



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**En EØS-rettslig analyse av den norske enerettsmodellen på
pengespillområdet**

Torbjørn Knutsen

Masteroppgave i rettsvitenskap, mai 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Rettskilder og metode.....	2
2	Generelt om den norske enerettsmodellen	4
3	Generelt om EØS-avtalens regler om fri etableringsrett og om fri bevegelse av tjenester 6	
3.1	EØS-avtalen art. 31 om fri etableringsrett.....	7
3.2	EØS-avtalen art. 36 om fri bevegelse av tjenester.....	8
4	EU-domstolens praksis på pengespillområdet	9
4.1	Utgangspunktet: Enhver tillatelsesordning utgjør en restriksjon	9
4.2	Krav til restriksjonens begrunnelse	10
4.2.1	Restriksjonen må være begrunnet i et legitimt formål	10
4.2.2	Restriksjonen må være proporsjonal med det formål som skal ivaretas	13
5	Enerettsmodellen i norsk rettspraksis.....	15
5.1	Spilleautomat-saken.....	16
5.1.1	EFTA-domstolens vurdering.....	17
5.1.2	Høyesteretts vurdering	20
5.2	Ladbrokes-saken.....	24
5.2.1	EFTA-domstolens vurdering.....	26
5.2.2	Tingrettens vurdering	35
6	Særlig om forbud mot betalingsformidling.....	39
7	Særlig om forbud mot markedsføring av pengespill som ikke har tillatelse.....	41
8	Avsluttende bemerkninger	44

1 Innledning

Den norske modellen for regulering av pengespill, omtales som enerettsmodellen.¹ Denne avhandlingen har som formål å analysere enerettsmodellen på pengespillområdet i et EØS-rettslig perspektiv. Dette innebærer å se på Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og om disse forpliktelsene skjer fyllest slik pengespillmarkedet er regulert i dag.

Enerettsmodellen innebærer at det i hovedsak er to aktører, Norsk Tipping og Rikstoto, som har enerett på å tilby pengespill i Norge. Dette utgjør en restriksjon for tilbydere av pengespill fra andre EØS-stater som etablerer seg på det norske pengespillmarkedet, eller som ønsker å tilby sine spill til forbrukere som befinner seg i Norge. Dette aktualiserer spørsmålet hvorvidt modellen er i tråd med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, herunder reglene om fri etableringsrett og fri bevegelse av tjenester. Spørsmålet har i flere omganger vært til behandling i norske domstoler, mest kjent i den såkalte spilleautomatsaken på 2000-tallet.² Også i høringsrundene til ny pengespillov ble enerettsmodellens EØS-rettslige aspekter problematisert av en rekke høringsinstanser, herunder særlig de store pengespillselskapene og deres interesseorganisasjoner.³

Høyesterett har tatt stilling til pengespillreguleringens EØS-rettslige sider i spilleautomatsaken i 2007. Konklusjonen den gang ble, etter at EFTA-domstolen hadde kommet med rådgivende uttalelse, at monopolordningen utgjorde en restriksjon, men at denne var legitimert slik at monopolet ikke måtte tilsidesettes med bakgrunn i EØS-avtalen. Dommen ble avsagt i 2007, og er den siste dommen fra Høyesterett som berører enerettsmodellens EØS-rettslige aspekter.

Det er imidlertid en kjensgjerning at pengespillmarkedet har gjennomgått betydelige endringer siden den gang. Den viktigste faktoren i den sammenheng er betydningen internett har hatt for elektronisk kommunikasjon. Selv om internett utgjorde en betydelig størrelse også tilbake i 2007, har internett gjort det mulig at spillvirksomhet i dag kan foregå uten noen praktiske hindringer på tvers av landegrensene. Pengespill er ikke lenger noe som bare er tilgjengelig gjennom Norsk Tippings kommisjonær på nærbutikken eller kiosken på hjørnet,

¹ Meld. St. 12 (2016-2017) s. 8. Alternativet til en enerettmodell vil være en lisensmodell.

² Rt. 2007 s. 1003

³ ACLEU, Betsson Group, ComeOn!-Group, EGBA og flere.

og som bare reklameres for på TV. Pengespill er nå tilgjengelig i et bredt spekter av internettbaserte kasino, bingo og oddspill til enhver tid og på ethvert sted gjennom noen tastetrykk. Og markedsføring fra de uregulerte aktørene kan skje gjennom TV, e-post, reklame på nettsider, og gjennom såkalt innholdsmarkedsføring.

Utenlandske, uregulerte tilbydere av pengespill omsetter for stadig større summer på det norske markedet. Undersøkelser gjort av Menon Economics i 2018, på oppdrag fra et utvalg internasjonale spill-selskaper, viser at Norsk Tipping og Rikstoto har en markedsandel på under 50 prosent av den samlede omsetningen på nettbaserte pengespill i Norge.⁴ Det vil si at pengespilltilbydere som opererer utenfor det regulerte markedet dominerer onlinesegmentet av pengespillmarkedet.

En kan derfor argumentere for at det kan være behov for å vie enerettsmodellens EØS-rettslige sider ny oppmerksomhet, ettersom terrenget på mange måter har endret seg siden Høyesterett tegnet opp kartet i 2007. Det er dette som er gjenstand for denne avhandlingen. Det kan også nevnes at Stortinget har satt i gang lovarbeid for en ny pengespillov, som til nå har resultert i et forslag om ny lov om pengespill⁵. Derfor kan det være på sin plass med en ny vurdering av norsk pengespillregulerings EØS-rettslige sider, der man tar i betraktning dagens samfunnsforhold. Dette gjelder særlig med tanke på kravet om proporsjonalitet, der de til enhver tid rådende samfunnsforhold utgjør en sentral faktor.

1.1 Rettskilder og metode

For å redegjøre for avhandlingens tema, vil relevant rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen stå sentralt. Det foreligger kun én sentral dom fra Høyesterett som behandler pengespillområdet i et EØS-rettslig perspektiv, nemlig dommen fra den nevnte spilleautomatsaken.⁶ Videre foreligger det rikholdig rettspraksis fra EU-domstolen som berører tematikken, og et knippe avgjørelser fra EFTA-domstolen. Et utvalg av disse vil bli presentert og drøftet i avhandlingen, og jeg vil forsøksvis utlede noen prinsipper og retningslinjer fra disse avgjørelsene. Videre vil disse bli sett i lys av dagens pengespillregulering, og arbeidet med ny pengespillov.

⁴ Menon-publikasjon nr. 68/2018 s. 12-13

⁵ Utkast til lov om pengespill

⁶ Rt. 2007 s. 1003 A

Det fremgår av ODA-avtalen⁷ art. 34 at «det hører under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen». EFTA-domstolens avgjørelser knyttet til fortolkning av EØS-avtalen, vil derfor ha stor rettskildemessig vekt for en norsk rettsanvender. EØS-avtalen art. 6 og ODA-avtalen art. 3 forplikter EFTA-domstolen til å legge vekt på EU-domstolens rettspraksis. EFTA-domstolen vil derfor anvende EU-domstolens metode og rettskildeprensipp så langt det lar seg gjøre, og med tilpasninger for EØS-rettslige forhold. EU-domstolens avgjørelser vil følgelig være sentral i fortolkning av EØS-avtalen.⁸ I denne avhandlingen vil EU-domstolens rettspraksis med relevans for avhandlingens tematikk bli viet stor oppmerksomhet.

I forarbeidene til ny pengespillov ble de EØS-rettslige aspekter ved regulering av pengespillmarkedet til en viss grad behandlet i stortingsmeldingen «Alt å vinne. Ein ansvarleg og aktiv pengespillpolitikk» (pengespillmeldingen).⁹ Det ble her vist til suverenitetsprinsippet som utgangspunkt, altså at det er opp til hver enkelt stat å organisere og regulere pengespillmarkedet. Pengespillmeldingens drøftelse av de EØS-rettslige implikasjoner på pengespillområdet baserte seg på at enerettsmodellen har blitt «vurdert og akseptert» av EFTA-domstolen i Ladbrokes-saken fra 2007.¹⁰

Pengespillmeldingen hadde som formål å foreta en helhetlig og prinsipiell gjennomgang av den norske pengespillpolitikken, og skulle forsøke å utrede hvordan en ansvarlig pengespillpolitikk skulle utformes for fremtiden. Stortingsmeldingen vil således ha karakter av å være et såkalt etterarbeid, i den forstand at Stortinget forklarer hvordan rettstilstanden er eller bør være. Vanligvis knytter spørsmål omkring slike etterarbeider seg til hvorvidt Stortingets etterfølgende utsagn om hvordan en lov skal forstås kan tillegges rettskildemessig vekt.¹¹ For denne avhandlingens vedkommende vil pengespillmeldingen være av interesse i den forstand at den belyser hvilke hensyn og formål, samt hvilke faktiske forhold Stortinget legger til grunn når det skal utarbeide en ny pengespillov.

⁷ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA)

⁸ Sejersted m.fl. s. 159

⁹ Meld. St. 12 (2016-2017) punkt 9.4.3

¹⁰ Op. cit. s. 11

¹¹ Nygaard, s. 199-200

EØS-rettens område er grundig behandlet i juridisk litteratur. Noen særskilt behandling av EØS-rettens betydning for pengespillområdet foreligger ikke. Enkelte juridiske artikler har berørt tematikken i større eller mindre grad, men disse har stort sett tatt for seg de historiske linjer innenfor tematikken, eller redegjort for enkelte dommer.¹² Området ble viet særlig stor oppmerksomhet tidlig på 2000-tallet, i forbindelse med at flere saker tilknyttet spilleautomater verserte i domstolene.¹³

For øvrig har Halvor Manshaus skrevet boka «Private pengespill på internett», som kom i 1997. At bokas forord nevner at internett «langt på vei er et husholdningsbegrep» antyder at boka muligens er noe utdatert, all den tid internett i dag er en sammenflettet bestanddel i, om ikke alle, så de fleste livsområder. Den overordnede problemstillingen for Manshaus bok, nemlig om «det bestående systems rettsregler lar seg anvende på den nye teknologien som Internett representerer»¹⁴, er imidlertid stadig relevant.

2 Generelt om den norske enerettsmodellen

Hovedpilaren i norsk pengespillpolitikk er monopolordningen. Derved har enerettsmodellen fått sitt navn, gjennom at man har et utvalg aktører som i større eller mindre grad har enerett på lovlig drift av pengespill. Disse er i hovedsak stiftelsen Norsk Rikstoto og Norsk Tipping AS, som har enerett på drift av henholdsvis hesteveddeler og øvrige former for pengespill, som lotto, skrapelodd, odds osv.

Pengespilloven¹⁵ gjelder ifølge lovens § 1 «pengespill i forbindelse med idrettskonkurranser og andre konkurranser, som ikke er regulert i andre lover, tallspillet lotto, lotterispill som avholdes ved bruk av utbetalingsautomater [...], og andre pengespill som Kongen bestemmer at loven skal gjelde for». Pengespilloven § 2 forbyr å «formidle» disse formene for pengespill uten hjemmel i lov.

Videre konstaterer pengespilloven § 3 at «et statlig aksjeselskap, hvor staten eier alle aksjene, skal være spillselvskap.» Dette selskapet er Norsk Tipping, som er opprettet gjennom egen

¹² Fredriksen, «Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning», *Jussens Venner*, 2007 s. 295-305

¹³ Ladbrokes-saken (TOSLO-2004-91873) og Spilleautomat-saken (Rt. 2007 s. 1003 A)

¹⁴ Manshaus s. 1

¹⁵ Lov 103/1992 om pengespill mv. (pengespilloven)

forskrift.¹⁶ Norsk Tipping har altså rollen som statlig spillsselskap, og har således i utgangspunktet enerett på formidling av pengespill i Norge.

Dette bildet må imidlertid suppleres med noen unntak. Totalisatorloven¹⁷ § 1 første ledd gir Kongen anledning til å gi bevilling til å ved hesteveddeløp «anordne veddemål ved såkalt totalisator». ¹⁸ Slik bevilling skal gis til organisasjoner og selskaper som «har til formål bl.a. å støtte hesteavl», jf. totalisatorloven § 1 tredje ledd. Konesjon gis for et begrenset tidsrom, og per nå er det kun stiftelsen Norsk Rikstoto som har slik konsesjon.

Videre åpner lotteriloven for at det til organisasjoner eller foreninger kan gis tillatelse til å avholde lotteri til inntekt for et humanitært eller samfunnsnyttig formål, jf lotteriloven § 6 andre ledd jf. § 5.

Dette utgjør altså hovedlinjen i norsk pengespillpolitikk. Man har enkelte aktører som gis enerett på tilbud av pengespill, enten i form av lotteri, hesteveddeløp, tallspill, eller andre i andre former. De tre nevnte lovene bygger langt på vei på samme begrunnelse, nemlig å sikre at pengespillvirksomhet avholdes i betryggende former under offentlig kontroll, og at man forhindrer de negative sosiale konsekvenser forbundet med pengespill, blant annet avhengighet, kriminalitet og mislighold.¹⁹

Som tidligere nevnt foreligger det et forslag til ny lov om pengespill. Den foreslåtte nye loven skal erstatte den gjeldende pengespillloven samt lotteriloven og totalisatorloven. Lovforslaget samler disse tre lovene, men introduserer også nye bestemmelser på pengespillområdet. De overordnede linjene for pengespillreguleringen forblir de samme.

Det fremgår av forslaget § 4 et forbud mot å tilby pengespill uten tillatelse etter loven, i tillegg til medvirkning til dette. Forslaget slår fast at Norsk Tipping skal ha enerett til å tilby pengespill som «krever særlig offentlig kontroll fordi de har høy omsetning, høye premier eller høyest risiko for å skape spilleproblemer», jf. forslaget § 6. Det fremgår av forslaget § 16 at det kan gis tillatelse til én aktør til å tilby pengespill på hest. Denne aktøren må ha som

¹⁶ Forskrift 11. desember 1992 nr. 1266 Vedtekter for Norsk Tipping AS

¹⁷ Lov 3/1927 om veddemål ved totalisator (totalisatorloven)

¹⁸ Totalisator er et system for registrering av innsats og fordeling av gevinst basert på innsats, odds og utfall

¹⁹ Meld. St. 12 (2016-2017) s. 12

formål å legge til rette for et ansvarlig tilbud og forebygge negative konsekvenser av pengespill. Videre fremgår det at «Aktøren skal også ha til formål å støtte hestehold, hestesport og hesteavl». Slik tillatelse kan ifølge forslaget gis for fem år av gangen.

Lovforslaget stiller også særlige krav til tilbydere av pengespill. Det fremgår av forslaget § 8 at pengespill skal ha 18-årsgrense, og at tilbydere av pengespill skal sikre at det finnes nødvendige ansvarlighetstiltak som er tilpasset typen pengespill. Videre fremgår det av § 9 at tilbydere av pengespill skal sikre at pengespillene foregår på en redelig måte som er egnet til å vinne forbrukernes tillit. Det stilles også krav til at de gjøres nødvendige tiltak for å forhindre at pengespill benyttes til økonomisk kriminalitet eller annen kriminalitet.

For andre tilbydere av pengespill enn enerettsaktørene, fremgår det av forslaget § 20 at pengespill med lav omsetning og premier av «begrenset» størrelse skal være et supplement til enerettsaktørenes spilltilbud. Forslaget åpner for at «ikke-fortjenestebaserte organisasjoner» kan gis tillatelse til å tilby pengespill. For disse organisasjonene kreves det at frivillig innsats er en viktig del av organisasjonens virksomhet, at den ikke bare er til for en lukket krets og at virksomheten ikke kan gi privatøkonomiske fordeler. Videre åpner lovforslaget for at lokalradio og lokal-TV kan gis tillatelse til å tilby pengespill, jf. § 22. For pengespill med en årlig omsetning under kr 200.000, og der inntektene går til ikke-fortjenestebaserte formål, kreves det ikke tillatelse, jf. § 23.

3 Generelt om EØS-avtalens regler om fri etableringsrett og om fri bevegelse av tjenester

Pengespillområdet har ikke vært gjenstand for harmonisert lovgivning i den Europeiske Union. Det er derfor i utgangspunktet opp til den enkelte medlemsstat å fastsette reguleringer på pengespillmarkedet. Dette innebærer at spørsmål tilknyttet reguleringsmodellens utforming, om man skal ha et lisenssystem eller en monopolordning og hvilke formål som skal ligge til grunn for reguleringen, beror på avveininger foretatt av de enkelte nasjonale myndigheter. Dette har sammenheng med at pengespillområdet tradisjonelt har vært preget av store moralske, religiøse og kulturelle forskjeller mellom medlemslandene.

Ved utformingen av den nasjonale reguleringen på pengespillmarkedet vil EU-statene likevel være bundet av sine EU-rettslige forpliktelser. Likeledes er norske myndigheter gjennom EØS-avtalen forpliktet til å innrette reguleringen av pengespill i Norge på en slik måte at

reguleringen ikke strider mot avtalens hoveddel. Forpliktelsen fremkommer i EØS-loven²⁰ § 1 der det fremgår at EØS-avtalens hoveddel «skal gjelde som norsk lov». Ved motstrid har avtalen forrang foran norsk lov jf. § 2.

3.1 EØS-avtalen art. 31 om fri etableringsrett

EØS-avtalen art. 31 gir statsborgere i en EØS-stat rett til å etablere næringsvirksomhet i en annen EØS-stat. Bestemmelsen har sin parallell i TEUV²¹ art. 49. Denne retten vil kunne ha betydning for aktører som ønsker å tilby sine pengespill til norske forbrukere, fordi de kan ha behov for å etablere sin virksomhet på norsk jord. Det kan for eksempel tenkes at en driver av lotteri ønsker å åpne utsalgssteder for lotterikuponger rundt omkring i Norge.

Det fremgår av EØS-avtalen art. 34 at selskaper lovlig opprettet i en EØS-stat skal likestilles med fysiske personer som er statsborgere i en EØS-stat. Både juridiske og fysiske personer har dermed en fri etableringsrett for næringsvirksomhet innad i EØS. Det må imidlertid holdes fast ved at dette er et utgangspunkt, og at en rekke unntak følger, blant annet når det kommer til pengespill.

Etableringsretten gjelder altså etablering av *næringsvirksomhet*. Det kan stilles spørsmål om hvorvidt pengespill, herunder lotteri og veddespill, omfattes av begrepet næringsvirksomhet. Problemstillingen kan være særlig relevant for selskaper som driver lotterier hvis hovedformål er å skaffe penger til veldedige formål, som humanitære organisasjoner eller frivillighetsarbeid. Det kan anføres at slike selskaper ikke omfattes av begrepet næringsvirksomhet, ettersom det å skaffe økonomisk vinning for sine eiere («vinningsformålet» i selskapsretten) ikke er det primære formålet med virksomheten. EU-domstolen har imidlertid åpnet for at denne typen lotterier også omfattes av begrepet «næringsvirksomhet».²²

Det kan også være verdt å nevne at bestemmelsen knytter seg særlig mot næringsvirksomhet som skal skje i EØS-staten på en stabil og vedvarende måte. Det er nettopp dette punktet som skiller etableringsretten fra de andre frihetene i EØS-avtalen, spesielt retten til fri bevegelse

²⁰ Lov 109/1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven)

²¹ Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV)

²² D-275/92 Schindler

av tjenester etter art. 36. EU-domstolen har lagt vekt på at etableringsbegrepet i avtalen er vidtrekkende, og at det tillater en aktør fra et medlemsland å delta, på en stabil og vedvarende basis, i det økonomiske liv i et annet medlemsland.²³ Skillet mellom etablerings- og tjenestereglene knytter seg derfor til hvorvidt det opprettes en virksomhet av en viss uavhengig art, med sikte på en stabil og vedvarende drift, eller om den økonomiske aktiviteten utøves midlertidig i en annen stat, og etableringsstaten (hjemstaten) forblir den samme.²⁴

3.2 EØS-avtalen art. 36 om fri bevegelse av tjenester

Retten til fri bevegelse av tjenester fremgår av EØS-avtalen art. 36, og har sin parallell i TEUV art. 56. Retten innebærer at en statsborger i en EØS-stat uten restriksjoner skal ha adgang til å yte tjenester i en annen EØS-stat. Denne rettens betydning på pengespillområdet vil typisk være tilfeller der en tilbyder av pengespill har hovedsete i en EØS-stat, men tilbyr pengespill, for eksempel nettcasino eller oddsspill, gjennom internett. Tilbyderen har da i utgangspunktet rett til å yte sine tjenester til forbrukere i andre EØS-stater.

Hvilke tjenester som omfattes av denne retten, utdypes i avtalens art. 37. Dette defineres som tjenester som vanligvis ytes mot betaling, og at det fremfor alt omfatter industriell virksomhet, handelsvirksomhet, håndverksvirksomhet og virksomhet innen de frie yrker. Det forutsettes imidlertid at art. 36 bare får anvendelse så langt tjenesten ikke omfattes av andre bestemmelser om fri bevegelse, for eksempel etableringsretten jf. art. 31.

For å illustrere skillet mellom reglene om tjenesteyting og reglene om fri etablering sin betydning på pengespillområdet, kan det i relasjon til etableringsretten vises til en situasjon der en pengespillaktør ønsker å opprette en underavdeling i form av datterselskap i Norge. Motsetningsvis kan det i relasjon til tjenestereglene vises til et tilfeller der en tilbyder av pengespill markedsfører sitt nettcasino mot norske forbrukere. Norske forbrukere kan da benytte seg av selskapets tjenester uten at selskapet nødvendigvis etablerer sin virksomhet i Norge.

²³ C-55/94 Gebhard avsnitt 25

²⁴ Sejersted m. fl. s. 393

4 EU-domstolens praksis på pengespillområdet

Det foreligger en stor mengde avgjørelser fra EU-domstolen som omhandler spørsmål knyttet til pengespill. Dette gjelder primært spørsmål omkring restriksjoner på pengespill i forbindelse med etableringsretten og retten til fri bevegelse av tjenester.

EU-kommisjonen besluttet i 2017 å ikke lenger reise saker for EU-domstolen for traktatbrudd på pengespillområdet, og ikke behandle klager for slike traktatbrudd. Beslutningen ble begrunnet i at kommisjonen skulle innta en mer strategisk holdning til håndhevelse av EU-retten, og at visse politiske prioriteringsområder skulle forfølges grundigere. Det ble også vist til at det forelå flerfoldige avgjørelser fra domstolen som berørte pengespillområdet, og at traktatbrudd derfor kunne forfølges i de nasjonale domstolene.²⁵

Denne uttalelsen kan neppe tolkes som en aksept fra Kommisjonen av de reguleringsregimer som pengespillmarkedet er underlagt i medlemsstatene nå og i fremtiden, men heller en ressursmessig prioritering tatt med bakgrunn i den rikholdige rettspraksisen fra EU-domstolen på området.

4.1 Utgangspunktet: Enhver tillatelsesordning utgjør en restriksjon

Utgangspunktet i domstolens praksis er at enhver lovgivning som krever tillatelse, lisens eller lignende for å kunne drive økonomisk aktivitet slik som pengespill, i seg selv utgjør en restriksjon på retten til etablering og tjenesteyting etter TEUV art. 49 og 56 (tilsvarende EØS art. 31 og 36).²⁶ Det samme gjelder for de tilfeller der en medlemsstat legger begrensninger på overføring av innsatser i pengespill fra et mellomledd (selskap opprettet i EØS) til spillskapet (også opprettet i EØS). I slike tilfeller vil også enhver lovbestemt restriksjon i utgangspunktet utgjøre et inngrep i etableringsretten.²⁷

Det er viktig å understreke at det ikke bare er reguleringsmodeller som den norske, der et statlig selskap har enerett på drift av visse typer pengespill, som utgjør en restriksjon. Det vil også foreligge en restriksjon i de tilfeller der det kreves lisens eller tillatelse for å drive

²⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_5109

²⁶ C-375/17 Stanley International Betting Ltd og Stanleybet Malta Ltd., avsnitt 38

²⁷ C-243/01 Gambelli m.fl. avsnitt 58

pengespill. Terskelen for at denne typen restriktive tiltak ikke er i tråd med EØS-retten vil imidlertid være høyere, ettersom de i mindre grad gjør inngrep i rettighetene nedfelt i EØS-avtalen og dermed lettere vil kunne anses som forholdsmessige.

Selv om det fremgår av EU-domstolens praksis at krav om tillatelse, lisens eller lignende utgjør en restriksjon, må det holdes fast ved at dette bare utgjør utgangspunktet. Det europeiske pengespillmarkedet er ikke underlagt noen harmonisert lovgivning mellom medlemsstatene i EU og EØS. Det foreligger derfor en vid diskresjonær myndighet for den enkelte medlemsstat ved fastsettelse av reguleringer på pengespillområdet, herunder å velge grad av beskyttelse av forbrukerhensyn, bekjempelse av spilleavhengighet osv.²⁸

4.2 Krav til restriksjonens begrunnelse

De enkelte nasjonale myndigheter har altså adgang til å fastsette restriksjoner på drift av pengespill. For at restriksjonen skal anses legitim, stilles det imidlertid visse krav til restriksjonens begrunnelse. Disse kravene utledes fra EU-domstolens praksis. I det følgende under punkt 4.2 vil disse kravene bli redegjort for.

4.2.1 Restriksjonen må være begrunnet i et legitimt formål

Det kan tenkes mange ulike grunner for at en nasjonal myndighet ønsker restriksjoner på pengespillmarkedet. Pengespillområdet er som kjent preget av både moralske og religiøse hensyn. Denne typen hensyn har lenge vært toneangivende i lovgivningen på pengespillområdet. Det er også en kjensgjerning at pengespill ofte er forbundet med spilleavhengighet, der mange havner i økonomisk uføre fordi spillingen tar overhånd. Ønsket om å minimere denne typen skadelige konsekvensene som pengespill medfører er en annen grunn til at en nasjonal myndighet kan ønske å ha en restriktiv lovgivning på pengespillområdet. Slike restriksjoner kan også ha bakgrunn i rent proteksjonistiske hensyn, der man ønsker å minimere utenlandske aktørers adgang til det nasjonale markedet.

Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis at restriksjoner på drift av pengespill må være begrunnet i legitime formål. På EU-rettens område fremkommer kravet om at restriksjoner må være begrunnet i legitime formål i TEUV art. 53 (tidl. art. 46). Bestemmelsen slår fast at restriksjoner på de fire friheter kan gjøres dersom de er begrunnet i hensynet til offentlig

²⁸ C-375/17 Stanley International Betting Ltd og Stanleybet Malta Ltd., avsnitt 40

orden, sikkerhet eller folkehelsen. For å illustrere grensedragningen mellom legitime formål og illegitime formål for en restriksjon kan det vises til EU-domstolens avgjørelse i sak C-186/11 Stanley Bet m.fl. mot Hellas.

Den greske reguleringen av pengespillmarkedet baserte seg på at et selskap (OPAP) skulle drive og administrere pengespill på sport og idrett. Lovgivningen bygget på formål om å bekjempe en utbredt forekomst av ulovlige pengespill, samt et subsidiært formål om å øke inntektene for idretten. I tillegg var det ansett som nødvendig å slå ned på ulovlige pengespill for å forhindre eksport av valuta, ettersom det var utenlandske aktører som sto bak driften av disse pengespillene. OPAP var opprinnelig et statlig eid selskap, med sterk offentlig styring. Senere ble den greske statens eierandeler stadig mindre, og den offentlige styringen ble til slutt overfladisk. Selskapet utvidet også driften til andre land.

EU-domstolen fikk spørsmål fra den greske domstolen om artiklene 43 og 49 (tilsvarende EØS-avtalen art. 31 og 36) forbyr å opprette selskaper med enerett til å drive pengespill, med den hensikt å begrense tilbudet av pengespill eller å bekjempe kriminalitet i forbindelse med pengespill.²⁹

Domstolen slår i dommen fast at lovgivning som innebærer en enerett til å tilby pengespill, er en restriksjon i strid med retten til tjenesteyting og fri etablering jf. TEUV art. 49 og 56 (tilsvarende EØS art. 31 og 36). Likevel må det ifølge domstolen avgjøres hvorvidt restriksjonen unntaksvis kan tillates på grunnlag av offentlig orden, offentlig sikkerhet eller folkehelse, jf. TEUV art. 52. Bakgrunnen for dette er, som domstolen erkjenner, at pengespillområdet er preget av betydelige moralske, religiøse og kulturelle forskjeller mellom medlemsstatene. I fravær av harmoniserte felleseuropeiske regler på pengespillområdet, er det derfor opp til den enkelte medlemsstat å organisere og regulere pengespillmarkedet.³⁰

Domstolen åpner således for at man ut fra forbrukerhensyn, eller for å forhindre svindel og at personer «kaster bort penger» («squander money») på pengespill, kan tillate restriksjoner på pengespillmarkedet.³¹ Det stilles altså krav til at restriksjonen må være begrunnet i et legitimt formål, herunder å verne offentlig orden, offentlig sikkerhet eller folkehelse.

²⁹ Avsnitt 20

³⁰ C-186/11 Stanley Bet m.fl. avsnitt 24 jf. C-42/07 Liga Portuguesa og Bwin International avsnitt 57

³¹ C-186/11 Stanley International Betting Ltd m.fl., avsnitt 22 og 23

Det stilles i EU-domstolens rettspraksis også videre krav til begrunnelsen. I sak C-390/12 Pflieger m.fl. var temaet Østerrikes restriksjoner på spilleautomater. Drift av pengespill var i utgangspunktet forbeholdt et statlig monopol, men regionale myndigheter hadde anledning til å tildele lisenser for drift av spilleautomater. Det ble stilt krav om at automatene skulle enten organiseres som enkelvisse automater med begrenset premiepott, eller som spillehaller (10 til 50 automater) med en større grense for premiepott. Organisering eller deltakelse av spill med automater utenfor denne ordningen, var straffbart med bøter og fengsel.

Disse reguleringene var begrunnet i hensynet til å bekjempe spilleavhengighet og å bekjempe kriminalitet. Den nasjonale domstolen kom imidlertid til at østerrikske myndigheter ikke kunne påvise at spillavhengighet og kriminalitet forbundet med pengespill faktisk utgjorde noen betydelige problemer. Det kunne heller ikke påvises at det virkelige formålet med reguleringene var å bekjempe kriminalitet og avhengighet, og ikke å øke statens proveny. Det ble også vist til at regulerte tilbydere av spilleautomater drev med aggressiv markedsføring.

EU-domstolen konkluderte med at det virkelige formålet med den restriktive lisensordningen, var å øke skatteinntektene for staten. Dette ble av EU-domstolen ikke ansett som legitimt formål.³² EU-domstolen kom med bakgrunn i dette til at restriksjonen ikke var lovlig.

Det avgjørende ved vurderingen om restriksjonen er legitim, er altså ikke de formål og hensyn som eksplisitt anføres av lovgiver i for eksempel lovforarbeidene. Vurderingen må nemlig suppleres med et blikk på de faktiske forhold, altså om det foreligger et behov for ivaretagelse av det hensynet som tiltaket søker å avhjelpe, og hvorvidt restriksjonen i praksis er forenlig med det bakenforliggende hensynet. For eksempel vil et spillmonopol som er begrunnet med hensynet til bekjempelse av spilleavhengighet, som driver med aggressiv markedsføring av avhengighetsskapende spill og stadig utvikler mer fengende og avhengighetsskapende spill, fort kunne bli underkjent som en ulovlig restriksjon. På den andre siden vil en slik praksis være mindre betenkelig dersom spillemonopolet er begrunnet utelukkende i hensyn til å bekjempe kriminalitet og hvitvasking gjennom pengespill.

En særlig problemstilling er hvorvidt finansiering av «gode formål», slik som frivillighetssektoren, idrett, kultur eller lignende, er et legitimt formål for å ha restriksjoner på pengespillmarkedet. Det er ikke uvanlig at større eller mindre deler av overskuddet fra

³² Avsnitt 54

pengespillaktører, særlig de statlige monopolene, går til ulike sosiale formål. Det kan derfor være ønskelig å kanalisere kunder til nasjonale tilbydere, for å sikre finansiering av sosiale formål i landet.

Om dette uttaler EU-domstolen i Zenatti³³ at finansiering av «gode [*benevolent*] eller allmennyttige formål» gjennom en andel av inntektene til det autoriserte spillet, bare kan utgjøre en tilfeldig gunstig konsekvens, og ikke den virkelige begrunnelsen for restriksjonen.³⁴ Dette tilsier altså at en restriksjon ikke først og fremst kan være begrunnet i finansiering av idrett, kultur eller frivilligheten. At en restriksjon på pengespillmarkedet, enten i form av lisensordning eller statsmonopol, fører til at en andel av inntektene går til gode eller allmennyttige formål, kan altså bare utgjøre et subsidiært formål, og ikke det primære formålet med et restriktivt tiltak.

Oppsummeringsvis viser altså praksis fra EU-domstolen at det foreligger krav til at en restriksjon på pengespillmarkedet må være begrunnet i et legitimt formål, herunder offentlig orden, offentlig sikkerhet eller folkehelsen. Videre stilles det krav om at myndighetene presist angir hvilke formål restriksjonen skal ivareta, og at det faktisk foreligger et behov for å ivareta dette formålet.

4.2.2 Restriksjonen må være proporsjonal med det formål som skal ivaretas

Til nå har vi sett at det med bakgrunn i EU-domstolens praksis stilles krav til at en restriksjon må bygge på legitime formål. Selv om restriksjonens formål anses som legitimt, stilles det også krav restriksjonen som sådan, i den forstand at restriksjonen må være proporsjonal med det formål den søker å ivareta.

En slik proporsjonalitetsvurdering foretok EU-domstolen i sak C-176/11 HIT LARIX. Saken omhandlet to slovenske spillselskap, HIT og HIT LARIX, som hadde søkt om tillatelse til å i Østerrike reklamere for deres kasinoer lokalisert i Slovenia. Selskapene fikk avslag, med den begrunnelse at det ikke kunne påvises at slovensk lovgivning på pengespillområdet ga like godt vern for spillerne som den østerrikske lovgivningen gjorde, noe som var et av vilkårene for å få en slik tillatelse. Østerrikes lovgivning på pengespillområdet gav drivere av kasino en

³³ Sak C-67/98 Zenatti

³⁴ Avsnitt 36

plikt til blant annet å føre tilsyn med spillere i faresonen for å utvikle avhengighet, nekte inngang for personer under myndighetsalder og i visse tilfeller tilbakebetale tap som kunder hadde opplevd i de tilfeller der kasinoet ikke fulgte dette regelverket.

Domstolen kom til at en slik ordning utgjorde en restriksjon på retten til tjenesteyting, ettersom ordningen begrenser østerrikske borgere adgang til tjenester som tilbys i kasinoer i andre EU-stater, all den tid tillatelse til markedsføring krever lik eller høyere grad av vern for spilleren. Videre kom domstolen til at restriksjonen bygget på legitime formål, blant annet forbrukervern og bekjempelse av svindel.³⁵

Likevel stilles det ifølge domstolen krav til restriksjonens proporsjonalitet. Domstolen uttaler i avsnitt 22 følgende:

«However, the restrictions imposed by the Member States must satisfy the conditions laid down in the case-law of the Court as regards their proportionality, that is to say, be suitable for ensuring attainment of the objective pursued and not go beyond what is necessary in order to achieve that objective. It should also be recalled in this connection that national legislation is appropriate for ensuring attainment of the objective relied on only if it genuinely reflects a concern to attain it in a consistent and systematic manner. In any event, the restrictions must be applied without discrimination.»

Proporsjonalitetsvurderingen har altså to sider. For det første må restriksjonen være egnet («suitable») til å ivareta formålet. For det andre skal restriksjonen ikke gå lenger enn hva som er nødvendig («beyond what is necessary») for å oppnå formålet. Det fremgår også at restriksjonen er egnet bare dersom den genuint søker å oppnå det legitime formålet på en konsistent og systematisk måte. Videre kan ikke restriksjonen anvendes på en diskriminerende måte.

EU-domstolen trekker i sin praksis også frem et annet aspekt ved proporsjonalitetsvurderingen, nemlig at det i vurderingen må legges til grunn en dynamisk tilnærming. Domstolen uttaler at det må foretas en helhetlig vurdering av omstendighetene omkring restriksjonens vedtak og implementering, samt at vurderingen skal være dynamisk, i

³⁵ Avsnitt 18-20

den forstand at den omfatter hvordan omstendighetene har utviklet seg etter implementeringen av lovgivningen som restriksjonen bygger på.³⁶ Det legges altså opp til at vurderingen må omfatte endringer i samfunnsforhold. Det kan tenkes at restriksjonen var forholdsmessig på det tidspunkt den ble vedtatt og implementert, men at senere inntrådte samfunnsforhold eller -endringer har gjort den lite egnet eller passende for å oppfylle sitt formål.

Når det gjelder kravet til at det i proporsjonalitetsvurderingen må legges til grunn en dynamisk tilnærming, kan det vises til forarbeidene til ny pengespillov. Det ble i pengespillmeldingen vist til at den norske enerettsmodellen «er vurdert og akseptert av EFTA-domstolen» i Ladbrokes-dommen.³⁷ Kulturdepartementet rettferdiggjør altså pengespillreguleringen ved å vise til at reguleringsmodellen ble akseptert av domstolen i 2007. Dette kan neppe anses som en dynamisk tilnærming til proporsjonalitetsvurderingen, ettersom man ikke tar inn over seg de betydelige endringer som har skjedd på pengespillmarkedet siden den gang, særlig med tanke på at stadige kundelekkasjer fra de regulerte aktørene til utenlandske tilbydere av pengespill.

Departementet åpnet imidlertid for at man kunne vurdere om en lisensmodell med ansvarlighetstiltak ville vært mer formålstjenlig, dersom utenlandske spillselskap i fremtiden tok en større del av spillerne.³⁸ Dette var altså holdningen i 2016. De siste tallene over fordelingen av omsetningen på pengespillmarkedet mellom den uregulerte og enerettsaktørene som foreligger er fra 2018. Tallene viser at de regulerte aktørenes andeler fortsatte å avta også i perioden mellom 2016 og 2018. Ser man på onlinesegmentet isolert har Norsk Tipping og Rikstoto en markedsandel på under 50 %.³⁹

5 Enerettsmodellen i norsk rettspraksis

Den norske enerettsmodellens EØS-rettslige implikasjoner har vært oppe til behandling i norske domstoler et fåtall ganger. To saker knyttet til denne tematikken gikk tilnærmet parallelt i domstolene tidlig på 2000-tallet. Den ene saken omhandlet et nylig vedtatt forbud

³⁶ Sak C-390/12 Pflieger avsnitt 52

³⁷ Meld. St. 12 (2016-2017) s. 11

³⁸ Op.cit. s. 72-73

³⁹ Menon-publikasjon nr. 68/2018 s. 12-13

mot spillautomater. I den andre saken var det enerettsmodellen som helhet som gjenstand for konflikt. I begge sakene forelå det uttalelse fra EFTA-domstolen, og hovedargumentene var at lovgivningen ikke var i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) besluttet tidligere i år å nedprioritere behandlingen av klager på pengespillområdet, slik EU-kommisjonen som nevnt gjorde i 2017. ESA begrunnet dette, i likhet med Kommisjonen, med at behandling av klager på området kunne bli behandlet mer effektivt av de nasjonale domstoler, tatt i betraktning den omfattende rettspraksisen fra EFTA- og EU-domstolen som berører pengespillområdet.⁴⁰

For å belyse hvorledes norske domstoler har vurdert den norske enerettsmodellen sett i lys av EØS-avtalen vil disse to dommene, med tilhørende uttalelser fra EFTA-domstolen, bli behandlet i det følgende.

5.1 Spilleautomat-saken

Frem til 2003 var all virksomhet med spilleautomater, også kalt utbetalingsautomater, drevet av private aktører, primært ved at en kommersiell aktør samarbeidet med en humanitær eller veldedig organisasjon. Utbyttet fra automatene ble da fordelt etter en bestemt brøk mellom de to partene. Slik virksomhet var regulert etter lotteriloven og tilhørende forskrifter. I løpet av 90-tallet økte automatenes andel på pengespillmarkedet voldsomt sammenlignet med pengespill fra andre regulerte tilbydere. Denne utviklingen hadde sammenheng konseptuelle nyvinninger på automatene, herunder mer «triggende» utforming og strategisk plassering av automatene.

Etter hvert som omsetningen fra spilleautomatene økte, økte også fokuset på spillings problematiske sider. Derfor ble det i 2003 foretatt lovendringer som ga Norsk Tipping enerett til å eie, oppstille og drive spilleautomater. Lotteriloven § 10, som sa at Lotteritilsynet kunne gi organisasjoner og foreninger tillatelse til å åpne lotteri gjennom utbetalingsautomater, ble erstattet med en ny § 15 som ga Norsk Tipping enerett til drift av slike automater.

Norsk Lotteri- og Automatbransjeforbund (NOAF) gikk til sak mot staten v/Kultur- og kirke departementet med påstand om at staten ikke har adgang til å forby autoriserte private aktører å eie, oppstille og drive utbetalingsautomater (spilleautomater), og heller ikke ved å

⁴⁰ <https://www.eftasurv.int/newsroom/updates/esa-announces-new-policy-gambling-complaints>

avslå nye søknader om autorisasjon med den begrunnelse at Norsk Tipping har enerett på området.

I forbindelse med at saken skulle behandles i Høyesterett, besluttet EFTAs overvåkningorgan (ESA) å gå til traktatbruddsak mot Norge for EFTA-domstolen.

5.1.1 EFTA-domstolens vurdering⁴¹

5.1.1.1 Legitim begrunnelse

Domstolen slår fast at pengespill, også ved spilleautomater, utgjør økonomisk aktivitet som faller inn under de fire friheter i EØS-avtalen. Det var enighet mellom partene at et regime som utelukker private aktører og nekter disse adgang til markedet, utgjør en restriksjon på retten til fri etablering og retten til tjenesteyting. Domstolen slår også fast at medlemsstatene har en viss skjønnsmargin til å regulere pengespillmarkedet med hensyn til å begrense problematisk spilleadferd og forhindre kriminalitet tilknyttet pengespill. Likevel må kravene til proporsjonalitet, slik de har blitt nedfelt i EU-domstolens praksis, være tilfredsstillt.

ESA anførte at overgangen fra et konsesjonsbasert system til en ordning der Norsk Tipping har enerett på drift av spilleautomater, i det minste delvis var begrunnet i økonomiske hensyn, i den forstand at ordningen skulle sikre idrett og kultur mest mulig midler fra overskuddet. Norske myndigheter anførte på sin side at enerettsordningen var begrunnet i flere hensyn som måtte vurderes helhetlig. Disse hensynene var å begrense spilleavhengighet, å redusere spillingen til et forsvarlig nivå, å styrke den offentlige kontrollen over virksomheten, å begrense kriminalitet og mislighold, å håndheve 18-årsgrensen for spill, å begrense profitt som insentiv i tillegg til å begrense inntektstapet for humanitære og sosiale formål.

EFTA-domstolen konstaterer at det ligger til staten som har etablert et restriktivt tiltak å godtgjøre at tiltaket bygger på en legitim begrunnelse. Når det gjelder betydningen av lovforarbeider i denne vurderingen, sier domstolen at alt materiale som kan klargjøre lovgivers hensikt med tiltaket, skal tas med i vurderingen. Det pekes på at materiale som har kommet til mot slutten av lovgivningsprosessen må tillegges større vekt enn tidligere utkast

⁴¹ Sak E-1/06 ESA mot Norge

og dokumenter. Det legges også vekt på at synspunkter omkring lovgivningens hensikt kan endre seg i løpet av prosessen.⁴²

Videre viser EFTA-domstolen til rettspraksis fra EU-domstolen der det fremgår som nevnt over at det restriktive tiltakets primære motiv ikke kan være å finansiere gode formål, men at det kan utgjøre en gunstig bivirkning av tiltaket. EFTA-domstolen avviser at en enerettsordning vil være ulovlig bare fordi ett av flere bakenforliggende hensyn er illegitimt. Det sentrale synes å være hva som er den «virkelige» begrunnelsen for det restriktive tiltaket, slik EU-domstolen uttalte i Pfleger-dommen som nevnt under punkt 4.2.1.

5.1.1.2 Tiltakets egnethet og konsekvens i håndhevingen

ESA hadde anført at enerettsmodellen som middel for å bekjempe spilleavhengighet, var inkonsekvent, ettersom forbrukerne ble tilbudt et utvidet tilbud av pengespill samt utsatt for intensiv markedsføring fra Norsk Tipping og Norsk Rikstoto.

EFTA-domstolen påpeker at restriksjoner som er begrunnet i legitime formål av overordnet offentlig interesse, må være i samsvar med tiltak som allerede er innført. Med dette menes at myndighetene ikke kan innføre tiltak som går på tvers av målsetningene ved et restriktivt tiltak. Domstoler trekker en parallell til at norske myndigheter har som målsetning å begrense spillavhengighet gjennom å gi staten enerett til drift av pengespill og dermed redusere tilbudet av pengespill. Dersom en slik regulering skal være konsekvent, kan ikke staten samtidig føre en praksis som kan føre til en økning av spilleavhengighet, for eksempel gjennom utbredt markedsføring.⁴³ En slik vurdering må imidlertid gjøres med en bevissthet om at ulike former for spill medfører ulik risiko for avhengighet. Når det skal vurderes hvorvidt markedsføringen vil kunne føre til en økning i spilleavhengighet, må en derfor vurdere markedsføringen for den konkrete formen for pengespill, ikke markedsføring for pengespill sett under ett.

EFTA-domstolen foretar derfor en vurdering av risikoen for avhengighet for de ulike spillene som tilbys av enerettsaktørene på det norske markedet. Domstolen peker på at et stort flertall (81%) av innringerne til hjelpelinjen for spilleavhengige i 2004 rapporterte avhengighet knyttet til spilleautomater som hovedproblemet. Andelen for Oddsens og veddeløp på hester var vesentlig lavere (henholdsvis 7,7% og 6,8%). Det ble også pekt på at økningen av

⁴² Avsnitt 36

⁴³ Avsnitt 43

avhengighetsproblemer knyttet til slike automater økte samsvarende med bruken av slike automater, og at forskning trakk fram spilleautomater som den mest avhengighetsskapende formen for pengespill. Med bakgrunn i dette kom domstolen til at markedsføring av andre former for pengespill ikke var relevant i vurderingen av lovverket knyttet til spilleautomater, som jo saken handlet om.

Videre peker domstolen på at det ikke ble reklamert for spilleautomater, utover i de lokalene automatene var plassert i. Med bakgrunn i dette kom domstolen til at en monopolordning for tilbud av spilleautomater ikke var et uegnet tiltak for å forhindre spilleavhengighet.⁴⁴

5.1.1.3 Nødvendighet

ESA hadde anført at en innstramming på regelverket for spilleautomater drevet av private aktører ville være et mindre inngripende, men like effektivt tiltak for å bekjempe spilleavhengighet. Derfor mente de at tiltaket var uproporsjonalt.

I den sammenheng påpeker EFTA-domstolen at et restriktivt tiltak ikke kan gå lengre enn hva som er nødvendig for å oppnå det bakenforliggende formålet. Domstolen viser til rettspraksis fra EU-domstolen som konstaterer at vurderingen av om formålet om å bekjempe spilleavhengighet best lar seg oppnå gjennom en enerettsmodell eller gjennom å pålegge private tilbydere strenge begrensninger, må gjøres av myndighetene i den enkelte medlemsstat. Samtidig kan ikke tiltakets inngripende karakter være uproporsjonalt med det bakenforliggende formålet.⁴⁵

Norske myndigheter har valgt et monopolsystem heller enn et totalforbud med det formål å begrense problematisk spilleadferd, herunder avhengighet og mislighold, til et forsvarlig nivå. Vurderingen av om tiltaket er nødvendig beror ifølge domstolen på om målet om å få den problematiske spilleadferden til et forsvarlig nivå kan oppnås gjennom andre tiltak som utgjør et mindre inngrep på retten til fri etablering og fri tjenesteyting.

Når det gjelder problemer knyttet til kriminalitet og mislighold ved spilleautomater, slår domstolen fast at norske myndigheter ikke har kunnet påvise at en enerettsmodell gir bedre beskyttelse mot skadevirkninger enn en lisensordning med strenge begrensninger for de

⁴⁴ Avsnitt 46

⁴⁵ Avsnitt 47

private tilbyderne. Videre konstaterer domstolen at en statlig enerettshaver vil kunne ivareta formålene bedre enn en kommersiell aktør eller frivillige organisasjoner hvis virksomhet er avhengig av inntekter fra spilleautomatene. Det påpekes også at myndighetene vil ha bedre muligheter for å utøve kontroll over en statseid enerettsaktør enn en lisensiert privat aktør, ettersom staten både kan utøve makt i kraft av å være hel- eller deleier og gjennom lovgivning.⁴⁶

EFTA-domstolen kom til at en at enerettsmodell bedre enn en lisensbasert ordning ville oppnå formålet med å forhindre spilleavhengighet, kriminalitet og mislighold tilknyttet spilleautomater. Domstolens konklusjon ble derfor at forbudet mot private tilbydere av spilleautomater, var i tråd med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

5.1.2 Høyesteretts vurdering⁴⁷

Høyesterett slår fast at den vedtatte enerettsordningen utgjør en restriksjon i EØS-rettens forstand, noe partene også var enige om. Høyesterett tilslutter seg EFTA-domstolens vurdering av at monopolordningen er ikke-diskriminerende, ettersom den ikke skiller mellom norske og utenlandske operatører av spilleautomater. Det må derfor vurderes om enerettsordningen likevel er legitim etter «de unntakskriterier som er utviklet av [EU-domstolens] praksis».

Førstvoterende viser til EU-domstolens avgjørelse i Gambelli-saken⁴⁸ avsnitt 64 og 65, som oppsummerer domstolens krav til restriktive tiltak. Det fremgår blant annet at restriksjonene skal være begrunnet i tvingende allmenne hensyn, at de skal være egnet til å oppnå formålet, og at de ikke må gå utover hva som er nødvendig for å oppnå dette formålet. Restriksjonene skal også anvendes uten forskjellbehandling. Dette samsvarer med domstolens utsagn i HIT LARIX-dommen som er gjengitt under punkt 4.2.2. Det påpekes også at det ligger til staten å godtgjøre at vilkårene er oppfylt.

Før det foretas en vurdering av de enkelte vilkårene, kommenterer førstvoterende den rettskildemessige vekten EFTA-domstolens avgjørelser skal tillegges. Det pekes i den sammenheng på at saksprosessen i forkant av avgjørelsen var svært omfattende og grundig,

⁴⁶ Avsnitt 51

⁴⁷ Rt. 2007 s. 1003

⁴⁸ Sak C-243/01 Gambelli m.fl.

samt at det ble forelå uttalelser fra andre medlemsstater og fra EU-kommisjonen. Det slås fast at en dom fra EFTA-domstolen skal tillegges «betydelig vekt», særlig når den har behandlet alle sider ved saken. Førstvoterende viser også til Høyesteretts tidligere uttalelser i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger) på side 1820, der det fremgår at uttalelser fra EFTA-domstolen må tillegges «vesentlig vekt». Dette begrunnes i Finanger-dommen med hensynet til lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen, i tillegg til at rettskildebruken i EØS-retten kan avvike fra norsk rett, og at EFTA-domstolen således har betydelig autoritet i EØS-rettslige tolkningsspørsmål.

Mens det legges til grunn at EFTA-domstolens retningslinjer for tolkning av EØS-retten skal tillegges stor vekt, uttaler førstvoterende at det ikke er «den samme grunn til å tillegge EFTA-domstolens bevisbedømmelse selvstendig betydning.»⁴⁹

Dette har muligens sammenheng med at domstolens mandat først og fremst er å foreta fortolkning av EØS-avtalen, ikke å foreta bevisvurderinger. Det kan tenkes at de nasjonale domstolene er bedre egnet til å foreta slike vurderinger, all den tid disse kan ha bedre kjennskap til nasjonale forhold. Videre fremgår det av ODA-avtalen art. 34 at det «hører under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om *fortolkningen* av EØS-avtalen [min kursivering]». Bestemmelsen gjelder riktignok ikke ved traktatbrudssøksmål slik som den foreliggende saken, men skisserer likevel hva som er domstolens mandat.

Førstvoterende viser til EFTA-domstolens utsagn om at forarbeider vil utgjøre en sentral kilde til å fastslå monopolordningens formål, samt dokumenter som er kommet i stand sent i lovgivningsprosessen bør tillegges større vekt enn tidligere dokumenter. Høyesterett slutter seg også til EFTA-domstolen i den vurdering at automatmonopolet ikke først og fremst var begrunnet i å hindre nedgang i inntekter, og at det således var begrunnet i et legitimt formål. Også hva gjelder det andre vilkåret, slutter Høyesterett seg til EFTA-domstolens vurdering om at risikoen forbundet med de private aktørenes spilleautomater, måtte vurderes opp mot Norsk Tippings sammenlignbare spill, og at sistnevntes spill var forbundet med lavere risiko. Følgelig var også egnethetsvilkåret oppfylt.

Det påpekes av førstvoterende at de tre unntaksvilkårene har en viss indre sammenheng. For det første i den forstand at argumenter for eller mot at et vilkår er oppfylt, også kan brukes tilsvarende for et annet vilkår. For det andre påpeker førstvoterende at det er en slik

⁴⁹ Avsnitt 81

sammenheng fordi det skal mye til for at et tiltak som er egnet til å ivareta tvingende allmenne hensyn, er uforholdsmessig. Det har i juridisk teori⁵⁰ blitt poengtert at dette synspunktet ikke kan gi uttrykk for noen alminnelig presumsjon, ettersom det i rettspraksis finnes flere eksempler på at restriksjoner har blitt underkjent som unødvendig, selv om de var legitimt motivert og fremsto som egnet.⁵¹

I den aktuelle saken var det sentrale spørsmålet knyttet til det tredje unntaksvilkåret, nemlig at restriksjonen «må være nødvendig eller i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet».

Problemstillingen formuleres av førstvoterende som et spørsmål om automatmonopolet «gir mulighet for en mer effektiv bekjempelse av spilleavhengighet mv. enn en offentlig regulering av det private, konsesjonsbaserte automatmarkedet med alle sine operatører og organisasjoner.»⁵²

På dette punktet later Høyesterett til å legge til grunn en noe annerledes forståelse av vilkåret enn EFTA-domstolen. Som nevnt ovenfor fremstilte EFTA-domstolen i sin avgjørelse vurderingen av om tiltaket er nødvendig, som et spørsmål om målet om å få den problematiske spilleadferden til et forsvarlig nivå kan oppnås gjennom andre, mindre inngripende tiltak.⁵³ Legger man EFTA-domstolens formulering til grunn er altså vurderingen ikke om monopolordningen er mer effektiv for ivaretagelse av formålet enn en konsesjonsordning, men om en konsesjonsordning, som i sin form er mindre inngripende på det frie varebyttet, kan oppnå det samme beskyttelsesnivået som man forsøker å oppnå med monopolordningen.

Høyesterett tar i avsnitt 96 flg. stilling til «om det gjelder en viss skjønnsmargin, eller begrenset prøvingsintensitet om man vil, for nasjonalstaten ved spørsmålet om en restriksjon er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet.» Når Høyesterett omtaler en vurdering etter proporsjonalitetsprinsippet, siktes det til det EFTA-domstolen omtaler som en nødvendighetstest. Dette blir tydelig når førstvoterende slutter fra EFTA-domstolens praksis at «restriksjonen må gjennom en nødvendighetstest, i den forstand at den ikke må være

⁵⁰ Fredriksen, «Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning», *Jussens Venner*, 2007 s. 295-305 (s. 298)

⁵¹ Sak E-2/06 ESA mot Norge (hjemfallsrett) avsnitt 84 flg.

⁵² Avsnitt 89

⁵³ Sak E-1/06 ESA mot Norge (spilleautomater) avsnitt 49.

uforholdsmessig.»⁵⁴ Det fremstår derfor klart at Høyesterett anser proporsjonalitetsprinsippet og nødvendighetstesten som to sider av samme sak. Det er altså i dette vilkåret Høyesterett vurderer om det foreligger en viss skjønnsmargin for myndighetene, eventuelt en begrenset prøvingsintensitet.

Førstvoterende konstaterer at det ikke foreligger praksis fra EU- og EFTA-domstolen som sier noe om nødvendighetstestens prøvingsintensitet. Det vises til at EFTA-domstolen i automatsaken var forelagt et omfattende bevismateriale, herunder internasjonal forskning. Når domstolen likevel var tilbakeholden med å overprøve nasjonale lovgivende myndigheters bedømmelse av tiltakets nødvendighet, tolker Høyesterett dette som at EFTA-domstolen «reelt har innrømmet nasjonalstaten en viss margin for skjønn».⁵⁵ Førstvoterende finner også at EFTA-domstolens moderate prøvingsintensitet er «i god harmoni med den norske tradisjon ved domstolsprøving av vurderinger av utpreget politisk karakter».⁵⁶

Det kan i den sammenheng trekkes en parallell til det som har vært omkvedet i rettspraksis fra EFTA- og EU-domstolen, nemlig at pengespillområdet er et område preget av sterke religiøse, moralske og kulturelle forskjeller mellom landene.⁵⁷ Dette tilsier at domstolene bør være tilbakeholdne med å overprøve avveininger foretatt av nasjonale lovgivere, som langt på vei må kunne anses for å være politiske avveininger.

Høyesterett tillegger EFTA-domstolens vurderinger og subsumsjon «betydelig vekt», og peker på at det ikke er fremlagt for Høyesterett nytt bevismateriale utover det som var fremlagt for EFTA-domstolen. Høyesterett kommer derfor til samme resultat som EFTA-domstolen, og konkluderer at det ikke er «grunnlag for å anta annet enn at automatmonopolet vil fungere etter hensikten, og innebære en kontroll og styring med enerettshaveren Norsk Tipping som oppfyller nødvendighetsvilkåret.»⁵⁸

⁵⁴ Avsnitt 98

⁵⁵ Avsnitt 104

⁵⁶ Avsnitt 106

⁵⁷ Se for eksempel sak C-243/01 Gambelli m.fl. avsnitt 63 og sak C-42/07 Liga Portuguesa og Bwin International avsnitt 57

⁵⁸ Avsnitt 108

Det må imidlertid påpekes at det i saken var tale om et restriktivt tiltak i form av forbud mot spilleautomater drevet av private aktører, som enda ikke var trådt i kraft. Høyesteretts tilbakeholdenhet ved nødvendighetstesten har derfor trolig sammenheng med at tiltakets hvis nødvendighet skulle vurderes, ennå ikke var iverksatt.

Høyesterett konkluderte altså med at automatforbudet oppfylte unntaksvilkårene og følgelig var i tråd med EØS-retten.

5.2 Ladbrokes-saken

Også i Ladbrokes-saken var det Norges regulering av pengespillmarkedet som var gjenstand for konflikt. Mens spilleautomat-saken omhandlet et snevrere område av norsk pengespillpolitikk, nemlig forbudet mot private spilleautomater, omhandlet Ladbrokes-saken monopolordningen som helhet. Oslo Tingrett foretok i dommen en vurdering av spillemonopolet sett i lys av Norges EØS-rettslige forpliktelser.⁵⁹ Det ble også innhentet rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen.

Det London-baserte spillselskapet Ladbrokes var på den tiden verdens største bookmaker- og spillselskap. Selskapet hadde søkt norske myndigheter om tillatelse til å drive og formidle et bredt utvalg pengespill, herunder spill på sport, heste- og hundeløp, odds på spesielle begivenheter og tilfeldige nummerspill, i tillegg til å etablere utsalgssteder i Norge til å drive dette, alt underlagt norsk tilsynsmyndighet. Den omsøkte virksomheten skulle også formidles og markedsføres gjennom internett.

For konsesjon til å opptre som spillselskap, ble søknaden sendt til Kultur- og kirkedepartementet (KKD). Denne søknaden ble avslått med den begrunnelse at de spill som er regulert av pengespilloven, bare kan avholdes av et statlig spillselskap (Norsk Tipping), og at loven ikke åpner for å gi en slik tillatelse. For konsesjon til å tilby hesteveddemål, ble søknaden sendt til Landbruks- og matdepartementet (LMD). Også denne søknaden fikk avslag. LMD begrunnet avslaget med at Ladbrokes ikke oppfylte kravet i totalisatorloven om at tillatelse bare kan gis til selskap som har til formål om å støtte hesteavlen.

⁵⁹ TOSLO-2004-91873

Endelig ble søknad om tillatelse etter lotteriloven til å tilby andre lotterier sendt til Lotteritilsynet. Ladbrokes fikk også avslag på denne søknaden, og påklaget vedtaket til Lotterinemnda, som igjen resulterte i avslag. Avslaget ble av Lotterinemnda begrunnet med at Ladbrokes er et kommersielt spillsselskap, og derfor ikke oppfylte lotterilovens krav om at tillatelser bare kan gis til organisasjoner som har humanitært eller samfunnsnyttig formål. Det ble også vist til at det ikke kan gis rett til formidling av pengespill som ikke har tillatelse i Norge, jf. lotteriloven § 11.

Ladbrokes anla søksmål ved Oslo tingrett, med påstand om at de tre vedtakene måtte kjennes ugyldige. Selskapet mente at de ikke kunne nektes å på det norske markedet formidle og markedsføre pengespill over internett fra et annet EØS-land, ettersom det ville stride mot retten til fri etablering (EØS-avtalen art. 31) og fri bevegelighet av tjenester (EØS-avtalen art. 36).

Tingretten forela EFTA-domstolen spørsmål om tolkning av EØS-avtalens bestemmelser om retten til fri etablering og fri bevegelighet av tjenester, jf. ODA-avtalen art. 34 og domstolloven⁶⁰ § 51a. Spørsmålene som ble forelagt EFTA-domstolen var om EØS-avtalens artikler 31 og 36 er til hinder for en nasjonal lovgivning som fastslår:

- at visse former for pengespill bare kan tilbys av et statlig spillsselskap som kanaliserer sitt overskudd til kultur- og idrettsformål,
- at konsesjon til å tilby hesteveddeløp bare kan tildeles en ideell organisasjon eller selskap som har til formål å støtte hesteavlen, og
- at konsesjon til visse former for pengespill bare kan gis til ideelle organisasjoner og foreninger som har et humanitært eller samfunnsnyttig formål.

Tingretten forela også spørsmål om det etter EØS-retten er et legitimt for lovgiver å legge vekt på at overskuddet fra pengespill bør gå til humanitære og samfunnsnyttige formål (idrett og kultur), og ikke være en kilde til privat profitt. Det ble også stilt spørsmål om EØS-avtalen art. 36 er til hinder for en nasjonal lovregel som forbyr formidling og markedsføring av pengespill som ikke har tillatelse til å operere i Norge, men som er godkjent etter nasjonal rett i en annen EØS-stat.

⁶⁰ Lov av 13. august 1915 om domstolene (domstolloven)

5.2.1 EFTA-domstolens vurdering⁶¹

5.2.1.1 Legitim begrunnelse

For det første redegjør EFTA-domstolen EØS-rettens skranker hva gjelder restriksjoners begrunnelse. Domstolen slår fast at en modell der et statseid selskap som Norsk tipping har enerett til å tilby pengespill vil medføre at private tilbydere av pengespill nektes adgang til markedet, og således utgjør en restriksjon på etableringsretten og retten til fri bevegelighet av tjenester etter EØS-avtalen. Det har ingen betydning om slike private aktører er norsk eller utenlandsk, noe som tilsier at restriksjonen er av ikke-diskriminerende karakter.⁶²

Videre må det ifølge domstolen vurderes om denne restriksjonen kan rettferdiggjøres på grunnlag av tvingende allmenne hensyn. Det må altså avgjøres om restriksjonen er begrunnet i de legitime hensyn som er gjort rede for under punkt 4.2.1. Domstolen erkjenner, som også EU-domstolen har gjort, at pengespillområdet er preget av sterke moralske, religiøse og kulturelle særegenheter, samt faren for økonomisk skadelige følger. Med bakgrunn i dette innrømmes de nasjonale myndigheter en viss skjønnsmargin når det skal avgjøres hvilket beskyttelsesnivå mot disse følgene som er ønskelig. Likevel må restriksjonen bygge på legitime hensyn og oppfylle kravene til proporsjonalitet, slik det fremgår av rettspraksis.⁶³

EFTA-domstolen trekker først frem de formål som pengespilloven eksplisitt bygger på. Pengespilloven § 1 tredje ledd slår fast at:

«Loven skal sikre at pengespill avholdes i betryggende former under offentlig kontroll, med sikte på å forebygge negative konsekvenser av pengespill, samtidig som det legges til rette for at overskuddet fra spillene kan gå til formål som nevnt i § 10.»

Formålene i § 10 omfatter blant andre idrett og kultur.

Om disse formålene sier EFTA-domstolen det er opp til tingretten å vurdere hvilke hensyn lovgivningen virkelig tar sikte på å ivareta. Her trekker EFTA-domstolen en parallell til den tidligere nevnte Zenatti-dommen avsagt av EU-domstolen, der det fremgår at de formål som

⁶¹ E-3/06 Ladbrokes Ltd. mot Norge

⁶² Avsnitt 40

⁶³ Avsnitt 42

anføres av staten for å rettferdiggjøre restriktive tiltak, må vurderes samlet og helhetlig.⁶⁴ Staten kan altså ikke innføre restriktive tiltak som eksplisitt skal for eksempel bekjempe problematisk spilleadferd, men som i realitet skal sikre statens skatteinntekter. At vurderingen må gjøres samlet og helhetlig, innebærer at en må se på restriksjonen (for eksempel enerettmodellen), i sammenheng med andre samfunnsforhold. Slike samfunnsforhold kan for eksempel være at enerettshaveren driver aggressiv markedsføring mer eller mindre siktet mot spilleavhengige, eller at problematisk spilleadferd i liten grad er tilstedeværende i samfunnet.

Om restriktive tiltak som bygger på hensynet til å forhindre «spillegalskap»⁶⁵, sier EFTA-domstolen at slike restriksjoner bare kan aksepteres dersom de *i det minste* sørger for mindre spilleavhengighet i samfunnet enn hva som ville vært tilfelle uten restriksjoner på den frie bevegeligheten.⁶⁶ Dette legger opp til en vurdering av det restriktive tiltakets egnethet til å ivareta hensynet, herunder hvor treffsikkert tiltaket er. Hvis formålet med en enerettsmodell er å forhindre spilleavhengighet, vil tiltaket være lite treffsikkert om enerettshaveren tilbyr pengespill som forsterker avhengighetseffekten.

EFTA-domstolen legger altså opp til at det må vurderes om restriksjonene fører til mindre spilleavhengighet enn hva som ville vært tilfellet dersom det ikke forelå noen restriksjoner. I et slikt scenario, der pengespilltilbydere ikke var underlagt noen former for restriksjoner, ville samfunnet formodentligvis vært preget av utbredt spilleavhengighet, uten at dette kan belegges med forskningsmessig bevis. En kan se for seg at det ville blitt utviklet ulike former for spill med svært avhengighetsskapende faktorer, som for eksempel kort tid mellom man satser et beløp til utfallet blir klart, ingen incentiver for spilleren til å ta pause, muligheter for å spille på kreditt og å gjøre nye runder lett tilgjengelig etter man har tapt eller vunnet. Det kunne også blitt åpnet for treffsikker og «triggende» markedsføring rettet mot spesielle kundegrupper.

En slik regulering (eller mangel på regulering) fremstår imidlertid ikke som noe realistisk alternativ til dagens regulering. Det bør derfor kunne legges til grunn at vurderingen bør se

⁶⁴ Avsnitt 44

⁶⁵ Man ville muligens i dag brukt begrepet «spilleavhengighet» eller lignende.

⁶⁶ Avsnitt 45

hen til omfanget av spilleproblem i en lisensmodell der tilbyderne av pengespill blir underlagt visse restriksjoner, som er det realistiske alternativet til dagens enerettsmodell.

Som nevnt bygger pengespilloven delvis på formålet om å sikre midler til idrett og kultur. EFTA-domstoler sier i den sammenheng, i likhet med EU-domstolen i den nevnte Zenatti-dommen, at slike ønsker ikke kan være den virkelige begrunnelsen for den restriktive politikken som føres. At en enerettsmodell bidrar til å finansiere gode formål, kan bare utgjøre en gunstig sidevirkning, og ikke være det grunnleggende hensyn. Ladbrokes anførte i saken at det faktum at et slikt hensyn foreligger i lovgivningen avskjærer muligheten for å rettferdiggjøre tiltakene på grunnlag av andre (legitime) hensyn. EFTA-domstolen gir ikke selskapet støtte i dette synspunktet. Det vises til at lovgivning ofte bygger på flere forskjellige hensyn, og at selv om et hensyn ikke anses saklig i seg selv, må det avgjøres om restriksjonen i helhet tjener hensyn som kan rettferdiggjøre lovgivningen.⁶⁷

EFTA-domstolen viser til rettspraksis fra EU-domstolen der det aksepteres at restriksjoner på pengespillmarkedet er begrunnet i hensynet til å hindre at pengespill er en kilde til privat profitt. Slike hensyn bygger ifølge EFTA-domstolen muligens på en motvilje mot pengespill av moralske grunner, spesielt dersom det brukes som argument mot ikke-avhengighetsskapende spill. Restriksjoner som er begrunnet i slike betraktninger, kan derfor bare rettferdiggjøre restriktive tiltak som gjenspeiler denne moralsk begrunnede motviljen. EFTA-domstolen sier derfor at statlige monopoler som er begrunnet i slike hensyn tilbyr pengespill, kan ikke restriksjonen sies å ivareta dette hensynet. Etersom spillemonopoler ofte er begrunnet i finansiering av «gode» formål, kan ikke slike restriksjoner brukes som moralsk motvekt, for å likevel tillate pengespill hos en monopolist.

I forarbeidene til pengespilloven av 1992 trekkes moralske hensyn særlig frem som et sentralt element i lovgivningen for pengespill. Det blir fremstilt som om man må erkjenne at spillelyst vil være nærværende i samfunnet, og at man derfor bør kanalisere denne interessen til et offentlig selskap der muligheten for kontroll og oversyn er god. Det fremheves også at den samlede spillevirksomheten i samfunnet bør begrenses, uten noe nærmere utdyping om hvorfor.⁶⁸ Det er imidlertid tydelig at man ønsker å begrense de negative konsekvensene ved

⁶⁷ Avsnitt 46

⁶⁸ Ot.prp. nr. 52 (1991-1992) s. 4-5

pengespill, herunder særlig ved spilleavhengighet. Det er vel heller ikke særlig tvil om at man ønsket å begrense omfanget av pengespill basert på moralske betraktninger. I forarbeidene til lotterilovens formålsparagraf vises det til de hensyn som gjøres gjeldende for pengespilloven § 1.⁶⁹ En tilnærmet likelydende formålsangivelse fremgår også av forskrift om totalisatorspill § 2.⁷⁰

Også i pengespillmeldingen blir hensynet til å sikre at pengespill blir tilbudt i trygge og ansvarlige former for å begrense uheldig spilleadfærd trukket frem. Det blir også lagt vekt på at reguleringen skal legge til rette for at lotteri og pengespill kan være en god inntektskilde for samfunnsnyttig og humanitært arbeid, idrett og kultur. Videre vises det til at enerettsmodellen skal sikre god offentlig kontroll og styring av pengespillmarkedet, og at de spillene som tilbys innenfor rammene for enerettsmodellen må være attraktive for å kanalisere brukere fra uregulerte tilbydere til regulerte tilbydere som Norsk Tipping og Rikstoto.

For å begrunne de restriktive tiltakene som pengespillreguleringen medfører, vises det i Pengespillmeldingen også til en rekke hensyn. På side 11 fremgår følgende

«Restriksjonane er grunngitt med omsynet til

- *å førebyggje speleproblem*
- *å halde omfanget av pengespel på eit moderat og samfunnsmessig forsvarleg nivå*
- *å kanalisere spelelysta inn i ansvarlege former og sikre forbrukarvern*
- *å verne offentleg orden og førebyggje kriminalitet og mislighald*
- *å leie overskotet frå pengespel over til humanitære og samfunnsnyttige formål*
- *å hindre at pengespeldrift blir ei kjelde til privat fortjeneste»*

I forbindelse med arbeidet med ny pengespillov ser man at moralske hensyn ikke lenger trekkes frem som et sentralt hensyn, slik som det ble ved lovarbeidet på 90-tallet. Dette kan tale for et skifte i pengespillpolitikkenes begrunnelse, der man i ikke lenger begrunner innskrenkninger i pengespillmarkedet i moralske betraktninger - i alle fall ikke eksplisitt.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 44 (2002-2003) s. s. 50

⁷⁰ Forskrift 24. august 2007 nr. 1011 om totalisatorspill

Det kan stilles spørsmål ved om tilbudet av pengespill innenfor dagens enerettsmodell er forenlig med en slik moralsk begrunnet motvilje mot pengespill, jamfør EFTA-domstolens uttalelse. Norsk Tipping tilbyr i dag blant annet spill på automater, odds, virtuelle kasino, og andre former for pengespill som må kunne anses som relativt avhengighetsskapende.

Riktignok foreligger det skadeforebyggende tiltak som tapsgrenser og lignende. Likevel vil ikke slikt tilbud av pengespill være forenlig med en moralsk begrunnede motforestillinger mot pengespill som sådan.

På den andre siden kan det tenkes at hensynet til å motvirke privat fortjeneste er begrunnet i et ønske om at private pengespillaktører, med mål om profittmaksimering, tyr til aggressiv markedsføring og en avhengighetsskapende utforming sine spill. Dermed behøver ikke hensynet til å forhindre privat fortjeneste være begrunnet i moralske betraktninger, slik som EFTA-domstolen fremholder i Ladbrokes-avgjørelsen.

Hvis man legger til grunn at hensynet til å motvirke privat fortjeneste egentlig skal forhindre at tilbydere av pengespill tyr til aggressive metoder, må det vurderes om dagens regulering av pengespillmarkedet gjenspeiler dette hensynet.

I den sammenheng kan det anføres at et mål om fortjeneste er nærværende i dagens regulerte pengespillmarked. Som nevnt ovenfor, går deler av Norsk Tippings overskudd til ideelle og humanitære formål. Dette er jo en del av selve begrunnelsen for å opprettholde enerettsmodellen, nemlig å sikre finansiering av idrett og kultur. I utkast til ny lov om pengespill § 14, er det foreslått å lovfeste en prosentvis fordeling av overskuddet til blant annet helse-, idretts-, og kulturformål. Det samme gjelder for travsporten, der et av de bærende formål i reguleringen av hesteveddeløp er at fortjenesten skal komme hesteavlens til gode, jf. totalisatorloven § 1 tredje ledd og utkast til ny lov om pengespill § 16 tredje ledd. Det er også av Lotteritilsynet gitt tillatelser til drift av bingospill og andre lignende spill etter bingoforskriften.⁷¹ Dette er private aktører som tilbyr spill i bingohaller – som selvsagt er avhengig av fortjeneste for at driften skal være lønnsom. Riktignok krever forskriften at 15% av overskuddet går til bingoens formål, jf. § 18.

Følgelig kan det konkluderes med at dagens regulering av pengespillmarkedet gjennom en enerettsordning, ikke gjenspeiler det anførte formålet å motvirke at pengespill skal være en

⁷¹ Forskrift 30. november 2004 nr. 1528 Bingoforskriften

kilde til privat fortjeneste basert på moralske betraktninger. Dette gjelder også dersom man tolker dette formålet som begrunnet i et ønske om at tilbydere av pengespill ikke tyr til ekspansive metoder for å maksimere fortjenesten, ettersom de regulerte aktørene har et mål om å skape inntekter til sine formål – det være seg kultur og idrett, hesteavl eller privat profitt jf. eksemplene overfor.

5.2.1.2 Tiltakets proporsjonalitet

Ifølge EFTA-domstolen må restriksjonen videre vurderes etter det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet. Denne vurderingen omfatter ifølge domstolen en vurdering om en enerettsmodell er egnet til å oppnå de tilsiktede målsetningene, og om det er sammenheng mellom enerettsmodellens utforming og det formålet tiltaket søker å ivareta. Denne tilnærmingen samsvarer med EU-domstolens retningslinjer i blant annet HIT-LARIX-dommen som ble redegjort for under punkt 4.2.2.

Med hensyn til egnethetsvurderingen trekker domstolen frem at det må vurderes om myndighetene «treffer, fremmer eller tolererer» andre tiltak som går på tvers av de grunnleggende målsetningene som restriksjonen bygger på. Slike forhold tilsier en mangel for sammenheng i håndhevelsen av restriksjonen og gjør dermed tiltaket uegnet til å ivareta formålet. At tiltaket i så måte er egnet, påligger staten å bevise.⁷²

Som en del av egnethetsvurderingen av Norsk Tipping som en enerettshaver, vil det ifølge EFTA-domstolen være relevant at Norsk Tipping driver omfattende markedsføring, samt foretar utvidelser av spilltilbudet. I den sammenheng slår domstolen fast at et enerettssystem bare kan være egnet som middel for å bekjempe spilleavhengighet dersom systemet er underlagt krav som tjener til å begrense spilleavhengighet på en sammenhengende og systematisk måte.⁷³ Det må imidlertid foretas en avveining mellom hensynet til forebygging av spilleavhengighet, som innebærer at enerettshaveren må drive en begrenset markedsføringsvirksomhet og utvikling av nye spill, opp mot hensynet til kanalisering fra uregulerte tilbydere og til enerettshaverens tilbud. Hvis det er ønskelig at kunder benytter seg av det regulerte markedet fremfor det uregulerte markedet der det er få eller ingen tiltak mot

⁷² Avsnitt 51

⁷³ Avsnitt 53

avhengighet eller kriminell virksomhet, må enerettshaveren gis et visst rom til å markedsføre og utvikle nye og moderne spilltilbud.

Det må altså vurderes om dagens regulering gjennom en enerettsordning er egnet til å begrense spilleavhengighet på en sammenhengende og systematisk måte. Det kan i den sammenheng vises til at Norsk Tipping har innført en rekke såkalte ansvarlighetsverktøy. Dette er for eksempel 18-års aldersgrense, krav om registrering samt obligatoriske eller (strengere) individuelle grenser hva gjelder bruk av tid og penger på ulike spill. I tillegg kommer restriksjoner på markedsføring og reklame. Lignende restriksjoner er også innført for Norsk Rikstoto sine spill. De ulike grensene er strengere for de spillene der risikoen for problematisk spilling er høyere.⁷⁴ Disse tiltakene vil i stor grad bidra til å redusere spilleavhengighet og andre problemer i forbindelse med spilling.

På den andre siden er det som nevnt en kjensgjerning at størsteparten av pengespill som skjer over nett, skjer hos de uregulerte aktørene. Disse aktørene har få eller ingen slike ansvarlighetsverktøy, samtidig som de tilbyr de formene for pengespill som er forbundet med høyest risiko for problematisk spilling og avhengighet, herunder liveodds og kasinospill.⁷⁵ At en så stor andel av norske forbrukeres pengespilling ikke er underlagt skadeforebyggende tiltak av betydning, taler for at tiltak for å begrense spilleavhengighet ikke gjennomføres på en sammenhengende og systematisk måte, jf. EFTA-domstolens uttalelse.

5.2.1.3 Nødvendighet

Det må ifølge domstolen vurderes om tiltakene går utover det som er nødvendig for å ivareta målene som forfølges. Nødvendigheten skal vurderes for hver enkelt av de legitime målsetningene for tiltaket.⁷⁶

Ettersom pengespillovens målsetning er å bekjempe spilleavhengighet eller kriminalitet og misligheter, må tingretten ifølge EFTA-domstolen påvise at de ulike spillene faktisk skaper slike farer, eller at det på andre måter er forbundet slike farer med spillene. Domstolen peker på at loven omfatter et bredt spekter av spill, og at det er stor forskjell på faren disse spillene innebærer. Det pekes på at Norsk Tipping hadde tilkjennegitt at spill som Lotto er forbundet

⁷⁴ Meld. St. 12 (2016-2017) s. 44

⁷⁵ Op.cit. s. 36-38

⁷⁶ Avsnitt 56

med liten fare for avhengighet, og at spilleautomater er forbundet med svært stor fare for avhengighet.

Norske myndigheter hadde anført at det foreligger en begrenset prøvingsintensitet av nasjonale myndigheters restriksjoner på pengespillmarkedet, og at domstolene bare bør foreta nødvendighetstesten når det er grunn til å tro at reglene faktisk er diskriminerende eller proteksjonistiske. På dette punkt gir EFTA-domstolen ikke medhold. Domstolen konstaterer at selv om de nasjonale myndigheter står fritt til å fastsette beskyttelsesnivå på pengespillområdet, vil tiltakenes nødvendighet likevel kunne bli rettslig prøvd.⁷⁷

Nødvendighetsvurderingen består av en vurdering om de legitime målsetningene bare kan oppnås med enerettssystemet, eller om andre og mindre inngripende tiltak vil kunne være minst like effektive for å oppnå målsetningene. Her vil det være sentralt hvilket beskyttelsesnivå staten har valgt. Dersom et mindre inngripende tiltak vil medføre at målsetningene oppnås fullt ut, kan ikke et mer inngripende tiltak anses nødvendig fordi det gir et enda høyere beskyttelsesnivå enn det staten har lagt opp til.⁷⁸ Domstolens uttalelser på dette punkt kan ses på som en korreks av Høyesteretts uheldige formulering av nødvendighetsvurderingen i spilleautomat-dommen som er nevnt under punkt 5.1.2.

For å klarlegge hvilket beskyttelsesnivå myndighetene har lagt, må det tas i betraktning hvilket antall spillemuligheter og hvor høy spilleaktivitet enerettshaveren tillates å tilby. Denne vurderingen vil bero på flere faktorer. For det første kan markedsføringen til Norsk Tipping ha betydning. Her kan det ses hen på omfanget av markedsføring, gjennom eksempelvis størrelsen på markedsføringsbudsjetter. Også virkningen av markedsføringen er relevant, altså markedsføringens form og innhold, i tillegg til målgruppen. Domstolen peker særlig på om markedsføringen er innrettet for å virke opplysende eller for å appellere til spillebegjær hos mottakeren.

Andre faktorer som kan belyse beskyttelsesgraden, er hvor mange ganger per uke eller dag et spill tilbys, restriksjoner på antall utsalgssteder som tilbyr pengespill og restriksjoner i typen

⁷⁷ Avsnitt 55

⁷⁸ Avsnitt 58

spill som tilbys. Dersom disse restriksjonene er lite streng, tilsier dette at beskyttelsesnivået som myndighetene søker å oppnå er lavt.

EFTA-domstolen trekker frem at tingretten som en del av nødvendighetsvurderingen må vurdere om Norsk Tipping utøver effektiv kontroll med Norsk Tipping, særlig sammenlignet med kontrollintensiteten en tjenesteyter som operer i et konsesjonssystem ville blitt underlagt.

5.2.1.4 Særlig om unntakene for hesteveddeløp og lotteri til inntekt for ideelle samfunnsnyttige formål

EFTA-domstolen fikk i Ladbrokes spørsmål om det er forenlig med EØS-avtalen at nasjonal lovgivning som åpner for bevilling til å tilby hesteveddeløp bare til ideelle organisasjoner eller selskaper som har til formål å støtte hesteavlen. Domstolen slår fast at det er kun Norsk Rikstoto som tildeles slik bevilling, og at stiftelsen derfor i praksis har enerett på å drive hesteveddeløp. Følgelig vil bevillingsordningen etter totalisatorloven utgjøre en restriksjon på retten til fri etablering og tjenesteyting etter EØS-avtalen, ettersom den forhindrer private aktører fra å komme inn på det norske markedet for hesteveddeløp.

Bevillingsordningen for hesteveddeløp er begrunnet i formålet om å støtte hesteavl, ettersom bevilling kun kan gis til organisasjoner og selskaper som har til formål å støtte hesteavlen, jf. totalisatorloven § 1 tredje ledd. Domstolen konstaterer at kommersiell hesteavl er en økonomisk virksomhet, og at finansiering av slik virksomhet ikke kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn.⁷⁹ Dersom bevillingsordningen skal ivareta samfunnsnyttige formål, og ikke bare de strengt kommersielle hensyn, kan dette bare være en gunstig sidevirkning, og ikke den virkelige begrunnelsen for det restriktive tiltaket.

I den aktuelle saken hadde norske myndigheter anført at formålet som fremgår eksplisitt av totalisatorloven, nemlig å finansiere hesteavl, måtte suppleres med de overordnede målsetningene for norsk pengespillpolitikk. Spørsmålet blir derfor om bevillingsordningen for drift av hesteveddeløp, er et tiltak som i realiteten skal ivareta hensynet til å bekjempe spilleavhengighet og kriminell virksomhet knyttet til pengespill.

Hvorledes denne vurderingen skal gjennomføres gir ikke EFTA-domstolen noen retningslinjer. Det kan imidlertid her trekkes en parallell til Pfleger-dommen⁸⁰, som er nevnt i

⁷⁹ Avsnitt 68

⁸⁰ C 390/12 Pfleger m.fl.

punkt 4.2.1. EU-domstolen pekte der på at de anførte hensyn bak restriksjonen måtte suppleres med et blikk på de faktiske forhold, der man så på om det forelå et behov for ivaretagelse av hensynet, og hvorvidt håndhevelsen av restriksjonen var forenlig med det bakenforliggende hensynet.

I Pfleger-dommen hadde imidlertid problemstillingen på sett og vis motsatt fortegn sammenlignet med Ladbrokes-saken. I Pfleger hadde lovgiver eksplisitt begrunnet tiltaket med et legitimt hensyn, mens praktiseringen av restriksjonen tilsa at begrunnelsen var et illegitimt hensyn. I Ladbrokes-saken var restriksjonen begrunnet i hensynet til hesteavl, altså et illegitimt formål, mens myndighetene mente dette hensynet måtte suppleres med legitime hensyn.

EFTA-domstolen fikk også spørsmål om EØS-avtalen er til hinder for lotterilovens ordning som innebærer at konsesjon om pengespill bare kan gis til ideelle organisasjoner og foreninger med humanitært eller samfunnsnyttig formål. Norske myndigheter anførte også her at de overordnede hensyn for pengespillpolitikken måtte innfortolkes i lotterilovens konsesjonsmodell for ideelle formål. Også i denne sammenheng påpeker EFTA-domstolen at finansiering av samfunnsnyttige formål ikke kan utgjøre den primære begrunnelsen for restriktive tiltak, men at tingretten må vurdere om tiltaket er begrunnet i legitime hensyn, som bekjempelse av spilleavhengighet og beskyttelse av samfunnsordenen.⁸¹

5.2.2 Tingrettens vurdering⁸²

Tingretten legger til grunn at uttalelser fra EFTA-domstolen ikke er bindende, men skal tillegges vesentlig vekt, og viser til spilleautomat-dommen og Finanger-dommen som nevnt ovenfor.

For å belyse vurderingen av om restriksjonen er forankret i legitime hensyn, sier tingretten at de aktuelle lovenes formålsbestemmelser samt lovforarbeidene, stortingsdokumenter og proposisjoner skal vektlegges. Tidligere dokumenter og utkast fra lovarbeidet skal tillegges mindre vekt. Tingretten finner det ikke tvilsomt at det dominerende hensynet bak innføringen av den statlige enerettsmodellen er å beskytte landets borgere mot de uheldige konsekvensene med pengespill, herunder avhengighet, kriminalitet og misligheter, og å hindre privat

⁸¹ Avsnitt 81

⁸² TOSLO-2004-91873

fortjeneste på pengespillmarkedet. Det trekkes også frem at myndighetene i reguleringen må balansere dels motstridende hensyn, i den forstand at det må tilbys attraktive nasjonale spill av hensyn til kanalisering, samtidig som dette kan gi større risiko for avhengighet.

Tingretten mener at det er godtgjort at statens mål med enerettsmodellen ikke er å sikre inntekter, men at overskudd til veldedig allmennyttige formål er en gunstig bieffekt, som EØS-retten åpner for. Det konkluderes derfor med at restriksjonene på pengespillmarkedet er begrunnet i legitime hensyn.

Når det gjelder egnethetsvilkåret lener tingretten seg på bevisførselen, og spesielt en rapport fra London Economics, som ifølge tingretten godtgjør at kanaliseringseffekten, som er sentral i begrunnelsen for enerettsmodellen, faktisk virker etter sin hensikt. Kanaliseringseffekten går ut på at tilstrekkelig attraktive spill som tilbys av regulerte aktører (for eksempel statlige spillmonopol som Norsk Tipping) skal forhindre at forbrukerne benytter seg av utenlandske tilbydere av pengespill som er underlagt liten eller ingen offentlig regulering med hensyn til å forhindre avhengighet, kriminalitet og mislighold.

Sett med dagens øyne kan det stilles spørsmål om kanaliseringseffekten står like sterkt i dag, tatt i betraktning betydningen internett har hatt for å gjøre uregulerte tilbydere av pengespill langt mer tilgjengelig for den norske forbrukeren. Det kan for eksempel vises til at Norsk Tipping har lansert Liveodds (2012) og nettbaserte kasinospill (2014) for å demme opp for tap av kunder til utenlandske tilbydere av pengespill. Disse spilleformene står for de største lekkasjene til uregulerte aktører.

Resultatet de følgende årene tydet imidlertid ikke på at tiltaket hadde noen særlig kanaliseringseffekt. Prosentandelen av norsk befolkning som spilte sports- eller kasinospill på nett eller mobil hos Norsk Tipping økte fra 3,7 % i 2013 til 7,0 % i 2015, mens utenlandske selskap hadde en liten vekst i den samme perioden, fra 4,2 % til 4,6 %.⁸³ Det kan derfor stilles spørsmål om utvidelsen av Norsk Tippings tilbud som skulle trekke kunder fra utenlandske tilbydere til Norsk Tipping, egentlig bare førte til at Norsk Tipping «rekrutterte» nye spillere til odds- og kasinospill. Det kan derfor hevdes at kanaliseringseffektens vekt som argument i nødvendighetsvurderingen av enerettsmodellen som restriktivt tiltak, langt på vei er redusert.

⁸³ Meld. St. 12 (2016-2017) s. 23

Dette harmonerer også dårlig med det anførte formålet om å holde spillingen på et lavt nivå, og spesielt formålet å begrense den problematiske spillingen, all den tid det foreliggende kunnskapsgrunnlaget tilsier at kasinospill på nett er blant de spilleformene med høyest forekomst av risiko- og problemspillere. Dette illustreres med at statistikk over innringere til Hjelpelinja for spilleavhengige viser en tydelig overvekt av personer som har problemer med nettkasino og odds/liveodds.⁸⁴

Tingretten foretar videre en vurdering av risikobildet for de ulike spillene som tilbys på det norske spillemonopolet, og de reguleringstiltak med hensyn til beløpsgrenser, aldersgrenser, åpningstider, markedsføring mv. som disse er underlagt. Retten trekker også frem at internettbaserte spill tilbudt av utenlandske aktører, utgjør en «langt større risiko for uheldige følger».

Denne vurderingen bygger tilsynelatende på en dikotomi der alternativet til å ha et norsk spillmonopol der statlige aktører har enerett på tilbud av pengespill, er et totalt frislipp for alle tilbydere av pengespill. En slik virkelighetsbeskrivelse fremstår som noe unyansert, i alle fall sett med dagens øyne. I den aktuelle saken hadde Ladbrokes søkt om tillatelse til å drive og formidle diverse pengespill, alt underlagt norske tilsynsmyndigheter. Premisset for søknaden var altså at Ladbrokes skulle bli underlagt reguleringstiltak slik som aldersgrenser, beløpsgrenser samt begrensninger i åpningstider og markedsføring. Det samme gjelder for de spillselskapene som ønsker å etablere seg på det norske markedet i dag. Det kan for eksempel vises til høringsinnspillene fra spilleselskapene i forbindelse med pengespillmeldingen, der disse stilte seg positiv til å bli pålagt ansvarlighetsverktøy i en eventuell lisensmodell.⁸⁵ Disse restriksjonene må imidlertid ikke være så inngripende at private tilbydere av pengespill anser det som mer lønnsomt å fortsatt operere på det uregulerte markedet.

Tingretten konkluderer med at også egnethetsvilkåret er oppfylt. Markedsføringspraksisen til Norsk Tipping trekkes frem, og det vises til at det Lotteritilsynet har funnet enkelte overtramp, men at dette skyldes at tilsynet har «lagt seg på en streng fortolkning av

⁸⁴ Op.cit. s. 36-38

⁸⁵ Op.cit. s. 64

regelverket». Det avvises derfor at markedsføringspraksisen gjør restriksjonen uegnet og inkonsistent.

EFTA-domstolens holdning på dette punkt var som nevnt at det ikke kunne iverksettes tiltak som ikke inngår i en sammenhengende og systematisk pengespillpolitikk. Dette innebærer at enerettsaktørens adgang til å drive markedsføring og utvikle nye spillkonsepter, må være basert på en avveining av på den ene siden hensynet til forebygging av spilleavhengighet, som tilsier en begrenset markedsføring og utvikling av nye spill, og på den andre siden hensynet til kanalisering av forbrukere fra uregulerte tilbydere og til enerettshaverens spilltilbud.

I denne sammenheng kan det nevnes at Norsk Tipping siden 2012 har utvidet sitt spilltilbud med et særlig fokus på nettbaserte og interaktive spill, herunder liveodds og nettkasinospill, samt markedsført for dette, med det siktemål å begrense lekkasjer til utenlandske og uregulerte aktører. Dette har imidlertid ikke ført til en nedgang i kundegrunnlaget hos de uregulerte aktørene, men har ført til en ganske markant økning hos Norsk Tippings kundegrunnlag på nett.⁸⁶ Dette tilsier at kanaliseringseffekten har uteblitt, og at flere har blitt rekruttert til pengespill med høy risiko for avhengighet. Sett med dagens øyne kan det derfor argumenteres for at markedsføringspraksisen bryter med en sammenhengende og systematisk pengespillpolitikk.

I forbindelse med vurderingen av det tredje vilkåret, at restriksjonen må være nødvendig eller i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet, trekker tingretten frem at en statlig enerettsaktør vil ha mindre incentiv til å maksimere profitt og drive aggressiv markedsføring enn private aktører vil ha. Det vises også til at statlige myndigheter vil ha bedre muligheter til påvirkning overfor en statseid pengespilltilbyder enn en privat aktør som opererer i et konsesjonssystem ettersom myndighetene har kan utøve påvirkning gjennom lovgivning og eierbeføyelser. Tingretten konkluderer med at mindre inngripende restriksjoner, for eksempel gjennom et konsesjonssystem, ikke like godt vil kunne sikre målsetningen om å hindre at pengespill er en kilde til privat profitt.

⁸⁶ Meld. St. 12 (2016-2017) s. 23

Tingretten konkluderte derfor med enerettsmodellen som restriksjon er legitimt motivert, egnet og nødvendig, og således forenlig med EØS-avtalen.

6 Særlig om forbud mot betalingsformidling

For å bidra til å redusere lekkasjen til utenlandske pengespilltilbydere ble det i 2010 vedtatt en forskrift⁸⁷ som innebærer et forbud for banker og andre finansforetak å formidle innskudd og utbetaling i forbindelse med pengespill som ikke har tillatelse i Norge. Forbudet ble fra januar 2020 utvidet til å også gjelde betalinger til og fra andre foretak som formidler transaksjoner på vegne av pengespillselskap (tredjepart).

I utkast til ny lov om pengespill er betalingsformidlingsforbudet foreslått lovfestet. Det fremgår av forslaget § 5 at formidling av betalingstransaksjoner ved innskudd til og utbetaling fra pengespill uten tillatelse er forbudt.

Det ligger til Lotteritilsynet å fatte vedtak over hvilke foretak dette gjelder, og en oppdatert liste finnes på tilsynets nettsider.⁸⁸ Forskriften forplikter banker til å undersøke alle transaksjoner til og fra de aktuelle spillselskapene eller tredjeparter. Videre kan Lotteritilsynet ved enkeltvedtak gi pålegg om å avvise betalingstransaksjoner til og fra spesifikke spillselskap eller tredjeparter. Dette følger av forskriften § 4.

Forskriften § 1 slår fast formålet med tiltaket, nemlig å «sikre et regulert og kontrollert tilbud av pengespill gjennom å begrense tilgangen til pengespill som ikke har norsk tillatelse». Forbudet er altså begrunnet med hensynet til kanalisering.

Lotteritilsynet foretok i 2012 en gjennomgang av betalingsformidlingsforbudet. Konklusjonen ble at forbudet hadde vanskeliggjort tilgangen på uregulerte pengespill noe, men at effekten av forbudet var mindre enn antatt. Undersøkelsen viste at forbudet førte til at enkelte spillselskap sperret for betaling til og fra norske forbrukere. Andre spillselskap benyttet seg av en tredjepartsløsning der betalingene gikk gjennom en mellommann, med et påslag for forbrukeren i form av et prosentvis gebyr. Dette ble av et spillselskap fremstilt overfor

⁸⁷ Forskrift 19. februar 2010 nr. 184 om forbud mot betalingsformidling for pengespill som ikke har norsk tillatelse

⁸⁸ <https://lottstift.no/nb/pengespill/pengespill-pa-nett/forbud-mot-formidling-av-betaling/vedtak-til-norske-banker-om-betalingsformidling/>

forbrukere som et tiltak for å kunne operere innenfor norsk lov, noe Lotteritilsynet stilte seg kritisk til.⁸⁹

Videre kan det vises til at de uregulerte tilbyderne av nettbaserte pengespill har hatt en stabil vekst siden forbudet ble gjennomført. Dette taler samlet for at betalingsformidlingsforbudet har hatt liten eller ingen effekt med hensyn til kanalisering av norske forbrukere til enerettsaktørens spilltilbud. Videre ser man at de fleste av de store uregulerte spillsekskapene som opererer på det norske markedet benytter seg av tredjepartsløsninger eller såkalte elektroniske lommebøker, som ikke er fanget opp av Lotteritilsynet, og således i praksis faller utenfor betalingsformidlingsforbudet – enn så lenge. Bruk av digitale aktiva, eller såkalt kryptovaluta, utgjør også en fare for omgåelse av forbudet. Dette er digital valuta basert på blockchain-teknologi, som på mange måter er usporbar og vanskeliggjør muligheten for sentralt oversyn. Betaling av innsats og utbetaling av gevinst gjennom slik valuta tilbys av flere av de største spillsekskapene.⁹⁰ På grunn av at slike transaksjoner er vanskelig å spore, er det ikke kjent i hvor stor utstrekning denne formen for betaling brukes av norske forbrukere.

Disse momentene taler samlet for at forbudet mot betalingsformidling slik det foreligger i dag er lite egnet til å oppnå det bakenforliggende formålet, nemlig å kanalisere norske forbrukere fra å benytte seg av tilbudet til uregulerte pengespillaktører, til å benytte seg av pengespill som tilbys av enerettsaktørene. Selv om innføringen av forbudet førte til at enkelte tilbydere av pengespill sperret for betaling til og fra forbrukere i Norge, har altså forbudet ikke hatt noen effekt på det samlede omfanget av spilling hos uregulerte tilbydere.

Et annet aspekt ved betalingsformidlingsforbudet, er det i ytterste konsekvens kan føre til at norske forbrukere taper sine innskutte midler eller premiepenger i forbindelse med pengespill som de har tatt del i uten å begå noe lovbrudd. Denne tematikken faller utenfor avhandlingens omfang, men har avstedkommet rettslig konflikt mellom forbrukere og deres bankforbindelse, som har vært pålagt å stoppe utbetaling av gevinst.⁹¹

⁸⁹ Evaluering av forskrift om forbud mot betalingsformidling til pengespill uten norsk tillatelse, Lotteritilsynet 2012.

⁹⁰ <https://www.pengespill.no/kryptovaluta-setter-norsk-betalingsforbud-sjakknett/>

⁹¹ TOSLO-2020-25904

7 Særlig om forbud mot markedsføring av pengespill som ikke har tillatelse

Det fremgår av lotteriloven § 11, pengespilloven § 2 tredje ledd og forskrift om totalisatorspill § 1 tredje ledd at markedsføring av pengespill eller lotteri som ikke har tillatelse i Norge er forbudt. I utkast til ny pengespillov, som omfatter alle former for pengespill og lotteri, fremgår det av § 7 et forbud mot markedsføring eller medvirkning til å markedsføre ulovlige pengespill.

Markedsføringsforbudet vil utgjøre en restriksjon for utenlandske tilbydere av pengespill som ønsker å etablere seg på det norske markedet, ettersom disse får en begrenset mulighet til å markedsføre sine tjenester overfor forbrukere som befinner seg i Norge. Samtidig utgjør utbredt reklame for uregulerte pengespilltilbydere en betydelig utfordring for den norske enerettsmodellen.

I 2015 foretok Lotteritilsynet en gjennomgang av reklameopptak på tolv utvalgte TV-kanaler. Gjennomgangen avdekket 1457 reklameinnslag for uregulerte pengespill i løpet av 24 timer. Alle innslagene var rettet mot norske forbrukere, blant annet gjennom norsk språk.⁹² I tillegg til å tiltrekke forbrukere til det uregulerte pengespillmarkedet, gir denne markedsføringen et inntrykk av at de uregulerte tilbyderne opererer som legitime aktører på pengespillområdet.

Til tross for markedsføringsforbudene i de respektive lovene, konkluderte Kulturdepartementet i pengespillmeldingen med at det «dagleg [blir] sendt store mengder TV-reklame for utanlandske pengespel på norske TV-skjermar.» Det ble anslått at uregulerte pengespilltilbydere sto bak 79 % av reklamekronene brukt på pengespillreklame på TV rettet mot norske seere.⁹³ Disse reklamene ble sendt fra TV-kanaler som var etablert i andre europeiske land som hadde lempeligere regler hva gjelder markedsføring av pengespill, spesielt fra Storbritannia. Videre ble reklamene sendt døgnet rundt slik at barn og unge kunne bli utsatt for markedsføringen, og benyttet seg av virkemidler som innskuddsbonus og

⁹² Prop.45 L (2019-2020) s. 7

⁹³ Meld. St. 12 (2016-2017) s. 28

gratisspill. Disse virkemidlene anses som aggressive, og benyttes ikke av Norsk Tipping og Norsk Rikstoto.⁹⁴

Det ble sett på som en uønsket utvikling. Det ble derfor besluttet at man skulle utrede Norges handlingsrom etter EØS-retten til å fatte nasjonale tiltak mot pengespillreklame sendt fra andre EØS-land. Et sentralt moment i en slik sondering, er det såkalte AMT-direktivet.⁹⁵ Direktivet er gjennomført i norsk rett i kringkastingsloven⁹⁶, og inneholder to grunnleggende prinsipper. For det første fremgår senderlandsprinsippet av art. 2-1, som innebærer at audiovisuelle medietjenester er underlagt lovgivningen i det landet de er etablert. For det andre fremgår prinsippet om fri videreformidling av art. 3-1, som innebærer at mottakerlandet (EØS-stat) i utgangspunktet ikke kan hindre videresending av fjernsynskanaler fra tilbydere etablert i en annen EØS-stat. Dette innebærer at Norge i utgangspunktet ikke kan hindre pengespillreklame som lovlig sendes fra en EØS-stat til TV-kanaler rettet mot norske seere.

Dette utgjør imidlertid et utgangspunkt, og må suppleres med noen unntak. Det fremgår av art. 3-4 (a) at det kan gjøres unntak fra prinsippet om fri videreformidling dersom en audiovisuell bestillingstjeneste skader, eller det er nødvendig med grunnlag i blant annet hensynet til offentlig orden, vern av folkehelsen eller forbrukere. Det er også et krav om forholdsmessighet mellom tiltaket og hensynet som tiltaket søker å ivareta. Som nevnt i gjennomgangen av rettspraksis må forholdsmessighetsvurderingen suppleres med en vurdering av om det restriktive tiltaket er egnet til å ivareta formålet.

Med virkning fra 1. januar 2021 ble derfor Medietilsynet gitt adgang til å gi pålegg til norske TV-distributører å stanse konkret markedsføring av pengespill som ikke har tillatelse, jf. kringkastingsloven § 4-7.

Det fremgår av forarbeidene til kringkastingsloven at formålet med forbudet mot markedsføring av pengespill som ikke har tillatelse i Norge, er å begrense denne typen markedsføring av hensyn til sårbare spillere, og et ønske om å styrke enerettsmodellen som

⁹⁴ Op.cit. s. 110-111

⁹⁵ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester (AMT-direktivet)

⁹⁶ Lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (kringkastingsloven)

statens virkemiddel på pengespillområdet.⁹⁷ Markedsføring på TV utgjør en viktig faktor for rekruttering av nye spillere til pengespill. Det er spesielt tilbydere av nettbaserte oddspill og nettkasino som reklamerer på norsk TV. Disse spilleformene anses som spill med utpreget risiko for problematisk spilleadferd. Det er i denne sammenheng særlig grunn til bekymring ettersom det ofte brukes virkemidler som innskuddsbonuser og gratisspill, noe som gir en appellerende effekt overfor spillere i risikozonen for problematisk spilleadferd. Videre ser man at mye av markedsføringen skjer på dagtid, slik at barn og unge lett kan bli eksponert. Bakgrunnen for forbudet var at det var vanskelig å håndheve forbudet overfor reklame fra utenlandske pengespillselskaper som lå utenfor norsk jurisdiksjon.⁹⁸ Disse forholdene tilsier at tiltaket skal ivareta legitime hensyn, jf. art. 3-4 (a) samt de krav som stilles til restriktive tiltaks begrunnelse i rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen.

Når det gjelder markedsføringsforbudets egnethet som tiltak for å begrense markedsføring fra uregulerte tilbydere av pengespill kan det fremheves at det fra TV-distributørene ble pekt på at forbudet vanskelig lot seg gjennomføre i praksis. Også Medietilsynet har erkjent at det byr på problemer å fange opp markedsføringen, og å filtrere ut eller sladde ulovlig reklame.⁹⁹

Videre kan det vises til at forbudet i første omgang rammer tradisjonell markedsføring på TV-sendinger. Utviklingen de senere årene viser imidlertid at de samlede markedsføringsflatene blir flere og at man ser en fremvekst av gråsonemarkedsføring som innholdsmarkedsføring og bruk av ambassadører.¹⁰⁰ Innholdsmarkedsføring vil si at reklamen «pakkes inn» som et redaksjonelt innhold som for eksempel en alminnelig nyhetsreportasje om personer som har vunnet store gevinster i pengespill. På denne måten blir markedsføringen mer eller mindre sømløst inn i det ordinære redaksjonelle innholdet. Et annet eksempel som trekkes frem i pengespillmeldingen er at store uregulerte spillselskaper har rekruttert ambassadører. Dette er kjente personer som på for eksempel sosiale medier eller i forbindelse med opptreden i ordinære medier fremstår som talspersoner for disse spillselskapene. En annen utvikling som trekkes frem i pengespillmeldingen er tilfeller der pengespillselskaper har opptrådt som

⁹⁷ Prop. 45 L (2019-2020) s. 5

⁹⁸ Op.cit. s. 7

⁹⁹ <https://kampanje.com/premium/februar-2021/innsikt/medietilsynet-vurderer-maskinlaring-for-a-stanse-bettingreklame/>

¹⁰⁰ Meld. St. 12 (2016-2017) s. 30

nyhetsbyrå, i den forstand at de har kjøpt rettighetene til nyhetsformidling i forbindelse med større hendelser. For eksempel ble medierettighetene til bryllupet til en kjent norsk fotballspiller solgt til et større spillselskap i 2013.¹⁰¹

Det har med andre ord skjedd et skifte i markedsføringen for de uregulerte pengespilltilbyderne fra å i hovedsak være fremsatt på lineær TV, til å bli fremsatt på flere ulike flater.¹⁰² Dette er markedsføring som ikke vil bli rammet av forbudet i kringkastingsloven, men som likevel utgjør en viktig, og stadig økende del av de uregulerte pengespilltilbydernes reklameportefølje. I pengespilmeldingen trakk departementet frem at disse formene for markedsføring gjør det vanskelig å beregne verdien av markedsføringen i andre kanaler enn via TV.¹⁰³

Markedsføringsforbudet vil altså til viss grad kunne begrense markedsføringen som skjer på TV. Forbudet er imidlertid ikke egnet til å ramme den betydelige, og stadig voksende, andelen markedsføring som skjer via andre kanaler. Det må imidlertid pekes på at forbudet har ført til at flere spillselskaper har stanset sin markedsføring rettet mot norske forbrukere på TV, og at flere TV-distributører har stanset reklame for uregulerte spilltilbydere rettet mot Norge. På denne måten må forbudet kunne anses for å være et egnet tiltak for å begrense TV-reklame for ulovlige pengespill rettet mot norske forbrukere, selv om det ikke er egnet til å begrense det bredere omfang av markedsføring for uregulerte pengespill.

8 Avsluttende bemerkninger

Som det har blitt redegjort for i avhandlingen, er det visse aspekter ved Norges regulering av pengespill som kan være problematisk sett fra et EØS-rettslig ståsted. Det har vist seg å være utfordrende å håndheve regelverket enerettsmodellen bygger på i et marked der uregulerte aktører blir stadig lettere tilgjengelig. Avhandlingen har pekt på at enerettsmodellen i praksis ikke sikrer at Norsk Tipping og Rikstoto står alene om å tilby pengespill til norske forbrukere. Det har også blitt pekt på at norske forbrukere blir eksponert for markedsføring fra uregulerte tilbydere av pengespill, og har adgang til å betale innsatser og få utbetalt gevinster fra disse spillselskapene, til tross for at dette er forbudt. Det kan derfor stilles spørsmål om

¹⁰¹ <https://www.vg.no/rampelys/i/mkb40/john-arne-riise-selger-bryllupet-til-spillselskap>

¹⁰² Meld. St. 12 (2016-2017) s. 30-32

¹⁰³ Meld. St. 12 (2016-2017) s. 30

enerettsmodellen er det best egnede tiltaket for å ivareta formålet om å motvirke de skadelige følgene som pengespill medfører.

Selv om det kan pekes på sider ved pengespillreguleringen som i større eller mindre grad er egnet til å svekke enerettsmodellens EØS-rettslige legitimering, må det likevel holdes fast ved det som har vært omkvedet i EFTA- og EU-domstolens avgjørelser på området. Nemlig at pengespillområdet er preget av sterke moralske, kulturelle og religiøse forskjeller, og at den enkelte stat derfor bør gis en forholdsvis vid skjønnsmargin. Det kan derfor argumenteres for at spørsmål om hvorledes pengespillmarkedet bør reguleres, langt på vei er et politisk spørsmål, slik også Høyesterett fremholdt i spilleautomat-dommen. Politiske betraktninger omkring reguleringen av pengespill faller naturligvis utenfor denne avhandlingens tema.

Referanseliste

Litteratur

- Manshaus 1997 Manshaus, Halvor, *Private pengespill på Internett* (1997)
- Nygaard 2017 Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2017)
- Sejersted m.fl. 2014 Sejersted, Fredrik, *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2014)

Juridiske artikler

- Fredriksen 2007 Fredriksen, Halvard Haukeland, «Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning», *Jussens Venner*, 2007 s. 295-305

Lover

- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
- 1927 Lov 1. juli 1927 nr. 3 om veddemål ved totalisator (totalisatorloven)
- 1992 Lov 28. august 1992 nr. 103 om pengespill m.v. (pengespilloven)
- Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
- Lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (kringkastingsloven)
- 1995 Lov 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier m.v. (lotteriloven)

Forskrifter

- 1992 Forskrift 11. desember 1992 nr. 1266 Vedtekter for Norsk Tipping AS
- 2004 Forskrift 30. november 2004 nr. 1528 Bingoforskriften
- 2007 Forskrift 24. august 2007 nr. 1011 om totalisatorspill

2010 Forskrift 19. februar 2010 nr. 184 om forbud mot betalingsformidling for pengespill som ikke har norsk tillatelse

Konvensjoner

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

ODA-avtalen Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol

TEUV Traktaten om Den europeiske unions virkemåte

Forarbeid

Ot.prp. nr. 52 (1991-1992) Om lov om pengespill m.v.

Ot.prp. nr. 44 (2002-2003) Om lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen

Meld. St. 12 (2016-2017) Alt å vinne. Ein ansvarleg og aktiv pengespelpolitikk (pengespillmeldingen)

Prop. 45 L (2019-2020) Endringer i kringkastingsloven mv. (tiltak mot markedsføring av pengespill som ikke har tillatelse i Norge)

Utkast til ny lov om pengespill
(<https://www.regjeringen.no/contentassets/0d6d60e513824b5cabfe85804035bd56/utkast-til-ny-lov-om-pengespill---horing-29.-juni-2020.pdf>)

Direktiver

AMT-direktivet Europaparlaments- og rådsdirektiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester (AMT-direktivet)

Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger)

Rt. 2007 s. 1003 (spilleautomat)

Oslo tingrett

TOSLO-2004-91873 (spilleautomat)

TOSLO-2020-25904 (betalingsformidling)

EU-domstolen

- Sak C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise mot Schindler*
- Sak C-55/94 *Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*
- Sak C-67/98 *Questore di Verona mot Diego Zenatti*
- Sak C-243/01 *Straffesak mot Gambelli m.fl.*
- Sak C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional og Bwin International Ltd*
- Sak C-176/11 *HIT og HIT LARIX mot Bundesminister für Finanzen*
- Sak C-186/11 *Stanley Bet m.fl. mot Hellas*
- Sak C-390/12 *Robert Pfleger m.fl.*
- Sak C-375/17 *Stanley International Betting Ltd og Stanleybet Malta Ltd*

Praksis fra EFTA-domstolen

- Sak E-1/06 *ESA mot Norge* (spilleautomat)
- Sak E-2/06 *ESA mot Norge* (hjemfallsrett)
- Sak E-3/06 *Ladbrokes Ltd. mot Norge*

Diverse rapporter og utgivelser

Menon Publikasjon nr. 68/2018 Samfunnsøkonomisk analyse av lisensordning for pengespill (<https://www.menon.no/wp-content/uploads/2018-68-Samfunns%C3%B8konomisk-analyse-av-lisensordning-for-pengespill-1.pdf>)

Evaluering av forskrift om forbud mot betalingsformidling til pengespill uten norsk tillatelse, Lotteritilsynet, 2012 (<https://lottstift.no/content/uploads/2015/09/Rapport-betalingsformidlingsforbudet-jan-2012.pdf>)

Internett

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_5109

<https://www.eftasurv.int/newsroom/updates/esa-announces-new-policy-gambling-complaints>

<https://lottstift.no/nb/pengespill/pengespill-pa-nett/forbud-mot-formidling-av-betaling/vedtak-til-norske-banker-om-betalingsformidling/>

<https://www.pengespill.no/kryptovaluta-setter-norsk-betalingsforbud-sjakknett/>

<https://kampanje.com/premium/februar-2021/innsikt/medietilsynet-vurderer-maskinlaring-for-a-stanse-bettingreklame/>

<https://www.vg.no/rampelys/i/mkb40/john-arne-riise-selger-bryllupet-til-spillselskap/>

