjenester. Komiteen mener at om kravet om

⁴⁰ Se drøftelsene om dette hva gjelder miljøinformasjon i Ot.prp. nr. 116 (2001–2002) s. 174.

etikkinformasjon skal ha reell effekt på produsenter og forbrukere, må åpenhetskravet gjelde for hele produksjonskjeden, ikke bare ett ledd bakover, og informasjonen må innebære at minimumskrav er oppfylt."⁴¹

Som det fremgår av sitatet, er åpenhet både et selvstendig formål med en lov om etikkinformasjon, samtidig som åpenhet også er et middel for å oppnå andre formål. I det videre drøfter vi særlig disse andre formålene når det gjelder handlingsrommet for en etikkinformasjonslov.

Slik informasjonspliktes omfang er angitt i punkt 4.2.1 ovenfor, inkluderes informasjon om samfunnsansvar. I regjeringens stortingsmelding "Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi" ble begrepet samfunnsansvar drøftet, og Regjeringen uttalte at den så "*ivaretagelse av menneskerettigheter, respekt for grunnleggende arbeidstakerrettigheter og anstendige arbeidsvilkår, ivaretagelse av miljøhensyn, bekjempelse av korrupsjon og størst mulig åpenhet som hovedelementer for bedrifter når de skal ivareta samfunnsansvar i sin internasjonale virksomhet*".⁴²

Følgende definisjon av begrepet ble lagt til grunn:

*"Regjeringen legger til grunn en forståelse av samfunnsansvar som innebærer at bedrifter integrerer sosiale og miljømessige hensyn i sin daglige drift og i forhold til sine interessenter. Samfunnsansvar innebærer hva bedriftene gjør på en frivillig basis utover å overholde eksisterende lover og regler i det landet man opererer".*⁴³

Vi antar at det som i stortingsmeldingen er lagt til grunn om samfunnsansvar vil være anvendbart for den informasjonsplikten som skal vurderes her.

Vi viser også til de redegjørelsene som gjelder samfunnsansvar i Regnskapslovutvalgets utredning, vedrørende bestemmelsen om samfunnsansvar i regnskapsloven, jf. punkt 3.1 ovenfor.⁴⁴ Loven kan være egnet til å ivareta andre hensyn som fremgår der, for eksempel hensynet til miljø og hensynet til å unngå korrupsjon.

4.4.2 Menneskerettigheter og arbeidstakerrettigheter

Et sentralt formål med en etikkinformasjonslov synes etter stortingskomiteens oppfatning å være å forhindre brudd på menneskerettighetene. Menneskerettigheter er et vidt begrep som rommer en rekke elementer. Det fremgår ikke uttrykkelig av stortingskomiteens innstilling hvilke menneskerettigheter det siktes til.

Et naturlig utgangspunkt kan være å se på de områdene som særlig fremheves av ILO. Det antas hovedsakelig å være rettigheter med en tilknytning til arbeidsforhold som er av relevans her. Områdene omfattet av ILOs såkalte kjernekonvensjoner er barnarbeid, organisasjonsfrihet, diskriminering og tvangsarbeid.

Tvangsarbeid er etter norsk rett ikke bare straffbart,⁴⁵ men også inntatt som en menneskerettighet i Grunnloven og menneskerettsloven.⁴⁶ Vi viser for ordens skyld til at det følger av praksis fra EMD at EMK art. 4 nr. 2 skal tolkes i lys av ILO-konvensjonene nr. 29 og 105.⁴⁷

⁴¹ Innst. 384 S (2015–2016) s. 1.

⁴² St.meld. 10 (2008–2009) s. 7.

⁴³ I.c.

⁴⁴ Se NOU 2016:11 s. 57 flg.

⁴⁵ Se strl. § 257.

Barnearbeid er forbudt etter barnekonvensjonen art. 32, jf. art. 31.⁴⁸ Enkelte av Grunnlovens menneskerettsbestemmelser vil også omfatte visse former for barnearbeid. Norge er også part i ILO-konvensjon nr. 138 og 182 som også gjelder barnearbeid.

Diskriminering er forbudt både etter menneskerettsloven og Grunnloven,⁴⁹ samt særskilt behandlet i ILO-konvensjon nr. 100 og 111. ILO-konvensjon nr. 87 og 98 omhandler organisasjonsfrihet. Grunnloven § 101 første ledd sikrer dessuten retten til å fagorganisere seg.

Basert på forutsetningene ovenfor vil ikke loven inneholde virkemidler som direkte ivaretar menneskerettighetshensyn. Loven vil snarere ha en indirekte tilnærming ved at den kun skal gi relevant informasjon til forbrukere slik at de i neste rekke skal få anledning treffe beslutninger på bakgrunn av denne informasjonen. I neste punkt vil vi derfor se på hvilken forankring loven må anses å ha i hensynet til forbrukerne.

4.4.3 Forbrukerhensyn

Av stortingskomiteens innstilling fremgår det:

"Komiteen ser at flere undersøkelser viser at folk etterspør etikk-/miljø-informasjon i kjøpsøyeblikket og at forbrukeren etterspør tydelig merking."⁵⁰

Hvorvidt forbrukere etterspør den informasjonen som en etikkinformasjonslov vil gi dem rett til, er et empirisk spørsmål som ikke skal vurderes her. Vi forutsetter at stortingskomiteens oppfatning er korrekt, men bemerker for ordens skyld at Barne- og likestillingsministeren i brev til stortingskomiteen uttalte at en hovedutfordring etter ministerens syn var mangel på slik etterspørsel fra forbrukerne.⁵¹

Når det forutsettes at forbrukerne etterspør såkalt etikkinformasjon, oppstår det spørsmål om og i hvilken grad en etikkinformasjonslov kan begrunnes i hensynet til forbrukerne. Dette krever en nærmere vurdering, og de endelige konklusjonene må gjøre under de konkrete vurderingene om EØS- og WTO-retten nedenfor.

På generelt grunnlag kan det likevel innvendes at det egentlige formålet med loven er hensynet til menneskerettigheter og arbeidstakerrettigheter, som pekt på ovenfor, og at økt informasjon til forbrukerne kun blir et nødvendig middel for at forslaget skal kunne bidra til å sikre slike bakenforliggende hensyn.⁵² Et godt eksempel på et slikt tiltak (dog etter miljøhensyn) er den amerikanske Clean Air Act Amendments av 1990⁵³ som ble vedtatt for å innrette den amerikanske lovgivningen etter Montreal Protokollen.⁵⁴ Loven påla produsenter som brukte ozonskadende substanser

⁴⁶ Jf. bl.a. Grunnloven § 93 tredje ledd og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 4 (inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven § 2 nr. 1).

⁴⁷ Jf. Van der Musselle mot Belgia, dom 23. november 1983, premiss 115–116.

⁴⁸ FNs konvensjon om barnets rettigheter (inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven § 2 nr. 4).

⁴⁹ Se bl.a. EMK art. 14; Grunnloven § 98.

⁵⁰ Innst. 384 S (2015–2016) s. 2.

⁵¹ Brev fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet v/statsråden til familie- og kulturkomiteen datert 29. mars 2016.

⁵² Elliot Staffin, *Trade Barrier or Trade Boon? A critical Evaluation of Environmental Labeling and its Role in the "Greening" of World Trade*, 21 Colum. J. Envtl. L. 205, 211 (1996).

⁵³ Clean Air Act, Pub. L. 101-549, Title VI, § 602(a), 104 Stat. 2649 (1990).

⁵⁴ Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, Sept. 16., 1987; John J. Emslie, *Labeling Programs as a Reasonably Available Least Restrictive Trade Measure Under Article XX's Nexus Requirement*, Brook. J. Int'l L. 30:2 494 (2005).

i produktene deres å merke disse med en advarsel om produktets skadelige effekt disse har på ozonlaget. Siden 90-tallet har Norge vedtatt totalforbud mot produksjon, import, eksport og bruk av ozonreducerende stoffer.⁵⁵

Etter vårt syn må en forutsetning for forankringen i forbrukerhensyn være at forbrukerne har et ønske om å vite produktets opprinnelsessted og hvordan produsentene ivaretar sitt samfunnsansvar, fordi slike egenskaper ved produktet er av betydning for forbrukeren. Forutsetningsvis har dette igjen sin bakgrunn i forbrukerens ønske om å bidra til en mer etisk handel. Da er det nettopp det å gi forbrukeren mulighet til å bidra til etisk handel som er målsetningen med loven.

Foruten det ovennevnte kan fordelene være mange, både fra et forbruker- og menneskerettighetsperspektiv, men også i forhold til produsenters og øvrige kommersielle interessenters potensielle markedspenetrasjon og profittmaksimering.

I forhold til forbrukeren er den mest innlysende fordelen at man således bidrar til å øke forbrukerbevisstheten.⁵⁶ Et direkte eksempel på dette er fordelene merking av alkoholinnholdige drikker om at forbruk kan skade gravides fostre.⁵⁷ I litteraturen fremmes det forhold at forbrukere vil kunne ha mistillit til informasjon eller merking om et produkts etiske funksjon, således er det positivt at myndighetene tar en aktiv rolle og fører oppsyn med ordningen og gir objektiv informasjon.⁵⁸

Krav om informasjon og/eller merking kan også medføre økt effektivitet.⁵⁹ Ved å introdusere informasjonskrav vil produsenter og andre relevante aktører få incentiv til å investere i mer bærekraftig arbeidskraft, samt modernisere maskiner og annet utstyr. Til gjengjeld kan dette øke produktiviteten og følgelig lønnsomheten. Selskaper med rykte som etisk produsent har mulighet til å kunne tilegne seg ytterligere markedsandeler og dermed høyere salgstall, kundelojalitet og anseelse.⁶⁰

En generell innvending er om det er nødvendig å innføre en tvungen ordning dersom den aktuelle informasjonen faktisk etterspørres av forbrukerne. Det ville da være i markedsaktørenes egeninteresse å gi den aktuelle informasjonen på eget initiativ.⁶¹ Innvendingen er relevant, for som vi vil se, har tilsvarende synspunkt blitt lagt til grunn i eldre praksis fra EU-domstolen, jf. punkt 5.4.4.2 nedenfor. Forutsetningen for drøftelsen her er imidlertid at forbrukerne reelt sett ønsker den aktuelle informasjonen, og at dette i tilstrekkelig grad kan dokumenteres. At markedsaktørene ikke på eget initiativ tilbyr forbrukerne den aktuelle informasjonen, kan skyldes egenskaper ved markedet. Dette beror på en vurdering som vil falle utenfor mandatet av denne utredningen, og her må som nevnt forutsetningen om forbrukernes etterspørsel legges til grunn.

⁵⁵ Forskrift 20. desember 2002 nr. 1818 kap. 2, opphevet fra 1. juli 2004, jf. forskrift 1. juni 2004 nr. 922 (produktforskriften).

⁵⁶ Se Ernsli på side 498, jf. fotnote 54.

⁵⁷ Se f.eks. amerikanske Alcoholic Beverage Labeling Act (ABLA) (27 USC § 215) som blant annet krever at etikettene på alkoholholdige drikker skal inkludere "GOVERNMENT WARNING: (1) According to the Surgeon General, women should not drink alcoholic beverages during pregnancy because of the risk of birth defects. (2) Consumption of alcoholic beverages impairs your ability to drive a car or operate machinery, and may cause health problems."

⁵⁸ George Richards, *Environmental Labeling of Consumer Products: The Need for International Harmonization of Standards Governing Third-Party Certification Programs*, 7 Geo. Int'l Env'tl. L. Rev. 235 på side 247.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ A. Okubo, *Environmental Labelling Programs and the GATT/WTO Regime*, Geo. Int'l Env'tl. L. Rev. 11 (1999) (analyserer dette i henhold til miljømerking og tilgangen til å få et markedsmessig overtak ved rykte som "grønn produsent").

⁶¹ Se brev fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet v/statsråden til familie- og kulturkomiteen datert 29. mars 2016 i denne retning.

Av interesse i denne sammenheng, om enn analogisk, er enkelte av de drøftelsene som ble gjort av lovutvalget for miljøinformasjon i forkant av vedtakelsen av miljøinformasjonsloven. Om hvordan informasjon kan ha innvirkning på markedsmekanismene, skrev utvalget blant annet:

"Kunnskap om miljøforhold setter den enkelte i stand til å påvirke utviklingen i miljøvennlig retning som forbruker eller som profesjonell markedsaktør, både i form av sin markedsatferd, sitt forbruk og sin produkhåndtering. I en situasjon hvor markedsmekanismen langt på vei styrer bedriftenes opptreden, får forbruker- og investoradferd en viktig rolle både i et demokratisk og økonomisk perspektiv. I St.meld.nr.40 (1998-1999) Om forbrukerpolitikk og organisering av forbrukerapparatet, kap. 1.5, understrekes ønsket om å stimulere forbrukerne til å ta miljømessige hensyn ved å legge forholdene til rette slik at den enkelte har en reell og praktisk mulighet til å velge de minst miljøbelastende forbruksalternativene og produktene. Dette ble støttet av Stortinget, jf Innst.S.nr.257 (1999-2000) kap. 2.1. Informasjon om de miljømessige konsekvensene av ulike produkter og tjenester er en forutsetning for å kunne ta miljømessige hensyn.

I økonomisk teori kan dette uttrykkes som at enkelte investorer og forbrukere ser på miljøulempen knyttet til en virksomhet eller et produkt som kostnader, som må regnes med ved vurderingen av en investerings lønnsomhet eller en vares pris. På markedet kommer denne kostnaden til uttrykk i form av den prisen den enkelte setter på ulempen, f.eks. i form av den renten en investor er villig til å gi avkall på, for å ha sikkerhet for at investeringene ikke går til å støtte det den enkelte opplever som miljøskadelig virksomhet. Informasjon som setter den enkelte i stand til å handle til den prisen som er riktig, utgjør i denne sammenheng en forutsetning for markedets effektive funksjonsmåte. For virksomheter med høy miljøprofil gir spredning av miljøinformasjon virksomheten en konkurransefordel."⁶²

Både miljøhensyn og de hensyn som en lov om etikkinformasjon skal ivareta, gjelder hensyn som ikke direkte angår forbrukernes egne økonomiske interesser. Tilsvarende det utvalget skriver om miljøinformasjon, må det antas at forbrukere som etterspør etikkinformasjon, anser kritikkverdige forhold i leverandørkjeden "*som kostnader, som må regnes med ved vurderingen av ... en vares pris*". Forbrukernes tilgang på slik informasjon er en nødvendig forutsetning for at forbrukerne skal kunne ta disse kostnadene i betraktning.

Vår vurdering er etter dette at en lov om etikkinformasjon kan begrunnes i hensynet til forbrukerne, nærmere bestemt ved å gi forbrukerne adgang til å bidra til en mer etisk handel. Det understrekes igjen at hvorvidt loven vil være kompatibel med internasjonale forpliktelser med en slik begrunnelse, er EØS- og WTO-rettslige spørsmål som behandles nedenfor henholdsvis i de EØS- og WTO-rettslige vurderingene (se punkt 5 og 6).

⁶² Jf. NOU 2001:2 s. 27–28.

5 EØS-avtalen

5.1 Generelt om EØS-retten og forholdet til norsk rett

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale mellom EU, EUs medlemsland, Island, Liechtenstein og Norge.⁶³ Avtalen innebærer at EFTA-landene Island, Liechtenstein og Norge i stor grad tar del i EUs indre marked, blant annet ved å gjennomføre bestemmelser om fritt varebytte, fri bevegelse for personer, fri bevegelse for tjenester og fri bevegelse for kapital (de fire friheter).⁶⁴

Et ytterligere, viktig element i det indre markedet er å sikre en lik konkurranse i EØS-markedet. Foruten å sikre regelharmonisering innebærer dette at EØS-avtalen også forplikter medlemslandene til konkurranseregler, herunder regelverket om forbudet mot statsstøtte.

Mens de fire friheter er inntatt i EØS-avtalens hoveddel, inntas nye EU-rettsakter av EØS-rettslig relevans i EØS-avtalens vedlegg. I EU-retten betegnes det førstnevnte som primærrett, mens direktiver og forordninger betegnes sekundærrett. Siden EØS-avtalen er en folkerettslig avtale, er det reist spørsmål ved om de samme begrepene er treffende innen EØS-retten, fordi forskjellen mellom regelsettene ikke uten videre kan være den samme i EØS-retten.⁶⁵ Homogenitetsprinsippet vil imidlertid langt på vei sikre en tilsvarende rettsanvendelse i EØS-retten, og det er da begrenset hvilken betydning spørsmålet før. For enkelhets skyld brukes her begrepene primærrett og sekundærrett i det følgende om henholdsvis de fire friheter og de direktivene og forordningene som er gjort til del av EØS-avtalen.

Metodisk vil det være mest korrekt først å vurdere nasjonale tiltak etter sekundærretten før primærretten vurderes. Det skyldes at det på områder hvor det finnes sekundærrettslig regulering av tiltaket, ofte ikke vil være nødvendig med en vurdering etter primærretten. Den sekundærrettslige reguleringen presumeres da å være i samsvar med primærretten.⁶⁶

På områder som er uttømmende regulert gjennom sekundærrett (totalharmonisering eller fullharmonisering), er det ikke rom for en vurdering etter primærretten. Dette følger av fast praksis fra EU-domstolen og gjelder tilsvarende i EØS-retten.⁶⁷

Finnes det ikke sekundærrett av relevans på det aktuelle området, får primærretten anvendelse fullt ut på de nasjonale bestemmelsene. Det samme gjelder dersom sekundærretten overlater et handlingsrom til de nasjonale myndighetene:

"Det følger heraf, at det pågældende direktiv ikke udtømmende regulerer området for særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvorfor den i hovedsagen omhandlede lovgivning kan bedømmes på grundlag af den primære EU-ret."⁶⁸

Bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven § 1.⁶⁹ Ved motstrid mellom lovbestemmelser som gjennomfører Norges EØS-rettslige forpliktelser, og andre lovbestemmelser som regulerer samme forhold, går førstnevnte foran sistnevnte, jf. EØS-loven § 2.

⁶³ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

⁶⁴ Jf. EØS-avtalen art. 1 nr. 2 og hhv. art. 8, 28, 36 og 40.

⁶⁵ Se Fredriksen i Baudenbacher (2015) s. 95–110.

⁶⁶ Jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-2/11 *STX* premiss 34–35.

⁶⁷ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-95/14 *UNIC* premiss 33

⁶⁸ Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-115/14 *RegioPost* mot *Stadt Landau in der Pfalz* premiss 59.

I forlengelsen av homogenitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 6 er EU-domstolens avgjørelser av relevans ved tolkningen av EØS-avtalen. Dette følger også av langvarig og fast praksis fra EFTA-domstolen. Den direkte relevansen av EU-domstolens avgjørelses relevans vil imidlertid være begrenset til tilfellene hvor de materielle reglene sammenfaller, noe som også fremgår av EØS-avtalen artikkel 6.

5.2 Virkeområde

Etter EØS-avtalen art. 8 nr. 2 gjelder reglene om fritt varebytte i utgangspunktet "*bare for produkter med opprinnelse i avtalepartene*". Avtalepartene i EØS-avtalen er samtlige EU-land i tillegg til EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein, som da utgjør "EØS-området". Før vi går nærmere inn på hvilke rammer EØS-retten stiller til et regelverk om etikkinformasjon, vil det derfor være nødvendig å se på hvilken betydning EØS-avtalens avgrensede virkeområde vil ha for et slikt regelverk.

Opprinnelsesbegrensningen gjelder kun art. 10–15, 19, 20 og 25–27. Art. 16–18, 21–25 og andre krav i sekundærlovgivningen, tatt inn som vedlegg til EØS-avtalen, er dermed ikke omfattet av begrensningen.

Hva som etter EØS-avtalen art. 8 nr. 2 ligger i "*opprinnelse*", er nærmere utbrodert i protokoll 4 til avtalen. Protokoll 4 art. 2 fastslår i bokstav a at produkter som i sin helhet er fremstilt i EØS i henhold til art. 4, har opprinnelse i EØS-området. Etter bokstav b gjelder tilsvarende for varer som er fremstilt i EØS-området ved inkorporering av materialer som ikke er fremstilt i sin helhet i EØS-området, forutsatt at disse materialene har gjennomgått bearbeiding eller foredling i EØS-området i samsvar med art. 5.

Bestemmelsene om opprinnelse er omfattende, men systemet kan sammenfattes slik at det er produkter som i sin helhet er fremstilt i EØS-området, eller tilstrekkelig bearbeidet eller foredlet der, som anses å ha sin opprinnelse i EØS-området.

Vi legger til grunn at en lov om etikkinformasjon hovedsakelig vil få praktisk betydning for produkter med opprinnelse utenfor EØS-området. Loven vil imidlertid også omfatte produkter med opprinnelse i EØS. Dette innebærer at loven uansett må være i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Det samme vil gjelde for hvilke *varetyper* som er omfattet av EØS-avtalen. Etter art. 8 nr. 3 er det kun "*varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer, med unntak av varer oppført i protokoll 2*" og "*varer oppført i protokoll 3 i samsvar med de særlige bestemmelser som er fastsatt i protokollen*". Dette innebærer i praksis som et utgangspunkt at de fleste industrivarer er omfattet, men at landbruksprodukter ikke er omfattet, med mindre de er bearbeidede. Da loven i alle tilfeller vil gjelde varetyper omfattet av EØS-avtalen, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på en vurdering av om enkelte av de aktuelle varetypene ikke er omfattet av EØS-avtalen.

Med mindre det etter lovgivers syn blir aktuelt med ulike krav til varer avhengig av opprinnelse eller varetype, vil vår EØS-rettslige vurdering i de påfølgende punktene være av relevans for en ny lov i sin helhet.

⁶⁹ Lov 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

5.3 Sekundærrett

5.3.1 *Handelspraksisdirektivet*

Direktivet om urimelig handelspraksis ("handelspraksisdirektivet") regulerer næringsdrivendes handelspraksis overfor forbrukere.⁷⁰ Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom markedsføringsloven,⁷¹ og det er totalharmoniserende på de områdene det regulerer. Medlemsstatene kan følgelig innenfor disse områdene ikke vedta regelverk som i noen retning avviker fra direktivet, med mindre direktivet åpner for det.⁷² For å vurdere om direktivet vil begrense handlingsrommet for en etikkinformasjonslov, må det i første omgang fastslås om en etikkinformasjonslov faller innenfor direktivets virkeområde.

Anvendelsesområdet er angitt i artikkel 3, hvor nr. 1 lyder slik:

"Dette direktiv gjelder for virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne, som fastlagt i artikkel 5, før, under og efter en handelstransaktion i forbindelse med et produkt."

Begrepet "*virksomheders handelspraksis over for forbrugerne*" er i artikkel 2 bokstav d definert som

"en handling, udeladelse, adfærd eller fremstilling, kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovning, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne".

I artikkel 2 bokstav b er "*erhvervsdrivende*" definert som

"en fysisk eller juridisk person, der i forbindelse med en af dette direktiv omfattet handelspraksis udøver virksomhed som handlende, håndværker eller industridrivende eller udøver et liberalt erhverv, og enhver, der handler i en erhvervsdrivendes navn eller på en erhvervsdrivendes vegne".

Direktivet retter seg altså i all hovedsak mot selve salgsleddet, og med mindre importører og produsenter selv også selger varer til forbrukere, vil de ikke være omfattet av definisjonen av "*erhvervsdrivende*" og dermed heller ikke "*virksomheders handelspraksis over for forbrugerne*". Importører og produsenter er som regel altså ikke omfattet av direktivets anvendelsesområde.

I den grad det er sammenfall mellom direktivets definisjon av ervervsdrivende og etikkinformasjonslovens pliktsubjekter, er det et spørsmål om en informasjonsplikt vil angå pliktsubjektene handelspraksis, nærmere bestemt om informasjonsplikten må anses som en handling med direkte forbindelse til markedsføring, salg eller tilbud av et produkt. Direktivet og etikkinformasjonsloven vil i så fall kunne ha et overlappende anvendelsesområde.

Dersom informasjonsplikten utformes som krav til hvordan produkter skal markedsføres, for eksempel ved at det i markedsføringen av produkter må oppgis produktets opprinnelsessted, vil plikten kunne falle innenfor direktivets virkeområde. Det kan ikke utelukkes at et generelt forbud mot all markedsføring som ikke inneholder den påkrevde informasjonen, vil være i strid med direktivet. Vi antar at et slikt krav

⁷⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004.

⁷¹ Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

⁷² Jf. artikkel 4. Se også fortalen punkt 11–15.

ikke vil være aktuelt, jf. den oppstillingen som er gjort i punkt 4.2.1 ovenfor basert på mandatet for utredningen og uttalelsene fra stortingskomiteen.

Utformes informasjonsplikten derimot som et krav om at importører og produsenter av varer må ha etikkinformasjon om varene tilgjengelig på forespørsel, eventuelt ha publisert denne, er det vår vurdering at dette ikke vil være i direkte forbindelse med markedsføring, salg eller tilbud av produkter til forbrukere. Tilsvarende vil heller ikke et eventuelt merkingskrav komme i konflikt med direktivet da det heller må anses som et krav til selve produktet, og dermed ikke kan falle innenfor definisjonen av handelspraksis.

Vi bemerker for ordens skyld at direktivet vil være av relevans når det gjelder villedende informasjon eller merking, slik at dette må tas i betraktning dersom etikkinformasjonsloven også skal regulere dette.

5.3.2 Rapporteringsplikt om samfunnsansvar

Direktiv 2013/34/EU,⁷³ som endret av direktiv 2014/95/EU,⁷⁴ artikkel 19a nr. 1 første og andre ledd lyder slik:

"Virksomheder af interesse for offentligheden, som er modervirksomheder i en stor koncern, hvis gennemsnitlige antal ansatte på deres konsoliderede status tidspunkt overstiger kriteriet om 500 ansatte i gennemsnit i løbet af regnskabsåret, skal i den konsoliderede ledelsesberetning medtage en konsolideret ikke-finansiell redegørelse, der indeholder oplysninger i det omfang, det er nødvendigt for forståelsen af koncernens udvikling, resultat, situation og dens aktivitets påvirkning, som minimum vedrørende miljøspørgsmål, sociale spørgsmål og personalespørgsmål samt spørgsmål vedrørende respekt for menneskerettighetene, bekjæmpelse af korrupsjon og bestikkelse, herunder:

- a) en kort beskrivelse af koncernens forretningsmodell
- b) en beskrivelse af koncernens politikker i forhold til disse spørsmål, herunder de due diligence-procedurer, der er gjennomført
- c) resultatet af disse politikker
- d) de væsentligste risici, som er forbundet med disse spørsmål i forhold til koncernens aktiviteter, herunder, hvor det er relevant og proportionalt, dens forretningsforbindelser, produkter eller tjenesteydelser, som kan forventes at ville have negative påvirkninger på disse områder, og hvordan koncernen håndterer disse risici
- e) ikke-finansielle nøgleresultatindikatorer, som er relevante for den spesifikke forretningsaktivitet.

Hvis koncernen ikke forfølger politikker på et eller flere af disse områder, skal den ikke-finansielle redegørelse inneholde en klar og begrundet forklaring på, hvorfor den ikke forfølger sådanne politikker."

Artikkel 29a i samme direktiv har samme ordlyd bortsett fra at den gjelder for konserner.

Som det har fremgått ovenfor i punkt 3.1, er bestemmelsen i skrivende stund ikke inkorporert i norsk rett. Til orientering arbeider EU-kommisjonen for tiden med retningslinjer som vil omhandle art. 19a.

⁷³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/34/EU af 26. juni 2013 om årsregnskaber, konsoliderede regnskaber og tilhørende beretninger for visse virksomhedsformer, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/43/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 78/660/EØF og 83/349/EØF.

⁷⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/95/EU af 22. oktober 2014 om ændring af direktiv 2013/34/EU for så vidt angår offentliggørelse af ikke-finansielle oplysninger og oplysninger om mangfoldighed for visse store virksomheder og koncerner.

Disse var opprinnelig ventet klare i løpet av våren 2017, men ser i skrivende stund ut til å være forsinket.⁷⁵

Det følger av fortalen til direktiv 2013/34/EU at direktivet på flere områder tar sikte på å fastsette minimumsregler, jf. punkt 8. I artikkel 4 nr. 5 er det fastsatt at medlemsstatene kan kreve "*at andre virksomheder end små virksomheder i årsregnskabet skal give oplysninger ud over, hvad der kræves oplyst i henhold til dette direktiv*". Regelen er utslag av en bakenforliggende intensjon om at kravene til det som i direktivets forstand er små virksomheter, skal harmoniseres innen EØS-området.⁷⁶

Hva som utgjør små, mellomstore og store virksomheter i direktivets forstand, er definert i henholdsvis artikkel 3 nr. 2, 3 og 4. Reglene innebærer at små virksomheter i nasjonal rett kan defineres som virksomheter som ikke overskrider to av følgende kriterier: balansesum på EUR 4–6 mill., nettoomsetning på EUR 8–12 mill. og gjennomsnittlig 50 ansatte gjennom regnskapsåret. Dette må omregnes og avrundes til en balansesum på NOK 30–45 mill. og nettoomsetning på NOK 60–90 mill.⁷⁷ Tallene angis i intervaller fordi medlemsstatene etter direktivet kan velge hvilken verdi som velges innenfor intervallene.

Følgelig vil det i norsk rett ikke være adgang til at virksomheter som er mindre enn direktivets definisjon av små virksomheter, i årsregnskapet må rapportere om sitt samfunnsansvar. Direktivets bestemmelse kan imidlertid ikke forstås å gå lenger enn dette, og bestemmelsens rekkevidde må i alle tilfeller begrenses av at direktivet i sin helhet ikke går lenger enn å omhandle årsregnskaper.

Vi forutsetter at en etikkinformasjonslov ikke vil pålegge næringsdrivende å rapportere gjennom årsregnskapet, særlig med tanke på det regelverket som allerede finnes i regnskapsloven. På denne bakgrunn kan vi ikke se at direktivet her vil utgjøre en begrensning på norske myndigheters handlingsrom for å gi en lov om etikkinformasjon.

5.3.3 E-handelsdirektivet

E-handelsdirektivet er gjennomført i norsk rett gjennom e-handelsloven.⁷⁸ Hva som følger av sistnevnte, kunne vært behandlet i punkt 3 ovenfor, men siden det i denne sammenhengen er de EØS-rettslige grensene som er av særlig interesse, behandles reglene i direktivet og loven her.

Direktivet regulerer informasjonssamfunnstjenester, herunder elektronisk handel. Artikkel 3 nr. 2 oppstiller et forbud mot generelle begrensninger av utenlandske tjenestetilbyderes adgang til å yte informasjonssamfunnstjenester:

"Medlemsstaterne må ikke af grunde, der henhører under det koordinerede område, begrænse adgangen til at levere informationssamfundstjenester fra en anden medlemsstat."

Av denne grunn må det vurderes om direktivet er til hinder for de informasjonskravene som er aktuelle. Det første spørsmålet som må vurderes, er om en lov om etikkinformasjon vil angå adgangen til å levere informasjonssamfunnstjenester innenfor det koordinerte området.

⁷⁵ Se http://ec.europa.eu/finance/company-reporting/non-financial-reporting/index_en.htm#news.

⁷⁶ Se fortalen punkt 10.

⁷⁷ Jf. NOU 2015:10 s. 297–298.

⁷⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked; Lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven).

Begrepet informasjonssamfunnstjeneste skal etter e-handelsdirektivet artikkel 2 bokstav a følge definisjonen i artikkel 1 nr. 2 i direktiv 98/34/EF som endret ved direktiv 98/48/EF, hvor "tjeneste" defineres som:⁷⁹

"enhver tjeneste i informasjonssamfundet, dvs. enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager."

De tre vilkårene i definisjonen er nærmere definert i artikkel 1 nr. 2 andre avsnitt.

Salg av produkter over internett må anses som en informasjonssamfunnstjeneste, jf. fortalen til e-handelsdirektivet punkt 18.⁸⁰ Dersom en lov om etikkinformasjon stiller krav til selskaper som driver med varesalg over internett, er spørsmålet om reguleringen er omfattet av det koordinerte området.

Hva som omfattes av "det koordinerte område", er definert i e-handelsdirektivet artikkel 2 bokstav h:

"de krav, der i medlemsstatene retssystemer er fastsat for leverandører af informationssamfundstjenester eller for informationssamfundstjenester, uanset om de er generelle eller specifikt fastsat for disse".

Videre fremgår det av artikkel 2 bokstav h nr. i) at det

"koordinerte område vedrører krav, som tjenesteyderen skal opfylde:

- når han påbegynder aktivitet som leverandør af informationssamfundstjenester, f.eks. krav til kvalifikationer, tilladelse og underretningsordninger
- når han udøver aktivitet som leverandør af informationssamfundstjenester, f.eks. krav til tjenesteyderens adfærd, krav til kvaliteten eller indholdet af tjenesten, herunder krav, som gælder i forbindelse med reklamer og kontrakter, eller krav vedrørende tjenesteyderens ansvar."

Nr. ii) presiserer at krav til selve varen, til leveringen eller til tjenester som ikke ytes elektronisk, ikke omfattes av det koordinerte området.

Spørsmålet er derfor om en etikkinformasjonslov faller innenfor det koordinerte området. Dette beror på om loven vil stille krav til selgerens utøvelse av en informasjonssamfunnstjeneste. Det fremgår av direktivet at det sondres mellom de ulike elementene ved et salg av et produkt over internett. Verken krav til varen eller leveringen er omfattet, noe som tydeliggjør at det kun er selve nettsalget som *tjeneste* som er omfattet av begrensningene direktivet oppstiller. Et krav om merking vil dermed uansett ikke være påvirket av direktivet.⁸¹ Vi er videre av den oppfatning at loven vil gå klar av e-handelsdirektivet dersom den unnlater å oppstille krav som utgjør begrensninger på selve salget av produkter over internett. Pålegges produsenter og importører etter etikkinformasjonsloven å gi den aktuelle informasjonen uten at dette må skje i forbindelse med selve salget, angår ikke reglene informasjonssamfunnstjenesten.

⁷⁹ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter; Europa-parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20. juli 1998 om ændring af direktiv 98/34/EF om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter.

⁸⁰ Jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C-108/09 *Ker-Optika* premiss 23 flg. med videre henvisninger. Det samme er lagt til grunn i forarbeidene til e-handelsloven, jf. Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) s. 55.

⁸¹ Slik også Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) s. 58.

Av denne grunn er vår konklusjon at direktivet ikke vil være til hinder for etikkinformasjonsloven. Det tas ettertrykkelig forbehold om at det kan stille seg annerledes dersom loven skulle stille krav til å gi informasjon i selve salgssituasjonen.

5.3.4 Nærmere om merking av fottøy

Direktiv 94/11/EF gjelder merking av materialer brukt i fottøy,⁸² og det er gjort til del av EØS-avtalen.⁸³ I norsk rett er direktivet gjennomført ved forskrift om merking av fottøy, som er hjemlet i forbrukermerkelloven § 3. Det skal her undersøkes om direktivet vil være av betydning for en lov om etikkinformasjon, ettersom denne er foreslått å skulle omfatte fottøy.

Direktivet gjelder fottøy, som i artikkel 1 nr. 1 andre ledd er definert som "*alle produkter med soaal beregnet til at beskytte eller dekke foden, herunder de dele, der markedsføres separat, og som er nævnt i bilag I*". I direktivet bilag II er det videre inntatt en ikke-uttømmende liste over omfattede produkter, jf. nr. 1 tredje ledd. Etter fjerde ledd er enkelte typer av fottøy ikke omfattet, herunder brukt fottøy, beskyttelsesfottøy og fottøy som har karakter av å være leketøy.

Av fortalen til direktiv 94/11/EF fremgår det at det "*for at undgaa problemer som foelge af forskellige systemer er ... hensigtsmaessigt noejagtigt at specificere bestanddelene i et faelles maerkningssystem for fodtoej*". Det er vist til at ulike, nasjonale regler om merking kan skape hindringer for samhandelen, og at "*en harmonisering af de nationale lovgivninger kan fjerne disse hindringer for den frie samhandel*".

EU-domstolen har i en avgjørelse uttalt seg om hvorvidt direktivet er totalharmoniserende. Saken gjaldt et italiensk krav om å merke fottøy med opprinnelsesland. Etter å ha vist til uttalelsene i fortalen og hvordan direktivets artikkel 1 og 4 måtte leses i sammenheng med bilag 1, kom domstolen til at "*direktivet ikke fastsetter mindstekrav for så vidt angår mærkning af materialer anvendt i hovedbestanddelene af fodtøj, men fastsetter udtømmende regler. Medlemsstaterne kan derfor ikke vedtage strengere krav.*"⁸⁴

Mer spesifikt følger det av direktivets artikkel 5 at det er rom for å supplere de påkrevde opplysningene ved å tilføye andre opplysninger. I samme artikkel er det under henvisning til artikkel 3 presisert at medlemsstatene likevel ikke kan "*forbyde eller hindre markedsfoering av fodtoej, som opfylder kravene i dette direktiv ...*".

Når det gjelder hvilke rammer dette direktivet medfører for en norsk lov om etikkinformasjon, fremgår det uttrykkelig av direktivet at det ikke kan pålegges merking av fottøy med den konsekvens at fottøy med manglende merking ikke er tillatt å selge eller markedsføre. Direktivet vil dermed innebære skranker for en etikkinformasjonslov i den grad det er både er aktuelt med et merkingskrav og å innføre salgs-/markedsføringsforbud ved overtredelse av loven.

Dersom det ikke innføres et merkingskrav, eller dersom konsekvensene ved overtredelse av loven er andre enn salgs-/markedsføringsforbud, vil direktivet ikke være til hinder for loven.

⁸² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/11/EF af 23. marts 1994 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser vedrørende mærkning af materialer anvendt i hovedbestanddelene af fodtøj med henblik på salg i detailledet.

⁸³ Jf. EØS-avtalen vedlegg II del II punkt 3e.

⁸⁴ Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-95/14 UNIC premiss 36–37.

5.3.5 Matinformasjonsforordningen

Matinformasjonsforordningen er gjennomført i norsk rett gjennom matinformasjonsforskriften.⁸⁵ Forordningens virkeområde er i artikkel 1 nr. 3 angitt til å omfatte alle næringsmidler beregnet for sluttforbrukere.

I artikkel 9 reguleres hvilke opplysninger det er obligatorisk å angi. Artikkel 9 nr. 1 bokstav i henviser til artikkel 26 hva gjelder "*oprindelsesland eller herkomstland*" som en obligatorisk angivelse. Begrepene "*oprindelsesland*" og "*herkomstland*" er definert ulikt, jf. artikkel 2 nr. 2 bokstav g. Førstnevnte, heretter opprinnelsesstat, er varens opprinnelsesland etter de alminnelige EU-reglene om fastsettelse av varers opprinnelse, mens sistnevnte, heretter opphavssted, er det som ikke er opprinnelsesstat, men likevel sted hvor næringsmiddelet kommer fra.⁸⁶

Artikkel 26 nr. 2 fastslår at opprinnelsesstat eller opphavssted skal angis i tilfeller hvor utelatelse vil virke villedende (bokstav a) og for ferskt, kjølt og fryst kjøtt fra svin, sau, geit og fjørfe (bokstav b).⁸⁷

Forordningen er fullharmoniserende innenfor de områdene som spesifikt reguleres av forordningen, jf. artikkel 38 nr. 1. Artikkel 39 fastsetter imidlertid at medlemslandene kan oppstille ytterligere krav til obligatoriske opplysninger. Når det gjelder angivelse av opprinnelsesstat eller opphavssted, følger det av nr. 2 at dette kun kan fastsettes når "*forbindelsen mellom visse af fødevarers kvaliteter og dens oprindelse eller herkomst er dokumenteret*".

Følgelig innebærer forordningen at norske myndigheters handlingsrom er innskrenket hva angår krav til merking av opprinnelsesstat eller opphavssted på matvareprodukter.

5.4 Primærrett

5.4.1 Overordnet

EØS-avtalen artikkel 8 nr. 1 innfører hovedregelen om fri flyt av varer innenfor EØS:

"I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det innføres fritt varebytte mellom avtalepartene."

Det følger av EØS-avtalen artikkel 11 at "*[k]vantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene*". En lov om etikkinformasjon vil ikke i seg selv utgjøre en kvantitativ importrestriksjon, så spørsmålet som skal vurderes her, er om den vil utgjøre et "*tiltak med tilsvarende virkning*". En lov som pålegger næringsdrivende plikter om å gi etikrelatert informasjon, vil klart nok være et *tiltak* etter artikkel 11. Spørsmålet er om tiltakets virkning vil ha tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, heretter omtalt som en restriksjon. Hva som ligger i dette restriksjonsbegrepet, følger av praksis fra EU- og EFTA-domstolen. Dette gjennomgås rett nedenfor i punkt 5.4.2.

⁸⁵ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1169/2011 af 25. oktober 2011 om fødevarerinformation til forbrugerne, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1924/2006 og (EF) nr. 1925/2006 og om ophævelse af Kommissionens direktiv 87/250/EØF, Rådets direktiv 90/496/EØF, Kommissionens direktiv 1999/10/EF, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/13/EF, Kommissionens direktiv 2002/67/EF og 2008/5/EF og Kommissionens forordning (EF) nr. 608/2004; Forskrift 28. november 2014 nr. 1497 om matinformasjon til forbrukerne (matinformasjonsforskriften), hjemlet i lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv. (matloven).

⁸⁶ Se nærmere forklaringen i Mattilsynets EØS-notat til forordningen fra 27. november 2015.

⁸⁷ I.c.

Dersom man kommer til at lovens innhold vil være en restriksjon, blir spørsmålet om den likevel kan aksepteres etter artikkel 13 eller læren om tvingende allmenne hensyn. Dette vurderes i punkt 5.4.4 nedenfor.

5.4.2 Vil loven utgjøre en restriksjon?

5.4.2.1 Generelt om det EØS-rettslige restriksjonsbegrepet

Etter ordlyden i EØS-avtalen er det "*tiltak med tilsvarende virkning*" som en kvantitativ importrestriksjon som etter EØS-avtalen art. 11 utgjør restriksjoner på det frie varebytte. Ordlyden gir i seg selv liten veiledning, og det er derfor nødvendig å se hen til EFTA-domstolens og EU-domstolens praksis for å fastslå det nærmere innholdet av bestemmelsen.

En norm som ble oppstilt i EU-domstolens avgjørelse *Dassonville*,⁸⁸ har med enkelte modifikasjoner blitt stående frem til i dag. Saken i *Dassonville* gjaldt et belgisk forbud mot omsetning av brennevin med opprinnelsesbetegnelse uten at brennevinen var ledsaget av et dokument som bekreftet opprinnelsen. Ved vurderingen av om et slikt forbud utgjorde en restriksjon på det frie varebytte, uttalte domstolen:

"Enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet, må betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner."⁸⁹

Det vide restriksjonsbegrepet fra *Dassonville* er i rettspraksis fra både EFTA-domstolen og EU-domstolen opprettholdt som en norm som i dag tjener som et utgangspunkt for restriksjonsvurderingen.⁹⁰

Tiltak som direkte diskriminerer importerte varer, vil klart regnes som en restriksjon siden slike direkte og ofte øyeblikkelig, eller i det minste potensielt, hindrer samhandelen. Slike tiltak betegnes gjerne som opprinnelsesbestemte, og de omfatter typisk forbud eller påbud som utelukkende gjelder importerte varer.⁹¹ Tiltak som ikke er opprinnelsesbestemte, er opprinnelsesnøytrale og behandler dermed importerte varer likt med innenlandske varer.⁹²

EU-domstolens senere avgjørelse i *Cassis de Dijon* utvidet restriksjonsbegrepet ytterligere.⁹³ Avgjørelsen gjaldt et tysk forbud mot salg av produkter under betegnelsen fruktlikør uten et minimumsalkoholinnhold på 25 %. Domstolen la til grunn at "*hindringer for samhandelen inden for fællesskabet, der beror paa forskelle i de nationale lovgivninger vedroerende afsætningen af de paagaeldende produkter*" måtte anses som restriksjoner på den frie bevegelse av varer.⁹⁴ Det fremgikk altså ikke at det var et nødvendig vilkår at utenlandske og innenlandske produkter ble rammet forskjellig; det er tilstrekkelig at det er forskjeller mellom de ulike landenes lovgivning hva gjelder kravene til produkter.

⁸⁸ EU-domstolens avgjørelse i sak 8-74 *Dassonville*.

⁸⁹ Ibid. premiss 5.

⁹⁰ Se for eksempel EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-4/04 *Pedice* med henvisninger til praksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen.

⁹¹ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-320/93 *Ortscheit* premiss 9.

⁹² Slik også Sejersted (2011) s. 321.

⁹³ EU-domstolens avgjørelse i sak 120/78 *Cassis de Dijon*.

⁹⁴ Ibid. premiss 8 andre avsnitt.

Restriksjonsbegrepet ble imidlertid modifisert gjennom avgjørelsen i *Keck*,⁹⁵ hvor domstolen kom til at reguleringer av bestemte former for salg som påvirker innenlandske og utenlandske varer likt, ikke utgjør restriksjoner. I samsvar med *Cassis de Dijon* ble det først lagt til grunn at det foreligger en restriksjon når "*der paa varer fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og bragt i omsaetning, anvendes regler om, hvilke betingelser saadanne varer skal opfylde (f.eks. med hensyn til benaevnelse, form, dimensioner, vaegt, sammensaetning, praesentation, maerkning og emballage)*".⁹⁶ Slike tiltak betegnes gjerne som produktkrav, og som det fremgår av disse avgjørelsene, vil de som en klar hovedregel utgjøre restriksjoner.

Domstolen fant deretter grunn til å gå noe tilbake på det vide restriksjonsbegrepet som var lagt til grunn i tidligere praksis.⁹⁷ Det at "*nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, bringes i anvendelse paa varer fra andre medlemsstater*", kunne ikke antas direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, å hindre samhandelen.⁹⁸ Det er denne formuleringen som i ettertid har blitt stående som *Keck*-doktrinen. Et eksempel på et typisk tiltak som faller innenfor doktrinen, og dermed utenfor restriksjonsbegrepet, er forbud mot søndagsåpne butikker. Et slikt forbud regulerer hvordan produkter omsettes, og det er ikke holdepunkter for å anta at det rammer utenlandske produkter hardere enn innenlandske.⁹⁹

Det er altså tre vilkår som alle må være oppfylt for at et tiltak skal falle utenfor restriksjonsbegrepet etter *Keck*. Det første og andre vilkåret er at tiltaket verken innebærer en faktisk eller rettslig forskjellsbehandling, og det tredje vilkåret er at tiltaket kun angår hvordan produkter omsettes.

Avgjørelsen i *Keck* innebærer dermed en innskrenkning i forhold til den tidligere rettstilstanden som var etablert ved *Cassis de Dijon* og senere praksis i samme retning; tiltak som kun gjelder hvordan varer omsettes og ikke innebærer en faktisk forskjellsbehandling mellom utenlandske og innenlandske varer, utgjør ikke restriksjoner. Utgangspunktene fra *Cassis de Dijon* opprettholdes imidlertid fremdeles, slik at *Keck*-doktrinen må ses på som et unntak som kun er av betydning når et tiltak gjelder varers omsetning.¹⁰⁰

Som følge av at stater gjerne har påberopt seg *Keck* for å havne utenfor restriksjonsbegrepet, har EU-domstolen i flere avgjørelser tatt stilling til rekkevidden av unntaket. I *Familiapress* var spørsmålet om et forbud mot tilgift, som også omfattet konkurranser i trykte medier, gjaldt *bestemte former for salg*, og eventuelt om det utgjorde en restriksjon på varefriheten.¹⁰¹ EU-domstolen viste til at "*den paagaeldende nationale lovgivning, selv om den tager sigte paa en metode til salgsfremme, i den foreliggende sag vedroerer varens egentlige indhold, for saa vidt som de af lovgivningen omfattede konkurrencer udgoer en integreret del af det blad, hvori de optraeder*".¹⁰² På den bakgrunn kunne ikke forbudet anses som en regulering av bestemte former for salg, men måtte heller anses for å være et produktkrav. Siden "*forbuddet tvinger de erhvervsdrivende i andre medlemsstater til at aendre indholdet af deres blade, laegger det hindringer i vejen for de paagaeldende varers adgang til markedet i*

⁹⁵ EU-domstolens avgjørelse i de forente sakene C-267/91 og C-268/91 *Keck*.

⁹⁶ Ibid. premiss 15.

⁹⁷ Ibid. premiss 14.

⁹⁸ Ibid. premiss 16 (vår kursivering).

⁹⁹ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i de forente sakene C-269/93 og C-258/93 *Punto Casa* premiss 13 flg.

¹⁰⁰ Se tilnærmingen i EU-domstolens avgjørelser i sak C-368/95 *Familiapress* (premiss 8), C-322/01 *Deutscher Apothekerverband* (premiss 67) og C-110/05 *Kommisjonen mot Italia* (premiss 35–36).

¹⁰¹ EU-domstolens avgjørelse i sak C-368/95 *Familiapress*.

¹⁰² Ibid. premiss 11.

importmedlemsstaten".¹⁰³ EU-domstolens konklusjon ble følgelig at forbudet mot tilgift var en restriksjon på varefriheten.

En avklaring av rekkevidden av "*bestemte former for salg*" kom i *Karner*.¹⁰⁴ Saken gjaldt et østerriksk forbud mot å reklamere med at varer har opprinnelse fra et konkursbo. Etter å ha vist til *Dassonville* og *Keck*, uttalte EU-domstolen at den anså "*bestemmelser vedrørende bl.a. stedet og tiderne for salg af visse produkter såvel som reklame for disse samt visse markedsføringsmetoder for at regulere bestemte former for salg*".¹⁰⁵ Det aktuelle tiltaket hadde til formål å "*regulere de henvisninger, der i reklamer kan gives til den handelsmæssige oprindelse af varer ...*". EU-domstolen mente dermed at en slik regel ikke gjaldt betingelser som varene måtte oppfylle, men regulerte omsetningen av dem, og den falt derfor innenfor *Keck*-unntaket.¹⁰⁶

Også i *Kommisjonen mot Italia* var *Keck*-unntaket påberopt.¹⁰⁷ EU-domstolen skulle ta stilling til om et forbud mot bruk av visse tilhengere for motorsykler utgjorde en restriksjon. Under henvisning til tidligere praksis slo domstolen innledningsvis fast at det i samsvar med *Cassis de Dijon* og *Keck* foreligger en restriksjon når "*der på varer fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og bragt i omsætning, anvendes regler om, hvilke betingelser sådanne varer skal opfylde, uanset om sådanne regler anvendes uden forskel på alle varer*".¹⁰⁸ Etter å ha vist til *Keck*-unntaket oppsummerte domstolen at opprinnelsesbestemte tiltak og tiltak som leder til faktisk forskjellsbehandling, alltid vil utgjøre restriksjoner. I tillegg kom imidlertid en tilsynelatende ny tilnærming til restriksjonsbegrepet idet domstolen uttalte at også "[e]nhver anden foranstaltning, der hindrer varer med oprindelse i en anden medlemsstat adgang til markedet i en medlemsstat, er ligeledes omfattet af samme begreb".¹⁰⁹ Forbudet i den aktuelle saken måtte etter EU-domstolens syn utgjøre en restriksjon, fordi et "*forbud mod anvendelse af en vare i en medlemsstat har betydelig indflydelse på forbrugernes adfærd, som for sit vedkommende påvirker varens adgang til markedet i denne medlemsstat*".¹¹⁰ Denne tilnærmingen, hvor det er tilstrekkelig at markedstilgangen hindres, er fulgt opp i senere praksis fra domstolen.¹¹¹

Keck-unntaket var også påberopt i *Alfa Vita*.¹¹² Saken gjaldt et gresk regelverk for omsetning av brødprodukter, nærmere bestemt et forbud mot å selge brød som var oppvarmet i butikker uten tillatelse til bakeridrift (en såkalt "bake-off"-prosedyre). En slik tillatelse forutsatte at butikkene oppfylte de kravene som stiltes til bakerier, herunder egne rom for lagring av mel, elting og lagring av brensel. Spørsmålet for EU-domstolen var om kravet om tillatelse for å selge bake-off-produktene utgjorde en restriksjon. Den greske staten hadde anført at den aktuelle regelen kun gjaldt "*hvordan [...]produktene nærmere skal selges*".¹¹³ Verken generaladvokaten eller EU-domstolen var enige i det fordi reglene hadde "*til formål at regulere vilkårene for fremstilling af bageriprodukter*".¹¹⁴ Domstolen mente at kravene som stiltes til butikkene for å kunne få tillatelse, ikke tok "*hensyn til de pågående produkters*

¹⁰³ Ibid. premiss 12.

¹⁰⁴ EU-domstolens avgjørelse i sak C-71/02 *Karner*.

¹⁰⁵ Ibid. premiss 38.

¹⁰⁶ Ibid. premiss 39.

¹⁰⁷ EU-domstolens avgjørelse i sak C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*.

¹⁰⁸ Ibid. premiss 35.

¹⁰⁹ Ibid. premiss 37.

¹¹⁰ Ibid. premiss 56–58.

¹¹¹ Se blant annet EU-domstolens avgjørelser i sak C-142/05 *Mickelsson* premiss 28 og C-443/10 *Bonnarde* premiss 30.

¹¹² EU-domstolens avgjørelse i de forente sakene C-158–159/04 *Alfa Vita*.

¹¹³ Ibid. premiss 17.

¹¹⁴ Ibid. premiss 18.

særegenhet og skaber yderligere omkostninger, hvorved afsætningen af produkterne bliver vanskeligere. Bestemmelserne udgør derfor en hindring for indførslen, der ikke kan betragtes som en salgform efter betydningen i *Keck og Mithouard-dommen*...".¹¹⁵ Regelverket innebar derfor en restriksjon på varefriheten.

Selv om domstolen var av den oppfatningen at reglene gjaldt selve produksjonen av produktene, synes det avgjørende å ha vært at reglene i realiteten vanskeliggjorde og fordyret omsetningen av de aktuelle brødene.

I *Gourmet* var spørsmålet hvorvidt et tiltak medførte faktisk forskjellsbehandling.¹¹⁶ Tiltaket var et svensk forbud mot alkoholreklame, og den svenske stat mente at forbudet måtte falle innenfor *Keck*-unntaket. EU-domstolen mente at forbudet gjorde det enklere å markedsføre innenlandske alkoholprodukter enn utenlandske, blant annet av kulturelle grunner, og det måtte derfor "*anses for i høyere grad at påvirke afsætningen af varer med oprindelse i andre medlemsstater end indenlandske varer*".¹¹⁷ Forbudet utgjorde derfor en restriksjon på varefriheten.

EU-domstolen har gjentatte ganger lagt til grunn at tiltak som innebærer økte kostnader for varer fra andre EØS-land, utgjør restriksjoner fordi slike tiltak vanskeliggjør vareomsetningen på det aktuelle markedet. Allerede i en traktatbruddsak fra EU-domstolen fra 1985, *Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland*,¹¹⁸ var spørsmålet om en regel som påla merking av enkelte varers opprinnelsesland, utgjorde en restriksjon på varefriheten. Kravet EU-domstolen her vurderte, innebar at det var forbudt å selge enkelte produkter uten at de var merket med hvilket land de var fremstilt i. Domstolen kom til at dette var et forbud som utgjorde en restriksjon. Det ble påpekt at forbudet ville ha virkninger i både engrosleddet og fremstillingsleddet, og at merkingen ville begrense omsetningen av varer produsert i utlandet. Merkingen ville dermed hindre den økonomiske integrasjonen mellom EU-landene samt øke produksjonsomkostningene for importerte varer og dermed vanskeliggjøre omsetningen på det britiske markedet.¹¹⁹ Det samme ble lagt til grunn av EU-domstolen i *UNIC* og *Dynamic Medien*.¹²⁰ *Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland* behandles nærmere i punkt 5.4.4.2 nedenfor.

I *Kommisjonen mot Belgia* var spørsmålet om to belgiske merkingsordninger utgjorde restriksjoner på varefriheten.¹²¹ Merkingsordningene var frivillige og gjaldt for produkter som oppfylte visse tekniske standarder. Domstolen uttalte at merkingsordningene gav næringsdrivende fra andre medlemsstater et insentiv til å bringe sine produkter i samsvar med de fastsatte kravene. Dette insentivet innbar ekstra kostnader for slike næringsdrivende, og merkingsordningene utgjorde derfor restriksjoner selv om de var frivillige.¹²²

Det tilsvarende var lagt til grunn i *Kieffer og Thill*,¹²³ som gjaldt hvorvidt en opplysningsplikt utgjorde en restriksjon på varefriheten. Opplysningsplikten var pålagt gjennom en forordning, uten at dette var

¹¹⁵ Ibid. premiss 19.

¹¹⁶ EU-domstolens avgjørelse i sak C-405/98 *Gourmet*.

¹¹⁷ Ibid. premiss 24–25.

¹¹⁸ Se EU-domstolens avgjørelse i sak 207/83 *Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland*.

¹¹⁹ Ibid. premiss 16–18.

¹²⁰ Se EU-domstolens avgjørelser i sak C-95/14 *UNIC* premiss 44–45 og C-244/06 *Dynamic Medien* premiss 33–34.

¹²¹ EU-domstolens avgjørelse i sak C-227/06 *Kommisjonen mot Belgia*.

¹²² Ibid. premiss 53–56.

¹²³ EU-domstolens avgjørelse i sak C-114/96 *Kieffer og Thill*.

avgjørende for EU-domstolens restriksjonsvurdering.¹²⁴ Opplysningsplikten gikk ut på at virksomheter var forpliktet til å rapportere egen import og eksport innen EU til statistikksystemet Intrastat. Det var enighet om at denne rapporteringen innebar kostnader for de næringsdrivende, og av denne grunn var det også ubestridt at plikten utgjorde en restriksjon på varefriheten.¹²⁵

Kravet om at tiltaket må være en "*bestemmelse for handelen*", har i liten grad vært påberopt for eller anvendt av EU-domstolen. I en tidlig avgjørelse fra EU-domstolen kom domstolen til at det aktuelle tiltaket gjaldt produksjonsfasen og ikke salgsfasen, og at tiltaket av denne grunn ikke utgjorde en restriksjon.¹²⁶ En slik avgrensning er også lagt til grunn i juridisk teori,¹²⁷ men altså vanskelig å gjenfinne i nyere praksis fra EU-domstolen. Man kunne eksempelvis sett for seg en slik anførsel i *Alfa Vita*. Den manglende rettspraksisen kan antagelig tas til inntekt for at vilkåret i dag sjelden vil utgjøre en reell skranke. I alle tilfeller vil vurderingen som skal foretas nedenfor, neppe være tvilsom hva gjelder dette vilkåret, og vi finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på det her.

EFTA-domstolen har stort sett lagt til grunn det samme restriksjonsbegrepet i sin rettspraksis. Dette ser vi for eksempel i EFTA-domstolens avgjørelse i *Philip Morris*, som gjaldt det norske forbudet mot synlig oppstilling av tobakksvarer.¹²⁸ Etter å ha vist til restriksjonsbegrepet opprinnelig oppstilt i *Dassonville* og senere praksis hvor dette videreføres, oppsummerer EFTA-domstolen rettstilstanden slik:

"I denne sammenheng må EØS-avtalen artikkel 11 forstås som en forpliktelse til å overholde de EØS-rettslige prinsipper om ikke-diskriminering og gjensidig godkjenning av produkter som er lovlig fremstilt og markedsført i andre EØS-stater, samt prinsippet om fri adgang for EØS-produkter til nasjonale markeder (jf. Kommisjonen mot Italia, som omtalt over, avsnitt 34, og den rettspraksis som det vises til der, samt Ker-Optika, som omtalt over, avsnitt 48).

Følgelig skal nasjonale tiltak vedtatt av en EØS-stat som har som formål eller virkning at produkter fra andre EØS-stater får en mindre gunstig behandling enn innenlandske produkter, betraktes som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, og er dermed omfattet av EØS-avtalen artikkel 11. Det samme gjelder for regler som fastsetter produktkrav for importerte varer, selv om disse regler gjelder likt for alle produkter. Ethvert annet tiltak som hindrer adgang for produkter med opprinnelse i en EØS-stat til markedet i en annen EØS-stat, anses også å ha tilsvarende virkning i henhold til EØS-avtalen artikkel 11 (jf. Kommisjonen mot Italia, avsnitt 35 og 37, og Ker-Optika, som omtalt over, avsnitt 49 og 50).

...

Bestemmelser som gjelder salgsordninger, utgjør imidlertid ikke en restriksjon dersom de gjelder for alle berørte næringsdrivende som driver virksomhet på det nasjonale territorium og rettslig og faktisk påvirker markedsføringen av innenlandske produkter og produkter fra andre EØS-stater likt.

...¹²⁹

Oppsummert følger det av rettspraksis gjennomgått ovenfor at det er tilstrekkelig at et tiltak innebærer økte kostnader for salg av utenlandske varer i Norge. Følgelig vil det være tale om en restriksjon dersom det stilles strengere krav til produkter som allerede lovlig omsettes innenfor EØS. Innebærer tiltaket en hindret markedsadgang for produkter, vil dette også være tilstrekkelig for å utgjøre en restriksjon.

¹²⁴ Ibid. premiss 27.

¹²⁵ Ibid. premiss 28.

¹²⁶ Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak 3/76 *Kramer* premiss 55.

¹²⁷ Se Bernard (2016) s. 75.

¹²⁸ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/10 *Philip Morris*.

¹²⁹ Ibid. premiss 40–41 og 44.

Gjelder tiltaket utelukkende hvordan produkter omsettes, vil det ikke være en restriksjon forutsatt at det både rettslig og faktisk likebehandler innenlandske og utenlandske produkter.

Før vi går inn på en vurdering av de enkelte reguleringsalternativene, bør det avklares om en lov om etikkinformasjon, basert på forutsetningene i punkt 4 ovenfor, er opprinnelsesbestemt eller opprinnelsesnøytral. Det avgjørende er om importerte varer formelt behandles likt med innenlandske varer.

Forutsatt de endringene i avgrensningen av lovens pliktsubjekter som er foreslått over, er det etter vårt syn tilstrekkelig klart at loven behandler innenlandske og importerte produkter likt. Det er da ikke avgjørende om man skulle være av den oppfatningen at det ikke er varer produsert i Norge som er ment å være målet for reguleringen. Det vil være et spørsmål om faktisk likebehandling. Så lenge bestemmelsen gjelder likt for varer som produseres i Norge, og produkter som importeres fra utlandet, er vår konklusjon at loven vil være et opprinnelsesnøytralt tiltak.

5.4.2.2 Konkret vurdering: forespørsels- eller publiseringskrav

Hvorvidt et krav om å ha og utgi informasjon eller å publisere informasjon utgjør en restriksjon på den frie bevegelsen av varer, vil også bero på hva som er konsekvensene av at loven ikke brytes.

Dersom produsenter og importører som ikke oppfyller etikkinformasjonslovens krav, forbys å selge sine produkter i Norge, vil deres produkters adgang til det norske markedet være hindret. Produkter fra de importørene som ikke oppfyller kravene, vil da ikke lovlig kunne selges i eller importeres til Norge, og et slikt tiltak vil være en hindring av markedsadgang og av den grunn måtte betraktes som en direkte hindring av samhandelen og dermed utgjøre en restriksjon.¹³⁰

Som nevnt antar vi imidlertid at mer praktiske konsekvenser her er administrative sanksjoner eller at innsyns krav i siste ende kan gjennomføres med tvang. Spørsmålet blir da i første omgang om et forespørselskrav eller publiseringskrav vil utgjøre det som etter EU-domstolens praksis er "*bestemmelser for handelen*".

Det er begrenset med praksis fra EU-domstolen hvor det drøftes om et tiltak utgjør en bestemmelse for handelen, men drøftelsene som ble gjort i forbindelse med vedtakelsen av miljøinformasjonsloven, kan her være av komparativ interesse. I forarbeidene ble blant annet de EØS-rettslige sidene av forslaget drøftet, og utvalget uttalte:

"Bestemmelser som pålegger næringsdrivende opplysningsplikt om sin virksomhet til allmennheten, eller som gir allmennheten rett til å kreve opplysninger om forskjellige forhold, vil heller ikke normalt være i strid med EØS-avtalen, se EF-domstolens avgjørelse i sak C-93/92 Motorradcenter, Saml. 1993 s. I-5009 (61992J0093), om opplysningsplikt i kontraktsforhold. De opplysningene som en næringsdrivende plikter å gi om miljøkonsekvenser av sin virksomhet i Norge, inngår som en del av de generelle rammebetingelsene for å drive næringsvirksomhet her, enten det er tale om virksomhet som utelukkende drives i Norge, eller om det er tale om deletablering eller tjenesteyting i Norge av en operatør som har hjemsted i et annet land. Enkelte direktiver setter derimot begrensninger i å gi opplysninger til allmennheten."¹³¹

Med mindre opplysningsplikten ble utformet som et produktkrav, var utvalgets oppfatning at den ikke vil være omfattet av restriksjonsbegrepet.

¹³⁰ Jf. *Kommisjonen mot Italia* premiss 37.

¹³¹ NOU 2001:2 s. 38–39.

Informasjonskravet vi vurderer her, skiller seg fra opplysningsplikten etter miljøinformasjonsloven ved at vårt krav knytter seg direkte til import og produksjon av varer. Dette til forskjell fra miljøinformasjonsloven, som angår alle virksomheter etablert i Norge.¹³² Det er derfor vanskeligere å argumentere for at dette informasjonskravet ikke er en bestemmelse for handelen.

Motorradcenter,¹³³ som det ble vist til i forarbeidene til miljøinformasjonsloven, gjaldt også en opplysningsplikt, men som det fremgår nedenfor, ble spørsmålet avgjort på adekvanskravet. Det ble riktignok uttalt at tiltaket ikke hadde til formål å regulere handelen, men ettersom det er et vilkår for adekvanskravet, vil det etter vårt syn ikke være riktig å forstå avgjørelsen slik at opplysningsplikten ikke var en restriksjon fordi det ikke var en bestemmelse for handelen.

Når det gjelder de kravene som vurderes her, det vil si krav om at selskaper som importerer varer til eller produserer varer i Norge må gi informasjon om varenes opprinnelse og eget samfunnsansvar, er dette tiltak som etter sin natur synes å ha som formål å regulere samhandelen. Gjennom å gi forbrukerne tilstrekkelig informasjon til å foreta bevisste valg skal loven ivareta sine formål. Dette forutsetter nødvendigvis at samhandelen påvirkes. En annen forståelse av tiltakene vil gjøre det vanskelig å se hvordan formålet skal kunne ivaretas. Det må derfor slås fast at tiltakene er "*bestemmelser for handelen*".

Det er nå fastslått at tiltakene vil være opprinnelsesnøytrale og "*bestemmelser for handelen*". Det følger da av rettspraksis at dersom tiltakene innebærer økte kostnader for salg av utenlandske produkter i Norge, er det tilstrekkelig for at tiltakene skal anses å utgjøre restriksjoner.

Hvor store kostnader importørene pålegges, vil bero på den nærmere utformingen av plikten, herunder hvilket språk informasjonen skal gis på. Men at informasjonsplikten ikke skal medføre noen kostnader for importørene, kan vanskelig tenkes. Konklusjonen må derfor være at både et forespørselskrav og et publiseringskrav i utgangspunktet utgjør en restriksjon på varefriheten.

Et spørsmål er da om *Keck*-unntaket her vil kunne komme til anvendelse. Som det er lagt til grunn ovenfor, vil ikke det være tilfellet med mindre tiltaket er opprinnelsesnøytralt, innebærer faktisk likebehandling og kun gjelder bestemte former for salg. Vi har allerede slått fast at tiltaket er opprinnelsesnøytralt.

Først og fremst er vi av den oppfatning at et forespørselskrav eller publiseringskrav ikke utelukkende gjelder "*bestemte former for salg*". Plikten vil pålegge importører og produsenter å gi informasjon, og omhandler verken sted eller tid for salg eller markedsføring av varer, noe som taler for at *Keck*-unntaket ikke komme til anvendelse her.

Etter vårt syn vil tiltaket også innebære faktisk forskjellsbehandling. Faktisk forskjellsbehandling foreligger når tiltaket påvirker omsetningen av utenlandske varer i større grad enn innenlandske varer.¹³⁴

Vi mener det er gode holdepunkter for å legge til grunn at informasjonsplikten blir mer krevende å oppfylle for de som importerer varer til Norge, enn de som produserer varer her. Det skyldes at leverandørkjeden som regel vil være lengre for importerte varer enn norskproduserte varer, og det vil

¹³² Jf. miljøinformasjonsloven § 4 første ledd.

¹³³ EU-domstolens avgjørelse i sak C-93/92 *Motorradcenter*.

¹³⁴ Jf. *Gourmet* premiss 25.

følgelig kreve mer å innhente all den nødvendige informasjonen. Dette vil innebære en konkurranseulempe for utenlandskproduserte varer sammenlignet med innenlandske varer.

Dersom det også kan legges til grunn at utenlandskproduserte varer generelt vil ha større risiko enn norske varer for å være produsert i strid med de hensynene loven skal ivareta, vil loven være et tiltak som gir utenlandske varer en ytterligere konkurransemessig ulempe i forhold til norske varer. Skal denne forutsetningen legges til grunn, er det imidlertid viktig å være klar over at det som følge av reglene om varefrihetens rekkevidde kun er varer med opprinnelse i EØS som er av relevans for vurderingen av om faktisk forskjellsbehandling vil foreligge. Vi er likevel av den oppfatning at tiltaket vil gi norske varer en konkurransefordel i forhold til produkter fra enkelte EØS-land.

Dersom informasjonen også må gis på norsk, vil dette være et ytterligere element som innebærer at plikten er mer byrdefull å oppfylle for utenlandskproduserte varer enn for varer produsert i Norge. Dette vil da være et selvstendig grunnlag for at kravet innebærer faktisk forskjellsbehandling. Særlig blir kravet tyngre å oppfylle for importører som ikke har den påkrevde informasjonen tilgjengelig på norsk, og dermed blir nødt til å fremskaffe eller oversette informasjonen. Dette elementet får mindre vekt dersom informasjonen for eksempel kan gis på engelsk.

Vår vurdering er dermed at både et forespørselskrav og et publiseringskrav vil utgjøre restriksjoner på den frie bevegelse av varer.

5.4.2.3 Konkret vurdering: merkingskrav

Tilsvarende som ovenfor er det også vår vurdering at et merkingskrav vil utgjøre en restriksjon dersom brudd på loven resulterer i at de aktuelle varene ikke tillates solgt på det norske markedet.¹³⁵ Det som må vurderes mer konkret, er om kravet også er en restriksjon dersom brudd på loven har andre virkninger enn nektet markedsadgang.

Som det har fremgått av gjennomgangen, har EU-domstolen allerede kommet til at et krav om merking av opprinnelsesland utgjør en restriksjon på varefriheten.¹³⁶ I senere praksis er det lagt til grunn at krav om merking er et såkalt produktkrav som utgjør en restriksjon, da det innebærer økte kostnader for importen av de aktuelle varene.¹³⁷

Ettersom kravet knytter seg til selve produktet, vil det heller ikke kunne falle innenfor *Keck*-unntaket.¹³⁸ Dessuten kan det ikke utelukkes at kravet vil medføre faktisk forskjellsbehandling, tilsvarende som for kravene vurdert ovenfor.

5.4.3 Er påvirkningen adekvat?

I flere av avgjørelsene fra EU-domstolen er det anvendt et adekvanskrav ved behandlingen av spørsmålet om et tiltak utgjør en restriksjon. Et eksempel er *Krantz*,¹³⁹ som gjaldt en nederlandsk regel om skattemyndighetenes utleggsrett på varer kjøpt på avbetaling og om denne utgjorde en restriksjon på varefriheten. Etter EU-domstolens syn hadde for det første ikke regelen til formål å regulere samhandelen.¹⁴⁰ Den omstendighet at regelen kunne innebære at utenlandske personer eventuelt ville

¹³⁵ Jf. *Kommisjonen mot Italia* premiss 37.

¹³⁶ Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak 207/83 *Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland*.

¹³⁷ Jf. bl.a. *Keck* premiss 15, *Dynamic Medien* premiss 33–34 og *UNIC* premiss 45.

¹³⁸ Jf. særlig *Familiapress* og *Karner*.

¹³⁹ Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-69/88 *Krantz*.

¹⁴⁰ *Ibid.* premiss 10.

være mindre tilbøyelige til å selge varer på avbetaling til nederlandske kunder, var dessuten "*alt for usikker og indirekte til, at en national retsforskrift, der giver adgang til at foretage et saadant utlaeg, kan betragtes som ...*" en restriksjon.¹⁴¹

Tilsvarende ble det i *Motorradcenter*, som også er omtalt ovenfor, lagt til grunn at en opplysningsplikt i et kontraktsforhold verken kunne anses å ha til formål eller virkning å regulere eller hindre samhandelen.¹⁴² Dermed var opplysningspliktens restriktive virkninger for usikre og indirekte til at den kunne regnes som en restriksjon på varefriheten.¹⁴³

De tiltakene som her vurderes, både forespørselskrav, publiseringskrav og merkingskrav, vil slik vi ser det, nettopp ha som formål å påvirke samhandelen i en bestemt retning. Ved at forbrukere og andre skal få informasjon om produkters opprinnelse samt importører og produsenters samfunnsansvar, skal deres valg kunne påvirke importører og produsenter til å ivareta hensynet til blant annet menneskerettigheter og arbeidertakerrettigheter. Det er dessuten all grunn til å anta at tiltakene også vil ha slike virkninger.

Vår vurdering er derfor at påvirkningen vil være adekvat.

5.4.4 Kravet til lovlige restriksjoner

5.4.4.1 Generelt om legitimering og beskyttelsesnivå

EØS-avtalen artikkel 13 oppstiller flere hensyn som kan legitimere restriksjoner på varefriheten. Bestemmelsen lyder slik:

"Bestemmelsene i artikkel 11 og 12 skal ikke være til hinder for forbud eller restriksjoner på import, eksport eller transitt som er begrunnet ut fra hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett. Slike forbud eller restriksjoner må dog ikke kunne brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene."

Hensynet til offentlig moral har i første rekke vært relevant i saker om sedelighetsspørsmål.¹⁴⁴ Et omstridt spørsmål er hvilken rekkevidde unntaket har. Eksempelvis signaliserte EU-domstolen i *Schindler* at man ikke kunne ignorere moralske, religiøse og kulturelle aspekter i spørsmål om restriksjoner på adgangen til å drive lotto- og gamblingvirksomhet, men det er uklart om domstolen her anså religiøse hensyn som en del av hensynet til offentlig moral, eller om dette skulle stå på egne ben.¹⁴⁵

Hensynet til offentlig orden har vært påberopt og anvendt i flere avgjørelser for EU-domstolen.¹⁴⁶ Et eksempel er en sak hvor den tyske stat argumenterte for at hensynet til forbrukerbeskyttelse og beskyttelse mot illojal konkurranse måtte innfortolkes i hensynet til offentlig orden.¹⁴⁷ EU-domstolen synes imidlertid ikke å ha tatt stilling til hvorvidt en slik tolkning kunne gjøres, idet den uansett fant at

¹⁴¹ Ibid. premiss 11.

¹⁴² *Motorradcenter* premiss 10–11.

¹⁴³ Ibid. premiss 12.

¹⁴⁴ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelser i sakene 34/79 *Henn og Darby* og 121/85 *Conegate*.

¹⁴⁵ EU-domstolens avgjørelse i sak C-275/92 *Schindler*.

¹⁴⁶ Se fremstillingen i Sejersted (2011) s. 334 for eksempler.

¹⁴⁷ EU-domstolens avgjørelse i sak 12/74 *Kommisjonen mot Tyskland*.

proporsjonalitetskravet ikke var oppfylt.¹⁴⁸ Hensynet til forbrukerbeskyttelse er i dag regnet som et selvstendig hensyn som kan berettige restriksjoner på varefriheten, jf. punkt 5.4.4.2 nedenfor.

Hensynet til "*vernet om menneskers og dyrs liv og helse*" betegnes gjerne som folkehelse for den delen som angår mennesker. Hensynet er ofte påberopt av EUs medlemsstater, og etter EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis kan hensynet blant annet legitimere restriksjoner som for eksempel gjelder pengespill,¹⁴⁹ alkoholpolitikk,¹⁵⁰ tilsetningsstoffer i næringsmidler¹⁵¹ og salg av produkter fra apoteker.¹⁵²

Rettspraksis illustrerer at rekkevidden av de enkelte hensynene kan være uklare. Som følge av læren om tvingende allmenne hensyn er det imidlertid som regel av mindre interesse å fastsette de eksakte grensene for de traktatfestede hensynene. Læren om tvingende allmenne hensyn innebærer at EØS-avtalen artikkel 13, som svarer til Traktaten om den europeiske unions virkemåte ("TEUV") artikkel 36, ikke er uttømmende. Gjennom praksis fra EFTA- og EU-domstolen er det utviklet en rekke andre hensyn som også vil kunne begrunne restriksjoner på varefriheten.

Det er etter rettspraksis ikke tilstrekkelig at en restriksjon er begrunnet i et relevant hensyn; restriksjonen må også oppfylle en proporsjonalitetstest for å være lovlig. Restriksjonen må etter denne testen både være egnet, nødvendig og ikke gå for langt for å ivareta de anførte hensynene. Ettersom både læren om tvingende allmenne hensyn og de hensynene som fremgår av artikkel 13, utgjør unntak fra den frie varebevegelse, skal de tolkes snevert. Det påhviler derfor staten å godtgjøre at proporsjonalitetskravet er oppfylt, se nærmere om dette i punkt 5.4.5 nedenfor.¹⁵³

Normalt har imidlertid statene en skjønnsfrihet til å fastsette beskyttelsesnivå for ivaretagelse av det aktuelle hensynet. Med beskyttelsesnivå menes da hvilket nivå staten legger seg på for å ivareta målsetningen. Hvor vid denne skjønnsfriheten er, avhenger av hvilket hensyn det er snakk om. Ved vurderingen av restriksjonens proporsjonalitet tas det utgangspunkt i statenes egen fastsettelse av beskyttelsesnivå for det enkelte hensynet, men nødvendigvis bare dersom denne fastsettelsen er innenfor skjønnsfriheten.

I den ovenfor omtalte avgjørelsen *Kommisjonen mot Italia* uttalte domstolen under henvisning til tidligere praksis at det ved proporsjonalitetsvurderingen skulle:¹⁵⁴

"tages hensyn til den omstændighed, at medlemsstaten ... inden for trafikksikkerhedsområdet kan fastsætte det niveau af sikkerhed, som den ønsker at varetage, og bestemme, hvordan dette niveau skal nås. Eftersom dette niveau kan variere mellem medlemsstaterne, skal medlemsstaterne indrømmes en skønsmargen, og derfor kan den omstændighed, at en medlemsstat fastsætter mindre strenge bestemmelser end en anden stats bestemmelser, ikke betyde, at de sidstnævnte bestemmelser er uforholdsmæssige"¹⁵⁵

¹⁴⁸ Ibid. premiss 17.

¹⁴⁹ Se for eksempel EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-3/06 *Ladbrokes*.

¹⁵⁰ Se for eksempel EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-4/04 *Pedical*.

¹⁵¹ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak 174/82 *Sandoz*.

¹⁵² Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-141/07 *Kommisjonen mot Tyskland*.

¹⁵³ Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-421/09 *Humanplasma* premiss 38 og EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/10 *Philip Morris* premiss 85.

¹⁵⁴ EU-domstolens avgjørelse i sak C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*.

¹⁵⁵ Ibid. premiss 65; Se også EU-domstolens avgjørelse i sak C-150/11 *Kommisjonen mot Belgia* premiss 59, som også gjaldt trafikksikkerhet.

Tilsvarende uttalelser kom EU-domstolen med i *Dynamic Medien* hvor det aktuelle hensynet var beskyttelse av barns rettigheter.¹⁵⁶ *Kommisjonen mot Tyskland* gjaldt folkehelse, og domstolen mente at det samme måtte gjelde for dette hensynet.¹⁵⁷ Også *Ker-Optika* gjaldt folkehelse, og domstolen la de samme utgangspunktene til grunn.¹⁵⁸ Etter en vurdering av alternative tiltak kom likevel domstolen til at rammene for skjønnsfriheten var overskredet fordi det aktuelle formålet kunne vært ivaretatt ved mindre inngripende tiltak.¹⁵⁹

I *Philip Morris* la EFTA-domstolen tilsvarende EU-domstolen til grunn at "[d]et er EØS-statene, innenfor begrensningene fastsatt i EØS-avtalen, som skal bestemme hvilken grad av beskyttelse de ønsker å gi" på området for beskyttelse av menneskers liv og helse (folkehelse).¹⁶⁰

Foruten disse avgjørelsene, hvor trafiksikkerhet, beskyttelse av barn og folkehelse er omtalt, har EU-domstolen åpnet for en skjønnsfrihet ved fastsettelsen av beskyttelsesnivå for enkelte andre hensyn.¹⁶¹ Det er imidlertid ikke holdepunkter for å fastslå at medlemsstatene generelt har en like vid skjønnsfrihet ved fastsettelsen av beskyttelsesnivå for andre hensyn enn de som er trukket frem i rettspraksis. Før det fastslås hvilket beskyttelsesnivå det her kan være aktuelt å legge seg på, og hvilken betydning dette har for den videre proporsjonalitetsvurderingen, må det fastslås hvor vid skjønnsfrihet staten har til å fastsette beskyttelsesnivået for å ivareta de hensynene som tiltaket søker å ivareta.

Som det har fremgått i punkt 4.4.3 ovenfor, er vi av den oppfatning at hensynet til forbrukerne står som et sentralt formål med en lov om etikkinformasjon. I det følgende går vi nærmere inn på hensynet til forbrukerbeskyttelse innen EU-retten for å undersøke om og i så fall hvordan dette hensynet her kan legitimere den restriksjonen på varefriheten som en etikkinformasjonslov ville innebære.

5.4.4.2 Forbrukerbeskyttelse

Forbrukerbeskyttelse er gjort til en sentral del av EU- og EØS-retten. I tillegg til omtalen i TEUV artikkel 12, er betydningen av forbrukerbeskyttelsehensyn fremhevet gjennom TEUV artikkel 169. Artikkel 169 nr. 1 lyder slik:

"For at fremme forbrugernes interesser og sikre et højt forbrukerbeskyttelsesniveau bidrager Unionen til at beskytte forbrugernes sundhed, sikkerhed og økonomiske interesser og til at fremme deres ret til oplysning og uddannelse og til at organisere sig for at beskytte deres interesser."

Tilsvarende skal det etter EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 38 "*sikres et højt forbrukerbeskyttelsesniveau i Unionens politikker*". Charteret er ikke en del av EØS-avtalen, men det er verdt å merke seg hvilken betydning forbrukerbeskyttelse er tillagt i EU både gjennom TEUV og charteret. Denne betydningen er også tydelig om man ser på den sekundærlovgivningen som gis med begrunnelse i forbrukerbeskyttelse, se særlig om handelspraksisdirektivet i punkt 5.3.1 ovenfor og dette direktivets fortale punkt 11. EØS-relevant sekundærlovgivning begrunnet i hensyn til forbrukerbeskyttelse inntas i EØS-avtalen vedlegg XIX, jf. EØS-avtalen artikkel 72.

¹⁵⁶ EU-domstolens avgjørelse i sak C-244/06 *Dynamic Medien* premiss 44.

¹⁵⁷ EU-domstolens avgjørelse i sak C-141/07 *Kommisjonen mot Tyskland* premiss 51.

¹⁵⁸ EU-domstolens avgjørelse i sak C-108/09 *Ker-Optika* premiss 58.

¹⁵⁹ *Ibid.* premiss 75

¹⁶⁰ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/10 *Philip Morris* premiss 77.

¹⁶¹ Se EU-domstolens avgjørelse i sak C-131/93 *Kommisjonen mot Tyskland* premiss 16 om hensynet til dyrs liv og helse og EFTA-domstolens avgjørelser i sak E-4/04 *Pedical* om alkoholpolitikk og sak E-3/06 *Ladbrokes* om pengespill (gjaldt tjenestefriheten, men det er ikke avgjørende i denne sammenhengen) som begge faller innenfor hensynet til folkehelse.

Etter fast praksis fra EU-domstolen er hensynet til forbrukerbeskyttelse et hensyn som kan legitimere restriksjoner på de fire friheter. Allerede i *Cassis de Dijon* trakk EU-domstolen blant annet frem både "god handelskikk og forbrukerbeskyttelse" som ulovfestede hensyn som kunne legitimere restriksjoner på varefriheten.¹⁶² Forbrukerbeskyttelse som et legitimt hensyn har blitt stadfestet i omfattende, senere praksis fra domstolen. Spørsmålet i dag er derfor ikke om forbrukerbeskyttelse kan være relevant for å legitimere en restriksjon på varefriheten, men i hvilke tilfeller samt hvilken skjønnsfrihet statene overlates ved fastsettelsen av beskyttelsesnivået.

Spørsmålene henger i praksis tett sammen, og begge har gjentatte ganger vært gjenstand for EU-domstolens prøving. I *Clinique* var spørsmålet om et tysk forbud mot bruk av navnet Clinique kunne legitimeres i hensynet til forbrukerbeskyttelse og folkehelse. Den tyske staten var av den oppfatning at navnet var villedende idet det kunne lede forbrukerne til å tro at varene hadde medisinske virkninger.¹⁶³ Under henvisning til at de aktuelle varene kun solgtes i parfymeutsalg, ikke i apoteker, at varene ikke ble presentert som legemidler, men som kosmetiske produkter i samsvar med gjeldende regelverk for dette, og at varene i andre land lovlig kunne selges under navnet Clinique, mente EU-domstolen at forbudet i saken ikke kunne anses nødvendig ut fra hensynet til forbrukerbeskyttelse (eller folkehelse).¹⁶⁴

Domstolens vurdering av dette tiltaket viser at det foretas en relativt inngående prøving av om tiltakets målsetning kan begrunnes i hensynet til forbrukerbeskyttelse.

Også *Mars* gjaldt lovligheten av et tysk forbud. Spørsmålet var om det å forby salg av iskrem med betegnelsen "+ 10 %" trykket på emballasjen i en kampanjeperiode kunne begrunnes i hensynet til forbrukerbeskyttelse.¹⁶⁵ Dette som følge av at betegnelsen eventuelt kunne skape forventninger om at produktet ble solgt til samme pris, selv om volumet var økt med 10 %, og at volumet var økt med mer enn 10 %, fordi angivelsen av "+ 10 %" dekket mer enn halve emballasjens samlede overflate. Det var på det rene at importøren ikke hadde øket prisen i kampanjeperioden, og det forelå heller ikke opplysninger om at forhandlerne hadde gjort dette. EU-domstolen mente da at *risikoen* for en slik prisøkning i forhandlerleddet ikke var tilstrekkelig til å begrunne et forbud mot betegnelsen på emballasjen.¹⁶⁶ Når det kom til argumentet om at angivelsen av volumøkningen dekket en større andel av emballasjen enn det selve volumøkningen innebar, uttalte EU-domstolen kun:

"En almindeligt oplyst forbruger maa saaledes forventes at vaere klar over, at der ikke noedvendigvis er en sammenhaeng mellem stoerrelsen af reklameangivelser vedroerende en forhoejelse af et produkts volumen og selve forhoejelsen."¹⁶⁷

Igen ser vi at EU-domstolen går relativt langt i overprøve hvilket nivå et tiltak kan ligge på for å beskytte forbrukerne.

I en noe tidligere avgjørelse fra EU-domstolen, *GB-INNO-BM*, drøftes det om et tiltak i det hele tatt kunne anses å ivareta forbrukerhensyn.¹⁶⁸ Saken gjaldt hvorvidt to luxemburgske forbud mot visse

¹⁶² EU-domstolens avgjørelse i sak 120/78 *Cassis de Dijon* (nærmere omtalt i punkt 5.4.2.1 ovenfor) premiss 8.

¹⁶³ EU-domstolens avgjørelse i sak C-315/92 *Clinique* premiss 5.

¹⁶⁴ *Ibid.* premiss 21–22.

¹⁶⁵ EU-domstolens avgjørelse i sak C-470/93 *Mars*.

¹⁶⁶ *Ibid.* premiss 19.

¹⁶⁷ *Ibid.* premiss 24.

¹⁶⁸ EU-domstolens avgjørelse i sak C-362/88 *GB-INNO-BM*.

opplysninger i forbindelse med forbrukerkjøp kunne begrunnes i hensynet til forbrukerbeskyttelse. Forbudene gikk ut på at det ikke var tillatt å angi tilbuds varighet eller tilbudsvarerens førpris. Formålet med forbudene var henholdsvis å "undgaa risikoen for forveksling mellem de ekstraordinaere salg og de halvaarlige udsalg, som er tidsbegrænsede efter luxembourgsk lovgivning" og at "forbrugeren normalt ikke vil vaere i stand til at kontrollere rigtigheden af en tidligere referencepris". Reklame som anga den tidligere prisen, kunne etter den luxemburgske regjeringens syn dessuten "udoeve en for vidtgaaende psykologisk pression mod forbrugeren".¹⁶⁹ EU-domstolen oppstilte etter dette som problemstilling "om en national lovgivning, som forhindrer forbrugeren i at faa adgang til visse oplysninger, kan vaere berettiget af hensyn til forbrukerbeskyttelsen".¹⁷⁰ Etter en gjennomgang av sammenhengen mellom beskyttelse av forbrukere og opplysning av forbrukere innen EU-retten, kom domstolen til at opplysning av forbrukere er "et vaesentligt krav" innenfor området for forbrukerbeskyttelse. Av den grunn kunne ikke tiltak som nektet forbrukerne adgang til de aktuelle opplysningene, begrunnes i hensynet til forbrukerbeskyttelse.¹⁷¹

Medlemsstaten og EU-domstolen var altså uenige om hvorvidt det aktuelle tiltaket faktisk beskyttet forbrukerne. Når vi ser på domstolens drøftelse og konklusjon, mener vi at mye taler for at domstolen går langt i prøve hva som er forbrukerbeskyttelse, og at medlemsstaten tilstås liten skjønnsmargin. Siden domstolen kom til at målsetningen ikke kunne forankres i forbrukerhensyn, kunne ikke tiltaket legitimeres.

I *Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland*,¹⁷² som gjaldt merking av produkters opprinnelse, anførte saksøkte at britiske forbrukere hadde et ønske om å få opplyst varenes opprinnelsesland fordi de forbandt dette med varenes kvalitetsmessige egenskaper.¹⁷³ Domstolen var imidlertid skeptisk til at britiske forbrukere hadde et slikt ønske. For det første hadde den britiske regjeringen formidlet til EU-kommisjonen at den kunne akseptere at EU-produkter kun hadde en angivelse av at de var produsert i EU. For det andre måtte det "vaere i fabrikanternes interesse paa eget initiativ at angive oprindelsen paa varen eller dens emballage, uden at det kan vaere noedvendigt at paabyde noget saadant". Etter EU-domstolens syn måtte derfor "de naevnte forbrukerbeskyttelseshensyn antages i tilstraekkeligt omfang at kunne tilgodeses ved regler om forbud mod falske oprindelsesangivelser ...", noe som ikke ville være i strid med EU-retten. På denne bakgrunnen kommer EU-domstolen til at restriksjonen "ikke er begrundet i nogen hensyn, der i henhold til faellesskabsretten er legitime".¹⁷⁴

I tillegg til at domstolen synes å anse tiltaket for ikke å være proporsjonalt, jf. at det ville være tilstrekkelig med forbud mot feilaktig merking, er det verdt å merke seg at domstolen også går langt i å prøve det faktiske grunnlaget for tiltakets målsetning. Domstolen synes på den annen side ikke å ha hatt noen innvendinger mot målsetningen eller beskyttelsesnivået staten hadde lagt seg på. Det synes på denne bakgrunn å være statens virkemiddel og målsetningens faktiske grunnlag som gjorde at tiltaket ikke kunne aksepteres.

Et eksempel som viser en inngående prøving både av tiltaks proporsjonalitet og forankringen i forbrukerbeskyttelseshensynet, er *Reinheitsgebot*.¹⁷⁵ Avgjørelsen gjaldt tysk lovgivning, som blant annet

¹⁶⁹ Ibid. premiss 11.

¹⁷⁰ Ibid. premiss 13.

¹⁷¹ Ibid. premiss 18–19.

¹⁷² EU-domstolens avgjørelse i sak 207/83 *Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland*.

¹⁷³ Ibid. premiss 19.

¹⁷⁴ Ibid. premiss 21–22.

¹⁷⁵ EU-domstolens avgjørelse i sak 178/84 *Kommisjonen mot Tyskland (Reinheitsgebot)*.

forbød salg under betegnelsen øl uten at drikken oppfylte lovens krav, det vil si at det utelukkende var brygget på malt, vann, humle og gjær. Domstolen slo fast at et slikt forbud utgjorde en restriksjon.¹⁷⁶ Spørsmålet var om restriksjonen kunne begrunnes i hensynet til forbrukerbeskyttelse.

Etter domstolens syn kunne det ikke føre frem med en begrunnelse om at betegnelsen "Bier" for tyske forbrukere var "*uløseligt forbundet med en drik*" utelukkende fremstilt av de angitte råvarene.¹⁷⁷ Dette var begrunnet i to forhold: For det første kunne forbrukernes oppfatninger variere mellom medlemsstatene, og de ville uansett over tid gjennomgå en utvikling. Medlemsstatenes lovgivning kunne ikke da legitimeres dersom den bidro til å fastlåse fordeler virksomheter måtte ha som følge av slike eksisterende forbruksvaner.¹⁷⁸ For det andre svarte ikke den tyske lovens definisjon av "Bier" til andre lands definisjon av det tilsvarende ordet på deres språk. Domstolen påpekte også at ordet "Bier" til og med ble brukt i en videre forstand i den samme tyske loven. Det tyske forbudet hadde da en for snever definisjon av hva som var øl.¹⁷⁹ Dessuten kunne hensynet til å gi forbrukerne informasjon om hvilke råvarer øl var brygget på, ivaretas ved hjelp av en merkeordning, mente domstolen, som ikke var enig med den tyske stat i at slik merking ville være vanskelig ved salg av øl fra fat.¹⁸⁰ Konklusjonen ble dermed at forbudet ikke legitimeres med begrunnelse i hensynet til forbrukerbeskyttelse.

Domstolens syn var altså ikke at det var noe galt med målsetningen, som var å hindre forbrukere fra å bli villedet med hensyn til innholdet i ølet de drakk. Heller ikke var det problematisk å forankre dette i hensynet til forbrukerbeskyttelse. Problemet var derimot virkemiddelet som var valgt, som etter domstolens syn i praksis forbød bruk av andre råvarer i bryggeprosessen. Igjen ser vi utøvelse av en relativt inngripende prøving fra domstolen, samt at domstolen utøver kreativitet i forslagene til alternative, mindre inngripende tiltak.¹⁸¹

En nyere avgjørelse hvor hensynet til forbrukerbeskyttelse vurderes, er *Alfa Vita*,¹⁸² som er omtalt i punkt 5.4.2.1 ovenfor. Saken gjaldt lovligheten av et gresk forbud mot salg av bestemte brød uten bakeritillatelse. Det var anført at forbudet kunne begrunnes i hensynet til forbrukerbeskyttelse fordi salget av de aktuelle brødproduktene forledet forbrukerne til å tro at de kjøpte et ferskt brød, mens brødet i realiteten var "*et forringet produkt uten vitamininnhold*".¹⁸³ EU-domstolen mente at "*det vel kan være legitimt at træffe foranstaltninger for at undgå, at forbrugerne sammenblander traditionelle brødprodukter med produkter af typen »bake-off«*", og aksepterte dermed forankringen i forbrukerbeskyttelse. Tiltaket oppfylte imidlertid etter domstolens syn ikke kravet til proporsjonalitet.¹⁸⁴

EU-domstolen aksepterte altså målsetningen om ikke å villedde forbrukerne, samt beskyttelsesnivået som innebar at forbrukerne ikke skulle forveksle de ulike brødtypene. Domstolen aksepterte imidlertid ikke det virkemiddelet som var valgt, da det innebar at tiltaket ikke var proporsjonalt.

Av de avgjørelsene som er gjennomgått hittil, fremgår det at EU-domstolen anser seg kompetent til en relativt inngripende overprøving av den aktuelle målsetningens faktiske grunnlag, målsetningens

¹⁷⁶ Ibid. premiss 29.

¹⁷⁷ Ibid. premiss 31.

¹⁷⁸ Ibid. premiss 32.

¹⁷⁹ Ibid. premiss 33–34.

¹⁸⁰ Ibid. premiss 35–36.

¹⁸¹ Ibid. premiss 36.

¹⁸² EU-domstolens avgjørelse i de forente sakene C-158–159/04 *Alfa Vita*.

¹⁸³ Ibid. premiss 24.

¹⁸⁴ Ibid. premiss 25.

forankring i hensynet til forbrukerbeskyttelse, samt virkemiddelet som er valgt for å oppnå målsetningen.

Ved den konkrete vurderingen av om de hensynene som en lov om etikkinformasjon skal ivareta, kan forankres i det som etter EU-retten omfattes av hensynet til forbrukerbeskyttelse, minnes det om forutsetningen om at loven skal gi forbrukerne informasjon de ønsker for å kunne gjøre informerte valg hva gjelder produkters opprinnelse og leverandørkjedens samfunnsansvar. Spørsmålet er om dette omfattes av det EU-rettslige hensynet til forbrukerbeskyttelse.

Den praksisen som er gjennomgått ovenfor, gjelder tiltak som er ment å skulle beskytte det som kan omtales som snevre forbrukerinteresser. Vi sikter da til tiltak som skal beskytte forbrukeren selv, herunder gjerne forbrukerens økonomiske interesser.¹⁸⁵ Tiltaket vi vurderer her, skal riktignok ivareta forbrukerens interesser, men handler til syvende og sist om forbrukerens mulighet til å bidra til en mer etisk handel, herunder ved å bidra til ivaretagelsen av grunnleggende rettigheter som menneskerettigheter og arbeidertakerrettigheter, jf. drøftelsen i punkt 4.4.3 ovenfor.¹⁸⁶ Dette tiltakets begrunnelse kan derfor sies prinsipielt sett å skille seg fra begrunnelser som praksis fra EU-domstolen omhandler.

Et viktig element er da at EU-domstolen synes å anse hensynet til å gi forbrukeren informasjon som sentralt innenfor forbrukerbeskyttelse, jf. *GB-INNO-BM* (omtalt rett ovenfor). En etikkinformasjonslov vil nettopp gi forbrukeren mer informasjon og dermed kunne bidra til mer informerte kjøpsbeslutninger.

Videre er det av interesse at nyere rettskilder synes å tale for at EU-retten anerkjenner at forbrukerne ønsker informasjon om produkters opprinnelse. I fortalen til forordningen om betegnelser for tekstilprodukter og tilhørende merking uttales det i punkt 20:¹⁸⁷

"Forbrugerbeskyttelse forudsætter gennemsigtige og sammenhengende bestemmelser vedrørende handel, herunder vedrørende angivelse af oprindelse. Sådanne angivelser bør gøre det muligt for forbrugerne fuldt ud at kende til den præcise oprindelse af de produkter, de køber, således at de beskyttes mod svigagtige, unøjagtige eller misvisende påstande vedrørende deres oprindelse."

Beskyttelse mot villedende opplysninger er for så vidt noe annet enn hensynet til at forbrukeren skal gis bestemte typer av informasjon. Men uttalelsen, og da særlig den første setningen, går etter vårt syn i retning av å anerkjenne verdien av at opplysninger om opprinnelse i det hele tatt gis. Det fremgår riktignok ikke hvorfor informasjon om produkters opprinnelse anses å være relevant for hensynet til forbrukeren, men det at det her legges til grunn at slike opplysninger kan anses begrunnet i hensynet til forbrukerbeskyttelse, er likevel verdt å merke seg.

Uttalelsen i fortalen til forordningen om merking av tekstiler synes å være i strid med avgjørelsen i *Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland*, hvor domstolen mente at en ordning som omfattet merking av opprinnelsesland, ikke kunne begrunnes i hensynet til forbrukerbeskyttelse. I denne sammenheng er det imidlertid verdt å merke seg at EU-domstolens avgjørelse bærer et preg av en mistanke om at tiltaket var proteksjonistisk begrunnet, da domstolen ikke synes å være overbevist av den

¹⁸⁵ Se mer om ulike typer av forbrukerinteresser i FNs retningslinjer for forbrukerbeskyttelse (2016) s. 7–8. Retningslinjene er tilgjengelige her: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_en.pdf.

¹⁸⁶ Dette faller etter vårt syn innenfor "*promotion of sustainable consumption patterns*" i FNs retningslinjer for forbrukerbeskyttelse (2016), se særlig retningslinjene s. 8 pkt. 7.

¹⁸⁷ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1007/2011 af 27. september 2011 om tekstilfiberbetegnelser og tilknyttet etikettering og mærkning af tekstilprodukters fibersammensætning og om ophævelse af Rådets direktiv 73/44/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/73/EF og 2008/121/EF.

tyske stats begrunnelse. Det kan heller ikke ses bort fra at avgjørelsen som følge av sin alder har mistet en del av sin relevans, særlig siden nyere kilder tyder på at hensynet til forbrukerbeskyttelse har gjennomgått en utvikling og dermed kan omfatte mer i dag enn hva som var aktuelt da avgjørelsen ble avsagt.

I dag synes hensynet til å gi forbrukeren informasjon å omfatte en rekke typer av opplysninger som kan påvirke forbrukerens valg. Det vises her til punkt 3 i fortalen til forordning 1169/2011, som også er omtalt i punkt 5.3.5 ovenfor:

"For at opnå et højt niveau for beskyttelse af forbrugernes sundhed og garantere deres ret til information bør der sikres hensigtsmæssig forbrugeroplysning om de fødevarer, de indtager. Forbrugernes valg kan bl.a. påvirkes af sundhedsmæssige, økonomiske, miljømæssige, sociale og etiske betragtninger."

Det er den siste setningen i sitatet som er av særlig interesse her. Fortalen anerkjenner at blant annet de etiske betraktningene som kan påvirke forbrukerens valg, er av relevans for ivaretagelse av hensynet til beskyttelse av "*forbrugernes sundhed*". Det fremgår av fortalen punkt 1, som henviser til TEUV artikkel 169, at dette er ment forankret i hensynet til forbrukerbeskyttelse. Uttalelsen kan etter vårt syn tas til inntekt for at hensynet til forbrukerbeskyttelse må forstås videre enn kun å omfatte hensynet til forbrukerens egeninteresser.

Rent analogisk er det også av interesse å se hvordan tilsvarende hensyn har fått plass innen anskaffelsesregelverket i EU. Både hensynet til miljø, menneskerettigheter og arbeidertakerrettigheter, ofte omtalt som ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, synes her å ha blitt gitt større rom den senere tiden, jf. også det som har fremgått i punkt 3.4 ovenfor. I direktiv 2014/24/EU er det på flere områder åpnet for at oppdragsgivere kan vektlegge hensyn som ikke nødvendigvis knytter seg til egenskapene til ytelsen. Blant annet er direktivet artikkel 18 nr. 2, artikkel 67 nr. 2 og artikkel 70 her av relevans. Mens førstnevnte bestemmelse pålegger medlemslandene å "*sikre ... gjeldende forpliktelse inden for miljø-, social- og arbeidsmarkedsgivning ...*", åpner de andre bestemmelsene for hensyntagen til "*miljømæssige og/eller sociale aspekter*" både ved fastsettelsen av tildelingskriteriene og kontraktsvilkårene. Som vi har sett, henviser artikkel 18 til et bilag hvor blant annet sentrale ILO-konvensjoner henvises til.

Anskaffelsesregelverket illustrerer her hvordan blant annet menneske- og arbeidertakerrettigheter er av relevans også i tilfeller hvor det ikke er tale om oppdragsgiveres rene økonomiske interesser. Det er vanskelig å se at det skulle være noen prinsipiell grunn til å skille mellom adgangen for forbrukere og oppdragsgivere til å vektlegge slike ikke-økonomiske hensyn ved sine innkjøp.

På bakgrunn av de gjennomgåtte kildene mener vi at det er holdepunkter for at etikkinformasjonslovens målsetning om å gi forbrukere adgang til å bidra til en mer etisk handel kan forankres i det EU-rettslige hensynet til forbrukerbeskyttelse. Dette omfatter alle de typene av informasjonspliktene introdusert i punkt 4.2.2 ovenfor. Vi presiserer igjen her at vi ikke har prøvd det faktiske grunnlaget for målsetningen, og at dette er avgjørende for at tiltaket skal kunne legitimeres, jf. punkt 5.4.5 nedenfor.

5.4.4.3 Generelt om proporsjonalitetsvurderingen

Det følger av fast praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen at et tiltak må oppfylle en proporsjonalitetstest for å være i samsvar med EU-retten eller EØS-retten. I *Pedical* oppstilte EFTA-domstolen utgangspunktet for vurderingen av det aktuelle tiltakets proporsjonalitet slik:¹⁸⁸

¹⁸⁸ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-4/04 *Pedical*.

"Nasjonal lovgivning som den som er omtvistet i hovedsaken må derfor vurderes i forhold til proporsjonalitetsprinsippet. EFTA-domstolen har konsekvent fremhevet viktigheten av dette prinsippet i EØS-retten (se eksempelvis sakene E-6/96 *Wilhelmsen*, avsnitt 87, og E-3/00 *EFTA Surveillance Authority v Norway*, avsnitt 27). Proporsjonalitetsprinsippet medfører at de tiltak som velges av en EØS-stat må være forholdsmessige i forhold til den målsetting som forfølges. De aktuelle tiltakene må være egnet til å oppnå målsettingen, og videre må den samme målsettingen ikke like effektivt kunne oppnås ved tiltak som i mindre grad hindrer handelen innen EØS."¹⁸⁹

Proporsjonalitetsprinsippet består altså av et krav om egnethet (et konsistenskrav) og nødvendighet, herunder en forholdsmessighetsvurdering. I *Ladbrokes*¹⁹⁰ uttalte EFTA-domstolen under henvisning til den såkalte spilleautomatdommen¹⁹¹ at det ved egnethetsvurderingen må tas "*hensyn til om staten treffer, fremmer eller tolererer andre tiltak som går på tvers av målsetningene som søkes oppnådd gjennom lovgivningen det gjelder ...*".¹⁹²

Medlemsstatene har en skjønnsfrihet ved fastsettelsen av beskyttelsesnivået. Som vi har gjennomgått, foretar EU-domstolen imidlertid en inngående prøving når tiltak begrunnes i forbrukerbeskyttelseshensyn. Det foreligger dermed ingen vid skjønnsfrihet for medlemsstatene på dette området.¹⁹³ Følgelig vil tiltaket gjennomgående måtte tåle en inngående overprøving av hvorvidt det er egnet og nødvendig til å ivareta hensynet til forbrukerbeskyttelse.

Ettersom kravet til egnethet hovedsakelig innebærer at tiltaket vil kunne ivareta det aktuelle hensynet, uten å stille nærmere krav til i hvilken grad hensynet ivaretas, vil kravet ofte være oppfylt. Det ligger imidlertid en overprøving i konsistenskravet. I punkt 5.4.4.2 ovenfor har vi konkludert med at etikkinformasjonslovens målsetning kan begrunnes i hensynet til forbrukerbeskyttelse. Det som da gjenstår å vurdere nedenfor, vil være om de konkrete variantene av informasjonskravet er egnet, herunder i hvilken grad tiltakene oppfyller konsistenskravet.

Nødvendighetskravet innebærer at et tiltak ikke lovlig kan gjennomføres dersom mindre inngripende tiltak kan oppnå den samme målsetningen like effektivt. I dette ligger det at det ikke nødvendigvis er tilstrekkelig at tiltaket er en enklere måte å oppnå den ønskede målsetningen på. EFTA-domstolen har uttalt at det må kunne påvises at andre tiltak, selv om de administrativt er mer byrdefulle, ikke kan oppnå den samme målsetningen like effektivt.¹⁹⁴ Mot begrepsbruken kan det dermed innvendes at ordet effektivt kan være villedende, siden det kan tilsi at det er forholdet mellom innsats og oppnåelse som er av betydning. Det følger imidlertid blant annet av den nettopp nevnte avgjørelsen at det er kun måloppnåelsen som er av interesse ved vurderingen av om de mindre inngripende tiltakene er tilstrekkelige. I det videre benyttes ordet *effektivt* i denne forstand.

Det diskuteres i teorien hvorvidt proporsjonalitetskravet også omfatter et eget selvstendig vilkår om forholdsmessighet i snever forstand, gjerne omtalt som proporsjonalitet *stricto sensu*. Spørsmålet er da om tiltakets fordeler etter en interesseavveining står i forhold til konsekvensene tiltaket innebærer for varefriheten. Praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen gir indikasjoner på at det i enkelte tilfeller

¹⁸⁹ Ibid. premiss 56.

¹⁹⁰ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-3/06 *Ladbrokes*.

¹⁹¹ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-1/06 *ESA mot Norge*, se premiss 43.

¹⁹² *Ladbrokes* premiss 51.

¹⁹³ Se avgjørelsene gjennomgått ovenfor i punkt 5.4.4.2. Se også Sejersted (2011) s. 339 i samme retning.

¹⁹⁴ Jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-2/06 *ESA mot Norge* premiss 88.

også må foretas en slik snever vurdering av tiltakets proporsjonalitet, men dette kan også sees som en del av egnethet- og nødvendighetsvurderingen. Det er den siste tilnærmingen som anvendes her.

I generaladvokat Van Gervens forslag til avgjørelse i sak C-159/90 *Spuc* oppstilles proporsjonalitetsvurderingen slik:

"[Proporsjonalitetsprinsippet] har to aspekter. For det første skal den nationale forskrift for at være begrundet i henhold til fællesskabsretten være objektivt nødvendig til opnaelsen af det formaal, som forfølges med forskriften; dette betyder, at den paa én gang skal være nyttig (eller relevant) og uomgaengelig nødvendig, med andre ord, at den ikke skal kunne erstattes af en anden forskrift, der er ligesaa nyttig, men som indebaerer færre hindringer for den frie bevaegelighed. For det andet skal medlemsstaten, ogsaa naar den nationale forskrift er nyttig og uomgaengelig nødvendig for at naa det forfulgte formaal, alligevel saette den ud af kraft eller erstatte den af en mindre indgribende forskrift, naar hindringerne for samhandelen mellem medlemsstaterne, som forskriften medfoerer, er uforholdsmaessige, dvs. naar den saaledes opstaaede hindring staar i misforhold til det formaal, der soeges opnaet, eller det resultat, som den nationale forskrift medfoerer."¹⁹⁵ (Vår understreking).

EU-domstolen foretok ingen proporsjonalitetsvurdering i sin avgjørelse i samme sak, fordi den fant at det aktuelle tiltaket ikke utgjorde en restriksjon.¹⁹⁶ Generaladvokatens uttalelser tilsier at det er et selvstendig krav om forholdsmessighet i snever forstand, selv om dette i seg selv har begrenset rettskildeværdi.¹⁹⁷ Enkelte andre avgjørelser fra EU-domstolen kan også tas til inntekt for at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering i snever forstand, men uten at et slikt krav uttales eller vurderingen utføres eksplisitt i avgjørelsene.¹⁹⁸

I EU-domstolens avgjørelse i *Kommisjonen mot Portugal* ble konklusjonen at tiltaket ikke oppfylte kravet til proporsjonalitet.¹⁹⁹ Saken gjaldt et portugisisk forbud mot påføring av farget film på bilers frontrute og rutene ved passasjeretene. Domstolen mente at tiltaket var egnet til å bekjempe kriminalitet og ivareta trafikksikkerhet, men spørsmålet var om det var proporsjonalt.²⁰⁰ I det videre omtaler domstolen denne vurderingen som et spørsmål om nødvendighet, og den peker blant annet på at den portugisiske staten tillot salg av biler som allerede hadde tonede ruter. Dette måtte tale mot at forbudet i saken var nødvendig, da det innebar at det måtte finnes andre måter hvor myndighetene kunne "identifisere lovovertrædere og personer, som eventuelt overtræder den obligatoriske anvendelse af sikkerhedssele".²⁰¹ Sammenholdt med at forbudet omfattet alle typer farget film, også de som måtte være "tilstrækkelig gennemsiktig", ble domstolens konklusjonen at forbudet måtte "anses for at være for vidtgående og derfor ikke ... proportionelt set i forhold til de tilstræbte mål".²⁰²

To nyere avgjørelser om proporsjonalitet, er EFTA-domstolens avgjørelser i *Dr Joachim Kottke* og *ESA mot Liechtenstein*.²⁰³ *Dr Joachim Kottke* gjaldt en liechtensteinsk regel om sikkerstillelse av

¹⁹⁵ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-159/90 *SPUC* premiss 27.

¹⁹⁶ Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-159/90 *SPUC* premiss 27.

¹⁹⁷ Se i denne retning Sejersted (2011) s. 135.

¹⁹⁸ Se EU-domstolens avgjørelser i sak C-169/91 *Stoke-on-Trent* premiss 15, sak C-405/98 *Gourmet* premiss 28, sak C-250/06 *United Pan-Europe* premiss 44 og sak C-176/11 *HIT* premiss 30.

¹⁹⁹ EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/06 *Kommisjonen mot Portugal*.

²⁰⁰ *Ibid.* premiss 41.

²⁰¹ *Ibid.* premiss 43–44.

²⁰² *Ibid.* premiss 45–47.

²⁰³ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-5/10 *Dr Joachim Kottke*; EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-1/09 *ESA mot Liechtenstein*, se premiss 38 og 42.

sakskostnader for utenlandske saksøkere. Domstolen mente at tiltaket var indirekte diskriminerende, og uttalte at tiltaket måtte begrunnes i tvingende allmenne hensyn og oppfylle proporsjonalitetskravet:

"This is the case where the national rule is suitable for attaining the public interest objective pursued, is necessary to achieve that objective and not excessive in its discriminatory effects having regard to the objective sought ..." ²⁰⁴ (Vår understrekning).

Uttalelsen kan tyde på at domstolen oppstilte et krav til forholdsmessighet i snever forstand som et selvstendig vilkår. Senere uttalte domstolen at denne vurderingen beror på en interesseavveining:

"It must also be assessed whether such a measure imposes on those concerned a burden that, in light of the objective sought, is excessive in its discriminatory effects. In this regard, the interests at stake must be weighed." ²⁰⁵

Høyesteretts dom i *Pedicel*-saken drøfter også proporsjonalitetskravet. ²⁰⁶ Saken gjaldt forbudet mot alkoholreklame, nærmere bestemt gyldigheten av et vedtak fra Markedsrådet om forbud mot alkoholreklame i mat- og vinbladet *Vinforum*. Markedsrådet hadde innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, hvis avgjørelse er omtalt rett ovenfor. ²⁰⁷ Partene var uenige i spørsmålet om "*det må foretas en interesseavveining der tiltakets betydning for de alkoholpolitiske målsettinger holdes opp mot restriksjonen i den grunnleggende rett til fri handel*". Høyesterett kunne ikke se at EU- og EFTA-domstolens praksis oppstilte krav til en slik interesseavveining. Og siden EFTA-domstolen i sin rådgivende uttalelse til Markedsrådet heller ikke hadde gitt anvisning på en slik interesseavveining, kom Høyesterett til at det "*i hvert fall i den aktuelle sak*" ikke kunne kreves en slik avveining. ²⁰⁸

I juridisk teori er det noe uenighet om hvordan proporsjonalitetsvurderingen skal karakteriseres, herunder om proporsjonalitet er en del av egnethets- og nødvendighetsvurderingen, eller om tiltak også må oppfylle et krav om forholdsmessighet i snever forstand. Páll Hreinsson, dommer i EFTA-domstolen, omtaler emnet i en artikkel om de generelle prinsippene innen EØS-retten. ²⁰⁹ Blant annet under henvisning til avgjørelsen i *Dr Joachim Kottke* synes han å være av den oppfatning at en vurdering av forholdsmessighet i snever forstand, må regnes som et element i proporsjonalitetsvurderingen. Også uttalelser i *Barnard* trekker i samme retning, blant annet under henvisning til *Kommisjonen mot Portugal*, omtalt ovenfor. ²¹⁰

I *Fredriksen og Mathisen* fremstilling av EØS-retten behandles forholdsmessighet i snever forstand noe mer inngående. ²¹¹ Også her legges til grunn at det er et krav om forholdsmessighet i snever forstand, men at det er en begrenset intensitet i domstolenes prøving av dette. Dette omtales som årsaken til at spørsmålet sjeldent blir et aktuelt spørsmål for EU-domstolen eller EFTA-domstolen. ²¹²

²⁰⁴ *Dr Joachim Kottke* premiss 40.

²⁰⁵ *Ibid.* premiss 47.

²⁰⁶ Rt. 2009 s. 839.

²⁰⁷ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-4/04 *Pedicel*.

²⁰⁸ Rt. 2009 s. 839 premiss 39–48.

²⁰⁹ Hreinsson i *Baudenbacher* (2015) s. 349 flg., se særlig s. 370–371.

²¹⁰ Se *Barnard* (2016) s. 179 flg.

²¹¹ *Fredriksen og Mathisen* (2014) s. 100–103.

²¹² *Ibid.* s. 102.

På bakgrunn av kildene som er gjennomgått ovenfor er det noe usikkerhet knyttet til spørsmålet om EU- og EØS-rettens krav til forholdsmessighet i snevrere forstand er en del av egnethet- og nødvendighetsvurderingen eller oppstilles som et selvstendig krav. Vår vurdering er at for formålet med denne utredningen er dette spørsmålet mer av teoretisk interesse, og det avgjørende er prøvingsintensiteten for de konkrete restriksjonene. Vi konstaterer at gjennomgangen av rettskildene og særlig av domstolpraksis tilsier en høy prøvingsintensitet i saker om nasjonale restriksjoner er lovlige begrunnet i forbrukerhensyn. Vi tar utgangspunkt i dette i vår gjennomgang av kravet om at tiltaket må oppfylle proporsjonalitetsvilkåret.

Egnethet- og nødvendighetsvurderingen på dette området omfatter etter vårt syn derfor en relativt bred helhetsvurdering, der også momenter som angår virkningene for både varefriheten og det hensynet som søkes oppnådd, inngår.²¹³ Men når det gjelder terskelen for hva som skal til for at et tiltak er proporsjonalt, så beror dette alltid på en konkret vurdering, se nærmere nedenfor.

5.4.4.4 Konkret vurdering av et forespørselskrav

Innledningsvis bemerker vi at flere av de enkeltdrøftelsene som her må gjøres, beror på spørsmål av faktisk og ikke rettslig art. Vurdering kan dermed ikke gjøres fullstendig uten et empirisk grunnlag for de forutsetningene som må legges til grunn. I det følgende vil vi derfor begrense oss til å trekke opp rammene for proporsjonalitetsvurderingen.

Det første som må vurderes, er om et krav om at importører og produsenter må gi opplysninger på forespørsel er i det hele tatt er egnet til å ivareta hensynet til forbrukerbeskyttelse. Nærmere bestemt er problemstillingen om dette virkemiddelet vil være egnet til å oppnå målsetningen om å gi forbrukerne mulighet til å bidra til en mer etisk handel.

En rett til å kreve informasjon fra importører og produsenter må etter vårt syn være egnet til å oppnå denne målsetningen. Selv om det må tas et forbehold om den nærmere utformingen av regelverket, har vi vanskelig for å se at det skal kunne utformes på en slik måte at tiltaket ikke bidrar til å påvirke forbrukernes valg av produkter. Vi er heller ikke kjent med andre tiltak som går på tvers av de målsetningene som søkes oppnådd her, og legger derfor til grunn at tiltaket vil kunne utformes slik at det oppfyller kravet til egnethet, herunder til konsistens.

Nødvendighetsvurderingen beror hovedsakelig på om formålet kan ivaretas ved hjelp av mindre inngripende tiltak. Av de tiltakene som skal vurderes her, antar vi at forespørselskravet vil være det tiltaket som har minst inngripende konsekvenser for varefriheten. Spørsmålet er om det kan tenkes tiltak som like effektivt oppnår målsetningen, men er mindre inngripende på varefriheten.

Man kan i denne forbindelse tenke seg et tiltak som ikke omfatter en obligatorisk ordning, men en ordning hvor importørene og produsentene oppfordres til å gi informasjon om opprinnelsessted og samfunnsansvar frivillig. Det kan eksempelvis tenkes en tilrettelegging i form av en portal hvor slik informasjon fra samtlige importører og produsenter kan samles på et sted.

Her er det av interesse at det allerede har vært tilrettelagt for frivillig offentliggjøring av informasjon. Enkelte organisasjoner har blant annet arbeidet for offentliggjøring av leverandørlistene for klær og sko som selges i Norge.²¹⁴ Slike tiltak synes å ha medført at enkelte leverandører nå offentliggjør mer informasjon enn tidligere, og til dels langt mer informasjon enn tidligere. Tiltakene har imidlertid ikke ført til at samtlige importører og produsenter per i dag offentliggjør slik informasjon. Det fremgår ikke

²¹³ Jf. *Dr Joachim Kottke* premiss 50.

²¹⁴ Se for eksempel kampanjer og rapporter vedrørende klær og sko fra Framtiden i våre hender på www.framtiden.no.

umiddelbart av rapporter om åpenhet i enkeltbransjer hva som antas å være årsaken til manglende offentliggjøring. Vi antar at aktuelle begrunnelser kan være økonomiske hensyn og konkurransevne. Etter vårt syn kan det faktisk at slike kampanjer ikke har ført til offentliggjøring av informasjon blant flere selskaper, tilsi at frivillige ordninger ikke uten videre vil være like effektive. Det er da heller ikke holdepunkter for at en statlig, frivillig ordning vil medføre at samtlige selskaper skulle offentliggjøre den aktuelle informasjonen, men de faktiske sidene av dette spørsmålet vil måtte undersøkes nærmere.

Når det gjelder den nærmere utformingen av regelverket, oppstår det flere spørsmål blant annet om hvem som skal kunne kreve den aktuelle informasjonen, og hva konsekvensene av brudd på loven er. Dette vil være av betydning for nødvendighetsvurderingen, ettersom det påvirker hvor inngripende tiltaket er for pliktsubjektene, og dermed også innvirkningen på varefriheten.

Foruten forbrukere er det et aktuelt spørsmål om det også er rom for å gi næringsdrivende kunder, organisasjoner og konkurrenter rett til å kreve informasjonen. Spørsmålet er om det vil være mer inngripende enn hva som er nødvendig for å oppnå målsetningen. Det er grunn til å anta at organisasjoner også for fremtiden vil være godt egnet til å hente ut informasjon fra importører og produsenter for så å gjøre informasjonen tilgjengelig for forbrukerne i et egnet format. Dersom dette gjøres på en måte som hjelper forbrukere til å få tak i og forstå informasjonen, vil dette bidra til at målsetningen i større grad oppnås. Det kan heller ikke utelukkes at slike organisasjoners arbeid vil være arbeidsbesparende for importørene og produsentene, da disse i større grad vil kunne forholde seg til mer profesjonelle aktører samt slippe å utgi informasjon til enkeltforbrukere. Vi mener dette taler for at det er rom for at også organisasjoner gis rett til å kreve den aktuelle informasjonen fra selskapene.

Dette vil eksempelvis stille seg annerledes for andre selskaper, herunder både næringsdrivende kunder og importører og produsenter som vil kunne være konkurrenter til det selskapet som det ønskes informasjon fra. Selv om det i praksis vil være vanskelig å hindre at disse likevel ikke mottar informasjonen, kan vi ikke se at det vil være i samsvar med målsetningen å åpne for at også selskaper, herunder konkurrenter, kan kreve den aktuelle informasjonen. En slik innsynsrett vil naturlig nok heller ikke kunne begrunnes i hensynet til forbrukerbeskyttelse. Dermed bør loven begrenses til kun å gi forbrukere innsynsrett. Vi bemerker at hvis en slik løsning vanskelig lar seg gjøre i praksis, vil det avgjørende være om det er den løsningen som er minst inngripende, men like effektivt ivaretar målsetningen, som er valgt.

I punkt 4.3.3 ovenfor har vi trukket opp enkelte mulige virkninger av brudd på loven. Et prinsipielt skille kan sies å gå mellom et forbud mot salg av produkter og andre typer av sanksjoner. Dersom det vurderes som tilstrekkelig for å ivareta målsetningen at manglende oppfyllelse av loven ikke har andre konsekvenser enn mulig tvangsfullbyrdelse av kravet, vil det ikke kunne velges en mer inngripende sanksjon.

Som nevnt i punkt 4.2.2 ovenfor er språkvalg av betydning for både den som gir informasjonen, og den som mottar den. Også her må det velges det minst inngripende alternativet som like effektivt ivaretar målsetningen. Vi mener at det derfor ikke uten videre kan pålegges selskapene å gi informasjonen på norsk. Tatt i betraktning at nordmenn flest forstår andre språk, herunder både skandinaviske språk og engelsk, antar vi loven ikke kan gå lenger enn å pålegge at informasjonen gis på språk nordmenn flest forstår, for eksempel engelsk eller et skandinavisk språk.²¹⁵

²¹⁵ Se EU-domstolens avgjørelse i sak C-366/98 *Geffroy* premiss 24–28 med videre henvisninger.

I proporsjonalitetsvurderingen på dette området inngår også vurderinger av om tiltakets negative virkninger på varefriheten står i et urimelig forhold til de fordelene tiltaket har for hensynet til forbrukerbeskyttelse.

Spørsmålet må etter vårt syn bero på en nærmere analyse, og da særlig av hvilke virkninger tiltaket vil ha for de næringsdrivende. Vi viser til at de produktene som vil kunne være omfattet av lovens virkeområde, jf. punkt 4.2.3 ovenfor, er av vidt forskjellig art. Det er gode grunner til å anta at informasjonsplikten vil være langt mer vidtgående for eksempelvis produktgruppen IKT og elektronikk enn for avskårne blomster. Enkelte elektronikkprodukter, som mobiltelefoner og datamaskiner, er ofte satt sammen av et stort antall komponenter fra ulike underleverandører. Dersom informasjonsplikten skal omfatte hele leverandørkjeden, vil dette innebære en omfattende belastning for importører av slike produkter.

Det bør etter vårt syn også gjennomføres en nærmere analyse av hvilke positive virkninger tiltaket vil ha for forbrukerne, herunder om informasjonen vil være relevant med tanke på å påvirke kjøpsbeslutninger, og i hvilken grad det kan antas at forbrukerne vil benytte seg av muligheten til å kreve informasjonen. På bakgrunn av en slik analyse vil ulempene for varefriheten på den ene side og fordelene for forbrukerbeskyttelsen på den andre side, inngå i den overordnede vurderingen av om tiltaket oppfyller kravet til proporsjonalitet.

5.4.4.5 Konkret vurdering av et publiseringskrav

Et krav om at importører og produsenter må publisere den aktuelle informasjonen, vil etter vårt syn helt tilsvarende ovenfor i utgangspunktet oppfylle egnethetskravet.

Spørsmålet er om dette tiltaket må anses nødvendig, det vil si om det kan tenkes mindre inngripende tiltak som like effektivt ivaretar målsetningen. Også her mener vi at den endelige vurderingen må baseres på en analyse av konsekvensene for de næringsdrivende og fordelene for forbrukerne.

Vi peker likevel på at et krav om publisering, sammenlignet med forespørselskravet, må anses mindre inngripende. Spørsmålet som må vurderes, er om det likevel er elementer ved et publiseringskrav som gjør at målsetningen ivaretas bedre, og som dermed innebærer at forespørselskravet ikke ivaretar målsetningen like effektivt som publiseringskravet.

Et krav om publisering av informasjonen vil kunne gjøre at den vil være lettere tilgjengelig for forbrukerne, og det er grunn til å tro at forbrukerne i større grad vil gjøre seg kjent med informasjonen hvis de ikke behøver å sende en forespørsel på forhånd. Informasjonen vil i større grad kunne påvirke kjøpsbeslutninger dersom den er tilgjengelig mer umiddelbart i en kjøpsituasjon. Av denne grunn kan det ikke utelukkes at også dette tiltaket kan fremstå som nødvendig etter proporsjonalitetsvurderingen.

Et krav om publisering vil enda vanskeligere enn et krav om utlevering på forespørsel kunne ta høyde for hvem som er mottaker av informasjon. Det må derfor tas i betraktning at konkurrenter og andre uten videre vil kunne motta informasjonen. Ettersom det er snakk om publisering vil dette likevel ikke være mer arbeidsbelastende for de næringsdrivende.

Når det gjelder spørsmålene om språk og konsekvenser ved brudd på loven, viser vi til det som fremgår i punkt 5.4.4.4 ovenfor.

Konsekvensene for de næringsdrivende og fordelene for forbrukerne bør etter vårt syn analyseres nærmere før det gjøres en endelig vurdering av om tiltaket oppfyller nødvendighetskravet, herunder kravet om proporsjonalitet.

5.4.4.6 Konkret vurdering av et merkingskrav

Av samme grunner som har fremgått ved vurderingen av begge kravene ovenfor, mener vi at et merkingskrav vil oppfylle kravet til egnethet, herunder konsistens. Spørsmålet blir da også her om det kan tenkes mindre inngripende tiltak som like effektivt ivaretar målsetningen.

Det er verdt å merke seg at merkingskrav av EU-domstolen har blitt ansett for å være proporsjonalt i flere avgjørelser. Dette gjelder imidlertid særlig saker hvor alternativet var et forbud, slik at merking ville utgjøre et mindre inngripende tiltak.²¹⁶ Selv om merkingskrav i slike sammenhenger ofte har blitt ansett for en god løsning,²¹⁷ må det likevel vurderes om det ikke finnes enda mindre inngripende tiltak man kan benytte seg av.

Særegent for et krav om merking, i forhold til de ovennevnte informasjonskravene, er at det stiller krav til fysiske endringer på de enkelte produktene som skal selges i Norge. Et merkingskrav vil av den grunn trolig være mer kostbart for de næringsdrivende. Dette gjelder uavhengig av om merkingskravet er lagt opp slik at den aktuelle informasjonen må fremgå på eller vedlagt produktet, eller om det er tilstrekkelig med et godkjentmerke. Begge løsningene krever endringer på selve produktet, og sistnevnte krever dessuten at de næringsdrivende må forholde seg til en administrativ prosess.

Også her anbefaler vi at proporsjonalitetsvurderingen gjøres på bakgrunn av en analyse av negative virkninger for næringsdrivende og positive virkninger for forbrukerne. Dersom en slik analyse viser at et annet tiltak like effektivt ivaretar målsetningen, oppfyller ikke merkingskravet nødvendighetskriteriet. En slik analyse vil også vise om de negative virkningene for de næringsdrivende står i forhold til de positive virkningene for forbrukerne.

Hva gjelder de generelle spørsmålene om språk, informasjonsmottakere og sanksjoner ved brudd på loven, viser vi til det som er sagt i punktene 5.4.4.4 og 5.4.4.5 ovenfor.

5.4.5 Dokumentasjon av tiltakets virkning

Vi minner om at det følger av fast praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen at det må kunne dokumenteres at tiltaket har de virkningene som skal til for at tiltaket oppfyller proporsjonalitetstesten:

"The reasons which may be invoked by an EEA State by way of justification must be accompanied by an analysis of the appropriateness and proportionality of the restrictive measure adopted by that State and specific evidence substantiating its arguments."²¹⁸

Det er staten som har bevisbyrden for å påvise dette:

"De restriktive tiltakene som partene treffer, må imidlertid oppfylle de kravene til proporsjonalitet som er nedfelt i både EFTA-domstolens og EF-domstolens rettspraksis. ... Bevisbyrden for at disse kravene er oppfylt, ligger på staten som er ansvarlig for restriksjonen."²¹⁹

Alle de faktiske forutsetningene som ligger til grunn for legitimeringen av tiltaket, herunder vurderingene av proporsjonaliteten, må altså kunne dokumenteres av staten. Dette omfatter ikke bare spørsmålet om at forbrukere i dag etterspør etikkinformasjon, slik at tiltaket kan forankres i

²¹⁶ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak 178/84 *Kommissjonen mot Tyskland (Reinheitsgebot)*.

²¹⁷ Se Barnard (2016) s. 184 flg.

²¹⁸ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-9/11 *ESA mot Norge* premiss 89 (med videre henvisninger).

²¹⁹ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-3/06 *Ladbrokes* premiss 42.

forbrukerhensyn, men også hvilke virkninger tiltaket har for varefriheten og forbrukerbeskyttelsen. En nærmere analyse av tiltakets virkninger, som foreslått i punkt 5.4.4 ovenfor, vil dermed være avgjørende i denne sammenhengen.

5.5 EØS-rettens prosessuelle krav

Direktiv 98/34/EF, som endret av direktiv 98/48/EF, regulerer meldeplikt for statenes tekniske regler og regler vedrørende informasjonssamfunnstjenester. Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-høringsloven.²²⁰

For ordens skyld vises det til at direktivet er opphevet og erstattet av direktiv 2015/1535/EU,²²¹ men dette har ennå ikke ført til endringer i EØS-avtalen. Sistnevnte direktiv er hovedsakelig ment å kodifisere den tidligere rettstilstanden, da direktiv 98/34/EF gjentatte ganger er endret.²²²

Direktiv 98/34/EF (i konsolidert versjon) artikkel 8 nr. 1 pålegger meldeplikt for det som etter direktivet regnes som tekniske forskrifter. En teknisk forskrift er i artikkel 1 (11) definert som:

"en teknisk spesifikasjon eller et annet krav eller en forskrift vedrørende tjenester, herunder de administrative bestemmelser, der gælder herfor, som retligt eller faktisk skal overholdes ved markedsføring, levering eller anvendelse af en tjeneste, eller etablering af en operatør af tjenester i en medlemsstat eller i en væsentlig del af denne stat, samt medlemsstaternes love og administrative bestemmelser vedrørende forbud mod fremstilling, import, markedsføring eller anvendelse af et produkt eller forbud mod levering eller anvendelse af en tjeneste eller mod, at en tjenesteyder etablerer sig, jf. dog artikel 10."

"[F]orskrift vedrørende tjenester" omfatter informasjonssamfunnstjenester. Det har fremgått i punkt 5.3.3 ovenfor at etikkinformasjonslovens reguleringer ikke vil angå informasjonssamfunnstjenester. Spørsmålet blir da om loven vil regulere tekniske spesifikasjoner. Tekniske spesifikasjoner er i artikkel 1 (3) definert som:

"en spesifikasjon, der indeholdes i et dokument, som fastlægger karakteristika for et produkt, som f.eks. kvalitet, brugsegenskaber, sikkerhed, dimensioner, herunder forskrifter for varen vedrørende handelsmæssig betegnelse, terminologi, symboler, prøvning og prøvningsmetoder, emballering, mærkning eller etikettering samt procedurer for overensstemmelsesvurdering."

Begrepet omfatter altså krav som stilles til produkter. Dersom etikkinformasjonsloven vil inneholde et merkekrav, følger det direkte av ordlyden i artikkel 1 (3) at det vil være en teknisk spesifikasjon. Et forespørselskrav eller publiseringskrav vil derimot ikke være omfattet.

Følgene av at en regulering er omfattet av direktivets krav til meldeplikt, er for Norges del at tiltaket må meldes til ESA før det vedtas.²²³ Videre er det en såkalt stillstandsplikt på tre måneder.²²⁴ Plikten

²²⁰ Lov 17. desember 2004 nr. 101 om europeisk meldeplikt for tekniske regler m.m. (EØS-høringsloven).

²²¹ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv (EU) 2015/1535 af 9. september 2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informasjonssamfundets tjenester (kodifikasjon).

²²² Jf. fortalen til direktiv 2015/1535/EU punkt 1.

²²³ Jf. direktiv 98/34/EF (konsolidert) artikkel 8 nr. 1. Se også EØS-høringsloven § 4 første ledd

²²⁴ Jf. direktiv 98/34/EF (konsolidert) artikkel 9 nr. 1 som tilpasset av EØS-komiteens beslutning 16/2001 artikkel 1 nr. 4. Se også EØS-høringsloven § 6.

innebærer at tiltaket ikke kan vedtas før det har gått tre måneder fra ESA har mottatt notifikasjonen. Perioden for stillstandsplikten utvides dersom det kommer inn utførlige uttalelser til forslaget.²²⁵

Avslutningsvis viser vi til at manglende overholdelse av loven innebærer at de aktuelle reglene ikke kan anvendes. Dette følger av praksis fra EU-domstolen,²²⁶ og for norsk retts vedkommende også av EØS-høringsloven § 9.

5.6 Markedsovervåkingspakken – forslag fra Kommisjonen

En eventuell ny lov om etikkinformasjon vil ha en side til harmonisert lovgivning i EU innenfor områdene produktsikkerhet og markedsovervåking. Europakommisjonen la 13. februar 2013 frem forslag om nye regler om sikkerhet ved forbrukerprodukter og økt markedsovervåking. Etter planen skulle forslaget vært ferdig behandlet i Rådet og Europaparlamentet våren 2014 med ikrafttredelse 1. januar 2015.²²⁷ Den såkalte markedsovervåkingspakken med ny produktsikkerhetsforordning og markedstilsynsforordning ligger fortsatt til behandling i Rådet. Det er intern uenighet blant medlemsstatene blant annet om hvorvidt man skal innføre et krav om opprinnelsesmerking av produkter.

Pakken med Kommisjonens forslag ble 22. juni 2013 sendt på høring i Norge.²²⁸ På bakgrunn av høringsrunden ble det fremmet et norsk innspill til EFTA-kommentarer. EFTA-landene sendte felles kommentarer til pakken 2. september 2013.²²⁹ Kommentarene forholder seg både til forslaget om markedstilsyn og til forslaget om forbrukerproduktsikkerhet.

En omstridt bestemmelse i forslaget er en ny artikkel 7 som lyder;

"Indication of the origin

1. Manufacturers and importers shall ensure that products bear an indication of the country of origin of the product or, where the size or nature of the product does not allow it, that indication is to be provided on the packaging or in a document accompanying the product.
2. For the purpose of determination of the country of origin within the meaning of paragraph 1, non-preferential origin rules set out in Articles 23 to 25 of Council Regulation (EEC) No 2913/92 establishing a Community Customs Code²¹ shall apply.
3. Where the country of origin determined in accordance with paragraph 2 is a Member State of the Union, manufacturers and importers may refer to the Union or to a particular Member State."²³⁰

En mulig innføring av et harmonisert krav til opprinnelsesmerking er ikke det samme som en ny lov om etikkinformasjon som er til vurdering her. Det er imidlertid elementer av det samme herunder er formålet med en slik harmonisert bestemmelse oppgitt å være blant annet å sikre like

²²⁵ I.c.

²²⁶ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-194/94 *CIA Security International* premiss 55.

²²⁷ Se EØS-notatbasen

<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2013/mars/forordning-om-produktsikkerhet/id2433006/>

²²⁸ Ref. arkiv sak 2013/1969-13.

²²⁹ <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea/eea-efta-comments/2013/2013-09-02-eea-efta-comment-on-consumer-product-safety-and-market-surveillance.pdf>

²³⁰ COM (2013) 78 final 2013/0049 (COD) PRODUCT SAFETY AND MARKET SURVEILLANCE PACKAGE Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on consumer product safety and repealing Council Directive 87/357/EEC and Directive 2001/95/EC

konkurransforhold og bedre markedsovervåkingen. Hensynet til forbrukeres rett til å bli informert er sentral i begge tilfellene, samt at både opprinnelsesmerking og etikkinformasjon har felles utfordringer når det gjelder hvordan informasjonen skal nå ut til forbrukere, for eksempel merking av produkt, medfølgende dokumentasjon, en internettside osv.

Fra beslutning 768/2008/EF har forslaget til en ny forordning også tatt inn en bestemmelse om at markedsaktørene skal kunne identifisere hvem de har kjøpt et produkt av og hvem de har solgt det videre til (en opp, en ned).

Artikkel 14 lyder som følger;

"Identification of economic operators

1. Economic operators shall, on request, identify the following to the market surveillance authorities:

- (a) any economic operator who has supplied them with the product;
- (b) any economic operator to whom they have supplied the product.

2. Economic operators shall be able to present the information referred to in the first paragraph for a period of 10 years after they have been supplied with the product and for a period of 10 years after they have supplied the product."

Det er uttalelser om kravet til opprinnelsesmerking i fortalen til forslaget som fremhever forbrukerens behov for å få kunnskap om det faktiske produksjonsstedet noe som også fremheves som sentralt i en eventuell ny lov om etikkinformasjon;

"(21) The indication of origin supplements the basic traceability requirements concerning the name and address of the manufacturer. In particular, the indication of the country of origin helps to identify the actual place of manufacture in all those cases where the manufacturer cannot be contacted or its given address is different from the actual place of manufacture. Such information can facilitate the task of market surveillance authorities in tracing the product back to the actual place of manufacture and enable contacts with the authorities of the countries of origin in the framework of bilateral or multilateral cooperation on consumer product safety for appropriate follow up actions."

Markedsovervåkingspakken var tenkt å skulle bidra til styrket forbruker-, arbeidstaker- og miljøbeskyttelse og til at næringsaktører konkurrerer på like vilkår. Den skulle også gi markedsovervåkningsmyndighetene de rette verktøy for å kunne utføre effektiv markedsovervåking av varer. Forordningen om produktsikkerhet oppstiller grunnleggende forpliktelser for markedsaktørene (produsenter, importører og distributører) som tilbydere av forbrukerprodukter, så langt de ikke omfattes av tilsvarende bestemmelser i harmonisert sektorregelverk. Forpliktelsene er utformet etter referansebestemmelsene i beslutning 768/2008/EF, og omfatter blant annet temaer i forbindelse med merking/sporing av produkter, tiltak som skal gjøres dersom produkter som medfører en alvorlig risiko for menneskers helse eller sikkerhet blir funnet, informasjon og samarbeid. Produsenter må utarbeide teknisk dokumentasjon for sine produkter som skal inneholde nødvendige opplysninger for å kunne vurdere om produktene de tilbyr er sikre.

Det er generelt anerkjent at forordningen kan føre til økte kostnader for næringslivet for eksempel ved at den pålegger opprinnelsesmerking av varer. Denne kostnaden ble likevel ikke vurdert av Kommisjonen som uforholdsmessig opp mot øvrige hensyn som skulle beskyttes. Opprinnelsesmerking er imidlertid omstridt.

I 2015 ble det utarbeidet en konsulentrapport om mulige effekter av artikkel 7 med et harmonisert krav til opprinnelsesmerking. Rapporten er i sin helhet tilgjengelig her;

http://ec.europa.eu/consumers/consumers_safety/product_safety_legislation/product_safety_and_market_surveillance_package/docs/indication_origin_study_en.pdf

Rapporten undersøker blant annet forbrukers interesse i opprinnelsesmerking og hvilken betydning slik informasjon har for forbrukere.²³¹

Selv om de foreslåtte bestemmelsene i Kommisjonens markedsovervåkingspakke ikke er identiske med lov om etikkinformasjon, mener vi det har betydelig overføringsverdi i en handlingsromsutredning at Kommisjonen mener det er i samsvar både med primærretten i EU og med WTO-regelverket å stille krav til næringsaktører om informasjon om varers opprinnelse. Forslaget er ikke vedtatt, og det er ikke prøvet for EU-domstolen, men det er ikke noe fra omtalen av forslaget som tyder på at det er tvil rundt det harmoniserte regelverkets kompatibilitet. Vi mener derfor at markedsovervåkingspakken støtter våre generelle vurderinger knyttet til at det er et visst handlingsrom for en lov om etikkinformasjon.

²³¹ Se for eksempel oppsummering på side 6 i rapporten

6 WTO – GATT og TBT

6.1 Innledning

6.1.1 *Generelt*

Tilsvarende som for EØS-vurderingen trukket opp ovenfor må det i første omgang gjøres en vurdering av om loven vil utgjøre et tiltak som rammes av Norges forpliktelser etter Agreement Establishing the World Trade Organization, herunder Annex 1A, General Agreement on Tariffs and Trade av 1947 og 1994 ("GATT") og Technical Barriers to Trade ("TBT").²³²

Gjennom 1990-tallet har både ILO beslutningstakerorganer og WTOs agendainnstillingsmøter diskutert adgangen til å vurdere spørsmål om arbeidsforhold og hvordan handelspolitikken *burde* behandle slike spørsmål.²³³ I WTO har arbeidsforhold vært debattert på ministerkonferanser i Punta del Este i 1986 og i Marrakech i 1994.²³⁴ Debatten har også fortsatt gjennom ministermøtene i Singapore og Seattle i henholdsvis 1996 og 1999.²³⁵ Det vises spesielt til Singapore-deklarasjonen vedrørende ILOs kjerneprinsipper:

“We renew our commitment to the observance of internationally recognized core labour standards. The International Labour Organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards, and we affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalization contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries, particularly low-wage developing countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration.”²³⁶

Siden 1994 har en arbeidsgruppe i ILOs styrende organ om de sosiale dimensjoner for liberalisering av internasjonal handel diskutert hvordan ILO, i en internasjonal økonomi som i økende grad styres av markedskreftene, mest hensiktsmessig kan beskytte og fremme kjerneprinsippene, herunder foreningsfrihet og kollektive forhandlinger, forebygging av barne- og tvangsarbeid og forbud mot diskriminering.²³⁷

6.1.2 *Rettslig utgangspunkt etter WTO-retten*

Hovedforskjellen mellom EØS- og WTO-retten er at man i EØS-retten, som er en regional handels- og tollavtale, har et større fokus på samhandel mellom medlemslandene og unngåelsen av handelsbarrierer dem i mellom. I WTO-retten fokuseres det på likebehandling mellom medlemsstatene, altså at like produkter skal behandles likt, uavhengig om produktet er tilvirket i Norge eller øvrige WTO-medlemsland.

²³² Agreement Establishing the World Trade Organization, tilgjengelig på https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf; General Agreement on Tariffs and Trade 1947 og 1994, tilgjengelig på henholdsvis https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf og https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt.pdf; Agreement on Technical Barriers to Trade, tilgjengelig på https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt.pdf.

²³³ The WTO and International Labour Organization, WTO, tilgjengelig på https://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/wto_ilo_e.htm.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ World Trade Organization : Ministerial Conference, Singapore, 9-13 December 1996, tilgjengelig på https://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/wtodec.htm.

²³⁷ Ibid.

I et WTO-rettslig perspektiv er det i utgangspunktet mulig å kategorisere merke- og informasjonsordninger ut fra tre kriterier:²³⁸

- (1) graden av myndighetsinvolvering – altså om ordningen er administrert av offentlige eller private institusjoner,
- (2) den rettslige effekten – om ordningen er obligatorisk eller frivillig, og
- (3) omfanget – om ordningen gjelder for de fysiske egenskapene og fysiske prosess og produksjonsmetoder, eller om den (i tillegg til eller isolert) dekker prosess og produksjonsmetoder som ikke direkte er produktrelaterte.

Etter kriterium nummer to vil en merke- eller informasjonsordning kunne bli ansett obligatorisk dersom den manglende adgangen til merket, eller negative informasjonen, påvirker produktets faktiske markedstilgang. Også frivillige ordninger kan påvirke det konkurransemessige forholdet mellom lignende produkter.

Da hensynet bak innføringen av det foreslåtte tiltaket er å opplyse forbrukere om produkters tilvirkningsprosess med hensikt å fremme etisk fremstilte varer, er et underliggende formål å påvirke det konkurransen i favør av produsenter, importører, distributører mv. som kan dokumentere etisk forsvarlige produksjonskjeder. Man ønsker altså å gi produkter som tilvirkes i overensstemmelse med norske forbrukeres oppfatning av gjeldende etiske normer, en fordel i markedet, på bekostning av produkter som ikke er etisk tilvirket.

Kriterium nummer tre differensierer mellom produktrelaterte og ikke-produktrelaterte prosess og produksjonsmetoder. Forskjellen mellom prosess- og produksjonsmetoder som er produktrelaterte og prosess- og produksjonsmetoder som ikke er produktrelaterte, er primært at førstnevnte som oftest involverer fysiske og identifiserbare forskjeller, som for eksempel utseende og kvalitet. Sistnevnte vil derimot ikke nødvendigvis manifestere slike fysiske forskjeller. Et eksempel på dette er skoen som tilvirkes (med identiske råvarer og utstyr) av en barne- eller tvangsarbeider, og skoen som tilvirkes av en rimelig avlønnet person. Skoene vil fysisk være identiske. Uavhengig av om skoene er etisk eller uetisk tilvirket vil heller ikke utgjøre noen direkte helse- eller miljømessig differanse for norske forbrukere eller i Norge forøvrig. Den hypotetiske forskjellen mellom skoene er utelukkende tilknyttet den ikke-produktrelaterte prosess- og produksjonsmetoden.

I tradisjonell WTO-rett har denne distinksjonen vært viktig. Kun produktrelaterte forskjeller har gitt grunnlag for å kunne differensiere mellom produkter. Ved innføring av en informasjons- eller merkeordning hvor kun produkter som blir etisk tilvirket, har adgang til merket, er det dermed mulig (i et tradisjonelt handelsrettslig perspektiv) å argumentere for at det foreligger handelsrettslig diskriminering da de to fysisk like produktene forskjellsbehandles. Forskjellsbehandling av WTO-medlemmer er ikke tillatt etter GATT eller TBT. For en nærmere gjennomgang av prosess- og produksjonsmetoder samt vurderingen av om produkter er like, se nedenfor punkt 6.2.2 flg.

6.1.3 Kort om WTOs notifikasjons- og tvisteløsningsmekanismer

WTO-reglene etablerer en notifikasjonsprosedyre, der medlemsland notifiserer sekretariatet og de øvrige medlemslandene om potensielle tiltak som direkte eller indirekte kan påvirke den internasjonale

²³⁸ Vranes, Erich, *Climate Labelling and the WTO: The 2010 EU Ecolabelling Programme as a Test Case Under WTO Law*, March 9, 2010, s. 5; Joshi, *Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organization Agreements?*, JWT 38 (2004) 1, s. 69.

handelen.²³⁹ De øvrige WTO-medlemslandene har rett til å kommentere på disse tiltakene. Så snart tiltaket er vedtatt, kan alle medlemsland som mener seg negativt påvirket, kreve konsultasjon med det medlemslandet som iverksetter det aktuelle tiltaket.²⁴⁰

Dersom konsultasjonen ikke fører frem, kan eksportlandet anmode WTOs tvisteløsningsorgan – Dispute Settlement Body (DSB) – om å opprette et panel som skal avgjøre tvisten.²⁴¹ Hvis en av partene ikke godtar avgjørelsen, foreligger det en gjensidig rett til å kreve den revurdert av klageinstansen – Appellate Body.²⁴² Dersom et panel eller klageinstans avgjør at tiltaket krenker WTO-regelverket, utgir det en rapport. Det innklagede medlemslandet har således tre alternativer: Det kan akseptere rapporten og justere eller fravike tiltaket, alternativt kan det inngå forhandlinger med den andre part for å finne en gjensidig akseptabel løsning. Dersom det innklagede medlemslandet både nekter å etterfølge rapportkravene og inngå forhandlinger, har det krenkede medlemslandet anledning til å kreve kompensasjon.²⁴³ Dersom partene ikke er i stand å bli enige om kompensasjonen innen 20 dager kan det krenkede medlemslandet anmode DSB om å iverksette gjengjeldelsessanksjoner.²⁴⁴ Den mest normale gjengjeldelsesakksjonen vil være en midlertidig tolltariff- og avgiftsøkning av det innklagede medlemslands sentrale produkter.²⁴⁵

6.1.4 Videre fremstilling: Forholdet mellom GATT og TBT

Som et fundament til den videre fremstilling er det nødvendig å fastsette forholdet og hovedforskjellene mellom GATT og TBT. Ingen konkrete bestemmelser i avtalene regulerer forholdet mellom GATT og TBT. Forholdet blir imidlertid drøftet i EC – Asbestos (2001), hvor det ble avgjort at anvendelsen av den ene avtalen ikke prekluderte anvendelsen av den andre. De kan med andre ord anvendes kumulativt i en gitt handelsrettslig tvist.²⁴⁶ I en tvist vil imidlertid TBT i prinsippet måtte vurderes først da denne omhandler mer konkrete og detaljerte regler vedrørende tekniske handelsbarrierer.²⁴⁷

Tilsvarende restriksjonsvurderingen i EØS-retten legger GATT opp til en regel- og unntaksvurdering. Etterfølgelse vurderes først mot WTOs kjerneprinsipper. Dersom et brudd sannsynliggjøres, kan den innklagede argumentere for at bruddet legitimeres av et av unntakene i GATT art. XX. Til forskjell fremmer TBT-avtalen kun et sett positive forpliktelser, og inneholder ingen generell unntaksregel. Som en konsekvens av dette er bevisbyrden for brudd noe høyere under TBT enn GATT. Dette vil bli nærmere gjennomgått under i punkt 6.4 flg.

²³⁹ GATT Art. X; The Legal Texts, The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, World Trade Organization 1999, s. 388-390. ("With regard to their undertaking therein to notify, to the maximum extent possible, their adoption of trade measures affecting the operation of GATT 1994, such notification itself being without prejudice to views on the consistency of measures with or their relevance to rights and obligations under the Multilateral Trade Agreements and, where applicable, the Plurilateral Trade Agreements, Members agree to be guided, as appropriate, by the annexed list of measures.").

²⁴⁰ Se gjennomgangen av TBT-avtalen nedenfor i punkt 6.4; Kevin C. Kennedy, *Resolving International Sanitary and Phytosanitary Disputes in the WTO: Lessons and Future Directions*, 55 Food Drug L.J. 81,85 (2000)

²⁴¹ Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes ("DSU"), 15. Apr. 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, Art. 6.

²⁴² Ibid. Art. 6 og 11.

²⁴³ Ibid. Art 22.2.

²⁴⁴ Ibid. Art 22.2 og 22.6

²⁴⁵ Se forøvrig art. 22.3 flg.

²⁴⁶ WTO, report of the Appellate Body, EC – Asbestos, WT/DS135/AB/R, § 80; Dette i motsetning til forholdet mellom TBT og SPS (The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures) hvor TBT art. 1.5 konkret prekluderer anvendelsen av SPS dersom TBT legges til grunn.

²⁴⁷ Ibid.

Da GATT-avtalen i større grad gir uttrykk for de fundamentale prinsippene som utgjør kjernen av handelsretten, vil denne gjennomgås først, se punkt 6.2 flg. Under punkt 6.4 vurderes TBT-avtalen og en nærmere analyse av om tiltaket utgjør en såkalt teknisk regulering, og om denne er nødvendig for å fremme et gyldig, legitimt formål.

6.2 GATT

6.2.1 Innledning

GATT artikkel I forbyr diskriminering mellom WTO-medlemslandene. Dette omtales gjerne som bestevilkårsprinsippet og innebærer et forbud mot å gi andre medlemsland dårligere vilkår enn øvrige medlemsland. GATT artikkel II forbyr vilkårlig toll og avgift. Av primær interesse for vurderingen av handlingsrommet for å vedta et krav om etisk produktinformasjon er GATT artikkel III(4) og artikkel XI.

GATT artikkel III forbyr diskriminering av utenlandske produkter. Dette kalles gjerne nasjonal behandling og innebærer at medlemsland ikke har lov til å gi innenlandske produkter bedre vilkår på sitt interne marked enn utenlandske produkter. Artikkel XI forbyr enhver kvantitativ restriksjon på import. Artikkel XI nevnes da det er mulig å argumentere for at et merke- eller informasjonskrav er en kvantitativ restriksjon, spesielt ettersom det foreslåtte tiltaket skal være obligatorisk.

Hovedforskjellen mellom artikkel III og XI er at førstnevnte kommer til anvendelse for interne tiltak som påvirker et produkt etter at det har krysset landegrensen, mens sistnevnte omhandler restriksjoner som får virkning ved ankomst på grensen. Rene importforbud må derfor vurderes etter artikkel XI, mens salgsrestriksjoner faller inn under artikkel III. I India – Autos (2002) forklarte WTO-panelet at artikkel III kommer til anvendelse der de konkurransemessige mulighetene i det innenlandske markedet blir påvirket, mens artikkel XI omhandler konkurransemessige importmuligheter isolert, ved at tilgangen til markedet påvirkes gjennom reguleringer.²⁴⁸ I praksis kan det være enklere å bevise brudd på artikkel XI enn artikkel III. Etter artikkel XI er den eneste praktiske forsvarsbeføyelsen artikkel XX, mens etter artikkel III er det også alltid anledning å argumentere for at det ikke er tale om et "*likt*" produkt.²⁴⁹

Hovedfokuset vil i det følgende være GATT artikkel III(4) som forbyr medlemsland fra å påvirke importerte produkters omsettelighet gjennom lovgivning, forskrift eller andre krav slik at produkter fra eksportlandet får dårligere vilkår enn "*like*" innenlandske produkter.

Uavhengig av om tiltaket blir vurdert til å utgjøre et brudd på GATT artikkel III(4) eller XI, vil man ha anledning til å argumentere for at tiltaket legitimeres etter et eller flere av unntakene i GATT artikkel XX, se punkt 6.3 flg.

6.2.2 GATT artikkel III(4)

6.2.2.1 Innledning

Av artikkel III(4) følger det at:

"The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale,

²⁴⁸ India – Measures Affecting the Automotive Sector, WT/DS146, 175/R, §§ 7.218, 7.223.

²⁴⁹ Se Christine Kaufmann, *Globalisation and labour rights (the conflict between core labour rights and international economic law)*, side. 143.

offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product."

Artikkel III(4) er en av de mest prosederte GATT-bestemmelsene.²⁵⁰ I utgangspunktet er det ikke tillatt å påvirke importerte produkters omsettelighet gjennom lovgivning, forskrift eller andre krav slik at produkter fra eksportlandet får dårligere vilkår enn "like" innenlandske produkter.

Det er viktig å presisere at dette kun gjelder offentlige pålegg. Det vil alltid være adgang for private å pålegge merke- eller informasjonskrav i forbindelse med produkters etiske tilvirkningsmetode eller -prosess. En ren oppfordring fra staten om å fremme etikkinformasjon vil sannsynligvis ikke være i strid med regelen, såfremt den ikke indirekte bærer preg av krav eller tvang, eller påfører utenlandske bedrifter indirekte tilleggsutgifter. Bestemmelsen retter seg med andre ord mot offentlige krav som endrer det konkurransemessige landskapet til fordel for nasjonale produkter.²⁵¹

Et sentralt vurderingspunkt relaterer seg til den konkrete muligheten utenlandske produsenter har for å etterfølge norske krav. Generelt vil språkkrav og adgang til informasjon og veiledning spille en rolle. Det vil også være viktig at det ikke skal være uforholdsmessig byrdefullt for de aktuelle produsentene å etterfølge kravene. Spesifikt avhenger dette av den konkrete tilnæringsmetoden man velger, altså om man vedtar et tiltak som omhandler forespørselskrav, publiseringskrav eller merkingskrav (som omtalt ovenfor i punkt 4.2.2.) Dette diskuteres nærmere nedenfor i punkt 6.4 (om TBT-avtalen).

Et annet vurderingspunkt omhandler de enkelte produktenes beskaffenhet, tilgjengelighet og, kanskje viktigst, om produktet eller relevante substitutter faktisk produseres i Norge. Her må svaret i utgangspunktet bli at de aktuelle høyrisiko-produktene som ønskes omfattet (tekstiler, klær, sko, elektronikk og IKT, møbler, kaffe, te, kakao og leker) primært ikke produseres i Norge, det er heller få tilgjengelige substitutter. Noen av produkttypene blir imidlertid produsert i Norge, gjerne noe dyrere og/eller eksklusive versjoner av disse.

Som nevnt er det etter artikkel III(4) ikke tillatt å differensiere mellom importerte og nasjonale produkter som er "like". Dette innebærer at det ikke er lov å gi importerte produkter dårlige kår enn *like* innenlandske produkter. En konkret type skinnsko produsert i Norge vil etter bestemmelsen være *lik* en tilsvarende skinnsko produsert i land B. Det samme gjelder i utgangspunktet også dersom man endrer eksempelet slik at den identiske skoen i Norge er laget av en voksen person etter ordinære norske arbeidsvilkår, mens skoen i land B er laget av et barn eller en tvangsarbeider uten vederlag. Skoene er følgelig ikke objektivt fysisk forskjellige. I teorien er det imidlertid uenighet om de fysiske egenskapene skal være egenrådige. Ideen er at også produksjonsmetoden bør ha betydning for vurderingen om et produkt er "*likt*" eller ikke.²⁵²

6.2.2.2 Likhhet

Å vurdere produkters likhet ved å sammenligne fysiske karakteristika kan i mange tilfeller innby til en omfattende vurdering hvor flere kriterier må vurderes. Et relevant eksempel er US-Clove Cigarettes hvor sigaretter med og uten nelliksmak ble funnet å være *like* produkter, se nærmere om dette i punkt 6.4.4.1.

²⁵⁰ Per 23.03.17 er 98 saker er behandlet/er under behandling av DSU, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A9.

²⁵¹ Se f.eks. Italy — Discrimination against imported agricultural machinery (BISD 7S/60).

²⁵² Se bl.a. Howse & Regan, *The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy*, EJIL (2000), Vol. 11 No. 2. 249-289; Robert Howse, *The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights*, 3 J. Small & Emerging Bus. L. 131 (1999). 260.

Vurderingen blir imidlertid enda mer komplisert når man skal fastslå forskjellen mellom produkter som fysisk sett er identiske, men hvor selve produksjonsmetoden eller -prosessen er forskjellig.

"Like" er ikke definert i GATT artikkel III(4) (og heller ikke i GATT artikkel III(2), TBT artikkel 2 eller artikkel D i TBT Code of Good Practice).²⁵³ En sentral grunn til dette er nyanseforskjellene mellom sakskompleksene og de aktuelle produktene som vurderes. Av samme grunn har også klageorganet utvist en viss forsiktighet for å uttrykke eller skape generaliserte definisjoner.²⁵⁴

Tradisjonelt ville regulatoriske forskjeller basert på ikke-produktrelaterte uetiske produkt- og prosessiltak ikke ha noe påvirkning på likhetsvurderingen i artikkel III(4). Tiltak om informasjonskrav ville dermed være i strid med bestemmelsen. I EC – Asbestos (2001) la klageorganet imidlertid til grunn at helserisikoen assosiert med et produkt, altså en ikke helt direkte ikke-produktrelatert egenskap, kunne være relevant ved vurderingen av likhet.²⁵⁵ Produktet i seg selv var likt i den forstand at begge produktene var isolasjon, forskjellen var at det var små spor av asbest i den ene produktet. I avgjørelsen fremmet klageorganet et sett med konkrete kriterier for å vurdere om et produkt er likt, herunder: (1) likheten av hvordan produktet faktisk anvendes i et gitt marked, (2) hva forbrukerne foretrekker, og (3) produktets egenskaper, karakter og kvalitet.²⁵⁶

For produktinformasjons vedkommende blir særlig kriterium nummer to det aktuelle vurderingstemaet. Et produkt skapt ved uetisk arbeidskraft vil nemlig, etter kriterium nummer 1, være identisk med et som er etisk produsert. Sluttbruket er med andre ord identisk. Det samme gjelder i utgangspunktet også for kriterium nummer 3 vedrørende produktets egenskaper, karakter og kvalitet.

Legger man folkerettslig sedvane til grunn, skal man se hen til konteksten av disse termene, formålet og hensikten med GATT artikkel III og eventuelt GATT- og WTO, samt øvrige generelle folkerettslige forpliktelser.²⁵⁷ I en artikkel fra 2010 som omhandler en tilsvarende problemstilling, argumenterer Professor Erich Vranes for at det vil være relevant for tolkingen å supplere med ordlyden i GATT artikkel III(1) da denne bidrar til å forstå artikkel III som en helhet.²⁵⁸ Etter artikkel III(1) skal nemlig intern regulering "*not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production*". Den eksakte vekten bestemmelsen skal tillegges, er ikke gitt, men det er en generell konsensus om at den overordnede funksjonen til artikkel III er å unngå proteksjonisme – noe som ellers passer godt med det helhetlige hensynet bak WTO-retten.²⁵⁹

I vurderingen av om produktet er "*likt*", blir spørsmålet om tiltaket er av proteksjonistisk natur, herunder om det er et konkurransemessig forhold mellom de beskyttede innenlandske produktene og de utenlandske produktene. Er ikke det tilfellet, vil det sannsynligvis heller ikke være noe proteksjonistisk

²⁵³ Både TBT Art. 2 og Code of Good practice blir videre vurdert nedenfor i punkt 6.4 flg.

²⁵⁴ Se f.eks. Appellate Body, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R – WT/DS10/AB/R, kap. H.1.

²⁵⁵ European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R kap. VI (Klageorganet reverserte tidligere panelavgjørelse da det mente at det tok feil ved å ekskludere helserisiko assosiert med asbest fra vurderingen av "likhet").

²⁵⁶ Ibid. § 88 flg. ("Before examining the Panel's findings under the second and third criteria, we note that these two criteria involve certain of the key elements relating to the competitive relationship between products: first, the extent to which products are capable of performing the same, or similar, functions (end-uses), and, second, the extent to which consumers are willing to use the products to perform these functions (consumers' tastes and habits)").

²⁵⁷ Se også Wienkonvensjonen Art. 31, se også en nærmere vurdering av det rettslige rammeverket under i punkt 6.3.2.

²⁵⁸ Se Vranes ovenfor note 238 på s. 10.

²⁵⁹ Ibid.; Hudec, 'Like Product': *The Differences in Meaning in GATT Articles I and III*, Cottier/Mavroidis, Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law, 2000, s104; GATT Panel Report, Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery, L/899, adopted 23 Oct. 1958, BISD 7S/60.

effekt.²⁶⁰ Mye taler dermed for at artikkel III bør forstås slik at den primært omhandler produkter som er i slikt konkurrerende forhold.²⁶¹

Vranes argumenterer for at denne teorien underbygges videre dersom man tar inn i vurderingen artikkel III(2) annen setning som referer til direkte konkurrerende eller alternative produkter. Etter setningsstrukturen i III(2) første og annen setning er den ment å ha en funksjon som subsidiær klausul som beskytter mot slike direkte konkurrerende eller alternative produkter fra proteksjonistiske tiltak. Som et resultat kan slike produkter bli ansett som en bredere kategori bestående av like produkter som en undergruppe, hvor det konkurransemessige forholdet ytterligere åpenbares.

Vår samlede vurdering er at like produkter primært skal forstås som produkter som er i et konkurransemessig forhold.²⁶²

6.2.2.3 Er etisk tilvirkede og uetisk tilvirkede produkter "like"?

Legger man til grunn vurderingen ovenfor, slik at det avgjørende blir om de aktuelle produktene er i et konkurransemessig forhold, blir det avgjørende spørsmålet om etisk og uetisk tilvirkede tekstiler, klær, sko, elektronikk og IKT, møbler, kaffe, te, kakao, leker osv. er i slikt konkurransemessig forhold. I praksis bør denne vurderingen gjøres spesifikt per konkrete produkt, hvor selve forbrukeroppfatningen legges til grunn. I den følgende vurderingen foretas en generell vurdering av produktene på et overordnet nivå.²⁶³

Ved vurderingen kan man ta US-Clove Cigarettes som utgangspunkt hvor klageorganet fant at smakstilsatte sigaretter var substituttbare med vanlige sigaretter.²⁶⁴ Selv om man *per se* kan si at det er to forskjellige produkter, er det røykoplevelsen og spesielt nikotinen som utgjør det viktigste aspektet for forbrukeren, se nærmere om denne saken under punkt 6.4.4.1.

Anvendt på tiltak som ikke er relatert til fysiske eller faktiske produktkarakteristika eller tilknyttede prosesser, ser man dermed at de ovennevnte produktene teoretisk kan bli ansett som ulike dersom det er høy nok konsensus om forskjellen blant de relevante forbrukerne. Det fordrer imidlertid at man kan finne konkrete holdepunkter for at forbrukere tillegger produktene slik forskjellig verdi at de kan anses som ulike produkter. Vedrørende det norske forbrukermarkedet kan den seneste utviklingen tilsi at forbrukerne har en tendens til å differensiere mellom produkter på bakgrunn av produktets tilvirkningsmetodikk, uavhengig om denne er produkt- eller prosessrelatert, eller ikke.²⁶⁵

Et praktisk og analogisk eksempel er norske forbrukeres valg av produkter som ikke inneholder palmeolje. Ved gjennomføringen av en palmeoljekampanje i 2012 og senere ved gjennomføringen av EU-regelverket om merking av mat, forordning (EU) nr. 1169/2011 om matinformasjon til forbrukerne i slutten av 2014, fikk forbrukere tilgang til spesifikk informasjon om hva slags type olje (utover "vegetabilsk olje") som blir brukt i matprodukter.²⁶⁶ Dette satt forbrukerne i stand til å velge bort matprodukter som inneholder palmeoljeprodukter. Som følge av dette falt palmeoljekonsumsjonen i

²⁶⁰ Se Vranes ovenfor note 238 på s. 11.

²⁶¹ Ibid.; Horn & Mavroidis, Still Hazy after all these years: The Interpretation of National Treatment in the GATT/WTO Case-law on Tax Discrimination, EJIL 15 (2004) 1 på s. 61 (at det i forhold til skattediskriminering, dersom forbrukere behandler to produkter forskjellig så vil ulik skattlegging sannsynligvis ha liten effekt); EC – Asbestos, WT/DS135/AB/R § 117.

²⁶² Sammenlign vurderinger i konkurranseretten av markedsavgrensninger

²⁶³ Se ovenfor om den faktavurderingen som må gjøres for å sikre kompatibilitet med EØS-forpliktelser.

²⁶⁴ Behandles nedenfor, se punkt 6.4.4.1.

²⁶⁵ Sammenlign den faktavurderingen som må gjøres, se note ovenfor.

²⁶⁶ Gjennomført i norsk rett i Forskrift om matinformasjon til forbrukerne (matinformasjonsforskriften) (FOR-2014-11-28-1497).

Norge drastisk, noe som har ført til at matprodusenter og -importører har byttet til andre angivelig mindre miljøskadelige vegetabiliske oljer.²⁶⁷

I likhet med produkter som er uetisk tilvirket, vil heller ikke palmeoljeprodukter primært påvirke norske forbrukere direkte (i form av for eksempel kvalitets- eller helsehensyn) – det er den ikke-produktrelaterte produksjonsmetoden som i størst grad styrer forbrukerens kjøpspreferanser.²⁶⁸ Dette taler for at etisk tilvirkede, og ikke-etisk tilvirkede produkter *ikke er like* i øynene til en del av forbrukermarkedet.

6.2.3 GATT artikkel XI

Av bestemmelsen følger det at:

No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.

Artikkel XI fastsetter at ingen forbud eller restriksjoner annet enn avgifter, skatter eller andre gebyrer, uavhengig av om de er gjort effektiv via kvoter, import- eller eksportlisenser eller andre tiltak, kan bli pålagt eller opprettholdt av et medlemsland for implementeringen av ethvert produkt på et territorium av et annet medlemsland eller på eksporten eller salg for eksport av ethvert produkt bestemt for territoriet til et annet medlemsland.

De mest typiske kvantitative restriksjoner på import er bruken av kvoter eller forbud enten gjennom direkte eller indirekte tiltak. Et eksempel på en indirekte kvote eller et indirekte forbud vil være å kreve lisens for å importere varer.²⁶⁹ Skulle norske myndigheter kreve at de såkalte DIFI-høyrisikoproduktene merkes og således vurderes/sertifiseres i henhold til et sett med etisk krav som et vilkår for videre omsetning i Norge, ville dette sannsynligvis falt innenfor anvendelsesområdet av GATT artikkel XI.

Flere paneler har gjennom GATT/WTOs historie vurdert kravene i artikkel XI.²⁷⁰ I Beef Hormones forbød EU import av storfekjøtt som inneholdt hormoner fra USA og Canada. I Tuna I og II forsøkte USA å forby importen av tunfisk som var fisket ved metoder som skadet delfiner. I Shrimp Turtle forsøkte USA å forby importen av reker som var fanget ved bruk av metoder som var skadelige for sjøskilpadder. I samtlige av disse sakene ble tiltakene ansett for å være brudd på GATT artikkel XI, se likevel mer om vurderingene i disse sakene nedenfor

6.2.4 Oppsummering og videre fremstilling

Gjennomgangen av GATT artikkel III og XI ovenfor illustrerer mengden relevante og tilgjengelige virkemidler WTO-medlemsland har til rådighet for å utfordre et tiltak som omhandler krav om etisk produktinformasjon og -merking. Det finnes imidlertid et viktig unntak fra disse reglene, nemlig GATT

²⁶⁷ Se f.eks. Regnskogfondet, Forbrukersuksess uten sidestykke (01.02.13), <http://www.regnskog.no/no/nyhet/forbrukersuksess-uten-sidestykke>.

²⁶⁸ Se f.eks. Aftenposten.no, Fjerner palmeolje: - Selskapene er livredde for å bli boikottet (02.04.15), <http://www.aftenposten.no/100Sport/sprek/Fjerner-palmeolje---Selskapene-er-livredde-for-a-bli-boikottet-203001b.html>.

²⁶⁹ John J. Emslie, *Labeling Programs as a Reasonably Available Least Restrictive Trade Measure Under Article XX's Nexus Requirement*, Brook. J. Int'l L. 30:2 486 (2005).

²⁷⁰ Se f.eks. Appellate Body Report, EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS/48/AB/R; GATT Dispute Settlement Panel Report on US – Restrictions on Imports of Tuna, DS21/R - 39S/155; GATT Dispute Settlement Panel Report on US – Restrictions on Imports of Tuna, DS21/R - 39S/155; WTO Dispute Panel Report on US – Import Prohibitions of Certain Shrimps and Shrimp Products, WT/DS58/R/Corr.1.

artikkel XX, som bestemmer at et medlemsland har mulighet til å opprettholde handelsinnskrenkende tiltak dersom det er nødvendig for blant annet å beskytte menneske-, dyre- eller planteliv. Flere av disse unntakene behandles i gjennomgangene av de ovennevnte sakene, se nedenfor.

6.3 Unntaket – GATT artikkel XX

6.3.1 Innledning

Under forhandlingene til GATT ble det erkjent at selv om frihandel er viktig, ville det ikke være hensiktsmessig å forkaste andre (og konkurrerende) politiske målsetninger. Det ble derfor ved formuleringen av verdens frihandelsregelverk inkludert et sett med generelle unntak i GATT artikkel XX. Disse gir medlemslandene i begrenset omfang en rett til å handle i strid med de øvrige GATT-forpliktelsene for å forfølge visse legitime politiske målsetninger.

Av unntakene som er spesielt relevante, kan nevnes unntak som er *nødvendig* for å beskytte offentlig moral, XX(a); og menneske-, dyre- og planteliv og helse, XX(b); og tiltak som er *relatert* til produkter produsert ved fengselsarbeid, XX(e).

Det er en varierende mengde panelpraksis som relaterer seg til de opplistede unntakene. Per i dag foreligger det kun et begrenset antall relevante panel- og klageinstansavgjørelser.²⁷¹ Det bemerkes at adgangen til å benytte unntakene er begrenset av innledningsklausulen som utelukker anvendelse der dette innebærer vilkårlig og utilbørlig diskriminering mellom medlemsland hvor samme forhold gjelder, eller dersom det er en skjult restriksjon på internasjonal handel. Dette legger opp til en kompleks vurdering av forholdet mellom artikkel XX og artikkel I, II, III og XI, som fremsetter kjerneforpliktelsene vedrørende bestevilkårsprinsippet, nasjonal behandling og ikke-diskriminering.

GATT tillater med andre ord visse former for diskriminering – såfremt denne ikke er vilkårlig, utilbørlig eller utgjør en skjult restriksjon på internasjonal handel.

Dersom et krav om å fremsette etisk informasjon i forbindelse med diverse forbrukervarer anses å innebære et generelt brudd på artikkel III(4), blir spørsmålet om det likevel er legitimt og kan unntas i henhold til artikkel XX. Vurderingen blir således om

- tiltaket faller under et av de opplistede unntakene; og om
- tiltaket tilfredsstiller innledningsklausulen.

I vurderingen om et tiltak er *nødvendig* skal en se hen til (1) det reelle bidraget etterlevelsestiltaket utretter for håndhevelsen av den aktuelle loven eller forskriften; (2) viktigheten av de aktuelle felles interessene eller verdiene som blir beskyttet; (3) og den medfølgende innvirkningen det har på import og eksport.²⁷²

Balansen mellom ulovlig proteksjonisme og genuine samfunnsmessige tiltak er definert forskjellig for de enkelte unntakene, både i forhold til traktatsteksten og praksis.

²⁷¹ I forbindelse med GATT (1996) er det per 28.03.17 kun 427 saker. Av disse omhandler kun 5 spesifikt GATT art. XX (DS58, DS149, DS297, DS343, DS406), se https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A9.

²⁷² Se bl.a. Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (DS161, 169); United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (DS285).

6.3.2 Forholdet til menneskerettighetene

GATT artikkel XX nevner ikke spesifikt beskyttelsen av menneskerettigheter som konkret unntaksgrunn. Det nærmeste man kommer til dette, er artikkel XX(a) om beskyttelse av "*public morals*", artikkel XX(b) "*human, animal or plant life or health*" og artikkel XX(e) "*prison labor*".

GATT har i nyere tid blitt kritisert for ikke å inkludere noen generell henvisning til menneskerettighetene.²⁷³ I tråd med den endrede internasjonale rettsstilstanden er det mye som taler for en innfortolkning av slike rettigheter, herunder spesielt ILOs kjerneprinsipper. Det er et visst rom for å argumentere for at staters plikter som følge av det multilaterale handelsregimet bør tolkes og implementeres i lys av jus cogens og annen folkerettslige sedvane. Tar man et slikt utgangspunkt er det mye som taler for at internasjonale menneskerettigheter,²⁷⁴ herunder arbeids- og barne- og likestillingsrettigheter skal kunne innfortolkes i internasjonale handelsforpliktelser.

Som vurderingen i det følgende vil vise, bør det kunne legges til grunn at det foreligger *noe* argumentasjonsrom for at et potensielt panel- eller klageorgan vil godta etikkinformasjonsstiltak som en relevant unntaksgrunn i henhold til artikkel XX. Dette fordrer imidlertid som et minimum at tiltaket genuint søker å inkorporere ILOs kjerneprinsipper og/eller andre menneskerettighetsforpliktelser. Et viktig moment for adgangen til å innfortolke slike prinsipper er at de involverte landene er tilsluttet de aktuelle menneskerettstraktatene som gjøres gjeldende.

Relevante kilder til internasjonal handels-, arbeids-, og menneskerettigheter består av generelle rettsprinsipper, sedvanerett, multilaterale og bilaterale traktater og etablerte tolkningsprinsipper. Jus cogens-forpliktelser har forrang ved motstridende traktatrett, dette inkluderer multilaterale handelstraktater som WTO-avtalen.²⁷⁵ Også innholdet av øvrige multilaterale traktater inngått mellom stater og internasjonale organisasjoner er bindende for medlemsstatene. En annen relevant kilde er nasjonal sedvane. Sammenstilt kan man si at innholdet i de forskjellige rettskildene utgjør, eller i det minste legger premissene for, hva som ansees som generell folkerett.

Et veletablert folkerettslig prinsipp er at folkerettslige forpliktelser, uavhengig av om disse springer ut av multilaterale handels- og investeringstraktater, skal tolkes i lys av de øvrige relevante internasjonale rettskildene. I henhold til Wienkonvensjonen artikkel 31, som for øvrig gir uttrykk for internasjonal sedvane, skal traktatforpliktelser først og fremst opprettholdes i slik begrenset grad at de ikke kommer i konflikt med jus cogens-normer. For det andre skal traktater tolkes i samsvar med deres ordinære mening og i lys av deres formål og hensikt. I denne sammenheng skal man blant annet legge til grunn øvrige, relevante folkerettslige regler som foreligger mellom partene.²⁷⁶

I konteksten arbeids- og barne- og likestillingsrettigheter foreligger det en mengde relevante folkerettslige kilder. Disse suppleres av sedvanerett, nasjonal rett og generelle folkerettslige forpliktelser. Sammenstiller en dette med en tidligere WTO-klageinstansrapport, hvor det fremkommer at GATT ikke skal tolkes i isolert, eller i et vakuum, taler mye for en innfortolkning av disse kildene.²⁷⁷

²⁷³ Se f.eks. Brown et al, *Labor Standards and Human Rights: Implications for International Trade and Investment*, IPC Working Paper Series Number 19; Janelle Diller & David Levy, *Child Labor, Trade and Investment: Toward the Harmonization of International Law*, Am. J. Int'l. L., vol. 91, No. 4, Oct. 1997; Keith E. Maskus, *Should Core Labor Standards be Imposed Through International Trade*, Policy, Dep't of Econ., Uni. Col.

²⁷⁴ Diller & Levy (note 273) på s. 666.

²⁷⁵ Se ovenfor note 273.

²⁷⁶ 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties art. 31.

²⁷⁷ US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Appellate Body Report, WT/SD2/AB/R s. 17 flg.

Traktater som omhandler og regulerer slike arbeids- og barne- og likestillingsrettigheter mellom stater, kan sies å gi et uttrykk for hva som man anser å være (eller i det minste burde være) generelle folkerettslige regler. Gode grunner taler for at disse generelle reglene kan tillegges vekt ved tolkingen og implementeringen av spesialiserte, regulatoriske ordninger, slik som GATT/WTO. Det vises for øvrig til FN-pakten artikkel 103 som pålegger medlemsstater å gi FN-pakten forrang over alle andre folkerettslige avtaler. Flere folkerettslige eksperter har uttalt at som en del av menneskerettighetsforpliktelsene i FN-pakten kan også utledes internasjonal sedvane og traktatfestede menneskerettigheter²⁷⁸ og fundamentale ILO arbeidsrettigheter, herunder organisasjonsfrihet og rett til kollektive forhandlinger, forbud mot tvangsarbeid, barnarbeid og diskriminering på arbeidsplassen.

Så langt vi kjenner til foreligger det per i dag ingen panelavgjørelser som direkte gir uttrykk for at menneskerettigheter kan innfortolkes ved vurderingen av GATT. Det er derfor vanskelig å angi de konkrete grensene for en slik innfortolkning. Vår vurdering er imidlertid at rettskildene samlet sett taler for at en slik adgang ikke er utelukket, se nærmere nedenfor.

6.3.3 Art. XX(a): *Public Morals*

Bestemmelsen omhandler tiltak som er nødvendige for å beskytte offentlig moral – "*measures ... necessary to protect public morals*". Unntakets ordlyd er relativt bredt, og kan i teorien dekke tiltak som fremmer menneske-/arbeidstakerrettigheter. I panelpraksis har "public morals" blitt definert som "*standard of right and wrong conduct maintained by or on behalf of community or nation.*"²⁷⁹ I dagens rettsamfunn er det ikke usannsynlig at arbeidstakerrettigheter anses som en "*standard of right*". Se også som eksempel Grunnloven kapittel E, herunder spesielt § 92 om sikring av menneskerettigheter, § 109 om retten til utdanning, og § 110 om retten til arbeid.

Den ekstraterritoriale effekten innfortolkningen av et krav om beskyttelse av menneskerettigheter i andre land kan imidlertid også være problematisk. Det er generelt begrenset anledning for stater til å regulere andre staters anliggende, jf. bl.a. suverenitetsprinsippet. Bestemmelsen for øvrig uttrykker ingenting verken for eller i mot anvendelse av bestemmelsen internt eller eksternt.

Spørsmålet blir om et panel eller en klageinstans ville akseptert argumentet om at krav om etisk informasjon falt innenfor artikkel XX(a)-unntaket. I US-Shrimp ble en restriksjon på import av fornybare naturressurser isolert sett ansett legitimt i lys av fellesskapets samtidige bevisstgjøring av miljøvern; klageorganet uttalte nettopp at:²⁸⁰

"The words of Article XX(g), "exhaustible natural resources", were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter **in the light of contemporary concerns** of the community of nations about the protection and conservation of the environment. While Article XX was not modified in the Uruguay Round, the preamble attached to the *WTO Agreement* shows that the signatories to that Agreement were, in 1994, fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy. The preamble of the *WTO*

²⁷⁸ Som blant annet: Universal Declaration of Human Rights, Convention on the Rights of the Child, International Covenant on Civil and Political Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Charter of the Organization of American States, the African Charter on Human and Peoples' Rights, the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, the World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children, the Copenhagen Declaration on Social Development, the Vienna Declaration on Human Rights, the Beijing Platform of Action.

²⁷⁹ United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services ("U.S.—Gambling") WT/DS285/AB/R §296.

²⁸⁰ United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, § 129.

Agreement -- which informs not only the GATT 1994, but also the other covered agreements -- explicitly acknowledges "the objective of *sustainable development*":

The *Parties* to this Agreement,

Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted *with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services*, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the *objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so* in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development" (vår utheving).

Hvis slik 'samtidig bekymring' ble tatt til betraktning ved tolkingen av artikkel XX(g), tilsier det at bestemmelsens omfang også for de øvrige artikkel XX-unntakene, herunder XX(a), bør kunne tolkes bredt nok til at også hensynene bak krav om produktmerking eller informasjon faller inn under anvendelsesområdet. Legger man til grunn WTO-avtalens fortale, slik klageorganet gjør, skulle hensynet til "*raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand... objective of sustainable development*" trekke i retning av en innfortolkning av menneskerettigheter/arbeidstakerrettigheter.

Som nevnt ovenfor i punkt 6.3.2, vil det være nærliggende å kunne anvende fundamentale menneskerettigheter, som i motsetning til miljøargumentasjon vedrørende et snevert havområde, har relevans for alle mennesker. Det bemerkes videre at det store flertallet av WTO-medlemmene har ratifisert FN-pakten og flere av de assosierte menneskerettighetstraktene. Å kreve etisk produktinformasjon eller -merking vil dermed ikke nødvendigvis innebære noen ekspansjon utover det de aktuelle WTO-landene allerede har akseptert av internasjonale forpliktelser. En potensiell innsigelse mot et etisk produktinformasjonskrav fordi det aktuelle landet godtar uetisk fremstilling av produkter, vil således kunne innebære et brudd på øvrige folkerettslige forpliktelser.²⁸¹

Etter det vi kjenner til så foreligger det ikke noe konkret panelpraksis som tilsier at artikkel XX(a) er et gyldig unntak for tiltak som implementerer krav om etisk produktinformasjon. Hensynet for fleksibel og samtidig tolking av avtalebestemmelsen taler imidlertid for at slik adgang kan innfortolkes, men denne vurderingen er usikker, og rettsområdet er i kontinuerlig utvikling.

6.3.4 *Artikkel XX(b): Human Life and Health*

Bestemmelsen dekker menneskers, dyrs og planters liv og helse - "*measures ... necessary to protect human, animal or plant life or health.*" Tradisjonelt dekker bestemmelsen staters adgang til å regulere produkter som er ansett helsefarlige (som for eksempel blyholdig bensin og asbest). Det er ikke øyeblikkelig åpenbart om dette også skulle gjelde for generelle menneskerettigheter knyttet til for eksempel arbeidstakerrettigheter.

De samme hensynene som omtalt over i punkt 6.3.3 om GATT artikkel XX(a), herunder en dynamisk og samtidig fortolkning av bestemmelsens ordlyd, kan også gjøres gjeldende for artikkel XX(b). Ser man til nyere panelpraksis, er det en del som tilsier at rettigheter utledet av blant annet av ILO-konvensjonene, som for eksempel organisasjonsfrihet og rett til kollektive forhandlinger, og forbudet mot tvangsarbeid,

²⁸¹ Se mer om dette under vurderingen av TBT under i punkt 6.4.

barnearbeid og diskriminering på arbeidsplassen, gjennom en dynamisk fortolking *kan* innfortolke brudd på disse reglene som en trussel for liv eller helse.²⁸²

Tiltak som sikter på å begrense importen av produkter som for eksempel tilvirkes ved å utnytte barnearbeidskraft, vil neppe innebære noe endring av øvrige WTO-medlemslands offisielle politiske målsetninger. Man kan dermed unngå problematikken vedrørende ekstraterritoriell virkning. Det samme gjelder sannsynligvis også i forbindelse med helserisikoen forbundet med tvangsarbeid.

6.3.5 Artikkel XX(e): *Prison Labor*

I motsetning til XX(a) og (b), som krever at tiltaket skal være *nødvendig* ("*necessary*") for å beskytte legitime interesser, krever XX(e) kun at tiltaket skal være *relatert til* ("*related to*") – "*measures ... relating to the products of prison labour.*" Det tilsier en tilgjengelighet av et videre spekter av tiltak. For å være lovlig i henhold til innledningsklausulen er det i praksis etablert at tiltaket, som et minimum, må være rettet mot beskyttelsen av det aktuelle hensynet.²⁸³

Det er uenighet om hvorvidt det er de handelsrettslige og/eller menneskerettslige aspektene som primært skal gjøres gjeldende. Angående de handelsrettslige aspektene er det altså den konkurransevridende effekten fangearbeid medfører ved at produktene produseres med veldig liten eller ingen lønn, mens spørsmålet for de menneskerettslige aspektene blir om også fundamentale arbeidsrettigheter slik de er identifisert av ILO, skal innfortolkes. Å kreve at forbrukere skal bli informert om varer er produsert av fangearbeidere, vil sannsynligvis falle inn under unntaket. Det er imidlertid problematisk å strekke bestemmelsen slik at den også inkluderer øvrige menneskerettigheter som for eksempel arbeidstakerrettigheter.

6.3.6 Sammenhengs- og nødvendighetskravet

I tillegg til å plassere tiltaket innenfor et av de ovennevnte unntakene vedrørende "*public morals*" og "*human life and health*" må tiltaket være nødvendig for å nå det aktuelle formålet. For "*prison labour*" må tiltaket som nevnt kun være relatert til dette.²⁸⁴ For å belyse sammenhengs- og nødvendighetskravet er det hensiktsmessig å vise til Thai - Cigarettes.²⁸⁵

6.3.6.1 Thai Cigarettes

Saken omhandler Thailands restriksjoner samt disproporsjonale skattlegging av importerte sigaretter. Panelet fant at skattleggingen av sigarettene var i overensstemmelse med artikkel II, men at Thailand likevel krenket artikkel XI(1) da det ikke hadde blitt gitt lisenser for import av sigaretter på over 10 år.

Vedrørende vurderingen av artikkel XX hevdet Thailand at importerte utenlandske sigaretter var mer helseskadelige enn thailandske, og at tiltaket derfor var nødvendig for å beskytte menneskers helse, jf. artikkel XX(b).²⁸⁶ Videre hevdet Thailand at sigarettøyking underminerte GATTs fortale som uttrykkelig sier, blant annet, at målet er å øke levestandarden og dermed sikre full sysselsetting og øke realinntektene.²⁸⁷ USA hevdet på sin side at Thailand kunne nå disse målene ved hjelp av mindre

²⁸² I *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (WT/DS135/R)* referer partene til ILO flere steder.

²⁸³ Se f.eks. *Canada - Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon (L/6268 - 35S/98)*, panelet diskuterte XX(g), men vurderingen av "related to" er uansett relevant for vurderingen av XX(e).

²⁸⁴ Laura Yavitz, *The WTO and the Environment: The Shrimp Case that Created a New World Order*, 16 J. Nat. Resources & Envtl. L. 203 215 (2002).

²⁸⁵ *Thailand - Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, United States v Thailand, DS10/R - 37S/200.*

²⁸⁶ *Ibid.* § 14 flg.

²⁸⁷ *Ibid.*

diskriminerende tiltak som gjennom utdanning og folkeopplysning, og at det ikke var hensiktsmessig å innskrenke import når thailandere uansett har et høyt forbruk av innenlandsk tobakk.²⁸⁸

Panelet var i utgangspunktet enig i at røyking er en seriøs risiko for menneskers helse, men tiltaket måtte likevel komme over nødvendighetsterskelen.²⁸⁹ Det kunne med andre ord ikke foreligge alternative tiltak som er like eller mindre byrdefulle i henhold til GATT.²⁹⁰

I dette tilfellet fant panelet at et mindre byrdefullt tiltak ville være å pålegge tobakksprodusenter en ikke-diskriminerende merkeordning slik at man enklere kunne kontrollere innholdet av sigaretter og også øke forbrukerbevissthet vedrørende farene tilknyttet tobakksrøyking. Videre kunne et slikt krav formuleres slik at alle ingredienser skulle opplyses, samtidig som man forbød særlig skadelige stoffer uten hindring av artikkel III(4). Et annet forslag var å innføre forbud mot tobakksreklame av både innenlandske- og utenlandske tobakksprodukter.

6.3.7 Innledningsklausulen (*Chapeau*)

Hvis tiltaket tilfredsstillende et av de ovennevnte kravene i XX(a-j), i tillegg til sammenhengskravet, må en avslutningsvis avgjøre om tiltaket er i overensstemmelse med innledningsklausulen:

"Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of [the] measures [enumerated in Art. XX (a) – (j)]."

Adgangen til å innføre tiltak for å fremme menneske- og arbeidstakerrettigheter avhenger av en faktisk vurdering av om det innebærer vilkårlig eller utilbørlig diskriminering eller en skjult handelsrestriksjon.

I denne sammenheng vises det til US-Shrimp, hvor klageinstansen fant at USA hadde krenket innledningsklausulen.²⁹¹ Det var flere faktorer som la grunnlaget for konklusjonen, men av spesiell interesse for spørsmålet om utilbørlig diskriminering var tiltakets tvingende effekt. Tiltaket tvang nemlig de øvrige WTO-medlemmene til å implementere "*essentially the same policy*" som tiltakslandet, uten å legge til grunn de konkrete forholdene hos de øvrige medlemmene.²⁹² En annen faktor var at tiltakslandet innledet forhandlinger med noen land, men ikke med andre. Klageinstansen fant også at det forelå vilkårlig diskriminering da tiltaket hadde begrenset fleksibilitet. Også myndighetenes konkrete fremgangsmåte for vurdering og sertifisering av produktene, samt liten transparens og forutsigbarhet, styrket denne oppfatningen.

6.4 TBT-avtalen

6.4.1 Innledning

Technical Barriers to Trade (TBT)-avtalen trådte i kraft 1. januar 1995 og er bindende for alle WTO-medlemmer.²⁹³ Avtalen deler flere fundamentale prinsipper med de øvrige WTO-avtalene, herunder

²⁸⁸ Ibid. § 12.

²⁸⁹ Ibid. §§ 73-81.

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58.

²⁹² WT/DS58/AB/R § 161.

²⁹³ TBT-avtalen er tilgjengelig via følgende nettside: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt.pdf.

prinsippene om ikke-diskriminering og bestevilkår, fremme av staters forutsigbare tilgang til markeder, teknisk bistand, samt å gi utviklingsland spesiell og differensiert behandling for gjennomføring av avtalen. TBT-avtalen fungerer som en forlengelse av WTO-rammeverket og omhandler konkret tiltak som ikke gjelder toll og avgift i tradisjonell forstand. TBT-avtalen omhandler såkalte tekniske reguleringer og standarder, samt prosedyrer for samsvarsvurdering.

I det følgende begrenses vurderingen til tekniske reguleringer, som i motsetning til standarder, involverer obligatoriske krav/tiltak.

TBT-avtalen regulerer staters forberedelse og anvendelse av regulatoriske tiltak som kan påvirke varehandelen. Avtalen oppfordrer sterkt til bruken av internasjonale standarder og understreker behovet for å unngå unødvendige handelsbarrierer. Videre fremmer den et detaljert regelverk for å avklare prosessene i forbindelse med forberedelse, vedtakelse og håndheving av tekniske reguleringstiltak gjennom hele den regulatoriske livssyklusen.

Tekniske reguleringer kan være et effektivt og legitimt verktøy for å fremme offentlige interesser på bekostning av den frie handel, såfremt det er for, blant annet, å beskytte menneskers helse og miljø. På den annen side kan slike tiltak misbrukes ved å beskytte nasjonale produsenter fra utenlandske konkurrenter. De kan også være unødvendig handelsrestriktive. Slike tiltak er ofte teknisk komplekse, mindre transparente og vanskeligere å kvantifisere enn ordinære toll- og avgifter. Målet med TBT-avtalen er således å balansere myndigheters legitime regulatoriske tiltak med de øvrige hoveddisiplinene under WTO-retten som unngåelsen av unødvendige handelsbarrierer.

6.4.2 Nøkkelpunktene

Nøkkelpunktet i TBT avtalen er artikkel 2, jf. punktene 2.1 og 2.2. Disse består av flere parallelle og lignende krav som GATT artikkel III(4). Det er imidlertid viktig å presisere at det er flere mindre, men viktige, nyanseforskjeller.

Av TBT-avtalen artikkel 2.1 følger det at:

"Members shall ensure that in respect of technical regulations, products imported from the territory of any Member shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin and to like products originating in any other country."

Bestemmelsen legger til grunn det fundamentale ikke-diskrimineringskravet. Importerte produkter skal ikke gis dårligere behandling enn "*like*" innenlandske produkter.

TBT avtalen artikkel 2.2 legger til grunn at:

"Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create. Such legitimate objectives are, *inter alia*: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, *inter alia*: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products."

Artikkel 2.2 dekker øvrige ikke-diskriminerende tiltak, herunder at tekniske reguleringer ikke skal forberedes, vedtas eller tas i bruk med hensikt å påvirke eller skape effekten av en unødvendig hindring av internasjonal handel. Tekniske reguleringer skal altså ikke være mer handelsrestriktive enn *nødvendig*

for å fremme et legitimt formål som tar til etterretning risikoen den manglende oppfyllelse kan skape. Legitime interesser er blant annet nasjonale sikkerhetskrav, *forebygging av villedende praksis, beskyttelse av menneskers helse eller sikkerhet, dyre eller planteliv- eller helse, og miljø.*

Vurderingen skal gjøres opp mot blant annet tilgjengelig vitenskapelig og teknisk informasjon, relevant gjennomføringsteknologi eller produktets tiltenkte sluttbruk. Som gjennomgangen nedenfor viser, ligner denne bestemmelsen på sammenheng- og nødvendighetskravet som omtalt ovenfor i punkt 6.3.6 vedrørende GATT artikkel XX.

6.4.3 Øvrige relevante TBT-bestemmelser

I tillegg til disse nøkkelpunktene er det for den videre forståelsen av TBT-avtalen nødvendig å nevne punktene 2.3, 2.4 og 2.9.

Av artikkel 2.3 følger det at tekniske reguleringer skal opphøre dersom forholdene eller formålet opphører, eller hvis endrede forholdet eller formålet kan behandles på en mindre handelsrestriktiv måte.²⁹⁴

Artikkel 2.4 legger til grunn viktigheten av internasjonale standarder for tekniske reguleringer.²⁹⁵ Av bestemmelsen følger det at dersom det allerede, eller snarlig, foreligger en tilsvarende internasjonal standard, skal medlemslandet ta i bruk denne som basis for dets tekniske regulering, unntatt når slik standard vil være ineffektiv eller uegnet for å oppfylle de legitime interessene man søker gjennomført, for eksempel som følge av fundamentale klimatiske eller geografiske faktorer eller grunnleggende teknologiske problemer.

I alle tilfelle skal medlemslandet, på forespørsel fra et annet medlemsland, forklare begrunnelsen for den tekniske reguleringen. Hvis det ikke foreligger noen relevant internasjonal standard eller hvis innholdet av en foreslått teknisk regulering ikke er i samsvar med det tekniske innholdet av relevante internasjonale standarder, og hvis den tekniske reguleringen kan ha betydelig påvirkning på andre medlemslands handel, skal medlemslandet publisere et varsel på et hensiktsmessig tidspunkt i prosessen, slik at alle interessenter kan gjøre seg kjent med forslaget.²⁹⁶

I artikkel 2.9 følger det at medlemslandet skal notisere de øvrige medlemmene gjennom Sekretariatet om de produkter som skal dekkes, samt den foreslåtte tekniske reguleringen, sammen med en kort gjennomgang av formålet.²⁹⁷ Slik notifikasjon skal finne sted på et tidlig tidspunkt i prosessen slik at endringer fremdeles kan bli introdusert og kommentarer tas til etterretning.²⁹⁸

²⁹⁴ TBT-avtalens art. 2.3 ("Technical regulations shall not be maintained if the circumstances or objectives giving rise to their adoption no longer exist or if the changed circumstances or objectives can be addressed in a less trade-restrictive manner").

²⁹⁵ TBT-avtalens art. 2.4 ("Where technical regulations are required and relevant international standards exist or their completion is imminent, Members shall use them, or the relevant parts of them, as a basis for their technical regulations except when such international standards or relevant parts would be an ineffective or inappropriate means for the fulfilment of the legitimate objectives pursued, for instance because of fundamental climatic or geographical factors or fundamental technological problems").

²⁹⁶ TBT-avtalens art. 2.9 jf. 2.9.1 ("Whenever a relevant international standard does not exist or the technical content of a proposed technical regulation is not in accordance with the technical content of relevant international standards, and if the technical regulation may have a significant effect on trade of other Members, Members shall: publish a notice in a publication at an early appropriate stage, in such a manner as to enable interested parties in other Members to become acquainted with it, that they propose to introduce a particular technical regulation").

²⁹⁷ TBT-avtalens art. 2.9.2 ("[Members shall]: notify other Members through the Secretariat of the products to be covered by the proposed technical regulation, together with a brief indication of its objective and rationale. Such notifications shall take place at an early appropriate stage, when amendments can still be introduced and comments taken into account").

²⁹⁸ Ibid.

På forespørsel skal medlemslandet tilby øvrige medlemmer innsikt eller kopier av den foreslåtte tekniske reguleringen og, om mulig, identifisere de deler som i substans avviker fra relevante internasjonale standarder.²⁹⁹ Uten diskriminering skal medlemslandet gi rimelig tid til øvrige medlemmer for å gi skriftlige kommentarer, diskutere kommentarene ved forespørsel og legge til grunn disse skriftlige kommentarene og resultater av disse diskusjonene.³⁰⁰ Videre skal medlemslandet sette et rimelig intervall mellom publikasjonen av den tekniske regulering frem til ikraftsetting for å gi produsenter i eksportmedlemslandene tilstrekkelig tid til å tilrettelegge deres produkter eller *produksjonsmetoder*.³⁰¹

I det følgende vurderes de enkelte nøkkelbestemmelsene i forhold til problemstillingene som følger av oppdragsbeskrivelsen.

6.4.4 Nasjonal- og bestevilkårsbehandling – Artikkel 2.1

I nyere WTO-rettslig sammenheng er det primært tre saker som fastsetter vurderingsgrunnlaget for tekniske reguleringer av tiltak relatert til ikke-produktrelaterte produksjonsmetoder, herunder produktmerking. Disse er US- Clove Cigarettes, US-Tuna II (Mexico) og US-COOL.

6.4.4.1 US - Clove Cigarettes

I US-Clove Cigarettes var problemstillingen om amerikanske myndigheters salgsforbud av smaktilsatte sigaretter innebar diskriminering.³⁰² Mentolsigaretter var unntatt forbudet. Sigaretter med vanlig og mentolsmaktilsatt tobakk utgjorde størstedelen av tobakksmarkedet i USA, og amerikanske produsenter sto for mesteparten av produksjonen. De amerikanske produsentene ble således ikke påvirket av tiltaket. Tiltaket rammet imidlertid spesielt Indonesia som sto for en betydelig del av den globale smaktilsatte tobakksindustrien og særlig tobakk med nelliksmak.

Panelet måtte spesifikt vurdere to spørsmål, nemlig om produktene var "*like*" og om det importerte produktet ble gitt mindre gunstig behandling. Vedrørende det første spørsmålet kom panelet til at spørsmålet ble om produktene *konkurrerer* i samme marked. Klageorganet presiserte dette videre ved at regulatoriske hensyn, som beskyttelse av helse, kan være relevante ved vurderingen av om produkter er *like* – i den utstrekning dette påvirker det konkurransemessige forholdet mellom produktene.

I dette tilfellet fant både panelet og klageorganet at nellik- og mentolsigaretter var konkurrerende produkter og således var like i TBT-avtalens forstand. Ved vurderingen av spørsmålet om det utenlandske produktet ble gitt mindre gunstig behandling, formulerte panelet spørsmålet slik at man skal vurdere om den tekniske reguleringen, i det relevante markedet, endrer konkurranseforholdet i disfavør av importerte varer.

I vurderingen var det ikke nødvendig å vise til en formell forskjellsbehandling mellom de importerte og lokale produktene da både *de jure* og *de facto* forskjellsbehandling omfattes.³⁰³ Med andre ord blir spørsmålet: er den skadelige følgen av reguleringen et resultat av legitime regulatoriske distinksjoner, eller som en følge av skjult diskriminasjon mot en gruppe importerte produkter? I vurderingen må man se hen til designet, arkitekturen, strukturen, operasjonen og bruken av den tekniske reguleringen.

²⁹⁹ TBT-avtalens art. 2.9.3 ("[Members shall]: upon request, provide to other Members particulars or copies of the proposed technical regulation and, whenever possible, identify the parts which in substance deviate from relevant international standards").

³⁰⁰ TBT-avtalens art. 2.9.4. ("[Members shall]: without discrimination, allow reasonable time for other Members to make comments in writing, discuss these comments upon request, and take these written comments and the results of these discussions into account").

³⁰¹ Ibid.

³⁰² United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (WT/DS406).

³⁰³ Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (WT/DS161, 169).

I den aktuelle saken argumenterte USA for at diskrimineringen var legitim da man risikerte å måtte behandle flere millioner amerikanerne som var avhengige av mentolsigaretter. I tillegg ville et forbud kunne bidra til at det ble skapt et svart marked for ulovlige mentolsigaretter. Panelet var ikke enig og uttrykte at det uansett ved vedtakelsen av reguleringen ikke var noe etablert marked for salg av sigaretter med andre smaker enn mentol, som allerede utgjorde 25 % av markedet og en ytterligere betydelig andel yngre røykere.

Etter panelets mening ville den primære effekten av å forby salg av sigaretter med andre smaker enn mentol være beskyttelsen av amerikanske tobakkprodusenter på bekostning av tredjelands tobakkprodusenter. I ankerunden kom klageinstansen til samme konklusjon og presiserte ytterligere at produkter som er ulovlige etter den amerikanske reguleringen, hovedsakelig besto av nelliksigaretter som ble importert fra Indonesia, mens vanlige sigaretter (inkludert mentolsigaretter) fremdeles var unntatt. Da de forskjellige typene sigaretter ble ansett som *like* produkter, innebar differensieringen faktisk forskjellsbehandling og var således ikke tillatt etter TBT-avtalen artikkel 2.1.

6.4.4.2 US-Tuna II (Mexico)

For en nærmere avklaring av artikkel 2.1 vises det til US-Tuna II som relaterer seg til diverse amerikanske tiltak relatert til import, markedsføring og salg av tunfiskprodukter. Spesifikt rettet tiltakene seg mot merking av tunfiskprodukter som "delfinsikre".³⁰⁴ Ifølge USA skulle man gjennom en slik merkeordning gi forbrukere informasjon om hvorvidt tunfisken var fanget på en delfinsikker måte. Hensikten var at man ved å gi slik informasjon ville fraråde eller motvirke forbrukerkjøp av tunfisk og således hjelpe med å beskytte delfinbestanden. Mexico argumenterte imidlertid for at tiltakene hindret meksikansk tunfiskeksport samtidig som den ignorerte konkrete bestemmelser i en multilateral traktat som begge partene var medlem av (Agreement on the International Dolphin Conservation Program (AIDCP)). AIDCP har blant annet som formål å beskytte delfiner fra tunfiske og har en egen merkeordning for delfinsikker tunfiske.

Hensikten med den amerikanske reguleringen var at deler av AIDCP, i kombinasjon med øvrige relaterte reguleringer, samt en avgjørelse av en føderal domstol, skulle utgjøre grunnlaget for tilgangen til merket.³⁰⁵ Ved vurderingen av om et tunfiskprodukt skulle få tilgang til merkeordningen, skulle det vurderes opp mot fire primære kriterier: (1) om fangsten skjedde i eller utenfor den østlige del av det tropiske Stillehavet (dette kriteriet ble senere endret til å gjelde alle havområder, dog med forskjellige sertifisering/rapporteringsplikter), (2) hva slags utstyr som ble brukt (med eller uten snurpenot), (3) type interaksjon mellom tunfisk- og delfinstimer (om det var jevnlig interaksjon), og (4) nivået av delfindødelighet eller alvorlig skade. Et viktig aspekt i tvisten omhandlet behandlingen av tunfisk som ble fanget ved at man med hensikt omringet delfiner ved hjelp av snurpenot. Dette var nemlig en vanlig fangstmetode i den østlige del av det tropiske Stillehavet og primære metode brukt av meksikanske fiskere.

En aktuell problemstilling i saken var om den negative handelspåvirkningen påført de aktuelle meksikanske tunfiskproduktene var et resultat av tiltaket isolert, eller om det var en følge av private parters handlinger. Som nevnt ovenfor blir spørsmålet om myndighetenes handling påvirker forholdene mellom *like/konkurrerende* lokale og importerte produkter i et gitt marked. Her fant panelet, og senere klageorganet, at tilgangen til markedet avhang av etterlevelsen av reguleringens vilkår. Derfor, og i den grad tilgang til merket gir en fordel, kommer fordelene selvstendig av tiltaket. Den eksakte verdien av

³⁰⁴ United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, US – TUNA II (MEXICO) (DS381).

³⁰⁵ Earth Island Institute v. Hogarth 484 F.3d 1123 (9th Cir. 2007).

fordelen som er gitt ved tilgang til merket i det aktuelle markedet, avhenger av den kommersielle verdien som det tillegges av markedsaktørene, inkludert forhandlere og forbrukere.

Videre fant panelet at det er amerikanske forbrukere som bestemmer om de ønsker å kjøpe delfinsikre produkter, og dette følger av deres eget valg og ikke tiltaket. Klageinstansen var imidlertid ikke enig, og uttalte at selv om det er et faktum at den handelspåvirkningen meksikanske tunfiskprodukter led, muligens involverte enkeltelementer av privat valg, ble ikke USA fritatt fra ansvaret sitt etter TBT-avtalen. Det avgjørende var dermed om tiltaket påvirket konkurranseforholdene til skade for meksikanske tunfiskprodusenter. Det neste spørsmålet ble således om de modifiserte konkurranseforholdene utgjorde diskriminering.

Panelet godtok hensynet om å skåne forbrukerne fra villedende informasjon vedrørende produksjonen av tunfiskprodukter, herunder om produksjonsprosessen var delfinskadelig eller ikke. Panelet godtok også argumentet om at tiltaket bidro til å beskytte delfiner ved å påse at det amerikanske markedet ikke ble brukt til å oppmuntre fiskeflåter til å fange tunfisk ved delfinskadelige metoder. Klageinstansen reverserte imidlertid da det fant at tiltaket *de facto* var diskriminerende fordi meksikansk tunfisk, i motsetning til amerikansk tunfisk, primært var ekskludert fra adgangen til å bruke det delfinsikre merket.

Et siste relevant spørsmål var om tiltaket var korrekt kalibrert slik at anførselen om at "delfinsikre" merkeregler var adekvate i forhold til risikoen delfiner løper ved bruk av forskjellige fiskemetoder i forskjellige deler av havet. I dette ligger en vurdering av om den alternative merkeordningen til ADICP var tilsvarende og dermed burde kunne godtas som et akseptabelt substitutt. Ja, mente panelet, som fant at aspektet av tiltaket som negativt påvirker meksikanske tunfiskprodukter, er forskjellen i adgangen til merkeordningen for tunfiskprodukter som inneholder tunfisk fanget ved å omringe delfiner med snurpenot i den østlige tropiske del av Stillehavet contra tunfiskprodukter som består av tunfisk fanget ved andre metoder utenfor området. Klageorganet reverserte da den skadelige handelspåvirkningen tiltaket medførte, ikke utelukkende knytter seg til en legitim regulatorisk forskjell. Konkret vurderte klageorganet om "delfinsikker"-merket var riktig kalibrert i forhold til risikoen påført delfiner i forskjellige steder i havet. Det amerikanske tiltaket tok nemlig høyde for den skadelige påvirkningen tunfiske med snurpenot utgjorde, men tok ikke tilsvarende høyde for øvrige fiskemetoder brukt andre steder. Disse kunne nemlig hypotetisk også være tilsvarende skadelige for delfiner.

Mer om denne tvisten, herunder vurderingen av TBT-avtalen artikkel 2.2 omtales under i punkt 6.4.5. Det skal understrekes at denne gjennomgangen omhandler panelrapporten fra 15. september 2011 og klageinstansens rapport av 16. mai 2012. Siden saken ble avgjort, har USA endret på merkekravet og således bedt om såkalte "compliance proceedings" eller overholdelsesforhandlinger i henhold til DSU artikkel 21.5.³⁰⁶

I første omgang endret USA merkekravet slik at det ikke lenger differensierte direkte mellom havområdet fisken ble fanget, eller hvilket flagg fiskebåten seiler under. Isteden innførte man et krav om at man ikke forsettlig brukte snurpenot, og at ingen delfiner ble skadet eller drept under fangsten. Både panelet og klageorganet fant imidlertid at det fremdeles var diskriminerende mot meksikanske fiskere da

³⁰⁶ DSU art. 25.5 ("Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel. The panel shall circulate its report within 90 days after the date of referral of the matter to it. When the panel considers that it cannot provide its report within this time frame, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report.").

tiltaket differensierte mellom sertifiserings- og sporingskravene ut fra hvilke konkrete fiskerier det var snakk om.

Konkret krevde det reviderte tiltaket at tunfisk fanget i den østlige del av det tropiske Stillehavet, som er der hvor flest meksikanske fiskere opererer, kun fikk tilgang til merket dersom både kapteinen og en uavhengig observatør attesterte for at tunfisken var fanget uten å skade delfiner, mens tunfisk fanget av andre steder hadde kun et krav om kapteinens attest. Videre fant panelet at den handelsskadelige effekten ikke utelukkende hadde sitt utspring i legitime regulatoriske forskjeller og således ikke var riktig kalibrert. Dette fordi USA ikke hadde oppfylt bevisbyrden vedrørende hvordan disse forskjellige regulatoriske kravene var relatert eller rettferdiggjort av hensynet til å beskytte delfiner og gi forbrukere riktig informasjon. Klageorganet fant flere retts tekniske feil ved panelets avgjørelse, men konkluderte med samme resultat.

6.4.4.3 US – COOL

Canada klaget inn USA for brudd på blant annet TBT-avtalen i forbindelse med et amerikansk krav om opprinnelsesmerking av sluttprodukter som inneholder storfe- og svinekjøtt.³⁰⁷ Problemet var ikke at man måtte merke storfe- og svinekjøttprodukter med opprinnelsesland, heller ikke at produkter merket med USA som opprinnelsesland generelt har større popularitet blant amerikanske forbrukere. Problemet, slik Canada så det, var at merket var knyttet til dyrets føde-, oppvekst- og slakteland. Dette ekskluderte storfe- og svinekjøttprodusenter fra å bruke merket selv hvor dyret ble importert fra Canada til USA mens det levde for videre føring og slakt.

Både panelet og klageorganet fant at tiltaket var en teknisk regulering etter TBT-avtalen, og at den var inkonsistent med USAs WTO-forpliktelser. Tiltaket brøt med blant annet TBT-avtalen artikkel 2.1 da det ga dårlige vilkår for canadisk storfe- og svineprodukter enn tilsvarende innenlandske. Tiltaket ga nemlig produsenter incentiv til kun å bruke innenlandske dyr og forårsaket således en negativ innvirkning for importerte dyrs konkurransemuligheter. Videre fant klageorganet at kravene om journalføring og verifisering påførte oppstrømsprodusenter en disproportjonal byrde ut fra den faktiske informasjonen som ble videreformidlet til forbrukerne.

Det neste spørsmålet ble om tiltaket var mer handelsrestriktivt enn nødvendig. Dette vurderes som et selvstendig punkt nedenfor i 6.4.5.

6.4.5 Mer restriktiv enn nødvendig – artikkel 2.2

I tillegg til å vurdere om tiltaket innebærer diskriminerende behandling av *like* produkter i henhold til artikkel 2.1 skal det som nevnt over i punkt 6.4.2 (om nøkkelbestemmelser) også foretas en vurdering av den tekniske reguleringens *faktiske effekt*. Tekniske reguleringer skal nemlig ikke være mer handelsrestriktive enn nødvendig for å oppfylle dets legitime formål.

I den nærmere vurderingen av dette vises det igjen til US-Tuna II. Her uttalte panelet at det for å fremme et legitimt formål må sees hen til TBT-avtalens fortale punkt 6 og 7, og man må videre undersøke hva tiltakslandet søker å oppnå med den tekniske reguleringen. I denne forbindelse skal man se til lovteksten, forarbeidene og andre beviser som omhandler strukturen og gjennomføringen av tiltaket.

Artikkel 2.2 inneholder en liste over ikke-uttømmende eksempler på hva som anses legitime formål. Disse er nasjonale sikkerhetskrav, forebygging av villedende praksis, beskyttelse av menneskers og dyrs liv og helse, samt miljøet.

³⁰⁷ United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements (DS384, 386).

I tolkingen av hva som ligger i å "oppfylle" et slikt legitimt formål blir spørsmålet i hvilken grad den tekniske reguleringen samsvarer med målsetning og gjennomfører det legitime formålet. Man skal altså se til det faktiske bidraget. I tolkingen av "*unødvendig hindring av internasjonal handel*" og "*ikke mer handelsrestriktiv enn nødvendig*" må en foreta en relasjonsanalyse av den tekniske reguleringens handelsrestriktivitet, opp mot graden av bidrag for å fremme det legitime interesseformålet, og risikoen ikke-gjennomføring vil påføre.

I US-Tuna II fant både panelet og klageinstansen at *forbrukerinformasjonsformålet* var legitimt da det faller inn under et bredere mål som er å *forebygge villedende praksis*. Også delfinbeskyttelsesformålet var legitimt da det er ment å beskytte dyrs liv og helse, samt miljøet. I denne forbindelse måtte man også foreta en sammenligning av rimelige og tilgjengelige tiltaksalternativer for å vurdere om tiltaket er mer restriktivt enn nødvendig.

Mexico hevdet at amerikanernes tiltak var unødvendig restriktivt, da merkeordningene etter AIDCP tilfredsstilte beskyttelseskravet som søktes, nemlig at færre delfiner skulle risikere skade. Panelet var enig i denne argumentasjonen. Klageinstansen reverserte imidlertid da det ikke var enig i at AIDCP-løsningen fremmet formålet i like høy grad som den amerikanske løsningen. Grunnen til det var at tunfisk fanget med snurpenot, som er kjent for å skade delfiner i større grad enn de øvrige tillatte metodene, ville fått kunne få adgang til den amerikanske merkeordningen.

Dette ville innebære en undergraving av hele formålet med tiltaket da det ville ført til at mer tunfisk fanget med snurpenot ville bli solgt på det amerikanske markedet og et tilsvarende større antall delfiner ville blitt drept eller skadet.

I US-COOL (se punkt 6.4.4.3 for faktum og vurderingen av artikkel 2.1), fant klageorganet, i likhet med panelet, at tiltakets formål var å gi forbrukere informasjon om opprinnelse, og at dette var et legitimt objektiv. Klageorganet reverserte imidlertid panelets konklusjon om at tiltaket ikke brøt med artikkel 2.2. Panelet la feilaktig til grunn at et tiltak kan være i overensstemmelse med artikkel 2.2 dersom det som et minimum bidrar til å fremme det legitime formålet. Ifølge klageorganet fremsetter nemlig ikke artikkel 2.2 noe minimum terskelnivåkrav for å møte det legitime formålet. I stedet avhenger det av graden av oppfyllelse som må vurderes opp mot de øvrige handelsrestriktive tiltak som er rimelig tilgjengelige.

6.4.6 *Relevante internasjonale standarder – artikkel 2.5*

Av TBT-avtalen artikkel 2.5 annen setning følger det at:

"Whenever a technical regulation is prepared, adopted or applied for one of the legitimate objectives explicitly mentioned in paragraph 2, and is in accordance with relevant international standards, it shall be rebuttably presumed not to create an unnecessary obstacle to international trade."

Bestemmelsen legger opp til at tiltak som er i overensstemmelse med relevante internasjonale standarder, presumeres å ikke skape en unødvendig handelshindring. Spørsmålet blir således om det foreligger aktuelle internasjonale standarder samt relevansen av disse.

Vi er ikke kjent med noen standarder som konkret gir opphav til krav om etisk produktinformasjon, merking eller lignende i tilsvarende grad som Agreement on the International Dolphin Conservation Program (AIDCP) som spesifikt inkluderte en konkurrerende merkeordning for delfinsikker fangst, se ovenfor i punkt 6.4.4.2 om US-Tuna II (Mexico).

Det kan likevel vises til flere internasjonale standarder som i større eller mindre grad omhandler overlappende hensyn vedrørende menneskerettigheter og arbeidstakerrettigheter. Disse er FN's

veiledende prinsipper³⁰⁸ som inkorporer blant annet: Organisation for Economic Co-operation and Development ("OECD") retningslinjer,³⁰⁹ FNs Global Compact ("UNGC"),³¹⁰ ISO 26000, og International Finance Corporation Performance Standards.³¹¹ I tillegg til menneskerettighetshensyn kan det i forhold til forbrukerhensynet vises til United Nations Guidelines for Consumer Protection ("UNCTAD").

OECDs retningslinjer, herunder prinsipp 1, forplikter medlemme å inneha "good regulation" vedrørende *"produce benefits that justify costs, considering the distribution of effects across society and taking economic, environmental and social effects into account."*

Også FNs Global Compact omhandler bedrifters plikt til å etterfølge internasjonale normer for å bekjempe inngrep på menneskerettigheter, arbeidstakerrettigheter, miljø samt motarbeide korrupsjon. Medlemskap fordrer etterfølgelse av ti prinsipper.³¹² Fire av disse omhandler eksplisitt arbeidstakerrettigheter, herunder:

- Opprettholdelse av foreningsfriheten og effektive anerkjennelse av retten til kollektive forhandlinger (prinsipp 3);
- eliminering av alle former for tvungen arbeidskraft (prinsipp 4);
- effektiv avskaffelse av barnarbeid (prinsipp 5); og
- eliminering av diskriminering som følge av sysselsetting og yrke (prinsipp 6).

Også de to øvrige UNGC prinsippene vedrørende menneskerettigheter er av interesse, herunder:

- Bedrifters oppfordring til å støtte og respektere beskyttelsen av internasjonale menneskerettigheter (prinsipp 1); og
- sørge for at de ikke medvirker i brudd på menneskerettigheter (prinsipp 2).

Fra ISO 26000 kan det først og fremst vises til klausul 4 og dets fortale:

"When approaching and practising social responsibility, the overarching objective for an organization is to maximise its contribution to sustainable development."

Videre følger det av bestemmelsen at det er spesielt syv prinsipper som er relevante, herunder om ansvarliggjøring, åpenhet, etisk atferd, respekt for aktørenes interesser, respekt for rettsstaten, respekt for internasjonale atferdsnormer, og respekt for menneskerettighetene. Klausul 6 omhandler kjernen av rettigheter som skal beskyttes, herunder menneskerettigheter, arbeidstakerrettigheter, miljøet, forbrukerrettigheter, samfunnsengasjement og utvikling.

³⁰⁸ United Nations Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

³⁰⁹ OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance, tilgjengelig på <https://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>.

³¹⁰ United Nations Global Compact, The Ten Principles of the UN Global Compact, tilgjengelig på <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

³¹¹ International Finance Corporation, 2012 Performance Standards, tilgjengelig på http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/115482804a0255db96fbffd1a5d13d27/PS_English_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES.

³¹² United Nations Global Compact, The Ten Principles of the UN Global Compact, tilgjengelig på <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

International Finance Corporation Performance Standard 2 om "Labor and Working Conditions", herunder punkt 8-29 omhandler medlemmets plikt til å forsikre om at arbeidstakerne forstår arbeidstakerlovgevingen, som blant annet om retten til å organisere seg. Videre skal arbeidsgiver forsikre seg om at arbeidstakerne ikke blir diskriminert og har like muligheter. Arbeidsgiver skal heller ikke ansette barnarbeidere eller ta i bruk tvangsarbeid. Videre skal arbeidsgiver påse at arbeidsplassen er trygg ut ifra forholdene. Spesielt interessant er punkt 27-29 som omhandler medlemmets plikt til å identifisere risikoen for at det kan være brukt barne- eller tvangsarbeid i den primære forsyningskjeden. Dersom man avdekker slike forhold skal medlemmet ta nødvendige skritt for å utbedre det, og der det ikke er mulig, skal man gradvis forflytte forsyningskjeden slik at man senere kan dokumentere overholdelse.

Vedrørende internasjonale standarder i forbindelse med forbrukerbeskyttelse vises det til UNCTAD og del III om de generelle prinsippene:

4. Member States should develop, strengthen or maintain a strong consumer protection policy, taking into account the guidelines set out below and relevant international agreements. In so doing, each Member State must set its own priorities for the protection of consumers in accordance with the economic, social and environmental circumstances of the country and the needs of its population, and bearing in mind the costs and benefits of proposed measures.

5. The legitimate needs which the guidelines are intended to meet are the following:

(...) (e) Access by consumers to adequate information to enable them to make informed choices according to individual wishes and needs; (f) Consumer education, including education on the environmental, social and economic consequences of consumer choice"

Også del C, punkt 28 er relevant:

"Member States should encourage all concerned to participate in the free flow of accurate information on all aspects of consumer products."

Samtlige av de nevnte standardene er internasjonale. De også er tilgjengelige for alle og kodifiserer i stor grad diverse konvensjoner og sedvane. Mye taler dermed for at disse skal være relevante, se nærmere nedenfor.

7 Oppsummering av handlingsrom etter WTO-retten

7.1 GATT-avtalen

De relevante bestemmelsene for vurderingen av det rettslige handlingsrom etter GATT er artikkel III(4) og artikkel XI.

GATT artikkel III forbyr diskriminering av utenlandske produkter. Dette kalles gjerne nasjonal behandling og innebærer at medlemsland ikke har lov til å gi innenlandske produsenter bedre vilkår på sitt interne marked enn utenlandske produsenter. Artikkel XI forbyr enhver kvantitativ restriksjon på import. Det er følgelig mulig å argumentere for at et merke- og informasjonskrav er en kvantitativ restriksjon, spesielt da det foreslåtte tiltaket skal være obligatorisk. Et eksempel på hvordan artikkel XI kommer til anvendelse, er dersom etikkinformasjonsloven påla merking av de såkalte DIFI-høyrisikoproduktene og således måtte vurderes/sertifiseres i henhold til et sett med etisk krav som et vilkår for videre omsetning i Norge.

Mer relevant for vurderingen av det rettslige handlingsrommet er artikkel III(4), som forbyr WTO-medlemstater å påvirke importerte produkters omsettelighet gjennom lovgivning, forskrift eller andre krav slik at produkter fra eksportlandet får dårligere vilkår enn "like" innenlandske produkter. Den umiddelbare reaksjonen er at tiltaket ikke rettslig differensierer mellom norske og utenlandske produkter. Det er imidlertid mulig å argumentere for at utenlandske produkter reelt eller faktisk blir diskriminert. Dette fordi norske produkter i all hovedsak produseres i henhold til relevante menneskerettigheter, herunder arbeidstakerrettigheter.³¹³ Det samme gjelder Norges øvrige vestlige handelspartnere.³¹⁴ Det er imidlertid ikke like selvsagt at dette er tilfellet for enkelte handelspartnere i utviklingsland.³¹⁵ Dersom produsenter i slike utviklingsland, og importører av slike produkter i Norge, blir pålagt krav om etisk tilvirkingsinformasjon, kan slik informasjon (om negativ) føre til at norske forbrukere i større grad unngår å kjøpe disse produktene. Det faktiske resultatet er dermed at man gir varer fra slike utviklingsland dårligere vilkår enn produkter produsert i Norge og andre vestlige land.³¹⁶

Det sentrale spørsmål i denne forbindelse er om etisk- og uetisk tilvirkede produkter skal anses som *like* etter bestemmelsens ordlyd. Tradisjonelt ville regulatoriske forskjeller basert på ikke-produktrelaterte produkt- og prosess tiltak ikke ha noe påvirkning på likhetsvurderingen. Tiltak om informasjonskrav ville dermed være i strid med bestemmelsen.

I WTOs panel- og klageorganpraksis er det imidlertid i senere tid blitt lagt til grunn at helserisikoen assosiert med et produkt, altså en ikke helt direkte ikke-produktrelatert egenskap, kunne være relevant ved vurderingen av likhet. I vurderingen skal man konkret se hen til (1) likheten av hvordan produktet faktisk anvendes i et gitt marked, (2) hva forbrukerne foretrekker, og (3) produktets egenskaper, karakter og kvalitet. I likhetsvurderingen blir således spørsmålet om tiltaket er av proteksjonistisk natur, herunder om det er et konkurransemessig forhold mellom de beskyttede innenlandske produktene og de utenlandske produktene. Er ikke det tilfellet, vil det sannsynligvis heller ikke foreligge noe proteksjonistisk effekt. Konkret om det norske forbrukermarkedet er det momenter i den seneste utviklingen som tilsier at forbrukerne har en tendens til å differensiere mellom produkter som følge av ikke produkt- eller prosessmetode.³¹⁷

Legger man til grunn at produktene ikke er *like*, unngår man videre problemstillinger ved vurderingen av tiltakets lovlighet etter WTO-retten. Vi mener mye taler for en slik tolkning. Når det er sagt, kan man unngå brudd på GATT, uavhengig om produktene er *like*, dersom tiltaket faller inn under et av de opplistede unntakene i GATT art. XX.

I gjennomgangen ovenfor i punkt 6.3 har vi har fremlagt tre unntaksbestemmelser som kan være aktuelle: XX(a) offentlig moral, (b) menneskers liv og helse, og (e) fengselsarbeid. Ingen av disse omfatter imidlertid tiltak relatert til krav om etisk produktinformasjon, herunder ikke-produktrelaterte prosess-produksjonsmetoder. Heller ikke åpner (a) og (b) for noen ekstraterritorial anvendelse. Av de tre unntakene vil (b) likevel være mest aktuell, se gjennomgangen nedenfor.

En eventuell innfortolkning av slikt tiltak må baseres på en dynamisk og samtidig fortolkning av bestemmelsene. En slik fortolkning har basis i Wienkonvensjonens traktatfortolkningsregler, men også

³¹³ For mer sammensatte produkter kan det imidlertid være svakheter i produksjonsmåten fordi den norske produsentene ikke har oversikt over produksjonsmåten for alle delene.

³¹⁴ Se note ovenfor.

³¹⁵ Sentralt for dette punktet er hvilke krav som stilles for at en produksjonsmåte anses som etisk.

³¹⁶ Denne effekten er også tilsiktet.

³¹⁷ Dette må vurderes nærmere med faktiske undersøkelser, jf. den faktiske undersøkelsen som etterspørres i EØS-vurderingen.

WTO panelpraksis vedrørende andre forhold. Uavhengig om man får innfortolket det aktuelle tiltaket i en av de tre unntaksbestemmelsene må man i tillegg oppfylle innledningsklausulen og sammenhengskravet.

Innledningsklausulen vil neppe være noen hindring da det ikke vil være tale om skjult diskriminering. Sammenhengskravet er imidlertid mer problematisk, da det kan argumenteres for at det foreligger alternative og mindre byrdefulle tiltak. Igjen vil det konkrete tiltaket som fastsettes være avgjørende. Et merkekrav vil således være mer byrdefullt enn et informasjonskrav, se mer nedenfor i tilknytning til TBT-avtalen.

7.2 TBT-avtalen

Som omtalt ovenfor foreligger det et meget begrenset utvalg relevante rettskilder som omhandler WTO-medlemmers adgang til å vedta regulatoriske tiltak i forbindelse med ikke-produktrelaterte prosess- og produksjonsmetoder. Det er likevel rettskilder som taler for at det foreligger et visst handlingsrom for å vedta krav om etisk produktinformasjon.

Nøkkelbestemmelsene i TBT avtalen er artikkel 2.1 og 2.2. Disse består av flere parallelle og lignende krav som GATT artikkel III(4). Det er imidlertid viktig å presisere at det er flere mindre, men viktige, nyanseforskjeller. Artikkel 2 punkt 2.1 legger til grunn det fundamentale ikke-diskrimineringskravet. Importerte produkter skal ikke gis dårligere behandling enn "*like*" innenlandske produkter. Artikkel 2.2 dekker øvrige ikke-diskriminerende tiltak, herunder at tekniske reguleringer ikke skal forberedes, vedtas eller tas i bruk med hensikt å påvirke eller skape effekten av en unødvendig hindring av internasjonal handel. Tekniske reguleringer skal altså ikke være mer handelsrestriktive enn *nødvendig* for å fremme et legitimt formål som tar til etterretning risikoen den manglende oppfyllelse kan skape. Legitime interesser er blant annet nasjonale sikkerhetskrav, forebygging av villedende praksis, beskyttelse av menneskers og dyrs liv og helse, samt miljøet.

I vurderingen vedrørende GATT artikkel III(3) ovenfor i punkt 6.2.2.3 og 7.1 var konklusjonen at gode grunner taler for at man kan argumentere for at produktene ikke er *like*. Den samme vurderingen legger vi også til grunn for TBT artikkel 2.1. Dette fordi at vi mener det er flere holdepunkter for at norske forbrukere kan ønske å differensiere mellom produktene, men som nevnt må dette forankres i en faktisk undersøkelse.³¹⁸ Argumentet er at produktene ikke anses å tilhøre samme forbrukermarked. Som omtalt i gjennomgangen av US – Clove Cigarettes (se over i punkt 6.4.4.1) vil de regulatoriske hensynene bak tiltaket, som beskyttelse av både forbruker- og menneskerettigheter, være positive momenter ved denne vurderingen.

I vurderingen av tiltakets rettmessighet må man imidlertid også vurdere det etter TBT artikkel 2.2. I første rekke er det rimelig å fastslå at tiltaket ikke vedtas med den hensikt å påvirke eller skape effekten av en unødvendig hindring av internasjonal handel. Formålet med tiltaket er følgelig å ruste norske forbrukere til å velge produkter som er etisk tilvirket, samt skape incentiver for etisk produksjon i alle nivåene i leverandørkjeden. Tiltaket retter seg like mye mot norske produsenter og importører som mot utenlandske produsenter. Formålet er følgelig ikke å påvirke den internasjonale handelen eller gi norske produsenter noen handelsmessig fordel. Det sentrale er imidlertid den konkrete utformingen.

Kjernen i vurderingen av tiltaket knytter seg til bestemmelsens annet vilkår, altså om det tiltenkte tiltaket er *nødvendig* for å fremme det legitime formål og risikoen den manglende oppfyllelse kan skape.

³¹⁸ Se EØS-vurderingen.

I US-Tuna II (som omtalt ovenfor i punkt 6.4.4.2) fant både panelet og klageinstansen at *forbrukerinformasjonsformålet* var legitimt da det faller inn under et bredere mål som er å *forebygge villedende praksis*. Også *delfinbeskyttelsesformålet* var legitimt da det er ment å beskytte dyrs liv og helse, samt miljøet. I denne forbindelse måtte man også foreta en sammenligning av rimelige og tilgjengelige tiltaksalternativ for å vurdere om tiltaket er mer restriktivt enn nødvendig.

Etisk produktinformasjon er ekskludert fra tradisjonelle krav til utformingen av etikett og øvrig produktinformasjon (som manualer, brukerhåndbøker mv.). Det er heller ikke vanlig at slik informasjon inkluderes frivillig. Det er med andre ord vanskelig for gjennomsnittsforbrukeren å få slik informasjon slik situasjonen er i dag. Man kan argumentere for at tiltaket faktisk er nødvendig for at forbrukere skal kunne ta stilling til om et aktuelt produkt er etisk tilvirket. Tiltaket vil med andre ord være nødvendig for at forbrukere aktivt skal kunne velge bort produkter som er uetisk tilvirket. Det er mindre sikkert om hensynet til menneskerettigheter, herunder arbeidstakerrettigheter i tredjeland, er legitimt i henhold til bestemmelsen. Trekker man imidlertid paralleller til US-Tuna II ser man at delfiners helse i et tredjeland ble ansett å være relevant. Det innebærer at mye taler for at også arbeidstakerrettigheter bør kunne være det, men igjen er dette avhengig av definisjonen av etisk og den konkrete utformingen av tiltaket.

Når det gjelder sammenligningen av tilgjengelige tiltaksalternativ, må man se hen til oversikten i punkt 4.4.2 og konkret hvordan informasjonen skal gis. Skal produsenten eller importøren pålegges et forespørselskrav, stiller dette seg annerledes enn om aktørene skal pålegges et publiserings- eller merkingskrav. Terskelen for å akseptere et forespørselskrav vil være noe lavere enn for et merkingskrav.

Bakgrunnen for dette er at et forespørselskrav ikke vil pålegge produsenten, eller importøren, særlig *ex ante* forpliktelser, de må med andre ord ikke gjøre noe aktivt arbeid for å fremlegge informasjon før man eventuelt får forespørsel. Derimot vil et merkingskrav pålegge produsenten og/eller importøren å bruke ressurser for både å utrede leverandørkjeden, samt inkorporere eller feste merket på den fysiske varen. I en mellomstilling er publiseringskravet som krever en viss forpliktelse til å utrede leverandørkjeden *ex ante* samt publisere informasjon. Produsenten og/eller importøren slipper imidlertid å gjøre fysiske endringer på produktet. Også det konkrete detaljnivået i informasjonen, samt språket det skal gis på, vil kunne være av betydning for vurderingen av om det nasjonale tiltaket er kompatibelt.

7.3 Oppsummering

Rettstilstanden er i utvikling og det er dermed usikkerhet knyttet til de rettslige vurderingene. Vår samlede vurdering er imidlertid at det foreligger et visst handlingsrom for å vedta krav om etisk produktinformasjon. Både etter GATT- og TBT-avtalen kan det nemlig argumenteres for at etisk- og uetisktilvirkede produkter ikke er *like* i den forstand at forbrukere differensierer mellom produktene. Dette fordrer imidlertid at faktiske undersøkelser viser forbrukerbehovet, samt kan dokumentere effekt og virkning av tiltaket.

For at forbrukere skal kunne gjøre informerte valg av produkter, kan det argumenteres for at det er nødvendig med en obligatorisk pålagt ordning med en form for tilgang til slik etisk informasjon. Dette er for øvrig også i samsvar med den generelle samfunnsutviklingen i Norge og ellers i den industrialiserte verden hvor fokuset ikke kun rettes mot rene økonomiske faktorer, men også i økende grad sosiale og miljøetiske hensyn. Et nyere konkret eksempel er norske forbrukeres aktive valg (og boikott) av produkter som inneholder palmeolje.

Av mer internasjonal karakter og generelle uttrykk for staters samtidige verdier kan det vises til den offentlig diskuterte, regionale frihandelsavtalen Trans-Pacific Partnership ("TPP").³¹⁹ TPP inkluderer

³¹⁹ Office of the United States Trade Representative, TPP Full Text, tilgjengelig på <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>.

tolv land og 40 % av verdens økonomiske produksjon.³²⁰ Den er ennå ikke ratifisert av de fleste medlemmene ettersom USA trakk seg fra avtalen i kjølvannet av presidentvalget. Etter syv års forhandlinger gir imidlertid avtaleutkastet et klart uttrykk for de hensyn partene anser som aktuelle og relevante. TPP kapittel 19 er nemlig forbeholdt arbeidstakerrettigheter.

Konkret vises det til TPP art. 19.3 hvor det følger at:

"1. Each Party shall adopt and maintain in its statutes and regulations, and practices thereunder, the following rights as stated in the ILO Declaration:

- (a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;
- (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour;
- (c) the effective abolition of child labour and, for the purposes of this Agreement, a prohibition on the worst forms of child labour; and
- (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation."

For å påse gjennomføringen av tiltakene i artikkel 19 fremforhandlet USA såkalte "consistency plans" med de tre asiatiske landene Vietnam, Malaysia og Brunei, hvor samtlige, ved manglende overholdelse, risikerte å bli diskvalifisert fra tariff-privilegiene og/eller iverksette handelssanksjoner.³²¹

I denne sammenheng kan det også vises til gjennomgangen av internasjonale standarder som omtalt ovenfor i punkt 6.4.6 vedrørende FN Global Compacts ("UNGC") Labour Principles, ISO 26000 og International Finance Corporation Performance Standards. I tillegg til menneskerettighetshensyn kan det angående forbrukerhensynet vises til United Nations Guidelines for Consumer Protection ("UNCTAD").

Selv om ingen av standardene er obligatoriske, gir den store medlemsmassen bestående av et mangfold av nasjoner et godt innblikk i hva stadig flere bedrifter anser som hensiktsmessig forretningspolitikk, hvor beskyttelse av arbeidstakere, nærområdet og miljøet innrømmes å gi en positiv effekt, også på bunnlinjen.

8 Etikkinformasjon og beskyttelse av forretningshemmeligheter

8.1 Innledning

En sentral interessekonflikt i relasjon til krav om etikkinformasjon står mellom allmennhetens rett til etikkinformasjon og næringslivets rett til vern av sine forretningshemmeligheter.

På den ene siden kan etikkinformasjon fra næringslivet representere verdifull informasjon for allmennheten. Slik informasjon gir opplysninger om samfunnsansvar som den enkelte virksomhet tar. På den andre siden kan det være av stor økonomisk betydning for en virksomhet å verne om sine forretningshemmeligheter, herunder hele eller deler av det som kan karakteriseres som etikkinformasjon.

I en globalisert økonomi med omfattende bedriftsallianser er det viktig at bedriftenes samarbeidspartnere/leverandører har sikkerhet for at opplysninger gitt til norske samarbeidspartnere ikke er tilgjengelige for andre. Hensynet til Norges stilling i internasjonal konkurranse taler for at det norske vernet av forretningshemmeligheter, i forhold til tilsvarende vern i andre land, ikke avviker på en måte som er av vesentlig betydning for næringslivets konkurranseevne.

³²⁰ BBC.com, TPP: What is it and why does it matter? 23. januar 2017.

³²¹ Alana Semuels, *The TPP's Uneven Attempt at Labor Protection* (22.01.2016), The Atlantic.com, tilgjengelig på <https://www.theatlantic.com/business/archive/2016/01/tpp-mexico-labor-rights/426501/>.

Bedriftshemmeligheter anses beskyttelsesverdige da de tradisjonelle immaterialrettigheter (se punkt 9) ikke alltid vil være tilstrekkelige for å beskytte all type informasjon. I motsetning til opphavsrettigheter som dekker originale verk og gjelder i 70 år etter skaperens død, kan bedriftshemmeligheter inkludere uoriginale verk og ideer, samt gis en annen tidsmessig beskyttelse. Selv om et datasett teoretisk kan beskyttes av åndsverkloven, beskytter åndsverkloven kun mot andres fremstilling av eksemplarer og tilgjengeliggjøring for allmennheten, jf. åndsverkloven § 2. Åndsverkloven beskytter med andre ord ikke andres bruk av den underliggende informasjonen og bruken av disse i konkurrerende virksomhet.

En annen viktig forskjell mellom de to er at opphavsrett ikke beskytter funksjonelle oppfinnelser som tradisjonelt beskyttes gjennom patentering. Patent er imidlertid ikke tilgjengelig for alle typer oppfinnelser, og dette gjelder særlig oppfinnelser som mangler oppfinneshøyde, jf. patentloven § 2. Uavhengig av om oppfinnelsen er patenterbar, kan den nemlig ha en kommersiell verdi for bedriften. Patenteringsprosessen kan for flere bedrifter også være dyr og møysommelig. Videre er patenter kun vernet i 20 år, jf. patentloven § 40(1).

8.2 Rettskildene

I det internasjonale handelsperspektivet reguleres staters ansvar for beskyttelse av forretningshemmeligheter av Paris-konvensjonen³²² og TRIPS-avtalen (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). Som nevnt innledningsvis er TRIPS et av flere avtaleverk under WTO.³²³ I likhet med GATT kommer kjerneobligasjonene vedrørende bestevilkårsprinsippet og nasjonal behandling og ikke-diskriminering også til anvendelse under TRIPS.³²⁴

Av TRIPS-avtalen artikkel 39 følger det at:

"1. In the course of ensuring effective protection against unfair competition as provided in Article 10bis of the Paris Convention (1967), Members shall protect undisclosed information in accordance with paragraph 2 and data submitted to governments or governmental agencies in accordance with paragraph 3.

2. Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information:

(a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;

(b) has commercial value because it is secret; *and*

(c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

3. Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data

³²² Paris-konvensjonen (1967)

³²³ Vedlegg 1C til Marrakesh-avtalen.

³²⁴ Se TRIPS art. 1-4; se gjennomgang av kjerneprinsippene ovenfor punkt 6.2.1.

against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use."

Videre følger det av Paris-konvensjonen (1967) artikkel 10bis at:

"(1) The countries of the Union are bound to assure to nationals of such countries effective protection against unfair competition.

(2) Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition.

(3) The following in particular shall be prohibited:

1. all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;

2. false allegations in the course of trade of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;

3. indications or allegations the use of which in the course of trade is liable to mislead the public as to the nature, the manufacturing process, the characteristics, the suitability for their purpose, or the quantity, of the goods."

I norsk lovgivning fremkommer forretningshemmelighetsvernet av ulovfestet rett, markedsføringsloven §§ 28 og 29, forvaltningsloven § 13(1) nr. 2 om forvaltningens taushetsplikt, samt offentlighetsloven.

Utgangspunktet etter TRIPS-avtalen er at ikke offentlig informasjon, altså bedriftshemmeligheter eller know-how, skal gis beskyttelse. Etter TRIPS artikkel 39(2) gjelder dette beskyttelseskravet for informasjon som ikke er offentlig, som har kommersiell verdi fordi den ikke er kjent, og hvor det er tatt rimelig sikkerhetsmessige grep for å opprettholde hemmelighetsholdet.

TRIPS krever ikke at bedriftshemmeligheter skal bli behandlet som en eiendomsrettighet, men at personer som har lovlig kontroll over slik informasjon, skal ha mulighet til å forhindre at informasjonen blir brukt på en måte som strider med rimelig handelspraksis, av tredjepersoner uten samtykke ("Manner contrary to honest commercial practices"). Begrepet 'rimelig handelspraksis' inkluderer kontraktsbrudd, taushetspliktsbrudd, samt medvirkning til slike handlinger. Også overdragelse av bedriftshemmeligheter av tredjeparter dekkes såfremt overdrageren forsettlig eller grovt uaktsomt burde visst at bedriftshemmeligheten var tilegnet via urimelig handelspraksis.

Det er for øvrig lite panel- og klageinstanspraksis som omhandler TRIPS artikkel 39. Etter det vi kjenner til er den eneste saken TRIPS artikkel 39 (spesifikt artikkel 39(2)) ble nevnt er i DS372: China — Measures Affecting Financial Information Services and Foreign Financial Information Suppliers, hvor EU krevde konsultasjon med Kina i forbindelse med tiltak som de hevdet negativt påvirket informasjonstjenester levert av utenlandske finanstjenestetilbydere.

Artikkel 39 var kun et av flere påstandsgrunnlag som ble fremmet. Det understrekes at tvisten aldri ble panelbehandlet da partene kom til enighet under konsultasjonen og inngikk en såkalt memorandum of

understanding ("MOU"),³²⁵ hvor Kina i det vesentligste godtok EUs krav. Saken nevnes likevel da den kan belyse det praktiske anvendelsesområdet til TRIPS artikkel 39. Saken omhandler tiltak som ga Xinhua News Agency ("XNA") fullmakt til å opptre som regulatorisk myndighet på vegne av staten. EU mente blant annet at XNA hadde fått ansvar for å inspisere og godkjenne informasjon tilbudt av utenlandske finanstjenestetilbydere. Dette innebar at XNA effektivt opptrådte som en agent, eller mellomledd, for levering av slik finansiell informasjon til forbrukere og fikk dermed, blant annet, tilgang til informasjon som EU anså som forretningshemmeligheter.

I det følgende blir dermed vurderingen først og fremst om den tiltenkte etikkinformasjonen helt eller delvis skal anses som forretningshemmelighet. Dersom etikkinformasjonen er å anse som forretningshemmeligheter, blir spørsmålet om et eller flere av TRIPS-unntakene kommer til anvendelse.

8.3 Er etikkinformasjon forretningshemmelighet?

Som nevnt i utrednings innledning (punkt 1.1 ovenfor) følger det av oppdragsbeskrivelsen at informasjonskravet skal gjelde:

- 1) hvilke produksjonssteder/fabrikker som er benyttet i produksjon av varer som selges til forbrukerne i Norge, og
- 2) hvordan selskapene definerer og ivaretar sitt samfunnsansvar i leverandørkjedene.

Opplysninger om produksjonsstedet kan ved første øyekast virke uproblematisk. Produksjonsland vil neppe anses som en forretningshemmelighet, slik informasjon vil alltid være nødvendig for korrekt å kunne klassifisere tolltariff mv. Det samme kan sies også å gjelde for produksjonsby eller område. Ved nærmere ettersyn er det imidlertid mer sammensatt. Informasjon om en spesifikk fabrikk kan for enkelte produsenter og/eller importører ha en iboende kommersiell verdi som forretningshemmelighet. Å hindre at konkurrenter får informasjon om hvor et produkt presist produseres eller monteres, kan være av en viss konkurransemessig betydning. Eksempler på dette er tilfellet hvor en konkret fabrikk tilbyr lavere priser enn tilsvarende fabrikker andre steder, eller fordi at man som eneste eller primære kjøper kan opprettholde konkurransemessige vilkår, man slipper med andre ord å by om kapasitet og pris.

En løsning er å gi leverandøren mulighet til selv å velge å ikke dele ut deler av informasjon ved egenattest om at informasjonen er en forretningshemmelighet. Dette er løsningen som ser ut til å være miljøverndepartementets forslag i NOU 2001:2 "*Retten til miljøopplysninger - Allmennhetens rett til å få miljøopplysninger fra offentlige og private aktører og retten til å delta i offentlige beslutningsprosesser*". Vi ser her både på drøftinger i forarbeidene som er relevant og på den endelige bestemmelsen. Det vises konkret til § 7 i forslaget:

" § 7. Retten til å kreve miljøopplysninger fra offentlige og private virksomheter

Enhver som krever miljøopplysninger fra offentlig eller privat virksomhet om forhold ved virksomheten som har eller kan ha vesentlig betydning for miljøet, skal få dem.

Virksomheten kan nekte å utlevere miljøopplysninger dersom kravet er for generelt formulert eller er åpenbart urimelig. *Miljøopplysninger kan også nektes utlevert dersom det er av konkurransemessig betydning å beskytte opplysningene*, eller dersom de må beskyttes av hensyn til miljøet.

³²⁵ China – Measures Affecting Financial Information Services and Foreign Financial Information Suppliers, WT/DS372/4, S/L/319/Add.1, IP/D/27/Add.1 (9 December 2008).

Opplysninger som er nevnt i § 15, skal alltid utleveres" (vår kursivering).

Og forslaget § 15:

"§ 15. Opplysninger som alltid skal utleveres

Opplysninger om følgende forhold skal alltid utleveres:

- a) helseskadelig og miljøforstyrrende forurensning av miljøet,
- b) produkters helseskadelige og miljøforstyrrende egenskaper, og om nødvendig en forklaring av årsaken til dem,
- c) forholdsregler for å hindre eller redusere helseskade og miljøforstyrrelse ved produkter eller forurensning, og
- d) ulovlige inngrep i eller ulovlige skader på naturmiljøet."

Foruten at løsningen legger opp til at forvaltningen foretar en konkret vurdering av virksomheters begrunnelser for nektelse av utlevering av konkurransemessig beskyttelsesbare opplysninger og de problemstillinger som knyttes til dette rent prosessuelt, legger den opp til at virksomheten har adgang til å nekte utlevert miljøinformasjon dersom virksomheten anser denne som en forretningshemmelighet.

I vurderingen legges det opp til at man "*trekker en parallell til hva som faller inn under forvaltningens taushetsplikt for forretningshemmeligheter i forvaltningsloven § 13*".³²⁶ I forhold til terskelen for hva som anses som forretningshemmelighet i konkurransemessige forhold, fremkommer det i 2011 kommentarutgaven til forvaltningsloven at:

"Det som likevel leder til at loven i sin nåværende form etablerer en mer utvidet taushetsplikt enn tidligere, er at det ikke lenger er noe vilkår for taushetsplikt at andre kan utnytte opplysningen i sin egen næringsvirksomhet. Dette innebærer at det ikke lenger stilles vilkår om at opplysningen kan brukes på tilsvarende måte av andre. *Dersom konkurransemessige hensyn først tilsier hemmelighold, er det tilstrekkelig at andre mer generelt kan ha nytte av opplysningen.* Dette kan f.eks. være tilfellet der en konkurrent vil ha nytte av opplysningene i egne salgs- eller produksjonsplaner både i den bransje opplysningen opprinnelig stammer fra eller eventuelt i en annen bransje" (vår kursivering).³²⁷

I den endelige miljøinformasjonsloven følger retten til miljøinformasjon om virksomhet av § 16:

(1) Enhver har rett til miljøinformasjon fra virksomhet nevnt i § 5 annet ledd om forhold ved virksomheten, herunder dens innsatsfaktorer og produkter, som kan medføre en ikke ubetydelig påvirkning på miljøet.

(2) Rett til miljøinformasjon etter første ledd gjelder også påvirkning på miljøet som følge av produksjon eller distribusjon av produkt utenfor Norges grenser, i den grad slik informasjon er tilgjengelig. Virksomheten skal rette forespørsel til foregående salgsledd dersom dette er nødvendig for å besvare kravet.

(3) Et krav om miljøinformasjon kan avvises dersom det er for generelt formulert eller ikke gir tilstrekkelig grunnlag for å identifisere hva kravet gjelder."

³²⁶ NOU 2001:2 s. 211.

³²⁷ Geir Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer. Juridisk Forlag, Oslo 2011, s. 278.

Unntaket er inntatt i § 17:

"(1) Krav om miljøinformasjon¹ kan avslås dersom

- a) unntak er påkrevd fordi offentlighet ville lette gjennomføringen av handlinger som kan skade deler av miljøet som er særlig utsatt eller som er truet av utryddelse,
- b) kravet er åpenbart urimelig, eller
- c) *informasjonen som etterspørres angår tekniske innretninger og framgangsmåter, samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.*

(2) Miljøinformasjon som er nevnt i § 12, skal alltid utleveres. Reglene i § 14 annet og tredje ledd gjelder tilsvarende så langt de passer.

(3) Bestemmelsen i § 11 tredje ledd gjelder tilsvarende."

Miljøinformasjon nevnt i § 12 er:

"Allmennheten skal uten hinder av reglene i § 11 alltid få informasjon¹ om

- a) helseskadelig forurensning eller forurensning som kan forårsake alvorlig skade på miljøet,
- b) forholdsregler for å hindre eller redusere skade som nevnt i bokstav a, og
- c) ulovlige inngrep i eller ulovlige skader på miljøet."

Reglene etter § 14 annet og tredje ledd omhandler det offentlige organets plikt til å gi eieren av opplysningene anledning til å uttale seg før opplysningene utleveres og at før informasjon underlagt lovbestemt taushetsplikt utleveres skal eieren av informasjonen varsles og gis adgang til å klage med oppsettende virkning. Paragraf 11 tredje ledd omhandler plikten til å utlevere den del av informasjonen som ikke kan nektes utlevert såfremt dette ikke danner et åpenbart misvisende bilde av innholdet.

Legger man til grunn en lignende løsning for etikkinformasjon vil det være nærliggende å konkludere med at man går klar et eventuelt brudd med TRIPS, da man ikke fratrar utenlandske produsenter retten til å motsette seg utlevering av informasjon produsenten *selv* mener er forretningshemmeligheter. Man vil også gi produsenten adgang til å klage på eventuelle beslutninger om å utlevere forretningshemmeligheter.

Heller ikke diskriminerer man mellom norske og utenlandske virksomheter – det er ingen *de jure* eller *de facto* forskjellsbehandling mellom nasjonale og utenlandske virksomheter, eller forskjellsbehandling av medlemsland på bekostning av andre medlemsland.

Avhengig av innholdet gjelder dette imidlertid ikke nødvendigvis dersom man vedtar en bestemmelse tilsvarende miljøinformasjonens § 12 om nærmere angitte obligatoriske opplysninger. I denne sammenheng må man etablere et sett med informasjonskrav. I motsetning til informasjonskrav om helseskadelig forurensning og lignende informasjon som har en direkte påvirkning på den norske folkehelsen, vil situasjonen stille seg vesentlig annerledes for informasjon vedrørende ikke-produktrelaterte prosess- og produksjonsmetoder praktisert i tredjeland. Denne diskusjonen er imidlertid relatert til tiltakets rettmessighet under GATT/TBT (se ovenfor i punktene 6.2 og 6.4) hvor det ble konkludert med at det foreligger et visst handlingsrom.

Hva slags informasjon skal man således kunne kreve utlevert, som ikke direkte strider mot Norges folkerettslige forpliktelser i forhold til beskyttelsen av forretningshemmeligheter?

Et godt utgangspunkt kan tas med basis i FN Global Compacts ("UNGC") Labour Principles og dets inndeling av fire hovedprinsipper vedrørende arbeidstakerrettigheter. Tar man utgangspunkt i disse skal informasjonen inneholde fakta om virksomhetens:

- Opprettholdelse av foreningsfriheten og effektive anerkjennelse av retten til kollektive forhandlinger (prinsipp 3);
- eliminering av alle former for tvungen arbeidskraft (prinsipp 4);
- effektiv avskaffelse av barnarbeid (prinsipp 5); og
- eliminering av diskriminering som følge av sysselsetting og yrke (prinsipp 6).

Også de to øvrige UNGC prinsippene vedrørende menneskerettigheter kan være av interesse å kreve informasjon om, herunder:

- Bedrifters oppfordring til å støtte og respektere beskyttelsen av internasjonale menneskerettigheter (prinsipp 1); og
- sørge for at de ikke medvirker i brudd på menneskerettigheter (prinsipp 2).

I vurderingen av om slik informasjon burde anses som forretningshemmeligheter, er det mulig å trekke paralleller opp mot uttalelsene i forarbeidene til miljøopplysningsloven, hvor det fremgår at

"det er ingen grunn til å beskytte opplysninger om lovbrudd i form av inngrep i naturen eller skader på miljøet, jf § 15 bokstav d. Opplysninger om slike forhold bør derfor ikke kunne unntas fra innsyn i medhold av lovens unntaksregler. Utvalget antar at det forholdsvis sjelden vil kunne bli snakk om å anse slike opplysninger som taushetsbelagte ut fra kriteriet om forretningshemmeligheter."

En kan vanskelig se at det er noen prinsipiell forskjell mellom de miljøopplysninger som fremgår av miljøopplysningsloven § 15 bokstav d, og de seks ovennevnte Global Compacts-prinsippene, da begge typene involverer informasjon om krenkelser av etablerte folkerettslige forpliktelser. Igjen blir det et spørsmål om graden av detalj som kreves fremmet i forbindelse med den etiske informasjonen.

Når det gjelder hva man konkret ønsker informasjon om, er det mulig å kategorisere dette på en glidende skala. På den ene siden av skalaen vil være produsentens egenerklæringer om ikke-bruk av tvungen arbeidskraft, barnarbeidere osv. På den andre siden av skalaen vil for eksempel være krav om informasjon om hvem som arbeider, herunder navn, kjønn og alder, til hvilke tider personene arbeider og til hva slags lønn. Det er spesielt denne typen informasjon det vil være nærliggende for produsenter å være motvillig til å utlevere. En omfattende plikt til å fremlegge slik informasjon vil også sannsynligvis være i strid med TRIPS art. 39. På midten av skalaen er scenarioet hvor produsenter bes om å fremlegge, eller holde tilgjengelig, informasjon om virksomhetens aktive skritt for å opprettholde UNGC-prinsippene, herunder liste opp konkrete tiltak som er iverksatt eller skal iverksettes for å nå det målet.

Skillet mellom ytterpunktene er informasjonens iboende kommersielle verdi som ikke-kjent. Generelle egenerklæringer vil ikke være problematisk da verdien av informasjonen ikke avhenger av hemmeligholdelse. Dette i motsetning til konkret informasjon som benevnt ovenfor, hvor nettopp slik

informasjons verdi avhenger av hemmeligholdelse. Konkret vil både time- og lønnslistene være konfidensielle, både som forretningshemmeligheter, men også i forhold til personvernreglementet.

Uavhengig av om man anser hele eller deler av etikkinformasjonskravet som forretningshemmeligheter, vil det være hensiktsmessig å vurdere om et eller flere av unntakene i TRIPS kan gjøres gjeldende.

8.4 Unntak

TRIPS artikkel 8 omhandler et generalunntak som gir medlemsstater adgang:

"... in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement."

Også TRIPS artikkel 39(3) inneholder et konkret unntak for staters adgang til å kreve utlevert forretningshemmeligheter i forbindelse med godkjenning av farmasøytiske eller kjemiske landbruksprodukter. Ved utlevering av slik informasjon er staten pålagt å beskytte dataen mot urimelig kommersiell bruk. I tillegg, skal staten beskytte slik data mot avsløring, unntatt når dette er nødvendig for å beskytte offentligheten.

I likhet med vurderingen av GATT artikkel XX som diskutert ovenfor i punkt 6.3, gir unntakene i TRIPS lite konkret veiledning for den konkrete problemstillingen. Generalunntaket i TRIPS artikkel 8 dekker kun tiltak som er *nødvendig* for å beskytte offentlig helse og ernæring, og for å fremme offentlig interesse i sektorer av *vesentlig viktighet* for den sosioøkonomiske og teknologiske utvikling. Til slutt må en også vurdere konkret om tiltaket er i overensstemmelse med de øvrige bestemmelsene i TRIPS, herunder artikkel 1-7 og 39.

Da artikkel 8(1) oppstiller kumulative vilkår, vil det neppe være hensiktsmessig å vurdere hvert enkelt unntak såfremt man finner brudd på ett av dem. Det vil med andre ord ikke være hensiktsmessig å vurdere om tiltaket fremmer en offentlig interesse, eller om det er i overensstemmelse med de øvrige TRIPS-bestemmelsene, dersom man ikke først kan fastsette at kravet om etikkinformasjon er "*nødvendig for å beskytte offentlig helse*".

TRIPS artikkel 8(1) tar i utgangspunktet sikte på produktinformasjons- og merkekrav som er nødvendig for at myndighetene skal kunne ta stilling til om produktet inneholder skadelige stoffer, og for at brukerne av de aktuelle produktene skal ha mulighet til å vurdere faren. I denne henseende kan man se til produktkontrollloven og tilhørende produkt- og avfallsforskrifter, forbrukermerkeloven m.fl., som pålegger produsent, importør, distributør og andre at det ved salg i Norge fremsettes samsvarserklæringer og diverse merking osv.

Det er på det rene at tradisjonell helseinformasjon relatert til omsetningen av produkter ikke er det som etterspørres ved krav om etikkinformasjon. Som parallell kan trekkes vurderingen etter GATT artikkel III(4) og TBT artikkel 2.1 vurdering av "like" produkter. De fysiske egenskapene for etisk tilvirkede, og ikke-etisk tilvirkede produkter er i utgangspunktet identisk. Spørsmålet som ble vurdert ovenfor, var derfor om ikke-produktrelaterte produksjonsmetoder kunne gjøres gjeldende som et moment for at produktet ikke er "likt".

Rettstilstanden er i utvikling og det er vanskelig å trekke presise grenser ut av det foreliggende rettskildet. Informasjon om ikke-produktrelaterte produksjonsmetoder har i utgangspunktet ikke betydning for å beskytte for eksempel den norske folkehelsen. Etisk informasjon kan imidlertid være relevant for beskyttelsen av forbrukerinteresser i Norge og for beskyttelsen av generelle

menneskerettigheter (i de aktuelle produsentlandene). Slike hensyn er imidlertid ikke direkte dekket av ordlyden i TRIPS artikkel 8. Ser man bort fra den ekstraterritoriale begrensningen bestemmelsen i utgangspunktet har, og innfortolker "forbrukerbeskyttelse" i Norge og "offentlig helse" i tredjeland, blir spørsmålet om disse dekkes av betegnelsen. Hertil kan det også henvises til vurderingen ovenfor i punkt 6.3.2 og adgangen til å innfortolke ILOs kjerneprinsipper, se imidlertid mer om dette nedenfor.

8.5 Oppsummering

Etter vår vurdering taler de beste grunner for det foreligger et visst rettslig handlingsrom for å kreve utlevert visse typer etisk produktinformasjon. Adgangen til å kreve utlevert etisk produktinformasjon avhenger i første rekke av hva slags etisk informasjon som konkret kreves utlevert, samt graden av detaljering, behov og virkning.

En generell egenattest om etisk produksjon, hvor en vektlegger produsentens eller importørens subjektive kjennskap om eventuelle uetiske forhold i produksjonskjeden, vil sannsynligvis ikke kunne regnes som forretningshemmeligheter. På den annen side vil et mer omfattende objektivt dokumentasjonskrav, som for eksempel en detaljert oversikt over hvert enkelt ledd i produksjonskjeden lettere kunne falle inn under forretningshemmelighetsdefinisjonen. Dette fordi at slik informasjon for enkelte aktører vil ha en iboende kommersiell verdi som ikke-kjent.

Nøkkelvurderingen omhandler produsentens eller importørens subjektive oppfatning av hva den forespurte informasjonen har av verdi som ikke-kjent. Man kan dermed unngå forretningshemmelighetsproblematikken ved primært å kreve utlevert egenerklæringer om produsentens aktive bidrag for å fremme etisk produksjon. Eventuelt kan det offentlige organet knyttet til håndhevingen av det etiske produktinformasjonskravet ha funksjon som mellomledd hvor produsenten eller importøren kun plikter å utlevere etisk produktinformasjon, herunder eventuelle forretningshemmeligheter, til det offentlige organet som vurderer det under taushetsplikt for deretter å utgi en standardisert/generisk attest som enten bekrefter eller avkrefter produsentens etiske prosess- og produksjonsmetoder. Slik attest kan således sendes til de personer som forespør produktinformasjonen, uten å risikere å avsløre forretningshemmeligheter. Vi er imidlertid ikke bedt om å utrede dette, herunder de praktiske utfordringene slike ordninger medfører.

9 Etikkinformasjon og beskyttelse av opphavsrettigheter

Opphavsrettigheter er hovedsakelig beskyttet gjennom TRIPS-avtalen del II, jf. Bern-konvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk (1971) art. 1 til 21 og WIPO-traktaten om opphavsrett (WCT).³²⁸ Også EU berører opphavsretten, hvor særlig informasjonssamfunnsdirektivet 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter vedrørende opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet, vernetidsdirektivet 2006/116/EF om vernetiden for opphavsrett og visse beslektede rettigheter, samt databasedirektivet 96/9/EF om rettslig vern av databaser står sentralt. Norges opphavsrettslige traktatforpliktelser er gjennomført i lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven).³²⁹

Spørsmålet blir først om etisk produktinformasjon faller inn under definisjonen av beskyttelsesverdig åndsverk i Bern-konvensjonen art. 2 og åndsverkloven § 1(2). Det nevnes at uavhengig av om etikkinformasjon har opphavsrettslig rettsvern, legger TRIPS-avtalens art. 13 opp til unntak på grunnlag av samfunnshensyn. Dette fordrer at unntaket ikke har urimelig negativ effekt på rettighetshaverens legitime interesser. En annen fremgangsmåte som kan bli aktuell å vurdere, er adgangen til å kreve frivillig eller tvungen lisens.

Informasjon som er manifestert i en eller annen form vil ha opphavsrettslig rettsvern, såfremt det er preget av originalitet og skapende åndsinnsetning. Det gjelder følgelig ikke den etiske informasjonen isolert. Fakta, ideer og andre frembringelser er nemlig ikke beskyttet såfremt det ikke er manifestert. Dette gjelder uavhengig av uttrykksmåte og uttrykksform.³³⁰

Det er få holdepunkter for at en produsents eller importørs informasjon om etisk produktinformasjon innebærer noe originalitet eller skapende innsats. Faktaopplysninger, og den enkle sammenstillingen av slike opplysninger, regnes tradisjonelt ikke som beskyttelsesverdig åndsverk. Det avgjørende er om selve utvelgelsen av dataene fordrer noe kreativitet. En katalog med oversikt over temperaturer i Oslo de siste 100 årene vil således kunne være beskyttet da utvelgelsene av dataene innebærer en viss kreativitet og investering, selve dataene i katalogen vil imidlertid ikke være det. I denne forbindelse vises det til åndsverkloven § 43 om vern av kataloger, formularer, programmer, databaser eller lignende arbeid som sammenstiller et større antall opplysninger og/eller som er et resultat av en vesentlig investering.

En database som inneholder etisk produktinformasjon vil således kunne nyte vern etter åndsverkloven § 43. Dette tilsier at myndighetene, og/eller de eventuelle private aktører som innhenter slike data, kan opparbeide et opphavsrettslig vern. Dette gir disse aktørene en rett til både å nekte å utlevere informasjon og kreve betaling for slik utlevering.³³¹ Det understrekes at det kun foreligger en rett til å forvalte databasen på denne måten, det er på ingen måte noe i veien for at man utleverer slik informasjon uten vederlag.

En aktuell løsning på dette diskuteres i Ot.prp. nr. 116 (2001–2002) Om lov om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven). Tanken var at man innførte en ordning hvor man gir en rett til opplysningene med de begrensninger som

³²⁸ Norge har ikke tiltrådt WCT, men det er forventet at dette er nært forestående, jf. Prop. 104 L (2016-2017) side 13.

³²⁹ Den norske åndsverkloven er under revisjon og Kulturdepartementet offentliggjorde et forslag til ny åndsverklov den 5. april 2017 ved Prop. 104 L (2016-2017). Hovedfokuset ved revisjonsarbeidet er å modernisere og forenkle gjeldene lov, men det foreslås også flere materielle endringer.

³³⁰ Åndsverkloven § 1(2).

³³¹ Åndsverkloven § 2.

følger av åndsverkloven.³³² Slik bestemmelse er inntatt som § 3(2) i miljøinformasjonsloven. Vi mener dette er en praktisk løsning som også burde kunne videreføres i en lov som omhandler etisk produktinformasjon.

³³² Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) 9.2.4.

Litteratur

Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms* (2016)

Baudenbacher, *The Handbook of EEA Law* (2015)

Brown et al, *Labor Standards and Human Rights: Implications for International Trade and Investment*, IPC Working Paper Series Number 19.

Diller & Levy, *Child Labor, Trade and Investment: Toward the Harmonization of International Law*, Am. J. Int'l. L., vol. 91, No. 4 (1997).

Ellis & Keane, *A review of ethical standards and labels: Is there a gap in the market for a new 'Good for Development' label?*, Overseas Development Institute working paper 297 (2008).

Emslie John J, *Labeling Programs as a Reasonably Available Least Restrictive Trade Measure Under Article XX's Nexus Requirement*, Brook. J. Int'l L. 30:2 494 (2005).

Fredriksen & Mathisen, *EØS-rett* (2014)

Herrmann & Terhechte, *European Yearbook of International Economic Law* (2015)

Howse & Regan, *The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy*, EJIL, Vol. 11 No. 2 (2000).

Howse Robert, *The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights*, 3 J. Small & Emerging Bus. L. 131 (1999).

Hudec, 'Like Product': *The Differences in Meaning in GATT Articles I and III*, Cottier/Mavroidis, Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law, 2000, s104.

Jakir Vanda, *The New WTO Tuna Dolphin Decision: Reconciling Trade and Environment?*, Croatian

Janelle Diller & David Levy, *Child Labor, Trade and Investment: Toward the Harmonization of International Law*, Am. J. Int'l. L., vol. 91, No. 4, Oct. 1997.

Joshi Manoj, *Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organization Agreements?*, JWT 38 (2004).

Kaufmann Christine, *Globalisation and Labour Rights. The Conflict between Core Labour Rights and International Economic Law* (2007)

Kennedy Kevin C., *Resolving International Sanitary and Phytosanitary Disputes in the WTO: Lessons and Future Directions*, 55 Food Drug L.J. 81,85 (2000)

Laura Yavitz, *The WTO and the Environment: The Shrimp Case that Created a New World Order*, 16 J. Nat. Resources & Envtl. L. 203 215 (2002).

Lester et. al., *World Trade Law* (Second edition, 2012)

Maskus Keith E.. *Should core labor standards be imposed through international trade policy?*, Policy Research Working Paper Series 1817, The World Bank (1997).

Okubo, *Environmental Labelling Programs and the GATT/WTO Regime*, Geo. Int'l Env'tl. L. Rev. 11 (1999).

Richards George, *Environmental Labeling of Consumer Products: The Need for International Harmonization of Standards Governing Third-Party Certification Programs*, 7 Geo. Int'l Env'tl. L. Rev. 235.

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett* (2011)

Staffin Elliot, *Trade Barrier or Trade Boon? A critical Evaluation of Environmental Labeling and its Role in the "Greening" of World Trade*, 21 Colum. J. Env'tl. L. 205, 211 (1996).

Vranes Erich, *Climate Labelling and the WTO: The 2010 EU Ecolabelling Programme as a Test Case Under WTO Law* (2010).

Yearbook of European Law and Policy, vol. 9 (2013).