



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Hvor langt strekker enerettsmodellen seg?

En analyse av utvalgte nasjonale rettsregler i møte med det internasjonale, uregulerte pengespillmarkedet.

Simen Angell Nicolaysen

Stor masteroppgave i rettsvitenskap - Mai 2017



Innhold

1	Innledning	4
1.1	Tema og problemstillinger.....	4
1.2	Grunnleggende om dagens pengespillmarked.....	5
1.3	Hvorfor skrive om enerettsmodellens møte med det internasjonale, uregulerte pengespillmarkedet?	7
1.4	Avgrensninger	9
1.5	Den videre fremstillingen	10
2	Metodisk fundament	11
2.1	Arbeidet er rettsdogmatisk.....	11
2.2	Særegne metodiske spørsmål.....	12
2.2.1	EØS-retten	12
2.2.2	Internasjonal privatrett	14
3	Prosessrettslige spørsmål	20
3.1	Innledende bemerkninger	20
3.2	Verneting	22
3.2.1	Rettslig utgangspunkt og den videre fremgangsmåte	22
3.2.2	Kontrakten	22
3.2.3	Tvisteloven	22
3.2.4	Luganokonvensjonen: Anvendelsesområde	23
3.2.5	Luganokonvensjonen: Regelvalg	24
3.2.6	Oppsummering og konklusjon	31
3.3	Lovvalg.....	32
3.3.1	Rettslig utgangspunkt og den videre fremgangsmåten	32
3.3.2	Kvalifikasjon	33
3.3.3	Partsautonomi.....	33
3.3.4	Lovvalg for forbrukerkjøp ved internasjonal handel i norsk rett	34
3.3.5	Lovvalg for forbrukerkontrakter i EU-retten	36
3.3.6	Internasjonalt preseptoriske regler	41
3.3.7	Oppsummering og konklusjon	49
4	EØS-rettslige spørsmål	50
4.1	Innledende bemerkninger	50

4.2	Aktualitet	51
4.3	Avgrensning – Om forholdet til sekundærlovgivningen	51
4.4	Rettslige utgangspunkter og reelle hensyn	52
4.5	Enerettsmodellen som restriksjon på EØS-avtalen	55
4.5.1	Generelt om spillmonopolet som restriksjon.	55
4.5.2	Restriksjonens nærmere innhold	56
4.5.3	EØS-rettens krav til utvelgelsen av monopolist på pengespillområdet.....	58
4.5.4	Er utvelgelsen av Norsk tipping i tråd med EØS-rettens krav?	59
4.5.5	Unntaksregel fra kravene til utvelgelsesprosessen.....	60
4.6	Legitimering av en restriksjon på EØS-avtalen artikkel 31 og artikkel 36.	64
4.7	Legitimeringen av enerettsmodellen som restriksjon	65
4.7.1	Kort om spillmonopolers legitimitet generelt	65
4.7.2	Hensynene bak det norske spillmonopolet.....	65
4.7.3	Hensynet til å forhindre spilleavhengighet.....	68
4.7.4	Hensynet til å forhindre kriminalitet og misligheter	69
4.7.5	Hensynet til at pengespill ikke skal være en kilde til privat profitt.....	69
4.8	Kravet til egnethet/sammenheng	72
4.8.1	Vurderingstema	72
4.8.2	Praktiseringen av enerettsmodellen i lys av et høyt beskyttelsesnivå for å unngå spilleavhengighet	73
4.8.3	Praktiseringen av enerettsmodellen i lys av et høyt beskyttelsesnivå for å unngå kriminalitet og misligheter	82
4.8.4	Konklusjon	84
4.9	Kravet til Nødvendighet	84
4.9.1	Vurderingstema	84
4.9.2	Domstolens prøving og hvilken «intensitet» denne har	85
4.9.3	Hensynet til å unngå spilleavhengighet og hensynet til at overskuddet ikke blir en kilde til privat profitt.	87
4.9.4	Hensynet til å unngå kriminalitet og misligheter	89
4.10	Oppsummering og konklusjon.....	89
5	Skatterettslige spørsmål	91
5.1	Innledende bemerkninger	91
5.2	Noen ytterligere avgrensninger	92
5.3	Rettslige utgangspunkter og reelle hensyn	92

5.4	Grensen mellom hobby og virksomhet ved inntekt fra oddspill	94
5.4.1	Utgangspunktet for beskatning.....	94
5.4.2	Beløpsgrensen	95
5.4.3	Inntektskategori.....	95
5.5	Fritaksregelen fra skatteplikt for enkelte gevinsttyper	99
5.5.1	Sktl. § 5-50 (2) bokstav d	99
5.5.2	Lagmannsrettens dom LG-2015-162007	101
5.5.3	Det skatterettslige legalitetsprinsippet	102
5.5.4	Unntaket for «tilsvarende»- spill.....	103
5.6	Hvorfor oppstår tolkningsproblemet og hvordan kan det løses?.....	110
5.6.1	Årsaker til lovbestemmelsen utforming	110
5.6.2	Betraktninger om bestemmelsen de lege ferenda.....	111
6	Avsluttende betraktninger	112
	Kildeliste.....	114

Til mine bestemødre

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Avhandlingens tema er en analyse av utvalgte rettsregler som regulerer det norske pengespillmarkedet. Hovedelementet i regulering av pengespillmarkedet er enerettsmodellen.¹ Enerettsmodellen vil bli beskrevet nedenfor, men kan kort forklares som et monopol for det statseide selskapet Norsk Tipping AS (heretter Norsk Tipping).² Enerettsmodellen er et forsøk på atferdsregulering av spillerne som benytter seg av pengespilltjenester i Norge, herunder at spillerne skal benytte seg av det statlig kontrollerte og «betryggende» tilbudet.³

Problemstillingene som skal behandles er spørsmål som oppstår utenfor - eller i grensene av - enerettsmodellen, der modellen møter delen av pengespillmarkedet som kan betegnes som uregulert.⁴ Betegnelsen *uregulert* sikter her til det markedet som oppstår på siden av monopollovgivningen forsøk på atferdsregulering av norske spillere.

Lovgivningen i enerettsmodellen forbyr all pengespillaktivitet i det uregulerte markedet, jf. Pengespilloven (spill.)⁵ § 2 første ledd, første og annet punktum, og for lotterier, Lotteriloven (lottl.)⁶ § 6 første ledd. På tross av forbudet har dagens spillmarked for norske spillere en betydelig uregulert del, som spillerne også benytter seg av.⁷ Som overskriften antyder, er fokuset i avhandlingen den internasjonale uregulerte delen. I dette uregulerte markedet oppstår flere rettsspørsmål som ikke er forsøkt regulert ved spesiallovgivning. Konsekvens av manglende spesialregulering er at alminnelige rettsregler må tilpasses de problemstillingene som oppstår i typetilfellene. Siktemålet med avhandlingen er å analysere noen av disse typetilfellene, særlig med fokus på hvordan enerettsmodellens regulering og hensynene bak påvirker de alminnelige reglene som anvendes.

Typetilfellene oppstår som juridiske tvister flest, i møte mellom aktører med interessekonflikter. De tre aktørene som opptrer i det uregulerte markedet er de norske spillerne, den norske stat, og de uregulerte pengespilltilbyderne. Disse aktørene danner dermed utgangspunktet for avhandlingens problemstillinger.

¹ Prop. L 13 (2015-2016) (heretter Prop. L 13) punkt. 3.1 første avsnitt.

² Prop. L 13 punkt 3.1 første avsnitt.

³ Revidert nasjonalbudsjett for 1991, inntatt i St.meld. nr. 2 (1990-1991) s. 179, andre spalte.

⁴ «Grenselaase pengespel – krev ny teknologi ny regulering?» Rapport fra ekspertgruppe, nedsatt av Kulturdepartementet juni 2013, overlevert Kulturdepartementet desember 2014 (Hamarutvalget) side 19.

⁵ Lov 28. August 1992 nr. 103 om pengespill m.v (spill.).

⁶ Lov 24. Februar 1995 nr. 11 om lotterier m.v (lottl.).

⁷ St.meld. nr. 12 (2016-2017), «Alt å vinne – en ansvarlig og aktiv pengespillpolitikk», levert til stortinget 16. desember 2016 (heretter St. Meld. 12) s. 22/23.

Første typetilfelle er en analyse av prosessrettslige spørsmål, som oppstår når en norsk spiller saksøker en tjenestetilbyder i det uregulerte markedet, på bakgrunn av kontraktuelle forhold. Problemstillingene i analysen er prosessuelle, herunder hvilket verneting og lovvalg som gjelder.

Andre typetilfelle er en analyse av EØS-rettslige spørsmål, som kommer på spissen når tjenestetilbydere fra det uregulerte markedet ønsker innpass i den regulerte delen. Analysen vil både drøfte spørsmålet om utestengelsen av de private aktørene er i tråd med EØS-rettens regler om tjenestefrihet, men også om utvelgelsen av Norsk Tipping som monopolist er i tråd med EØS-retten.

Tredje typetilfelle er en analyse av skatterettslige spørsmål, som oppstår når de norske spillerne vinner gevinster i det uregulerte markedet. Spesielt vil omfanget av unntaksregelen for gevinster fra spill hos tilbydere i andre EØS-land, drøftes.

1.2 Grunnleggende om dagens pengespillmarked

Forrige punkt har allerede presentert den overordnede inndelingen av pengespillmarkedet i Norge, nemlig en regulert og en uregulert del.

Reguleringene som danner monopolet er tre forskjellige lovverk med tilhørende forskrifter. I tillegg til allerede nevnte spill- og lotteri- loven tilhører også Totalisatorloven (total.)⁸ de reguleringene som samlet danner den norske enerettsmodellen for pengespill, lotterier og hesteveddeløp. Begrepet *enerett* benyttes fordi tillatelsen til å tilby spill og avholde lotterier i hovedsak er delegert til en monopolist, Norsk Tipping. For avhandlingen er pengespillområdet med pengespillloven, det viktigste. De to øvrige lovverkene vil bare trekkes inn der de er relevante for sammenhengen.

Norsk Tippings tillatelse er eksplisitt angitt i spill. §§ 3 første ledd, jf. 13.⁹ Loven åpner også for formidling av spill i mindre skala, jf. § 2 andre ledd. Norsk Tipping har imidlertid enerett til å avholde spillene med størst omsetning.¹⁰ Lignende unntak fra enerettssystemet følger også av lotteriloven der mindre private aktører kan få tillatelse til å drive lotterier, jf. § 5 andre ledd. Unntakene for mindre pengespill vil ikke bli behandlet videre fordi de ikke er relevante for

⁸ Lov 1. juni 1927 nr. 3 om veddemål ved totalisator (total.).

⁹ Ot.prp. nr. 52 (1991-1992) (Ot.prp. nr. 52) s. 11/12 og 13/14.

¹⁰ Prop. L 13 punkt 3.1.

analysen av enerettsmodellens utstrekning til typetilfeller i det internasjonale uregulerte markedet.

En sentral del av begrunnelsen for enerettsmodellen, er at formålet med spilltilbudet skal være allmennyttige formål, jf. spill. § 1 tredje ledd. Deler av innsatsbeløpet, og overskuddet i sin helhet, går derfor til samfunns- og helsenyttige formål herunder idrettsaktivitet, kultur og rehabilitering, jf. spill. § 10 andre ledd, jf. første ledd.

For å ivareta lovens formål er Lotteritilsynet opprettet.¹¹ Tilsynet skal føre kontroll med alle private og statlige aktører som tilbyr pengespill i medhold av den norske reguleringen, jf. spill. § 15 første ledd og lottl. § 4. De nærmere kontrollfunksjonene blir drøftet senere i punkt 4.8.2.3 og 4.8.3.

Det internasjonale uregulerte markedet, som benyttes av norske spillere, består av tjenestetilbydere på internett.¹² Hvor mange tilbydere som benyttes av norske spillere er vanskelig å fastslå, men regjeringen antar at ca. 30 aktører blir benyttet på permanent basis.¹³

Spillselskapene er gjerne organisert slik at ett selskap eier og driver flere spillsider, som igjen har flere spill. Selskapet har ofte hovedsete i land som har selskapsvennlig pengespillovgivning. I Europa er Malta en fortrukket plassering.¹⁴ De fleste av de uregulerte aktørene velger å ikke forholde seg til norske regler, men tilbyr tjenesten i tråd med reglene i lisensstaten. Noen selskaper ønsker imidlertid å bli en del av det regulerte norske markedet, selv om de kan tilby samme tjeneste utenfor reguleringen.¹⁵

For norske spiller fungerer tjenesten slik at spilleren først må opprette en profil på nettstedet, herunder akseptere standardvilkårene fra selskapet. Betydningen av disse vil behandles i forbindelse med analysen av prosessuelle spørsmål. Til forskjell fra Norsk Tipping får ikke de uregulerte selskapene benytte norske bankløsninger, jf. § 4 første ledd, jf. § 3 i forskrift om forbud mot spillbetalingsformidling.¹⁶ De utenlandske selskapene benytter seg derfor av nett-baserte pengebøker, som vanskeliggjør sporingen av transaksjonen. Spørsmål knyttet til

¹¹ NOU 1997:14 Spillet om pengene - Om opprettelse av et lotteritilsyn, punkt. 8.2.2.

¹² Samme forutsetning er lagt til grunn i St. Meld. 12 s. 22 venstre spalte.

¹³ St. Meld. 12 s. 22.

¹⁴ Pr. juni 2016 hadde 257 selskap tillatelse fra Malta, jf. <https://www.ccmalta.com/publications/malta-gaming-industry-growth-in-2016> (sist besøkt: 25.04.2017 kl. 13:07).

¹⁵ <http://e24.no/naeringsliv/pengespill/oppheves-spillmonoplet-norsk-tipping-tror-ikke-konkurrentene-godtar-ansvarlighetskrav/23455791> (sist besøkt: 25.04.2017 kl. 13:08).

¹⁶ FOR-2010-02-19-184, Forskrift om forbud mot betalingsformidling for pengespill som ikke har norsk tillatelse. For artikkel om den nylige opptrappingen hva gjelder betalingsforbudet se <https://www.nrk.no/norge/stopper-overforinger-fra-utenlandske-spillselskaper-1.13483871> (sist besøkt 30.4.2017 kl. 11:34).

betalingsløsningen vil ikke bli drøftet videre, med tas med dersom det er relevant for sammenhengen.

1.3 Hvorfor skrive om enerettsmodellens møte med det internasjonale, uregulerte pengespillmarkedet?

Hvorfor skrive om møte mellom det regulerte- og det uregulerte -spillmarkedet? Begrunnelsen er først og fremst at problemstillingene har et interessant juridisk avklaringspotensial. Det uregulerte pengespillmarkedet er et av få gjenværende økonomiske markeder av størrelse, som ikke er underlagt noen spesiallovgivning nasjonalt, annet enn det generelle forbudet. Markedet er heller ikke underlagt sekundærlovgivning etter EØS-retten.¹⁷ Rettsspørsmålene, som oppstår i det uregulerte markedet, er dermed i stor grad overlatt til alminnelige regler som virker inn uavhengig av deres egnethet som regulering.

Det uregulerte markedet er av en størrelse både i antall spillere og omsetning at det ikke kan neglisjeres i pengespillforvaltningen.¹⁸ Størrelsen på det uregulerte markedet var også en sentral del av begrunnelsen for det utredningsarbeidet som ble igangsatt, i henhold til regjeringens ønske.¹⁹

Utredningsarbeidet, som foreløpig har kulminert i Stortingsmelding nr. 12, *Alt å vinne*, (2016-2017) (heretter St. Meld. 12),²⁰ konkluderte med at enerettsmodellen skal bestå på tross av de utfordringene som det uregulerte markedet medfører.²¹ Problemstillingene som skal behandles i oppgaven vil dermed ha aktualitet fordi pengespillmarkedet også i fortsettelsen vil bli delt i en regulert og en uregulert del. Den bakenforliggende problematikken, statens forsøk på å styre borgerne konsumpsjon i møte med frie næringskrefter, har i tillegg aktualitet ut over avhandlingens begrensede område.²²

Temaets aktualitet er klarlagt ovenfor. Problemstillingene som skal drøftes er imidlertid såpass fragmenterte at de foranlediger særskilte begrunnelser. Aktørene i markedet utgjør, som nevnt, et naturlig utgangspunkt. Problemene som oppstår utenfor- og i grensene av- enerettsmodellen, aktiveres nettopp ved disse subjektene interaksjoner med hverandre. Det er ikke mulig,

¹⁷ Opinion of Advocate General Mengozzi, delivered on 3 March 2010, *Stoss mfl.*, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 og C-410/07, ECLI:EU:C:2010:109, avsnitt (1)

¹⁸ St. Meld. 12 s. 23 og 27.

¹⁹ Hamarutvalget s. 7 første spalte.

²⁰ Se fotnote 7 for full henvisning.

²¹ St. Meld. 12 s. 73/74.

²² For en mer fullstendig fremstilling av problematikken se, Bogart, W. A. *Permit But Discourage: Regulating Excessive Consumption*, Oxford University Press 2010 (heretter Bogart 2010), og særlig: Introduction, XVII.

innenfor rammene av avhandlingen, å analysere alle problemstillinger som oppstår i disse interaksjonene. For likevel å forsøksvis illustrere de ulike interessemotsetningene og hensynene som aktualiseres, vil typetilfeller fra de tre ulike partskonstellasjonene være hensiktsmessig.

For partskonstellasjonen spiller mot spillerselskap har jeg valgt å drøfte prosessuelle spørsmål. Årsaken er at disse spørsmålene er relevant for nær sagt alle tvister som oppstår i det uregulerte spillmarkedet.²³ Domstolene er en arena hvor staten har plikt til å vurdere spørsmål som stammer fra det uregulerte markedet.²⁴ De prosessuelle spørsmål definerer rammene for domstolens stillingtagen, og vil i ytterste konsekvens medføre at dommerne må komme til resultater som strider mot de hensyn som enerettsmodellen skal ivareta (mer om dette i punkt 3.1). Domstolens muligheter for sensur av maltesiske regler, er særlig fremtredende for lovvalgsspørsmålet, og enerettsmodellens potensielle påvirkning drøftes her inngående.

Vernetingssspørsmålet er, etter mitt syn, såpass tett sammenvevd med lovvalgsspørsmålet at fremstillingen er ufullstendig uten at begge spørsmål drøftes.²⁵ I tillegg vil vernetingssspørsmålet vise en viktige side av spillerens rettslige posisjon, nemlig forbrukerhensynet. I det regulerte markedet opptrer spillerne som forbrukere med de rettigheter denne posisjonen gir.²⁶ Enerettsmodellen er i så måte også tuftet på alminnelige forbrukerhensyn, selv om disse ikke er like fremtredende som vernet mot spilleavhengighet.²⁷ Spørsmålet om spilleren er en forbruker i det uregulerte markedet, illustrerer hvordan enkelte av hensynene som enerettsmodellen ivaretar, strekker seg lenger enn enerettsmodellens rammer.

For partskonstellasjonen spillerselskap mot staten har jeg valgt å drøfte spørsmål som oppstår der den frihetsbaserte EØS-retten møter enerettsmodellens lukkede monopollovgivning. I møte med EØS-rettens regler, som skal legge til rette for frie markeder, oppstår kanskje den tydeligste kollisjonen mellom motstridende interesser. EØS-retten vil til enhver tid utgjøre de ytterste rammene av enerettsmodellen, og en fremstilling som delvis tar sikte på en analyse enerettsmodellens grenser vil derfor være mangelfull uten en vurdering av disse rammene. I tillegg kommer praktiseringen av enerettsmodellen på spissen i de EØS-rettslige spørsmål, og medfører dermed en analyse av monolets praktisering i møte med det uregulerte markedet.

²³ St. Meld. 12 s. 71 første spalte, punkt 8.5.3.

²⁴ Jf. Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling i rettergang og sivile tvister (tvL), § 1-1 (1) jf. (2) første strekpunkt.

²⁵ Slik også Berte- Elen R. Konow legger opp drøftelsen av lignende spørsmål i «Vernetning og rettsvalg ved internasjonale forbrukerkjøp», *Rett og toleranse, Festskrift til Helge Johan Thue, 70 år*, Oslo 2007 s. 271-288 (Konow 2007) s. 272.

²⁶ St. Meld. 12 s. 73.

²⁷ St. Meld. 12 s. 71, punkt 8.5.3.

For partskonstellasjonen stat mot spiller har jeg valgt å drøfte skatterettslige spørsmål. Spørsmål om gevinstbeskatning er, etter mitt syn, særlig egnet for å illustrer at enerettsmodellen kan strekke seg over på det uregulerte markedet. Som drøftelsen vil vise, tolkes bestemmelsen om gevinstbeskatning fra det uregulerte markedet i lys av enerettsmodellens formål. Statens ønske om beskyttelse av monopolet, og dermed beskyttelse av spillerne, går dermed så langt at selv spillere som har opptrådt i det uregulerte markedet blir påvirket av regler som, i stor grad, er begrunnet av hensynene bak enerettsmodellen. Beskatningsspørsmålet illustrerer også en problemstilling hvor to ulike vern for spilleren, legalitetsprinsippet og enerettsmodellen, kolliderer.

1.4 Avgrensninger

Forrige punkt inneholder begrunnelsen for hvorfor jeg har avgrenset meg til de tre angitte typetilfeller med tilhørende problemstillinger. Noen ytterligere avgrensninger er imidlertid nødvendig.

Avhandlingen skal omhandle pengespill herunder odds- og liveoddsspill (heretter oddsspill) på idrettskonkurranser, jf. spill. § 1 første ledd, bokstav a. De øvrige formene for spill, f.eks. poker, vil bare trekkes inn der de er relevant for sammenhengen. Videre omhandler avhandlingen spilltjenester tilbudt over internett. Salg av ting over internett faller følgelig utenfor, sammen med spill hos fysisk kommisjonær ol.

Spillselskapene som tilbyr slike tjenester over internett er tallrike. Avhandlingen tar utgangspunkt i svenskeide Betsson Group (Betsson) som er etablert med kontorer på Malta. Selskapet er ett av verdens største, og vil være representativt for flere av de andre selskapene, både hva gjelder organisering og tjenestetilbud. I det videre legges til grunn at Betsson er næringsdrivende i rettslig forstand, uavhengig av om rettsgrunnlaget som drøftes er nasjonalt eller internasjonalt. I de tilfellene hvor rettsgrunnlaget legger opp til en vurdering av hvorvidt den næringsdrivende retter sin aktivitet mot Norge, legges også denne forutsetningen til grunn som oppfylt.²⁸

²⁸ For en bred drøftelse av hvem som er næringsdrivende etter Luganokonvensjonen, se Joakim St. Oren (Øren 2003), "International Jurisdiction over Consumer Contracts in e-Europe." *International and Comparative Law Quarterly* 52.Part 3 (2003): 665-696.

Når «staten» omtales i avhandlingen kan det være både i form av lovgiver, forvaltningen, eller domstolene. I hvilken kapasitet staten opptrer vil formodentlig fremgå av sammenhengen.

Spilleren, i avhandlingens forstand, er en vanlig person som benytter seg av spilltilbudet fra de utenlandske aktørene. Vi forutsetter at spillingen foregår fra den enkeltes pc, nettbrett eller mobil, og at spillingen foregår fra Norge. Det legges også til grunn at spilleren er solvent.

Problemstillinger som ikke blir analysert nærmere er spørsmål knyttet til markedsføring i det uregulerte markedet. Nivået på markedsføringen vil derimot bli trukket inn i drøftelsen av EØS-rettens rammer. De problemstillingene som nødvendiggjør bruk av maltesisk rett vil heller ikke bli drøftet, både av hensyn til plass og til tilgjengelighet.

I punkt 1.1 ble det antydning at enerettsmodellen er en form for atferdsregulering. De nærmere retts sosiologiske analyser som kan gjøres av denne typen atferdsregulering faller utenfor drøftelsene, men er et viktig perspektiv som gir grunnlag for noen betraktninger avslutningsvis. For en bredere retts sosiologisk drøftelse vises til *Bogart*.²⁹

Avhandlingen vil heller ikke problematisere hvorvidt de utenlandske pengespillene passer med definisjonen i enerettsmodellens regulering. Hvordan monopollovgivningen definerer f.eks. «pengespill» er ikke relevant, fordi drøftelsene omfatter problemstillinger som faller utenfor reguleringen.³⁰

1.5 Den videre fremstillingen

Temaet skal som nevnt analyseres ut fra tre typetilfeller med tilhørende problemstillinger. Før typetilfellene analyseres, skal imidlertid noen betraktninger om arbeidsmetode kommenteres i kapittel 2.

Avhandlingen legger deretter opp til en struktur hvor to problemstillinger av en viss størrelse, drøftes for hvert typetilfelle. Først skal spørsmål om verneting og lovvalg drøftes i del I (kapittel 3), deretter skal EØS-rettslige krav til både utestengelsen av de utenlandske selskapene og valget av nasjonal aktør drøftes i del II (kapittel 4), og til slutt skal spørsmål om inntektskategorisering og skattefritak drøftes i del III (kapittel 5).

Etter drøftelsen i del I-III presenteres noen avsluttende betraktninger i kapittel 6.

²⁹ Se fotnote 21.

³⁰ For en nærmere analyse av nasjonale regler anvendt på spill tilbud over internett se Halvor Manshaus, «Private pengespill på internett», *Complex* 4/97, 1997 s. 1-110.

2 Metodisk fundament

2.1 Arbeidet er rettsdogmatisk

Avhandlingens sentrale problemstillinger er nasjonale rettsreglers regulering av interaksjonene mellom de uregulerte pengespilltilbyderne, norske spillere og den norske stat. Arbeidets primære undersøkelsesobjekt er følgelig nasjonale rettsreglers innhold. Gjeldende innhold i nasjonale rettsregler betegnes som «gjeldende rett».³¹ Begrepet «gjeldende rett» er ikke entydig, men her vil det ikke bli foretatt noen diskusjon om hvilket innhold begrepet kan ha. Begrepet benyttes her som betegnelse på svarene på de rettsspørsmålene som nasjonale rettsregler angir. For fastleggelsen av innholdet i disse rettsreglene benyttes rettsdogmatisk arbeidsmetode eller «juridisk metode».³² Juridisk metode er den alminnelig aksepterte faglige metode for avklaring av rettsspørsmål.³³ Her vil ikke bli foretatt noen ytterligere generell utgreiing om juridisk metode.³⁴

Hverken gjeldende rett eller den juridiske metoden er statiske størrelser - de endres med den til enhver tid gjeldende forståelsen til «det juridiske kommunikative fellesskapet».³⁵ For avhandlingens del er rettens dynamiske karakter sentral. Spørsmålene som skal behandles benytter relativt nytt kildemateriale og nye metodiske endringer i norsk rett, herunder bruken av internasjonale kilder (se punkt 2.2. nedenfor). Konklusjonene vil dermed ikke nødvendigvis være gjenklang av rettspraksis fra tidligere saker. En konsekvens er at argumentasjonsmønstrene i avhandlingen forsøker å foreta en bredere diskurs enn hva domstolen kan begrense seg til. En slik bredere tilnærming stiller krav til en synliggjøring av verdipremissenes grunnlag, i teorien formulert som et krav til «diskursiv innsikt».³⁶ Legitimiteten til de standpunkt som tas i drøftelsene er dermed særlig avhengig av en etterviselig bruk av den juridiske metode.³⁷ En gjennomgående konsekvens av det ovennevnte er at juridisk teori benyttes i relativt stor utstrekning for å forankre de argumenter som benyttes.

³¹ Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, 6. opplag, Bergen 2008 (Bernt og Doublet 2008) s. 18

³² Bernt og Doublet 2008 s. 13 og s. 19. Stig. H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den Europeiske menneskerettskonvensjon*, 1. utgave, Tromsø 2010 (Solheim 2010) s. 22.

³³ Bernt og Doublet 2008 s. 19.

³⁴ For en generell utgreiing om innholdet i den juridiske metode se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, 3. opplag, Bergen 2012, særlig kapittel 1 (Nygaard 2012), se også Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5 utgave ved Jan E. Helgesen, 3. opplag, Oslo 2007.

³⁵ Jan Fridthjof Bernt, «Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelse av juridiske tvilsspørsmål» i *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Oslo 2009 s. 31-43, s. 40, Erik Eldjarn, «Materiell prosessledelse», Tromsø 2015 (Eldjarn 2015) s. 15.

³⁶ Synne Sæther Mæhle, «Gjelder andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene», *Jussens venner* 2004, s. 329-342 (Sæther Mæhle 2004) punkt 6, s. 335/336.

³⁷ Nygaard fremhever etterprøvbarehet som en sentral del av begrunnelsen for metoden, jf. Nygaard 2012 s. 24.

Et annet metodisk særtrekk med avhandlingen er at enkelte av spørsmålene i liten- eller ingen grad er regulert i norsk lov, derav betegnelsen «uregulert marked», jf. punkt. 1.1. Særlig lovvalgsspørsmålet ved tvist mellom spiller og spillerselskap løses av andre kilder enn lov. Konsekvensen av manglende lovregulering er for avhandlingens del et fragmentert rettskildetilbilde. Viktige kilder er internasjonale konvensjoner, EU-rett,³⁸ rettspraksis, juridisk teori, og reelle hensyn. Den kildetilnærming avhandlingen her anlegger medfører at enkelte nasjonale verdistandpunkter utfordres, særlig i kapittel 4 om EØS-rettens rammer for spillmonopolet. Gjennom blant annet disse vurderingene forsøker avhandlingen å ta «aktiv stillingtagen (...) til de verdimessige utfordringene som fastleggelse av gjeldende rett reiser», omtalt som «diskursivt ansvar».³⁹

I tillegg til de trekk som er omtalt i avsnittene over vil drøftelsen på skatterettens område gjøre bruk av legalitetsprinsippet. Hvilke metodiske særtrekk legalitetsprinsippet fører med seg vil bli behandlet nærmere i kapittel 5.

2.2 Særegne metodiske spørsmål

2.2.1 EØS-retten

Metodekapitlet har for de følgende punktene (2.2.1-2.2.2) motsatt struktur sammenlignet med avhandlingens materielle deler. Årsaken er at EØS-retten, og da særlig EU-delen av EØS-retten, danner bakteppe for flere av de kildene som benyttes for vurdering av verneting og lovvalg. Hvordan EØS-retten smitter over på norsk rett gjennom kildebruken, skal underkapitlet om IPR og Luganokonvensjonen forsøke å belyse.⁴⁰ I avsnittene straks nedenfor skal noen metodiske særtrekk ved EØS-retten og begrunnelsen for disse trekkes frem.

EØS-avtalens hoveddel er inntatt som «norsk lov», jf. EØS-loven § 1.⁴¹ Spørsmålet om hvordan slike inkorporerte konvensjoner skal tolkes har medført en viss tvil hos domstolene. I dag synes det imidlertid å være avklart at der reglene ivaretas av en overnasjonal domstol, skal nasjonale domstoler anvende tilsvarende metode som den overnasjonale domstolen.⁴² En metodisk

³⁸ Tidligere betegnet «EF», men i avhandlingen benyttes «EU».

³⁹ Sæther Mæhle 2004 s. 336/337.

⁴⁰ Internasjonal privatrett og Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 30 okt. 2007 (Luganokonvensjonen).

⁴¹ Lov 27. november 1992 nr. 109 EØS-loven.

⁴² Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode – særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave Oslo 2015 (Arnesen og Stenvik 2015) s. 56, punkt 3.2.2 med videre henvisninger til Rt. 2000 s. 996 A (Bøhler) og Rt. 2005 s. 833 A avsnitt (45) som avklarer spørsmålene for EMKs vedkommende.

tilnærming som samsvarer med den øverste domstol i det aktuelle rettssystemet, er for øvrig i tråd med den «rettsdogmatiske metode» som avhandlingen benytter.⁴³ En slik tilnærming medfører utfordringer for Luganokonvensjonens vedkommende, disse blir kommentert nedenfor.

For norske rettsanvendere er EFTA-domstolen formelt den retningsgivende domstol for tolkningen av EØS-avtalen, med det forbehold at uttalelsene bare er rådgivende, jf. ODA-avtalen art. 36.⁴⁴ EFTA-domstolen har adoptert EU-domstolens rettskildeprinsipper med noen EØS-tilpasninger. Dette medfører at norske rettsanvendere skal benytte EU-domstolens metodiske prinsipper ved løsningen av EØS-rettslige problemstillinger.⁴⁵ Kapitlets rammer tillater ingen fullstendig redegjørelse for disse prinsippene. Her vil hensynene bak den metodiske tilnærmingen presenteres, og noen konkrete metodiske konsekvenser av disse hensynene påpekes.

En metodisk tilnærming tilsvarende EU-domstolens er begrunnet med ønske om rettsenhet, herunder homogenitetsprinsippet og harmoniseringsmålsettingen.⁴⁶ Disse hensynene er også sentrale for forholdet mellom nasjonal rett og EØS-rett. Blant annet i vurderingen av spillmonopolets legalitet er bruken av praksis fra EU-domstolen et utslag av homogenitetsprinsippet - at reglene i EØS- og EU-retten skal ha likt innhold.

Harmoniseringsmålsettingen vil bli nærmere omtalt senere i punkt 4.2, men kjernen er at medlemslandene i EØS-avtalen skal ha sammenlignbar rettstilstand. For avhandlingens del er den metodiske betydningen særlig fremtredende i drøftelsen om hvilke vernetings- og lovvalgsregler som skal velges i norsk rett. Motsetningsvis er fraværet av harmonisering sentral for kildebruken i spørsmålene om spillmonopolet. Blant annet er ikke de øvrige statens praksis en relevant rettskilde, noe det vanligvis er for EØS-rettslige spørsmål.⁴⁷ I tillegg vil manglende fellesskapsrettslige reguleringer medføre at hverken Rådet eller Kommisjonen i EU-systemet har kommet med uttalelser av særlig interesse for avhandlingens problemstillinger.⁴⁸

⁴³ Solheim 2010 s. 23.

⁴⁴ Høyesterett følger imidlertid EFTA-domstolens uttalelser dersom ikke «særlige grunner» tilsier noe annet, jf. HR-2016-2554-P *Holship* avsnitt (77).

⁴⁵ Fredrik Sejersted mfl., EØS-rett, 3. utgave, Oslo 2011 (Sejersted mfl. 2011) s. 253/254, Arnesen og Stenvik 2015 s. 56, punkt 3.3.2.

⁴⁶ Arnesen og Stenvik 2015 s. 26.

⁴⁷ Dom av 24. mars 1994, *Schindler*, C-275/92, EU:C:1994:19, avsnitt 32.

⁴⁸ Alan Littler, *Member States versus the European Union, the regulation of Gambling*, Martinus Nilhoff Publishers, Boston 2011 (Littler 2011) s. 229

De to foregående avsnittene knytter seg til hvilken kildebruk som kreves etter EØS-rettsens påvirkning på rettskildebildet. Også i slutningsfasen divergerer EU-domstolens rettskildeprinsipper fra norske domstolers.⁴⁹ Særlig hva gjelder bruken av bestemmelsens ordlyd er rettssystemene forskjellig. EU-domstolen slutter sjelden strengt fra traktattekstens språklige betydning, men benytter gjerne en formålsorientert tolkning.⁵⁰ I avhandlingen vil derfor ikke ordlyden bli gitt like mye oppmerksomhet i drøftelsene av EØS-rett som i drøftelsene av for eksempel skatterettslige spørsmål.

I harmoniserings- eller vektingsfasen vil særlig vekten av EU-domstolens praksis være påtakelig for avhandlingens drøftelser. Som nevnt, vil fraværet av oppdatert Høyesterettspraksis være medvirkende til den sentrale betydning EU-domstolens løsninger gis i flere av avhandlingens drøftelser. EU-praksis ville uansett vært en normerende skranke for Høyesteretts avveininger i løsningen av EØS-rettslige spørsmål.

2.2.2 Internasjonal privatrett

Internasjonal privatrett (IPR) inneholder egne metodiske særtrekk. Disse redegjøres for i drøftelsen av lovvalgsspørsmålet fordi det letter den pedagogisk fremstilling av de materielle spørsmålene.⁵¹ Lovvalgsspørsmålet inneholder også en drøftelse av hvorvidt EU-rettsens løsninger er relevante ved lovvalg etter norsk IPR, hvor blant annet vekten av *obiter dictum* fra Høyesterett vurderes.

De metodiske utfordringene ved vurderingen av lovvalg utskyttes som nevnt til den materielle drøftelsen. Hva gjelder den første halvdel av IPR-delen, vernetingssspørsmålet, er det derimot på sin plass med noen metodiske merknader. Årsaken er at vernetingssspørsmålet reguleres av Luganokonvensjonen, og som allerede antydnet knytter det seg noen metodiske utfordringer til tolkningen av konvensjonen. Drøftelsen vil derfor ha en noe mer prinsipiell tilnærming enn metodekapitlet for øvrig.

⁴⁹ Sverre Blandhol, «Er rettsanvendelsen i EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesensforskjellig fra norsk rettskildelære?», Lov og Rett 2005 s.316-327 (Blandhol 2005) punkt 4.1.

⁵⁰ Arnesen og Stenvik 2015 s. 29, se som eksempel dom av 16. september 1999, *Farmitalia*, C-392/97, EU:C:1999:416, avsnitt 19. Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU RET*, 6. reviderte utgave, København 2010 (Neergaard og Nielsen 2010) s. 116, punkt 2.2.3.

⁵¹ For en oppsummering se Guiditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 (Cordero-Moss 2013) s. 52/53.

Luganokonvensjonen er inntatt som «norsk lov», jf. Tvl. § 4-8. Som tidligere nevnt har imidlertid ikke en inkorporasjon nødvendigvis betydning for hvilke rettskildeprinsipper som skal anvendes, jf. menneskerettsloven § 2⁵² og EØS-loven § 1.

I motsetning til de inkorporerte konvensjoner i ovennevnte lovbestemmelser har ingen overnasjonal domstol ansvar for tolkningen av Luganokonvensjonen. Spørsmålet blir dermed hvilke rettskildeprinsipper gjelder for tolkningen av konvensjonen når den vanlige tilnærmingen for inkorporerte konvensjoner ikke kan anvendes?

Luganokonvensjonen er i utgangspunktet en folkerettslig konvensjon inngått mellom EFTA-landene og EU. For slike konvensjoner følger tolkningsprinsippene av folkerettslig sedvanerett, som er kodifisert i Wienkonvensjonen om traktatretten (heretter WK).⁵³ Prinsippene anses bindende for Norge.⁵⁴

Ved inkorporeringen av konvensjonens reviderte utgave henviser forarbeidene til nettopp WK for å legitimere at «formålet tillegges vekt».⁵⁵ Departementet synes dermed å legge til grunn at prinsippene som følger av WK skal være utgangspunktet for tolkningen av Luganokonvensjonen.

I fraværet av en egen domstol for tolkning av konvensjonen vedtok konvensjonsstatene «Protokoll 2 om ensartet tolkning og den permanente komité» (heretter Protokoll 2).⁵⁶ Etter protokollens art. 1 nr. 1 skal domstolene når de «tolker og anvender» konvensjonen, ta «tilbørlig hensyn» til de «prinsipper» som følger av «enhver relevant avgjørelse» om den aktuelle bestemmelsen, truffet av domstolene i konvensjonsstatene eller EU-domstolen. Hensynet bak bruken av EU-domstolens praksis er at Luganokonvensjonen er en parallellkonvensjon til EU-landenes Brusselkonvensjon (senere Brussel I-forordning).⁵⁷

Protokoll 2 art. 1 gir foranledning til flere spørsmål, men av hensyn til kapitlets rammer kan ikke alle drøftes. Særlig relevant for avhandlingen er bruken av EU-domstolens praksis og prinsipper for tolkningen av ordlyden i konvensjonen.

⁵² Lov 21. mai 1999 nr. 30 Menneskerettsloven.

⁵³ Wienkonvensjonen av 23.mai 1969 om traktatretten.

⁵⁴ Arnesen og Stenvik 2015 s. 26. Morten Ruud og Geir Ulfstein, Innføring i folkerett, 4. utgave, Oslo 2011 (Ruud og Ulfstein 2011) s. 88/89.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) (prp. nr. 89) s. 15, punkt 5.1.

⁵⁶ Har samme stilling som Konvensjonen for øvrig, jf. artikkel 75 første ledd, andre strekpunkt.

⁵⁷ Jf. henvisningen til «instrumentene som nevnt i artikkel 64 nr. 1» i Protokoll 2 art.1, Luganokonvensjonens fortale, avsnitt 5, Protokoll 2s fortale avsnitt 5-9.

Både EU-domstolens- og andre lands- rettspraksis er relevant, jf. «enhver relevant avgjørelse (...) truffet av domstolene i konvensjonsstatene», i Protokoll 2 art. 1. De spørsmål som behandles i avhandlingen er imidlertid behandlet i EU-domstolens praksis, og dermed vil ikke vekten av andre nasjonale domstolers praksis være av særlig betydning for konklusjonene.⁵⁸

Høyesterett har fulgt formaningene i Protokoll 2, og uttalt at EU-domstolens praksis må gis «stor vekt», jf. Rt. 2012 s. 1951 A, avsnitt (35), og Rt. 2011 s. 897 A, avsnitt (35). Rettens formulering er blitt forstått slik at EU-domstolens avgjørelser i praksis anses som bindende.⁵⁹

Neste spørsmål med metodisk betydning for avhandlingen er hvilke prinsipper for ordlydsfortolkning som skal anvendes. Utgangspunktet er som nevnt WK art. 31 nr. 1, og dersom rettskildene ikke tilsier et annet resultat vil man falle tilbake på utgangspunktet.

Når ingen overnasjonal domstol avgjør tolkningsspørsmål må tolkningen avgjøres av de «internasjonale normer» (kursivering i original) som gjelder for konvensjonen.⁶⁰ Som allerede vist har Luganostatene vedtatt at det skal legges vekt på de «prinsipper» som følger av EU-domstolen, jf. Protokoll 2 art. 1 nr. 1. Spørsmålet blir dermed om begrepet «prinsipper» også omfatter EU-domstolens rettskildeprinsipper. Forskjellen på disse to alternativene er at WK art. 31 nr. 1 søker en objektiv fortolkning, mens EU-domstolen som nevnt benytter formålsorientert tolkning.⁶¹

I Protokoll 2 art. 1 er det ingen språklige avgrensninger mot rettskildeprinsipper i begrepet «prinsipper». En forståelse som inkluderer materielle og metodiske prinsipper fra EU-retten vil også være i tråd med formålet til Protokoll 2, som er en mest mulig «ensartet tolkning» av Luganokonvensjonen, jf. Protokoll 2, fortalen avsnitt 9.

For å oppnå ensartethet har EU-domstolen utviklet prinsippet om autonom fortolkning. Kjernen i prinsippet er at begrepene i EU-lovgivningen skal tolkes uavhengig av hvilken betydning tilsvarende begrep har i nasjonal lovgivning. *Sejersted m.fl.* hevder at prinsippet om autonom fortolkning har nødvendiggjort EU-domstolens egen tolkningslære.⁶² For Luganokonvensjonen har Høyesterett også benyttet prinsippet om autonom fortolkning.⁶³ Rettens bruk av autonome

⁵⁸ Jens Edvin A. Skoghøy, «Tvisteloven og Lugano-konvensjonen - en duplikk til Frantzen», *Lov og rett*, 2013 s. 438-441 (Skoghøy 2013) s. 440/441.

⁵⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, «Tvisteloven og Lugano-konvensjonen», *Lov og rett*, 2012 s. 193-194 (Skoghøy 2012) s. 193.

⁶⁰ Arnesen og Stenvik 2015 s. 25.

⁶¹ Ruud og Ulfstein 2011 s. 88, for EU-domstolens rettskildeprinsipper se tidligere siterte Neergaard og Nielsen 2010 s. 114 flg.

⁶² *Sejersted mfl.* 2011 s. 44.

⁶³ Rt. 2006 s. 391 U avsnitt (20), Rt. 2006 s. 1089 U avsnitt (20).

fortolkninger trekker i retning av at begrepet «prinsipper» må forstås som også rettskildепrinsipper. Det ville være unødvendig kompliserende å anvende et eget tolkningsprinsipp når WK art. 31 nr. 1 gir uttrykk for tilsvarende tolkningsregel, da det heller ikke etter sistnevnte bestemmelse skal legges vekt på språkets betydning i nasjonal lovgivning. Det er også vanskelig å se hvilket annet grunnlag enn Protokoll 2 og hensynet til ensartethet, som skulle legitimere en adaptasjon av EU-domstolens prinsipper for tolkning av konvensjonen.

I motsatt retning trekker at Luganokonvensjonen ikke ble gjort til en del av EØS-avtalen (selv om de trådte i kraft samtidig). EØS-avtalen danner et rettssystem *sui generis* og vil følgelig medføre at avtalen er noe mer for partene enn vanlig folkerett.⁶⁴ Dersom konvensjonspartene hadde ønsket å gi EØS-rettens metodisk prinsipper anvendelse ville den enkleste veien vært en inkorporering av Luganokonvensjonen i EØS-avtalen.

Sistnevnte argument må imidlertid nyanseres noe. Selv om konvensjonen ikke formelt sett er tatt inn i EØS-avtalen er den likevel et utslag av samarbeidet mellom EFTA- og EU-statene. Koblingen mellom Luganokonvensjonen og EØS-samarbeidet fremgår av fortalen til konvensjonen avsnitt 3 og 5. Blant annet uttales det i avsnitt 5 at partene mener konvensjonene vil «styrke det juridiske og økonomiske samarbeidet». I enkelte teoretiske verker er det i forlengelsen av fortalen lagt til grunn at Luganokonvensjonen blir en del av EU-retten.⁶⁵

I EU-domstolens praksis er forordningen og konvensjonen oppfattet å ha likt innhold. I dom av 15. november 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG m.fl. v. Samskip GmbH*, C-456/11, EU:C:2012:719, var spørsmålet hvilke rettskraftvirkninger en belgisk avgjørelse hadde for spørsmål om gyldigheten av en vernetingsklausul ved senere behandling i tyske domstoler. Sakens faktum er for øvrig ikke av betydning. Poenget for vår del er at klausulen ga islandske domstoler myndighet over saken. Domstolen viste til at Brüssel-forordningen nr. 44/2001 av 22. desember 2000 ikke gjaldt på Island, men at Luganokonvensjonen inneholdt en tilsvarende bestemmelse som den omtvistede i Brüssel-forordningen.⁶⁶ Domstolen gir her uttrykk for at bestemmelsene i Brüssel-forordningen og Luganokonvensjonen har samme innhold. Likheten trekkes også frem uten nærmere drøftelse eller henvisning til annen praksis. EU-domstolens uttalelse kan følgelig forstås som et uttrykk for at resultatet ville blitt det samme også etter en tolkning av Luganokonvensjonen. Slutningen er i tråd med Protokoll 2 og ønske om ensartethet,

⁶⁴ Sak E-09/97, *Erla Maria Sveinbjörnsdóttir v. Iceland*, 1998, EFTA Ct. Rep s. 95, avsnitt (59).

⁶⁵ Peter Stone, *EU private international law, second edition*, Elgar European law, Celfenham/Northampton 2010 s. 22/23.

⁶⁶ Dom av 15. november 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG m.fl. v. Samskip GmbH*, C-456/11, EU:C:2012:719, avsnitt (36).

men fremstår dristig dersom konvensjonen er underlagt andre tolkningsprinsipper. Ved sistnevnte situasjon vil ikke EU-domstolen ha noen garanti for at nasjonale domstoler kommer til samme resultat. EU-domstolens forutsetning om at nasjonale domstoler vil komme til samme konklusjon, kan dermed tas til inntekt for at EU-domstolen mener tolkningsprinsippene for Brüssel I-forordningen også gjelder Luganokonvensjonen.

Høyesterett har ikke vist til WK art. 31. nr. 1 som utgangspunkt for tolkningen i sakene der Luganokonvensjonen har vært rettsgrunnlag.⁶⁷ Derimot har Høyesterett, som vist tidligere i drøftelsen, eksplisitt trukket frem prinsippet om autonom fortolkning.⁶⁸ Sistnevnte prinsipp skal sørge for en harmonisert tolkning. Dersom norske domstoler skulle ha et annet utgangspunkt for tolkning, kunne slik harmonisering bli vanskelig.

Observasjonene over viser at Luganokonvensjonen oppfattes som et EØS-rettslig instrument både av konvensjonsstatene, Høyesterett og EU-domstolen. Disse momentene trekker i retning av at konvensjonene må tolkes i tråd med rettskildeprinsippene fra EU-domstolen. Innad i EØS dannes som nevnt et rettssystem *sui generis*, som er noe mer enn vanlig folkerett og dermed ikke nødvendigvis underlagt de sedvanepriinsippene som kommer til uttrykk i WK art. 31 nr. 1. En slik betraktning støtter forståelsen av begrepet «prinsipper» som vist ovenfor, hvor det ikke er noen språklig avgrensning til kun materielle prinsipper. Det uttrykte ønske om ensartethet, og hensikten om å fremme justis- og økonomisamarbeidet trekker også i retning av at begrepet «prinsipper» i Protokoll 2 art. 1 nr. 1 omfatter rettskildeprinsipper.

Enkelte uttalelser i forarbeidene til inkorporeringsbestemmelsen i tvl. trekker i motsatt retning.⁶⁹ Uttalelsene kommer imidlertid kun som en henvisning til kilden for bruken av formål som tolkningsprinsipp, og ikke som en del av en drøftelse om det metodiske utgangspunktet i lys av ensartethet og Protokoll 2. Vekten av uttalelsen er dermed uklar.

Med avgjørende vekt på at gjennomføringen av det uttrykte ønske om ensartethet i tolkningen av Brüssel I-forordningen og Luganokonvensjonen vil styrkes ved en innlemmelse av EU-domstolens rettskildeprinsipper, er konklusjonen at begrepet «prinsipper» i Protokoll 2 art. 1 nr. 1 må forstås til å også omfatte rettskildeprinsipper. Følgelig gjelder andre *internasjonale normer* for tolkningen av Luganokonvensjonen enn for folkerettslige konvensjoner i alminnelighet.

⁶⁷ Rt. 2004 s. 981 A avsnitt (27-27), Rt. 2010 s. 883 U avsnitt (30), Rt. 2011 s. 149 U avsnitt (28), Rt. 2011 s. 897 A avsnitt (34) og (39-40), Rt. 2012 s. 57 U avsnitt (18), Rt. 2012 s. 1951 U avsnitt (32) og (35).

⁶⁸ Se fotnote 60.

⁶⁹ Se fotnote 53.

Luganokonvensjonen skal dermed tolkes under hensyntagen til de prinsippene om ordlydsfortolkning som følger av EU-domstolens rettskildeprinsipper, ikke de folkerettslige sedvanepriinsippene som følger av WK art. 31 nr. 1.

3 Prosessrettslige spørsmål

3.1 Innledende bemerkninger

Avhandlingens kapittel 3, eller del I, vil behandle prosessuelle spørsmål med utgangspunkt i rettsforholdet mellom spilleren og spillselskapet.

For den videre analysen forutsettes at rettslig tvist har oppstått mellom spiller og spillselskap, hvor tvisten har utspring i standardkontrakten (kontrakten) mellom partene. Tvistens karakter ikke avgjørende, men kan eksempelvis være et krav fra spilleren om utbetaling av gevinst. Den rettslige tvilen kan eksempelvis knytte seg til forståelsen av vilkår for uttak av bonuspenger.⁷⁰

Alle spiller må signere en kontrakt bestående av «terms and conditions» (standardvilkår) før de får begynne å spille. Kontrakten inneholder en klausul om verneting og lovvalg.⁷¹ Kontrakten angir maltesiske domstoler- og lovgivning som verneting- og lovvalg.

Første del av analysen skal, som nevnt, fokusere på spørsmål om verneting og lovvalg, og da særlig den ovennevnte kontraktsklausulens betydning.

Spørsmålene som skal behandles berører først og fremst forholdet mellom spiller og spillselskap. Som nevnt i punkt 1.3 er det derfor på sin plass med noen bemerkninger om enerettsmodellen og de statlige aktørers tilknytning. De statlige aktørenes to sentrale kontaktflater til kontrakten vil kort presenteres.

For det første vil spillselskapets kontraktsytelse være i strid med enerettsmodellens regulering av markedet. De samfunnsinteressene som legitimerer enerettsmodellen blir dermed satt til side når norske spillere benytter seg av utenlandske spilltjenester. Blant annet vil ikke maltesisk lov tilgodese de aktører som etter enerettsmodellen tildeles overskuddet, jf. spill. § 10. Statens interesse er på dette nivå indirekte, og kanskje mest politisk. Hvilken konkret rettslig betydning tilsidesettelsen av enerettsmodellen kan ha, kommer jeg tilbake til senere i punkt 3.3.6.

For det andre vil staten, som nevnt innledningsvis, møte kontrakten gjennom behandling i domstolene. Etter Luganokonvensjonen art. 33 nr. 1 skal norske domstoler som utgangspunkt anerkjenne dommer fra andre konvensjonsstater. Konvensjonen er gjort til norsk lov med forrang etter lex specialis- prinsippet, jf. tvl. § 4-8.⁷² Malta er tilsluttet EU, og dermed EØS-

⁷⁰ De nærmere detaljene om tvisten er ikke relevant og vil derfor ikke blir redegjort nærmere for.

⁷¹ <https://www.nordicbet.com/no/vilkar#Anchor27> (sist besøkt: 25.4.2017 kl. 17:11). Terms and Conditions (V.2 DATED 2nd August 2016) punkt 27.1. Henvisningen er til nettstedet Nordicbets kontrakt, men alle Betsson Groups nettsteder for spill benytter tilsvarende klausul.

⁷² Rt. 2012 s. 57 U avsnitt (18).

samarbeidet. Som et utgangspunkt må norske domstoler dermed anerkjenne dommer basert på en avtale som potensielt strider med norsk lov, og i hvert fall med de aktuelle samfunnshensyn. Luganokonvensjonen art. 33 er ikke uten unntak. Et eksempel er *ordre public*- reglene i art. 34. nr. 1. For spilleren er imidlertid en mer nærliggende anførsel at dommen fra maltesiske domstoler strider med konvensjonens art. 35 nr. 1, herunder reglene om forbrukerverneting.⁷³ Domstolen må dermed vurdere tvisten verneting, herunder betydningen av kontrakten. Reglene i art. 34 vil av hensyn til omfang ikke bli nærmere behandlet.

Spillerens potensielle posisjon som forbruker kan dermed gi rettigheter. Herunder omfattes kontrakten på nærmere vilkår av EUs direktiv 93/13 av 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrukeravtaler (forbrukeravtaledirektivet). Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom avtaleloven § 37.⁷⁴ Bestemmelsen skal anvendes *ex officio* av norske dommere.⁷⁵ Dommeren blir derfor tvunget til å vurdere innholdet i kontrakten generelt, herunder også verneting- og lovvalgsklausulen.⁷⁶

Etter det ovennevnte må staten, og særlig domstolene, forholdet seg til kontrakten på den ene siden, og enerettsmodellen på den andre. Enkelte implikasjoner av koblingen vil fremgå i de følgende drøftelsene. Som tredje aktør blir dermed staten også berørt av kontrakten selv om den regulerer forholdet mellom spiller og spillerselskap.

Det ovennevnte møte mellom rettslige instrumenter viser at det kan være vanskelig for partene å forutberegne sin rettsstilling. Som en følge av kryssende reguleringer er forutsigbarhet et av de viktigste hensynene i den internasjonale privatretten.⁷⁷ Reglene i IPR bør derfor, i størst mulig grad, bestå av objektive kriterier som overlater lite til dommerens skjønn.⁷⁸ I både drøftelsen av verneting og lovvalg vil følgelig hensynet til forutsigbarhet stå sentralt.

⁷³ En slik anførsel er forsøkt i norske domstoler i en av tingrettssakene i sakskomplekset tilknyttet tvisten mellom Baasland og flere utenlandske spillerselskaper (som jeg kommer nærmere tilbake til), se TOSLO-2012-34975.

⁷⁴ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven – avtl.).

⁷⁵ Eldjarn 2015 s. 237.

⁷⁶ Dom av 27. juni 2000, *Océano Grupo and Salvat Editores*, C-240/98 - C-244/98, EU:C:2000:346, avsnitt 28, se også Eldjarn 2015, s. 237.

⁷⁷ Cordero-Moss 2013 s. 83, punkt 2.3.1.

⁷⁸ *Ibid.*

3.2 Vernetings

3.2.1 Rettslig utgangspunkt og den videre fremgangsmåte

Spørsmålet om hvilken domstol som er rett vernetings, er et spørsmål om domstolenes stedlige kompetanse. Dersom domstolen ikke har stedlig kompetanse til å behandle saken, skal saken avvises.⁷⁹

Analysen av vernetingssspørsmålet tar her utgangspunkt i kontraktsforholdet mellom partene. For tvist mellom spillerselskap og spiller utenfor kontrakt, er vernetingssspørsmålet behandlet utførlig i dom inntatt i Rt. 2010 s. 1197 A- *Centrebettsaken*. Saken må fortsatt anses som et uttrykk for gjeldende rett.

Siktemålet med den følgende analysen er å undersøke om spilleren er forbruker i Luganokonvensjonens forstand, med de konsekvenser den rettslige posisjonen eventuelt måtte ha for valg av vernetings. Avhandlingens typetilfelle tar utgangspunkt i en tvist hvor spilleren er saksøker. Av følgende analyse vil det imidlertid fremgå at for spillerens posisjon som forbruker er det uten betydning om denne er saksøker eller saksøkt.

Analysen vil, med utgangspunkt i kontrakten, forsøke å finne frem til hvilket lands domstol som er rett vernetings for vårt typetilfelle.

3.2.2 Kontrakten

Kontrakten som inngås mellom spiller og spillerselskap har følgende formulering:

«27.1 Disse reglene er underlagt lovene i Malta og partene er enige om å være underlagt jurisdiksjonen til de maltesiske domstolene.»

Av kontraktens tekst fremgår at partene har vedtatt maltesiske domstoler som tvunget vernetings. Som følge av partsautonomi, er det avtalte vernetings utgangspunktet mellom dem.⁸⁰ Spørsmålet for den videre analysen er om andre regler tilsidesetter kontraktens vernetingsklausul.

3.2.3 Tvisteloven

Tvisteloven § 4-3 første ledd kodifiserer tilknytningsregelen for internasjonale tvister:

⁷⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 157.

⁸⁰ Olav Torvund, «Dette er ikke for amatører», *LoD-2012-112-26* (Torvund 2012).

«(1) Tvister i internasjonale forhold kan bare anlegges for norske domstoler når saksforholdet har tilstrekkelig tilknytning til Norge»

Av ordlyden følger en diskresjonær bestemmelse som gir domstolen kompetanse til å vurdere hvorvidt en tvist skal behandles i Norge. For de tilfeller hvor en vernetingsavtale er inngått blir § 4-3 første ledd supplert av tvl. § 4-6. Bestemmelsens første ledd, annet punktum har følgende ordlyd:

«En slik avtale kan enten avskjære eller komme i tillegg til de vernetings som følger av §§ 4-3 til 4-5.»

Ordlyden viser at en avtale kan fungere som moment med enten positiv eller negativ virkning ved vurderingen av tilknytning etter tvl. § 4-3 første ledd.⁸¹ Den nærmere sammenhengen av tvistelovens bestemmelser er imidlertid kun interessant for de tilfellene hvor Luganokonvensjonen ikke kommer til anvendelse, jf. Rt. 2012 s. 57, avsnitt (18). Konvensjonens forrang gjelder også overfor tvl. § 4-6 om vernetingsavtaler.⁸²

Tvisteloven inneholder også en generell bestemmelse for folkerettslige konvensjoner, jf. tvl. § 1-2. Betydningen av bestemmelsen er imidlertid ikke avgjørende for forholdet til Luganokonvensjonen og behandles derfor ikke nærmere.

Tvisteloven leder oss dermed over i Luganokonvensjonen som potensielt er det rettslige grunnlaget for vernetingsspørsmålet i typetilfelle.

3.2.4 Luganokonvensjonen: Anvendelsesområde

Den første utgaven av konvensjonen kom i 1988, men er senere oppdatert i 2007. Seneste oppdatering av parallellkonvensjonen er oppdateringen av Brüssel I, vedtatt som forordning 1251/2012 med virkning for EU-landene fra 10. januar 2015, jf. artikkel 81.⁸³

Anvendelsesområde for Luganokonvensjonen fastlegges på bakgrunn av to vilkår. Tvisten må omfattes av konvensjonens saklige virkeområde og være av internasjonal karakter, jf. Ot. prp. nr. 89 (2008-2009) (prp. nr. 89) s. 15.

Etter sin ordlyd gjelder konvensjonen virkeområde alle «sivile og kommersielle saker». Ordlyden forstås som en avgrensning mot rent offentligrettslige forhold, jf. prp. nr. 89 s. 15.

⁸¹ I samme retning se Skoghøy i *Tvisteløsning*, 2. utgave, 2014 Oslo s. 55.

⁸² Schei mfl. «Tvisteloven kommentarutgave», 2. utgave, 2013, Digital utgave, s. 172.

⁸³ Regulering no. 1215/2012 Brüssel I regulation (recast), (heretter Brüssel I).

Typetilfelle for avhandlingen, der en person fra Norge spiller på en av Betsson Groups nettsider, omfattes utvilsomt av ordlyden «sivile og kommersielle». Den nærmere grensedragningen drøftes derfor ikke.

Twisten må også være av internasjonal karakter, dvs. inneha et grenseoverskridende element.⁸⁴ Vilkåret fremgår ikke av konvensjonens ordlyd men er slått fast i EU-domstolens praksis tilknyttet Brüssel I, jf. blant annet dom av 1. mars 2005, *Owusu*, C-281/02, EU:C:2005:120. EU-domstolens praksis etter Brüssel- konvensjonen og -forordningen skal, som vist i metodekapitlet, tillegges stor vekt, og kravet om et grenseoverskridende element må følgelig også gjelde for Luganokonvensjonen.

Det grenseoverskridende elementet er ikke et krav om tilknytning til mer enn én konvensjonsstat, men at saksforholdet har et internasjonalt element, jf. *Owusu-saken*, hvor en brite hadde benyttet seg av et britisk selskaps reisetjenester til Hawaii, og pådratt seg en skade som han mente medførte erstatningsansvar fra selskapet. De nærmere grensedragningene for hvilke tilfeller som faller innenfor, og hvilke som faller utenfor konvensjonens anvendelsesområde, er omstridt.⁸⁵ Grensedragningen er imidlertid ikke relevant for avhandlingens typetilfelle, og vil derfor ikke bli behandlet nærmere.

Når en spiller fra Norge benytter seg av Betsson Groups tjenester skjer interaksjonen på nettsider tilgjengelige i Norge. Det internasjonale elementet vil være at eier- og driftsselskapet av nettsiden er lokalisert og registrert på Malta. Det maltesiske selskapet er igjen eid av et svensk selskap.⁸⁶ Selv om nettsiden er tilpasset blant annet norske brukere, vil det internasjonale elementet være tilstrekkelig til at Luganokonvensjonen kommer til anvendelse.

3.2.5 Luganokonvensjonen: Regelvalg

Konvensjonen er bygd opp etter lignende systematikk som tvl. §§ 4-4 – 4-6. Først presenteres hovedregelen i konvensjonens kapittel 2, avsnitt 1, om «alminnelige bestemmelser». De alminnelige bestemmelsene er imidlertid bare utgangspunkter som konvensjonens øvrige regler gjør flere unntak fra. For vårt typetilfelle er både unntak knyttet til vernetingsavtaler, og til forbrukerkontrakter relevante. De særlige reglene om vernetingsavtaler følger av avsnitt 7

⁸⁴ Rt. 2012 s. 1951 A - *Trico Subsea*, avsnitt (38), Skoghøy 2012 s. 193, Cordero-Moss 2013 s. 32, punkt 1.5.1.1.

⁸⁵ Se blant annet ovennevnte sak *Trico Subsea*, og diskusjonen mellom Skoghøy og Torstein Frantzen, se Skoghøy 2012 og Skoghøy 2013 samt Frantzens svar i «Tvisteloven og Luganokonvensjonen - En replikk til Skoghøy», *Lov og rett*, 2012 s. 379-381 og «Tvisteloven og Luganokonvensjonen - duplikk til Skoghøy», *Lov og rett*, 2012 s. 573-575.

⁸⁶ <https://info.betsson.com/about/no/> (sist besøkt 25.4.2017 kl. 18:18).

herunder artikkel 23 og 24, mens reglene om forbrukerverneting følger av avsnitt 4 herunder artiklene 15-17.

Av artikkel 17, nr. 1, følger at vernetingsavtale gjelder foran reglene i avsnitt 4 bare hvis den «er inngått etter at tvisten oppsto». De øvrige alternativene i artikkel 17 nr. 2 og nr. 3 er ikke aktuelle. Artikkel 17 medfører dermed at avtalen som partene har inngått ikke aktiverer avsnitt 7 om vernetingsavtaler. Det er dermed heller ikke nødvendig å vurdere om standardkontraktens vernetingsregel er urimelige etter avtl. § 37.

Bestemmelsene i avsnitt 4 gjelder imidlertid bare dersom kontrakten mellom partene er en forbrukerkontrakt. Artikkel 15 definerer hvilke kontrakter som regnes som forbrukerkontrakter. Av art. 15 nr. 1 fremgår:

*«1. I saker om kontrakt sluttet av en person, forbrukeren, for formål som må anses å ligge utenfor hans yrke eller ervervsmessige virksomhet, bestemmes verneting av reglene i avsnittet her».*⁸⁷

Som det fremgår av ordlyden, er regelvalget preseptorisk dersom vilkårene er oppfylt. Forarbeidene ved innarbeidelsen av Luganokonvensjonen av 2007 har også slått dette fast, jf. prp. nr. 89 s. 18. Det bærende hensynet for reglenes ufravikelighet er vern av forbrukere, som den svakeste part i et kontraktsforhold med næringsdrivende.

Reglene om forbrukerverneting kommer til anvendelse dersom tre vilkår er oppfylt. For det første må en kontrakt være inngått, for det andre må den være inngått mellom en part som oppfyller vilkårene som forbruker og kontraktsparten må for det tredje oppfylle vilkårene som næringsdrivende, jf. artikkel 15, nr. 1 jf. nr. 1 alternativ c. Som nevnt innledningsvis, forutsettes at Betsson oppfyller vilkårene for næringsdrivende.

3.2.5.1 Kontraktsinngåelsen

Det første vilkåret er at tvisten gjelder sak «om kontrakt» som er «sluttet». En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at kontrakten må være inngått. Bestemmelsen gjelder dermed ikke i prosessen før kontraktsinngåelsen er endelig.

I avhandlingens typetilfelle vil kontrakten være «sluttet», fordi spilleren har akseptert standardkontrakten fra spillselskapet. Siden avhandlingen tar utgangspunkt i tvist som allerede

⁸⁷ Bestemmelsen har samme utforming som Brusselforordningen article 17 nr. 1 og 17 nr. 1 c).

er oppstått med utgangspunkt i kontraktsforholdet mellom partene, legges det til grunn at tvisten vil være sak «om kontrakt sluttet».

3.2.5.2 Spillerens rettslige klassifikasjon

Det neste vilkåret for at bestemmelsene om forbrukerkontrakter skal komme til anvendelse er at kontrakten er inngått av en person for «formål» som ligger «utenfor» dennes «yrke eller ervervsmessige virksomhet».

Ordlyden gir anvisning på en negativ avgrensning av forbrukerbegrepet, noe som er naturlig siden det ikke finnes noen felles positiv definisjon av «forbruker» i internasjonal rett.⁸⁸ Tolkningen av vilkårene skal som vist i metodekapitlet skje gjennom en autonom fortolkning. En autonom tolkning medfører for det første at begrepet må tolkes selvstendig, nasjonal klassifikasjon er således ikke relevant.⁸⁹ For det andre, og sentralt her, er at konvensjonens grenser for hvem som er forbruker ikke nødvendigvis er styrende for annen lovgivning som tar sikte på å definere tilsvarende begrep i rettslig forstand. For avhandlingen er konsekvensen at konklusjoner i drøftelsen her ikke uten videre kan videreføres til lovvalgsspørsmålet eller norsk rett for øvrig.⁹⁰

Hvordan forbrukerbegrepet defineres i norsk rett utenfor konvensjonen, kommer jeg tilbake til nedenfor i punkt 3.3.4 om lovvalgsregler i nasjonal forbrukerlovgivning. I sammenheng med lovvalgsspørsmålet vil også forbrukerdefinisjonen i Roma I-forordningen (Roma I) bli vurdert,⁹¹ jf. punkt 3.3.5.2

Spørsmålet her blir om spilltjenester på nett ligger «utenfor» den enkelte spillers «yrke eller ervervsmessige virksomhet», jf. Luganokonvensjonen art. 15 nr. 1.

For de aller fleste norske spillere vil spillingen være kun for underholdning, og dermed ikke reise tvil om grensen til yrkesutøvelse. Grensedragninger kan imidlertid oppstå, et eksempel er deler av sakskomplekset fra *Centrebet-saken*.⁹² Saken som helhet omhandlet spillerens krav om

⁸⁸ Tang, Z. S. (2015). Protective Choice of Law in the European Union. In *Electronic consumer contracts in the conflict of laws* (Studies in Private International Law) Oxford (Tang 2015), s. 29/30.

⁸⁹ Dom av 19. januar 1993, *Shearson Lehmann Hutton*, C-89/91, EU:C:1993:15, avsnitt (13) m/ videre henvisninger.

⁹⁰ En viss overføringsverdi vil drøftelsen ha, men da som følge av harmoniseringshensynet ved EØS-rett og homogenitetsprinsippet ved EU-rett.

⁹¹ REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008, *on the law applicable to contractual obligations*, (Roma I).

⁹² Navnet «*Centrebet-saken*» anvendes egentlig om Høyesteretts avgjørelse i dom Rt. 2010 s. 1197 A, men i dette avsnittet bruker jeg navnet om sakskomplekset som sådan.

erstatning utenfor kontrakt mot 4 forskjellige spillerselskap for samlede tap på ca. 60 millioner NOK. Saken gikk flere runder i rettssystemet i Norge og England. Saken endte med forlik mellom partene etter at Høyesterett hadde godtatt sakene til behandling.⁹³

For illustrasjon av grenseproblemet er særlig tingrettens og lagmannsrettens behandling i runde to, mot tre av de saksøkte, interessant. Saken for tingretten og lagmannsretten gjaldt spørsmål om avvisning med den begrunnelse at saken allerede var rettskraftig avgjort av engelske domstoler. Spørsmålet ble dermed om dommen fra England måtte anerkjennes i norsk rett.⁹⁴ Tvilen knyttet seg til om spilleren kunne anses som forbruker i konvensjonens forstand. Vurderingen ble gjort etter konvensjonen av 1988 og dennes artikkel 13, men betraktningene er relevante også i dag da definisjonen på «forbruker» er den samme.⁹⁵

Tingretten kom til at ved tidspunktet for inngåelsen av kontrakten hadde spilleren «fritidsbeskjeftigelse» som formål. At spillingen utviklet seg i omfang kunne etter tingrettens syn ikke ha relevans.⁹⁶

Lagmannsretten fant, i motsetning til tingretten, at saken ikke gjaldt forbrukerkontrakter siden kravet var basert på erstatning utenfor kontrakt. I en tilleggskommentar nevnte likevel lagmannsretten at det «neppe er grunnlag for å anse ham [spilleren] som det [forbruker]» (mine tilføyelser).⁹⁷ Lagmannsretten la vekt på at inntekten fra spillingen var eneste inntekt i den aktuelle tidsperioden, og formålet var tilbakebetaling av lån, ikke privat forbruk.

Høyesterett antok spørsmålet til behandling, men saken ble som nevnt hevet før rettens behandling. Ingen av underretten anla noen bred vurdering som får betydning ut over den konkrete sak. Spørsmålet er følgelig ikke tatt stilling til i norsk rett. Konsekvensen av manglende intern rettspraksis er, som nevnt i metodekapitlet, at EU-retten må anvendes for å avklare spørsmålet for typetilfellet. Dersom Høyesterett hadde behandlet spørsmålet kunne analysen ha begrenset seg til en vurdering om rettsstilstanden var endret ut fra etterfølgende EU-praksis.

Tvilen i nasjonale domstoler var i stor grad knyttet til hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for vurderingen av spillerens aktivitet. I tingretten ble avtaleinngåelsen lagt til grunn, i

⁹³ HR-2014-951-F og HR-2014-1098-F.

⁹⁴ Dom av 20. desember 2010 fra High Court of Justice, Queens Bench Division, Commercial Court.

⁹⁵ «Explanatory Report» til Luganokonvensjonen av 2007, - av prof. Fausto Pocar (Pocarrapporten) 2009/C 319/01, avsnitt (80).

⁹⁶ TOSLO-2012-34975.

⁹⁷ LB-2013-75148.

lagmannsretten ble tidspunktet for saksanlegg lagt til grunn, og et tredje tidspunkt som kan tenkes aktuelt er ved den spillingen som ga opphav til tvisten. For å besvare både spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn, og om spilleren i vårt typetilfelle skal regnes som forbruker, må den nærmere grensen for hva som ligger «utenfor (...) yrke og ervervsmessige virksomhet» iakttas.

3.2.5.3 Nærmere om forbrukerbegrepet i Luganokonvensjonen

I intern rett har vi, som nevnt, ikke fått noen avklaring av om oddsspillere er forbrukere i konvensjonens forstand. For en avklaring må EU-rettsens praksis for Brüssel konvensjonen- og forordningen trekkes inn, jf. Protokoll 2, art. 1 nr. 1.

Ved fortolkningen av tilsvarende forbrukerbestemmelse har EU-domstolen slått fast at tolkningen skal være restriktiv fordi regelen gir fordeler til den ene parten. En part bør derfor bare regnes som forbruker, dersom dennes situasjon gir behov for den spesielle rettslige beskyttelsen som forbrukerreglene gir.⁹⁸

Med bakgrunn i at parten må ha behov for beskyttelsen har EU-domstolen presisert at ved vurderingen av begrepet «forbruker» må personens posisjon i den aktuelle kontrakten vurderes. Særlig skal det ses hen til kontraktens *art* og *formål*, og ikke til den subjektive situasjonen for den som inngår kontrakten.⁹⁹ Hensynet bak kontrakten som vurderingstema i stedet for personen som sådan, er todelt. For det første er formålet med beskyttelsesreglene å verne en gruppe aktører som helhet, nemlig de som inngår kontrakten utenfor sitt yrke. For det andre tilsier prinsippet om «legal certainty» at reglene er klare og forutsigbare, slik at de ikke gir vilkårlige individuelle utslag.¹⁰⁰

Kontraktens *art* for vårt typetilfelle illustreres blant annet hos tjenesteleverandøren Nordicbet som er underlagt Betsson Group. Kontraktens punkt 5, «Hvem kan spille» har følgende formulering:

«For å delta i Spill på dette Nettstedet må du:

⁹⁸ Dom av 21. juni 1978, *Société Betrand*, C-150/77, EU:C:1978:137, avsnitt (21).

⁹⁹ Dom av 20. januar 2005, *Johann Gruber*, C-464/01, EU:C:2005:32, avsnitt (36).

¹⁰⁰ Tang 2015 s. 35.

- *Spille på vegne av deg selv og ikke drive profesjonell aktivitet på Nettstedet*».¹⁰¹

Kontraktens ordlyd forutsetter klart at personer som benytter seg av deres tjeneste, gjør dette i kraft av å spille for privat konsum. Kontraktens art er dermed en standardkontrakt for forbrukere.

Hvilket *formål* den enkelte spiller har på tidspunktet for inngåelsen kan variere. Formålet med kontrakten vil imidlertid være å regulere et forhold mellom en som spiller for sitt private konsum, og en tjenesteyter som tilbyr denne tjenesten i kraft av å være profesjonell tilbyder.¹⁰²

Betydningen av *kontraktens* formål kommer på spissen dersom *spillerens* formål endrer seg etter hvert som spillingen tiltar, som var tilfellet i *Centrebetsaken*.

Ordlyden, «i saker om kontrakt *sluttet* (...) for formål som må anses å ligge utenfor hans yrke eller ervervsmessige virksomhet.» (min kursivering), tyder på at det er formålet på tidspunktet for kontraktsinngåelsen som er relevant. En senere endring av formålet virker etter konvensjonens ordlyd å være uten betydning.

Dom av 3. juli 1997, *Benincasa v. Dentalkit*, C-269/95, EU:C:1997:337 er illustrerende for når en kontrakt inngås med formål om fremtidig yrkesutøvelse. Saken omhandlet en franchisekontrakt inngått mellom Francesco Benincasa og Dentalkit, et firma som drev med salg av tannhelseprodukter. Når tvist oppsto i etterkant av kontraktsinngåelsen, men før Benincasa hadde igangsatt virksomheten, ble spørsmålet om dagjeldende regler i Brüsselkonvensjonen om tvunget forbrukerverneting skulle anvendes. Tvilen knyttet seg til at Benincasa ikke enda hadde startet opp virksomheten, og at han på avtaletidspunktet dermed var utenfor sitt yrke.

EU-domstolen godtok ikke argumentasjonen, og holdt fast på at forbrukervernet bare gjelder for de som har inngått kontrakter med formål som ligger utenfor yrke eller ervervsmessig virksomhet, nå eller i fremtiden. I så måte var uten betydning om kontrakten var inngått med et formål om nåtidig eller fremtidig yrkesutøvelse, dersom forretningsformålet i det minste var «planned for the future».¹⁰³ Motsetningsvis vil en standardkontrakt med et spillerselskap generelt ikke kunne anses som inngått med et slikt fremtidig yrkesformål. Tvert imot gir kontraktens art

¹⁰¹ <https://www.nordicbet.com/no/vilkar#Anchor1> (sist besøkt 30.09.2016, kl.10.13).

¹⁰² Se Punkt 2 i kontrakten, som angir at man godtar vilkårene ellers i kontrakten ved vedtagelsen av den. Dermed også at spillingen foregår utenfor næringsvirksomhet, jf. det siterte punkt 5. Se også Nordicbest angivelse av egen rolle som foretak, jf. kontraktens punkt 3.

¹⁰³ C-269/95 *Benincasa*, avsnitt (17-18).

anvisning på at inngåelsen skjer for private formål. At spillingen utvikler seg på en uventet måte er både etter ordlyden i bestemmelsen og nevnte praksis ikke relevant, i hvert fall så lenge kontrakten ikke la opp til yrkesutøvelse. Vurderingstidspunktet er følgelig ved *inngåelsen* av kontrakten, hvor spillingen for de fleste spillere må *presumeres* å være til privat bruk,¹⁰⁴ jf. det som er sagt ovenfor om kontraktens art. Tingrettens tilnærming synes dermed å være den riktige i *Centrebetsaken*.

En presumsjon om at enhver inngåelse av en standardkontrakt for spilltjenester er en forbrukerkontrakt, støttes også av hensynet bak reglene i Luganokonvensjonen kapittel 2, avsnitt 4. Hensynet bak er at den kontraktspart som står i et underlegent styrkeforhold sammenlignet med motparten skal ha en fordel når det kommer til hvor en eventuell tvist skal behandles. Som jeg kommer tilbake til under lovvalgsspørsmålet er «hjemmebane» en fordel ved tvist for domstolene.¹⁰⁵ Presumsjonens støtte i hensynet bak bestemmelsen begrunnes i forskjellen på partenes ressurser.¹⁰⁶ Betsson Group omsatte for 249 millioner svenske kroner første kvartal 2016.¹⁰⁷ Uten at jeg har innsyn i gevinstene til de som spiller i Norge kan man trygt slå fast at alle spillere i Norge er underlegen tjenestetilbyder økonomisk. Ressursforskjellen mellom spilleren og tjenestetilbyderen understreker dermed at presumsjon har mye for seg.

Et motargument mot en såpass generell betraktning som den ovennevnte, er EU-domstolens konsistente holdning til at forbrukerbegrepet skal tolkes restriktivt fordi reglene er et unntak fra hovedreglene for vernetting. Reglene skal bare beskytte de som er i en slik situasjon at forbrukerbeskyttelsen er rettferdig.¹⁰⁸

Spørsmålet om en slik beskyttelse er rettferdig kan, som jeg har vært inne på, ikke stilles spesifikt for hver enkelt spiller. Prinsippet om «legal certainty» setter krav til forutsigbarhet, herunder at den som inngår en kontrakt vet hvor han kan saksøkes.¹⁰⁹ For at slik forutsigbarhet skal ivaretas må kontraktstypen vurderes generelt heller enn den enkeltes aktivitet.¹¹⁰ En slik

¹⁰⁴ Julie Hörnle og Birgitte Zammit, *Cross-border Online Gambling Law and Policy*, Celtenham/Northampton 2010, (Hörnle og Zammit 2010) s. 195/196.

¹⁰⁵ Betegnelsen hentet fra Torvund 2012.

¹⁰⁶ Dom av 7. desember 2010, *Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG And Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller*, C-585/05 og C-144/09, EU:C:2010:740, avsnitt (58).

¹⁰⁷ <http://www.svd.se/okad-omsattning-for-betsson> (sist besøkt 26.4.2017 kl. 08:54).

¹⁰⁸ Dom av 14. mars 2013, *Ceska sporitelna*, C-419/11, EU:C:2013:165, avsnitt (26) og (33) m/videre henvisninger.

¹⁰⁹ Peter Arnt Nielsen, «Jurisdiction over consumer contracts», i Ulrich Magnus og Peter Mankowski (red.): *Brüssel I Regulation*, Munchen 2007, utgitt i serien *European Commentaries on Private Law*, (Nielsen 2007) s. 375/376

¹¹⁰ C-269/95 *Benincasa*, avsnitt (16), C-464/01 *Johann Gruber*, avsnitt (44). Se også Tang 2015 s. 35.

vurderingsnorm er i tråd med ett av konvensjonenes hovedformål, nemlig at den samme juridiske partskonstellasjon bare skal behøve å forholde seg til en jurisdiksjonsregel.¹¹¹

Det kan innvendes at partsautonomi, herunder vernetingsklausulen, gir den samme forutsigbarhet for partene. Isolert sett kan det vanskelig argumenteres mot at vernetingsklausulen medfører at partene vet hvor et eventuelt søksmål må anlegges. Klausuler av denne typen er imidlertid en del av den skjevhet som konvensjonspartene ønsket å motvirke ved tvingende vernetingsklausuler som artikkel 18 nr. 1 jf. artikkel 17 i Brüssel I. Konvensjonspartenes vilje er kommet til uttrykk gjennom fortalen. I fortalens avsnitt 19 påpekes at partsautonomi skal respekteres med mindre det er et rettsområde hvor autonomien er begrenset. Her nevnes «consumer (...) contract» eksplisitt som eksempel på et slik området hvor partenes autonomi til å velge jurisdiksjon er begrenset.

Analysen viser at kontraktens *art og formål* må vurderes objektivt ut fra ytre konstaterbare forhold. Spillerens subjektive oppfatning, og endringer i denne, vil ikke forandre kontraktens karakter på inngåelsestidspunktet. Enkelttilfeller kan tenkes å oppstå der gevinst og ferdigheter er betydelige slik at presumsjonen ikke treffer helt. Prinsippet om «legal certainty» og hensynet til det skjeve styrkeforholdet mellom partene, taler imidlertid med tyngde for at spilleren bedømmes som forbruker uansett.

Spilleren regnes som forbruker etter Luganokonvensjonen art. 15 nr. 1.

3.2.6 Oppsummering og konklusjon

Vilkårene etter Luganokonvensjonen artikkel 15 nr. 1 jf. nr. 1 bokstav c) er oppfylt for vårt typetilfelle. Når vilkårene er oppfylt kommer artikkel 16 til anvendelse. Bestemmelsen slår fast at uavhengig av hvem som reiser sak, spilleren eller spillselskapet, må saken anlegges ved spillerens vernetings, jf. art. 16 nr. 1 og nr. 2. Spilleren får dermed fordel av «hjemmebane» i en tvist med grunnlag i standardkontrakten på tross av klausulen som angir maltesiske domstoler som tvunget vernetings.

¹¹¹ C-464/01 *Johann Gruber*, avsnitt (44), Øren 2003 s. 672.

3.3 Lovvalg

3.3.1 Rettslig utgangspunkt og den videre fremgangsmåten

Lovvalgsregler innenfor IPR er den enkelte stats egne regler for hvilken stats materielle rett som skal regulere det aktuelle internasjonale rettsforhold.¹¹²

Det er en viss diskusjon i teorien om terminologien «rettsvalg» bør brukes i stedet for «lovvalg».¹¹³ I avhandlingen benyttes termen «lovvalg» og diskusjonen vil ikke bli tatt opp her. Begrepet *lovvalg* benyttes her for å angi det nasjonale rettssystem som skal regulere rettsforholdet.

Hvilken stats rett som skal anvendes i en internasjonal tvist, vurderes uavhengig av spørsmål om vernetting. Sammenhengen mellom de to spørsmålene er at den domstol som har stedlig domsmyndighet avgjør lovvalgsspørsmålet ut fra domstollandets egne regler.¹¹⁴ På denne måten kan man si at spilleren har fordel av hjemmebane ved at bostedslandets interne lovvalgsregler skal anvendes. Spilleren slipper dermed å forholde seg til maltesisk IPR.

Det metodiske utgangspunktet for lovvalg i norsk IPR er å identifisere hvilket rettsområde tvisten omhandler - kvalifikasjon - for deretter å undersøke hvilke lovvalgsregler som gjelder for det aktuelle rettsområde, og la valg av bakgrunnsrett styres deretter.¹¹⁵ Med «bakgrunnsrett» menes den rett som skal utfylle kontrakten. Domstolene må i tillegg undersøke om begrensende regler i form av internasjonalt preseptoriske regler eller *ordre public*, gjør seg gjeldende. Av de to potensielle begrensningene vil bare internasjonalt preseptoriske regler bli drøftet, og begrepet blir følgelig redegjort for i punkt 3.3.6.

Årsaken til avgrensningen er at en vurdering av *ordre public*- unntaket forutsetter en analyse av resultatet ved bruk av utenlandsk rett i det konkrete tilfellet, jf. Rt. 2011 s. 531 A, avsnitt (52).¹¹⁶ Siktemålet med avhandlingen er å vurdere hvilke regler som gjelder mer generelt for typetilfellet. En vurdering av *ordre public*-unntaket vil nødvendigvis kun gjelde den enkelte sak. Det vil også være utenfor rammene av avhandlingen å foreta en analyse av maltesisk rett.

¹¹² «Lovvalgsregler» som beskrevet her, er det *Cordero-Moss* omtaler som «Kollisjonsrettslig lovvalg». Slike regler «utpeker hvilket lands rett et rettsforhold er underlagt», jf. *Cordero-Moss* 2013 s. 16.

¹¹³ Se blant annet fotnote 1 i *Konow* 2007 s. 271.

¹¹⁴ *Giuditta Cordero-Moss*, «Lovvalg og jurisdiksjon for kontrakter om salg av fast eiendom - og noen bemerkninger om andre kontrakter med tingsrettslige virkninger», *Jussens Venner* 2010 s. 295-322 (*Cordero-Moss* 2010) s. 295/296. Se også *Torvund* 2012.

¹¹⁵ Se spørsmålsstillingen i dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1537 – *Bokhandlerdommen*, avsnitt (31), *Cordero-Moss* 2013 s. 68

¹¹⁶ Se også *Cordero-Moss* 2013 s. 168/169, *Cordes*, *Stenseng*, *Lenda*, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, 2.utgave 2010 s. 164/165.

Et spørsmål som oppstår i forlengelsen av avgrensningen over er hvor avtl. § 37 skal rubriseres. Som vist innledningsvis i punkt 3.1.1, pålegger EØS-retten domstolene en plikt til *ex officio* anvendelse av direktivets regler, og dermed avtl. § 37 for norsk retts vedkommende. Forbrukerrettigheter i fellesskapslovgivningen er av EU-domstolen sammenlignet med *ordre public* (public policy)- regler i nasjonal rett.¹¹⁷

Nasjonalt har lovgiver knyttet avtl. § 37 til den allerede etablerte urimelighetsvurderingen i avtl. § 36, jf. § 37 nr. 1 og nr. 2. Bestemmelsen i § 37 supplerer følgelig bare § 36.¹¹⁸ Siden IPR som utgangspunkt er nasjonale regler vil avhandlingen behandle avtl. § 37 sammen med § 36 der sistnevnte er relevant i drøftelsen av lovvalg. Unntak må imidlertid gjøres for § 37 tredje ledd, som er en selvstendig lovvalgsregel utenfor rimelighetssensuren. Denne delen av bestemmelsen vil drøftes i sammenheng med de øvrige lovvalgsreglene for forbrukere i norsk rett.

3.3.2 Kvalifikasjon

En vurdering av hvilket rettsområde vårt typetilfelle tilhører, er ikke nødvendigvis en enkel øvelse. Det kan argumenteres både for kontraktsrettslige (avtalerettslige), forbrukerrettslige eller pengespillrettslige regler. Av disse tre rettsområdene er det kun de to førstnevnte som har eksplisitte lovvalgsregler i norsk IPR.¹¹⁹ I punkt 3.3.6.3 vil imidlertid betydningen av pengespillfeltets regler også bli vurdert.

Spørsmålet her blir hvilken lovvalgsregel som gjelder i krysningen mellom kontraktsrett og eventuelle forbrukerrettslige regler som kommer til anvendelse.

3.3.3 Partsautonomi

Partene har utvilsomt inngått en internasjonal kontrakt. Ved lovvalg i internasjonale kontrakter er partsautonomi hovedregelen.¹²⁰ I teorien er det problematisert hvilket grunnlag partsautonomien som lovvalgsregel egentlig hviler på.¹²¹ Diskusjonen av partsautonomiens grunnlag er imidlertid utenfor rammene av denne fremstillingen.

¹¹⁷ Dom av 26. oktober 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, avsnitt (35) m/videre henvisning til dom av 1. juni 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, avsnitt (37). Se også Cordero-Moss 2013 s. 166.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 12/13.

¹¹⁹ Hverken lovteksten eller forarbeidene til Pengespilloven eller Lotteriloven angir lovvalgsregler.

¹²⁰ Cordero-Moss 2013 s. 204 pkt. 4.4.1, se også Kjepslovvalgsloven § 3 første ledd som benytter partsautonomi som hovedregel.

¹²¹ Cordero-Moss 2013 s. 205 flg.

Partsaufonomi er også lagt til grunn som utgangspunkt i EU- retten. Til illustrasjon kan nevnes at Roma I artikkel 3, presiserer at partsaufonomien er utgangspunktet.¹²² Denne forståelsen av Roma I er også støttet i teorien.¹²³

Dersom vi, i vårt typetilfelle, kunne lagt partsaufonomien ukritisk til grunn som lovvalgsregel ville partene måtte forholde seg til maltesisk rett som bakgrunnsrett. Som for drøftelsen av verneting, må imidlertid betydningen av spillerens potensielle forbrukerposisjon vurderes.

3.3.4 Lovvalg for forbrukerkjøp ved internasjonal handel i norsk rett

Forbrukervernreglene ved internasjonale handel stammer fra flere EU- direktiv som er gjennomført i norsk rett gjennom lovgivningen. Avtl. § 37 implementerer som nevnt direktiv 93/13, forbrukerkjøpsloven(fkjl.)¹²⁴ implementerer direktiv 44/1999¹²⁵ og angrerettloven (angrl.)¹²⁶ implementerer direktiv 83/2011.¹²⁷

Av disse regelverkene gjelder ikke forbrukerkjøpsloven for digitale tjenester, jf. ordlyden «ting» i § 1 andre ledd.¹²⁸

En forutsetning for at de gjenstående regelverkene skal komme til anvendelse er at spilleren regnes som forbruker etter norsk rett. Som nevnt i drøftelsen om spillerens rettslige klassifisering i Luganokonvensjonen, kan ikke konklusjonen fra den drøftelsen legges uprøvd til grunn for intern rett. Det må gjøres en egen tolkning av de interne bestemmelsene.

Alle de ovennevnte norske lovene tar utgangspunkt i samme ordlyd når «forbruker» skal defineres nemlig; «enhver fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet».¹²⁹

Ordlyden stiller opp to vilkår. For det første må spilleren være en «fysisk» person. Juridiske personer faller følgelig utenfor.

¹²² Se også fortalens avsnitt 11.

¹²³ Se Hörnle og Zammit 2010 s. 226.

¹²⁴ Lov av 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp.

¹²⁵ EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 1999/44/EF av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier.

¹²⁶ Lov av 20. juni 2014 nr. 27 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler.

¹²⁷ EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2011/83/EU av 25. oktober 2011 om forbrukerrettigheter, om endring av rådsdirektiv 93/13/EØF og av europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF og om oppheving av rådsdirektiv 85/577/EØF og av europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF.

¹²⁸ I samme retning se Torvund 2012.

¹²⁹ Avtl. § 37 andre ledd, fkjl. § 1 tredje ledd, angrl. § 5 første ledd bokstav a).

For det andre må personen primært handle utenfor dennes «næringsvirksomhet». Typetilfellet i analysen basert på den normale spilleren, altså den som har en annen hovedbeskjeftigelse enn pengespill. Det kan tenkes grensetilfeller der inntekten til personen periodevis består hovedsakelig av gevinster. For de aller fleste vil imidlertid inntekten fra spillingen bare helt unntaksvis overgå inntekten fra det øvrige arbeid eller studier (studielån). Som støtte kan vises til momentene i drøftelsen om forbrukerbegrepet i Luganokonvensjonen over (punkt 3.2.4.3). Spilleren er følgelig forbruker også etter norsk intern rett.

Avtaleloven inneholder en lovvalgsklausul, jf. § 37 tredje ledd. Angrerettloven hadde en tilsvarende regulering i den gamle loven, men departementet fant at det ikke var nødvendig å gjennomføre reguleringen i ny lov.¹³⁰

Årsaken til departementets vurdering er ikke åpenbar, men de mente at det ikke ville endre lovvalget å innta en bestemmelse om dette i loven, og at det heller ikke ville svekke forbrukervernet. Eneste begrunnelsen som fremgår av proposisjonen er henvisningen til at forbrukerrettighetsdirektivet ikke fant det nødvendig å innta lovvalgsregler fordi Roma I uansett ville medføre at forbrukeren beholder vernet som følger av direktivet.¹³¹ Om departementet her har ment at forordningens regler skal legges til grunn også ved lovvalg etter interne regler fremstår uvisst, men som det vil fremgå nedenfor synes det å ha vært en dreining i norsk rett til mot at forordningen kan anvendes også nasjonalt.

Avtl. § 37 tredje ledd regulerer lovvalget dersom «en avtale som har nær tilknytning til EØS-landenes territorium, [inneholder] en bestemmelse om at lovgivningen i et land utenfor dette område skal anvendes på avtalen» (min tilføyelse).

Ordlyden viser at lovvalgsregelen utelukkende gjelder der avtalen gir anvisning på lovgivning utenfor EØS-området. Dersom spillskapet er etablert utenfor EØS-området anvendes bestemmelsen, men i vårt tilfelle hvor avtalen angir maltesisk rett, har derimot ikke lovvalgsregelen betydning. Tilsvarende forståelse var også lagt til grunn for den gamle angrerettloven § 5, jf. Ot.prp. nr. 36 (1999-2000) s. 93.

De norske bestemmelsene om lovvalg for ivaretagelsen av forbrukervern begrenser dermed ikke partsautonomien i vårt typetilfelle.

¹³⁰ Prop. 64 L (2013-2014) (Prop. 64 L) s. 79.

¹³¹ Prop. 64 L s. 79.

3.3.5 Lovvalg for forbrukerkontrakter i EU-retten

3.3.5.1 EU-rettens anvendelse for norsk IPR

Før analysen går videre til de øvrige begrensningene som kan følge av interne lovvalgsregler må et synspunkt fra teorien vurderes. *Cordero-Moss* har, for tvister hvor den internasjonale koblingen er som i vår sak, fremholdt at:

«Når saksforholdet har tilknytning til en annen EØS-stat, bør Roma I artikkel 6 annet ledd tillegges vekt også i Norge (...). I den grad de norske reglene gir forbrukeren bedre beskyttelse, og hvis tilknytningskravene som beskrevet i Roma I artikkel 6 annet ledd er innfridd, kan derfor norsk rett gripe inn selv om partene har vedtatt retten fra en annen EØS-stat.»¹³²

På bakgrunn av synspunktet fra sitatet, blir spørsmålet om reglene som fremgår av Roma I artikkel 6, andre ledd, har relevans og vekt som lovvalgsregler i norsk rett.

Ved spørsmålet om EU-forordningers virkning er utgangspunktet at siden Norge ikke er medlem i unionen, gjelder ikke rettsaktene i norsk rett uten særskilt gjennomføring. Den oppgivelse av suverenitet som EU-landene har gjort, kan ikke likestilles med den EFTA-landene har gjennomført ved EØS-avtalen. Sistnevnte avtale er en folkerettslig traktat og lovgivning fra EU vil, som utgangspunkt, bare gjelde i Norge dersom den særskilt gjennomføres av nasjonal lovgiver.¹³³ Også *Cordero-Moss* deler synet at Roma I ikke gjelder i norsk rett ut fra de alminnelige folkerettslige prinsipper som nevnt over.¹³⁴ Vurderingen blir dermed om det folkerettslige utgangspunktet gjelder fullt ut for Roma I.

Med grunnlag i hensynet til rettsenhet mellom EU- og EFTA-landene, har begrensningen i EU-rettens virkeområde blitt sterkt kritisert i teorien.¹³⁵ Etter to avgjørelser fra Høyesterett syns utgangspunktet imidlertid å være betydelig nyansert.

Første avgjørelse er kjent som *Bokhandlerdommen*, og inntatt i Rt. 2009 s. 1537 A. Dommen omhandler en bok skrevet av daværende journalist Åsne Seierstad om livet til en bokhandlers familie i Kabul. Den ene av bokhandlerens koner ble informert om bokens innhold, og da hun

¹³² *Cordero-Moss* 2013 s. 143, siste avsnitt.

¹³³ *Sejersted mfl.* 2011 s. 88.

¹³⁴ *Cordero-Moss* 2013 s. 25.

¹³⁵ Se *Corder-Moss* 2013 s. 27, m/videre henvisninger i fotnote 20.

senere bosatte seg i Norge gikk hun til erstatningssak mot Seierstad og forlaget for personvernkrænkelser.¹³⁶

Sakens spørsmål var hvilket lands rett som skulle anvendes i saker om erstatning for personvernkrænkelser, altså om det i norsk IPR fantes en generell lovvalgsregel for den typen erstatningssaker.¹³⁷ Flertallet på 4 dommere tok ikke stilling til om det forelå en generell regel, men kom til at norsk rett måtte anvendes fordi afghansk rett ikke var tilstrekkelig tilgjengelig for en forsvarlig løsning.¹³⁸

Interessant for denne delen av analysen er uttalelsene i avsnitt (34), hvor Høyesterett konstaterer:

«Norge er ikke bundet av forordningen. I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt.»

Som det fremgår av rettens uttalelse medfører hensynet til rettsenhet at den løsning som følger av Roma I skal tillegges vekt, i hvert fall så lenge vi ikke har avvikende lovregulering. Uttalelsens vekt kan kritiseres. Premisset må oppfattes som et obiter dictum, tilhørende et flertall i en dissensdom. På tross av disse innvendinger ble uttalelsen ukritisk fulgt opp i dom Rt. 2011 s. 531 A.

Saken i 2011 omhandlet erstatningskrav med utspring fra krigsforbrytelser begått i Bosnia på 90-tallet.¹³⁹ Spørsmålet var også i den saken hvilken generell lovvalgsregel som skulle anvendes.¹⁴⁰ For analysen er avsnitt (46) av interesse. Retten uttaler at:

«Selv om forordningen ikke er bindende for Norge er det i bokhandlerdommen (HR-2009-2266-A) avsnitt 34 lagt til grunn at forordningens lovvalgsregel bør anvendes i norsk internasjonal privatrett ut fra hensynet til behovet for rettsenhet med EU.»

Som det fremgår av uttalelsen, legges samme synspunkt som i *Bokhandlerdommen* til grunn. Forordningen som omtales er riktignok Roma II-forordningen, uten at synspunktet endrer

¹³⁶ Rt. 2009 s. 1537 A avsnitt (2-4).

¹³⁷ Rt. 2009 s. 1537 A avsnitt (31)

¹³⁸ Rt. 2009 s. 1537 A avsnitt (53)

¹³⁹ Rt. 2011 s. 531 A avsnitt (2).

¹⁴⁰ Rt. 2011 s. 531 A avsnitt (29-30).

betydning dersom det i stedet gjelder Roma I.¹⁴¹ Hensynene som gjør seg gjeldende for rettsenhet med den ene forordningen gjelder også for den andre.

Roma II-forordningen ble riktignok ikke anvendt i saken, men med den begrunnelse at forordningen ikke trådte i kraft før i 2009. Selv om forordningen ikke ble benyttet for å løse lovvalgsspørsmålet, tyder de ovennevnte dommene på at Høyesterett ønsker rettsenhet mellom EU-rettens IPR og nasjonal IPR.

I rettsteorien er avgjørelsen fra 2011 sett på som en ytterligere fremheving av EU-rettens betydning, ikke bare en tilslutning til *Bokhandlerdommen*. Bakgrunnen for denne konklusjonen er at uttrykket «bør anvendes» har sterkere implikasjoner enn «legge vekt på», som ble benyttet i *Bokhandlerdommen*.¹⁴²

I motsatt retning har *Frantzen* hevdet at man ikke kan legge slik vekt på uttalelsene fra Høyesterett som blant annet *Cordero-Moss* mener.¹⁴³ Kritikken syns å gå ut på at Høyesterett mener EU-rettens løsning skal tillegges vekt, for så å komme frem til et materielt resultat som ikke følger av EU-retten. Min oppfatning er at kritikken ikke treffer helt. Årsaken til at Høyesterett i dommen fra 2011 valgte å gå bort fra Roma II-forordningens løsning var prosessuelle forhold.¹⁴⁴ Votumet kan likevel kritiseres for å blande uttalelser om to forskjellige spørsmål. Retten drøfter både løsningen som generelt kunne vært valgt, og den konkrete løsning som måtte velges i den aktuelle sak. Votumet er på denne måten egnet til å trekke i tvil den generelle uttalelsen om EU-rettens betydning.

På tross av sin avvikende forståelse av Høyesterettspraksis kommer *Frantzen* i stor grad til samme konklusjon som *Cordero-Moss*, nemlig at EU-rettens løsninger bør tillegges vekt der nasjonal rett ikke har andre avvikende løsninger.¹⁴⁵

Etter det ovennevnte blir konklusjonen at EU-retten, herunder også Roma I, har relevans og skal tillegges vekt i norsk IPR. I hvert fall når intern lovgivning ikke inneholder avvikende regler. Forordningens regler medfører følgelig et unntak fra utgangspunktet for EU-rettens anvendelse i norsk rett.

¹⁴¹ Rt. 2011 s. 531 A avsnitt (45).

¹⁴² Marie Nesvik, «Lovvalg, erstatning for straffbare handlinger begått av en utlending i utlandet – Høyesteretts dom 13. april 2011», *Nytt i privatretten*, nr. 4 2011 s. 25-26, s. 26.

¹⁴³ Torstein Frantzen, «Guiditta Cordero-Moss: Internasjonal privatrett på formuerettens område», *Lov og Rett*, 8/2014 (Frantzen 2014), s. 502-505.

¹⁴⁴ Rt. 2011 s. 531 A avsnitt (46-47).

¹⁴⁵ Frantzen 2014, fjerde avsnitt fra bunnen.

Støtte for konklusjonen finnes blant annet i de nevnte forarbeidene til angrl. som syns å legge til grunn at reglene i Roma I også gjelder for norske forbrukere.¹⁴⁶ Ytterligere støtte for konklusjonen finnes i praksis fra lagmannsretten. Dom avsagt i Borgarting lagmannsrett 16 november 2015 gjaldt lovvalg i sak om kabinansatte i Ryanair som ønsket å saksøke selskapet for arbeidsrettslige forhold. Sakens faktum er ikke overførbart, men lagmannsretten slutter seg til uttalelsen fra Høyesterett i *Bokhandlerdommen*, nemlig at EU-rettens løsning skal tillegges vekt der nasjonal rett ikke har avvikende løsning.¹⁴⁷

Som vist ovenfor, får ikke de lovfestede lovvalgsregler på forbrukerrettens område anvendelse som lovvalgsregler for vårt typetilfelle. Følgelig har vi ikke avvikende lovgivning.

3.3.5.2 EU-rettens lovvalgsregel

Når Roma I-forordningens løsning har generell relevans i norsk rett blir spørsmålet om forordningens regel begrenser partsautonomien av hensyn til forbrukervernet i vårt typetilfelle.

Før de enkelte bestemmelsene i Roma I analyseres, skal det bemerkes at det i fortalen avsnitt 7 gis uttrykk for at tolkning av både anvendelsesområde og innhold bør samsvare med Brussel I. For herværende analyse medfører ønsket om ensartet tolkning at det som er sagt ovenfor om Brüsselforordningens bestemmelser, også har betydning for tolkningen av Roma I-forordningens bestemmelser.

Som for Luganokonvensjonen er det ikke tvilsomt at standardkontrakten, som inngås mellom spilleren og spillerselskapet, omfattes av anvendelsesområdet «contractual obligations in civil and commercial matters» jf. artikkel 1. nr. 1. Spørsmålet for vårt tilfelle er om kontrakten omfattes av artikkel 6 som regulerer «consumer contracts». Dersom bestemmelsen får anvendelse følger lovvalgsreglene, der partene har inngått en avtale om lovvalget, av artikkel 6 nr. 2. Bestemmelsen angir et «hybrid system» som kombinerer de to lovvalgsreglene om partsautonomi og forbrukervern i én regel.¹⁴⁸ Regelen gir avtalens lovvalg virkning så lenge den rett som velges der ikke fratrukker forbrukeren vern som følger av preseptoriske regler i forbrukerens bostedsstat.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Prop. 64 L s. 79.

¹⁴⁷ LB-2015-51137, avsnittet betegnet «Norsk internasjonal privatrett».

¹⁴⁸ Ragno, F. (2009). *The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation*. Rome I Regulation (pp. 129-170). Köln: Sellier de Gruyter. (Ragno 2009) s. 150.

¹⁴⁹ Jf. sitatet fra Cordero-Moss 2013 i punkt 3.3.5, henvist i note 106.

I tillegg til forutgående lovvalgs-avtale, må også vilkårene for artikkel 6 nr. 1 være oppfylt dersom «hybrid»-regelen skal anvendes. Bare gjennom art. 6 nr. 1 gis den preseptoriske lovgivningen i forbrukerens bostedsstat sensurerende virkning på den avtalte bakgrunnsretten, jf. art. 6 nr. 2 siste punktum.

Spørsmålet blir dermed om artikkel 6 nr. 1 kommer til anvendelse. Bestemmelsens relevante del har følgende ordlyd:

«Article 6

- 1. (...) contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence, provided that the professional:*

Av ordlyden fremgår flere vilkår, og systematikken er gjenkjennbar fra Luganokonvensjonen og Brüssel I. Spilleren må være forbruker, og kontrakten må inngås med en næringsdrivende. For at spillerens skal regnes som forbruker må to vilkår må være oppfylt.

Spilleren må være en «natural person», altså er juridiske personer utelukket. Spilleren er i vårt typetilfelle forutsatt å være en fysisk person. Avtalen må også inngås for formål som ligger utenfor spillerens «trade or profession».

Når det gjelder vilkåret om at avtalen inngås utenfor næringsvirksomhet vises tilbake til drøftelsen om tilsvarende vilkår under Luganokonvensjonen og Brüsselordningen. Ifølge «explanatory report» til Roma I er forbrukerdefinisjonen utformet i tråd med Brüssel I, og det foreligger ikke øvrige holdepunkter for at spillerens posisjon bør være annerledes for lovvalgsreglene.¹⁵⁰ Høyesterett har inntatt tilsvarende holdning.¹⁵¹

Forskjellig fra systematikken i Brüssel I er definisjonen av den profesjonelle parten inntatt i første ledd og ikke i et av de mulige alternativene. Uavhengig av vilkårets plassering forutsettes for avhandlingens del av Betsson er næringsdrivende.

Av bestemmelsens systematikk følger at når partene oppfyller vilkårene som nevnt over, vil retten i forbrukerens bostedsstat være tvunget lovvalg, jf. Roma I artikkel 6. nr. 2. «Hybrid»-

¹⁵⁰ Ragno 2009 s. 134.

¹⁵¹ Rt. 2011 s. 1034 U avsnitt (16-18).

regelen i art. 6 nr. 2 kommer dermed til anvendelse på vårt typetilfelle. For norske forbrukere blir konsekvensen at maltesisk lovgivning gjelder, med de innskrenkninger som følger av norske preseptoriske forbrukervernbestemmelser herunder angrerettloven og ulovfestede regler.

Det kan kanskje virke rart at de norske reglene som ikke gjaldt etter intern rett skal gjelde etter EUs regler. Årsaken til dette resultatet skyldes forskjellen mellom internasjonalt preseptoriske regler og nasjonalt preseptoriske regler.

Forskjellen beskriver *Tang* med utgangspunkt i preseptoriske regler;

*«They [preseptoriske regler] are not limited to overriding mandatory rules/international mandatory rules that apply irrespective of the applicable law, but include all other rules that cannot be contracted out within the system of law where the rules belong.»*¹⁵² (min tilføyelse).

De norske reglene gjelder altså bare innenfor det systemet hvor de hører hjemme (altså det norske rettssystemet). Hybridregelen fra Roma I artikkel 6 nr. 2 er derfor nødvendig for å kvalifisere disse reglenes sensurfunksjon av maltesisk forbrukervern (preseptorisk anvendelse), siden reglene ikke i seg selv er utformet for å sette andre EU-lands forbrukervern til side (internasjonalt preseptorisk anvendelse).

Så langt i analysen er dermed konklusjonen at hybridsystemet som Roma I artikkel 6 nr. 2 gir anvisning på, gjelder som lovvalgsregel for tvister med utspring i standardkontrakten mellom en norsk spiller og et selskap i Betsson Group. En vurdering av den konkrete sensuren for kontrakten og maltesisk rett ligger utenfor avhandlingens rammer, og vil følgelig ikke bli vurdert videre.

3.3.6 Internasjonalt preseptoriske regler

3.3.6.1 Noen utgangspunkter

Som nevnt i punkt 3.3.1 kan lovvalget begrenses av internasjonalt preseptoriske regler. Slike regler betegnes også som «inngrepsregler».¹⁵³ Årsaken til betegnelsen inngrepsregler er godt beskrevet i den allerede nevnte *Bokhandlerdommen*.¹⁵⁴ I avsnitt (37) uttaler retten at:

¹⁵² Tang 2015 s. 173.

¹⁵³ Rt. 2009 s. 1537 A avsnitt (37). Se også Cordero-Moss 2013 s. 121.

¹⁵⁴ Rt. 2009 s. 1537 A.

«Anvendelsesområdet for de alminnelige lovvalgsreglene begrenses ikke bare av «ordre public»-forbeholdet, men blant annet også av nasjonale rettsregler som gjør krav på å bli anvendt i tvister over landegrensene, uavhengig av hva som måtte følge av de øvrige lovvalgsreglene.»

Det fremgår ikke klart av uttalelsen hva som er vurderingsnormen for om rettsreglene på et bestemt område «gjør krav på å bli anvendt». Hva som må vurderes er imidlertid bedre presisert i dom inntatt i Rt. 1953 s. 1132-A. Dommen omhandlet lovvalgsspørsmålet for tvist om farskap for en tysk gutt med norsk far og tysk mor. Annenvoterende dommer Bahr uttaler på vegne av flertallet på 3 dommere at dersom:

«det grunnsyn som vedkommende norske rettsregler gir uttrykk for, ikke vil bli tilstrekkelig tilgodesett med mindre forholdet bedømmes etter norsk rett, må valget falle ut til fordel for denne, uansett den tilknytning som forholdet ellers måtte ha til en fremmed stat.»¹⁵⁵(min utheving)

Spørsmålet blir dermed om noen av de rettsreglene, som er relevante i vurderingen av standardkontraktens bestemmelser, baserer seg på et grunnsyn som krever at norsk rett blir anvendt. Siden forbrukerlovgivningen allerede er drøftet, gjenstår kun de to øvrige rettsområdene som har kontaktflater mot spillerens- og spillerselskapets interaksjon; kontraktsrett og pengespill- og lotterirett.

3.3.6.2 Hensynet til kontraktsrettslige regler

Avtl. § 36 er en av relativt få bestemmelser som lovgiver eksplisitt har uttalt at «antagelig vil være» en inngrepsregel av internasjonalt preseptorisk karakter.¹⁵⁶ Som allerede nevnt må bestemmelsen for vårt typetilfelle leses i sammenheng med avtl. § 37 første ledd, jf. punkt 3.3.1.¹⁵⁷ Avtl. § 37 må dermed regnes som en internasjonalt preseptorisk regel for norsk retts vedkommende, mens direktivet som bestemmelsen stammer fra tilhører *ordre public*-unntakene i EØS-retten for øvrig.

Disse bestemmelsene gir samlet anvisning på en sensurregel av forhåndsbestemte vilkår som er urimelige overfor forbrukeren, jf. avtl. § 37 første ledd. Siden avhandlingens siktemål er generelle regler og ikke konkrete resultatanalyser, vil ikke standardkontraktens

¹⁵⁵ Rt. 1953 s. 1132 A side 1142. Uttalelsen har også fått tilslutning i Rt. 2009 s. 1537 A avsnitt (37).

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) s. 66.

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 13, og punkt 8.1.

prosessbestemmelse bli vurdert opp mot urimelighetsterskelen som følger av avtl. §§ 37 jf. 36. Avhandlingen vil derimot kort presentere hvilke føringer bestemmelsene legger for norske domstoler i en vurdering av lovvalg.

Domstolene har som nevnt en *ex officio* plikt til håndhevelse av bestemmelsene.¹⁵⁸ Når domstolene skal foreta vurderingen, har EU-domstolen presisert at det sentrale hensyn er å balansere styrkeforholdet mellom partene.¹⁵⁹ Ved prosessuelle bestemmelser som klausuler om verneting og lovvalg, er det sentralt om klausulen begrenser forbrukerens muligheter til å forfølge sine rettigheter juridisk.¹⁶⁰

I avtl. § 36 kan forbrukerhensynene vektlegges gjennom momentet «partenes stilling». Dommeren har derfor et ansvar for å anvende avtl. § 36 på klausuler som den standardkontrakten i typetilfellet angir.

Et naturlig spørsmål er om ikke forbrukeravtaledirektivets regler medfører at maltesisk rett like gjerne kunne vært anvendt, slik at dommeren også i norske domstoler bare kan vise til harmoniseringshensynet og se bort fra nasjonal kontraktsregulering? Forbrukeravtaledirektivet tar korrekt sikte på en harmonisering av medlemslandenes regler om urimelige avtalevilkår mellom næringsdrivende og forbrukere, jf. art. 1 nr. 1. En harmonisering skulle, som nevnt, tilsi at vernet for spilleren var tilsvarende etter maltesisk rett som etter norsk rett.

Forbrukeravtaledirektivet er imidlertid et minimumsdirektiv, og statene står derfor fritt til å vedta regler som gir bedre beskyttelse, jf. art. 8. Avtaleloven §§ 37, jf. 36, gir et bedre vern fordi terskelen for urimelighet er lavere.¹⁶¹

«Hybrid»- regelen gir samme resultat. Etter Roma I art. 10 nr. 1, skal den loven som ville fått anvendelse, forutsatt lovvalgsklausulen var gyldig, gis anvendelse på spørsmålet om gyldigheten av selve klausulen. Norske dommere må dermed foreta en vurdering av om urimelighetssensuren etter norske regler ville medført et, for forbrukeren, bedre resultat sammenlignet med forbrukeravtaledirektivets regler. Hvorvidt en slik vurdering ville ført frem er mer tvilsomt fordi lovvalsregelen er fundert på de samme hensyn som avtl. §§ 37, jf. 36.

For vårt typetilfelle må dermed avtl. §§ 37 jf. 36 ses på som supplerende regler av internasjonalt preseptorisk karakter i de tilfellene der lovvalsregelen *ikke* korrigerer for den ubalanse som

¹⁵⁸ For de nærmere grensene av domstolens plikt til *ex officio* anvendelse, se Eldjarn 2015 s. 237-243.

¹⁵⁹ C-168/05 *Claro*, avsnitt (36), C-126/97 *Eco Swiss*, avsnitt (24).

¹⁶⁰ C-126/97 *Eco Swiss*, avsnitt (24).

¹⁶¹ Finn Arnesen, «Om den fellesskapsrettslige regulering av urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1996 s. 884-904 (heretter Arnesen 1996), s. 901.

foreligger mellom den næringsdrivende og forbrukeren. En slik supplerende effekt medfører at dommeren må være oppmerksom på problemstillingen, men at betydningen som sensurbestemmelse i de fleste tilfeller som ligner typetilfellet, vil være liten.

3.3.6.3 Hensynet til pengespill- og lotterirettslige regler

Selv om denne delen av avhandlingen primært omhandler forholdet mellom spilleren og spillskapet skal ikke statens interesser neglisjeres. Hvorfor statens interesser er relevante i vurdering av lovvalget *inter partes* fortjener derfor en nærmere begrunnelse.

Innledningsvis ble det vist at norsk pengespill- og lotterilovgivning er orientert etter enerettsmodellen som har en sterk politisk- og sosialøkonomisk begrunnelse.¹⁶² Analysen av vernetingsreglene viste oss at norske domstoler kan være nødt til å avgjøre tvister som springer ut fra avtaler som reelt sett bryter med modellen. Domstolene blir dermed tvunget til å vurdere en avtale hvor de grunnleggende samfunnshensyn neglisjeres.

Analysen av lovvalgsreglene i punkt 3.3.5 viste at norske preseptoriske forbrukerregler potensielt sensurerer bort enkelte deler av maltesisk bakgrunnsrett. Hensynet til forbrukeren er imidlertid ikke dekkende for de samlede offentlige interesser som begrunner enerettsmodellen. Et lovvalg som delvis åpner for maltesisk bakgrunnsrett gir derfor også det resultat at norske domstoler må ta stilling til rettsspørsmål etter en rettsorden som ikke baserer seg på det *grunnsyn* som norske regler gir uttrykk for.

For partene vil også en ytterligere sensur av maltesisk rett på bakgrunn av offentlige interesser kunne ha betydning. Høyesterett har med utgangspunkt i NL¹⁶³ 5-1-2 konstruert en vurdering for hvorvidt avtaler som strider mot lov eller ærbarhet skal være ugyldige.¹⁶⁴ Vurderingsnormen tar utgangspunkt i to faktorer; avtalens lovlighet eller ærbarhet, og de reelle hensyn som ligger bak loven som avtale strider mot.¹⁶⁵

Enerettsmodellens forbud mot formidling av spill er egnet til en slik vurdering, se eksempelvis en dom fra Borgarting lagmannsrett i 2003.¹⁶⁶

¹⁶² Mer om begrunnelsen kommer i kapittel 4.

¹⁶³ Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15 april 1687.

¹⁶⁴ Rt. 1993 s. 312 A, Rt. 2004 s. 1582 A, Se også Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Universitetsforlaget Oslo 2009 s. 452/453 hvor dommene presenteres som en del av rettskildebildet.

¹⁶⁵ Rt. 1993 s. 312 A s. 315.

¹⁶⁶ LB-2003-15111.

Et av spørsmålene i saken var om utbytte fra spilleautomater skulle trekkes tilbake fordi de stammet fra straffbare handlinger. Partene var enige om at utbytte var straffbart etter dagjeldende lotterilovgivning.

Lagmannsretten gikk til den brede vurdering, hvor det blant annet ble lagt vekt på at lotterilovens regulering hadde til hensikt å sikre «samfunnsmessige hensyn».¹⁶⁷ Etter den konkrete vurderingen kom riktignok retten til at avtalen ikke var ugyldig. Likevel viser dommen at de samfunnshensyn som Norges pengespillovgivning hviler på, har relevans for gyldighetsvurderingen av avtalen mellom spiller og spillselskap.

Som avsnittene rett ovenfor viser, er det flere gode grunner til at norske domstoler bør kunne vurdere sensur av utenlandsk bakgrunnsrett når tvisten har utgangspunkt i pengespill. Problemstillingen viser de kryssende hensyn i det overordnende «treparts-forholdet» som danner bakgrunnen for avhandlingens problemstillinger; spilleren, spillselskapet og staten.

Spørsmålet videre blir om de hensyn som norske offentligrettslige regler skal ivareta på pengespillområde, gir uttrykk for et *grunnsyn som gjør krav på å bli anvendt* som internasjonalt preseptoriske regler ved lovvalg i tvist mellom spiller og spillselskap.

Et utgangspunkt er at anvendelsen av en ulovfestet inngrepsregel går på bekostning av lovvalgets forutsigbarhet, og at terskelen derfor bør være høy for anvendelsen av slike inngrepsregler.¹⁶⁸

I EU-retten er spillovgivning antatt som et aktuelt område for inngrepsregler. *Hörnle* og *Zammit* skisserer opp problemstillingen om en stat X, som har en restriktiv spillpolitikk, kan sensurere bort stat Ys liberale spillovgivning, selv om sistnevnte lands rett i utgangspunktet er korrekt lovvalg.¹⁶⁹ Problemstillingen er riktignok reist i relasjon til Roma Is regler om *ordre public*, men de samme allmenne samfunnsinteresser kan potensielt begrunne en inngrepsnorm for det aktuelle lovvalget.¹⁷⁰

Forfatterne drøfter ikke hva resultatet blir, men viser til at spørsmålet ikke er avklart i EU-retten.¹⁷¹ Så vidt jeg vet har spørsmålet heller ikke vært vurdert i intern rett.

¹⁶⁷ LB-2003-15111.

¹⁶⁸ Cordero-Moss 2013 s. 127/128.

¹⁶⁹ Hörnle og Zammit 2010 s. 235.

¹⁷⁰ Se sitat fra dommer Bahr i Rt. 1953 s.1132 A, s. 1142.

¹⁷¹ Hörnle og Zammit s. 236.

Et fornuftig utgangspunkt for den videre vurderingen er etter mitt syn dommer Skoghøys mindretallsvotum i *Bokhandlerdommen*.¹⁷² Min drøftelse forsøker å følge tilsvarende struktur som Skoghøys votum, nemlig å undersøke om de hensyn som reglene på et rettsområde er tuftet på, er tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne en generell lovvalgsregel for vedkommende rettsområdet.

Det første som er av interesse er hvor overordnet spørsmålet blir vurdert. I avsnitt (59) tas utgangspunktet i «Når saker om personvernkrænkelser blir behandlet for norske domstoler». Formuleringen viser at vurderingen av en alminnelig lovvalgsregel på bakgrunn av en inngrepsregel, må ta utgangspunkt i hele det aktuelle rettsområdet, og kan ikke begrenses til et avgrenset typetilfelle.

Mer presist blir dermed spørsmålet for herværende analyse om domstolen, når den tar stilling til *saker* som omhandler pengespill, skal anvende domstollandets rett (*Lex fori*). Det vil være av mindre betydning hvilke konkrete rettslige problemer som reises i den aktuelle saken. Sammenligningsvis gjaldt *Bokhandlerdommen erstatning* for personvernkrænkelser, mens Skoghøy tar som nevnt utgangspunkt i *saker* om personvernkrænkelser.

Pengespill- og lotterilovgivning er monopollovgivninger. Ønsket er primært å ivareta den norske enerettsmodellen med de underliggende hensyn.¹⁷³ Særlig tre hensyn trekkes frem. For det første hensynet til å kanalisere spillere, slik at staten kan kontrollere de som utvikler et spilleproblem. For det andre hensynet er å unngå kriminalitet, som staten mener er lettere jo færre aktører og mindre penger som er i spill. For det tredje hensynet til at overskuddet ikke skal gå til privat profitt, men til samfunnsnyttige formål.¹⁷⁴

Nettopp monopolregler ble brukt som et eksempel på offentligrettslige regler som kan bli anvendt som inngrepsregel ved internasjonale tvister ved Justisdepartementets forslag til en generell lovvalgslov i 1985.¹⁷⁵

Rettskildevekten av et høringsnotat til en ikke-gjennomført lov er i utgangspunktet ganske begrenset. Siden rettsområdet har sparsomt med kilder, må imidlertid slike uttalelser kunne

¹⁷² Rt. 2009 s. 1537 A, mindretallsvotumet starter i avsnitt (56).

¹⁷³ Prop. 13 L s. 7 (særlig punkt 3.1 første avsnitt).

¹⁷⁴ Prop. 13 L s. 7.

¹⁷⁵ Justis- og politidepartementet, «Utkast til lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område», 20. mai 1985, Jnr 1450/85 E BN/uwg.

tillegges vekt. *Cordero-Moss* følger også opp synspunktet med lignende uttalelse om at inngrepsregler må beskytte «allmenne samfunnsinteresser».¹⁷⁶

Som avsnittene ovenfor viser, er de hensynene som enerettsmodellen skal ivareta en type samfunnsinteresser har potensial til å bli ansett som inngrepsregler. Hvorvidt hensynene er tilstrekkelig tungtveiende må avgjøres etter en konkret avveining. Tidligere i drøftelsen er hensynet til forutsigbarhet trukket frem som et argument for at terskelen for anvendelsen av denne typen skjønnsbaserte inngrepsregler bør være høy. Forutberegnelighet er et gjennomgående hensyn i IPR, og bør derfor også tillegges vekt i den konkrete avveiningen.

Isolert sett ville det vært avklarende med en generell lovvalgsregel som slo fast at norsk rett skal anvendes i saker om pengespill. Imidlertid råder ikke de offentlige interesser grunnen alene. Lovvalg for bakgrunnsretten til standardkontrakten er først og fremst relevant for partene i kontrakten. Den forventning en norsk spiller eventuelt måtte ha til anvendelsen av norske regler, må kunne sies å bli tilstrekkelig tilgodesett ved at norske forbrukervernregler gis anvendelse til fordel for et eventuelt svakere vern i maltesisk rett. Partene vil sannsynligvis ikke ha noen ytterligere forventning, i hvert fall ikke beskyttelsesverdige, om at norsk rett skal regulere hele rettsforholdet.¹⁷⁷

I Skoghøys votum i *Bokhandlerdommen* er det et sentralt argument at regler om personvern og ytringsfrihet henger nært sammen. Det vises til at grensene for ytringsfrihet fastlegges av personvernet, og dermed bør samme lovvalgsregel legges til grunn for begge rettsområdene.¹⁷⁸

Sammenligningsvis gjør ikke samme argument seg gjeldende i vårt tilfelle. Som poengtert ovenfor vil både forbrukerhensyn og kontraktsrettslige hensyn være ivaretatt gjennom de allerede presenterte lovvalgsregler. De offentligrettslige hensyn er dermed isolert, uten noen særlig tilknytning til de øvrige hensyn som regulerer forholdet mellom spiller og spillsselskap.

Et annet motargument mot en lovvalgsregel som angir norsk rett, er ønsket om rettsenhet i EU. Så vidt jeg vet er det i EU-retten ingen alminnelig regel om at spørsmål innenfor pengespill- og lotterisektoren skal avgjøres etter domstollandets rett. En slik løsning vil tvert imot komme i

¹⁷⁶ Cordero-Moss 2013 s. 130.

¹⁷⁷ Hensynet til partenes forventning har vært en del av grunnlaget for kritikk av *Lex fori* som lovvalgsregel basert på internasjonalt preseptoriske regler, jf. Lars Anders Heimdal, «*Norsk internasjonal privatrett og bokhandleren til besvær*», Lov og Rett, 01-02/2010, s. 68-75 (Heimdal 2010) s. 75.

¹⁷⁸ Rt. 2009 s. 1537 A avsnitt (59).

direkte strid med det hybridsystemet som er valgt i Roma I, som skal tillegges vekt også i norsk rett. Lignende kritikk er også anvendt mot Skoghøys votum.¹⁷⁹

I forlengelsen av forutsigbarhet er også hensynene til gjensidighet og nøytralitet sentrale i IPR, særlig innenfor EØS- samarbeidet.¹⁸⁰ Dersom de mellomstatlige prosessløsningene, som eksempelvis Luganokonvensjonen, skal fungere er statene avhengige av at reglene følges. Hvis domstolene skal utpeke lovvalgsregler på bakgrunn av politiske syn som det ikke er enighet om, vil det kunne føre til en praksis hvor jurisdiksjon i realiteten blir avgjørende for lovvalget. Partenes forventning om gjensidighet og nøytralitet blir dermed tilsidesatt ved valg av regler som berører samfunnsinteresser. Motsetningsvis kunne Høyesterett med relativt stor sikkerhet mene at norske ytringsfrihetsregler er som foregangsregler å regne hva gjelder internasjonal rett. Dermed oppsto, etter Skoghøys syn, ingen strid med internasjonale prinsipper for lovvalg slik at gjensidighet og nøytralitet ikke ble særlig tilsidesatt.¹⁸¹

Som det fremgår ovenfor, gjør mange av de hensyn som begrunnet utformingen av en lovvalgsregel for mindretallet i bokhandlerdommen seg ikke gjeldende for vårt typetilfelle. Hverken argumentet om sammenheng mellom rettsområder, eller at de norske reglene er internasjonalt anerkjente får tilsvarende betydning for typetilfelle i avhandlingen.

På bakgrunn av vurderingen av de avveide hensyn blir konklusjonen at norske samfunnsinteresser på pengespill- og lotterireglens område ikke gir uttrykk for et grunnsyn som *gjør krav på å bli anvendt* som en inngrepsregel for lovvalget i en sak mellom spiller og spillerselskap. Hensynene er, som vist over, uten tvil i den kategorien som gjerne blir ansett som inngrepsregler, men de er ikke tilstrekkelig overgripende til at partene har noen forventning om at disse skal legges til grunn ved siden av de reglene som allerede anvendes gjennom «hybridmodellen».

Konklusjonen er ikke åpenbar og drøftelsen har bydd på tvil. Det er ikke gitt at norske domstoler vil komme til samme resultat. Hensynet til forutberegnelighet, herunder også gjensidighet og nøytralitet, må imidlertid gis avgjørende vekt for typetilfelle i avhandlingen.

¹⁷⁹ Heimdal 2010 s. 75.

¹⁸⁰ Cordero-Moss 2013 s. 20.

¹⁸¹ Rt. 2009 s. 1537 A avsnitt (39) og (60).

3.3.7 Oppsummering og konklusjon

Analysen av hvilke lovvalgsregler som skal gjelde for vårt typetilfelle har, som drøftelsene viser, ikke vært helt enkel. Det generelle trekket fra drøftelsen av verneting er imidlertid synlig også i drøftelsen av lovvalg. Standardkontraktens klausul blir betydelig utvannet av andre regler. For lovvalgets del ble som nevnt konklusjonen at «hybrid»- modellen skal anvendes som lovvalgsregel under forutsetning av at klausulen er gyldig. Løsningen er i samsvar med EU-rettens IPR, og vil følgelig kunne bli bedre sementert dersom norsk IPR i større grad tilpasses EU-retten.

4 EØS-rettslige spørsmål

4.1 Innledende bemerkninger

Avhandlingen er nå over i kapittel 4, som må betraktes som del II. Årsaken til oppdelingen er at partskonstellasjonen endres. I første del var rettsforholdet mellom spilleren og spilleselskap utgangspunktet for drøftelsen. I denne delen er typetilfellet at Betsson ønsker å etablere seg i Norge, som en del av det regulerte markedet og tilby sine tjenester til norske spillere.

EØS-avtalen er inntatt som norsk lov med forrang gjennom EØS-loven §§ 2, jf. 1. Avtalen danner de ytre rammer for norsk pengespillpolitikk. For å forstå betydningen av EØS-retten som ramme for pengespillpolitikken- og lovgivningen, er det nødvendig med et kort tilbakeblikk.

Innledningsvis i punkt 1.2 ble enerettsmodellen presentert. Norsk lovgivning- og politikk for pengespill er, som nevnt, organisert gjennom et monopol. For ca. 10 år siden ble spillmonopolet utfordret av både Norsk Lotteri- og Automatbransjeforbund (NOAF) og et privat pengespillselskap, Ladbrokes. I forlengelsen av de nasjonale rettsprosessene, ble to saker anlagt mot staten Norge for EFTA-domstolen.¹⁸² Sakene omtales som *Spillautomat-* og *Ladbrokes-saken*, og blir presentert og gjennomgått i drøftelsene nedenfor. Poenget her er at EØS-avtalen gir grunnlag for rettslige angrep på monopolet. Av denne grunn er det viktig at monopolet, med tilhørende lovgivning, til enhver tid er i samsvar med de rammene som EØS-retten fastlegger. I motsatt fall ville de private aktørene ha en enkel oppgave med å tilsidesette monopolet som rettsstridig.

Grunnlaget for analysen vil være senere års praksis fra EU-domstolen sett i sammenheng med de ovennevnte prinsipielle avgjørelser om det norske spillmonopolet fra 2007. St. Meld. 12 er sentral som grunnlag for de faktiske forholdene.

Vurderingene vil i det vesentlige omhandle enerettsmodellens EØS-rettslige rammer. Det sentrale spørsmålet er om modellen er i tråd med EØS-retten. Noen av de underspørsmål som skal drøftes er; hva er innholdet i den restriksjonen som enerettsmodellen potensielt utgjør, om morallensyn kan begrunne en slik restriksjon, hvorvidt Norsk tippings drift forsvarer et høyt beskyttelsesnivå på pengespillområdet, og om lisensmodellen kan gi like godt vern for spillerne.

¹⁸² Sakene var anlagt henholdsvis etter artikkel 31 andre ledd og artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen), inntatt som norsk lov, jf. EØS-loven § 1, jf. også Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene § 51a.

4.2 Aktualitet

I innledningen ble regjeringens utredningsarbeid nevnt som en viktig del av temaets aktualitet. Kulturdepartementet gikk i St. Meld. 12 inn for å beholde någjeldende modell, og det er liten grunn til å anta at stortinget vil motsette seg innstillingen.¹⁸³ Følgelig er det enerettsmodellen slik den fremstår i dag som er utgangspunktet for departementets konklusjon om at modellen er i tråd med EØS-retten.¹⁸⁴ Med ingen omveltning i nær fremtid er det betimelig å spørre hvilken aktualitet spørsmålet om EØS-rettens rammer har?

Det fremgår av fotnote 3 i St. Meld. 12 s. 11 at konklusjonen er gjort på bakgrunn av dommene fra 2007. EØS-retten er imidlertid ingen statisk størrelse, tvert imot er rettsområdet av dynamisk karakter. Særlig utvikling i EU-domstolen vil påvirke «gjeldende rett».¹⁸⁵ Gjennom drøftelsen vil derfor to perspektiver være viktig. For det første om de EØS-rettslige rammer er tilsvarende slik de var i 2007, og i forlengelsen om rettstilstanden fra 2007 kan opprettholdes for enerettsmodellen. For det andre vil drøftelsen vise noen aspekter med EØS-rettens rammer som blir relevante for staten dersom en lisensordning innføres på et senere tidspunkt. Disse to perspektivene glir i noen grad over i hverandre, men forsøksvis skal det pekes på noen forhold som bare gjelder dersom lisensmodell innføres.

4.3 Avgrensning – Om forholdet til sekundærlovgivningen

EØS-retten er et omfattende rettsområde. Det vil ikke la seg gjøre innenfor avhandlingens rammer å behandle alle potensielt relevante fragmenter av EØS-avtalens primære bestemmelser og direktiver, som kan få anvendelse. Avhandlingen vil derfor konsentrere seg om en analyse av de grunnbestemmelser spillmonopoler oftest blir vurdert opp mot i EØS-rettslig sammenheng. Bestemmelsene vil bli presentert nedenfor.

Selv om avgrensningen er av hensyn til omfang har den også en materiell side. Det er foreløpig ikke utformet felles-europeisk lovgivning for pengespillfeltet og selv om noen direktiver kan få anvendelse på enkelte spørsmål er utgangspunktet pengespill reguleres av nasjonal lovgivning.¹⁸⁶

¹⁸³ St. Meld. 12. s. 74.

¹⁸⁴ St. Meld. 12. s. 11.

¹⁸⁵ Se avhandlingens kapittel 2 og særlig punktet om metodebruken i EØS-retten.

¹⁸⁶ Simon Planzer, «Gambling law», s. 687-702, *The Handbook of EEA-law*, Baudenbacher (ed.), Carl, 2016, Springer publishing (Planzer 2016) s. 687.

4.4 Rettslige utgangspunkter og reelle hensyn

Partene i EØS-avtalen er medlemslandene, som består av statene i EU- og EFTA- samarbeidet. Avhandlingen legger til grunn at norske myndigheter er pliktsubjekt og spillskapet i typetilfelle er et rettighetssubjekt, etter EØS-avtalen.¹⁸⁷

EØS-avtalen har som formål å fremme «en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler», jf. art. 1 nr. 1. Av ordlyden følger først hensynet til økonomisk vekst, som er et bærende hensyn i EØS-retten, jf. også fortalen syvende avsnitt. Videre følger hensynet til lik konkurranse og overholdelse av de samme regler, som er uttrykk for hensynet til harmonisering. «*Harmoniseringsmålsettingen*» er ønske om at avtalepartene skal ha lik rettstilstand, som igjen er et utslag av det overordnede hensynet til rettsenhet (kursiv i original).
188

For å fremme handel og dermed ivareta hensynet til økonomisk vekst er «fri bevegelighet av tjenester» sentralt, jf. art. 1 nr. 2, bokstav c. EFTA- domstolen har under henvisning til EU-rettens praksis slått fast at alle spill av typen «games of chance or gambling, (...)» er omfattet av den grunnleggende friheten til å yte tjenester.¹⁸⁹ En forutsetning for at spilltjenestene i det aktuelle tilfelle skal omfattes av reglene om tjenester innenfor EØS-retten er at den tjenesteytende aktivitet har et grenseoverskridende element.¹⁹⁰ For avhandlingens typetilfelle er vilkåret utvilsomt oppfylt da Betsson tilbyr tjenestene fra Malta.

Fri bevegelighet av tjenester er en av de fire friheter i EØS-samarbeidet. Med begrepet «frihet» forstås her en rettighet som nasjonalstaten ikke skal legge unødvendige restriksjoner på.¹⁹¹ En plikt for staten til å avstå fra restriksjoner følger også av lojalitetshensynet, jf. EØS-avtalen art. 3 andre ledd. Begrepet «restriksjon» benyttes gjerne om tiltak som gjør inngrep i- eller legger hindringer på- minst en av de fire friheter.¹⁹²

Reglene om fri flyt av tjenester er nærmere regulert i EØS-avtalen del III, kapittel 3, artikkel 36 flg. Domstolen benytter imidlertid også artikkel 31 om retten til fri etablering når legaliteten

¹⁸⁷ Sejersted mfl. 2011 s. 435.

¹⁸⁸ Arnesen og Stenvik 2015 s. 23/24.

¹⁸⁹ Sak E-1/06 *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 8, avsnitt (25) med videre henvisninger.

¹⁹⁰ Sejersted mfl. 2011 s. 433.

¹⁹¹ Sejersted mfl. 2011 s. 284.

¹⁹² Haukeland Fredriksen, «Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning – En kommentar til Høyesteretts dom i spilleautomatsaken» i *Jussens venner* nr. 5, Oslo 2007 s. 295-305 (Haukeland Fredriksen 2007) s. 296.

av spillmonopol skal vurderes.¹⁹³ Begge bestemmelsene anvendes for å dekke alle nyansene av begrensning som monopolet utgjør for de selskapene som ønsker tilgang til det norske markedet. De får hverken markedsføre eller tilby sine spill, og heller ikke etablere egne norske filialer. Monopolet stenger følgelig både for fri flyt av tjenester og rett til fri etablering.¹⁹⁴

Bestemmelsene er for øvrig tilsvarende de grunnleggende reglene i TFEU art. 49 første ledd og art. 56 første ledd.¹⁹⁵ EU-domstolens praksis er følgelig en sentral rettskilde.¹⁹⁶

I tillegg til å fremme handel fremgikk det av EØS-avtalen art. 1 nr. 1 et ønske om harmonisering. For pengespillovgivningens vedkommende er slik harmonisering ikke oppnådd, og heller ikke forsøkt gjennomført.¹⁹⁷ Som vi også har sett reguleres ikke pengespillområdet i særlig grad av direktiver eller forordninger, derav bruken av art. 36 og art. 31 som rettsgrunnlag.¹⁹⁸

De overnasjonale domstolene har måttet ta hensyn til manglende harmonisering når de vurderer statens restriksjoner på pengespillområdet. Domstolene har på denne bakgrunn utformet en «læresetning» som går igjen i mer eller mindre samme form, her gjengitt fra dom i storkammer av 8. september 2009, *Liga Portuguesa de Fuetbol Profissional, Bwin International Ltd mot Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (Liga Portuguesa)*, C-42/07, EC:C:2009:519, avsnitt (57):

*«the Court have noted, the legislation on games of chance is one of the areas in which there are significant moral, religious and cultural differences between the Member States. In the absence of Community harmonisation in the field, it is for each Member State to determine in those areas, in accordance with its own scale of values, what is required in order to ensure that the interests in question are protected (dommer utelatt)».*¹⁹⁹

Som sitatet viser erkjenner EU-domstolen medlemsstaten iboende moralsk, religiøse og kulturelle forskjeller. Disse medfører at statene må tilkjennes en viss frihet i kraft av sin

¹⁹³ E-1/06 ESA mot Norge, avsnitt (26), E-3/06 *Ladbrokes Ltd. mot Staten v/Kultur- og kirke departementet og Staten v/Landbruks- og matdepartementet*, avsnitt (40), og Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (70).

¹⁹⁴ E-3/06 avsnitt (40).

¹⁹⁵ Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390.

¹⁹⁶ Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (74).

¹⁹⁷ Littler 2011, s. 221 og 224 under punkt 4.2.

¹⁹⁸ Se punkt 4.3.

¹⁹⁹ «dommer utelatt» betyr at i det opprinnelige sitatet er det henvist til flere andre saker fra EU-domstolen, men disse er ikke av betydning for avhandlingen her, og dermed ikke utelatt.

suverenitet, ved prioriteringer av politiske hensyn.²⁰⁰ I *Spillautomat-* og *Ladbrokes-saken* anerkjente også EFTA-domstolen norske myndigheters skjønnsmargin tilsvarende mønsteret fra EU-domstolen.²⁰¹ I de nevnte sakene tok EFTA-domstolen også med de moralske og økonomiske «skadelige følgene som for den enkelte og samfunnet er forbundet med pengespill».²⁰² EU-domstolen har også tatt med hensynet til skadevirkninger eksplisitt, men er ikke helt konsekvent.²⁰³ Årsaken kan være at slike betraktninger uansett må anses legitime innenfor de avveiningene som staten kan foreta ut fra skjønnsmarginen sitert i *Liga Portuguesa-saken*.

Innrømmelsen av skjønnsmargin for statene har tre rettslige virkninger:

For det første vil de overnasjonale domstolenes prøving av restriksjonenes «nødvendighet» begrenses i henhold til den aktuelle skjønnsmarginen. På områder med liten skjønnsmargin vil domstolene foreta mer inngående prøvinger enn eksempelvis i pengespillsektoren.²⁰⁴

For det andre vil beviskravet til statens bevisføring av at et anført hensyn faktisk begrunner restriksjonene, senkes.²⁰⁵

For det tredje vil «forholdsmessighet i snever forstand» normalt ikke bli prøvd, nettopp fordi statene selv får bestemme avveiningen av de kryssende hensyn.²⁰⁶

Til tross for skjønnsmarginen har domstolene stått fast på at også statens pengespillregler skal kunne gjennomgå en juridisk prøving, hvor begrunnelsen for, egnetheten og nødvendigheten av restriksjonene, gjennomgås.²⁰⁷ Den konkrete vurderingen er imidlertid lagt til nasjonale domstoler.²⁰⁸

I rammene for prøvingen er det i teorien påpekt en forskjell mellom EFTA- og EU-domstolen. *Planzer* hevder at EFTA-domstolen generelt gikk lenger i *Spillautomat-* og *Ladbrokes-saken*

²⁰⁰ Bull, Henrik, «Det indre marked for tjenester og kapital – import av finansielle tjenester», 2002, Universitetsforlaget, Oslo (heretter Bull 2002), s. 599. Medlemsstatenes skjønnsmargin er prinsipielt sett et utslag av subsidiaritetsprinsippet, se Simon Planzer, «Empirical views on European Gambling Law and Addiction», *Studies in European Economic Law and Regulation, Volume 1*, Kai Purnhagen (ed.), Springer International Publishing Switzerland 2014 (Planzer 2014) s. 29.

²⁰¹ E-1/06 avsnitt (29), E-3/06 avsnitt (42).

²⁰² E-3/06 avsnitt (42).

²⁰³ Eksempelvis C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.*, avsnitt (27).

²⁰⁴ Sejersted mfl. 2011 s. 295.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Haukeland Fredriksen 2007 s. 299. Det er heller ikke spor av slike rimelighetsvurderinger i senere praksis fra EU-domstolen.

²⁰⁷ Dom av 6. november 2003, *Gambelli mfl.*, C-243/01, EU:C:2003:597, avsnitt (65-66).

²⁰⁸ C-243/01 *Gambelli mfl.*, avsnitt (65-66).

enn EU-domstolen hadde gjort til da, og dermed snevret statens skjønnsmargin noe.²⁰⁹ Etter avgjørelsene i EFTA-domstolen virker det imidlertid som EU-domstolen har adoptert førstnevnte domstols prøving av de nasjonale spillmonopolene.²¹⁰

Hovedpoenget er at de overnasjonale domstolene innrømmer medlemslandene en skjønnsmargin, men foretar samtidig prøving etter de tre nevnte unntaksvilkår. Drøftelsen skal nå gå over til vurderingen av disse vilkårene. Prøvingsintensiteten avhandlingen anlegger vil generelt være sterkere enn hos EFTA-domstolen. For prøvingen av «nødvendighet» vil imidlertid skjønnsmarginen særskilt kommenteres. Det blir for øvrig ikke foretatt noen overprøving av de faktiske forhold som staten har lagt til grunn.

Statene skal i utgangspunktet ikke innføre restriksjoner på de rettighetene som følger av EØS-avtalen art. 31 og art. 36. I det videre blir første spørsmål om enerettsmodellen utgjør en EØS-stridig restriksjon på de nevnte bestemmelser.

Dersom monopolsystemet utgjør en restriksjon vil neste spørsmål bli om vilkårene for legitimering av en restriksjon er oppfylt. Disse vilkårene, som vil bli presisert senere, kan kort omtales som krav til legitim begrunnelse, egnethet og nødvendighet.²¹¹

4.5 Enerettsmodellen som restriksjon på EØS-avtalen

4.5.1 Generelt om spillmonopolet som restriksjon.

Spørsmålet om spillmonopolet utgjøre en restriksjon var også startpunktet for EFTA-domstolens drøftelser i sakene i 2007. Disse dommene danner et naturlig utgangspunkt for drøftelsen av om monopolet er en restriksjon. Før de rettslige vurderingene gjennomgås skal sakenes faktum presenteres for å gi et bakteppe til drøftelsen.

Spillautomat-saken er inntatt i Rt. 2007 s. 1003 A. Saken gjaldt som nevnt en tvist mellom NOAF og staten v/Kultur- og kirke departementet (heretter staten). Bakgrunnen for tvisten var et lovforslag i 2002 som endret spillautomatbransjen fra å bestå av et samarbeid mellom private operatører og statlige institusjoner, til å bli omfattet av monopolreguleringen i lotteri- og pengespilloven.²¹² Etter rådgivende uttalelse i EFTA-domstolen, sak E-1/06, kom Høyesterett

²⁰⁹ Planzer 2016 s. 697-698.

²¹⁰ Planzer 2016 s. 699-701.

²¹¹ Haukeland Fredriksen 2007 s. 296.

²¹² For hovedinnholdet i lovendringen se Ot.prp. nr. 44 (2002-2003) punkt 1.

til at den norske enerettsmodell utgjorde en restriksjon, men at denne var legitimert slik at monopolet ikke måtte tilsidesettes.²¹³

Ladbrokes-saken stoppet i tingretten, som kom til samme resultat som Høyesterett i ovennevnte sak. Tingretten forela i prosessen flere spørsmål for EFTA-domstolen.²¹⁴ Det sentrale rettslige innholdet vil bli gjennomgått nedenfor. Saken gjaldt det britiske spillselskapet Ladbrokes søknader til staten om å få tilby odds- og andre tallspill samt spill på veddeløp for hest og hund, til det norske markedet. Begge søknadene ble avslått av de ansvarlige departementene. Selskapet gikk deretter til sak mot staten med påstand om at det norske systemet etter både pengespill- og totalisatorloven var i strid med EØS-retten, men det endte, som nevnt, med tap. Selv om faktum i de to sakene var noe forskjellig, var det rettslige tvistetemaet i hovedsak det samme, nemlig norske monopolreglers legalitet etter EØS-avtalen, jf. Rt. 2007 s. 1003 A, avsnitt (1) og TOSLO-2004-91873, første setning. For den videre drøftelse er det derfor ikke nødvendig å skille klart mellom de to sakene.

Pengespillmonopolet utgjorde utvilsomt en restriksjon på Norges forpliktelser etter EØS-avtalen i 2007.²¹⁵ Siden partene var enige om at monopolet utgjorde en restriksjon ble riktignok spørsmålet ikke drøftet. Lovgiver har ikke endret mening, slik at resultatet må bli det samme i dag jf. Prop. L 13, s. 8.

Partenes enighet medførte at restriksjonens karakter ikke ble drøftet videre. Både EFTA-domstolen, Høyesterett og Tingretten la dermed partenes forståelse av hvilken form for restriksjon enerettsmodellen medfører, til grunn. Spørsmålet i den videre drøftelsen blir dermed hvilket innhold restriksjonen har. Særlig aktuelt er spørsmålet om restriksjonen er diskriminerende, altså forskjellsbehandler på bakgrunn av nasjonalitet. Drøftelsen er av betydning fordi et diskriminerende element snevrer inn kategorien av hensyn kan anses relevante som begrunnelse for restriksjonen.²¹⁶

4.5.2 Restriksjonens nærmere innhold

EFTA-domstolen uttalte i *Spillautomatsaken* at restriksjonen er «of a non-discriminatory nature, since the constested legislation applies without distinction to domestic and foreign

²¹³ Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (108-109).

²¹⁴ Se TOSLO-2004-91873 og E-3/06.

²¹⁵ Rt. 2007 s. 1003 A, avsnitt (73), jf. E-1/06 avsnitt (27) og E-3/06 avsnitt (40).

²¹⁶ Dom av 6. oktober 2009, *Kommisjonen mot Spania*, C-153/08, EU:C:2009:618, avsnitt (36-37), med videre henvisninger.

operators of gaming machines.».²¹⁷ Som sitatet viser mente domstolen at den omtvistede lovgivningen ikke skilte mellom innen- og utenlandske operatører, men dette ble slått fast uten noen forutgående drøftelse.

Når det gjelder begrensningen som følger av spill. § 2, at både formidling og reklamering for pengespill er ulovlig, er det ikke tvilsomt at den slår likt ut for alle aktører uavhengig av nasjonalitet. En slik generell begrensning kan beskrives som en aktørbegrensning.²¹⁸ En sammenlignbar begrensning følger av alkoholloven § 3-1 første ledd.²¹⁹

Aktørbegrensningen er imidlertid bare en av bestanddelene i en monopolregulering. Pengespilloven § 2 første ledd medfører egentlig et totalforbud, dersom ikke annet er sagt uttrykkelig i lov. Neste del av monopolsystemet, utvelgelsen av monopolist, må dermed skje gjennom lovgivningen. Av spill. § 3 første ledd følger at spillselskapet (monopolisten) skal være et «statlig aksjeselskap» hvor staten er eeneier.

Utvelgelsesbestemmelsen i spill. § 3 ble ikke vurdert i hverken *Spillautomat-* eller *Ladbrokes-* *saken*. Forarbeidene til bestemmelsen synes også å presumere at Norsk Tipping skal være monopolisten.²²⁰ Det generelle utgangspunktet er imidlertid at «alle tiltak» som EØS-staten iverksetter, skal være i tråd med avtalen, jf. EØS-avtalen art. 3 andre ledd. Følgelig er det adgang til å vurdere om også aktørutvelgelsen utgjør en restriksjon i seg selv.

Problemstillingen er omtalt av *Bekkedal* i 2006.²²¹ Der beskrives andre del av prosessen ved et monopol som «*utvelgelsesaspektet*» (kursivering i original).²²² *Bekkedal* knytter i stor grad sine betraktninger til EU-retten sine bestemmelser om selskaper som er tillagt særrettigheter, tilsvarende EØS-avtalen artikkel 59 nr. 1. Artikkel 59 viser til de øvrige bestemmelsene, jf. ordlyden «reglene i denne avtale». Det vises særskilt til artikkel 4 som inneholder et forbud mot diskriminering. Der de enkelte kapitlene har eksplisitte bestemmelser med samme innhold benyttes ofte disse i stedet for artikkel 4. For art. 31 og 36 inneholder art. 33, jf. art. 39 det særlige vernet mot diskriminering. *Bekkedals* tese for utvelgelsen er at «ikke-

²¹⁷ E-1/06 avsnitt (27).

²¹⁸ Bekkedal «Privilegerte foretak og monopoler – fellesskapsrettens skranker», *Jussens Venner*, nr. 3, 2006 Oslo s. 142-170 (Bekkedal 2006), s. 143

²¹⁹ Lov 2. Juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. (alkoholloven).

²²⁰ Ot.prp. nr. 52 (1991-1992) s. 11/12.

²²¹ Se Bekkedal 2006, s. 143 siste avsnitt.

²²² Bekkedal 2006 s. 145, også i EU-retten er det poengtert at opprettelsen av et monopol har to sider, se Buendia Sierra, JL 1999, Exclusive Rights And State Monopolies Under EC Law : Article 86 (Formerly Article 90) Of The EC Treaty, Oxford: Oxford University Press, eBook Collection (EBSCOhost), EBSCOhost, s. 365, avsnitt 9.10.

diskrimineringsprinsippet gir grunnlag for visse prosessuelle krav ved utvelgelsen» av monopolist.²²³

For avhandlingens del avstedkommer tre spørsmål på bakgrunn av ovennevnte avsnitt. For det første spørsmålet om det foreligger EØS-rettslige krav til utvelgelsen av monopolisten på pengespillområde. Dersom svaret er ja vil neste spørsmål bli om prosessen etter spill. § 3 er i tråd med kravene. Skulle svaret på spørsmål to bli nei vil det neste spørsmålet i realiteten bli tilsvarende som for aktørbegrensningen, nemlig om det finnes unntak som legitimerer en fravikelse fra de EØS-rettslige kravene, og i tilfelle om enerettsmodellen oppfyller disse.

Tematisk hører egentlig bare de to første spørsmålene under drøftelsen om det foreligger en restriksjon, men på grunn av at aktørutvelgelsen vanligvis ikke behandles særskilt vil det ha en viss pedagogisk effekt å skille ut drøftelsen. På denne måten kommer forhåpentligvis de særlige momentene for utvelgelsesaspektet bedre frem enn i tidligere praksis fra pengespillområdet.

4.5.3 EØS-rettens krav til utvelgelsen av monopolist på pengespillområdet

Ordlyden i bestemmelsene om ikke-diskriminering gir ingen holdepunkter for prosessuelle krav, jf. art. 39, jf. art. 33.

EU-domstolen har behandlet en sak med klare likheter til norsk spillmonopollovgivning, dom av 3. juni 2010, *Sporting Exchange Ltd.*, C-203/08, EU:C:2010:307. Saken omhandlet det nederlandske monopolsystemet for spilltjenester. Den nasjonale domstolen sendte tre spørsmål til EU-domstolen, blant annet om reglene for konsesjonskontrakter på offentlige tjenesteytelser i dagjeldende artikkel 49 om tjenestefrihet, tilsvarende EØS-avtalen artikkel 36, gjaldt prosessen for utdeling av én statlig lisens til å arrangere pengespill.²²⁴ Neste spørsmål var situasjonen når statlig lisens først var delt ut, om den kunne fornyes uten at den ble konkurranseutsatt.²²⁵

Sammenlignet med det norske monopolsystemet vil disse to spørsmålene være dekkende for både de tilfeller at Norsk tipping tillegges nye oppgaver, som ved *Spillautomatsaken*, og det faktum at Norsk tippings monopol vedvarer uten å bli konkurranseutsatt. EU-domstolen mente at disse spørsmålene bør behandles samlet, noe også avhandlingen tar sikte på.²²⁶

²²³ Bekkedal 2006 s. 154.

²²⁴ C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.*, avsnitt (21), spørsmål (2).

²²⁵ C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.*, avsnitt (21), spørsmål (3).

²²⁶ C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.*, avsnitt (38).

EU-domstolen presiserte at det ikke fantes noen relevant sekundærlovgivning for tildeling av konsesjoner på offentlige tjenester, men at disse måtte styres av prinsipper som utledes fra artikkel 49, altså tilsvarende som for pengespillfeltet generelt. Disse prinsippene kan kort oppsummeres som prinsipper om *likebehandling*, ikke-diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet, herunder et krav til *gjennomsiktighet og åpenhet i prosessen* (min kursivering).²²⁷

For tildeling av tjenestekontrakter generelt ble dermed prinsippet om ikke-diskriminering spesifisert til mer konkrete krav, som er lettere å vurdere for de nasjonale domstoler. En slik presisering av innholdet i ikke-diskrimineringsprinsippet er også gjort av EU-domstolen for andre typer offentlig tjenestevirksomhet, f.eks. teletjenester.²²⁸ Spørsmålet videre for domstolen var om disse kravene gjaldt for tildeling av en enkeltlisens, slik som enerettsmodellen også foretar.

Domstolen erkjente først at utstedelsen av en enkeltlisens ikke er det samme som en offentlig konsesjon på levering av tjenester, men at skillet ikke har noen rettslig betydning i seg selv.²²⁹ Med uttalelsen viste domstolen at statene ikke kan endre rettslig kategorisering av anbuds- eller konsesjonsutlysninger, og dermed unngå EØS-avtalens rammer.

Når distinksjonene mellom de forskjellige typene kontrakter ikke var av betydning mente domstolen at kravene om ikke-diskriminering, gjennomsiktighet og åpenhet i prosessen fikk anvendelse, også når prosessen gjelder tildeling av en enkeltlisens til et statlig selskap eller forlengelsen av en slik lisens.²³⁰ At de prinsippene som følger av artikkel 49, som utgangspunkt, også får anvendelse ved tildelingsprosessen av et statlig monopol på spilltjenester har også støtte i teorien.²³¹

Spørsmål 1 må på bakgrunn av det ovennevnte besvares bekreftende, EØS-retten stiller krav til utvelgelsen av monopolist på pengespillområdet.

4.5.4 Er utvelgelsen av Norsk tipping i tråd med EØS-rettens krav?

Pengespilloven. § 3 medfører en direkte tildeling til et «statlig aksjeselskap», og i sammenheng med endringer i pengespill- eller lotterilovens anvendelsesområde vil også nye typer spill kunne bli tildelt direkte til Norsk Tipping, tilsvarende som i *Spillautomatsaken*.

²²⁷ C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.*, avsnitt (39).

²²⁸ Dom av 7. desember 2000, *Telaustria*, C-324/98, EU:C:2000:669, avsnitt (60-62).

²²⁹ C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.*, avsnitt (46).

²³⁰ C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.*, avsnitt (49) og (50-51), samt avsnitt (54) og (55) for forlengelsen av lisens.

²³¹ Littler 2011 s. 363, Bekkedal 2006 s. 163.

Tildelingen gjennom lovgivningen er lukket for eventuelle utenlandske interessenter, også statlige selskaper fra andre land. Det er heller ingen gjennomsiktighet eller åpenhet i prosessen, fordi det i realiteten ikke foregår en søkeprosess. På nivået for *aktørutvelgelse* inneholder følgelig spillmonopolet en restriksjon som diskriminerer på grunnlag av nasjonalitet.²³²

Konsekvensene av en diskriminerende faktor i monopollovgivningen er, som nevnt, at de hensyn som begrunner restriksjonen må være de som EØS-avtalen art. 33 oppregner som legitime. På bakgrunn av funnene over ville det vært naturlig at EFTA-domstolen i *Spillautomatsaken* også drøftet utvelgesesaspektet før de tok stilling til hvilke hensyn som kan begrunne enerettsmodellen.²³³ Domstolen foretok ingen vurdering av utvelgelsen, men benyttet også andre hensyn enn de som etter artiklens ordlyd kan begrunne diskriminerende restriksjoner.²³⁴ Et aktuelt spørsmål bli dermed hvorfor domstolen tilsynelatende overser diskriminering som faktor i vurderingen av restriksjonen.

Et mulig svar kan være som *Bekkedal* poengterer, at oppdelingen av monopolets to faser kun er pedagogisk, og at EU-domstolen derfor behandler begge aspektene samlet. En slik tilnærming medfører at domstolen også vurderer utvelgesesprosessen av aktøren(e) opp mot vilkårene for unntak fra EØS-retten.²³⁵ Denne tilnærmingen stemmer ikke helt overens med nyere EU-praksis, men kan nok av vært en del av begrunnelsen i 2007.²³⁶ En annen mulig begrunnelse er at domstolen i stor grad er styrt av de spørsmål som ESA eller nasjonale domstoler stiller. Et tredje alternativ kan være strukturen til unntaksregelen som følger av EU-domstolens praksis. Dette unntaket skal presenteres straks nedenfor. Spørsmålet om EFTA-domstolens tilsynelatende overseelse vil derfor bli forsøkt endelig besvart i neste punkt.

4.5.5 Unntaksregel fra kravene til utvelgesesprosessen

Med «unntak» menes her ikke de ordinære unntaksvilkårene, legitim begrunnelse, egnethet og nødvendighet. Disse vilkårene vil bli drøftet nedenfor i relasjon til aktørbegrensningen.

²³² I denne retning også *Bekkedal* 2006 s. 168.

²³³ *Bekkedal* 2006 s. 168/169.

²³⁴ Det er i- og for seg en prinsipiell debatt om utelukkende de oppnevnte hensyn kan begrunne diskriminerende restriksjoner. Her synes praksis å være noe sprikende, men avhandlingens rammer tillater ikke å foreta en prinsipiell drøftelse. En slik drøftelse vil etter mitt syn heller ikke gi svar på domstolens tilnærming i pengespillsakene.

²³⁵ *Bekkedal* 2006 s. 168

²³⁶ Se systematikken i C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.*, som vist ovenfor.

Utgangspunktet for denne drøftelsen er å undersøke om det finnes særegne unntak fra kravene til utvelgelsesprosessen.

I allerede nevnte sak C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.* kom domstolen i første omgang til at kravene i dagjeldende artikkel 49 som utgangspunkt gjelder på lik linje for alle offentlige tildelingsprosesser, jf. punkt 4.5.2. I samme sak gir imidlertid EU-domstolen uttrykk for en unntaksregel ved statlige monopoler, som enerettsmodellen:

«In any event, the restrictions on the fundamental freedom enshrined in Article 49 EC which arise specifically from the procedures for the grant of a licence to a single operator or for the renewal thereof, such as those at issue in the main proceedings, may be regarded as being justified if the Member State concerned decides to grant a licence to (...) a public operator whose management is subject to direct State supervision or a private operator whose activities are subject to strict control by the public authorities (see, to that effect, Case C-124/97 Läärä and Others [1999] ECR I-6067, paragraphs 40 and 42, and Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International, paragraphs 66 and 67).»²³⁷

Henvisningene i sitatet viser at spørsmålet også er behandlet tidligere, men nevnte sak isolerer drøftelsen og er dermed egnet til å illustrere akkurat denne delen av monopolreguleringen. Sitatet viser at domstolen mener lukket monopoltildeling kan skje dersom den offentlige- eller private operatøren er under streng statlig kontroll. Domstolen kommenterer ikke videre om valget av enten «public operator» eller «privat operator». Tausheten kan tyde på at valget av operatør isolert sett er uten betydning. Hovedpoenget synes å være at domstolen ikke prøver statenes valg av monopolist så lenge denne er et organ for- eller et selskap eid av- staten, og underlagt direkte overvåkning fra staten eller en streng statlig kontroll.

EU-domstolen har fulgt opp ovennevnte sak i to senere tilfeller, dom av 24. januar 2013, forente saker *Stanleybet Ltd og William Hill Ltd mot Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon og Ypourgos Politismou*, C-186/11, EU:C:2013:33 og dom av 4. februar 2016, *Sebat Ince*, C-336/14, EU:C:2016:72. Spørsmålsstillingen i disse sakene var riktignok noe annerledes da utgangspunktet var at det statlige monopolets tildelingsprosedyre ikke var i tråd med EU-rettens regler, og dermed blitt kjent rettsstridig i nasjonale domstoler.²³⁸ EU-domstolen gav uttrykk for

²³⁷ C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.*, avsnitt (59).

²³⁸ C-186/11 og 209/11 *Stanleybet Ltd mfl.*, avsnitt (36) og C-366/14 *Sebat Ince*, avsnitt (50).

at når tildelingsprosedyren var i strid med bestemmelsene tilsvarende EØS-avtalen art. 31 og art. 36, trengte ikke medlemsstaten nødvendigvis åpne markedet. Staten måtte imidlertid iverksette tiltak som underla monopolisten en effektiv og streng myndighetskontroll.²³⁹

Den unntaksregelen EU-domstolen benyttet i de tre ovennevnte sakene ligger langs de samme linjer som det ulovfestede unntaket for såkalte «in-house»-avtaler.²⁴⁰ Unntaket for «in-house»-avtaler stammer fra tidligere praksis fra EU-domstolen som omhandlet offentlige anskaffelseskontrakter.²⁴¹ En fullstendig behandling av praksisen som ligger til grunn for unntaket om «in-house»-avtaler ligger utenfor avhandlingens rammer, og er heller ikke relevant for siktemålet, en undersøkelse av dagen EØS-regler. Følgelig vil ikke praksisen fra EU-domstolen bli redegjort nærmere for, med mindre den er direkte relevant for å besvare problemstillingen i denne drøftelsen.

Kjernen i unntaket er at statens delegering i egenregi, altså å sette ut oppgaver til egne organer, ikke påkrever en anbudsrunde på det åpne markedet.²⁴² *Littler* har fremholdt at slik tildeling som er unntatt konkurranse, er begrenset til de tilfellene der staten eier alle aksjene i det aktuelle selskapet.²⁴³ *Bekkedal* synes, under henvisning til dom av 13. oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, EC:C:2005:605, avsnitt (67-70), å mene at eierskap ikke er nok dersom slikt eierskap ikke suppleres av regler som gir staten kontroll over selskapet.²⁴⁴ I lys av uttalelsene i *Sporting Exchange Ltd.* må sistnevnte tilnærming anses som mest treffende. I det siterte premisset legges vekt på at selskapet, selv om det er offentlig eid, må være «*subject to direct State supervision*». Dersom begge vilkårene er oppfylt vil tildeling kunne skje uten konkurranseutsetting.²⁴⁵ Domstolen gir ingen nærmere veiledning til hvilke momenter som skal vektlegges. Likheten med unntaket for «in-house»-avtaler medfører imidlertid at momenter må kunne hentes fra andre rettsområder, blant annet fra nevnte sak *Parking Brixen*. Problemstillingen i *Parking Brixen* var at en kommune omdannet et selskap som sto for administreringen av parkeringstjenester. Omdannelsen endret selskapet fra et hvor staten hadde direkte kontroll, til et nytt selskap med atskillig større frihet.²⁴⁶ Det første selskapet virket EU-

²³⁹ C-186/11 og 209/11 *Stanleybet Ltd mfl.*, avsnitt (46) og C-366/14 *Sebat Ince*, avsnitt (54).

²⁴⁰ *Littler* 2011 punkt 5.4.4 s. 352-356.

²⁴¹ Se *Bekkedal* s. 163 og *Bekkedal* fotnote 52, med henvisninger til Dom av 13. oktober 2005, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, EC:C:2005:605 og Dom av 18. november 1999, *Teckal*, C-107/98, EC:C:1999:562.

²⁴² *Bekkedal* 2006 s. 163.

²⁴³ *Littler* 2011 s. 356 og 363.

²⁴⁴ C-458/03 *Parking Brixen*.

²⁴⁵ Se *Littler* 2011 s. 356 og 363.

²⁴⁶ C-458/03 *Parking Brixen*, avsnitt (15) lest i sammenheng med avsnitt (67-70).

domstolen å anse som tilstrekkelig kontrollert, blant annet gjennom offentlig kontroll med aksjekapitalen, fastleggelse av retningslinjer, dekning av kostnader, og oppfølging av den strategi og formål som selskapet skulle forfølge.²⁴⁷

Norsk Tipping er gjennom spill. §§ 3-9 og § 10-11, strengt regulert både hva gjelder retningslinjer og kontroll over egen kapital. I tillegg skal Lotteritilsynet føre tilsyn med selskapet, herunder at aktiviteten forfølger de legitime formål, jf. spill. § 14.

Sammenlignet med *Parking Brixen*, ligner Norsk Tipping mer på det første selskapet som var underlagt tilstrekkelig kontroll. For det norske monopolets vedkommende vil dermed kontrollen være tilstrekkelig til at utgangspunktet fra *Sporting Exchange Ltd.* og *Little* anvendes. Selskapet, siden det er fullt ut eid av staten, kan dermed tillegges oppgaver uten anbudsrunder. Dermed er ikke restriksjonen hva gjelder *utvelgelsesaspektet* underlagt reglene i EØS-avtalen i egentlig forstand, fordi avtalens regler ikke omfatter denne typen «in-house»-tildeling.²⁴⁸

Svaret på spørsmål om det foreligger unntak fra kravene til aktørutvelgelsen og om Norsk Tipping oppfylte disse, er at de EØS-rettslige kravene ikke gjelder for tildelingsprosessen. EU-domstolen nøyter seg, som vi har sett, med å henvise til at så lenge staten utøver effektiv- og streng kontroll, så er eventuelle restriksjoner rettferdiggjort. For pengespillområdet er det dermed ikke nødvendig å særskilt begrunne diskrimineringen utvelgelsen av et statlig aksjeselskap som monopolist medfører.

I konklusjonen ligger etter mitt syn også svaret på hvorfor EFTA-domstolen unnlot å vurdere de tilsynelatende konsekvensene av en diskriminerende utvelgelse. De behøvde det ikke fordi Norsk tipping regnes som et «in-house»-selskap. Drøftelsen har imidlertid vist at det finnes krav i EØS-retten som gjelder for tildelingen dersom selskapet blir for autonomt. Disse kravene kan også finnes igjen i EU- og EFTA-domstolens praksis på pengespillområdet for de land som operere med et helt- eller delvis lisenssystem.²⁴⁹ Kravene vil altså gjelde også for det norske pengespillregelverket dersom en lisensmodell blir innført.

²⁴⁷ C-458/03 *Parking Brixen*, avsnitt (66).

²⁴⁸ Se også Bekkedal 2006 s. 163 som påpeker at systematisk må «in-house-avtaler» anses som en situasjon hvor utlysning ikke kreves.

²⁴⁹ C-243/01 *Gambelli mfl.*, avsnitt (70), Sak E-24/13, *Casino Admiral AG og Wolfgang Egger*, EFTA Ct. Rep. 2014 s. 732, avsnitt (51).

4.6 Legitimering av en restriksjon på EØS-avtalen artikkel 31 og artikkel 36.

I punkt 4.5.1, femte avsnitt, ble det slått fast at aktørbegrensningen som følger av spill. § 2, utvilsomt innebærer en EØS-rettslig restriksjon.

Etter konsistent praksis fra både EFTA- og EU-domstolen finnes to kategorier av unntakshjemler som, på nærmere angitte vilkår, medfører at restriksjoner tillates. Det ene alternative følger av de lovfestede reglene i EØS-avtalen art. 39, jf. art. 33, og det andre følger av domstolens praksis.²⁵⁰

Etter artikkel 39, jf. artikkel 33 kan restriksjoner som forskjellsbehandler ut fra nasjonalitet på nærmere vilkår godtas. Som drøftelsen i punktene 4.5.2 – 4.5.4 viste, gjelder imidlertid et særskilt unntak for den diskriminerende delen av monopolsystemet. Unntaksvilkårene etter artikkel 33 vil derfor ikke bli behandlet videre.

Det andre unntaket gjelder restriksjoner som «begrunnes ut fra allmenne hensyn».²⁵¹ I tillegg til at restriksjonen må være begrunnet i allmenne hensyn, må restriksjonen være egnet og nødvendig.²⁵² Disse to sistnevnte kravene omtales undertiden som kravet til proporsjonalitet, men begrepet har ikke et entydig innhold.²⁵³ Avhandlingen benytter derfor begrepsparet *egnet* og *nødvendig*.

Spørsmålet blir dermed om restriksjonen monopolet utgjør kan tillates innenfor EØS-rettens rammer som nevnt rett ovenfor. Dersom restriksjonen ikke tillates vil virkningen være at de norske lovreglene som danner monopolet må tilsidesettes.²⁵⁴

I den videre drøftelsen snus også bevisbyrde fra foregående drøftelsen (unntatt punkt 4.5.4). Når domstolen først godtar at en restriksjon foreligger vil det være opp til staten å bevise at unntaksvilkårene er oppfylt.²⁵⁵ I tillegg til bevisbyrde er også statens skjønnsmargin felles for alle vilkårene. Den skjønnsmarginen som ble omtalt i punkt 4.4 vil gjelde for de følgende vurderingene.

²⁵⁰ Sejersted m.fl. 2011 s. 445, C-243/01 *Gambelli mfl.*, avsnitt (60).

²⁵¹ Sejersted m.fl. 2011 s. 445.

²⁵² C- 243/01 *Gambelli mfl.*, avsnitt (65).

²⁵³ Haukeland Fredriksen 2007 s. 297/298.

²⁵⁴ Jf. EØS-loven § 2 jf. § 1, jf. Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (70).

²⁵⁵ Rt. 2007 s. 1003 A, avsnitt (76)

4.7 Legitimeringen av enerettsmodellen som restriksjon

4.7.1 Kort om spillmonopolvers legitimitet generelt

Det første unntaksvilkåret er spørsmålet om restriksjonene er motivert av legitime, allmenne hensyn. EU-domstolen har formulert en rettssetning for hvilke «allmenne hensyn» som på ulovfestet grunnlag kan begrunne restriksjoner på pengespillområdet. Her gjengis setning fra dom av 22. januar 2015, *Stanleybet international Betting Ltd og Stanleybet Malta Ltd v Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Dogane e dei Monopoli di Stato* C-463/13, EU:C:2015:25, avsnitt (48).

«(...) restrictions on betting and gambling may be justified by overriding reasons in the public interest, such as consumer protection and the prevention of both fraud and incitement to squander money on gambling (dommer utelatt)».

Dette sitatet går igjen i flere dommer, også i de nevnte sakene fra EFTA-domstolen i noe omskrevet form.²⁵⁶ Som det fremgår av betegnelsen «such as» er de hensyn som oppregnes eksempler. Domstolen tilføyer i neste avsnitt at også «the objective of combating criminality linked to betting and gambling is capable of justifying restrictions».²⁵⁷ I tillegg til de allerede siterte hensyn har domstolen i varierende utstrekning benyttet seg av hensyn til å bevare offentlig orden.²⁵⁸

Vi ender dermed opp med tre grovkategorier av hensyn som generelt kan legitimere monopolordningen: Forbrukerbeskyttelse, å forhindre kriminalitet, misligheter og spillavhengighet, og å bevare offentlig orden.²⁵⁹

4.7.2 Hensynene bak det norske spillmonopolet

Spørsmålet blir videre hvilke hensyn som begrunner det norske spillmonopolet konkret, og om disse er innenfor kategorien legitime hensyn etter EU- og EFTA-domstolens praksis.

For å vurdere hvilke hensyn som begrunner spillmonopolet må man vite hvor man skal lete. Startpunktet er naturlig nok lovens formålsbestemmelse.²⁶⁰ I *Spillautomatsaken* ble det presisert

²⁵⁶ E-1/06 avsnitt (34), E-3/06 avsnitt (44). For en oppsummering av EU-domstolens gjentatte bruk av rettssetningen se Siekmann, C.R. Robert, kapittel 6 s. 107-161, *Sports Betting: Law and Policy*, 2012, Anderson M. Paul m/flere, *Asser international sports law series*, Haag, s. 156

²⁵⁷ C-463/13 *Stanleybet Int.*, avsnitt (49).

²⁵⁸ C-42/07 *Liga Portuguesa*, avsnitt (56).

²⁵⁹ Jf. sitatet ovenfor fra C-463/13 *Stanleybet Int.*, avsnitt (47). Se også C-203/08 *Sporting Exchange Ltd.*, avsnitt (27), C-243/01 *Gambelli mfl.*, avsnitt (67).

²⁶⁰ E-3/06 avsnitt (43).

at «*any materials* from which the legislative intent can be deduced must be taken into account when assessing that intent» (min kursivering).²⁶¹ Domstolen presiserte ytterligere at vil forarbeidene nærmest lovvedtaket ha størst vekt.²⁶²

Av sitatet over følger at alle materialer, som kan opplyse om formålet med en regulering, er relevante. For avhandlingens del kvalifiseres dermed St. Meld. 12. Meldingen er foreløpig ikke knyttet til en konkret lov, men vil omfattes av ordlyden «*any materials*» og vil dermed kunne bidra til å klarlegge hvilke hensyn pengespillpolitikken bygger på.

Etter formålsbestemmelsen, spill. § 1 tredje ledd, skal loven «sikre at pengespill avholdes (...) med sikte på å forbygge negative konsekvenser av pengespill, samtidig som det legges til rette for at overskuddet fra spillene kan gå til formål som nevnt i § 10». Ordlyden gir uttrykk for to særlige formål. Først å «forebygge negative konsekvenser», som blant annet vil være spillavhengighet. Det andre er å flytte overskuddet til de formål som nevnt i § 10. Sistnevnte formål er, som jeg kommer tilbake til, ikke helt enkelt å benytte i en EØS-rettslig sammenheng. En rekke hensyn ble presentert fra statens side for EFTA-domstolen i sakene i 2007.²⁶³ Av de hensyn som gikk igjen i begge sakene, og som dermed begrunnet spillmonopolet uavhengig av enkeltsak var:

- Forebygging og vern mot spilleavhengighet.
- Reduserer spillnivået i samfunnet til et akseptabelt nivå.
- Forhindre kriminalitet og misligheter.
- Lede overskuddet fra pengespill over til humanitære og samfunnsnyttige formål.
- Forhindre at pengespill er en kilde til privat profitt.²⁶⁴

EFTA-domstolen anerkjente ikke hensynet til kanalisering av overskudd til humanitære og samfunnsnyttige formål som en del av den reelle begrunnelsen for spillmonopolet, bare som en gunstig sidevirkning.²⁶⁵ Følgelig er annen del av formålsbestemmelsen i spill. § 1 tredje ledd, jf. § 10, ikke tilstrekkelig til å begrunne restriksjonen som monopolet medfører.

²⁶¹ E-1/06 avsnitt (33).

²⁶² E-1/06 avsnitt (33).

²⁶³ E-1/06 avsnitt (30), E-3/06 avsnitt (43).

²⁶⁴ E-1/06 avsnitt (30), E-3/06 avsnitt (43).

²⁶⁵ E-1/06 avsnitt (36), E-3/06 avsnitt (46).

I *Spillautomatsaken* mente EFTA-domstolen at forebygging av spilleavhengighet, og å forhindre kriminalitet og misligheter, åpenbart var formål som legitimt begrunnet en monopolordning.²⁶⁶ De øvrige anførte hensyn var derimot av mer sekundær karakter.²⁶⁷

I *Ladbrokessaken* ble også hensynene til å forhindre spillavhengighet, kriminalitet og misligheter anerkjent som legitime hensyn.²⁶⁸ Domstolen konkluderte også med at ønske om å hindre at pengespill ble en kilde til privat profitt var legitimt, forutsatt at hensynet var moralsk begrunnet.

På bakgrunn av gjennomgangen over kan det konkluderes med at EFTA-domstolen i 2007 godtok at det norske spillmonopolet er reelt begrunnet i særlig tre legitime hensyn:

- Hensynet til å forhindre spilleavhengighet
- Hensynet til å forhindre kriminalitet og misligheter
- Hensynet til at pengespill ikke skal være en kilde til privat profitt basert på moral.²⁶⁹

Dommene viser også at ikke alle de anførte hensyn behøver å være legitime for at lovgivningen totalt sett skal være legitimt begrunnet. Årsaken er at hensynene skal vurderes samlet som en helhet.²⁷⁰

St. Meld. 12 konkluderte med at enerettsmodellen var i samsvar med EØS-retten etter den overfor beskrevne rettsstilstand. I meldingens kapittel 8 drøftes «Val av reguleringsmodell for pengespel». På side 62 listes tre sentrale hensynene «bak den norske pengespelpolitikken og dagens enerettsmodell» opp. Bortsett fra noe endrede formuleringer er hensynene tilsvarende de tre som kunne utledes etter sakene for EFTA-domstolen i 2007.

Selv om staten påberoper seg disse legitime hensynene som begrunnelse for restriksjonen monopolet utgjør, er det opp til domstolene å vurdere om hensynene reelt sett begrunner restriksjonen eller om begrunnelsen i realiteten er en annen.²⁷¹ Følgelig vil det foretas en kort vurdering av de påberopte hensyn, med sikte på en undersøkelse av om monopolet i realiteten ivaretar hensynene.

²⁶⁶ E-1/06 avsnitt (40).

²⁶⁷ E-1/06 avsnitt (40).

²⁶⁸ E-3/06 avsnitt (44) og (45).

²⁶⁹ Planzer (2014) kommer til tilsvarende konklusjon primært på bakgrunn av EU-domstolens praksis, se s. 83.

²⁷⁰ E-3/06 avsnitt (44).

²⁷¹ E-14/15 Rådgivende uttalelse til Norges Høyesterett i sak mellom Holship Norge AS og Norsk transportarbeiderforbund, avsagt 19. april 2016, avsnitt (125), TOSLO-2004-91873 *Ladbrokessaken*.

4.7.3 Hensynet til å forhindre spilleavhengighet

Et ønske om en ansvarlig spillpolitikk for å forhindre spilleavhengighet er trukket frem i St. Meld. 12 som det bærende hensynet for valg av monopolordningen.²⁷² Meldingen bruker flere sider på å klarlegge hvor stort problemet er, basert på undersøkelser og tall fra Hjelpelinjen.²⁷³ Ved at departementet knytter en betydelig del av arbeidet i en stortingsmelding til undersøkelser om spillavhengighet, virker det som at dette hensynet også i realiteten begrunner monopolordningen.

Forarbeidene til endringer i Pengespilloven av nyere dato tok også opp problematisk spilleatferd som en del av begrunnelsen for monopolordningen, og presiserte herunder at økonomiske formål kun er sidevirkninger.²⁷⁴ Som det seneste konkrete tiltaket, kan nevnes Norsk tippings innføring av en tapsgrense på tvers av alle deres spill fra høsten 2016.²⁷⁵ Følgelig fremstår pengespillpolitikken som reelt begrunnet med ett ønske om å forhindre spillavhengighet.

En potensiell innvending mot å i det hele tatt anse spillavhengighet som et legitimt formål kan utledes fra dom avsagt 6. september 2010, *Kommisjonen mot Spania*, C-153/08, EU:C:2009:618. Saken gjaldt diskriminering av gevinst fra lotterier i andre land enn Spania.²⁷⁶ Staten argumenterte for at spillavhengigheten i landet var blitt et såpass stort problem at restriksjoner kunne legitimeres av hensynet til offentlig helse. EU-domstolen mente staten ikke hadde lagt frem tilstrekkelige bevis for at spillavhengighet var blitt et offentlig helseproblem.²⁷⁷ *Littler* har på med utgangspunkt i dommen stilt spørsmålet om avhengighetsproblemer i samfunnet må nå et visst nivå før staten kan benytte seg av problemet som begrunnelse for restriksjoner i frihetene.²⁷⁸ Synspunktet er generelt interessant, men i Norge er ikke hensynet til offentlig helse påberopt som argument, og det må følgelig stilles lavere krav til hvor mange problemspillere som kreves for å benytte hensynet til å unngå spilleavhengighet.

Oppsummert synes både loven, forarbeider, stortingsmeldingen, og konkrete tiltak fra monopolisten, reelt å motvirke spilleavhengighet. Enerettsmodellen er dermed legitimt begrunnet i hensynet til å forhindre spilleavhengighet.

²⁷² St. Meld. 12 s. 62/63.

²⁷³ St. Meld. 12 s. 33-42.

²⁷⁴ Prop. 13 L s. 8/9.

²⁷⁵ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/tapsgrense-for-spill-fra-norsk-tipping/id2500484/> (sist besøkt 27.4.2010 kl.10:47).

²⁷⁶ C-158/03 *Kommisjonen mot Spania*, avsnitt (1).

²⁷⁷ C-158/03 *Kommisjonen mot Spania*, avsnitt (40).

²⁷⁸ Littler 2011 s. 269.

4.7.4 Hensynet til å forhindre kriminalitet og misligheter

Statens ønske om å forhindre kriminalitet og misligheter faller også inn under de «negative konsekvenser» som pengespilloven forsøker å motvirke, jf. § 1 tredje ledd. I likhet med de øvrige kategoriene er også «kriminalitet og misligheter» en vid kategori, som rommer flere former for særlig økonomisk kriminalitet. Som eksempler kan nevnes korrupsjon, økonomisk utroskap, underslag, hvitvasking og kampfiksing.²⁷⁹ Som årsaksfaktorer til koblingen mellom pengespill og økonomisk kriminalitet pekes gjerne på de store pengesummene som er i omløp, samt at internett er vanskelig å kontrollere.²⁸⁰

Tiltak i loven for å forhindre kriminalitet og misligheter er blant annet systemet med kontrollorgan i form av lotteritilsynet, jf. spill. § 14.

Hensynet til å bekjempe kriminalitet har også vært gjennomgående trukket frem i sentrale forarbeider på pengespillovens område.²⁸¹ Fra Norsk Tipping er det et krav om at hver enkelt spiller må ha et spillkort som krever registrering. Slike tiltak kan være med på å vanskeliggjøre kriminalitet ved oddspill siden spillene må benytte seg av noens personlige spillkort.

Hensynet til kriminalitet og misligheter synes altså sentralt for lovgiver, både i form av lovfestede kontrollordninger og gjennom drøftelser i forarbeidene. Følgelig må også dette hensynet anses som en reell begrunnelse for restriksjonen.

4.7.5 Hensynet til at pengespill ikke skal være en kilde til privat profitt

I tillegg til de to ovennevnte hensyn har det «vært et gjennomgående prinsipp i norsk pengespillpolitikk at inntekter fra lotterier og pengespill skal tilfalle gode formål og ikke være inntektskilder for private aktører eller staten.»²⁸²

På tross av likheten mellom de to hensynene som angis i prinsippet har EFTA-domstolen skilt ut hensynet til å unngå privat profitt som et legitimt hensyn, som kan være en del av den reelle begrunnelsen for en enerettsmodell.²⁸³ Siden hensynet ligger nært opp til de økonomiske gevinstene av enerettsmodellen, presiserte EFTA-domstolen at hensynet til å hindre pengespill fra å være en kilde til privat profitt synes «å måtte bygge på en motvilje mot pengespill av

²⁷⁹ St. Meld. 12 s. 42.

²⁸⁰ Prop. 13 L s. 7 og C-42/07 *Liga Portuguesa*, avsnitt (70).

²⁸¹ Ot.prp. nr. 44, s. 5, Prop. 13 L s. 8, og St. Meld. 12 s. 42-43.

²⁸² Prop. 13 L s. 7, også omtalt i St. Meld. 12 s. 11.

²⁸³ E-3/06, avsnitt (48), m/videre henvisning til EU-domstolens praksis.

moralske grunner» og at hensynet «bare [kan] tjene som grunnlag for å rettferdiggjøre restriktive tiltak som gjenspeiler denne moralsk begrunnede motviljen» (min tilføyelse).²⁸⁴

Videre peker domstolen på problemet med det nevnte hensynet; dersom et statlig monopol får tilby «en rekke spillmuligheter» kan ikke enerettsmodellen sies å reelt gi uttrykk for en motvilje mot pengespill.²⁸⁵ Hvorvidt spilltilbudet fra Norsk Tipping er av et omfang som medfører at enerettsmodellen ikke lenger gir uttrykk for en moralsk motvilje mot pengespill, sammenfaller med drøftelsen om egnethet som følger nedenfor og vil ikke bli drøftet her.

Uavhengig av spilltilbudene fra Norsk tipping må det være aktuelt å stille spørsmålet om dagens samfunn fortsatt har en moralsk motvilje mot pengespill? I den allerede nevnte stortingsmeldingen er ikke de moralske betenkelighetene særlig behandlet. Pengespill omtales i meldingen som «god underholdning» og som en kilde til «uskyldig spenning» i hverdagen.²⁸⁶ Videre omtaler meldingen det sentrale spørsmålet som «Korleis skal vi utforme en ansvarleg pengespelpolitikk for framtida?».²⁸⁷ Formålet med meldingen syns dermed ikke å være en begrensning av norske borgeres spilling.

Det er interessant å sammenligne uttalelsene med uttalelser i proposisjonen fra pengespillovens tilblivelse på tidlig 90-tall. I proposisjonen, under punkt 2.3 «Mål og idégrunnlag» uttales blant annet at «moralske hensyn» alltid har vært sentrale i pengespillpolitikken.²⁸⁸ Proposisjonen viser videre til uttalelser fra det reviderte nasjonalbudsjettet i 1991, hvor det erkjennes at spill vil være interessant for folk flest.²⁸⁹ Utgangspunktet for uttalelsen virker å være at pengespill er et onde, men et onde man ikke unnslipper, og derfor velges en statlig reguleringsmodell.

De moralske betenkeligheter, som ble trukket frem ved pengespillovens tilblivelse synes i dag å være underordnet, mens en forutsetning om fortsatt spill innenfor statens ansvarlige rammer står sentralt. Bakgrunnen for valget av videreføring av enerettsmodellen er bekymringen om at ansvarlighet i en lisensmodell blir underordnet ønske om profittmaksimering.²⁹⁰ Det kan ses på som en form for motvilje mot pengespill at man ikke ønsker et kappløp om spillerne og profitt fra spillingen, som igjen kan medføre mer intensiv reklamerings og mer attraktive spilltilbud. Denne delen av motviljen mot pengespill passer bedre under betegnelsen «morally (...) harmful

²⁸⁴ E-3/06, avsnitt (48), m/videre henvisning til EU-domstolens praksis.

²⁸⁵ E-3/06, avsnitt (48), m/videre henvisning til EU-domstolens praksis.

²⁸⁶ St. Meld. 12 s. 7 venstre spalte.

²⁸⁷ St. Meld. 12 s. 8, punkt 1.2.

²⁸⁸ Ot.prp. nr. 52.

²⁸⁹ Ot.prp. nr. 52 punkt 2.3.

²⁹⁰ St. Meld. 12 s. 67.

consequences for the individual and for society associated with betting and gaming», enn under moralsk motvilje mot pengespill som sådan.²⁹¹

Det bør selvfølgelig utvises forsiktighet med å fatte konklusjoner på bakgrunn av vage uttalelser i en stortingsmelding. En melding som ikke nødvendigvis vil føre frem til noe lovforslag, og på den måten ikke får den autoritet som et lovforarbeid vil inneha. Likevel er mangelen på uttalelser om det moralske utgangspunktet påfallende. Motviljen mot pengespill synes å ha snudd fra en generell motvilje i samfunnet til en mer nyansert motvilje, nemlig motvilje mot en «fri» utnyttelse av forbrukernes tilbøyelighet til å benytte spilling som underholdning.²⁹²

På denne bakgrunn kan fortsatt hensynet til at pengespill ikke skal være en kilde til privat profitt, fungere som en del av den legitime begrunnelsen for restriksjonen som enerettsmodellen utgjør. Med EFTA-domstolens krav om tilknytning til moralsk motvilje bør imidlertid bruken av hensynet til å unngå privat profitt, i større grad enn tidligere begrunnes i sammenheng med forbrukerbeskyttelse og hensynet til å unngå spilleavhengighet.

Den tilsynelatende endringen i statens holdning til pengespill kan ses på som et utslag av samfunnsendringer mer generelt. I tråd med en stadig økende sekularisering og pluralisme i samfunnet vil holdningene liberaliseres. Tanken om «frihet under ansvar» står etter hvert sterkere enn de paternalske holdningene som har preget samfunnet i flere århundrer.²⁹³ En oppmykning i holdningene til pengespill er dermed i tråd med samfunnsnormenes utvikling generelt. Like fullt må moralske hensyn fortsatt kunne vektlegges, men da som nevnt i sammenheng med hensynet til å forhindre spilleavhengighet.

Alle de tre anførte hensynene utgjør dermed en reell, legitim, begrunnelse for enerettsmodellen. Neste vilkår er spørsmålet om monopolets egnethet.

²⁹¹ Storkammerdom av 6.mars 2007, *Placanica mfl.*, forente saker C-338/04, C-359/04 og C-360/04, EU:C:2007:133, avsnitt (47).

²⁹² Slik er de moralske betenkelighetene også beskrevet i dom av 8.juli 2010, *Sjøberg og Gerdin*, forente saker C-447/08 og 448/08, EU:C:2010:415, avsnitt (43).

²⁹³ For en kort historisk oversikt over holdningene på pengespillfeltet se Hans Olav Fekjær, «Gambling and gambling problems in Norway», Paper presentate at the 4th conference of the European Association for the Study of Gambling, Warsaw, Poland, 23. september, 2003.

4.8 Kravet til egnethet/sammenheng

4.8.1 Vurderingstema

Neste vilkår i vurderingen av om enerettsmodellen er i tråd med EØS-avtalen, er om monopolet er egnet til å oppnå de tilsiktede målsetningene.²⁹⁴ Kravet til egnethet inneholder to vurderinger av noe forskjellig karakter.

Den første vurderingen gjelder om restriksjonen overhodet er egnet til å ivareta de påberopte allmenne hensyn.²⁹⁵ Statene iverksetter sjelden totalt uegnede tiltak, og dermed blir restriksjoner stort sett respektert som egnet i egentlig forstand.²⁹⁶ På pengespillområdet er statene er som nevnt innrømmet en viss skjønnsmargin, jf. punkt 4.4. Dersom en stat mener monopolsystem er det best egnede til å oppnå de legitime hensynene som pengespillovgivningen forfølger, så vil EFTA- og EU-domstolen godta denne vurderingen.²⁹⁷

Den andre vurderingen kan, som overskriften antyder, betegnes som et krav til sammenheng.²⁹⁸ I de tilfellene der statene velger et høyt beskyttelsesnivå, som ved en enerettsmodell, må staten også ta konsekvensene av et slikt valg. Staten kan følgelig ikke iverksettes tiltak som fremmer motstridende interesser.²⁹⁹ Kravet om sammenheng, eller konsistens, kan ses på som et utslag av statens mulighet til å påberope seg et høyt beskyttelsesnivå basert på moralsk og kulturell motvilje.³⁰⁰

Bull forsøker å beskrive vurderingsnormen for kravet til sammenheng, herunder «at ivaretagelsen av vedkommende almene hensyn ikke rekker så langt som den[ivaretagelsen] burde, dersom hensynet skal være konsekvent ivaretatt» (min tilføyelse).³⁰¹

På pengespillområdet har kravet til sammenheng blitt formulert ved at lovgivningen som danner restriksjonen må praktiseres «in a consistent and systematic manner».³⁰² I tillegg skal graden av kontroll utøvd av myndighetene vektlegges.³⁰³

²⁹⁴ E-3/06 avsnitt (50).

²⁹⁵ Bull 2002 s. 549, under punkt 17.2.

²⁹⁶ Sejersted mfl. s. 450 første hele avsnitt.

²⁹⁷ E-3/06 avsnitt (50), E-1/06 avsnitt (42), Storkammerdom av 8. september 2010, *Markus Stoss mfl.*, forente saker C-316/07, C-358/07 til C-360/07, C-409/07 og C-410/07, EU:C:2010:504, avsnitt (81).

²⁹⁸ Sejersted mfl. 2011 s. 295 siste avsnitt.

²⁹⁹ E-1/06 avsnitt (42-43), C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (90-91) m/videre henvisninger.

³⁰⁰ Planzer 2016 s. 699.

³⁰¹ Bull 2002 s. 603, punkt 17.4.2.2.

³⁰² C-42/07 *Liga Portuguesa*, avsnitt (61), forente saker C-186/11 og 209/11 *Stanleybet int. mfl.*, avsnitt (27), E-1/06 avsnitt (43).

³⁰³ C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (83) og avsnitt (107) (ii).

Som de to sitatene viser er kjernen i vurderingen at gjennomføringen av systemet må være i tråd med det aktuelle beskyttelsesnivå. Den nærmere vurderingen må tilpasses hvilke formål eller hensyn som vurderes.

4.8.2 Praktiseringen av enerettsmodellen i lys av et høyt beskyttelsesnivå for å unngå spilleavhengighet

4.8.2.1 Vurderingens struktur

For hensynet til å unngå spilleavhengighet er det fast praksis fra både EFTA- og EU-domstolen at enerettsmodellen må begrense spilleaktivitet på en «sammenhengende og systematisk måte».³⁰⁴ Under vurderingen av det siste hensynet, å unngå at inntekter fra pengespill er en kilde til privat profitt, ble det poengtert at hensynet bør ses i sammenheng med hensynet til å unngå spilleavhengighet. I herværende vurdering er sammenhengen også nær, slik at det er ikke nødvendig å vurdere de to hensynene isolert.

Vurderingen av om enerettsmodellen lever opp til det høye beskyttelsesnivået er illustrerende for modellens iboende dilemma. På den ene siden ønsker staten å begrense og kontrollere spilling slik at de negative konsekvensene ikke oppstår. Samtidig må monopolisten reklamere for- og tilby- et tjenestetilbud, som er attraktivt for spillerne slik at disse ikke velger uregulerte aktører og potensielt ende opp i en tvist som beskrevet i del I.

Momentene som skal vurderes kan deles opp i to kategorier. Den første kategorien er «kanaliseringstiltak», som er en betegnelse på monopolistens i utgangspunktet legitime reklamering og ekspansjon av tjenestetilbudet.³⁰⁵ Den andre kategorien er «kontrolltiltak», typisk hvilke kontrollorganer som er etablert i monopolet. Begge disse kategoriene inngår i en helhetsvurdering hvor enerettsmodellen vurderes samlet, gjerne slik at dersom det er inkonsekvenser i monopolistens praktisering så må adekvate kontrolltiltak være på plass.³⁰⁶

En forutsetning for at det høye beskyttelsesnivået skal godtas er at spillene faktisk medfører risiko for de negative konsekvenser som monopolet skal beskytte mot.³⁰⁷ I den nærmere vurderingen om kanaliseringstiltakene er for intensive eller ekspansive, vil også risiko ved

³⁰⁴ E-3/06 avsnitt (53), C-243/01 *Gambelli mfl.*, avsnitt (67), forente saker C-186/11 og 209/11 *Stanleybet Int. mfl.*, avsnitt (31).

³⁰⁵ E-3/06 avsnitt (54).

³⁰⁶ C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (83) og avsnitt (107) (ii) og dom avsagt 30. juni 2011, *Zeturf Ltd. v Premier ministre*, C- 212/08, E:EU:2011:437, avsnitt (58) lest i sammenheng med avsnitt (62-63).

³⁰⁷ Carl Baudenbacher, «[M]å fortolkes på bakgrunn av økonomiske betraktninger»: refleksjoner omkring EFTA-domstolens rettspraksis, *Lov og rett*, nr. 8 2016 s. 459-483, s. 473/474, E-1/06 avsnitt (44).

spilltypen være relevant. For eksempel vil det være mer kritikkverdig av monopolisten dersom monopolisten reklamerte for et spill med potensielt høyere risiko for avhengighet, enn for det motsatte.³⁰⁸ Før de ulike momentene skal vurderes er det følgelig naturlig å undersøke hvor risikable oddspillene er. Til risikovurderingen skal benyttes statistiske materialet, herunder to såkalte Befolkningsundersøkelser fra 2013 og 2015 gjennomført av Universitetet i Bergen (UiB), som også ble benyttet som tallmaterialet når statlige organer skal vurdere pengespillområdet.³⁰⁹ Som supplement til befolkningsundersøkelsene, benyttes Lotteritilsynets løpende undersøkelser. Undersøkelsene viser selv til relativt lav svarprosent og flere andre feilkilder, men det er like fullt det beste tallgrunnlaget tilgjengelig.

Befolkningsundersøkelsen viste at odds og liveodds ligger omtrent midt på treet i prosentvis «moderate risikospelalar eller problemspelalar» (heretter risiko- og problemspillere). Av de som hadde spilt oddspill det siste året var henholdsvis 16 % av de som hadde spilt disse spillene hos Norsk Tipping og 23 % av de som hadde spilt på det uregulerte markedet, innenfor kategorien risiko- eller problemspiller. Det totale antallet risiko- og problemspillere var imidlertid høyere hos Norsk Tipping fordi det totale antallet spillere var over dobbelt så mange.³¹⁰ Spillene har tilstrekkelig risiko til at monolet kan være legitimt, men legitimiteten må vurderes i det følgende.³¹¹ Sammenhengen mellom det samlede tilbudet fra Norsk Tipping og vurderingen av beskyttelsesnivået, vil bli trukket frem under vurderingen av ekspansjonsmomentet.

Den videre drøftelsen vil først vurdere monolets kanalisering og deretter kontrolltiltak. Vurderingene vil benytte EFTA-domstolens dom i *Ladbrokessaken*, men også nyere praksis fra EU-domstolen.

4.8.2.2 Kanaliseringstiltak

Kanalisering består av flere momenter, som ofte henger tett sammen.³¹² Noen av momentene som er trukket frem i rettspraksis vil ikke være relevante for vurderingen her, herunder; hvilken

³⁰⁸ E-3/06 avsnitt (54), C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (95).

³⁰⁹ <https://lottstift.no/wp-content/uploads/2015/11/Omfang-av-penge-og-dataspillproblemer-i-Norge-2013.pdf> og https://lottstift.no/wp-content/uploads/2016/06/WEB-Rapport_befolkningsundersokelsen.pdf (begge sist besøkt 04.01.2017 kl.16:20). Disse statistiske utgangspunktene ble benyttet i Stortingsmeldingen som ble fremlagt i desember 2016 og avhandlingen vil på samme måte baserer seg på dette materialet.

³¹⁰ St. Meld. 12 se tabell 4.2 på s. 36.

³¹¹ E-1/06 avsnitt (45).

³¹² E-1/06 avsnitt (42).

kanal spillet tilbys gjennom siden spilling i dag stort sett foregår på internett hos alle aktører,³¹³ hvordan markedet er organisert siden hele det nasjonale spillmarkedet er regulert gjennom monopolet,³¹⁴ og differensiering i markedsføringen ved ulike spill siden vurderingen hovedsakelig knytter seg til oddspillene.³¹⁵

I *Ladbrokessaken* ble momentene markedsføring og ekspansjon særlig løftet frem.³¹⁶ Samme momenter går igjen som sentrale i seneste praksis fra EU-domstolen om det tyske spillmonopolet. En sentral dom er i så måte storkammerdom av 8. september 2010, *Markus Stoss mfl.*, forente saker C-316/07, C-358/07 til C-360/07, C-409/07 og C-410/07, EU:C:2010:504 (*Stoss-saken*). På nasjonalt nivå gjaldt saken administrative bøter til personer som hadde tilbudt spilltjenester på «sporting competitions» i Tyskland, på oppdrag fra britiske og østerrikske spillselskap.³¹⁷ Faktumet er dermed ganske sammenfallende med typetilfellet i avhandlingen, forskjellen ligger i avhandlingen tilbys tjenesten gjennom internett.

EU-domstolen fikk blant annet forelagt spørsmålet, som også drøftes her, om monopolistens drift var «consistent and systematic». Betenkelighetene fra nasjonale domstoler knyttet seg til ekspansjon og markedsføring ut fra at staten hadde valgt et relativt høyt beskyttelsesnivå for oddspillene.³¹⁸

Når det gjelder ekspansjon av det allerede gjeldende spilltilbudet vil kanaliseringstiltak ikke nødvendigvis medføre en inkonsekvent praktisering.³¹⁹ I *Stoss-saken* pekte domstolen imidlertid på at de lisensierte private aktørene utvidet tilbudet med spill som hadde større sannsynlighet for spilleavhengighet, som for eksempel spilleautomater, noe som medførte at statens påberopte, høye beskyttelsesnivå for oddspill fremsto inkonsekvent.³²⁰

Overført til det norske monopolet kan samme betenkelighet knyttes til Norsk Tippings utvidelse av oddstilbudet til liveodds og utvidelsen av kasinospill på nett. I St. Meld. 12 ble det presentert statistikk innhentet på oppdrag fra Lotteritilsynet, som viser hvor stor prosentvis andel av befolkningen som har spilt odds- eller kasinospill, på nett eller mobil, i løpet av de siste årene tilbake til 2010.³²¹ For de uregulerte selskapene er tallene ganske like i hele tidsperioden.

³¹³ E-3/06 avsnitt (54).

³¹⁴ C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (66), punkt (iv).

³¹⁵ E-1/06 avsnitt (45) og (46).

³¹⁶ E.3/06 avsnitt (53).

³¹⁷ C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (15-16).

³¹⁸ C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (66), punkt (iv) lest i sammenheng med avsnitt (8).

³¹⁹ E-3/06 avsnitt (54).

³²⁰ C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (100) og (101).

³²¹ St. Meld. 12 s. 23 figur 3.2.

Omtrent 4 %, med en variasjon på 0,9 % av befolkningen har spilt på nett eller mobil.³²² For Norsk Tipping har det vært en stigning de siste tre årene. Frem til lanseringen av liveodds på nett i 2012 var andelen ganske lik som for de uregulerte, med omtrent 3,5 % av befolkning, men da ikke medregnet de som spilte hos kommisjonær. Fra 2012 til i dag har antall spillere økt for Norsk Tipping til 7 % i 2016. Kulturdepartementet tilskriver økningen utvidelser av spilltilbudet til også å stamme fra liveodds- og kasinospill på nett.³²³

Om statistikkene sammenlignes kan det se ut som Norsk Tippings utvidelse ikke har særlig påvirkning på prosentandelen som benytter seg av de uregulerte aktørenes tilbud. Utvidelsen av spilltilbudet kan derfor sies å ikke bare ha hatt en kanaliseringseffekt på spillerne hos de utenlandske spillselskapene, men også medført at nye spillere har begynt å spille hos Norsk Tipping. Sammenhengen mellom tilbud og etterspørsel er ingen eksakt vitenskap, og variasjon vil forekomme. Innenfor den legitime kanaliseringen har også Norsk Tipping ansvar for å prøve å holde nye spillere borte fra det uregulerte markedet, noe som stiller krav til en viss attraktivitet hos tilbudet.

Sammenlignet med *Stoss-saken* vil Norsk Tippings utvidelse av tilbudet, særlig kasinospill som er en mer risikabel spilltype hva gjelder avhengighet enn odds- og liveodds, kunne sammenlignes med de lisensierte private aktørenes utvidelser i Tyskland.³²⁴ Statistikken tyder på at utvidelsen muligens går lengre enn nødvendig for kanalisering. Norsk Tippings ekspansjon på nett og mobilspill vil dermed tale for at den politikk som gjennomføres ikke forfølger formålene «in a consistent and systematic manner». Argumentets vekt må imidlertid nyanseres fordi det er sannsynlig at en ikke ubetydelig andel av de som i dag benytter oddsspill hos Norsk Tipping ville, i tråd med økt tilgjengelighet, benyttet en av de uregulerte aktørene, dersom de var lovlig i Norge. Samtidig må Norsk Tipping være bevisst på at ekspansjonen ikke aktivere personer som ikke ville vært potensielle spillere hos de uregulerte aktørene. Balansen i vurderingen viser utfordringene med det iboende dilemmaet som nevnt innledningsvis. I kraft av statens skjønnsmargin må selskapet innrømmes et visst skjønn ved ekspansjon, særlig når oddsspillene ikke er av de farligste spilltypene. Ekspansjonen i spilltilbudet kan dermed ikke tillegges særlig vekt i retning av manglende sammenheng, selv om statistikken isolert sett tyder på at selskapet har vært for ekspansive.

³²² St. Meld. 12 s. 24.

³²³ St. Meld. 12 s. 24.

³²⁴ C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (107) (iv), tredje strekpunkt sett i sammenheng med avsnittet rett nedenfor.

Neste moment er markedsføring av monopolistens spilltilbud. I *Stoss-saken* påpekte EU-domstolen at markedsføring i sammenheng med kanalisering vil være nødvendig, men også avgrenses av og begrenses til, hva som faktisk er nødvendig for å oppnå denne kanaliseringen.³²⁵ EU-domstolen har derfor formulert noen kvalitative krav til markedsføringen, herunder at reklameringen ikke må:

*«aim to encourage consumers' natural propensity to gamble by stimulating their active participation in it, such as (...) giving it a positive image due to the fact that revenues derived from it are used for activities in the public interest, or by increasing the attractiveness of gambling by means of enticing advertising messages depicting major winnings in glowing colours.»*³²⁶

Som sitatet viser er det særlig to typer reklamering domstolen ser på som problematisk. Hva gjelder den sistnevnte typen reklame byr ikke reklameringen av oddsen, eller Norsk Tipping som sådan på særlige problemer. Mer tvil kan imidlertid knyttes til førstnevnte reklametype. Domstolen peker på at reklamen ikke må gi spill et positivt bilde, gjennom blant annet at overskuddet går til finansiering av offentlige interesser. I april 2016 kom Norsk Tipping med en kampanje bestående av tre reklamefilmer, hvor innholdet i filmene er barn som driver med idrett eller kulturaktivitet.³²⁷ 39 sekunder ut i reklamefilmen presenteres en tekst som viser til at Norsk Tipping hvert år gir 2,5 milliarder kroner til norsk idrett.

Reklamefilmen treffer dermed den ene av de to kategoriene som EU-domstolen påpeker som problematisk, fordi den ufarliggjør spilling ved at budskapet er at pengene uansett går til gode formål. Innholdet i filmen trekker følgelig i retning av at reklameringen ikke er innenfor grensene av den tillatte kanaliseringen.

I forlengelsen av kravene som fulgte av *Stoss-saken*, ble det presisert i dom av 15. september, 2011, *Dickinger og Ömer*, C-347/09, EU:C:2011:582, avsnitt (69), at de forskjellige typene reklamefilmer må differensieres. Denne differensieringen påstår *Planzer* at egentlig stammer fra *Ladbroke's*-saken i EFTA-domstolen.³²⁸ I sistnevnte sak blir det presisert at markedsføringen må vurderes etter flere faktorer, blant annet om den er av «opplysende» eller er «innrettet på å vekke spillebegjær».³²⁹ Vurderingen presenteres for øvrig under vilkåret om nødvendighet og

³²⁵ C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (103).

³²⁶ C-316/07 *Stoss mfl.*, avsnitt (103).

³²⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=R14RaM1EZNw> (sist besøkt 27.04.2017 kl. 15:03) Eksemplet er en av tre filmer i kampanjen.

³²⁸ *Planzer* 2016 s. 700.

³²⁹ E-3/06 avsnitt (61).

ikke egnethet, men disse vurderingene henger tett sammen og det kan være tilfeldig hvor momentene presenteres.³³⁰

Den ovennevnte reklamefilm er i en slags mellomstilling. Den er ikke direkte egnet til å vekke spillebegjær da den ikke henviser til hverken en type spill eller gevinstmuligheter. Mer dekkende vil det være å betegne den som «opplysende», da den opplyser om Norsk Tippings bidrag til idrett. Samtidig gir den spilling hos monopolisten et positivt bilde ved å vise at det man taper går til gode formål, som ifølge EU-domstolen ikke er innenfor det som kan godtas som kanaliseringsreklame.

Reklamen bryter sannsynligvis også med enerettsmodellens retningslinjer for reklamering fordi det benyttes mindreårige i reklamefilmen.³³¹ Retningslinjene for markedsføring er fastsatt av Kulturdepartementet og Landbruksdepartementet, siste versjon 19. november 2014 (heretter Retningslinjene). Bruddet med Retningslinjene er ikke direkte relevant for vurderingen av reklamefilmen opp mot EU-domstolens krav, men viser at de nevnte filmene ikke er en type reklame som monopolisten i utgangspunktet bør benytte.

Ved vurderingen av reklamekampanjen legges avgjørende vekt på at en sentral del av budskapet i filmen er nettopp en positiv vinkling av monopolistens aktivitet. Differensieringen kan ikke tilstrekkelig rettferdiggjøre filmen som informativ, men nøytraliteten til gevinst og den enkeltes spillebegjær, medfører at inkonsekvensen er mindre enn om filmen i tillegg hadde reklamert for enkelte spill.

Den reklamekampanjen som ble presentert i april 2016 taler dermed også mot at Norsk Tipping driver sin spillpolitikk på en «consistent and systematic manner» under hensyntagen til de formål som spillovgivningen skal ivareta.

Norsk Tippings markedsføring kan imidlertid ikke vurderes kun utfra en enkelt kampanje. Som det også presiseres i *Ladbrokes-saken* vil flere momenter ved reklameringen være relevant, blant annet «omfanget og virkning av markedsføringen og utviklingen av pengespill, herunder hvor mye penger Norsk Tipping bruker på dette, samt markedsføringens form og innhold og målgruppens sårbarhet».³³²

Når det gjelder omfang og virkning av markedsføring er omfang målbart, mens virkning er vanskelig å vurdere kvalitativt. Om vi benytter statistikken fremlagt i St. Meld. 12, innhentet

³³⁰ Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (90).

³³¹ <https://lottstift.no/wp-content/uploads/2015/09/Retningslinjer-for-markedsf%C3%B8ring-i-regi-av-Norsk-Tipping-og-Norsk-Rikstoto-nov-14.pdf>, punkt 2.4. (sist besøkt 27.04.2017 kl. 15:10).

³³² E-3/06 avsnitt (61).

av Nielsen Research AS for Medietilsynet, fremgår en klar overvekt av reklamekjøp fra de utenlandske aktørene, både i relativ prosent og i reelle tall.³³³ Selv om det reelle tallet for Norsk Tipping, 145 millioner, høres mye ut, er det relativt sett en liten del av den totale reklameringsfor spill som norske spillere blir utsatt for (937 millioner).³³⁴ Tydelig blir forskjellen når man ser økningen reklameomsetning de siste 5 årene. Norsk Tipping har i denne perioden økt med omtrent 60 % mens de utenlandske aktørene har økt sine reklamemidler med over 100 %.³³⁵ Med bakgrunn i disse tallene virker det som Norsk Tipping ikke har fulgt opp de utenlandske aktørenes reklameringsfor spill, og dermed tatt konsekvensene av at de må begrense sin markedsføring i tråd med det allerede påpekte dilemmaet.

Omfanget av reklameringsfor spill taler følgelig for at Norsk Tipping praktiserer loven «in a consistent and systematic manner».

For siste momentet fra EU-domstolen, «form og innhold og målgruppens sårbarhet», er det ikke holdepunkter for at reklameformen medfører overdreven kanalisering.³³⁶ Målgruppens sårbarhet er vanskelig å vurdere spesifikt da reklamene presenteres gjennom allmenn kringkasting, og gir derfor ikke grunnlag for å differensiere. Det vil nødvendigvis variere fra person til person hvilket reklameinnhold som oppleves mest tiltrekkende.

Som drøftelsen av Norsk Tippings reklameringsfor spill viser er det ikke en enkel oppgave for en monopolist å balansere mellom fornuftig kanalisering og for ekspansiv markedsføring. Drøftelsen av utvidelse- og reklameringsfor spill av tilbudet har på noen punkter vist inkonsekvent gjennomføring av beskyttelsesnivået. På denne bakgrunn må det foretas en vurdering av også den andre kategorien momenter, kontrolltiltak.

4.8.2.3 Kontrolltiltak

Kontrolltiltakene i enerettsmodellen som skal drøftes her, er også sentrale i vurderingen av hvor egnet monopolsystemet er for å hindre kriminalitet og misligheter. Følgelig vil det som drøftes her være relevant også for drøftelsen nedenfor om nevnte formål.³³⁷

Å gjennomgå hele kontrollregimet som monopolisten er underlagt vil hverken være hensiktsmessig for drøftelsen, eller innenfor rammene av avhandlingen. I tillegg til noen

³³³ Se St. Meld. 12 figur 3.8 og 3.9 på s. 29.

³³⁴ De ferskeste tallene viser en relativ fordeling på 79 % for de uregulerte aktørene og 21 % for monopolisten, se St. Meld. 12 Figur 3.8.

³³⁵ St. Meld. 12 figur 3.9.

³³⁶ St. Meld. 12 tabell 3.2 s. 31.

³³⁷ Forente saker C-186/11 til 209/11 *Stanleybet int. mfl.*, avsnitt (33).

generelle utgangspunkter for kontrollorganene, skal drøftelsen derfor peke på tre momenter som særlig ivaretar formålet å unngå spilleavhengighet.

I innledningen punkt 1.2 ble Lotteritilsynet nevnt. Det er tilsynsorgan for monopolisten og uavhengig fra det ansvarlige departement, jf. lottl. § 4 første ledd, siste punktum. Lotteritilsynet skal følge opp at Norsk Tipping gjennomfører de krav som stilles til spilltilbud gjennom lov, forskrift, instruks, retningslinjer og regler.³³⁸ Kulturdepartementet har også et overordnet ansvar for å kontrollere at monopolet forfølger de legitime formål, ved blant annet å fastsette spilleregler, jf. spill. § 11. Departementet kan også gjennom sin eierrolle stille krav til Norsk Tipping, som selskapet da vil være pålagt å etterkomme. Effekten av disse kontrollsystemene skal nå vises gjennom tre momenter som sikrer arbeidet mot spilleavhengighet.

Det første momentet er at nye spilltyper må godkjennes av Kulturdepartementet, hvor også Lotteritilsynet skal være delaktig i beslutningen, jf. spill. § 1 d.³³⁹ Godkjenningsprosessen medfører at også andre hensyn enn spilltypens attraktivitet for spillerne, blir vurdert. Lotteritilsynet vil, slik organiseringen er i dag, heller ikke møte den interessekonflikt som kunne oppstå tidligere ved at tilsynet nå er skilt ut som eget organ fra Kulturdepartementet og Norsk Tipping.

Andre moment er Kulturdepartementets nevnte instruksadgang som eier. I kraft av eierposisjon kan departementet endre spilltilbudet eller reglementene for spilltyper, dersom det viser seg at for eksempel en utvidelse medfører større fare for spillavhengighet enn det som er nødvendig for kanalisering av spillere. Tidligere i drøftelsen ble Norsk Tippings utvidelse av tilbudet vurdert, og statistikken tyder på at utvidelsene har gått lenger enn nødvendig.³⁴⁰ Samtidig med utvidelsene har monopolisten imidlertid innført ansvarlighetsverktøy som skal forhindre at slike utvidelser fører til negative konsekvenser. Eksempelvis må spillere fastsette en personlig innsatsgrense før de får begynne å spille liveodds.

Et tredje moment i kontrollregimet som særlig er rettet mot markedsføring er de nevnte Retningslinjene.³⁴¹ Retningslinjene har som overordnet mål at markedsføringen ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig for å «kanaliserer pengespillaktiviteten i Norge», jf.

³³⁸ St. Meld. 12 s. 87.

³³⁹ Se også St. Meld. 12 s. 83.

³⁴⁰ Jf. det som er sagt i drøftelsen av ekspansjon under «kanaliseringstiltak».

³⁴¹ Retningslinjer for markedsføring i regi av Norsk Tipping AS og Norsk Rikstoto, <https://lottstift.no/wp-content/uploads/2015/09/Retningslinjer-for-markedsf%C3%B8ring-i-regi-av-Norsk-Tipping-og-Norsk-Rikstoto-nov-14.pdf> (sist besøkt 27.04.2017 kl. 15:10).

Retningslinjene punkt 1.2. Retningslinjene er eksempel på bevissthet for at reklamering kun skal være til kanaliseringformål.

Praktiseringen av retningslinjene er ikke alltid enkel, og det forekommer at Norsk Tipping, eller en av kommisjonærene, bryter regelverket. Her kommer samspillet mellom regelverk og kontrolladgang til syne. I slike tilfeller vil Lotteritilsynet utføre kontroll og markere avvik, som deretter må rettes av Norsk tipping.³⁴² Reklamefilmen, som er henvist tidligere i drøftelsen, viser imidlertid at systemet ikke alltid fanger opp brudd hos Norsk Tipping. Selv om avvik forekommer er likevel enerettsmodellens retningslinjer og oppfølgingen av disse, egnet til å begrense markedsføring når denne blir for aggressiv.

4.8.2.4 Oppsummering og delkonklusjon

Drøftelsen av monopolets egnethet for å unngå spilleavhengighet har vist det iboende dilemmaet for monopolisten i enerettsmodellen, nemlig balansen mellom å tilby- og markedsføre- et attraktivt spilltilbud, samtidig som modellen skal forhindre de negative konsekvensene ved spilling.

Særlig har EØS-rettens krav om at restriksjonen, herunder lovgivningen, må praktiseres på en «consistent and systematic manner» vært sentralt, og tidvis problematisk. Enerettsmodellen må som nevnt betraktes som en helhet.³⁴³ I den sammenheng kan ikke én enkelt reklamekampanje være tilstrekkelig til å velte EØS-lovligheten av et helt system med lovfestede kontrollorganer, prosedyrer og ansvarlighetsregler. Som vist avslutningsvis i drøftelsen vil kontrolltiltak og ansvarlighetstiltak i stor grad kompensere for eventuelle overskridelser som Norsk Tipping eventuelt foretar seg. I avveiningen om enerettsmodellens statlige aktører forfølger hensynet til å unngå spilleavhengighet «in a consistent and systematic manner» legges avgjørende vekt på de ansvarlighetstiltak og kontrollrutiner som følger opp både ekspansjon og markedsføring. Samlet sett praktiseres enerettsmodellen dermed på en måte som forsvarer et høyt beskyttelsesnivå under hensyntagen til å unngå spilleavhengighet.

³⁴² Se <https://lottstift.no/nb/pengespill/norsk-tipping/tilsyn-med-norsk-tipping/> (sist besøkt 07.01.2017 kl.1210.).

³⁴³ C-212/08 *Zeturf Ltd.*, avsnitt (58) med videre henvisning.

4.8.3 Praktiseringen av enerettsmodellen i lys av et høyt beskyttelsesnivå for å unngå kriminalitet og misligheter

EU-domstolens praksis har vært noe sprikende i valg av kriterium for vurderingen av om monopolordninger er egnet til å ivareta hensynet til å forhindre kriminalitet og misligheter.³⁴⁴ I rettspraksis av nyere dato synes imidlertid EU-domstolen å benytte samme norm som for egnethetsvurderingen av hensynet til å unngå spilleavhengighet, med noen nyanseforskjeller. I forente saker C-186/11 til 209/11 *Stanleybet int. mfl.*, avsnitt (33), presiserer domstolen at for hensynet til å bekjempe spillrelatert kriminalitet må det vurderes om statens kontroll av monopolisten aktivitet gjennomføres ved en «consistent and systematic pursuit of the objectives» som monopolsystemet søker å fremme.³⁴⁵ Domstolens vurderingsnorm er senere fulgt opp i dom av 30. april 2014, *Pfleger mfl.*, C-390/12, EU:C:2014:281, avsnitt (56).

Vurderingskriteriene tilsvarende testen som ble gjort over i punkt 4.8.2 for hensynet til å unngå spilleavhengighet, men fokuset i vurderingen synes å være snevret inn på statens kontroll med monopolistens aktivitet. Momenter av betydning vil være kontroll med hvordan monopolisten organiserer sine spill, hvordan spillingen foregår, gjennom hvilke kanaler spill tilbys, og i hvilken grad overvåkning og regulering foretas.³⁴⁶

Når det gjelder enerettsmodellens kontrollregime er de rettslige utgangspunktene og de sentrale aktørene beskrevet over. De momentene som ble drøftet over vil også ha relevans for vurderingen av hensynet til å unngå kriminalitet og misligheter.

Som påpekt i foregående drøftelsen er kontrollregimet godt strukturert og stort sett velfungerende, noe som etter EU-domstolen har relevans som moment i vurderingen.³⁴⁷ I forrige drøftelsen ble det også vist til at nye spilltyper må gjennom en omfattende prosess for godkjenning. På denne måten vil staten ha kontroll med hvordan spill som blir tilbudt og hvordan de tilbys, momenter som også trekker i retning av at statens kontroll er egnet for å unngå kriminalitet og misligheter.

I tillegg til organiseringen av kontrollregimet som vist under forrige drøftelse, skal herværende drøftelse peke på noen særlige funksjoner og tiltak hos kontrollorganene, som særlig skal

³⁴⁴ Littler 2011 s. 255/256.

³⁴⁵ Se Forente saker C-186/11 til 209/11 *Stanleybet Int. mfl.*, avsnitt (33), jf. C-212/08 *Zeturf Ltd.*, avsnitt (62).

³⁴⁶ C-212/08 *Zeturf Ltd.*, avsnitt (56).

³⁴⁷ C-212/08 *Zeturf Ltd.*, avsnitt (56).

ivareta hensynet til å unngå kriminalitet og misligheter. Også i denne drøftelsen vil St. Meld. 12 utgjøre en sentral del av faktagrunnlaget.

Et tiltak er organisatorisk, hvor det forutsettes at Lotteritilsynet skal ha et tett samarbeid med politiet, både lokalt og nasjonalt herunder KRIPOS.³⁴⁸

Et tiltak er grensene for innsats på spill. En kombinasjon av grenser fastsatt av monopolisten og grenser som hver enkelt spiller må sette før vedkommende får begynne å spille, medfører at det er begrenset hvor stor gevinst den enkelte sitter igjen med etter for eksempel forsøk på kampfiksing. Denne problemstilling ble blant annet tydelig for de dømte i Norges så langt eneste kampfiksingssak. I gjengivelsen av sakens bakgrunn er det blant annet beskrevet at de tiltalte måtte opprette et nytt spillkort i en tredjepersons navn, med samtykke fra denne, for å få spilt for det beløp de ønsket.³⁴⁹ Som dommen viser lar det seg gjøre å spille for et større beløp, men det vil sannsynligvis medføre en større risiko for å bli tatt siden flere personer må inkluderes.³⁵⁰ I arbeidet mot kampfiksing spesifikt er det også satt i gang konkrete tiltak, blant annet arbeid med å danne et nasjonalt organ med ansvar for å koordinere arbeidet mot kampfiksing.³⁵¹

Selv med personlige spillkort vil det være en risiko for ID-tyveri, slik at tredjepersoner benytter seg av spillerens personlige profil uten at sistnevnte er klar over dette. I slike tilfeller vil det være vanskeligere for myndighetene å finne ut hvem som i realiteten har stått bak kriminaliteten. For å imøtegå problemet har Norsk Tipping satt i gang automatisert overvåkning og kontroll av aktiviteten på alle spillkort, hvor spilleren får beskjed på SMS dersom det oppstår uvanlige transaksjoner.³⁵²

Monopolisten fører en streng kontroll med sine spillere, og monopolisten blir igjen overvåket av Lotteritilsynet og Kulturdepartementet. Det finnes få- om noen- argumenter mot at et statlig monopol er egnet til å unngå kriminalitet og misligheter, og derfor har også EU-domstolen mer eller mindre operert med en presumsjon om at statlige enerettsmodeller er egnet til å ivareta nevnte formål.³⁵³ Konkret synes den norske enerettsmodellen også godt egnet. Med særlig vekt

³⁴⁸ Ot.prp. nr. 84 (1998-1998) s. 21.

³⁴⁹ TOSLO-2014-162223, avsagt 29. april 2015, under «sakens bakgrunn».

³⁵⁰ Saken er nå også behandlet i lagmannsretten, LB-2015-79670 avsagt 14. februar 2017, men ankesaken endrer ikke poenget i denne sammenhengen.

³⁵¹ St. Meld. 12 s. 43.

³⁵² St. Meld. 12 s. 93 venstre spalte.

³⁵³ C-42/07 *Liga Portuguesa*, avsnitt (64), m/ videre henvisninger og avsnitt (65) lest i sammenheng med avsnitt (67).

på de overvåkningstiltak og kontrollmekanismer som er etablert blir konklusjonen at modellen er egnet til å motvirke kriminalitet og misligheter.

4.8.4 Konklusjon

Vurderingen over hadde som mål klarlegge om enerettsmodellen er egnet til å oppnå de tilsiktede målsetningene, herunder om modellen praktiseres på en slik måte at den konsekvent gjennomfører et høyt beskyttelsesnivå. Drøftelsene over har vist at både hensynet til å unngå spilleavhengighet herunder også at overskuddet fra tap ikke blir en kilde til privat profitt, og hensynet til å unngå kriminalitet og misligheter blir ivaretatt med tilstrekkelig sammenheng av enerettsmodellens lovgivning. Modellen er således egnet som virkemiddel for å oppnå de tilsiktede målsetningene, og oppfyller dermed det andre unntaksvilkåret.

4.9 Kravet til Nødvendighet

4.9.1 Vurderingstema

Siste del i vurderingen av om enerettsmodellen objektivt kan legitimeres, er spørsmålet om restriksjonens nødvendighet, den såkalte nødvendighetstesten. Testen består av:

«en vurdering av om lovgivningens legitime målsetninger, opp til det beskyttelsesnivået som staten har valgt, bare kan oppnås med enerettssystemet, eller om andre og mindre inngripende tiltak ville være minst like effektive som middel til å nå målet.»³⁵⁴

Sitatet viser blant annet at dersom andre tiltak kunne vært valgt, kan det ikke vektlegges at enerettsmodellen vil kunne gi et enda høyere beskyttelsesnivå.³⁵⁵ Det «andre og mindre inngripende tiltak» som omtales, vil i vårt typetilfelle være en lovregulert lisensmodell med krav til ansvarlighetsverktøy hos selskapene som fikk lisens.³⁵⁶ Lotteritilsynet ville fortsatt innehatt en kontrollfunksjon men en større del av virksomheten ville vært beskjeftiget med oppfølging av lisensvilkårene for de utenlandske selskapene. Pengene ville i en slik modell kommet i form av skatter og avgifter, og ikke direkte overførsel av overskuddet som i utgangspunktet fortsatt ville gått til eierne av selskapet.

³⁵⁴ E-3/06 avsnitt (58).

³⁵⁵ E-3/06 avsnitt (58).

³⁵⁶ St. Meld. 12 s. 66 høyre spalte.

I sakene fra 2007 kom både EFTA-domstolen og nasjonale domstoler til at det var nødvendig med et statlig monopol for å nå det ønskede beskyttelsesnivå.³⁵⁷ Høyesterett kom, i forbindelse med prøvingen av nødvendighetskravet, med uttalelser om prøvingsintensitet som senere ble tillagt avgjørende vekt.³⁵⁸ Før noen av de sentrale momentene i nødvendighetstesten skal vurderes er det følgelig nødvendig å klargjøre noen utgangspunkter for prøvingen av nødvendighet.

4.9.2 Domstolens prøving og hvilken «intensitet» denne har

I punkt 4.4 ble statens skjønnsmargin i saker om pengespill presentert. I Høyesteretts behandling av *Spillautomatsaken* avviste førstvoterende en tilsvarende vid skjønnsmargin ved nødvendighetstesten som ved vurderingen av beskyttelsesnivå generelt.³⁵⁹ Isolert sett er rettens standpunkt korrekt, den samme marginen som tilkjennes ved valg av beskyttelsesnivå vil ikke tilsvare marginen domstolen anvender ved den konkrete prøvingen av nødvendighetstesten.

Høyesterett synes imidlertid med sin uttalelse om man ikke kunne «finne noen uttalelser» om prøvingsintensitet, å avvise all sammenheng mellom statenes initiale skjønnsmargin og prøvingsintensitet ved nødvendighetstesten.³⁶⁰ Følgelig virker retten nesten overrasket ved den senere konstateringen av at EFTA-domstolen «reelt» har innrømmet staten en viss margin for skjønn.³⁶¹ Et oppklarende spørsmål for sammenhengen kan være, hva er egentlig prøvingsintensitet?

Utgangspunktet for spørsmålet er at det skal foretas en *juridisk prøvelse* av lovgivningen som restriksjon på en av de fire frihetene. «Skjønnsmargin» benyttes som begrep for å beskrive det nasjonale- politiske- handlingsrommet innenfor den juridiske prøvingen av lovgivningen. I pengespillsaker er skjønnsmarginen gjennomgående betydelig.³⁶² «Prøvingsintensitet» benyttes for å beskrive handlingensrommets operasjonelle konsekvens for den juridiske prøvingen. Med «operasjonelle konsekvens» menes i avhandlingen betydningen for hvordan domstolen behandler bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Begrepene «skjønnsmargin» og «prøvingsintensitet» er dermed to sider av samme sak. Det ville gi liten mening om overnasjonale domstoler først skulle tilkjenne statene en betydelig skjønnsmargin for deretter å

³⁵⁷ Se eksempelvis Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (108-109).

³⁵⁸ Rt.2007 s. 1003 A avsnitt (104-106).

³⁵⁹ Rt.2007 s.1003 A avsnitt (98)

³⁶⁰ Rt.2007 s.1003 A avsnitt (100)

³⁶¹ Rt.2007 s.1003 A avsnitt (104)

³⁶² E-1/06 avsnitt (29).

foreta en intensiv juridisk prøving. En slik tilnærming ville fjernet betydningen av skjønnsmarginen for alle praktiske forhold.³⁶³ På bakgrunn av utlegningen av hva prøvingsintensitet er, fremstår det helt naturlig at EFTA-domstolen innrømmer staten et «en viss margin» for skjønn ved vurderingen av monopolets nødvendighet, og dermed er tilbakeholden med å overprøve lovgivers vurderinger.

Ovenfor er det nå konstatert at EFTA-domstolen innrømmer staten en viss skjønnsmargin, også i nødvendighetstesten. Spørsmålet er om nasjonale instanser skal legge tilsvarende prøvingsintensitet til grunn i sin juridiske prøvelse av lovgivers vurderinger. Høyesterett synes å mene at det i hvert fall er sammenfall mellom EFTA-domstolens prøvingsintensitet og den som følger av norsk statsskikk.³⁶⁴ I det videre legges til grunn at Høyesteretts uttalelse om prøvingsintensitet i henhold til intern rett er korrekt.

For spørsmålet om prøvingsintensitet generelt må det skilles mellom de to typene dommer som EFTA-domstolen kan avsi. Et traktatbrudssøksmål skal i prinsippet prøve både bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen.³⁶⁵ Etter en slik dom kan Høyesterett legge seg på samme linje med trygghet i at EFTA-domstolen har foretatt en tilstrekkelig prøving. Slik oppfatter jeg også Høyesteretts fremgangsmåte i Spillautomatsaken, jf. Rt. 2007 s. 1003 A. Dersom domstolen ber om en rådgivende uttalelse etter ODA-avtalen artikkel 34 vil EFTA-domstolen overlate spørsmålet om prøvingsintensitet til nasjonale domstoler, men fortsatt med den konsekvens at nasjonale domstoler må vurdere nødvendigheten av tiltaket.³⁶⁶ Nasjonale domstoler må følgelig foreta en juridisk prøving, hvor intensiteten av prøvingen i stor grad er opp til domstolen selv. Hensyn må likevel tas til den skjønnsmargin som generelt er innrømnet på pengespillområdet.

I den konkrete vurderingen vil enkelte av argumentene som ble fremsatt under vurderingen av kravet til egnethet, også ha vekt for vurderingen av nødvendigheten til tiltaket.³⁶⁷ Motsetningsvis er det ikke av betydning for vurderingsterskelen av nødvendighet at tiltaket er legitimt begrunnet og egnet, slik Høyesterett hevder.³⁶⁸ Hvordan Høyesterett kommer til denne konklusjonen på bakgrunn av avsnitt 48 i *Spillautomatsaken* fremstår uklart.³⁶⁹

³⁶³ Planzer 2014 s. 30.

³⁶⁴ Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (106).

³⁶⁵ ODA-avtalen art. 31 andre ledd, jf. art. 35.

³⁶⁶ Planzer 2014 s. 239/240.

³⁶⁷ Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (90).

³⁶⁸ Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (91).

³⁶⁹ Haukeland Fredriksen 2007 s. 298.

Videre må hvert enkelt hensyn vurderes for seg, og i relasjon til hvert enkelt spill.³⁷⁰ For drøftelsen del vil den siste oppdelingen ikke være relevant fordi typetilfellet utelukkende drøfter oddsspillene. Hensynene vil imidlertid bli vurdert hver for seg.

4.9.3 Hensynet til å unngå spilleavhengighet og hensynet til at overskuddet ikke blir en kilde til privat profitt.

Et utgangspunkt for vurderingen av monopolets nødvendighet for å unngå spilleavhengighet er risikoen oddspill medfører for slik avhengighet. Statistikken under egnethetsvurderingen viste moderat risiko ved oddspill. Sammenlignet med kasinospill vil betenkelighetene ved å slippe til private operatører være mindre, noe som isolert sett taler for at statlig monopol ikke er nødvendig.

Drøftelsen av egnethet viste at hensynet til å beskytte individene fra spilleavhengighet er en kombinasjon av begrensing, kanalisering, og kontroll. Et sentralt argument i både *Spillautomat- og Ladbrokes-saken* var at et statlig monopol underlagt kontroll i større grad var egnet til å ivareta de formål som ble forfulgt, særlig hva gjaldt spilleavhengighet.³⁷¹ En slik logikk er også lagt til grunn i St. Meld. 12, hvor det særlig ble vektlagt at private aktører vil ha profitt høyest oppe på prioriteringslisten.³⁷² Det finnes imidlertid ingen empiriske undersøkelser av betydning i Europa eller USA som tilsier at en ordning med lisenser for private aktører gir større andel spilleavhengige.³⁷³ Også at såkalt «uheldig konkurranse», eksempelvis i kampen om lisenser eller spillere, er skadelig for spillerne mangler empirisk støtte.³⁷⁴ Derimot finnes det visse empiriske undersøkelser som støtter at reklamering mot risiko- og problemspillere kan medføre en større grad av spilleavhengighet.³⁷⁵

Det er ikke nødvendigvis slik at domstolen, hverken EFTA- eller nasjonale, skal ta sikte på en fullstendig prøving og avveining av alt tilgjengelig statistisk- og empirisk materiale.³⁷⁶ De undersøkelsene som er henvist til over, vil dermed ikke gis avgjørende vekt. De viser imidlertid at de presumsjonene som EFTA-domstolen la til grunn i *Spillautomatsaken* ikke har særlig empirisk støtte.³⁷⁷ Når det likevel kan påvises en viss sammenheng mellom reklamering og

³⁷⁰ E-3/06 avsnitt (56).

³⁷¹ E-1/06 avsnitt (51), jf. Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (100), E-3/06 avsnitt (59-61).

³⁷² St. Meld. 12 s. 67 venstre spalte.

³⁷³ Planzer 2014 s. 164.

³⁷⁴ Planzer 2014 s. 169.

³⁷⁵ Planzer 2014 s. 183.

³⁷⁶ Planzer 2014 s. 236.

³⁷⁷ Presumsjoner som Høyesterett sluttet seg til, se Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (102).

spilleavhengighet, kan fortsatt kontrollargumentet gis en viss vekt i retning av at det er nødvendig med et statlig monopol. Vekten av momentet må ses i sammenheng med at reklamerings fra de uregulerte aktørene har økt betraktelig de siste 5 årene, i hvert fall sammenlignet med fra Norsk Tipping.³⁷⁸

Et annet argument som ble vektlagt i nødvendighetsvurderingen i *Ladbrokessaken* var at en statlig monopolist ville ha mindre økonomisk incentiv til å bryte reglene og til å drive aggressiv markedsføring.³⁷⁹ Som nevnt ovenfor, er det samme forutsatt av Kulturdepartementet.³⁸⁰ Senere praksis fra EU-domstolen har påpekt at statlige selskaper også vil oppleve interessekonflikten mellom økonomisk god drift og tilbakeholdenhet, tilsvarende som de private aktører.³⁸¹ Den konkrete vurderingen av momentet er imidlertid lagt til nasjonale domstoler.³⁸²

Norske domstoler er, som nevnt i forrige punkt, forsiktige i prøvingen av lovgivers vurderinger på pengespillområdet.³⁸³ Intensiteten av vurdering om Norsk Tipping har færre økonomiske incentiver enn private aktører vil nødvendigvis påvirkes av særlig to andre forhold. For det første har Norge gode erfaringer med enerettsmodellen. Sammenhengen mellom historiske forhold og monopolistens legitimitet har også vært trukket frem i EU-domstolens praksis.³⁸⁴ For det andre vil en overivrig monopolist bli stoppet av tilsynsmyndigheter, eventuelt departementet. Kontroll med monopolistens aktivitet er, som tidligere nevnt, sentralt i helhetsvurderingen av monopolets nødvendighet.³⁸⁵ Disse to forhold vil antagelig medføre at domstolen er tilbakeholden i vurderingen av Norsk Tipping som økonomisk aktør. På denne bakgrunn må synspunktet fra departementet om at Norsk Tipping ikke er like profittorienterte som private aktører, godtas i retning av at monopolet er nødvendig. Argumentets vekt er imidlertid lav fordi det ikke foreligger reelle forhold som i særlig grad støtter konklusjonen, jf. det ovennevnte om manglende empiri, samt manglende begrunnelse i St. Meld. 12.

Selv med en svekkelse av enkelte av de argumentene som ble lagt til grunn i sakene i 2007, vil fortsatt enkelte deler, herunder kontroll med reklamerings, trekke i retning av at monopolet er nødvendig. Av hensyn til skjønnsmarginen fra EFTA-domstolen er det lite trolig at nasjonale

³⁷⁸ Økning på ca. 100 % mot en økning på ca. 60 %.

³⁷⁹ E-3/06 avsnitt (62), jf. også nødvendighetsvurderingen i TOSLO-2004-91873.

³⁸⁰ St. Meld. 12 s. 67 venstre spalte.

³⁸¹ C-12/08 *Zeturf Ltd.*, avsnitt (59-60).

³⁸² C-12/08 *Zeturf Ltd.*, avsnitt (62) og (72) b) første strekpunkt.

³⁸³ Se Rt. 2007 s. 1003 A avsnitt (106).

³⁸⁴ C-42/07 *Liga Portuguesa*, avsnitt (65).

³⁸⁵ C-12/08 *Zeturf Ltd.*, avsnitt (62), E-3/06 avsnitt (62).

domstoler i dag ville forkastet spillmonopolet som ikke tilstrekkelig nødvendig for å oppnå det ønskede beskyttelsesnivå.

4.9.4 Hensynet til å unngå kriminalitet og misligheter

Siden det er tilstrekkelig at ett hensyn oppfyller alle vilkårene vil denne drøftelsen bli kort, men samtidig er det naturlig å vurdere dette hensynet også under det siste vilkåret.

Når det gjelder risikoen for kriminalitet, og særlig kampfiksing, vil oddsspill medføre størst risiko av de spill som tilbys i Norge i dag. Risikoen tilsier følgelig at det skal mer til før lisenssystemet kan regnes tilstrekkelig for opprettholdelse av beskyttelsesnivået.

I *Spillautomatsaken* forkastet EFTA-domstolen hensynet til å unngå kriminalitet og misligheter i nødvendighetstesten. Årsaken var at staten ikke tilstrekkelig beviste at det var nødvendig med et statlig monopol.³⁸⁶

Dagens regjering synes å ha lagt til grunn samme konklusjon som EFTA-domstolen. Begrunnelsen er at i en lisensmodell vil staten ha kontroll med en større del av det totale markedet, og dermed ha bedre forutsetning for å bekjempe kriminalitet.³⁸⁷ EU-domstolen har imidlertid stort sett godtatt hensynet til å unngå kriminalitet og misligheter som en fullverdig begrunnelse.³⁸⁸ I den enkelte sak vil bevisførselen fra staten være avgjørende, jf. det som er sagt over om bevisbyrde. Slik dagens regjering konkluderer, er det dermed vanskelig å se at staten ville fått gjennomslag ved domstolene for at monopolet var nødvendig for å unngå kriminalitet.

Interessant er også at hva gjelder vern av forbrukere mot misligheter, mener regjeringen, uten noen nærmere begrunnelse, det ville gi et bedre vern å gjennomføre en lisensmodell fordi flere tilbydere ville blitt underlagt norsk forbrukervernlovgivning. På bakgrunn av avhandlingens konklusjoner i del I, særlig om lovvalg, vil ikke dette argumentet ha vekt i retning av at lisensmodellen medfører noen bedret stilling.

4.10 Oppsummering og konklusjon

Avhandlingens del II har som nevnt i punkt 4.1.1 forsøkt å vise to perspektiver. For det første har drøftelsene vist at de rettslige rammene ikke er helt sammenfallende med slik de var i 2007.

³⁸⁶ E-1/06 avsnitt (50).

³⁸⁷ St. Meld. 12 s. 73/74

³⁸⁸ Se eksempelvis C-42/07 *Liga Portuguesa*.

Rettstilstanden kan likevel opprettholdes for enerettsmodellen, men som særlig drøftelsen av nødvendighet har vist, er grunnlaget blitt svakere. Enerettsmodellen står dermed ikke like trygt i et EØS-rettslig perspektiv som den engang gjorde.³⁸⁹

Det andre aspektet var å vise noen rammer som vil være relevante dersom staten endrer mening, og åpner for en lisensordning. Her har drøftelsen særlig pekt på de kravene som stilles til aktørutvelgelsen. Unntaket som gjelder i dag vil miste sin virkning dersom lisensmodellen innføres. I så fall åpnes for flere EØS-rettslige krav, som staten må forholde seg til i regulering av pengespillmarkedet.

³⁸⁹ Jf. også avviklingen av det tyske spillmonopolet som dannet bakgrunn for *Stoss-saken*.

5 Skatterettslige spørsmål

5.1 Innledende bemerkninger

Avhandlingens kapittel 5, eller del 3, vil behandle skatterettslige spørsmål som oppstår når spilleren vinner en gevinst gjennom det uregulerte markedet. Analysen skal primært drøfte praktiseringen av fritaksregelen i skatteloven (sktl.) § 5-50 (2), bokstav d.³⁹⁰ I tillegg drøftes lovens begrep «tilfeldige gevinster», herunder kort om grensen mellom inntekt fra hobby og virksomhet. Grensen er relevant, fordi gevinster som stammer fra virksomhet faller utenfor virkeområdet til sktl. § 5-50.

Spørsmålene som oppstår vil berøre forholdet mellom spilleren og staten. Forskjellen fra del 1 og 2 er dermed at spilleren ikke lenger beskyttes av staten gjennom domstolens *ex officio*-plikt til vern av forbrukere, eller av lovgivers beskyttelse for å unngå spilleavhengighet. Allerede her kan imidlertid påpekes at beskyttelsens fra enerettsmodellen strekker seg inn over også gevinstbeskatningen. Særlig i siste drøftelsen om unntaket for «tilsvarende» spill blir disse hensynene tydelige.

Avhandlingens del 3 tar utgangspunkt i at en spiller vinner en ikke ubetydelig gevinst – 100 000,- NOK – på oddsspill i det uregulerte markedet (Betsson), og staten v/skattemyndighetene (staten) i etterkant pålegger spilleren skatteplikt på gevinsten. Med *skatteplikt* menes her en lovfestet plikt til å yte kontantvederlag til staten på bakgrunn av ett gitt økonomisk grunnlag. Avhandlingen har vist, gjennom statistikk, at liveodds blitt en mer populær type spill, også hos Norsk Tipping. I forlengelsen av større popularitet vil gevinster av en viss størrelse sannsynligvis oppstå oftere, og dermed utløse de spørsmål som her skal behandles.

Tvistespørsmålene skal illustreres ved analyse av dom avsagt 19. april 2016 fra Gulating Lagmannsrett.³⁹¹ I analysen av avgjørelsen er rammene som følger av det skatterettslige legalitetsprinsipp relevant. Legalitetsprinsippets betydning vil bli klarlagt ut fra relevante rettskilder, herunder særlig Høyesteretts praksis.

³⁹⁰ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt.

³⁹¹ LG-2015-162007 (UTV-2016-1060).

5.2 Noen ytterligere avgrensninger

Avhandlingens kapittel 5 skal omhandle skatterettslige spørsmål. Det blir imidlertid ikke gitt en like omfattende fremstilling av generelle skatterettslige regler, som eksempelvis av EØS-retten i forrige kapittel. Fokuset er sktl. § 5-50, og de mer generelle utgangspunktene vil, foruten noen innledende betraktninger, bare bli presentert i dersom de har sammenheng med nevnte bestemmelse.

Videre drøftes ikke de mer prinsipielle spørsmål om skattelegging av utbytte fra handlinger som stammer fra ulovlig- eller umoralsk aktivitet. Spørsmålene er godt behandlet av *Berg-Rolness* i 2007, og selv om det moralske grunnlaget kan problematiseres synes den generelle holdning å være at man ikke slipper unna statens beskatningsmyndighet, selv om inntekten stammer fra ulovlig- eller umoralsk aktivitet.³⁹²

Avgrensningene er først og fremst for å begrense omfanget. De har imidlertid også en side til det som er avhandlingens formål, å klarlegge rettstilstanden for noen av de problemstillingene som oppstår i det uregulerte markedet. For avklaringen av de spørsmål som oppstår for aktørene i typetilfellet, er ikke de generelle og prinsipielle betraktningene nødvendigvis viktige.

5.3 Rettslige utgangspunkter og reelle hensyn

Statens beskatningsmyndighet er lagt til Stortinget etter Grl. § 75 første ledd, bokstav a. Stortinget må etter bestemmelsen fatte nye skattevedtak hvert år.³⁹³ Her vil ikke disse skattevedtakene bli særlig drøftet. For analysen er det skattelovens regler som er interessant. Lovens regler må ikke vedtas på nytt hvert år, men systemet med utspring i Grl. § 75 viser at beskatningen i prinsippet vurderes hvert år.

Innkrevingen av skattene er plassert hos utøvende myndighet, jf. Grl. § 18. Følgelig blir skatteinnkreving utøvelse av offentlig myndighet. Konsekvensen av kategoriseringen er at forvaltningsrettslige prinsipper får anvendelse, selv om behandling av skattesaker ikke følger forvaltningslovens regler, jf. sktl. § 1-4.³⁹⁴ For avhandlingen er betydningen at

³⁹² Gregar Berg-Rolness, «Bestikkelser/korrupsjon og uønskede aktiviteter – skatteplikt for ulovlig inntekt», *Jussens venner*, nr. 3 2007, s. 198-215 (Berg-Rolness 2007). Se også Rt. 1999 s. 763.

³⁹³ Fredrik Zimmer, «Lærebok i Skatterett», 7. utgave, Universitetsforlaget, 2014 Oslo (Zimmer 2014) s. 35.

³⁹⁴ Se også Zimmer 2014, s. 39. Saksbehandlingen i skattesaker er regulert i Lov av 20. desember 2016 nr. 120 om skatteforvaltning (sktfvl.) som overtok for Ligningsloven ved årsskiftet.

legalitetsprinsippet får virkning. Konkret hvilke krav legalitetsprinsippet i skatteretten medfører, behandles i analysen av «tilsvarende» - vilkåret i punkt 5.4.

I tillegg til legalitetsprinsippet er det andre hensyn som gjør seg særlig gjeldende i vurderingen av skatterettslige spørsmål. Overordnet gjelder hensynene til rettferdighet og effektivitet. Disse hensynene kan igjen spaltes opp i mer konkretiserte hensyn.³⁹⁵

Blant hensynene er *skatteevneprinsippet* mest relevant for avhandlingen. Skatteevneprinsippet går ut på at skattebelastning skal fordeles ut fra subjektens evne til å bære den.³⁹⁶ Et utslag av prinsippet er at inntektsskatt vanligvis beregnes av nettoinntekt. Beregningsmåten tar hensyn til den øvrige skattebyrde, og utgifter som subjektet ellers måtte ha, f.eks. forsørgelsesbyrde.³⁹⁷ I tilfeller med beskatning av gevinst gis fradrag bare for den innsatsen som relatere seg til den enkelte gevinst, ikke til det totale tapet spilleren har. Hensynet til skatteevne må her ses i lys av det overordnede hensynet til rettferdighet. Siden beskatningen gjelder penger som kommer i tillegg til vanlig arbeidsinntekt, er tanken at gevinsten medfører tilstrekkelige likvide midler for betalingen av skattekravet.

Det overordnede hensynet til effektivitet er også relevant for drøftelser av gevinstbeskatning. Med effektivitet menes at skatten «påvirker skatteyterens atferd på måtes som isolert sett gir et samfunnsøkonomisk tap».³⁹⁸ Formålet er å styre subjektene til andre valg enn i et fritt omsetningsmarked, altså mye det samme som ved etableringen av monopoler.

Hensynet til effektivitet kan også konkretiseres. Relevant for gevinster er særlig *symmetriprinsippet*, som går ut på at et tap vil være «fradragsberettiget i samme utstrekning som en gevinst er skattepliktig».³⁹⁹ Symmetriprinsippet tilsier at beskatning av gevinster skjer ut fra den enkelte gevinst, ellers ville det oppstå en klar asymmetri mellom de som vinner og taper ganske jevnt, og de som omtrent bare taper og dermed ville fått store fradrag for en potensielt skadelig aktivitet.⁴⁰⁰

³⁹⁵ Zimmer 2014 s. 31.

³⁹⁶ Zimmer 2014 s. 31/32.

³⁹⁷ Zimmer 2014 s. 32.

³⁹⁸ Zimmer 2014 s. 33.

³⁹⁹ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 50, med «gevinst» siktes i sitatet til kapitalgevinst helt generelt, men samme utgangspunkt gjelder for gevinster på spill. Symmetriprinsippet er lovfestet i sktl. § 9-4 (1).

⁴⁰⁰ Med «skadelig» menes her skadelig for egen økonomisk situasjon eller helsesituasjon (spilleavhengighet).

5.4 Grensen mellom hobby og virksomhet ved inntekt fra oddspill

5.4.1 Utgangspunktet for beskatning

Utgangspunktet for beskatning er at «enhver fordel vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet» regnes som «skattepliktig inntekt», jf. sktl. § 5-1 (1). De øvrige bestemmelsene i lovens kapittel 5 er stort sett spesialregler som supplerer utgangspunktet.⁴⁰¹ En av disse spesialreglene er sktl. § 5-50 som pålegger skatteplikt på «Tilfeldig inntekt». Bestemmelsens første ledd, samt den relevante unntaksregel, gjengis her i sin helhet:

«§ 5-50. Tilfeldig inntekt

(1) Som skattepliktig inntekt anses tilfeldige gevinster, herunder gevinst ved konkurranse, spill, lotteri og lignende når verdien overstiger 10.000 kroner

(2) Som inntekt regnes ikke, uansett om utbetaling skjer samlet eller oppdelt over en periode, gevinst fra (...)

d) pengespill og lotterier i en annen EØS-stat som godtgjøres å tilsvare de spill eller lotterier som lovlig kan tilbys i Norge, og som er underlagt offentlig tilsyn og kontroll i hjemstaten. Departementet kan gi forskrift til utfylling og gjennomføring av denne bestemmelsen.»

Innholdet av ordlyden «tilfeldige gevinster» har tidligere blitt problematisert i teorien, fordi bestemmelsens vide utforming kunne medføre at den nærmest ble lovens hovedregel om skatteplikt.⁴⁰² En slik forståelse er nå forlatt. Bestemmelsen må ses i lys av de særlige kildene til gevinsten som er oppregnet i ordlyden, blant annet «spill, lotterier og lignende».⁴⁰³

Bestemmelsens systematikk viser at regelen i andre ledd, bokstav d, er en unntaksregel fra hovedregelen om «skattepliktig inntekt» i første ledd. For at unntaksregelen skal komme til

⁴⁰¹Ot.prp. nr. 86 s. 47, Zimmer 2014 s. 171, punkt. 6.5.

⁴⁰²Aarbakke, Magnus, «Skatt på inntekt», 4. utgave, universitetsforlaget, 1990 Oslo s. 183. Se også Zimmer 2014 s. 172, petitavsnitt.

⁴⁰³Ibid.

anvendelse må følgelig gevinsten omfattes av skatteregelen i første ledd. Ordlyden gir i første ledd anvisning på to vilkår, som begge må være oppfylt for at gevinsten skal være skattepliktig etter § 5-50 første ledd. Disse to vilkårene vil drøftes i det følgende.

5.4.2 Beløpsgrensen

For det første må verdien av gevinsten overstige «10.000 kroner». Beløpsgrensen for beskatning fremstår praktisk siden de fleste sjelden vinner større beløp. Symmetriprinsippet taler for at såpass små gevinster hverken gis fradrag for eller beskattes. Motsatt regel ville medført betydelig asymmetri mellom hvem som fikk fradrag, og hvem som ble pålagt skatteplikt.

I sakene, som har omhandlet gevinstbeskatning, har ikke beløpsgrensen vært problematisert. I typetilfelle for herværende kapittel er det lagt til grunn en gevinst på 100 000,-. Gevinsten er følgelig over lovens grense for skatteplikt. Utgangspunktet er at gevinsten beskattes med 24 % etter fradrag av innsatsen.⁴⁰⁴

5.4.3 Inntektskategori

5.4.3.1 Nærmere om «tilfeldige gevinster»

For det andre må inntekten, som skal beskattes etter sktl. § 5-50 være «tilfeldige gevinster». Spørsmålet som oftest oppstår i relasjon til gevinster er grensen mellom hobbyspilling og virksomhet. Særlig for pokerspilling (både fysisk- og nettpoker) har problemstillingen vært behandlet.⁴⁰⁵

Hva gjelder oddsspill har spørsmålet ikke vært prøvd for domstolene. Spørsmålsstillingen blir også for oddsspill om spillingen skal anses som «virksomhet» etter sktl. §§ 5-1 (1), jf. 5-30.⁴⁰⁶ En alternativ spørsmålsstilling, som har vært benyttet av skattedirektoratet (direktoratet) i en bindende forhåndsuttalelse, er hvorvidt gevinsten er «tilfeldig» eller ikke.⁴⁰⁷ Skattelovens system tilsier at den førstnevnte tilnærmingen er den riktige. Dersom inntekt ved gevinst ikke

⁴⁰⁴ <https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/skattesatser-2017/id2514837/>, første punkt i tabellen (sist besøkt 28.4.2017 kl.13:26).

⁴⁰⁵ LB-2014-91404 (UTV-2015-1403) og LG-2015-112442 (UTV-2016-1314), se også Skattedirektoratets prinsipputtalelse i USKD-2006-20 (UTV-2006-495) punkt 6.

⁴⁰⁶ Se blant annet Lagmannsrettens problemstilling i LB-2014-91404 første avsnitt.

⁴⁰⁷ BFU-2005-60, under «Skattedirektoratets vurderingen» fjerde avsnitt, tredje setning.

er «tilfeldig» må inntekten i alle tilfeller beskattes etter ett av alternativene i sktl. § 5-1 (1). Av lovens alternativer vil «virksomhet» være mest nærliggende, og dermed ender skattemyndighetene i samme vurdering uansett.

Spørsmålet kan reises, om det er slik som lagmannsrettens spørsmålstilling i LB-2014-91404 antyder, at gevinst fra lotteri må være enten inntekt fra «virksomhet» eller fra «tilfeldige gevinster»?⁴⁰⁸ En redegjørelse for et tredje alternativ vil imidlertid sprengte rammen for kapitlet. Problemstillingen vil følgelig ikke bli forfulgt videre. For dagens spillere vil uansett vurderingen i møte med skattemyndighetene være mellom de to førstnevnte alternativene. Spørsmålet videre blir dermed om oddsspilling i vårt typetilfelle kan regnes som «virksomhet».

5.4.3.2 «Virksomhets»- kriteriet

Vurdering her vil ta utgangspunkt i den typiske spilleren som beskrevet i innledningen: En solvent spiller, som har underholdning og små gevinster som primært mål. Spilleren forutsettes å ha en annen hovedinntekt, men har nå vunnet en gevinst på 100 000,- NOK. Spørsmålet er om en slik spillers gevinst vil omfattes av ordlyden «fordel vunnet ved virksomhet»? En naturlig forståelse av ordlyden oppstiller for det første et årsakskrav mellom fordel og virksomhetsutøvelsen. I typetilfellet vil et slikt årsakskrav vært oppfylt dersom spillingen anses som «virksomhet».

Ordlyden «virksomhet» har etter en språklig forståelse to betydninger. For det første kan «virksomhet» vise til en bedrift, selskap, arbeidssted etc. For det andre kan virksomhet vise til den aktivitet som utøves. Bestemmelsens øvrige ordlyd kaster lys over forståelsen av virksomhetsbegrepet. Der fremgår at som «virksomhet» omfattes «blant annet fordel vunnet ved omsetning av varer eller tjenester, realisasjon av andre formuesobjekter i virksomheten og avkastning av kapital i virksomheten», jf. § 5-30 (1). Bestemmelsens øvrige utforming viser dermed til de typene aktivitet, som kan medføre inntekt i virksomheten. Følgelig er vurderingen rettet mot *aktivitetens* karakter.

Forarbeidene gir momenter til det som omtales som en «skjønnsmessig vurdering».⁴⁰⁹ Momentene til vurdering er hvorvidt aktiviteten er av et *visst omfang og en viss varighet*, om

⁴⁰⁸ Se note 400.

⁴⁰⁹ Ot.prp. nr. 86 s. 48.

aktiviteten er utøvet for *skatteytetes regning og risiko*, aktivitetens *økonomiske karakter*, og om den objektivt sett er *egnet til å gi økonomisk overskudd*.

For spilleren i typetilfellet legges til grunn at spillingen foregår over flere år, og med innsats som tilsvarer tilstrekkelig omfang. Spilleren bruker også sine egne penger, så aktiviteten vil utøves for skatteytetes regning og risiko. Momentet som oftest reiser tvil er hvorvidt slik aktivitet, objektivt sett, er egnet til å gi overskudd. Forarbeidene viser også at dette momentet skal vektlegges tungt, ved at aktivitet som ikke gir «rimelig mulighet» for overskudd «faller utenfor virksomhetsbegrepet». ⁴¹⁰

Lagmannsretten har under henvisning til en såkalt prinsipputtalelse fra direktoratet, uttalt at gevinster fra poker som «hovedregel vil bli beskattet som tilfeldig inntekt». ⁴¹¹ Pokerspilling er generelt ansett å inneholde mindre grad av tilfeldighet enn oddspill, siden spilleren ikke kan påvirke kamputfallet på samme måte som en pokerspiller kan påvirke hvordan en hånd spilles. Hovedregelen må følgelig også for oddspill, være beskatning som tilfeldig inntekt.

Direktoratet har behandlet to saker med oddspill, som gjaldt grensedragningen mellom virksomhet og hobby. I 2014 behandlet direktoratet spørsmålet om oddsinntekter fra utenlandsk nettkasino kunne anses som virksomhetsinntekter. ⁴¹² Rettskildevekten av en slik uttalelse er liten da den er knyttet til et konkret faktum, og heller ikke direkte bindende for partene. Argumentasjonen i uttalelsen er derimot generell, og gir dermed momenter til vurderingen. Under iakttagelse av hensynet til forutberegnelighet og til likebehandling, konkluderer direktoratet med at gevinster fra oddspill ikke vil gi tilstrekkelig *langvarig- og påregnelig* inntekt, og faller dermed utenfor virksomhetsbegrepet. Begrunnelsen er at vurderingen av hvorvidt oddsspilling er egnet for å gå med overskudd, må vurderes i etterkant. Motsetningsvis gjøres vurderingene vanligvis i forkant gjennom driftsplaner, kalkyler, og markedsaktivitet mv. ⁴¹³ Direktoratet mente følgelig det ville medføre for tilfeldige utslag om man skulle vurderer oddsspilling som virksomhet.

Standpunktet fra direktoratet fremstår i utgangspunktet som velbegrunnet. Samtidig er beregning av fremtidig inntekt en øvelse som kan være vanskelig også for andre typer aktivitet, f.eks. aksjemegling eller investeringsprosjekter. Hvor stor vekt hensynet til forutberegnelighet

⁴¹⁰ Ot.prp. nr. 86 s. 48.

⁴¹¹ LB-2014-91404.

⁴¹² USKD-2014-14 (UTV-2014-575).

⁴¹³ USKD-2014-14 (UTV-2014-575).

kan tillegges er derfor, etter mitt syn, usikkert. Hensynet til likebehandling veier tyngre da oddsspilling som hovedregel vurderes som hobbyinntekt. Vekten av hensynet til likebehandling i spørsmålet om inntekten er tilstrekkelig *langvarig og påregnelig*, kan ytterligere forsterkes gjennom en vurdering av spillings art. Den følgende vurderingen er også relevant for vurderingen av hvorvidt oddsspilling er aktivitet av *økonomisk karakter*.

Oddsspilling foregår ved at spilleren plasserer en gitt innsats, for eksemplets del 100,- NOK, på utfallet av en sportsbegivenhet. For enkelhets skyld vil utgangspunktet her være en cupfinale, altså en kamp som må avgjøres (uavgjort er utelukket). Spillselskapet setter en viss odds på seier til hvert av lagene. Oddssettingen er basert på dataprogrammer som sammenligner statistiske data, og oddsetterens subjektive vurderinger av lagenes sportslige situasjon. Lagene i eksemplet er like gode på disse parameterne. Da skulle man i utgangspunktet tenke seg at oddsen på begge lag ble satt til 2.00. Oddsen ville dermed tilsvart vurderingen av lagenes vannersjanser, nemlig at to like gode lag vinner annen hvert oppgjør. Ved slik oddssetting ville spilleren vunnet 200,- og tapt 100,- annenhver gang. Marginen for spilleren blir dermed 0,- NOK.⁴¹⁴

Den observante leser har sett at spillselskapet aldri ville gått med overskudd (statistisk sett) på et slikt system. Selskapet innfører derfor en margin som plasserer oddsen litt under det som statistikk og sportslige vurderinger gir grunnlag for. I eksemplet vil oddsen på utfallene sannsynligvis vært 1.90.⁴¹⁵ Overført til vanlig kasino kan vi si at spillselskapet introduserer det grønne feltet fra ruletten, slik at «huset» alltid går med overskudd over tid.

Som eksemplet viser, er direktoratets generelle regel om at oddsspilling i utgangspunktet ikke er egnet å gå med overskudd over tid, også begrunnet i statistiske betraktninger om spillenes art. Spillerne som går med overskudd vil være statistiske avvik, og kan vanskelig danne grunnlaget for en generell regel. Ordlyden gir også anvisning på «virksomhet» som vurderingstema, og ikke hvem som utøver virksomheten. Direktoratets vurdering av oddsspilling som uegnet til å gi overskudd over tid må følgelig være korrekt.

Overskuddsmomentet skal etter forarbeidene tillegges stor vekt, og vil som hovedregel medføre at en aktivitet ikke anes som virksomhet. Drøftelsen medfører imidlertid at også momentet

⁴¹⁴ Dominic Cortis, «EXPECTED VALUES AND VARIANCES IN BOOKMAKER PAYOUTS: A THEORETICAL APPROACH TOWARDS SETTING LIMITS ON ODDS», *The Journal of Prediction Markets* 2015 Vol 9 No 1, s. 1-14, s. 4, punkt 3.

⁴¹⁵ Gjerne kalt «bookmakers margin» eller «spread».

økonomisk karakter trekker i retning av at oddsspilling er hobbyaktivitet. Forarbeidene omtaler momentet med utgangspunkt i formålet med aktiviteten, herunder at hobbyer vil falle utenfor virksomhetsbegrepet «så lenge slike aktiviteter ikke har økonomisk siktemål».⁴¹⁶ Høyesterett har i *Vister-saken*, inntatt i Rt. 1965 s. 1159, påpekt at vurderingen av aktivitetens formål ikke kunne være basert på «Visters subjektive motivering». Avgjørende må være om «grunnlaget for inntektservervet objektivt sett er av den [økonomisk] art» (min tilføyelse).⁴¹⁷ Som sitatet viser er vurderingen av aktivitetens formål objektiv. Dommen er avsagt etter en nå opphevet lovbestemmelse, men någjeldende skattelov har ikke tatt sikte på å innføre materielle endringer. Følgelig vil praksis til eldre lovbestemmelser fortsatt ha relevans.⁴¹⁸

Som eksemplet over viste, vil oddsspilling, statistisk sett, ikke gi mulighet for å tjene penger. Eksemplet er en forenklet variant, og det kan tenkes spillere som vinner også over en viss tid ved hjelp av «hull» i selskapenes systemer.⁴¹⁹ Med utgangspunkt i vårt alminnelige typetilfelle vil spillingen derimot ikke kunne antas å ha økonomisk siktemål. En slik oppfatning vil i tilfelle være rent subjektiv, og stort sett en overvurdering av egne ferdigheter fra spilleren.

Momentet *økonomisk karakter* trekker etter det ovennevnte også i retning av at oddsspilling ikke er virksomhet. Momentet trekker følgelig i samme retning som vurderingen av overskuddsmuligheten. Konklusjonen blir dermed at oddsspilling ikke kan regnes som «virksomhet» etter sktl. § 5-30 (1), men må bedømmes som «tilfeldige gevinster» etter sktl. § 5-50.

5.5 Fritaksregelen fra skatteplikt for enkelte gevinsttyper

5.5.1 Sktl. § 5-50 (2) bokstav d

Gevinsten på 100 000,- NOK til spilleren i vårt typetilfelle, må etter forrige drøftelsen i utgangspunktet skattes i tråd med sktl. § 5-50 (1). I bestemmelsens andre ledd fremgår, som vist ovenfor, en unntaksregel for enkelte typer gevinster. Gevinster fra lotterier og spill, som tilbys gjennom enerettsmodellen, er unntatt skatteplikt uavhengig av gevinstens størrelse, jf. Sktl. § 5-50 (2), bokstav a-c. Når gevinsten stammer fra de uregulerte selskapene er det relevante unntaket § 5-50 (2), bokstav d. Unntaksregelen ble inntatt i 2003 etter at ESA påpekte

⁴¹⁶ Ot.prp. nr. 86 s. 48.

⁴¹⁷ Rt. 1965 s. 1159, s. 1161/1162.

⁴¹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 86 s. 13. punkt 2.3.2.2, se også Zimmer 2014 s. 50.

⁴¹⁹ Se som eksempel faktum i saken som Skattedirektoratet vurderte i BFU-2005-60.

at den gamle skattebestemmelsen var diskriminerende da den påla skatteplikt på gevinster fra alle utenlandske spillerselskaper, uavhengig av type spill og selskap.⁴²⁰ Etter lovendringen var formålet at skattefritaket også skulle gjelde for «pengespill innenfor EØS-området som er tilsvarende de pengespill som er tillat i Norge».⁴²¹

Ordlyden i bestemmelsen oppstiller flere vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. Gevinsten må stamme fra «pengespill (...) i en annen EØS-stat som godtgjøres å tilsvare de spill (...) som lovlig kan tilbys i Norge, og som er underlagt offentlig tilsyn og kontroll i hjemstaten.»

Avhandlingen tar som nevnt utgangspunkt i spilltjenester tilbudt fra Malta, som utvilsomt er «annen EØS-stat». Det må også anses utvilsomt at oddsspilling er «pengespill» i lovens forstand. I lagmannsrettens dom LG-2015-162007, som skal drøftes nedenfor, ble det lagt til grunn at Betsson hadde hjemmel for spilltilbudet etter maltesisk lov. I det videre legges også til grunn at Betsson oppfyller kravet til «offentlig tilsyn og kontroll i hjemstaten», jf. § 5-50 (2), bokstav b.

Tvilen knytter seg til forståelsen av kravet om at pengespillet skal «tilsvare de spill (...) som lovlig kan tilbys i Norge». To ulike tolkninger har vært vurdert i rettspraksis. Den første tolkningen er at vurderingen må knytte seg til hvorvidt *spillformen* som gevinsten stammer fra er *tilsvarende spillformer som lovlig tillates i Norge*. Eksempelvis at oddspill på idrettsbegivenheter er tillat både i Norge og på Malta. Den andre tolkningen er at vurderingen knytter seg til hvorvidt lisensen for å tilby spillet, er gitt til et *selskap med et formål som ligger innenfor enerettsmodellens rammer*.⁴²²

Analysen vil videre drøfte unntaket for tilsvarende spill med utgangspunkt i dommen LG-2015-162007. Først skal sakens faktum, standpunkt, og begrunnelsen for standpunktet redegjøres for. Deretter skal analyseverktøyet, det skatterettslige legalitetsprinsippet, redegjøres for. Til slutt skal lagmannsrettens tolkning anvendes på vårt typetilfelle og analyseres i lys av legalitetsprinsippet.

⁴²⁰ Ot.prp. nr. 1 (2003-2004) punkt 6.1 og 6.2 særlig første avsnitt.

⁴²¹ Ot.prp. nr. 1 punkt 6.3 første setning.

⁴²² LG-2015-162007, under «Lagmannsretten skal bemerke» åttende avsnitt.

5.5.2 Lagmannsrettens dom LG-2015-162007

Dommen ble avsagt 19. april 2016 og gjaldt gyldigheten av Skatteklagenemndas vedtak i et tilfelle hvor en hobby spiller (spilleren) fra Bergen som vant 90 394 725,- NOK på Betssons spilltjeneste «Mega Fortune». Spillet karakter har ikke forskjeller som tilsier en annen beskatning enn for gevinst på oddspill.⁴²³

Spilleren, som var den ankende part etter å ha tapt saken i tingretten,⁴²⁴ mente gevinsten var fritatt beskatning etter unntaksbestemmelsen i andre ledd bokstav d. Betsson trådte også inn som partshjelper i saken. Sakens parter ble dermed alle partene i tre-partsforholdet som avhandlingen tar utgangspunkt i.

Lagmannsrettens kom til at gevinsten ikke stammet fra et spill eller lotteri som var «tilsvarende» de som var lovlige i Norge. Spillet ble først konstatert å være innenfor lotteridefinisjonen, jf. lottl. § 1 første ledd, bokstav b. Vurderingen av om spillet var «tilsvarende» de spill som tilbys i Norge, ble foretatt ut fra kravene som stilles til en lotteritillatelse etter lottl. § 6 andre ledd, jf. § 5 første ledd.

Lovens § 5 første ledd fastslår at «lotteri kan bare avholdes til inntekt for et humanitært eller samfunnsnyttig formål». Vurderingen ble etter lovens krav gjort med utgangspunkt i Betssons formål, som hovedsakelig var - og er - privat profitt. På bakgrunn av at profittformålet konkluderte lagmannsretten med at selskapet ikke ville fått lisens til å avholde spillet i Norge. Dermed oppfylte ikke spillet «Mega Fortune» vilkårene i unntaksregelen.⁴²⁵ Betsson mente at siden deler av overskuddet gikk til gode formål gjennom lisensavgift og skatt, var ikke selskapet et rent kommersielt selskap. Retten var ikke enig i Betssons betraktning. Argumentet ble avvist under henvisning til «selskapets kommersielle hovedformål». Retten mente følgelig at selskapets hovedformål var avgjørende for om spillet tilsvarte «de spill eller lotterier som lovlig kan tilbys i Norge».⁴²⁶

Lagmannsrettens presisering av vilkåret «tilsvarende» ble i stor utstrekning begrunnet med uttalelser fra lovforarbeidene. Formålsangivelsen som ble vektlagt fremgår av proposisjonen, og fastslår at formålet er «å avgrense mot rent kommersielle spill, (...) hvor det er private

⁴²³ LG-2015-162007, under fremstillingen av sakens faktum.

⁴²⁴ TBERG-2014-159179 (UTV-2015-1855).

⁴²⁵ LG-2015-162007, under «Lagmannsretten skal bemerke» ellefte avsnitt.

⁴²⁶ LG-2015-162007, under «Lagmannsretten skal bemerke» tolvte avsnitt.

subjekter som sitter igjen med overskuddet fra spillet». ⁴²⁷ Retten kom på denne bakgrunn med presiseringen av vilkåret for «tilsvarende» spill, nemlig «at spill[et] som tilbys ikke har kommersielt formål, og at overskuddet i sin helhet skal tilfalle allmennyttige eller humanitære formål.» ⁴²⁸ (min tilføyelse).

5.5.3 Det skatterettslige legalitetsprinsippet

Utgangspunktet for det skatterettslige legalitetsprinsippet er det alminnelige forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, som er hjemlet i GrL. § 113. Av ordlyden fremgår at «Myndighetens inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.» Prinsippet er forstått som en norm, som setter skranker for hvilke inngrep myndigheten kan iverksette overfor borgerne. ⁴²⁹ Skatteplikt må etter legalitetsprinsippet pålegges gjennom lov, eller tilsvarende rettslige virkemidler. ⁴³⁰

Høyesterett har presisert kravene til legalitetsprinsippet for skatteretten. I *Ytterbøe-saken*, inntatt i Rt. 1990 s. 1293, var spørsmålet hvordan en bestemmelse om beskatning av avsetning til konsolideringsfond for personlig næringsdrivende, skulle forstås. Retten kommenterte at statens lovforståelse «verken i loven eller dens forarbeider [var] kommet til uttrykk med den klarhet som må kreves for at skatteyterne skal kunne innrette seg etter regelverket». ⁴³¹ Videre presiserte retten at «hensynet til *forutberegnelighet* på skatterettens område må tillegges betydelig vekt» (min kursivering). ⁴³² Som sitatene viser stiller legalitetsprinsippet krav til både klarhet og forutberegnelighet. ⁴³³

Høyesterett har kommet med ytterligere presiseringer i nyere praksis, som er sentral for analysen i avhandlingen. I dommen inntatt i Rt. 2014 s. 1281 anførte skattyteren at legalitetsprinsippet medførte at eventuell tolkningstilstand ledet til avgiftsfritak. ⁴³⁴ Høyesterett besvarte anførselen benektende, og poengterte at «tolkningstilstand må løses ut fra hva som er best

⁴²⁷ LG-2015-162007, under «Lagmannsretten skal bemerke» femte avsnitt.

⁴²⁸ LG-2015-162007, under «Lagmannsrettens skal bemerke» åttende avsnitt.

⁴²⁹ Alf Petter Høgberg og Morten Kinander, «Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011 s. 15-55 (Høgberg og Kinander 2011), s. 18, punkt 2.1.

⁴³⁰ Zimmer 2014 s. 27. Som eksempel kan nevnes Stortingets skattevedtak som også er tilstrekkelig hjemmel.

⁴³¹ Rt. 1990 s. 1293 s. 1297.

⁴³² Rt. 1990 s. 1293 A s. 1297.

⁴³³ Uttalelsene er fulgt opp i konsistent Høyesterettspraksis, se bl.a. Rt. 2014 s. 227 A avsnitt (41), Rt. 2014 s. 1229 A avsnitt (36).

⁴³⁴ Rt. 2014 s. 1281 A avsnitt (47).

i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne.».⁴³⁵

Tatt på ordet kunne Høyesteretts formulering i Rt. 2014 s. 1281 forstås som to ulike øvelser. Uttalelsen er imidlertid etter mitt syn en illustrasjon av legalitetsprinsippets ulike sider. I rettspraksis og rettsteorien er det presisert at legalitetsprinsippet både setter krav til *hvor* hjemmelen for skatteplikt stammer fra, men også *kvaliteten* ved hjemmel.⁴³⁶ Kravet til hjemmelens kvalitet begrunnes særlig i kravet til forutberegnelighet, altså at borgeren skal kunne forutse sin skatteplikt, jf. *Ytterbøe-saken* s. 1297.

Legalitetsprinsippets operasjonelle side kan på bakgrunn av redegjørelsen så langt betraktes som et rettskildeprinsipp. Prinsippet stiller krav til valg av primært rettsgrunnlag i relevansfasen, jf. også ordlyden i Grl. § 113.⁴³⁷ I slutningsfasen vil prinsippet stille krav til hvor usikker forståelsen av ordlyden og forarbeidene kan være, før tolkningen som gir den snevreste plikten for borgerne bør velges. Til sist vil prinsippet fungere i vektingsfasen, som en motvekt til de hensyn som begrunner en eventuell utvidelse av plikten for borgeren.⁴³⁸ For vår analyse er særlig de to siste fasene sentrale. Først i vurderingen av om lagmannsrettens tolkning av ordlyden og forarbeidene er tilstrekkelig klar, og deretter hvordan løsningen som tolkningsresultatet gir i vårt typetilfelle, skal veies mot kravet til forutberegnelighet.

5.5.4 Unntaket for «tilsvarende»- spill

5.5.4.1 Slutningsfasen

Ordlyden som ble vurdert i dommen virker å være begrepet «tilsvarende».⁴³⁹ Termen «tilsvarende» følger ikke av lovbestemmelsen, men av forarbeidene. Forskjellen ved bøyningen av «å tilsvare» til «tilsvarende» er ikke nødvendigvis av betydning. Problemet med en slik tilnærming er at lagmannsretten så bort fra den delen av ordlyden som etter ankende parts syn var det sentrale, nemlig at «å tilsvare» retter seg mot «de spill eller lotterier som lovlig kan tilbys i Norge». Spørsmålsstilling blir følgelig noe bredere enn hva lagmannsretten la til grunn.

⁴³⁵ Rt. 2014 s. 1281 A avsnitt (48).

⁴³⁶ HR-2016-2017-A avsnitt (58), Nygaard 2012 s. 64, Roald Hopsnes og Raymond Solberg, «Legalitetsprinsippet», *Jussens Venner*, nr. 2, 2005, s. 77-155 (Hopsnes og Solberg 2005), s. 135.

⁴³⁷ Begrepet «primært rettsgrunnlag» stammer fra Nygaard 2012, se eksempelvis s. 35.

⁴³⁸ Nygaard 2012 s. 63/64, Hopsnes og Solberg 2005 s. 135 og 137.

⁴³⁹ LG-2015-162007, under «Lagmannsretten skal bemerke» fjerde og femte avsnitt.

Vurderingen er innholdet av ordlyden «å tilsvare de spill eller lotteri som lovlig kan tilbys i Norge», ikke isolert av termen «tilsvarende».

Etter bokmålsordboka betyr «tilsvare» å «svare til» eller «være lik».⁴⁴⁰ Ordlyden gir dermed klart uttrykk for at det skal foretas en sammenligning av to størrelser. Tvilen er hvilke størrelser som skal inngå i sammenligningen. Bestemmelsens ordlyd angir «de *spill* (..) som *lovlig* kan tilbys i Norge» (mine kursiveringer). En naturlig forståelse av «spill» er, etter mitt syn, typen spill, altså den aktivitet som skjer mellom spilleren og spillselskapet. Ordlyden presiserer at spillet må «lovlig» kunne tilbys i Norge. En naturlig forståelse av «lovlig kan tilbys» gir, etter mitt syn, ett utgangspunkt for hvilke spill som kan være aktuelle for bevisføringen med sikte på likhet, ikke en angivelse av monopollovgivningens krav som vurderingstema. Uavhengig av hvilken slutning man faller ned på, må ordlyden sies å være uklar.

I proposisjonen blir ordlyden forsøkt presisert. Som allerede nevnt, la lagmannsretten vesentlig vekt på lovgivers uttalelser. Formuleringene fremstår imidlertid noe motsigende. Først presiseres at «det stilles de samme kravene til utenlandske spill som til norske, dersom gevinster fra utenlandske spill også skal omfattes av skattefritaket», og videre at «uttrykket «tilsvarende» bør således referere seg til hva som er tillat etter norsk lovgivning».⁴⁴¹ I disse sitatene synes lovgiver å mene at vurdering følger kravene fra monopollovgivningen, slik lagmannsretten også landet på.

Deretter virker det imidlertid som lovgiver nyanserer sitt eget standpunkt gjennom en oppregning av momenter, herunder at det burde komme «klart frem at det bare er spillformer som er tillat i Norge som kan omfattes av skattefritaket, at spillet må ha hjemmel i lov og avholdes i henhold til en offentlig gitt tillatelse, og at spillet må være underlagt offentlig regulering og kontroll».⁴⁴² De siste delene av sitatet «offentlig regulering og kontroll» finnes igjen i siste del av første punktum i bokstav d. Kravet om hjemmel i lov og offentlig gitt tillatelse er derimot ikke inntatt i bestemmelsens ordlyd. Disse momentene virker overflødig dersom spillet skal vurderes etter kravene fra monopollovgivningen, hvor det utvetydig fremgår krav både om hjemmel i lov og om offentlig tillatelse, jf. spill. § 2 første ledd og lottl. § 6 annet, jf.

⁴⁴⁰ http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=+tilsvare&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=be gge (sist besøkt 28.4.2017 kl. 13:54).

⁴⁴¹ Ot.prp. nr. 1 punkt 6.3.

⁴⁴² Ot.prp. nr. 1 punkt 6.3.

første ledd. Uttalelsene trekker dermed også i retning av den forståelsen som spilleren anla, at det er selve spillformen som må sammenliknes, i tillegg til de øvrige oppregnede momenter.

Lovgiver avsluttet oppregningen av momentene med en presisering av formålet, som lagmannsretten la avgjørende vekt på.⁴⁴³ I likhet med momentlisten fremstår presiseringen av formålet overflødig dersom spillet skal vurderes etter enerettsmodellens lovgivning, siden lovgivningen eksplisitt presiserer at overskuddet skal gå til veldedige formål, jf. spill. § 1 tredje ledd, jf. § 10 og lottl. § 5 første ledd.

Ligningspraksis har heller ikke klargjort nærmere hvordan «tilsvarende»- kriteriet skal forstås. I Skatte-ABC 2016/2017⁴⁴⁴ kommenteres bevisbyrden på følgende måte; «Skattyter må kunne godtgjøre (...) at det *aktuelle spillet* tilsvarer de spill eller lotterier som lovlig kan tilbys i Norge».⁴⁴⁵ Ordlyden presiserer det «aktuelle spillet» som vurderingstema. Ligningspraksis kan følgelig ikke tas til inntekt for at spillselskapets hovedformål er vurderingstemaet.

Lagmannsrettens tilnærming er utvilsomt effektiv for å oppnå avgrensningen mot kommersielle aktører. Slutningene som foretas er imidlertid lite forutsigbare fordi ordlyden er uklar og forarbeidene noe selvmotsigende. Retten trekker også utelukkende frem de uttalelsene i forarbeidene som støtter opp om den formålsrettede tolkningen, ikke de øvrige uttalelsene. De nyanseringene som forarbeidene inneholder medfører at slutningen fremstår juridisk tvilsom, og dermed også vanskelig tilgjengelig for spillerne. Slutningen fra ligningspraksis trekker heller ikke i retning av rettens syn, og opprettholder følgelig uklarheten som følger slutningene fra ordlyd og forarbeider.

Uklarheten, og dermed uforutsigbarheten som rettens forståelse medfører, illustreres hvis samme forståelse anvendes på vårt typetilfelle. Siden gevinsten er vunnet på oddsspill, må pengespilloven anvendes til forskjell fra lotteriloven i dommen, jf. spill. § 1 første ledd, bokstav a. I pengespilloven er ikke angivelsen spillets formål formulert som et vilkår, slik som i lottl. § 5. Etter spill. § 1 tredje ledd fremgår at «Loven skal sikre at (...) det legges til rette for at overskuddet skal gå til formål som nevnt i § 10». Vurderingen blir dermed straks mer komplisert siden identifikasjonen mellom vilkåret for spillet som sådan, og selskapets adgang til å tilby spillet, ikke er like klar som etter lottl. § 6 andre ledd, jf. § 5.

⁴⁴³ LG-2015-162007, under «Lagmannsretten skal bemerke» åttende avsnitt.

⁴⁴⁴ Tidl. Lignings-ABC.

⁴⁴⁵ Se kommentarene til «tilfeldige gevinster», punkt 2, fjerde strekpunkt.

Spørsmålet for typetilfellet blir om formålsbestemmelsen i spill. § 1 skal oppfattes som utgangspunkt for vurderingen av hvilke spill som er unntatt skatteplikt. En slik forståelse er ikke naturlig da bestemmelsen tar sikte på å angi *lovens* formål, ikke *spillene eller spillselskapenes* formål. Spilleren må ved anvendelse av formålet som vilkår for skatteplikt, videre til spill. § 10 for å undersøke hvilke formål overskuddet skal tilgodese.

Etter spill. § 10 andre ledd skal «Overskuddet fra spillvirksomheten og datterselskap fordeles først med 6,4 % til helse og rehabiliteringsformål. Deretter fordeles resterende overskudd med 64 % til idrettsformål, 18 % til kulturformål og 18 % til samfunnsnyttige eller humanitære organisasjoner». Som sitatet viser er pengfordelingen mer konkretisert enn etter lottl. § 5 første ledd. En annen forskjell er at lottl. § 5 første ledd, som nevnt, benytter overskuddsfordelingen som et vilkår. I spill. § 10 er overskuddsangivelsen formulert som en fordelingsbestemmelse. Hverken ordlyden i spill. §§ 1 tredje ledd eller 10 andre ledd, tilsier at overskuddsfordelingen er et absolutt vilkår for at spillet skal kunne tilbys.

I pengespilloven er det sentrale vilkåret for formidling at spillet tilbys gjennom «et statlig aksjeselskap», jf. spill. § 3, jf. § 13. Skattefritakets anvendelse for oddspill vil, med lagmannsrettens tolkning, forutsette at gevinsten er vunnet hos et selskap der staten eier alle aksjene. I motsatt fall vil ikke spillet «kunne tillates etter spillovgivningen og heller ikke lovlig kunne tilbys». ⁴⁴⁶

Pengespillovens kriterier vil etter forrige avsnitt medføre at gevinster fra private spillselskaper ikke godtas, uavhengig av hva overskuddet går til. Eksempelvis kan det tenkes en situasjon der en norsk spiller i et annet EØS-land deltar i et oddspill organisert av et privat selskap, som har fått delegert oppgaven å avholde statlige pengespill. Et vilkår for delegeringen vil da kunne være at hele overskuddet skal gå til staten. ⁴⁴⁷ I et slikt tilfelle kan spilleren ikke benytte skattefritaket all den tid selskapet ikke oppfyller kravene i pengespilloven. Sammenlignet med lagmannsrettsdommen ville spilleren derimot kunnet benyttet skattefritaket dersom han hadde spilt, i samme EØS-land, på en spilltype som er omfattet av ordlyden «lotteri», siden lotteriloven ikke stiller krav om statlig eierskap.

Gjennomgangen av rettskildene, og anvendelsen av tolkningen på vårt typetilfelle viser, etter mitt syn, at lagmannsrettens tolkning av «tilsvarende»- kriteriet er uklar, lite forutberegnelig og

⁴⁴⁶ LG-2015-162007, under «Lagmannsretten skal bemerke» syvende avsnitt.

⁴⁴⁷ Se blant annet gjengivelsen av *Sporting Exchange-dommen* fra EU-domstolen i punkt 4.5.5 hvor det privateide selskapet Betfair hadde søkt på konsesjonen for å tilby online- oddspill i Nederland.

gir inkonsekvente løsninger. Lagmannsrettens tolkning vil imidlertid være med på å verne om enerettsmodellen og de formål som begrunner denne. Spørsmålet videre er om formålsangivelsene i forarbeidene kan tillegges avgjørende vekt også for vårt typetilfelle, eller om hensynene til klarhet og forutberegnelighet gir en annen løsning.

5.5.4.2 Vektingsfasen

Analysen over viste at lagmannsrettens tolkningsresultat anvendt på avhandlingens typetilfelle etter sktl. § 5-50 (2) bokstav d, er uklart og lite forutsigbart. Etter mitt syn innfortolker domstolen en presisering. En presisering som i realiteten gir bestemmelsen et snevrer anvendelsesområde enn ordlyden skulle tilsi. Spørsmålet her er hvor stor vekt legalitetsprinsippet gis i retning av det resultat som følger av isolert av ordlyden, og som ikke gir hjemmel for spillerskapets formål i vurderingen av tilsvarende spill.

Selv om ordlyden inneholder en kjerne som ligger utenfor lagmannsrettens tolkning, er bestemmelsen fortsatt ikke klar. Dersom ordlyden var klarere, ville legalitetsprinsippet medført at loven måtte tillegges særlig stor vekt.⁴⁴⁸

Forarbeidene har uttalelser i begge retninger. I retning av lagmannsrettens tolkning trekker særlig forarbeidenes formålsangivelse; en hensiktsmessig avgrensning mot private aktører. Formålet som her presenteres er smittet over fra enerettsmodellen, og regelen har potensial til å lede spillere til det regulerte markedet. Vekten av forarbeidenes formålsangivelse er imidlertid usikker. Høyesterett har i *Ytterbøe-saken* påpekt at «Det som er uttalt i lovforarbeidene om lovens formål, (...) kan ikke tillegges avgjørende vekt ved lovtolkningen. Det er heller ikke etter min mening entydig».⁴⁴⁹

Sitatet viser at Høyesterett mente formålsangivelser ikke kan tillegges avgjørende vekt dersom loven er vag, spesielt ikke når forarbeidene er flertydige. Selv om Høyesteretts uttalelser var prinsipielt utformet er det forhold ved vårt typetilfelle som medfører at vekten, både av rettens uttalelser og forarbeidenes formålsangivelse, må nyanseres.

For det første gjelder vårt typetilfelle et unntak fra en allerede etablert skatteplikt, jf. sktl. § 5-50 (1). Bestemmelsen som pålegger skatteplikten er både klar og forutsigbar i sin utforming.

⁴⁴⁸ Nygaard 2012 s. 189, under punkt 3.

⁴⁴⁹ Rt. 1990 s. 1293 A s. 1296/1297.

Siden tolkningstvilen her gjelder et unntak fra skatteplikt bør legalitetsprinsippet gis mindre vekt enn i *Ytterbøe-saken*. Høyesterett har også tatt til ordet for en slik relativisering av legalitetsprinsippet i skatteretten, jf. Rt. 2005 s. 577 A, *Baker Hughes II*. Uttalelsen gjaldt riktignok periodisering av kostnader, men det samme bør gjelde for andre deler av skattelovgivningen enn etablering av skatteplikt.⁴⁵⁰

For det andre bør også det legislative verdigrunnlaget medføre at legalitetsprinsippets vekt nyanseres i vårt typetilfelle. Legalitetsprinsippets kjerneområde er vern av borgeren mot inngrep fra staten.⁴⁵¹ En viktig del av begrunnelsen, både i dag og historisk, er å forhindre maktmisbruk.⁴⁵² Innskrenkningen av unntaksregelen i sktl. § 5-50 (2) bokstav d, står her i en spesiell stilling. Begrunnelsen for den presiserende fortolkningen var hensynet til enerettsmodellens vilkår for spill. Enerettsmodellen avgrensning til spill hvor overskuddet går til gode formål har, som vist i kapittel 4, til hensikt verne spilleren mot risiko for spilleavhengighet og å utsettes for kriminalitet. Hensynene bak formålets vekt er altså ikke primært større tilskudd til offentlige midler (selv om dette blir resultatet), men hensyn som verner borgerne. Enerettsmodellens regulering er streng, men har samtidig bred demokratisk legitimitet siden to regjeringer med ulik politisk forankring har gått inn for en videreføring. Den legitimitet som enerettsmodellen har i samfunnet må, etter mitt syn, medføre at de hensyn som modellen hviler på gis betydning som verdigrunnlag, også ved tolkning av f.eks. skatteregler. Sktl. § 5-50 (2) bokstav d, er nettopp en regel som også tar sikte på å atferdsregulere spilleren inn i det regulerte markedet.⁴⁵³ Fra statens side medfører følgelig en innskrenkning av unntaksregelen ikke noen form for tilsiktet forfordeling av fellesskapet. Derimot vil legalitetsprinsippet her måtte veies mot andre hensyn med samme overordnede formål, nemlig å verne den enkelte borger.

De to faktorene over viser at legalitetsprinsippets vekt, og dermed hvilken vekt forarbeidenes formålsangivelse kan tillegges, må nyanseres sammenlignet med *Ytterbøe-saken*. Kjernen i legalitetsprinsippet som likevel ligger fast, er skatteyternes innrettelsesmulighet.⁴⁵⁴

Tolkningsspørsmålet er for øvrig ikke avklart av Høyesterett, og underrettspraksis er såpass sparsom at det vil vanskelig kunne sies å gi uttrykk for noen klar praksis og gis dermed heller

⁴⁵⁰ Rt. 2005 s. 577 A avsnitt (34).

⁴⁵¹ Jf. Grl.§ 113, Hopsnes og Solberg 2005 s. 85, Høgberg og Kinander 2011 s. 18.

⁴⁵² Hopsnes og Solberg 2005 s. 82.

⁴⁵³ Bogart 2010 s. 52.

⁴⁵⁴ Jf. sitatet fra Rt. 1990 s. 1293 A, *Ytterbøe-saken* i punkt 5.4.2, jf. også Rt. 2005 s. 577 A avsnitt (34).

ikke særlig vekt.⁴⁵⁵ Retningslinjene for ligningspraksis presiserte, som nevnt, at spilleren må føre bevis for at det «aktuelle spillet» tilsvarer spill tillat i Norge. Vekten av denne typen uttalelser er omdiskutert, men Høyesterett har tillagt uttalelsene vekt, i hvert fall der de taler for et resultat i skattyters favør.⁴⁵⁶ Samlet sett vil hverken rettspraksis eller ligningspraksis kunne tillegges særlig vekt i retning av et bestemt tolkningsresultat.

En tolkning som den lagmannsretten la opp til, forutsetter at utenlandske selskaper vurderes opp mot vilkårene for de godkjente spillselskaper i enerettsmodellen. Et monopol er prinsipielt sett opprettet for å stenge ute andre aktører enn monopolisten. Lovgivningen som skaper monopolen vil følgelig ikke ha som formål å være tilpasset andre aktører. Å vurdere andre selskaper etter kriterier som følger av monopollovgivningen fremstår dermed kunstig, og taler mot at lovgiver har ment en slik forståelse. Betrakningen over må imidlertid ses i lys av at lovgiver i 2002-2003 vanskelig kunne forutse hvordan det uregulerte markedet ville utvikle seg. En klar formålsangivelse som den forarbeidene inneholder, må følgelig kunne tillegges vekt, særlig når lovens ordlyd ikke helt passer på dagens organisering av det uregulerte markedet.

I valg av løsning må også hensyn som gjør seg gjeldende på skatterettens område vurderes. Som vist i punkt 5.3, medfører hverken skatteevneprinsippet eller hensynet til rettferdighet noen særlige betenkeligheter med å skattlegge spillerens gevinst. Hensynet til effektivitet vil her måtte gis særlig vekt, siden dette hensynet nettopp forstås som et ønske om å påvirke skatteyterne til å ta andre valg enn i et helt fritt marked.

Med avgjørende vekt på at legalitetsprinsippets betydning må nyanseres for vårt typetilfelles vedkommende, og at hensyn både fra enerettsmodellen og skatteretten trekker i samme retning, blir konklusjonen, under tvil, at lagmannsretten tolkning må godtas innenfor legalitetsprinsippets rammer. Presiseringen av unntaket for skatteplikt i sktl. § 5-50 (2) bokstav d, vil følgelig gjelde også avhandlingens typetilfelle.

⁴⁵⁵ Zimmer 2014 s. 53/54.

⁴⁵⁶ Se f.eks. Rt. 2001 s. 1444, *Skøyen Næringspark*, s. 1455.

5.6 Hvorfor oppstår tolkningsproblemet og hvordan kan det løses?

5.6.1 Årsaker til lovbestemmelsen utforming

Analysen har vist at domstolene har en utfordring da lovens utforming ikke samsvarer med lovgivers intensjon. Lagmannsretten kan derfor vanskelig klandres for at de ønsker å finne en løsning, som ivaretar ønske om å unngå at spillere benytter seg av utenlandske spillselskaper.

Etter min oppfatning er det særlig tre årsaker til at tolkningsproblemet har oppstått. Disse vil bli presentert kort i det videre. Deretter avsluttes kapitlet med noen betraktninger om hvordan skattefritaksbestemmelsen burde vært utformet.

Den første årsaken har allerede vært antydning innledningsvis i analysen, nemlig ESAs grunngitte uttalelse som foranlediget endringen. Av forarbeidene fremgår at norske myndigheter ikke var enige i ESAs vurdering.⁴⁵⁷ Formålet med bestemmelsens endringer var å oppfylle kravene fra ESA. Med myndighetens holdning til spørsmålet er det naturlig at lovgivningen ble gitt et innhold som begrenser seg til de kravene som ble reist fra ESA i 2002, og ikke et innhold som nødvendigvis er mest mulig praktikabelt. Selv om det ikke er grunn til å tro annet enn at lovgivningsarbeidet har vært samvittighetsfullt, vil det være urealistisk å forvente at den bakenforliggende motivasjonen for endringen ikke påvirket prosessen.

Den andre årsaken til at bestemmelsen har fått et noe uklart innhold er endrede samfunnsforhold. Særlig vises denne delen av problemet ved bruken av termen «*spill*» i ordlyden, jf. § 5-50 (2), bokstav d. I analysen over er det konkludert med at lagmannsretten la til grunn at «*spill*» måtte forstås som en identifikasjon mellom spillet og selskapet som tilbyr spillet. I dag forstås «*spill*» gjerne som ett av flere spill tilbudt fra et spillselskap. Dermed gir ikke ordlyden «*spill*» den identifikasjonen som kan ha vært tiltenkt av lovgiver, som nærmest syns å likestille *spill* med *spillselskap*. Sammenligningsvis har skattelovens ordlyd og forarbeidene vært klar på at selskapet er det sentrale ved vedtakelsen av lignende ordlyd i sktl. § 8-10 (2).⁴⁵⁸

Den tredje årsaken er at § 5-50 gjelder en del av skatteretten som pålegger skatteplikt på en aktivitet som i lang tid har blitt oppfattet som umoralsk.⁴⁵⁹ Særlig hva gjelder beskatning av gevinster fra selskaper utenfor monopolet, vil staten fort kunne bli oppfattet som en profitør på

⁴⁵⁷ Ot.prp. nr. 1, punkt 6.1.

⁴⁵⁸ Ot.prp. nr. 38 (2008-2009) s. 6.

⁴⁵⁹ Se drøftelsen av hensynet til at pengespill ikke skal være en kilde til privat profitt i punkt 4.7.5.

umoralsk aktivitet. Slike betraktninger medfører at skatteleggingen av slike områder gjerne ikke gis like mye oppmerksomhet som andre, mindre betente, områder.⁴⁶⁰

5.6.2 Betraktninger om bestemmelsen *de lege ferenda*

Analysen har illustrert at unntaksbestemmelsen i sktl. § 5-50 (2), bokstav d, er vanskelig å innrette seg etter både for skattytere og domstolene. En revisjon av bestemmelsen vil etter mitt syn være nødvendig i møte med et stadig økende marked av utenlandske spillselskaper. Danmark har åpent for et lisenssystem med strenge kontrollrutiner, og høye avgifter og skatter for selskapene. Gevinster fra disse selskapene vil reise problemer som kan ligne på de i vårt typetilfelle.

Lovgivers formål har vært å avgrense unntaksregelen til spillselskaper hvor hele nettooverskuddet går til samfunnsnyttige eller veldedige formål. Så lenge norske pengespill er organisert i et monopolsystem, må det være unødvendig å komplisere ordlyden mer enn at nettopp kravet til selskapenes overskudd fremkommer av ordlyden.

Eksempelvis kunne bestemmelsen sett slik ut:

«d) pengespill og lotterier i en annen EØS-stat som godtgjøres å [stamme fra tilbyder som tilsvarende de tilbydere som lovlig kan tilby tilsvarende] spill i Norge, og som er underlagt offentlig tilsyn og kontroll i hjemstaten.»

Dersom ordlyden fikk en slik utforming ville forholdet mellom spill og spillselskap tydeliggjøres i ordlyden, og samtidig måtte begge delene tilsvare nasjonale forhold for at gevinsten skulle vært skattefri. Spillerne ville dermed kunne innrette seg etter at både *spillformen* og *spillselskapet* måtte tilsvare det som tilbys i Norge. Lagmannsretten resultat ville ved en slik ordlyd kunnet ivareta formålene med bestemmelsen, samtidig som det var klarere for spilleren at spillformen alene ikke var avgjørende.

⁴⁶⁰ Berg-Rolness 2007 s. 214/215.

6 Avsluttende betraktninger

Tittelen stiller spørsmålet om hvor langt enerettsmodellen strekker seg. Analysen av de tre ulike typetilfellene har illustrert at det ikke er noe entydig svar på spørsmålet. Del I viste at hensynet til spilleren som forbruker ivaretas gjennom andre regler, og dermed var ikke enerettsmodellens øvrige hensyn sterke nok til å gis gjennomslag. Del II viste det motsatte ytterpunktet, at hensynene til det frie markedet i EØS ikke var sterke nok til at enerettsmodellen måtte tilsidesettes. Samtidig viste analysen at selv om enerettsmodellen er innenfor kravene fra EØS-avtalen, legger avtalen strenge krav på praktiseringen av monopolet. Enerettsmodellen er således under konstant press fra de kryssende interesser i det uregulerte markedet. Del III viste at på enkelte områder strekker formålene bak enerettsmodellen seg inn over rettsspørsmål som oppstår med utgangspunkt i det uregulerte markedet.

På bakgrunn av analysene kan noen generelle observasjoner trekkes frem. For det første viser analysene i særlig del I og II, at de rettslige spørsmålene som oppstår i det uregulerte markedet har rettskildetilfang med sterkt internasjonalt preg. For det andre viser analysene at enerettsmodellen strekker seg ut over sitt lovbestemte virkeområde, som er nasjonale pengespill. Enerettsmodellen er styrende både for internasjonale tilbyderes tilgang innenfor EØS-markedet, og for hvordan spillerens gevinst skal beskattes, selv etter at spilleren har tatt et bevisst valg om å spille i det uregulerte markedet. For det tredje viser analysene, etter mitt syn, at løsningene for rettsspørsmålene i det uregulerte markedet i liten grad er forutberegnelige. Manglende forutberegnelighet følger som en konsekvens av de to første observasjonene, fragmentert rettskildebilde og legislative verdier som virker utenfor lovens avgrensninger.

Årsaken til manglende forutberegnelighet går etter mitt syn lenger enn den juridisk tvil, som isolert sett kan oppstå på mange rettsområder. Den viktigste årsaken er sterk politisk vilje for bevaring av en reguleringsmodell som tiden, til en viss grad, har løpt ifra. En uttalelse fra St. Meld. 12 er illustrerende. Under vurderingen av hvilken modell som best fremmer hovedformålet, ansvarlige pengespill, uttaler departementet at enerettsmodellen fortsatt er det beste alternativet dersom «Norske myndigheter klarer å stengje uregulerte operatører ute fra marknaden».⁴⁶¹ Problemene med departementets forutsetning er flere. Kort kan nevnes at internett har vist seg vanskelig å kontrollere,⁴⁶² manglende samarbeid på tvers av landegrenser i Europa for å stoppe det uregulerte markedet,⁴⁶³ og manglende sanksjonsmuligheter ovenfor

⁴⁶¹ St. Meld. 12 s. 69 høyre spalte.

⁴⁶² Bogart 2010 s. 274-276.

⁴⁶³ Hamarutvalget s. 34, punkt 6.2.3.

de uregulerte tilbyderne.⁴⁶⁴ Disse problemene ligger i varierende grad utenfor statens kontroll, og derfor burde fokuset heller være på enerettsmodellen sentrale subjekt; spillerne.

Flere retts sosiologiske fremstillinger har problematisert samfunnets påvirkning på virkningen av lover og andre rettslige reguleringer.⁴⁶⁵ Sammenhengen mellom retten og samfunnet er også et viktig aspekt i rettsdogmatikken.⁴⁶⁶ Enerettsmodellens rettslige virkning i det uregulerte markedet er, som analysene har vist varierende, og dermed usikre. For at modellens skal lykkes i forsøket på atferdsregulering er staten avhengig av samfunnet, herunder spillernes vilje til å benytte det regulerte markedet. Særlig viktig er spillernes vilje siden monopolisten må være tilbakeholden med å fremme attraktiviteten i eget tilbud.

Drøftelsen i punkt 4.7.5 viste at samfunnsfordømmelse mot det pengespill generelt, er på tilbakegang. I en undersøkelse fra Lotteritilsynet svarte over 60 % at de var usikre på om det uregulerte markedet var ulovlig i Norge.⁴⁶⁷ Tendensen er følgelig at atferdsreguleringen ikke har den støtten i samfunnet den etter mitt syn er avhengig av.

Hovedformålet med enerettsmodellen er ansvarlige pengespill, altså unngå at personer utvikler seg til risiko- eller problemspillere. I drøftelsen av modellens egnethet for å forhindre spilleavhengighet ble det vist til statistikk, som viste at andelen spillere i problemgruppen er høyere hos oddsspillene i det uregulerte markedet.⁴⁶⁸

Lovgivende og utøvende myndighet fortsetter altså med en prinsipiell deling av markedet, som ikke har utpreget støtte i samfunnet, og som har vanskeligheter med å plukke opp de spillerne som trenger hjelp. Enerettsmodellen består likefullt som påvirkningselement for de rettslige løsningene i det uregulerte markedet.

For domstolene medfører valget, etter mitt syn, en fortsatt stillingtagen til problemer som ikke har et spesielt egnet rettskildegrunnlag i nasjonal rett, og vikende støtte i samfunnsnormene.

⁴⁶⁴ Jf. norske myndigheters begrensede strafferettslige jurisdiksjon, jf. Straffeloven § 4 første ledd.

⁴⁶⁵ Se Bogart 2010 s. 49 flg. Thomas Mathiesen, *Retten i samfunnet – En innføring i retts sosiologi*, Oslo 2011 s. 192 flg.

⁴⁶⁶ Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Retts, samfunn og demokrati*, 3. opplag, Oslo 2010 s. 122-123. Sejersted mfl. 2011 s. 31 punkt 2.1.2 andre avsnitt, Jens Edvin A. Skoghøy, «Retts, politikk og moral», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1997 s. 837-881, s. 851 flg. punkt 3.

⁴⁶⁷ Hamarutvalget s. 31, siste faktaboks.

⁴⁶⁸ Se også oppsummeringen i St. Meld. 12 s. 39, punkt 4.2.3.

Kildeliste

Lover og forskrifter:

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene

Lov 1. juni 1927 nr. 3 om veddemål ved totalisator

Lov 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp

Lov 14. juni 1985 nr. 61 om verdipapirhandel

Lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v.

Lov 28. august 1992 nr. 103 om pengespill m.v.

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Lov 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier m.v.

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Lov 20. juni 2014 nr. 27 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler.

Lov av 20. desember 2016 nr. 120 om skatteforvaltning

Forskrift 19. februar 2010 nr. 184 om forbud mot betalingsformidling for pengespill som ikke har norsk tillatelse

Konvensjoner:

Wienkonvensjonen av 23. mai 1969 om traktatretten

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), ikrafttredelsen i Norge, 01.01.1994

Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen) ikrafttredelsen i Norge, 01.01.1994

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen) ikrafttredelsen i Norge, 01.01.1994.

Konvensjon om domsmyndighet og om annerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 30. oktober 2007.

Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390

Forarbeider og andre publikasjoner fra det offentlige:

Justis- og politidepartementet, «Utkast til lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område», 20. mai 1985, Jnr 1450/85 E BN/uwg

Ot.prp. nr. 84 (1998-1998) Om lov om lotterier m.v og Statens Lotteritilsyn

St.meld. nr. 2 (1990-1991) Revidert nasjonalbudsjett for 1991

Ot.prp. nr. 52 (1991-1992) Om lov om pengespill m.v.

Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) Om lov om lovvalg i forsikring, lov om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens vedlegg V punkt 2 om fri bevegelighet for arbeidstakere m.v innenfor EØS og lov om endringer i enkelte lover som følge av EØS-avtalen

Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) Om lov om endring i avtaleloven

NOU 1997:14 Spillet om pengene - Om opprettelse av et lotteritilsyn

Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) Ny skattelov

Ot.prp. nr. 84 (1998-1998) Om lov om lotterier m.v og Statens Lotteritilsyn (lotteriloven) [Sendt tilbake til Regjeringen, se Innst.O. nr. 33 (1999-2000).]

Ot.prp. nr. 36 (1999-2000) Om lov om opplysningsplikt og angrerett mv. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted (angrerettloven)

Ot.prp. nr. 44 (2002-2003) Om lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen

Ot.prp. nr. 1 (2003-2004) Skatte- og avgiftsopplegget 2004 - lovendringer

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp. nr. 38 (2008-2009) Om lov om endringer i skatteloven

Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) Om lov om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker

Prop. 13 L (2015-2016) Endringer i pengespilloven (andel av Norsk Tippings overskudd til helse- og rehabiliteringsformål)

Prop. 64 L (2013-2014) Lov om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven) (gjennomføring av direktiv 2011/83/EU om forbrukerrettigheter)

St.meld. nr. 12 (2016-2017), «Alt å vinne – Ein ansvarleg og aktiv pengespelpolitikk», presentert 16. desember 2016

BFU-2005-60

USKD-2006-20 (UTV-2006-495)

USKD-2014-14 (UTV-2014-575)

Skatte-ABC 2016/2017

Utenlandske lover og offentlige dokumenter:

REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008, *on the law applicable to contractual obligations, Rome I*

Regulation (EC) No 1215/2012 Brüssel I regulation (recast)

EUs direktiv 93/13 av 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrukeravtaler

EUs direktiv 1999/44 av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier.

EUs direktiv 2011/83 av 25. oktober 2011 om forbrukerrettigheter, om endring av rådsdirektiv 93/13/EØF og av europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF og om oppheving av rådsdirektiv 85/577/EØF og av europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF. [Forbrukerdirektivet]

Explanatory Report til Luganokonvensjonen av 2007, - av prof. Fausto Pocar (Pocarrapporten) 2009/C 319/01

Rettspraksis:

Norges Høyesterett

HR-2016-2249-A (UTV-2016-1909)

HR-2016-2554-P

Rt. 1953 s. 1132 A

Rt. 1965 s. 1159 A

Rt. 1990 s. 1293 A

Rt. 1993 s. 312 A

Rt. 1999 s. 763-A

Rt. 2000 s. 996 A

Rt. 2001 s. 1444 A

Rt. 2004 s. 981 A

Rt. 2004 s. 1582 A

Rt. 2005 s. 577 A

Rt. 2005 s. 833 A

Rt. 2007 s. 1003 A

Rt. 2009 s. 1537 A

Rt. 2011 s. 531 A

Rt. 2011 s. 897 A

Rt. 2014 s. 227 A
Rt. 2014 s. 1229 A
Rt. 2014 s. 1281 A
Rt. 2006 s. 391 U
Rt. 2006 s. 1089 U
Rt. 2010 s. 883 U
Rt. 2011 s. 149 U
Rt. 2012 s. 12 U
Rt. 2012 s. 57 U
Rt. 2015 s. 1951 U
HR-2014-951-F
HR-2014-1098-F

EFTA-domstolen:

Sak E-09/97, *Erla Maria Sveinbjörnsdottir v. Iceland*, 1998, EFTA Ct. Rep s. 95
Sak E-1/06, *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 8
Sak E-3/06, *Ladbrokes Ltd mot Norge v/ kirke-og kulturdepartementet og mat-og landbruksdepartementet*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 86
Sak E-24/13, *Casino Admiral AG og Wolfgang Egger*, EFTA Ct. Rep. 2014 s. 732
Sak E-14/15, *Holship Norge AS v. Norsk Transportarbeiderforbund*, (Ennå ikke i EFTA Ct. Rep), avsagt 19. april 2016

EU/EF-domstolen og Generaladvokatens uttalelser:

Dom av 21. juni 1978, *Société Betrand*, C-150/77, EU:C:1978:137
Dom av 19. januar 1993, *Shearson Lehmann Hutton*, C-89/91, EU:C:1993:15
Dom av 24. mars 1994, *Schindler*, C-275/92, EU:C:1994:19
Dom av 3. juli 1997, *Benincasa v. Dentalkit*, C-269/95, EU:C:1997:337
Dom av 1. juni 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269
Dom av 16. september 1999, *Farmitalia*, C-392/97, ECLI: EU:C:1999:416
Dom av 18. november 1999, *Teckal*, C-107/98, EC:C:1999:562
Dom av 27. juni 2000, *Oc ano Gruop and Salvat Editores*, C-240/98 - C-244/98, EU:C:2000:346
Dom av 7. desember 2000, *Telaustria og Telefonadress mot Telekom Austria AG*, C-324/98, EU:C:2000:669
Dom av 6. november 2003, *Gambelli m/flere*, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597

Dom av 20. januar 2005, *Johann Gruber*, C-464/01, EU:C:2005:32

Dom av 1. mars 2005, *Owusu*, C-281/02, EU:C:2005:120

Dom av 13. oktober 2005, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, ECLI:EC:C:2005:605

Storkammerdom av 6.mars 2007, *Placanica m/flere*, forente saker C-338/04, C-359/04 og C-360/04, ECLI:EU:C:2007:133

Dom av 26. oktober 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675

Dom av 8. september 2009, *Liga Portuguesa de Fuetbol Profissional, Bwin International Ltd mot Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, C-42/07, ECLI:EC:C:2009:519

Dom av 6. oktober 2009, *Kommisjonen mot Spania*, C-153/08, ECLI:EU:C:2009:618

Dom av 3. juni 2010, *Sporting Exchange Ltd mot Minister van Justitie*, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307

Storkammerdom av 8. september 2010, *Markus Stoss m/flere*, forente saker C 316/07, C 358/07 til C 360/07, C 409/07 og C 410/07, ECLI:EU:C:2010:504

Dom av 7. desember 2010, *Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG And Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller*, C-585/05 og C-144/09, EU:C:2010:740

Dom avsagt 30. juni 2011, *Zeturf Ltd. v Premier ministre*, C- 212/08, ECLI:EU:2011:437

Dom av 8. juli 2010, *Sjøberg og Gerdin*, forente saker C-447/08 og 448/08, ECLI:EU:C:2010:415

Dom av 15. september, 2011, *Dickinger og Ömer*, C-347/09, EU:C:2011:582

Dom av 15. november 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG m.fl. v. Samskip GmbH*, C-456/11, EU:C:2012:719

Dom av 24.januar 2013, *forente saker Stanleybet Ltd og William Hill Ltd mot Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon og Ypourgos Politismou*, C-186/11, ECLI:EU:C:2013:33

Dom av 14. mars 2013, *Ceska sporitelna*, C-419/11, EU:C:2013:165

Dom av 22. januar 2015, *Stanleybet international Betting Ltd og Stanleybet Malta Ltd v Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Dogane e dei Monopoli di Stato*, C-436/13, ECLI:EU:C:2015:25

Dom av 4. februar 2016, *Sebat Ince*, C-336/14, ECLI:EU:C:2016:72

Opinion of Advocate General Mengozzi, delivered on 3 March 2010, *Stoss mfl.*, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 og C-410/07, ECLI:EU:C:2010:109

Utenlandske dommer:

Dom av 20. desember 2010 fra High Court of Justice, Queens Bench Division, Commercial Court.

Underrettspraksis:

LB-2003-15111

LB-2013-75148

LB-2014-91404 (UTV-2015-1403)

LB-2015-51137

LB-2015-79670

LG-2015-112442 (UTV-2016-1314)

LG-2015-162007 (UTV-2016-1060)

TOSLO-2004-91873

TOSLO-2012-34947

TOSLO-2012-34975

TOSLO-2014-162223

TBERG-2014-159179 (UTV-2015-1855)

Litteratur:

Aarbakke, Magnus, «Skatt på inntekt», 4.utgave, universitetsforlaget (1990 Oslo)

Anderson M. Paul m/flere, «Sports Betting: Law and Policy», Asser international sports law series (2012 Haag)

Arnesen, Finn, «Om den fellesskapsrettslige regulering av urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1996 s. 884-904

Arnesen, Finn og Stenvik, Are, *Internasjonalisering og juridisk metode – særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave (Oslo 2015).

Baudenbacher, Carl, «[M]å fortolkes på bakgrunn av økonomiske betraktninger»: refleksjoner omkring EFTA-domstolens rettspraksis, *Lov og rett nr. 8 2016*, s. 459-483

Bekkedal, Tarjei, «Privilegerte foretak og monopoler – fellesskapsrettens skranker», *Jussens Venner*, nr. 3, (Oslo 2006), s. 142-170

Berg-Rolness, Gregar, «Bestikkelser/korrupsjon og uønskede aktiviteter – skatteplikt for ulovlig inntekt», *Jussens venner*, nr. 3 2007, s. 198-215

Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, 6. utgave (Bergen 2008)

Bernt, Jan Fridthjof, «Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelse av juridiske tvilsspørsmål», *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.) (Oslo 2009) s. 31-43

Bernt, Jan Fridthjof, og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, 3. opplag, (Oslo 2010)

Blandhol, Sverre, «Er rettsanvendelsen i EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesensforskjellig fra norsk rettskildelære?», *Lov og Rett* 2005 s. 316-327 (LOR-2005-316)

Bogart, W. A., *Permit But Discourage: Regulating Excessive Consumption*, (Oxford University Press 2010)

Buendia Sierra, JL 1999, Exclusive Rights And State Monopolies Under EC Law : Article 86 (Formerly Article 90) Of The EC Treaty, Oxford: Oxford University Press, eBook Collection (EBSCOhost), EBSCOhost.

Bull, Henrik, *Det indre marked for tjenester og kapital – import av finansielle tjenester*, Universitetsforlaget, (Oslo 2002)

Cordes, Jørg, Laila Stenseng, Peter Lenda, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, 2. utgave 2010, Oslo

Cordero-Moss, Guiditta, «Lovvalg og jurisdiksjon for kontrakter om salg av fast eiendom - og noen bemerkninger om andre kontrakter med tingsrettslige virkninger», *Jussens Venner*, 2010 s. 295-322, (JV-2010-295)

Cordero-Moss, Guiditta, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, (2013 Oslo)

Cortis, Dominic, «EXPECTED VALUES AND VARIANCES IN BOOKMAKER PAYOUTS: A THEORETICAL APPROACH TOWARDS SETTING LIMITS ON ODDS», *The Journal of Prediction Markets* 2015 Vol 9 No 1, s.1-14

Eldjarn, Erik, *Materiell prosessledning*, (Tromsø, september 2015)

Frantzen, Torstein, «Tvisteloven og Luganokonvensjonen - En replikk til Skoghøy», *Lov og rett* 2012 s. 379-381

Frantzen, Torstein, «Tvisteloven og Luganokonvensjonen - duplikk til Skoghøy», *Lov og rett* 2012, s. 573-575

Frantzen, Torstein, «Guiditta Cordero-Moss: Internasjonal privatrett på formuerettens område», *Lov og Rett* 8/2014, s. 502-505

Fekjær, Hans Olav, «Gambling and gambling problems in Norway», Paper presentet at the 4th conference of the European Association for the Study of Gambling, Warsaw, (Poland, 23. september 2003)

Haukeland Fredriksen, Halvard «Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning – En kommentar til Høyesteretts dom i spilleautomatsaken» i *Jussens venner* nr. 5, (Oslo 2007), s. 295-305

Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Universitetsforlaget (Oslo 2009)

Heimdal, Lars Anders, «Norsk internasjonal privatrett og bokhandleren til besvær», *Lov og Rett*, 01-02/2010, s. 68-75

Hopsnes, Roald, og Raymond Solberg, «Legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* nr. 2, 2005, s. 77-155

Hörnle, Julia, og Birgitte Zammit, *Cross-border Online Gambling Law and Policy*, (Celtenham/Northampton 2010)

Høgberg, Alf Petter, og Morten Kinander, «Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011 s.15-55

- Konow, R, Berte-Elen, «Vernetings og rettsvalg ved internasjonale forbrukerkjøp», *Rett og toleranse. Festskrift til Helge Johan Thue, 70 år*, Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.) (Oslo 2007) s. 271-288
- Littler, Alan, Member States versus the European Union, *the regulation of Gambling*, Martinus Nihoff Publishers, (Boston 2011)
- Manshaus, Halvor, «Private pengespill på internett», *Complex 4/97*, 1997 s. 1-110.
- Magnus, Ulrich, Peter Mankowski (red.): Brussel I Regulation, Munchen 2007, utgitt i serien European Commentaries on Private Law
- Mathiesen, Thomas, *Retten i samfunnet – En innføring i retts sosiologi*, Oslo 2011
- Nesvik, Marie, «Lovvalg, erstatning for straffbare handlinger begått av en utlending i utlandet – Høyesteretts dom 13. april 2011», *Nytt i privatretten*, nr. 4 2011 s. 25-26
- Neergaard, Ulla, og Ruth Nielsen, *EU RET*, 6. reviderte utgave (København 2010).
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, 3. opplag, (Bergen 2012).
- Sæther Mæhle, Synne, «Gjelder andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene», *Jussens venner 2004*, s. 329-342
- Planzer, Simon, «Gambling law», s. 687-702, *The Handbook of EEA-law*, Carl Baudenbacher (ed.), 2016, Springer International publishing, Switzerland.
- Planzer, Simon, «Empirical views on European Gambling Law and Addiction», *Studies in European Economic Law and Regulation, Volume 1*, Kai Purnhagen (ed.), Springer International Publishing (Switzerland 2014)
- Ragno, F. (2009). *The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation. Rome I Regulation* (pp. 129-170). Köln: Sellier de Gruyter.
- Ruud, Morten, og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave (Oslo 2011)
- Schei, Tore, m.fl. «Tvisteloven kommentarutgave», 2. utgave (2013 Digital utgave)
- Sejersted, Fredrik, m.fl. *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011)
- Siekman, C.R. Robert, kapittel 6 s.107-161, *Sports Betting: Law and Policy*, 2012, Anderson M. Paul m/flere, Asser international sports law series, Haag
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Tvisteløsning», 2. utgave (2014 Oslo)
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Rett, politikk og moral», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1997 s. 837-881
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Tvisteloven og Lugano-konvensjonen», *Lov og rett*, 2012 s. 193-194
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Tvisteloven og Lugano-konvensjonen - en duplikk til Frantzen», *Lov og rett*, 2013 s. 438-441
- Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i Den Europeiske menneskerettskonvensjon*, 1. utgave (Tromsø 2010).
- Stone, Peter, *EU private international law*, second edition, Elgar European law, (Celtenham/Northampton 2010)

Tang, Z.S. (2015). Protective Choice of Law in the European Union. *In Electronic consumer contracts in the conflict of laws (Studies in Private International Law)*. Oxford: Published in the United Kingdom by. Retrieved November 7, 2016

Torvund, Olav, «Dette er ikke for amatører», *Lov og Data* 12, 2012. (LoD-2012-112-26)

Zimmer, Fredrik, «Lærebok i Skatterett», 7. utgave, Universitetsforlaget (2014 Oslo)

St. Oren, Joakim. "International Jurisdiction over Consumer Contracts in e-Europe." *International and Comparative Law Quarterly* 52.Part 3 (2003): 665-696

Andre kilder:

«Grenselaure pengespel – krev ny teknologi ny regulering?» Rapport fra ekspertgruppe, nedsatt av Kulturdepartementet juni 2013, overlevert Kulturdepartementet desember 2014 (Hamarutvalget)

<https://www.nordicbet.com/no/vilkar#Anchor27> (sist besøkt: kl.09.09, 22.09.2016). Terms and Conditions (V.2 DATED 2nd August 2016) punkt 27.1

<https://info.betsson.com/about/no/> (sist besøkt 27.10.2016, kl. 10.00)

<https://www.nordicbet.com/no/vilkar#Anchor1> (sist besøkt 30.09.2016, kl.10.13)

<http://www.svd.se/okad-omsattning-for-betsson> (sist besøkt 30.09.2016, kl.11.43)

<https://www.youtube.com/watch?v=0BhKGXGTSc0> (sist besøkt 07.10.2016 kl.10.38)

<https://www.nordicbet.com/en/terms#Anchor1> (sist besøkt 23.10.2016 kl.16:13)

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/taps grense-for-spill-fra-norsk-tipping/id2500484/> (sist besøkt 19.12.2016)

<https://hjelpelinjen.no/> (sist besøkt 04.01.2017 kl.1617)

<https://lottstift.no/wp-content/uploads/2015/11/Omfang-av-penge-og-dataspillproblemer-i-Norge-2013.pdf> (04.01.2017 kl.1620)

https://lottstift.no/wp-content/uploads/2016/06/WEB-Rapport_befolkningsundersokelsen.pdf (begge sist besøkt 04.01.2017 kl.1620)

<https://www.youtube.com/watch?v=R14RaM1EZNw> (sist besøkt 06.01.2017 kl.1319)

<https://lottstift.no/wp-content/uploads/2015/09/Retningslinjer-for-markedsf%C3%B8ring-i-regi-av-Norsk-Tipping-og-Norsk-Rikstoto-nov-14.pdf>, punkt 2.4. (sist besøkt 06.01.2017 kl.1420)

<https://lottstift.no/nb/pengespill/norsk-tipping/tilsyn-med-norsk-tipping/> (sist besøkt 07.01.2017 kl.1210)

<http://doga.squarespace.com/the-danish-gaming-act/> (sist besøkt 10.03.2017 kl. 18:17)

<https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/skattesatser-2017/id2514837/> (sist besøkt 17.03.2017 kl.14:51)

http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=+tilsvare&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge (sist besøkt 03.03.2017 kl.16.06)

<https://www.ccmalta.com/publications/malta-gaming-industry-growth-in-2016> (sist besøkt: 01.04.2017 kl. 12:43)

<http://e24.no/naeringsliv/pengespill/oppheves-spillmonoplet-norsk-tipping-tror-ikke-konkurrentene-godtar-ansvarlighetskrav/23455791> (sist besøkt: 01.04-2017 kl. 13:16)

<https://www.nrk.no/norge/stopper-overforinger-fra-utenlandske-spillselskaper-1.13483871> (sist besøkt 30.4.2017 kl. 11:34)