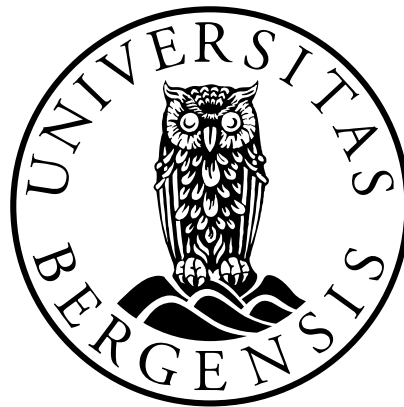


Enerettsmodellen på pengespillområdet i lys av statens EØS-rettslige forpliktelser

Kandidatnummer: 189

Antall ord: 13 957



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.22

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
2	Enerettsmodellen	8
3	EØS-avtalens betydning for enerettsmodellen.....	11
3.1	Overordnet om EØS-avtalen.....	11
3.2	Grunnfrihetene	12
3.2.1	Etableringsretten.....	13
3.2.2	Fri flyt av tjenester	14
3.2.3	Fri flyt av kapital	15
3.3	EØS-avtalen om pengespill	15
4	EU-domstolens praksis – når nasjonale regler innskrenker grunnfrihetene	17
4.1	Oversikt	17
4.2	Legitimt formål	17
4.3	Proporsjonalitetsvurderingen	20
4.3.1	Oversikt	20
4.3.2	Egnethet	21
4.3.3	Nødvendighet	23
4.3.4	Forholdsmessighet.....	26
4.4	Sammendrag	27
5	Spesialforbud for å styrke enerettsmodellens posisjon	29
5.1	Oversikt	29
5.2	Forbudet mot betalingsformidling.....	29
5.3	Forbudet mot markedsføring av pengespill uten tillatelse.....	32
5.4	Forslag om DNS-blokkering av nettsider som tilbyr pengespill.....	36
6	Kan enerettsmodellens inngrep i grunnfrihetene rettferdiggjøres?	39
6.1	Utgangspunktet for vurderingen	39
6.2	Enerettsmodellens egnethet	39
6.3	Enerettsmodellens nødvendighet	40
6.4	Fremtidsutsikter	43
7	Kilderegister	44

1 Innledning

Det norske spillemonopolet er kun ett av to gjenværende av sitt slag i Europa. Denne avhandlingen skal analysere hvordan ordningen står seg i lys av statens forpliktelser etter EØS-avtalen. Den norske pengespillpolitikken innebærer at kun noen få aktører lovlig kan tilby pengespill til norske forbrukere. Det er en monopolordning vi omtaler som enerettsmodellen. Ved at man har innført en slik enerettsmodell som utelukker andre aktører fra å ta del i det norske pengespillmarkedet, oppstår det en del EØS-rettslige problemstillinger på bakgrunn av at Norge har forpliktet seg til EØS-avtalen. Hovedproblemstillingen er hvordan enerettsmodellen, og ytterligere tiltak som er iverksatt for å bevare den, står seg i lys av EØS-rettslige prinsipper som Norge har forpliktet seg til å overholde. Det vil i den forbindelse særlig problematiseres om enerettsmodellen er forenlig med EØS-avtalens artikler 31 og 36, som gir uttrykk for henholdsvis prinsippet om fri etableringsrett, og prinsippet om fri flyt av tjenester.

Enerettsmodellen som praktiseres på det norske pengespillmarkedet i dag, er regulert slik at utvalgte aktører kan tilby pengespill. De utvalgte aktørene er i all hovedsak Norsk Tipping og Norsk Rikstoto, og de har enerett på å tilby henholdsvis pengespill og totalisatorspill. Det følger respektivt av pengespillovens § 3¹ og totalisatorlovens § 1². Ved at disse utvalgte selskapene har monopol på pengespilltilbudet i Norge, frarøves andre utenforstående aktører muligheten til å etablere seg på det norske pengespillmarkedet, og dermed muligheten til å lovlig kunne tilby pengespill til den norske befolkningen. Enerettsmodellen utgjør dermed en restriksjon i de grunnleggende EU-rettslige frihetene; fri flyt av varer, personer, tjenester og kapital. EØS-avtalen gjør det klart at det eksisterer et restriksjonsforbud når det gjelder de grunnleggende frihetene.³ Det danner seg dermed et utgangspunkt om at enerettsmodellen ikke er forenlig med sentrale EØS-rettslige prinsipper Norge er forpliktet til å overholde i tråd med EØS-avtalen.

Dette utgangspunktet må imidlertid nyanseres på bakgrunn av EU-domstolens praksis. En restriksjon i de grunnleggende frihetene kan rettferdiggjøres dersom tiltaket som utgjør restriksjonen oppfyller visse vilkår. Tiltaket må først og fremst tjene et *legitimt formål*, men også

¹ Lov 28. august 1992 nr. 103 om pengespill (pengespilloven) § 3.

² Lov 1. juli 1927 nr. 3 om veddemål ved totalisator (totalisatorloven) § 1.

³ Se Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) art. 11, art. 12, art. 31, art. 36 og art. 40.

være *egnet og nødvendig* for å oppnå dette formålet.⁴ Det skal samtidig ikke medføre et *uforholdsmessig* inngrep i grunnfrihetene.⁵ Enerettsmodellen begrunnes i et primært formål om å opprettholde et ansvarlig spilltilbud og forebygge problematisk spilleatferd. Tiltaket skal beskytte kundene mot negative spillekonsekvenser. Forbrukerverninteresser står med andre ord sterkt. Med utgangspunkt i EU-domstolens praksis er spørsmålet om enerettsmodellen er et egnet og nødvendig tiltak for å forebygge problematisk spilleatferd. I tillegg må det gjøres en vurdering av om tiltaket utgjør et for stort inngrep i grunnfrihetene. Det må foretas en avveining av forbrukerverninteressene som enerettsmodellen skal beskytte, opp mot hensynet til det indre marked, som er den primære hensikt med de fire frihetene. Det er denne interessemotsetningen som danner utgangspunktet for vurderingen av om enerettsmodellen kan rettferdiggjøres.

Spørsmålet har vært oppe til vurdering i norske domstoler flere ganger tidligere, deriblant for Høyesterett i 2007 i den såkalte *Spilleautomatsaken*.⁶ Tvisten gjaldt da innføringen av et monopol for spilleautomater og hvorvidt restriksjonen dette utgjorde i grunnfrihetene kunne rettferdiggjøres. Høyesterett kom den gang frem til at det kunne rettferdiggjøres og at staten derfor måtte frifinnes. Høyesterett støttet seg på EFTA-domstolens avgjørelse i samme sak.⁷ Automatmonopolet ble vurdert til å forfølge et legitimt formål i form av at man ønsket å forebygge problematisk spilleatferd, og var samtidig egnet og nødvendig for å oppnå dette formålet. Den konkrete saken gjaldt riktignok kun automatmonopolet, men synspunktet om at monopolordningen kan rettferdiggjøres antas imidlertid å gjelde hele enerettsmodellen, også utover automatspill.

Spilleautomatsaken er imidlertid 15 år gammel, og det har i løpet av denne tiden vært en voldsom utvikling på området for pengespill, spesielt forårsaket av teknologiske og markedsmessige krefter. Det eksisterer i dag en helt annen form for tilgjengelighet til diverse pengespill enn det som var tilfellet da dommen ble avsagt. De aller fleste har mulighet til å satse penger på et stort utvalg pengespill med noen få tastetrykk på mobilen, som man i tillegg gjerne har med seg overalt. Dette gjelder også på utenlandske spillnettsteder som i en årrekke har operert med en aggressiv markedsføring overfor den norske befolkningen, og gjennom dette har fått et solid fotfeste blant landets spillere. Omtrent alle former for spill foregår i dag online, og

⁴ Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett* (2022) s. 136.

⁵ Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett* (2022) s. 137.

⁶ Rt. 2007 s. 1003 A.

⁷ Sak E-1/06, *ESA mot Norge*.

situasjonen er av den grunn i mye større grad uoversiktlig enn det som var tilfellet for 15 år siden. Den teknologiske utviklingen har utvilsomt satt særlig egnethetsvilkåret under press. Det kan derfor problematiseres om man fortsatt kan anse Høyesteretts rettferdiggjøring av enerettsmodellen som gjeldende rett i lys av dagens teknologiske forutsetninger.

Utviklingen på pengespillområdet reflekteres av de stadig nye tiltakene som regjeringen iverksetter for å styrke enerettsmodellen, og med det forsøke å dempe de utenlandske spillselskapene sitt inntog i Norge. I løpet av senere år har det blant annet blitt lagt til en ny bestemmelse i kringkastingsloven som styrker forbudet mot markedsføring av pengespill uten tillatelse⁸, samt blitt innført et forbud mot betalingsformidling for ulovlig pengespill⁹. Nylig har også utviklingen på pengespillområdet resultert i vedtak av ny pengespillov.¹⁰ Hensikten med den nye pengespilloven er å i større grad kunne være tilpasset den teknologiske utviklingen på feltet enn det som var mulig med den eldre lovgivningen. I forkant av dette vedtaket har man gjennom flere år drøftet hvordan pengespillpolitikken skal føres for å styrke enerettsmodellen og minimere innflytelsen til de utenlandske spillselskapene. I den sammenheng har enerettsmodellens forenlighet med statens EØS-rettslige forpliktelser vært problematisert, særlig av de utenlandske spillselskapene og tilsvarende bransjeforeninger.¹¹

Temaet var også fokus for lavere instanser i det norske domstolsystemet så sent som sommeren 2021. Det privateide lotteriet *Norsk Lotteri AS* reiste søksmål mot staten med påstand om at enerettsmodellen var i strid med statens EØS-rettslige forpliktelser. Det ble i den sammenheng vist til den teknologiske og markedsmessige utviklingen på området for pengespill. Borgarting lagmannsrett konkluderte med at enerettsmodellen fortsatt var egnet til å forfølge de legitime hensyn som begrunner Norsk Tippings spillemonopol.¹² Enerettsmodellen var derfor forenlig med EØS-avtalen, på tross av utviklingen på pengespillområdet. Saken ble anket videre til Høyesterett, men ankeutvalget fant ikke tilstrekkelig grunn til at saken skulle fremmes for Høyesterett i avdeling.¹³

⁸ Lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (kringkastingsloven) § 4-7.

⁹ Forskrift 22. februar 2010 om forbud mot betalingsformidling for pengespill som ikke har norsk tillatelse.

¹⁰ Lovvedtak 39 (2021–2022) Lov om pengespill.

¹¹ Se særlig Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill.

¹² LB-2019-190207-2.

¹³ HR-2021-2262-U.

I lys av dagens situasjon, og særlig med tanke på at det snart trer i kraft en ny pengespillov, virker det å være et naturlig tidspunkt å foreta en grundigere vurdering av enerettsmodellen og hvordan den står seg opp mot statens EØS-rettslige forpliktelser. *Trygdeskandalen* er illustrerende for hvilke omfattende konsekvenser det kan føre til dersom man feilbedømmer EØS-retten.¹⁴ Det fremstår derfor etter mitt syn betenkelig at ankeutvalget ikke oppfatter spørsmålet som viktig nok til å fremme det for Høyesterett. EU-domstolens praksis fastslår at forholdsmessighetsvurderingen av et tiltak som utgjør en restriksjon i grunnfrihetene skal være underlagt en dynamisk vurdering.¹⁵ Situasjonen på pengespillfeltet har utvilsomt endret seg drastisk siden forrige gang Høyesterett drøftet spørsmålet. Det kan pekes på den teknologiske utviklingen og tiltakene som er iverksatt de siste årene for å styrke enerettsmodellens posisjon. Likevel har ikke enerettsmodellens forholdsmessighet vært underlagt en grundig vurdering siden den ble ansett for å være forsvarlig av henholdsvis Høyesterett¹⁶ og EFTA-domstolen¹⁷ i 2007. Det er derfor særlig aktuelt med en analyse av enerettsmodellens forhold til EØS-avtalen.

Avhandlingen vil innledningsvis gjøre rede for enerettsmodellen og EØS-avtalen på et generelt grunnlag, da dette anses hensiktsmessig for å få frem hvilke hensyn som gjør seg gjeldende på hver sin side av interessekonflikten. Enerettsmodellen vil behandles i kapittel 2. Hovedtrekkene ved EØS-avtalen og dens betydning for enerettsmodellen vil fremgå av kapittel 3. Hvorvidt enerettsmodellens inngrep i EØS-rettens grunnfriheter kan rettferdiggjøres avhenger av om tiltaket er i tråd med EU-domstolens oppstilte vilkår. Det vil derfor i kapittel 4 foretas en gjennomgang av vilkårene som kreves oppfylt for å rettferdiggjøre et inngrep i grunnfrihetene. Avhandlingen vil i denne delen knytte vilkårene opp mot tidligere praksis som har omhandlet norsk spillepolitikk for å illustrere hvordan vilkårene har blitt tolket på det aktuelle feltet. Ved å vise til tidligere rettspraksis på området vil avhandlingen belyse vurderinger som tidligere har vært foretatt i relasjon til tiltakets lovlighet. Det anses av den grunn mer hensiktsmessig å fokusere i større grad på nyere forbud og tiltak som er iverksatt for å styrke enerettsmodellens posisjon. Kapittel 5 vil av den grunn redegjøre for og drøfte virkningen av et utvalg av disse

¹⁴ NOU 2020: 9 Blindsonen: Gransking av feilpraktisering av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området.

¹⁵ *Admiral Casinos C-464/15*, avsnitt 36.

¹⁶ Rt. 2007 s. 1003 A.

¹⁷ Rådgivende uttalelse E-3/06, *Ladbrokes mot Norge*.

forbudene. Avslutningsvis vil det i kapittel 6 knyttes betraktninger til hvorvidt dagens enerettsmodell kan rettferdiggjøres i lys av inngrepet som gjøres i grunnfrihetene.

2 Enerettsmodellen

Utgangspunktet etter norsk lovgivning er at det ikke er tillatt å formidle pengespill. Dette følger av pengespillovens § 2. Det følger imidlertid av den samme bestemmelsen at utgangspunktet kan fravikes dersom det foreligger «hjemmel i lov». Lovgivningen muliggjør dermed at det norske pengespillmarkedet i dag kan reguleres under det som omtales som enerettsmodellen.

Enerettsmodellen innebærer at et fåtall utvalgte aktører innehar monopol på spilltilbudet i Norge, ved at lovgivningen åpner for at de kan formidle pengespill. De utvalgte aktørene som i hovedsak omfattes av enerettsmodellen er Norsk Tipping AS og Norsk Rikstoto, som har monopol på henholdsvis pengespill- og totalisatorspilltilbudet. I tillegg kan foreninger og lag med allmenntilgitt formål søke om tillatelse til å avholde private lotterier.

De utvalgte aktørenes monopolområder gjenspeiles av det nåværende lovverket på pengespillområdet som er delt inn i tre lover; pengespilloven, totalisatorloven og lotteriloven¹⁸. Pengespillovens § 1 fastslår at loven gjelder for «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». Hovedregelen her presiseres som nevnt i pengespillovens § 2 som lyder: «uten hjemmel i lov er det ikke tillatt å formidle pengespill i forbindelse med idrettskonkurranser og andre konkurranser, og tallspill».

Pengespillovens § 3 gir likevel uttrykk for at «et statlig aksjeselskap, hvor staten eier alle aksjene, skal være spillselskap». Selskapet det her siktes til er Norsk Tipping AS. Bestemmelsen er det primære unntaket fra forbudet mot formidling av pengespill, og åpner opp for at Norsk Tipping kan operere som et statlig styrt spillselskap med tillatelse til å tilby pengespill til den norske befolkningen. I kombinasjon med hovedregelen om at formidling av pengespill er forbudt, utgjør unntaket det grunnleggende fundamentet ved enerettsmodellen, nemlig at Norsk Tipping har monopol på pengespilltilbudet i Norge.

Ved siden av de klassiske typene pengespill som reguleres av pengespilloven, regulerer totalisatorloven såkalte totalisatorspill, bedre kjent som hesteveddeløp. Totalisatorlovens § 1 fastslår at «ved hesteveddeløp kan Kongen gi bevilling til å anordne veddemål ved såkalt

¹⁸ Lov 24. februar 1995 nr 11 om lotterier (lotteriloven).

totalisator». Det er i dag kun Norsk Rikstoto som har en slik adgang til å tilby spill på hesteveddeløp. Da spill på hest utgjør en betydelig andel av omsetningen fra de regulerte aktørenes spilltilbud, omtales gjerne Norsk Rikstoto som en del av enerettsmodellen sammen med Norsk Tipping.¹⁹

Ytterligere legger lotterilovens § 6 jf. § 5 opp til at organisasjoner eller foreninger kan avholde private lotterier til inntekt for et humanitært eller samfunnsnyttig formål.

Det er primært tre allmenne hensyn bak den norske pengespillpolitikken og dagens enerettsmodell.²⁰ Det overordnede av dem er hensynet til å forebygge problematisk spilleatferd, i tråd med pengespillovens primære formål om å sikre at lotterier og pengespill tilbys i trygge og ansvarlige former. Norsk Tipping AS er et statlig styrt selskap der kultur- og likestillingsdepartementet har ansvaret for eierstyringen. Ved at aktøren som har monopol på pengespilltilbudet styres av staten evner enerettsmodellen å sikre god offentlig kontroll og styring av pengespillmarkedet. Dersom det skulle oppstå et behov for å gripe inn for å sikre at ansvarligheten ved spilltilbudet ivaretas, er dette fullt mulig slik Norsk Tipping i dag styres. Enerettsmodellen evner på denne måten å ivareta formålet om at pengespill tilbys i ansvarlige former, og derav kan redusere problematisk spilleatferd.

I tillegg til hovedformålet om å sikre at pengespill foregår i ansvarlige former, begrunnes enerettsmodellen i hensynet til å forebygge økonomiske misligheter.²¹ Det kan eksempelvis være tale om økonomiske misligheter i form av korrupsjon og bedrageri, ikke ukjente fenomener i spillverden ved for eksempel kampfiksing på idrettsbegivenheter. Når man begrenser de lovlige aktørene til et fåtall statlig styrte selskap oppnår man en bedre oversikt, som i større grad kan forhindre at den type økonomiske misligheter forekommer. På dette vis evner enerettsmodellen å forebygge økonomiske misligheter i større grad enn dersom spilltilbudet var større og aktørene flere. Enerettsmodellen evner på denne måten å redusere økonomiske misligheter og kriminalitet. Enerettsmodellen har også som hensikt å begrense privat fortjeneste.²² Regjeringen skal legge til rette for at lotteri- og pengespill kan være en god inntektskilde for samfunnsnyttig og humanitært

¹⁹ Omsetning på 3,2 milliarder NOK i 2021, jf. Norsk Rikstotos årsrapport 2021.

²⁰ Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill, s. 7.

²¹ Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill, s. 7.

²² Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill, s. 7.

arbeid, idrett og kultur.²³ Dette gjøres blant annet ved at hele overskuddet til Norsk Tipping går til slike formål. I 2021 utgjorde overskuddet til Norsk Tipping 6,3 milliarder norske kroner.²⁴ På den andre siden opererer dagens uregulerte aktører ut fra en primær hensikt om privat fortjeneste. Ved at spillemidler tilkommer samfunnet evner enerettsmodellen å begrense privat fortjeneste, og istedenfor sørge for at pengene bidrar til økt verdiskapning.

Det er som tidligere nevnt nylig vedtatt at ny pengespillov vil tre i kraft fra 2023.²⁵ Den primære endringen når denne loven trer i kraft, er at man samler dagens tre lover til en felles lov som regulerer all form for pengespill, også totalisator- og lotterispill. Hovedlinjene ved reguleringen av pengespill skal imidlertid forbli de samme, og målet er at den nye pengespilloven skal bidra til å styrke enerettsmodellens posisjon. Det presiseres i lovforslaget at ved å samle reguleringen av pengespillfeltet under en felles lov sikrer en at de samme ansvarlighetshensynene og risikovurderingene med hensyn til uønsket spilleatferd gjør seg gjeldende for alle typer pengespill.²⁶ En felles lov gir dermed grunnlag for en helhetlig, sammenhengende og systematisk pengespillpolitikk som er avgjørende for å bedre kunne ivareta de overordnede målene på området for pengespill, deriblant å forebygge negative spillekonsekvenser.²⁷

²³ Meld. St. 12 (2016-2017) Alt å vinne: Ein ansvarleg og aktiv pengespillpolitikk, s. 11.

²⁴ Norsk Tipping, *Årsrapport 2021*.

²⁵ Lovvedtak 39 (2021–2022) Lov om pengespill.

²⁶ Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill, s. 8.

²⁷ Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill, s. 8.

3 EØS-avtalens betydning for enerettsmodellen

3.1 Overordnet om EØS-avtalen

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale som omfatter EU-landene, i tillegg til EFTA-statene Norge, Island og Liechtenstein. Avtalens hovedmålsetning er å utvide EUs indre marked til å også integrere de tre EFTA-statene.²⁸ Bakgrunnen for opprettelsen av avtalen av et felles marked var å avvikle handelshindringer og etablere et felles sett med regler for fritt varebytte, samt fri bevegelighet av kapital, tjenester og personer. Ideen er at nasjonale grenser ikke skal være til hinder for handel, investering og flytting, men istedenfor skal EØS utgjøre ett unisont marked på de områder som avtalen omfatter. I dag baserer det indre marked seg på et felles regelverk som praktiseres likt av de 30 medlemslandene som omfattes av EØS-avtalen. Det innebærer at etter hvert som regler utvikles i EU-avtalen må de fortløpende innlemmes i EØS-avtalen.

EØS-avtalen innebærer for den norske stat at norske statsborgere og det norske næringslivet nyter de samme rettigheter og plikter som borgere og næringsliv i andre EØS-land. Det er da tale om rettigheter i relasjon til handel, investeringer, bank- og forsikring, kjøp og salg av tjenester og rett til å ta arbeid, studere og bo i EØS-land.²⁹ Rettigheter som også gjør seg gjeldende på området for pengespill. For at disse rettighetene skal opprettholdes må staten overholde forpliktelsene en etter EØS-avtalen er forpliktet til å gjennomføre. Det må sørges for at reglene praktiseres på samme måte i Norge som i andre medlemsland, og at det legges til rette for like konkurransevilkår på tvers av landegrensene. Et virkemiddel for å sikre at disse forpliktelsene overholdes er nedfelt i EØS-lovens § 2.³⁰ Bestemmelsen presiserer at «bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold». Det vil si at Norges forpliktelser etter EØS-avtalen

²⁸ EØS-avtalen art. 1.

²⁹ Regjeringen v/Utenriksdepartementet, *Hva EØS-avtalen omfatter*.

³⁰ 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) § 2.

får forrang dersom det oppstår konflikt med nasjonale regler. Dette skal sikre at forpliktelsene blir overholdt selv om nasjonalt regelverk tilsier noe annet.

3.2 Grunnfrihetene

Kjernen i EØS-avtalen er EUs prinsipper om «de fire friheter». Det gjelder fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital. Disse grunnsetningene er nedfelt i EØS-avtalens hoveddel. Fri bevegelse for personer omfatter i tillegg til fysiske personer også juridiske personer, for eksempel selskaper.³¹ Dette medfører at en juridisk person kan både etablere en ny virksomhet i et annet EØS-medlemsland eller utvide sin virksomhet til å operere i andre medlemsland.³² Det kan for eksempel være tale om en kasinovirksomhet som ønsker å åpne en filial i et annet land som er tilknyttet EØS-avtalen. Denne etableringsretten som springer ut av prinsippet om fri bevegelse av personer omtales gjerne som den femte grunnleggende friheten.

Fri bevegelse av varer innebærer at varene skal kunne både importeres og eksporteres fritt mellom medlemslandene, men også at man kan fritt markedsføre disse varene på tvers av landegrensene.³³ Fri bevegelse av personer gir både fysiske og juridiske personer muligheten til å bevege seg fritt fra land til land.³⁴ Det gjelder som nevnt en etableringsrett for juridiske personer, men også individuelle arbeidstakere og arbeidssøkende skal ha mulighet til å skaffe seg jobb, bo og leve i et av de andre medlemslandene. Fri bevegelse av tjenester innebærer at de som tilbyr tjenester i et EØS-land også skal ha adgang til å gjøre dette i et annet medlemsland.³⁵ Tjenestefriheten gjør seg særlig relevant inn mot enerettsmodellen, all den tid spillselskapene ønsker å rette sine tjenester mot det norske markedet. En fri flyt av kapital vil tilsi at det ikke skal forekomme hindringer i forbindelse med overførsel av penger og investeringer på tvers av landegrensene.³⁶

De fire friheter utgjør det grunnleggende fundament i EU-retten, og derfor også EØS-retten. Det er tydelig at ivaretagelsen av rettighetene utøves slik de er ment er en sentral del av EØS-

³¹ Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett* (2022), s. 93.

³² EØS-avtalen art. 31.

³³ EØS-avtalen art. 11 og art. 12.

³⁴ EØS-avtalen art. 28 og art. 31.

³⁵ EØS-avtalen art. 36.

³⁶ EØS-avtalen art. 40

avtalen. Det er derfor overordnet at Norge også overholder sin forpliktelse til å beskytte de grunnleggende friheter. Samtidig er det viktig å påpeke at frihetene ikke er absolutte regler som må overholdes uavhengig av omstendighetene. Fri bevegelighet må anses som en klar hovedregel i EU- og EØS-retten, men det eksisterer likevel en rekke unntak som kan rettferdiggjøre en restriksjon i bevegeligheten. I den forbindelse er det nødvendig å vurdere lovligheten av restriksjonen på bakgrunn av hvilken frihet som begrenses. Det vil derfor i det følgende redegjøres for en rekke av frihetene som i størst grad gjør seg gjeldende for pengespill.

3.2.1 Etableringsretten

Fri bevegelighet av personer er et sentralt punkt i EØS-avtalen og inngår som en del av de grunnleggende EU-rettslige frihetene. Prinsippet innebærer at statsborgere i et medlemsland fritt kan bevege seg til et annet medlemsland for å jobbe, studere og bo i det landet. Fri bevegelighet av personer omfatter i tillegg til fysiske personer, også juridiske personer.³⁷ Fysiske personer vil gjerne være arbeidstakere og arbeidssøkende, mens juridiske personer typisk er selskaper og selvstendig næringsdrivende.

I kraft av at prinsippet om fri bevegelighet av personer også omfatter juridiske personer, eksisterer det et prinsipp om at disse juridiske personene skal ha adgang til å etablere og drive næringsvirksomhet i et annet EØS-land. Etableringsretten er nedfelt i EØS-avtalens art. 31 og presiserer at det «skal ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium».

Etableringsretten gjelder både «primær etablering», som vil si flytting, oppkjøp eller oppstart av en virksomhet, og «sekundær etablering», typisk opprettelse av agenturer, filialer eller datterselskaper.

I utgangspunktet betyr etableringsretten at aktører innen pengespill som ønsker å operere på det norske markedet står fritt frem til å etablere sin virksomhet i Norge, og deretter tilby pengespill til nordmenn innenfor Norges grenser. Dette er imidlertid ikke tilfelle, all den tid enerettsmodellen medfører at utenforstående aktører ikke har adgang til å operere i Norge. Enerettsmodellen utgjør derfor på dette punkt en restriksjon i etableringsretten.

³⁷ EØS-avtalen art. 34.

3.2.2 Fri flyt av tjenester

I forlengelsen av etableringsretten skal det også være fri bevegelighet av tjenester. Om en virksomhet livnærer seg av tjenesteleveranse er det naturlig at man også skal kunne levere disse tjenestene i en annen medlemsstat - når man etter etableringsretten på samme vis kan opprette og drive næringsvirksomhet i et annet medlemsland. Fri flyt av tjenester innebærer eksempelvis at selskaper fra andre medlemsstater kan være med i anbudskonkurranser i Norge, og deretter bruke sin arbeidskraft til å gjennomføre oppdraget i Norge – og vice versa. Eksempelet er også med på å illustrere hvordan tjenestefriheten skiller seg fra etableringsretten. Der etableringsretten sikter til virksomheter som ønsker å delta i et annet medlemslands økonomi på en stabil og varig måte, omhandler tjenestefriheten i større grad midlertidig virksomhet i et annet medlemsland.³⁸

Det grunnleggende prinsippet om fri flyt av tjenester kommer til uttrykk i EØS-avtalens art. 36. Bestemmelsen fastslår at det «skal ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager». EØS-avtalens art. 37 presiserer at dette gjelder tjenester som vanligvis ytes mot betaling, hovedsakelig med karakter av industriell-, handels- og håndverksvirksomhet, eller virksomhet innen de frie yrker.

Prinsippet om fri flyt av tjenester utgjør et svært sentralt prinsipp i lys av dagens situasjon der spill som tilbys som en tjeneste over internett er den klart største formen for pengespill. Tidligere utgjorde enerettsmodellen en mer inngripende restriksjon i etableringsretten, i form av at andre aktører ikke fikk mulighet til å være fysisk tilstedeværende på norsk jord. Det var denne restriksjonen som utgjorde fundamentet for Spilleautomatsaken fra 2007.³⁹ Mulighetene for å formidle pengespill til den norske befolkningen uten fysisk tilstedeværelse var færre, og restriksjonen i etableringsretten derfor mer inngripende. Skiftet av pengespilltilbudet fra fysiske kommisjonærer til internettet har imidlertid også ført til et skifte som i dag tilsier at enerettsmodellen gjør størst inngrep i tjenestefriheten.

³⁸ *Gebhard C-55/94*, avsnitt 25 og 26.

³⁹ Rt. 2007 s. 1003 A.

3.2.3 Fri flyt av kapital

En sentral forutsetning for at det indre marked skal kunne fungere etter sin hensikt, er at det ikke legges hindringer for overføring av penger og investeringer. Det eksisterer derfor et prinsipp om fri flyt av kapital innad i det indre markedet. Prinsippet fremgår av EØS-avtalens art. 40 som presiserer at det «ikke skal være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen».

I et forsøk på å styrke enerettsmodellens posisjon og begrense de uregulerte pengespillaktørene sin innflytelse i Norge, har det blitt nedfelt et forbud mot betalingsformidling for pengespill som ikke har norsk tillatelse.⁴⁰ Dette forbudet innebærer at norske banker og andre finansforetak har en plikt til å stanse spilletransaksjoner til uregulerte spillerselskaper. Det gjaldt i utgangspunktet kun transaksjoner som går direkte til spillerselskapene, men en nylig utvidelse av forbudet innebærer imidlertid at også betalingstransaksjoner til spillerselskap som går gjennom en tredjepart omfattes.⁴¹ Lotteritilsynet har ansvar for å identifisere og utarbeide en liste med selskap og kontonummer som omfattes av forbudet.⁴² Forbudet hindrer overføringen av kapital og er derfor ikke i samsvar med prinsippet om fri flyt av kapital.

3.3 EØS-avtalen om pengespill

I motsetning til en rekke andre rettsområder eksisterer det ikke noen form for harmonisert lovgivning i EU- og EØS-retten for området for pengespill. Det vil si at det er opp til hvert enkelt medlemsland å utforme de nasjonale reglene for pengespill, og samtidig hvordan disse skal forstås og praktiseres. Det er dette fraværet av en harmonisering av regelverket som gir Norge anledning til å regulere pengespill etter en enerettsmodell der utvalgte aktører innehar monopol på pengespilltilbudet. Mangelen av en harmonisert lovgivning for pengespilltjenester kan forklares med de ulike oppfatningene av pengespill på tvers av landegrensene, ofte på bakgrunn av moralske, religiøse og kulturelle ulikheter.⁴³

⁴⁰ Forskrift om forbud mot spillbetalingsformidling.

⁴¹ Forskrift om forbud mot spillbetalingsformidling § 4.

⁴² Lotteritilsynet, *Vedtak til norske banker om betalingsformidling*.

⁴³ Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill, s. 17.

På tross av at det ikke følger noen klare retningslinjer for hvordan man skal utforme reglene for pengespill, vil medlemsstatene likevel måtte forholde seg til forpliktelsene som utledes av EØS-avtalen. Det følger av EØS-lovens § 1 at «avtalen skal gjelde som norsk lov», og av EØS-lovens § 2 at avtalen går foran nasjonal lovgivning ved konfliktsituasjoner. Norge må derfor forholde seg til EØS-avtalen og dens kjerne i utformingen av nasjonale regler på pengespillområdet. Fri bevegelighet av varer, personer, tjenester og kapital er en sentral del av EØS-avtalen, og det hersker ingen tvil om at enerettsmodellen i utgangspunktet begrenser disse grunnleggende frihetene. Enerettsmodellen innebærer at aktører fra andre medlemsland ikke har adgang til å etablere sin virksomhet i Norge, ei heller tilby sine tjenester innenfor Norges grenser.

Grunnfrihetene behøver imidlertid ikke utgjøre noen absolutte regler, det foreligger en rekke unntak som kan begrunne en restriksjon. Likevel er det ikke tvilsomt at de grunnleggende frihetene innehar en sterk posisjon i EU- og EØS-retten. Prinsippet om fri bevegelighet er selve kjernen i EØS-avtalen. Enerettsmodellen er på sin side begrunnet ut fra et overordnet formål på pengespillområdet om å sørge for at spilltilbudet havner inn under ansvarlige og trygge rammer. I den forbindelse er det særlig vektlagt at spilltilbudet skal bidra til å forebygge problematisk spilleatferd. Det er uten tvil et aktverdig formål som man i ethvert samfunn vil strebe etter, da det er ingen som er tjent med pengespill som fører til avhengighet, spillegjeld og andre negative konsekvenser. Det avgjørende spørsmålet i denne forbindelse er likevel om disse hensynene som begrunner enerettsmodellen kan forsvare en slik restriksjon i de grunnleggende frihetene som Norge er forpliktet til å ivareta gjennom EØS-avtalen. Er det hensynet til et absolutt indre marked eller hensynet til å forebygge problematisk spilleatferd som er mest tungtveiende, og trenger de nødvendigvis å være motsetninger?

4 EU-domstolens praksis – når nasjonale regler innskrenker grunnfrihetene

4.1 Oversikt

Utgangspunktet er klart – et tiltak som utgjør en restriksjon i de grunnleggende frihetene er i strid med EØS-avtalen. Det kan imidlertid foreligge omstendigheter som kan tilsi at tiltaket kan rettferdiggjøres på tross av restriksjonen. Dette spørsmålet har vært tema for EU-domstolen en rekke ganger tidligere. Det har der blitt utviklet et sett med vilkår som må være oppfylt dersom tiltaket skal kunne opprettholdes i lys av medlemslandenes EU-rettslige forpliktelser. I korte trekk dreier det seg om at tiltaket må tjene til å oppnå et legitimt formål, og samtidig være egnet og nødvendig til å oppnå dette formålet, uten at det medfører et uforholdsmessig inngrep i de grunnleggende frihetene.⁴⁴

Hvorvidt den norske enerettsmodellen kan rettferdiggjøres i lys av statens forpliktelser etter EØS-avtalen har vært oppe til behandling både for nasjonale og internasjonale domstoler. I disse sakene har den dømmende myndighet tatt utgangspunkt i vilkårene som har blitt utviklet gjennom EU-domstolens rettspraksis. Dette gjelder blant annet de allerede omtalte dommene *Spilleautomatsaken*⁴⁵ og den nylig avsagte dommen fra Borgarting lagmannsrett⁴⁶. I dette kapittelet vil det redegjøres for hvordan de ulike vilkårene skal forstås og hvordan de har blitt praktisert, spesielt i lys av saker som har omhandlet den norske enerettsmodellen, men også generelt på pengespillfeltet internasjonalt.

4.2 Legitimt formål

Dersom et tiltak som utgjør en restriksjon i grunnfriheten skal kunne rettferdiggjøres må det først og fremst være begrunnet i et legitimt formål. Bakgrunnen for at tiltaket i første omgang er iverksatt må være at man ønsker å ivareta et hensyn som anses som legitimt. Det kan være tale om et hensyn som i EØS-avtalen uttrykkelig anses som et legitimt grunnlag for å begrense

⁴⁴ Se. f.eks *Gambelli C-243/01*, avsnitt 65.

⁴⁵ Rt. 2007 s. 1003 A.

⁴⁶ LB-2019-190207-2.

grunnfrihetene. Dette gjelder for eksempel hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen.⁴⁷ Dersom rettferdiggjøringsspørsmålet gjelder et tiltak som åpenbart diskriminerer direkte på grunnlag av nasjonalitet er det kun de traktatfestede hensynene som kan rettferdiggjøre inngrepet i det indre markedet.⁴⁸ Om det på den andre siden gjelder tiltak som ikke er direkte diskriminerende på bakgrunn av nasjonalitet, kan tiltaket alternativt rettferdiggjøres på bakgrunn av hensyn som er blitt anerkjent som legitime formål av EU- eller EFTA-domstolen.⁴⁹ Det vil da være tale om formål som på ulovfestet grunnlag anses som et tvingende allment hensyn. Eksempler på slike formål som har blitt anerkjent gjennom rettspraksis er blant annet miljøvern, trafiksikkerhet, forbrukervern, vern av arbeidstagere, og vern av nasjonal kultur, samt bekjempelse av kriminalitet.⁵⁰

Hovedbegrunnelsen bak den strenge norske reguleringen av spillepolitikken og enerettsmodellen er at man ønsker å tilby spill i ansvarlige og trygge former, deriblant for å kunne forebygge negative spillekonsekvenser som spilleavhengighet. Det er altså hensynet til forbrukerne som står i hovedfokus. Enerettsmodellen innebærer at også andre norske aktører som ønsker å drive spillvirksomhet ikke har adgang. Reguleringen utgjør av den grunn ikke en direkte diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Konsekvensen av dette er at også tvingende allmenne hensyn som EU- og EFTA-domstolen har anerkjent kan være legitime formål, og bidra til å rettferdiggjøre tiltakets inngrep i de grunnleggende frihetene. Forbrukervernhensyn er blant hensynene som i rettspraksis har blitt anerkjent som et slikt legitimt formål. En slik forståelse har også blitt lagt til grunn i sakene som har behandlet enerettsmodellen og dens legitimitet i lys av statens forpliktelser etter EØS-avtalen. Formålet om å kunne tilby spill under trygge og ansvarlige rammer for å forebygge spillavhengighet utgjør dermed et allment tvingende hensyn. Konklusjonen er altså at enerettsmodellen er begrunnet i et legitimt formål.

En sentral gruppe hensyn som etter EU-domstolens praksis ikke anses å ivareta et legitimt formål er rene økonomiske hensyn.⁵¹ Dette er særlig viktig å påpeke i forbindelse med den norske spillepolitikken, all den tid enerettsmodellen delvis begrunnes ut fra økonomiske hensyn. Det gjelder særlig hensynet til å begrense privat fortjeneste, og det uttalte hensynet om finansiering

⁴⁷ Jf. eksempelvis EØS-avtalen art. 33.

⁴⁸ Fredriksen og Mathisen *EØS-rett* (2022), s. 137.

⁴⁹ *Rewe-Zentral C-120/78*, avsnitt 8.

⁵⁰ Se nærmere Barnard (2019), s. 507.

⁵¹ *Thiele Meneses C-220/12*, avsnitt 43.

av veldedig eller allmennyttig virksomhet. Etter EU-domstolens praksis vil ikke dette være tvingende allmenne hensyn som tilsier at de har tilstrekkelig legitimitet til å rettferdiggjøre en restriksjon i grunnfrihetene. Dette begrunnes blant annet i *Giersch*, hvor EU-domstolen fastslår at en anerkjennelse av budsjettmessige hensyn som et grunnlag for diskriminering ville innebære at anvendelsen og rekkevidden av diskrimineringsforbudet vil kunne variere ut fra medlemsstatenes økonomiske situasjon.⁵² En slik praksis vil ikke være holdbar.

Spørsmålet om økonomiske hensyn kan utgjøre et legitimt formål har også vært tema i relasjon til enerettsmodellen. I forbindelse med *Ladbrokes*-saken som var oppe til vurdering for Oslo tingrett i 2008⁵³ ga EFTA-domstolen en rådgivende uttalelse. Det ble der presisert at et ønske om å finansiere veldedig eller allmennyttig virksomhet ikke i seg selv kan anses som en saklig begrunnelse for restriksjoner på fri bevegelse, men bare en gunstig sidevirkning.⁵⁴

Enerettsmodellen kan altså ikke begrunnes ut fra et ønske om å finansiere allmennyttige formål.

Ytterligere fastslo EFTA-domstolen i samme sak at «hensynet til å hindre at pengespill får være en kilde til privat profitt synes å bygge på en motvilje mot pengespill av moralske grunner». Det er derfor en naturlig slutning at hensynet til å begrense privat fortjeneste kun kan tjene som grunnlag for å rettferdiggjøre tiltak som gjenspeiler denne moralsk begrunnede motviljen.⁵⁵ Det er ikke tilfellet med enerettsmodellen, i og med at den innebærer at en statlig styrt monopolaktør kan tilby en rekke spillemuligheter. Det presiseres i dommen at «det kan argumenteres for at all overskuddet går til samfunnsnyttige formål og derfor ikke utgjør en kilde til privat fortjeneste, men dette kan fortsatt kun anses som en fordelaktig sidevirkning. Denne fordelingen av overskudd kan derfor ikke inngå i en moralsk begrunnet rettferdiggjøring bestående i gjenopprettelse av den moralske likevekten, for likevel å tillate pengespill.»⁵⁶ Hensynet til å hindre at pengespill får være en kilde til privat profitt ivaretas derfor ikke i tilstrekkelig grad gjennom enerettsmodellen.

Fraværet av økonomiske hensyn som tvingende allmenne hensyn innebærer at det hovedsakelig er forbrukervernhensynet som står seg som et legitimt formål i lys av EU-domstolens praksis.

⁵² *Giersch* C-20/12, avsnitt 52.

⁵³ TOSLO-2004-91873.

⁵⁴ Rådgivende uttalelse E-3/06, *Ladbrokes mot Norge*, avsnitt 44 og 46.

⁵⁵ Rådgivende uttalelse E-3/06, *Ladbrokes mot Norge*, avsnitt 48.

⁵⁶ Rådgivende uttalelse E-3/06, *Ladbrokes mot Norge*, avsnitt 48.

Dette innebærer at argumentasjon som går i retning av at finansiering av frivilligheten kan rettferdiggjøre enerettsmodellens inngrep i prinsippet om fri bevegelse ikke vil ha tilstrekkelig rettslig forankring. Finansiering av samfunnsnyttige formål kan kun være en gunstig sidevirkning av at enerettsmodellen skal sikre et trygt spilltilbud og forebygge spilleavhengighet. I den sammenheng kan det problematiseres om et ansvarlig spilltilbud er det reelle formålet som begrunner den norske reguleringen av spillmarkedet. Et ledd i den vurderingen er hvorvidt enerettsmodellen reelt sett evner å ivareta dette hensynet. I den forbindelse er det aktuelt å se videre til EU-domstolens proporsjonalitetsvurdering. Spørsmålet er om enerettsmodellen er egnet og nødvendig for å ivareta et ansvarlig spilltilbud, uten å innebære et for inngripende tiltak i prinsippet om fri bevegelse.

4.3 Proporsjonalitetsvurderingen

4.3.1 Oversikt

Proporsjonalitetsvurderingen slik den er blitt praktisert er en tredelt vurdering som innebærer at tiltaket som er iverksatt må være *egnet* og *nødvendig* for å nå den legitime målsettingen. Om tiltaket er egnet og nødvendig må man avslutningsvis vurdere om tiltakets inngrep i grunnfrihetene kan anses forholdsmessig, eller om det går for langt til å kunne rettferdiggjøre restriksjonen i grunnfrihetene. I sakene der enerettsmodellens forenlighet med EØS-avtalen har vært tema er det gjerne enerettsmodellens proporsjonalitet som blir satt på spissen. Frem til nå har tiltaket alltid blitt vurdert til å være på den riktige siden av vurderingen, og dermed et rettferdig inngrep i grunnfrihetene.

På tross av at proporsjonalitetsvurderingen i denne oppgaven oppstilles som tre separate vilkår er det imidlertid verdt å påpeke at vurderingene ofte sammenfaller og behandler de samme forholdene. Dette understrekes blant annet ved at argumenter som brukes for å vise at ett av vilkårene er eller ikke er oppfylt ofte vil kunne brukes tilsvarende i relasjon til de andre vilkårene. Dette kan også medføre at det ikke alltid vil være hensiktsmessig å drøfte vilkårene hver for seg. Illustrerende for dette poenget er det faktum at EU-domstolen ikke nødvendigvis skiller mellom kravet til nødvendighet og kravet til forholdsmessighet. Vilrårene vil likevel

presenteres individuelt i det følgende da dette anses som hensiktsmessig for å få frem nyansene for hvert av vilkårene.

4.3.2 Egnethet

Når man har fastslått at tiltaket som utgjør en restriksjon er begrunnet i et legitimt formål er det neste steget å vurdere hvorvidt tiltaket er egnet til å oppfylle dette formålet. Fraværet av et slikt egnethetskrav kan i teorien åpne for at tiltak som skal sikre et legitimt formål ikke må utdypes eller forklare hvordan det skal ivareta det konkrete formålet. Spørsmålet blir dermed om tiltaket som er iverksatt er tjenlig som middel for å oppnå den gitte målsettingen. I dette konkrete tilfellet blir det en vurdering av om enerettsmodellen er egnet til å sørge for at et ansvarlig spilltilbud blir opprettholdt, og dermed kan forebygge negative spillekonsekvenser slik som spilleavhengighet.

Selve kravet til egnethet er i utgangspunktet ikke særlig strengt. Det kreves ikke at tiltaket er det grepet som skal ha mest effekt eller være det som i størst grad kan bidra til å oppnå formålet. Det som kreves for å fastslå at tiltaket er egnet er kun at tiltaket er tjenlig til å nå formålet.

Vurderingen dreier seg derfor bare om tiltaket er egnet, og ikke *hvor godt egnet* tiltaket er. Dette innebærer at spørsmålet om egnethet sjelden blir satt på spissen, da vilkåret anses å være oppfylt om tiltaket antas å lede til at målsettingen oppnås.

Hvorvidt dagens enerettsmodell i det hele tatt er egnet til å motvirke negative konsekvenser av pengespill, har imidlertid blitt diskutert i nyere rettspraksis. I den nylig avsatte dommen fra Borgarting lagmannsrett argumenterer *Norsk Lotteri AS* for at dagens regelverk ikke er tilpasset konkurransen fra uregulerte aktører.⁵⁷ Det blir pekt på at enerettsmodellen ikke evner å kanalisere spillerne til Norsk Tippings pengespill, men tvert imot fører til at spillerne benytter seg av de uregulerte aktørene sine spilltilbud. Dette medfører at staten ikke kan føre kontroll over spillevanene, og kan derfor heller ikke fastslå at enerettsmodellen egner seg til å redusere negative spillekonsekvenser. *Norsk Lotteri AS* oppfatter av denne grunn at enerettsmodellen ikke er egnet til å oppnå den høye beskyttelsesgraden staten tilsikter. Dette synspunktet blir imidlertid avvist av lagmannsretten som presiserer at det ikke kan oppstilles noe krav om at staten må sannsynliggjøre hvor godt enerettsmodellen virker for at egnethetsvilkåret skal være oppfylt. Det kreves derimot kun at tiltaket er tjenlig til å forfølge formålet.

⁵⁷ LB-2019-190207-2.

Lagmannsrettens vurdering illustrerer at kravet til egnethet tolkes svært lite strengt. Det som imidlertid kan by på vanskeligheter er dersom det foreligger inkonsekvens i lovgivningen og annen nasjonal regulering. Tiltaket kan ikke anses som egnet til å oppfylle et formål dersom lovgivningen og annen nasjonal regulering hindrer oppnåelse av målsetningen. Det har derfor i rettspraksis blitt tatt til orde for at det dreier seg om en vurdering av om tiltaket «faktisk forfølger målet hermed på en sammenhengende og systematisk måte».⁵⁸ Dette ble drøftet i *Ladbrokes-saken* hvor domstolen presiserte at man måtte ta hensyn til om «staten treffer, fremmer eller tolererer andre tiltak som går på tvers av målsetningene som søkes oppnådd gjennom lovgivningen det gjelder».⁵⁹ Om det foreligger slik mangel på sammenheng kan lovgivningen være uegnet til å oppnå de tilsiktede målsetningene. *Ladbrokes* trakk her frem *Norsk Tippings* omfattende markedsføring og utvidelse av spilltilbud som forhold som ikke kunne inngå i en sammenhengende og systematisk spillepolitikk, i lys av det overordnede målet om å sørge for et ansvarlig spilltilbud som reduserer negative spillekonsekvenser. Domstolen viste i den forbindelse til *Gambelli*, som gir uttrykk for at enerettssystem bare kan være egnet som middel til bekjempelse av spilleavhengighet hvis systemet er underlagt krav om å drive slik at det tjener til å begrense spilleaktivitet på en sammenhengende og systematisk måte.⁶⁰ *Placanica* gir i forlengelsen av dette uttrykk for at en kontrollert utvidelse i pengespillsektoren kan være nødvendig under gitte omstendigheter.⁶¹ Et omfattende spilltilbud og markedsføring i et visst omfang kan altså være nødvendig for å kanalisere spillere til de autoriserte spillene og dermed bort fra de uautoriserte spillene. Det vil i så fall fortsatt være tale om et enerettssystem som fungerer på en sammenhengende og systematisk måte. Slike kanaliseringstiltak kan derfor aksepteres om de med rimelighet kan antas å tjene sitt formål.

I den omtalte dommen fra Borgarting lagmannsrett argumenterte saksøkende part ytterligere for at kravet til egnethet ikke var oppfylt, nettopp fordi kanaliseringstiltakene ikke med rimelighet kunne antas å tjene sitt formål.⁶² Som i *Ladbrokes-saken* ble dette begrunnet med at de regulerte aktørene sitt spilltilbud var for omfattende og derfor ikke var konsistent med målet om å bekjempe spillavhengighet. Det ble også pekt på at markedsføringen av *Norsk Tipping* sine

⁵⁸ *Ottica New Line* C-539/11, avsnitt 47.

⁵⁹ Rådgivende uttalelse E-3/06, *Ladbrokes mot Norge*, avsnitt 51.

⁶⁰ *Gambelli* C-243/01, avsnitt 67.

⁶¹ *Placanica* C-338/04, avsnitt 55.

⁶² LB-2019-190207-2.

spilltilbud er mer omfattende enn det som er nødvendig for å trekke til seg spillelystne personer, og at dette bidrar til å legitimere pengespill. Også i dette spørsmålet var lagmannsretten av en annen oppfatning. Det ble konkludert med at Norsk Tippings samlede spilltilbud var egnet til å kanalisere spillere inn i forsvarlige former og på den måten begrense omfanget av spilleproblemer. Overordnet ble det fastslått at Norsk Tipping setter ansvarlighet fremfor attraktivitet ved utviklingen av spilltilbudet og at kravet til egnethet av den grunn måtte anses som oppfylt.

Egnehetsvilkåret synes samlet sett å være svært lite strengt, noe som illustreres av at domstolene sjelden underkjenner et tiltak som uegnet. Det kan derfor fremstå betenkelig at egnehetsvilkåret er det eneste vilkåret som anføres å ikke være oppfylt under den nyeste saken om enerettsmodellens forenlighet med EØS-avtalen.⁶³ Dette medfører etter min oppfatning til at spørsmålet om enerettsmodellens forenlighet med EØS-avtalen ikke besvares i tilstrekkelig grad. Dersom det reises spørsmål også knyttet til nødvendighetsvilkåret ville domstolen vært nødt til å gå dypere i materien og saksøkende part sin anførsel om at enerettsmodellen ikke lenger er tilpasset konkurransen fra uregulerte aktører. Ifølge Fredriksen er nødvendighetstesten det største hinderet i vurderingen av i hvilken grad et tiltak som gjør inngrep i grunnfrihetene, er i overensstemmelse med EØS-retten⁶⁴. Det er derfor sentralt at også dette spørsmålet behandles i vurderingen av om enerettsmodellen er forenlig med EØS-avtalen.

4.3.3 Nødvendighet

Om man har fastslått at tiltaket er egnet til å forfølge den ønskede målsetningen er det neste spørsmålet hvorvidt tiltaket er et *nødvendig* virkemiddel for å oppnå målsetningen. Kravet til nødvendighet begrunnes ut fra hensynet om å ivareta de grunnleggende EU-rettslige frihetene. Om ethvert tiltak som er egnet til å ivareta et legitimt formål kan rettferdiggjøre et inngrep i de grunnleggende frihetene ville ikke frihetene nyte den sterke posisjonen de i dag innehar. Istedenfor er det rimelig å anta at hele det indre markedet og dermed selve hensikten med den europeiske samarbeidsavtalen hadde blitt svekket. Av den grunn må det foretas en vurdering om tiltaket virkelig er nødvendig for å oppnå den ønskede målsetningen. I den forbindelse er det

⁶³ LB-2019-190207-2.

⁶⁴ Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett* (2022), s. 146.

aktuelt å vurdere om det eksisterer andre mindre inngripende alternativ, som også vil være egnet til å oppnå den gitte målsettingen. Om dette er tilfelle, vil ikke tiltaket kunne rettferdiggjøres og inngrepet i de grunnleggende frihetene vil være i strid med EØS-avtalen.

EFTA-domstolen fastslår at kravet til nødvendighet innebærer at det valgte tiltaket må være «functionally needed in order to achieve the legitimate objectives of the legislation at the level of protection chosen by the Contracting party».⁶⁵ Dette understreker at det må være et fravær av likestilte alternativ som evner å oppnå målsettingen på en mindre inngripende måte. Uttalelsen understreker ytterligere at det er målsetningen som står sentralt, og ikke tiltakets faktiske virkning. «The level of protection chosen by the Contracting party» indikerer at det dreier seg om en forhåndsbestemt målsetning. Utgangspunktet for vurderingen må altså være det beskyttelsesnivået staten har gitt uttrykk for at de ønsker å oppnå. Spørsmålet er altså om det eksisterer mindre inngripende tiltak enn enerettsmodellen som likevel evner å sørge for at statens tilsiktede beskyttelsesnivå oppnås.

En utfordring på dette punkt er imidlertid å klarlegge hvilket beskyttelsesnivå staten legger til grunn som den ønskede målsetningen. I teorien kan det tenkes at staten har anledning til å heve beskyttelsesnivået dersom det foreslås alternativer som virker å ivareta de legitime formålene i tilstrekkelig grad, slik at de foreslåtte alternativene ikke lenger fremstår tilstrekkelige. Det pålegges derfor et krav til konsekvens - en må se til om staten treffer, fremmer eller tolererer andre tiltak som tyder på at man reelt aksepterer et lavere beskyttelsesnivå.⁶⁶ I den forbindelse er det igjen aktuelt å se til blant annet omfanget av spill som tilbys under dagens enerettsmodell, og omfanget av markedsføringen for dette spilltilbudet. Staten kan neppe høres med et veldig høyt beskyttelsesnivå dersom tiltak på disse områdene tilsier at man er villig til å akseptere et lavere beskyttelsesnivå. Hvorvidt tiltakene fungerer etter sin hensikt er derfor avgjørende.

Når det gjelder et alternativt tiltak, må dette først og fremst evne å oppnå målsetningen i den grad staten tilsikter. Samtidig er det en forutsetning at tiltaket er av mindre inngripende karakter enn det opprinnelige tiltaket. Dersom det er tale om et tiltak som er praktisk gjennomførbart, er det i utgangspunktet ikke av betydning at det er mer kostbart og ressurskrevende enn det opprinnelige tiltaket. Det ville i så fall ha betydd at det ville vært mulig å begrunne inngrep i grunnfrihetene i

⁶⁵ Rådgivende uttalelse E-3/06, *Ladbrokes mot Norge*, avsnitt 58.

⁶⁶ *Kommisjonen mot Ungarn C-286/12*, avsnitt 71-75.

økonomiske hensyn, noe en allerede har fastslått ikke vil være en holdbar praksis.⁶⁷ I henhold til enerettsmodellen, er det alternative tiltaket som i størst grad har blitt diskutert en lisensmodell. Dette har blant annet blitt drøftet i stortingsmeldinger⁶⁸ og som følge av representantforslag fra stortingsrepresentanter⁶⁹. Innføring av en lisensmodell vil si at man åpner opp for at andre aktører på pengespillfeltet kan drive virksomhet på det norske markedet, under den forutsetning at de forholder seg til en rekke myndighetskrav for å beskytte problemspillere og betaler en særskilt skatt på omsetningen. Argumentene for en slik lisensmodell går i retning av at det vil bidra til at man i mye større grad evner å regulere de aktørene som i dag ikke reguleres, og på den måten også sikrer et ansvarlig spilltilbud og forebygging av spillavhengighet i en større skala.

Hvorvidt enerettsmodellen er et nødvendig tiltak for å ivareta hensynet til et ansvarlig spilltilbud og bekjempe spilleavhengighet var blant annet tema i Spilleautomatdommen.⁷⁰ I denne saken var spørsmålet om en innføring av automatmonopol ga mulighet for en mer effektiv bekjempelse av spilleavhengighet, enn det som var tilfellet med en offentlig regulering av det private, konsesjonsbaserte automatmarkedet med alle sine operatører og organisasjoner. Høyesterett svarte bekreftende på dette spørsmålet. Det sentrale utdraget fra denne dommen er imidlertid Høyesterett sin forståelse av intensiteten av domstolens prøving av nødvendighetstesten. Det blir her vist til at EFTA-domstolen utviste tilbakeholdenhet i prøvingen av spilleautomatmonopolet⁷¹, noe Høyesterett mente talte for at staten har en vid skjønnsmargin.⁷² Det forelå av den grunn anledning til å utvise en begrenset prøving av tiltakets nødvendighet. Høyesterett legger på bakgrunn av dette til grunn at det skal mye til for at en restriksjon skal anses uforholdsmessig dersom den først er motivert av tvingende allmenne hensyn og er egnet til å ivareta disse hensynene. Det kan diskuteres om dette er riktig slutning. Moralske, religiøse og kulturelle forskjeller kan tale for at en slik tolkning kan gjøre seg gjeldende på området for pengespill, men det foreligger ikke støtte for en slik tolkning generelt fra rettspraksis i EU-domstolen. EU-domstolen har en rekke ganger konkludert med at tiltak går utover hva som er nødvendig, på tross av at tiltaket anses som egnet og staten har en viss skjønnsmargin i

⁶⁷ *Giersch C-20/12*, avsnitt 52.

⁶⁸ Meld. St. 12 (2016-2017) Alt å vinne: Ein ansvarleg og aktiv pengespelipolitik, kap. 8.

⁶⁹ Dokument 8:56 S (2020-2021) Om å oppheve spillmonopolet i Norge.

⁷⁰ Rt. 2007 s. 1003 A.

⁷¹ Sak E-1/06, *ESA mot Norge*, avsnitt 51.

⁷² Rt. 2007 s. 1003 A, avsnitt 104.

nødvendighetsvurderingen.⁷³ Høyesterett sin vurdering fremstår uansett problematisk all den tid en prøvingsintensitet som er for begrenset, utvilsomt vil kunne lede til anerkjennelse av restriksjoner som burde vært underkjent.

Høyesterett⁷⁴ baserer sin tolkning av prøvingsintensiteten på EFTA-domstolens⁷⁵ tilbakeholdenhet i saken. Denne tilbakeholdenheten må imidlertid sees i sammenheng med det faktum at automatmonopolet ikke var iverksatt på det tidspunktet saken stod for domstolene. Det er utvilsomt mer utfordrende å skulle vurdere nødvendigheten av et tiltak forut for iverksettelse, i motsetning til å vurdere nødvendigheten av et tiltak når man kan ta i betraktning hvordan tiltaket fungerer til å oppnå målsetningen. Det kan derfor diskuteres om EFTA-domstolens tilbakeholdenhet ga grunnlag for Høyesteretts begrensede prøvingsintensitet i Spilleautomatdommen. Tvert imot presiserer EFTA-domstolen i *Ladbrokes-saken* at «selv om avtalepartene har frihet til å velge beskyttelsesnivå på pengespillområdet, betyr ikke dette at nødvendigheten av tiltakene er skjermet fra rettslig prøving».⁷⁶ Dette forstås som en avvisning av en særlig begrenset prøvingsintensitet på pengespillområdet.⁷⁷

4.3.4 Forholdsmessighet

I tillegg til at tiltaket må være egnet og nødvendig for å oppnå et legitimt formål, stilles det krav til at inngrepet tiltaket gjør i grunnfrihetene, ikke står i et helt urimelig forhold til målsettingen. Det er altså selve inngrepet og dets karakter som må vurderes opp mot målsettingen tiltaket søker å oppnå. Vurderingstemaet presiseres blant annet i en sak mellom EU-kommisjonen og Portugal der det sies at «de pålagte byrder må desuden ikke være uforholdsmessige i forhold til de forfulgte mål».⁷⁸ Interessevurderingen som danner grunnlaget for spenningen mellom det nasjonale tiltaket og EØS-avtalen blir altså satt under lupen. I dette tilfellet dreier det seg om forebyggelsen av negative spillekonsekvenser sett opp mot den felles interessen blant EØS-statene som ligger til grunn for et fungerende indre marked.

⁷³ Se eksempelvis *Vanderborgh* C-339/15, avsnitt 70-72.

⁷⁴ Rt. 2007 s. 1003 A.

⁷⁵ Sak E-1/06, *ESA mot Norge*.

⁷⁶ Rådgivende uttalelse E-3/06, *Ladbrokes mot Norge*, avsnitt 55.

⁷⁷ Fredriksen, *Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning* (2007).

⁷⁸ *Kommisjonen mot Portugal* C-126/15, avsnitt 64.

Det ville vært uheldig dersom man skulle underkjent tiltak som var egnet og nødvendig for å oppnå beskyttelsesverdige formål. EU-domstolen praktiserer av den grunn kravet til forholdsmessighet i svært snever forstand, slik at det gis rom for ulike politiske beslutninger i medlemslandene. Det opereres derfor i praksis med en kvalifisert urimelighetssensur. Om inngrepet i grunnfrihetene er så stort at det står i et helt urimelig forhold til betydningen av tiltakets målsetting, vil det kunne overprøves med den konsekvens at staten må akseptere et lavere beskyttelsesnivå. Den høye terskelen for å fastslå at et tiltak ikke er forholdsmessig betyr at tiltak i praksis ikke underkjennes alene på dette grunnlaget. Det er heller ikke grunnlag for å fastslå at inngrepet enerettsmodellen utgjør i grunnfrihetene står i et helt urimelig forhold til målsetningen om å forebygge negative spillekonsekvenser. Det kan imidlertid spille en rolle i nødvendighetsvurderingen.

4.4 Sammendrag

Samlet sett synes det på bakgrunn av denne gjennomgangen at det springende punkt omhandler enerettsmodellens egnethet og nødvendighet, i forbindelse med det overordnede målet om å redusere negative spillekonsekvenser. Det har ikke blitt foretatt en ordentlig, fullstendig og objektiv vurdering av hvorvidt enerettsmodellen oppfyller disse vilkårene, i alle fall ikke på mange år. Dette illustreres blant annet av høringsnotatet til forslag om ny pengespillov fra 2019, hvor departementet nøyer seg med å vise til at den norske enerettsmodellen ble vurdert som proporsjonal av EFTA-domstolen i 2007.⁷⁹ Kravet om å foreta en fornyet og dynamisk proporsjonalitetsvurdering som ledd i vurderingen av om enerettsmodellen er forenlig med EØS-avtalen blir dermed oversett. Det kan påpekes at lagmannsrettsdommen fra 2021 foretar en dynamisk proporsjonalitetsvurdering, men denne kan likevel ikke anses som tilstrekkelig.⁸⁰ Lagmannsretten tar kun stilling til egnethetsvilkåret, og drøfter ikke om enerettsmodellen er å anse som et nødvendig tiltak for å oppnå det tilsiktede beskyttelsesnivået. Som det har blitt påpekt er det langt fra gitt at et tiltak skal anses som nødvendig kun fordi tiltaket er egnet og staten har en viss skjønnsmargin. EFTA-domstolen har istedenfor gitt uttrykk for det motsatte – at nødvendigheten av tiltaket skal være underlagt en rettslig prøving.⁸¹ Dette poenget gjør seg enda

⁷⁹ Høringsnotat: Forslag til ny lov om pengespill (2019), s. 153.

⁸⁰ LB-2019-190207-2.

⁸¹ Rådgivende uttalelse E-3/06, *Ladbrokes mot Norge*, avsnitt 55.

mer gjeldende i lys av at staten innfører nye inngripende tiltak for å bevare enerettsmodellen i dagens digitale spillverden.

5 Spesialforbud for å styrke enerettsmodellens posisjon

5.1 Oversikt

I et forsøk på å følge utviklingen og ta opp kampen med de uregulerte aktørene, har regjeringen i løpet av de siste årene iverksatt stadig flere tiltak for å styrke enerettsmodellens stilling. Dette gjelder blant annet et forbud mot betalingsformidling for pengespill som ikke har norsk tillatelse⁸² og et tiltak som styrker forbudet mot markedsføring av pengespill.⁸³ I tillegg har det blitt foreslått å blokkere alle nettstedene som tilbyr spilltjenester uten den nødvendige tillatelsen.⁸⁴ Dette er tiltak som bidrar til å utfordre rettferdiggjøringen av den norske enerettsmodellens inngrep i de EØS-rettens grunnfriheter. En av årsakene til at det norske reguleringsregimeet for spillmarkedet aksepteres er at det ikke foreligger noen form for harmonisert lovgivning på området for pengespill. Dette stiller seg imidlertid annerledes på området for betalingsformidling, og særlig for markedsføring. Det oppstår derfor også en problemstilling knyttet til hvorvidt disse tiltakene isolert kan sies å være i samsvar med EØS-avtalen.

5.2 Forbudet mot betalingsformidling

Som et ledd i prosessen av å styrke enerettsmodellens posisjon og minimere innflytelsen til de uregulerte pengespillaktørene, ble det i 2010 vedtatt en forskrift om forbud mot betalingsformidling for pengespill uten norsk tillatelse. Forbudet innebærer at banker og andre finansforetak i Norge ikke kan tillate at norske kunder foretar hverken innskudd eller uttak til og fra de uregulerte spillnettstedene. I utgangspunktet gjaldt forbudet kun direkte transaksjoner mellom finansforetaket og den uregulerte spilleaktøren, men som følge av en omstendelig omgåelse av forbudet ble det i 2020 utvidet til å også omfatte transaksjoner til tredjeparter som opptrer som betalingsformidler for spillsekskapene. Forbudet har i den nye pengespillovens § 5

⁸² Forskrift om forbud mot spillbetalingsformidling.

⁸³ Kringkastingloven § 4-7.

⁸⁴ Høringsnotat (2021) DNS-blokkering av nettsider som tilbyr pengespill som ikke har tillatelse i Norge.

blitt lovfestet med følgende presisering: «Det er forbudt å formidle betalingstransaksjoner ved innskudd til og utbetaling fra pengespill som ikke har nødvendig tillatelse etter denne loven».⁸⁵

EØS-avtalens art. 40 fastslår at det mellom avtalepartene ikke skal være noen restriksjon på overføring av kapital. Forbudet mot betalingsformidling for pengespill som ikke har norsk tillatelse innebærer imidlertid nettopp dette – det ilegges restriksjoner på overføring av kapital mellom norske forbrukere og utenlandske spillere. All den tid nordmenn fullt lovlig kan benytte seg av spilltilbudet hos disse aktørene, fremstår det problematisk at staten begrenser muligheten til å overføre kapital mellom disse partene. Spørsmålet er om forbudet mot betalingsformidling strider mot prinsippet om fri flyt av kapital.

Avgjørende i den sammenheng er hvorvidt forbudet mot betalingsformidling skal anses som et eget tiltak som må rettfærdiggjøres, eller om det skal anses som en del av tiltaket som er enerettsmodellen, og derfor heller må inngå i en vurdering av om enerettsmodellen kan rettfærdiggjøres. I forkant av forbudets ikraftsettelse konkluderte departementet med sistnevnte. Forbudet mot betalingsformidling er en følge av, og henger sammen med de eksisterende forbudene mot å avholde, formidle og markedsføre slike pengespill i Norge.⁸⁶ Departementet legger derfor til grunn at forbudet ikke innebærer en ny restriksjon. Likevel foretar departementet en drøftelse i tilfelle man skulle vurdert forbudet mot betalingsformidling som en selvstendig restriksjon. Denne tar imidlertid ikke stilling til hvorvidt forbudet utgjør en restriksjon overfor prinsippet om fri flyt av kapital, men istedenfor kun tjenestefriheten og etableringsretten.

Dersom man legger departementets vurdering til grunn og anser forbudet mot betalingsformidling som en del av et større tiltak i enerettsmodellen, vil forbudet inngå i en større vurdering av om enerettsmodellen kan rettfærdiggjøres i lys av inngrepet den utgjør i grunnfrihetene. Bakgrunnen for at forbudet mot betalingsformidling for pengespill er vedtatt følger av forskriftens § 1.⁸⁷ Det kommer der frem at formålet med forskriften er å sikre et regulert og kontrollert tilbud av pengespill gjennom å begrense tilgangen til pengespill som ikke har norsk tillatelse. Forbudet mot betalingsformidling inngår altså som et av en rekke tiltak som er iverksatt for å kanalisere spillerne til Norsk Tipping og bort fra de uregulerte aktørene. I den forbindelse er det aktuelt å se til hvorvidt dette tiltaket har fungert til å oppfylle dette formålet,

⁸⁵ Lovvedtak 39 (2021–2022) Lov om pengespill § 5.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 80 (2007-2008) Om lov og endringer i pengespill- og lotterilovgivningen, s. 17.

⁸⁷ Forskrift om forbud mot spillbetalingsformidling § 1.

og i den store sammenhengen, om forbudet mot betalingsformidling bidrar til at enerettsmodellen er et egnet tiltak til å bekjempe spillavhengighet.

To år etter forbudet mot betalingsformidling av pengespill ble iverksatt foretok Lotteritilsynet i 2012 en gjennomgang av hvilken effekt forbudet hadde hatt.⁸⁸ Det ble i denne rapporten konkludert med at tilgangen til pengespill uten norsk tillatelse var blitt noe vanskeliggjort, men virkningen av betalingsformidlingsforbudet var noe mindre enn det som var forventet når forbudet ble iverksatt. Dette ble blant annet begrunnet med at det forelå tredjepartsløsninger som muliggjorde transaksjoner mellom forbrukerne og spillselskapene til tross for forbudet mot betalingsformidling.⁸⁹ Den minimale effekten av forbudet gjenspeiles av at de uregulerte spilleaktørene har opplevd en stabil vekst gjennom perioden betalingsforbudet har hatt virkning.⁹⁰ Dette tilsier at forbudet ikke har vært egnet til å kanalisere spillelysten til Norsk Tipping og bort fra de uregulerte aktørene.

I løpet av de siste årene har imidlertid Lotteritilsynet intensivert sin håndheving av forbudet og arbeidet systematisk med å luke bort alternative måter å omgå forbudet mot betalingsformidling. Tilsynet har ansvar for å legge ned vedtak mot selskap og kontonummer som formidler betalingstransaksjoner til spillselskapene. Det ligger i dag en liste tilgjengelig med alle kontonummer som betalingsforetakene må avvise betalingstransaksjoner fra.⁹¹ Opptrappingen har resultert i at flere mellomledd og spillselskaper har valgt å tre ut av det norske pengespillmarkedet. Dette tyder på at det nylige fokuset på streng håndheving av forbudet har hatt en negativ effekt på de uregulerte spillleselskapene sin markedsandel.

Samtidig som noen spillselskaper og tredjepartsformidlere trekker seg ut av det norske spillmarkedet ser man likevel at nye strømmer til. Lotteritilsynets liste over hvilke kontonummer som skal avvises blir stadig større, og nye aktører benytter seg av muligheten når andre trekker seg ut. De største selskapene som opererer med den største markedsandelen i Norge finner kontinuerlig nye alternative måter å omgå forbudet på. I forlengelsen av dette utvikler samtidig teknologien seg. Et eksempel på dette illustreres av at flere spillaktører har begynt å ta i bruk

⁸⁸ Lotteritilsynet, *Evaluering av forskrift mot betalingsformidling til pengespill uten norsk tillatelse* (2012).

⁸⁹ Lotteritilsynet, *Evaluering av forskrift mot betalingsformidling til pengespill uten norsk tillatelse* (2012) s. 2.

⁹⁰ Se bl.a. Pallesen m.fl., *Omfang av penge- og dataspillproblemer i Norge i 2019*, Universitetet i Bergen (2020), s. 36.

⁹¹ Lotteritilsynet, *Vedtak til norske banker om betalingsformidling*.

kryptovaluta som innskudd- og uttaksmetode på sine spillnettsteder. Dette er transaksjoner som kun foregår digitalt, og er svært vanskelig å spore. Kryptotransaksjonene havner utenfor både bankene og norske myndigheters ansvarsområder og rekkevidden av forbudet mot betalingsformidling strekker dermed ikke til.

Samlet sett synes kanaliseringseffekten av forbudet mot betalingsformidling å være økende på bakgrunn av at Lotteritilsynet har intensivert sin håndheving av forbudet. Som nevnt har dette ført til at flere aktører, både spillselskap og betalingsformidlere, har valgt å trekke seg ut av det norske spillemarkedet. En kan anta at en andel av denne omsetningen har havnet hos Norsk Tipping, men samtidig er det urovekkende at det stadig dukker opp alternative måter å omgå forbudet på, spesielt i lys av at flere av de største aktørene på pengespillmarkedet har begynt å tilby kryptovaluta som metode for å foreta innskudd og uttak. Det kan problematiseres hvorvidt den utviklende teknologien medfører at forbudet blir for ressurskrevende å håndheve på lengre sikt.

5.3 Forbudet mot markedsføring av pengespill uten tillatelse

Den strenge reguleringen av pengespill i Norge medfører at det foreligger et forbud mot å reklamere for pengespill som tilbys ulovlig i Norge. Dette fremgår i dag av lotterilovens § 11 og pengespillovens § 2, tredje ledd. I den nye pengespilloven som trer i kraft fra 2023 blir dette forbudet i enda større grad tydeliggjort enn det som er tilfellet i dag. I tillegg til å gi uttrykk for det generelle forbudet mot markedsføring av pengespill uten tillatelse, regulerer den nye pengespillovens § 6 også uttrykkelig markedsføring av pengespill med tillatelse og direkte markedsføring av pengespill overfor enkeltpersoner som har reservert seg mot dette.⁹²

Forbudet mot markedsføringen av pengespill utgjør en restriksjon for tilbyderne av disse pengespillene i form av at de ikke fritt kan markedsføre spilltjenestene de tilbyr. En slik restriksjon strider med prinsippet om fri bevegelse, og da særskilt prinsippene om fri flyt av varer og tjenester. På den andre siden vil en omfattende markedsføring bidra til å svekke selve fundamentet med enerettsmodellen, all den tid hensikten med markedsføringen er å kanalisere

⁹² Lovvedtak 39 (2021–2022) Lov om pengespill § 6.

spillerne til de uregulerte spilleaktørene. Det oppstår på dette vis en interessekonflikt mellom de utenlandske spilleaktørene som ønsker å tilby sine spilltjenester i Norge, og staten som ønsker å opprettholde enerettsmodellen. Markedsføringsforbudet må i likhet med forbudet mot betalingsformidling anses som et av en rekke tiltak som er iverksatt for å kanalisere spillerne til Norsk Tipping og bort fra de uregulerte aktørene. Forbudet mot markedsføring av pengespill inngår derfor i det større tiltaket som er enerettsmodellen. Som en del av vurderingen av om enerettsmodellen kan rettferdiggjøres i lys av inngrepet den utgjør i grunnfrihetene, vil det vurderes om forbudet mot markedsføring av pengespill har bidratt til å oppnå målsetningen om å kanalisere spillerne til de regulerte aktørene.

De fleste årene forbudet mot markedsføring av pengespill uten tillatelse har vært gjeldende rett, har det nærmest fremstått som om forbudet var ikke-eksisterende. En kartlegging av TV-reklame for pengespill i 2015 viste at det på tolv utvalgte TV-kanaler ble sendt 1457 reklameinnslag for uregulerte pengespill i løpet av en 24-timers periode.⁹³ Videre viser en befolkningsundersøkelse fra Universitetet i Bergen om spilleproblemer i Norge per 2019 at både rapportert eksponering fra pengespillreklame og den opplevde påvirkningen fra slik reklame har økt i perioden 2015-2019.⁹⁴ Funnene tyder på at markedsføringsforbudet i svært liten grad har kanalisert spillerne til de regulerte aktørene, snarere tvert imot, da pengespillreklamen antas å føre til at forbrukerne oppfatter at de utenlandske aktørene driver lovlig virksomhet i Norge.

Den omfattende pengespillreklamen på tross av forbudet kan forklares med at reklame for de uregulerte spillleselskapene har blitt formidlet i fjernsynskanaler og audiovisuelle bestillingstjenester etablert i andre EØS-land. Ved at disse retter sendingene sine mot Norge har det blitt mulig å omgå forbudet. Det norske markedsføringsforbudet rekker ikke vidt nok til å omfatte reklame som sendes fra andre land. Dette følger av EU-direktivet om audiovisuelle medietjenester som er gjennomført i norsk rett.⁹⁵

Det har imidlertid blitt tatt grep i løpet av de siste årene for å hindre en slik omgåelse av forbudet. Kringkastinglovens § 4-7 trådte i kraft fra inngangen av 2021. Bestemmelsen gir Medietilsynet kompetanse til å gi pålegg om å hindre markedsføring for pengespill sendt fra andre EØS-land. Denne kompetansen gjelder overfor distributørene av nettverket hvor TV-

⁹³ Prop. 45 L (2019-2020) Endringer i kringkastingloven, s. 7.

⁹⁴ Pallesen m.fl., *Omfang av penge- og dataspillproblemer i Norge i 2019*, Universitetet i Bergen (2020), s. 11.

⁹⁵ Direktiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester.

signalene videresendes. Det påpekes i forarbeidene til lovbestemmelsen at det kun er «gjennom disse aktørene at norske myndigheter har jurisdiksjon til å håndheve nasjonal rett».⁹⁶ Denne fremgangsmåten åpner i praksis opp for å legge begrensninger på audiovisuelle medietjenester fra aktører etablert i andre EØS-stater.

Tall fra Medietilsynet illustrerer en tydelig nedgang i reklametallene i etterkant av iverksettelsen av kringkastingslovens § 4-7. Det pekes blant annet på at de utenlandske pengespillselskapenes forbruk målt i antall kroner opplevde en nedgang på 35 prosent i perioden august 2020 – juli 2021, sammenlignet med den samme perioden året før.⁹⁷ Nedgangen kan delvis forklares med at NENT-gruppen, eier en rekke av landets største TV-kanaler, sluttet å sende utenlandsk pengespillreklame i etterkant av lovendringen. Effekten tyder på at lovendringen har styrket posisjon forbudet mot markedsføring av pengespill innehar. Dagens regelverk er i større grad egnet til å kanalisere spillerne til de regulerte aktørene.

På den andre siden har lovendringen ført til at nye problemstillinger har oppstått, særlig i tilknytning til EØS-retten. Norge er som kjent forpliktet til å gjennomføre EU-direktiver som innlemmes i EØS-avtalen. Et slikt direktiv er AMT-direktivet som har som formål å sikre fri bevegelse av fjernsyn og audiovisuelle bestillingstjenester.⁹⁸ Direktivet bygger på to prinsipper som skal sikre at målsetningen oppnås. Senderlandsprinsippet innebærer at TV-selskapene kun trenger å forholde seg til reglene for TV-sendinger i landet de opererer fra. Prinsippet om fri formidling betyr at mottakerlandet skal sikre at audiovisuelle medietjenester formidles og mottas fritt uten restriksjoner. Kringkastingslovens § 4-7 medfører at norske myndigheter kan stanse spillreklame sendt fra andre land, i strid med senderlandsprinsippet og prinsippet om fri formidling. Det kan derfor stilles spørsmål til om kringkastingslovens § 4-7 bryter med AMT-direktivet, med den konsekvens at Norge ikke overholder sine forpliktelser etter EØS-avtalen.

Det avgjørende punktet i striden handler om pengespillreklame er fullt ut harmonisert av AMT-direktivet, og derfor beskyttet av senderlandsprinsippet og prinsippet om fri formidling.

Spørsmålet er på langt nær avgjort, og vil neppe kunne anses for å være det før EU-domstolen selv tar stilling til hvorvidt kringkastingslovens § 4-7 utgjør et brudd på AMT-direktivet. TV-selskapet Discovery, som har fortsatt å sende pengespillreklame på sine kanaler, har forsøkt å

⁹⁶ Prop. 45 L (2019-2020) Endringer i kringkastingsloven, s. 38.

⁹⁷ Medietilsynet, *Mindre pengespillreklame på TV* (2022).

⁹⁸ Direktiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester.

stanse lovendringen gjennom domstolene. Søksmålet har imidlertid blitt avvist som følge at av myndighetene ikke på det tidspunktet hadde gitt et pålegg om å stanse spillreklamen. Discovery hadde av den grunn ikke et reelt behov for å få avklart sitt forhold til staten.⁹⁹ Pålegget har derimot blitt ilagt i etterkant og det ventes at saken på nytt vil behandles av domstolene.¹⁰⁰

Kringkastingslovens § 4-7 har ført til at visse aktører har trukket seg ut av markedet, og at andelen pengespillreklame har gått ned. På bakgrunn av dette kan det tyde på at markedsføringsforbudet i dag bidrar til å kanalisere spillerne til de regulerte aktørene. Likevel er det svært problematisk at det ikke kan avfeies at lovgivningen utgjør et brudd på AMT-direktivet, med den konsekvens at staten ikke evner å overholde sine forpliktelser etter EØS-avtalen. I så tilfelle vil det ikke være av betydning at tiltaket i teorien kanaliserer spillerne til de regulerte aktørene.

Ytterligere kan det påpekes at kringkastingslovens § 4-7 kun evner å stanse reklame som forekommer på audiovisuelle medietjenester, typisk TV-sendinger. Utviklingen i samfunnet tilsier imidlertid at markedsføring i dag forekommer på stadig flere arenaer, for eksempel på sosiale medier eller ved direktemeldinger til privatpersoner. Samtidig pakkes markedsføringen inn i redaksjonelt innhold og spillsekskapene tar i bruk ambassadører for å formidle sitt budskap. Dette fører til at det blir stadig vanskeligere å definere hva som er reklame og hva som er innhold. Konsekvensen av endringene på området for markedsføring er at det blir vanskeligere å opprettholde et forbud som er vidtrekkende nok til å omfatte alle tilfeller av markedsføring. Det kan av den grunn spekuleres i om det må iverksettes enda flere inngripende tiltak om man effektivt skal kunne slå ned på markedsføring av pengespill uten tillatelse. Spørsmålet er hvor langt man er villig til å strekke seg, og hvilke inngrep som kan rettferdiggjøres for å opprettholde et forbud mot markedsføring av pengespill uten tillatelse. På sikt vil det være høyst usikkert hvorvidt dagens forbud mot markedsføring av pengespill er et egnet tiltak for å kanalisere spillerne til de regulerte aktørene.

⁹⁹ HR-2022-486-U.

¹⁰⁰ Medietilsynet, *Medietilsynet pålegger TV-distributørene å stoppe pengespillreklame fra Discovery*, 5. april 2022.

5.4 Forslag om DNS-blokkering av nettsider som tilbyr pengespill

I arbeidet med en ny pengespillov har kulturdepartementet foreslått DNS-blokkering som en mulig løsning for å redusere omfanget av spill hos utenlandske spillselskaper.¹⁰¹ DNS-blokkering innebærer å pålegge internettdistributører å innføre tekniske tiltak som hindrer brukerne tilgang til et forhåndsutpekt område på nettet.¹⁰² Formålet med forslaget er å begrense tilbudet av pengespill av hensyn til sårbare spillere og et ønske om å styrke enerettsmodellen.¹⁰³ Forslaget har imidlertid ikke blitt vedtatt, men departementet er innstilt på å utrede nærmere hvordan et system med DNS-blokkering kan utformes, og vil sende på ny høring et forslag om å innføre DNS-blokkering av utenlandske spillnettsteder.¹⁰⁴

Den norske enerettsmodellen består av flere ulike forbud og håndhevingsmekanismer. Disse utgjør alle restriksjoner i prinsippet om fri flyt av tjenester og etableringsretten. Dersom forslaget om DNS-blokkering av utenlandske spillnettsteder innlemmes i den nye pengespilloven, innføres også en ny håndhevingsmekanisme som er med på å opprettholde den norske enerettsmodellen. Det foreslåtte tiltaket om DNS-blokkering vil på dette vis inngå som en del av den større vurderingen av hvorvidt enerettsmodellen kan rettferdiggjøres i lys av inngrepet den utgjør i grunnfrihetene. Det anses av den grunn hensiktsmessig å knytte noen betraktninger til om tiltaket vil være egnet til å kanalisere spillerne til de regulerte aktørene, samt tiltakets selvstendige forhold til EØS-retten, selv om tiltaket foreløpig ikke er iverksatt.

Utgangspunktet er at det ved DNS-blokkering vil være teknisk vanskeligere for forbrukerne å oppnå tilgang til de utenlandske spillnettstedene. En naturlig konsekvens av dette er at færre spillere vil benytte seg av pengespill uten tillatelse. Kulturdepartementet viser i høringsnotatet til lovforslaget, til en rapport fra EU-kommisjonen som tar for seg effekten av DNS-blokkering i 12 medlemsstater som per januar 2019 hadde innført et slikt system.¹⁰⁵ Rapporten fastslår ifølge departementet at blokkering av nettstedene fungerer som et effektivt informasjonstiltak. Det

¹⁰¹ Høringsnotat (2021) DNS-blokkering av nettsider som tilbyr pengespill som ikke har tillatelse i Norge.

¹⁰² Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill, s. 176.

¹⁰³ Høringsnotat (2021) DNS-blokkering av nettsider som tilbyr pengespill som ikke har tillatelse i Norge, s. 2.

¹⁰⁴ Innst. 163 L (2021-2022) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om pengespill, s. 2.

¹⁰⁵ EU-kommisjonen, *Evaluation of Regulatory Tools for Enforcing Online Gambling Rules and Channeling Demand towards Controlled Offers* (2019).

trenger altså ikke nødvendigvis være den tekniske utfordringen med å benytte seg av spillnettstedene som fører til redusert forbruk av spilltjenestene, men også det faktum at spillerne opplyses om at spillselskapene opererer ulovlig i Norge. Dette kan både være ny informasjon for forbrukeren, og være i tilstrekkelig grad avskrekkende til at spilleren istedenfor bestemmer seg for å benytte seg av de regulerte aktørene. Det tyder på at DNS-blokkering vil være et egnet tiltak for å kanalisere spillerne til de regulerte aktørene.

Forslaget har imidlertid møtt sterk motstand, hovedsakelig begrunnet i hvor enkelt det er å omgå blokkeringen. Dersom spilleren benytter seg av det som i dag er utbredte VPN-tjenester vil DNS-blokkeringen ikke fanges opp, da det fremstår som om spilleren befinner seg en annen plass enn i Norge. Likeså vil blokkeringen være mulig å omgå for spillselskapene ved å endre domenenavn. På bakgrunn av dette fastslås det i den samme rapporten fra EU-kommisjonen at DNS-blokkering er et lite effektivt tiltak fordi det er enkelt både for spilleren og spilletilbyderne å omgå tiltaket.¹⁰⁶ Dette bidrar til en betydelig svekkelse av den antatte effekten DNS-blokkering av utenlandske spillnettsteder vil ha.

Rapporten tilsier derfor at DNS-blokkering hovedsakelig anses som et effektivt håndhevingstiltak grunnet informasjonen som tilkommer spilleren i forbindelse med hvilke aktører som lovlig tilbyr pengespill i det aktuelle landet.¹⁰⁷ Dette reiser imidlertid nye problemstillinger knyttet til nødvendighetskravet. Det kan stilles spørsmål til om det da er nødvendig med DNS-blokkering. Ifølge rapportens konklusjon er det informasjonsformidlingen som står sentralt, og ikke den tekniske vanskeliggjøringen med å få tilgang til nettstedet. En slik informasjonsformidling vil utvilsomt kunne oppnås også ved det mindre inngripende tiltaket DNS-varsling. DNS-varsling innebærer at en nettbruker som forsøker å kontakte en nettside som inneholder tilbud om uregulerte pengespill får opp en varslingside med informasjon om at spilltilbudet ikke har norsk tillatelse. Det vil likevel være mulig for brukeren å velge å gå videre til den aktuelle nettsiden etterpå.¹⁰⁸

¹⁰⁶ EU-kommisjonen, *Evaluation of Regulatory Tools for Enforcing Online Gambling Rules and Channeling Demand towards Controlled Offers* (2019), s. 53.

¹⁰⁷ EU-kommisjonen, *Evaluation of Regulatory Tools for Enforcing Online Gambling Rules and Channeling Demand towards Controlled Offers* (2019), s. 53.

¹⁰⁸ Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill, s. 176.

Det oppstår ytterligere en rekke andre spørsmål knyttet til konsekvensene av å avgrense tilgangen til utenlandske spillsideer. I innstillingen til ny pengespillov vises det til at det er grunnleggende problematisk av staten å gripe inn og pålegge blokkering av internett.¹⁰⁹ Det utgjør et svært inngripende tiltak som er problematisk i relasjon til ytringsfriheten. Det har blant annet blitt påpekt at DNS-blokkering vil begrense næringsdrivendes mulighet til å ytre seg på internett. Departementet mener i den forbindelse at staten har en vid skjønnsmargin når det kommer til å regulere denne typen kommersielle ytringer.¹¹⁰ På den andre siden kan dette være utfordrende å praktisere, da grensedragningen for hva som skal anses som kommersielle ytringer ikke nødvendigvis er gitt. Det oppstår derfor en risiko for at tiltaket bidrar til å «overblokkere» innhold og at det gjøres et enda større inngrep i ytringsfriheten enn det som er hensikten, og det som er nødvendig.

Det oppstår altså en hel del spørsmål knyttet til å gi Lotteritilsynet kompetanse til å pålegge internettdistributører å blokkere tilgangen til utenlandske spillnettsteder. Det kan ikke med sikkerhet fastslås at DNS-blokkering vil være egnet til å kanalisere spillere til de regulerte aktørene. Dersom det likevel konkluderes bekreftende på egnethetsspørsmålet, vil tiltaket antakelig ikke kunne legitimeres likevel da det neppe er nødvendig sammenlignet med det mindre inngripende tiltaket DNS-varsling. I tillegg kommer problemstillingene knyttet til ytringsfrihet og sensur av internett. Departementets forslag om DNS-blokkering av pengespilltjenester virker å illustrere hvor langt man er villig til å strekke seg for å bevare enerettsmodellen, spørsmålet er om det er for langt.

¹⁰⁹ Innst. 163 L (2021-2022) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om pengespill, s. 11.

¹¹⁰ Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill, s. 179.

6 Kan enerettsmodellens inngrep i grunnfrihetene rettferdiggjøres?

6.1 Utgangspunktet for vurderingen

I lys av den øvrige gjennomgangen gjenstår det å knytte noen avsluttende betraktninger til om enerettsmodellens inngrep i grunnfrihetene kan rettferdiggjøres. I den forbindelse er det særlig to spørsmål som er fremtredende. Det første spørsmålet er om enerettsmodellen er et egnet tiltak for å motvirke negative spillekonsekvenser. Det andre spørsmålet er hvorvidt enerettsmodellen er å anse som et nødvendig tiltak for å oppnå det tilsiktede beskyttelsesnivået. I den sammenheng er det aktuelt å drøfte enerettsmodellens nødvendighet i lys av det foreslåtte alternative tiltaket om en lisensmodell.

6.2 Enerettsmodellens egnethet

I teorien er en statlig regulert monopolaktør utvilsomt egnet til å motvirke negative spillekonsekvenser. Staten har fullstendig styring over pengespillmarkedet, og kan iverksette ansvarlighetstiltak der det oppstår behov. I praksis har imidlertid enerettsmodellens grunntanke falt gjennom som en konsekvens av den teknologiske utviklingen. Regelverket har vist seg å være utfordrende å håndheve i en digital verden, der de uregulerte aktørene er svært tilgjengelige for enhver spiller. Lotteritilsynet anslår at i overkant av 200 000 nordmenn benytter seg av spilltjenestene til de utenlandske spillselskapene.¹¹¹ Spillbransjen hevder at tallene er enda høyere. Uansett tyder tallene på at staten på langt nær har fullstendig styring over pengespillmarkedet, og evner derfor ikke å ivareta et ansvarlig spilltilbud. Tvert imot tyder det på at en betydelig andel av markedsomsetningen forekommer uten noen som helst form for regulering. Fraværet av en slik regulering øker faren for problemspilling betraktelig. Selv om staten ikke er forpliktet til å velge den mest egnede modellen kan det problematiseres om enerettsmodellen i det hele tatt er mer egnet til å motvirke negative spillekonsekvenser enn for eksempel en lisensmodell, som ville sikret en høyere grad av regulering.

¹¹¹ Lotteritilsynet, *Nøkkeltall – det norske pengespillmarkedet i 2020 (2021)*.

Riktignok har det blitt iverksatt en rekke tiltak i løpet av de siste årene for å snu denne trenden og kanalisere spillerne bort fra de uregulerte aktørene. Lotteritilsynet peker i sin årsrapport fra 2021 på at markedsandelen til Norsk Tipping øker der omsetningen til de ulovlige aktørene er stillestående.¹¹² Det kan tyde på at kanaliseringstiltakene fungerer etter sin hensikt, og bidrar til at enerettsmodellen i større grad er egnet til å motvirke negative spillekonsekvenser. På den andre siden kan man argumentere for at denne økningen skyldes at spilltilbudet er blitt for attraktivt, og markedsføringen for omfattende. Det vil i så fall neppe være i tråd med et overordnet formål om å forebygge negative spillekonsekvenser. Kanaliseringstiltak kan kun aksepteres om de med rimelighet kan antas å tjene sine formål. Som det har blitt redegjort for at det er knyttet en viss usikkerhet til kanaliseringsgraden til flere av tiltakene, særlig på lengre sikt. Hvorvidt tiltakene kan forsvares i lys av rettspraksis på området er derfor usikkert. Samtidig er det problematisk at de nye kanaliseringstiltakene utgjør stadig større inngrep i grunnfrihetene, og at det oppstår spørsmål om tiltakene i seg selv utgjør brudd på EØS-avtalen.

6.3 Enerettsmodellens nødvendighet

Det følger av rettspraksis på pengespillfeltet at staten har en frihet til å velge hvilket beskyttelsesnivå som ønskes oppnådd ved den nasjonale reguleringen for pengespill. Spørsmålet om nødvendighet må derfor vurderes med utgangspunkt i beskyttelsesnivået staten har gitt uttrykk for at de ønsker å oppnå med enerettsmodellen – i dette tilfellet et særlig høyt beskyttelsesnivå. Beskyttelsesnivået beror imidlertid også på statens øvrige handlinger på pengespillområdet. Staten har i den sammenheng blitt møtt med en innvending om at de ikke kan høres med et særlig høyt beskyttelsesnivå, i lys av Norsk Tipping sitt attraktive spilltilbud og omfattende markedsføring. Dette er imidlertid tiltak som er ment å kanalisere spillerne til de regulerte aktørene, hvor staten i større grad evner å opprettholde et ansvarlig spilltilbud. I den forbindelse er det sentralt å finne den riktige balansen mellom evnen til å kanalisere spillerne og opprettholdelsen av et ansvarlig spilleregime. Samlet tyder statens regulering på pengespillområdet i dag at det etterstrebes et høyt beskyttelsesnivå. Spørsmålet er om det kan oppnås med det mindre inngripende alternativet lisensmodell.

¹¹² Lotteritilsynet, *Lotteritilsynets årsrapport 2021 (2022)*, s. 28.

En lisensmodell innebærer at flere spillselskap får adgang til det norske markedet, mot at de underordner seg en rekke myndighetskrav for å beskytte problemspillere. Det vil fortsatt være tale om et inngrep i grunnfrihetene da selskapene ilegges begrensninger på sin drift, men det sørger i større grad for like konkurransevilkår mellom aktørene, og anses for å være et mye mindre inngripende tiltak enn dagens enerettsmodell. Intuitivt kan det tenkes at en slik løsning oppnår et beskyttelsesnivå som er minst like høyt som dagens ordning. En større andel av markedet reguleres, og myndighetene oppnår av den grunn en økt grad av kontroll. På den andre siden kan det innvendes at en lisensmodell vil føre til økt eksponering av pengespill, stikk i strid med den overordnede målsetningen om å redusere problemspilling.

Det primære argumentet for en lisensmodell er at man i større grad evner å iverksette en samlet innsats mot problemspilling. Valget av en lisensmodell innebærer at ansvarlighetstiltak kan anvendes på tvers av alle regulerte aktører, i motsetning til utelukkende hos Norsk Tipping slik tilfellet er i dag. Dette ser en konturene av i våre naboland Danmark og Sverige, som begge har endret til å regulere pengespill etter en lisensmodell i løpet av det siste tiåret. Både i Danmark og i Sverige har det blitt opprettet registre for frivillig utelukkelse hos alle lisensierte selskaper, henholdsvis ROFUS¹¹³ og Spelpaus¹¹⁴. Tall fra den svenske Spelinspektionen viser at over 70 000 svensker har valgt å ta virkemiddelet i bruk og ekskludert seg selv fra spillselskapene.¹¹⁵ En slik kollektiv innsats fra aktørene tilsier at også lisensmodellen kan oppnå det høye beskyttelsesnivået myndighetene tilsikter på pengespillfeltet.

Hovedargumentet mot lisensmodellens egnethet til å forebygge negative spillekonsekvenser dreier seg om den økte eksponeringen av pengespill en lisensmodell vil føre med seg. Ved en høyere grad av eksponering er det rimelig å anta at volumet av spill vil oppleve en økning. Høyere volum av spill innebærer også økt fare for problemspill. Den samme bekymringen ble delt av svenske myndigheter i forkant av innføringen av lisensmodellen, og det ble derfor en viktig del av den svenske utredningen. Det ble imidlertid konkludert med at «det går ikke heller at fastställa att ett licenssystem skulle leda till ett ökat problemspelande», til tross for at lisenssystemet vi kunne øke spillingen hos utenlandske spillere. ¹¹⁶ Fem år senere går en

¹¹³ Spillemyndigheden, ROFUS. <https://www.spillemyndigheden.dk/rofus>

¹¹⁴ Spelinspektionen, Spelpaus. <https://www.spelpaus.se>

¹¹⁵ Spelinspektionen, *Antalet avstängda på Spelpaus.se fortsätter öka* (2022).

¹¹⁶ SOU 2017:30 En omreglerad spelmarknad.

forskningsrapport fra den svenske Folkhälsomyndigheten langt i å bekrefte utredningens konklusjon, når de fastslår at det ikke har vært en økning av antall problemspillere etter innføringen av en lisensmodell.¹¹⁷ Funnene fra Sverige tyder på at en økt grad av eksponering ikke nødvendigvis behøver å samsvare med en økt grad av problemspilling.

En annen innvending mot lisensmodellen og hvorvidt den kan oppnå det tilsiktede beskyttelsesnivået, er at det uregulerte markedet likevel ikke vil forsvinne ved innføringen av en lisensmodell. Dagens uregulerte aktører vil måtte ta et standpunkt til om de vil forholde seg til myndighetenes reguleringskrav, basert på hvordan lisensregime utformes. Noen aktører vil velge å stå utenfor lisensregimet og dermed opprettholdes det uregulerte markedet. Det vil svekke kontrolladgangen til myndighetene og utfordre opprettholdelsen av et ansvarlig spilltilbud. På den andre siden vil den regulerte markedsandelen uansett være større ved en lisensmodell enn det som er tilfellet med enerettsmodellen i dag. Samtidig tilsier erfaring fra andre lands innføring av et lisensregime at kanalisierungsgraden til de regulerte aktørene øker markant i årene etter innføringen.¹¹⁸ Dette kan tyde på at spillerne tar i bruk de regulerte aktørene og at flere aktører velger å søke om lisens etter hvert som lisensregimet modnes.

Poenget illustrerer uansett et viktig spørsmål. Dagens uregulerte aktører vil kun tilknytte seg et lisensregime dersom det er velutformet. Det som anses velutformet for spillselskapene trenger ikke nødvendigvis være i samsvar med det som anses velutformet for det tilsiktede beskyttelsesnivå. Av den grunn kan det oppstå en risiko for at aktørene ikke vil tilknytte seg et lisensregime som er egnet til å oppnå det tilsiktede beskyttelsesnivået. Om det viser seg å være tilfellet befinner en seg igjen i en posisjon med et omfattende uregulert marked. Drøftelsen har i stor grad pekt på erfaringer fra sammenlignbare land som tyder på at lisensmodellen er et egnet valg for spilleregulering i lys av de teknologiske forutsetningene. Erfaringene tilsier at det samme vil gjelde dersom det innføres en lisensmodell i Norge, og at det tilsiktede beskyttelsesnivået kan oppnås gjennom en lisensmodell. Likevel er det ikke gitt at dette er tilfellet. Det kan innvendes at Norge tilsikter en enda høyere grad av beskyttelse enn det som gjelder i Danmark og Sverige. Hvorvidt denne graden av beskyttelse kan oppnås beror i så fall på et svært velutformet lisensregime som ivaretar behovene til begge parter.

¹¹⁷ Folkhälsomyndigheten, *Resultat från regeringsuppdrag att genomföra en befolkningsstudie om spel om pengar*, (2022), s. 4.

¹¹⁸ Menon Economics, *Samfunnsøkonomisk analyse av lisensordning for pengespill*, (2018), s. 7.

6.4 Fremtidsutsikter

Som det har blitt fremhevet flere ganger er pengespillfeltet en sektor preget av moralske, religiøse og kulturelle forskjeller. Hver enkelt stat innehar av denne grunn en frihet til å selv bestemme hvilken metode som skal legges til grunn når det gjelder regulering av pengespill. Valget mellom en enerettsmodell og en lisensmodell er derfor i stor grad et politisk spørsmål. Samtidig er det helt avgjørende at de politiske vurderingene har tilstrekkelig rettslig legitimitet. Den nåværende enerettsmodellen har neppe denne rettslige legitimiteten, i alle fall ikke slik den har blitt praktisert. Ved den forrige befolkningsundersøkelsen av omfanget av pengespillproblemer i Norge ble det anslått å være 55 000 problemspillere i landet, sammenlignet med 34 000 i 2015¹¹⁹. I perioden 2015-2019 økte altså antallet problemspillere i Norge med 62 %. Tallenes klare tale tilsier at enerettsmodellen ikke har evnet å forebygge negative spillekonsekvenser. Istedenfor fremstår den som en stadig mer utdatert løsning som ikke har tilpasset seg dagens digitale spillverden. Enerettsmodellen har ikke vært egnet til å motvirke negative spillekonsekvenser.

Enerettsmodellens utløpsdato har imidlertid blitt plukket opp av myndighetene. Det har derfor blitt iverksatt en rekke tiltak for å styrke enerettsmodellen og tilpasse den dagens teknologiske forutsetninger. Det gjenstår å se hvilken effekt denne opptrappingen på pengespillområdet vil ha for forebyggingen av problemspilling. Tiltakene som har blitt behandlet i denne avhandlingen illustrerer imidlertid en svært problematisk utvikling. I et forsøk på å holde tritt med den digitale utviklingen blir inngrepene i grunnfrihetene stadig større, samtidig som tiltakenes effekt virker å være stadig mindre. Denne utviklingen viser foreløpig ingen antydning til å stanse med det første. I lys av utviklingen kan det problematiseres om det virkelig er nødvendig med et så stort inngrep i grunnfrihetene, når det ikke engang kan fastslås at enerettsmodellen er bedre egnet til å ivareta forbrukerne enn den mindre inngripende lisensmodellen.

¹¹⁹ Pallesen m.fl., *Omfang av penge- og dataspillproblemer i Norge i 2019*, Universitetet i Bergen (2020), s. 36.

7 Kilderegister

Litteratur

Barnard (2019)

Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 6. utg, Oxford University Press 2019.

Fredriksen (2007)

Fredriksen, Halvard Haukeland, «Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnlag», *Jussens Venner* 2007 s. 295 – 305. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2007-05-03>

Fredriksen og Mathisen (2022)

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 4. utg, Fagbokforlaget 2022.

Norske lover og forskrifter

Totalisatorloven

Lov 1. juli 1927 nr. 3 om veddemål ved totalisator (totalisatorloven).

Pengespilloven

Lov 28. august 1992 nr. 103 om pengespill (pengespilloven).

EØS-loven

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).

Kringkastingsloven

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

Lotteriloven

Lov 24. februar 1995 nr 11 om lotterier (lotteriloven).

Forskrift om forbud mot spillbetalingsformidling

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

Norske forarbeider og andre offentlige publikasjoner

Ot.prp nr. 80 (2007-2008)

Ot.prp.nr.80 (2007-2008) Om lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen (betalingsformidling m.m.).

Meld.St.12 (2016-2017)	Meld.St.12 (2016-2017) Alt å vinne – Ein ansvarlig og aktiv pengespillpolitikk.
Høringsnotat (2019)	Høringsnotat 6. november 2019 om forslag til ny pengespillov.
Prop. 45 L (2019-2020)	Prop. 45 L (2019-2020) Endringer i kringkastingsloven mv. (tiltak mot markedsføring av pengespill som ikke har tillatelse i Norge).
NOU 2020: 9	NOU 2020: 9 Blindsonen: Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området.
Prop. 220 L (2020-2021)	Prop. 220 L (2020-2021) Lov om pengespill (pengespilloven).
Dokument 8:56 S (2020-2021)	Representantforslag 56 S (2020-2021) Om å oppheve spillmonopolet i Norge.
Høringsnotat (2021)	Høringsnotat 21. september 2021 Forslag til endringer i Prop 220 L (2020-2021) om ny lov om pengespill: DNS-blokkering av nettsider som tilbyr pengespill som ikke har tillatelse i Norge.
Innst. 163 L (2021-2022)	Innst. 163 L (2021-2022) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om pengespill (pengespilloven).
Lovvedtak 39 (2021-2022)	Lovvedtak 39 (2021-2022) Lov om pengespill.
Norske rettsavgjørelser	
Høyesterettspraksis	
<i>Spilleautomat</i>	RT-2007-1003-A.
<i>Norsk Lotteri</i>	HR-2021-2262-U.
<i>Discovery</i>	HR-2022-486-U.
Underrettspraksis	
<i>Ladbrokes</i>	TOSLO-2004-91873 (Oslo tingrett).
<i>Norsk Lotteri</i>	LB-2019-190207-2 (Borgarting lagmannsrett).

Internasjonale avtaler og direktiver

EØS-avtalen

Avtale av 2. mai 1992 nr. 1 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen).

ODA-avtalen

Avtale av 2. mai 1992 nr. 2 mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen).

TEU og TFEU

Konsoliderende udgaver af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, EU-Tidende nr. C 326 af 26/10/2012 s. 1-390.

AMT-direktivet

Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive), OJ L 95, 15.4.2010, p. 1-24.

Endringsdirektivet av 2018

Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 amending Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Services Directive) in view of changing market realities, OJ L 303, 28.11.2018, p. 69-92.

Internasjonale lovforarbeider

SOU 2017:30

SOU 2017:30 En omreglerad spelmarknad.

Internasjonale rettsavgjørelser

EU-domstolen

Rewe Zentral

Dom av 20. februar 1979, *Rewe Zentral*, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

Gebhard

Dom av 30. november 1995, *Gebhard*, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411.

Gambelli

Dom av 6. november 2003, *Gambelli*, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597.

Placanica

Dom av 6. mars 2007, *Placanica*, C-338/04, ECLI:EU:C:2007:133.

Vanderborght

Dom av 4. mai 2007, *Vanderborght*, C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335.

<i>Kommisjonen mot Ungarn</i>	Dom av 6. november 2012, <i>Kommisjonen mot Ungarn</i> , C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687.
<i>Giersch</i>	Dom av 20. juni 2013, <i>Giersch</i> , C-20/12, ECLI:EU:C:2013:411.
<i>Ottica New Line</i>	Dom av 26. september 2013, <i>Ottica New Line</i> , C-539/11, ECLI:EU:C:2013:591.
<i>Thiele Meneses</i>	Dom av 24. oktober 2013, <i>Thiele Meneses</i> , C-220/12, ECLI:EU:C:2013:683.
<i>Admiral Casinos</i>	Dom av 30. juni 2016, <i>Admiral Casinos</i> , C-464/15, ECLI:EU:C:2016:500.
<i>Kommisjonen mot Portugal</i>	Dom av 29. juni 2017, <i>Kommisjonen mot Portugal</i> , C-126/15, ECLI:EU:C:2017:504.
EFTA-domstolen	
<i>ESA mot Norge, spilleautomat</i>	Dom av 14. mars 2007, <i>ESA mot Norge</i> , E-1/06.
<i>Ladbrokes</i>	Rådgivende uttalelse av 30. mai 2007, <i>Ladbrokes mot Norge</i> , E-3/06.

Rapporter og uttalelser fra norske organer og institusjoner

Lotteritilsynet (2012)	Lotteritilsynet, <i>Evaluering av forskrift mot betalingsformidling til pengespill uten norsk tillatelse, 2012</i> . https://docplayer.me/532929-Evaluering-av-forskrift-om-forbud-mot-betalingsformidling-til-pengespill-uten-norsk-tillatelse-for-2010-02-19-nr-184.html
Lotteritilsynet	Lotteritilsynet, <i>Vedtak til norske banker om betalingsformidling</i> . https://lottstift.no/for-spillere/banker-og-finansinstitusjoner-skal-stoppe-pengeoverforinger-til-og-fra-utenlandske-spillselskaper/vedtak-til-norske-bankar-om-betalingsformidling/
Universitetet i Bergen (2020)	Pallesen, Ståle, Rune Aune Mentzoni, Torbjørn Torsheim, Eilin Erevik, Helge Molde og Arne Magnus Morken, <i>Omfang av penge- og dataspillproblemer i Norge 2019</i> , Universitetet i Bergen: Institutt for samfunnspsykologi, april 2020. https://lottstift.no/content/uploads/2021/05/Omfang_av_penge-og_dataspillproblemer_i_Norge_2019-1.pdf
Lotteritilsynet (2021)	Lotteritilsynet, <i>Nøkkeltall – det norske pengespillmarkedet i 2020</i> , publisert 2021. https://lottstift.no/for-spillere/pengespelstatistikk/nokkeltal-den-norske-pengespelmarknaden-i-2020/

Regjeringen v/Utenriksdepartementet (2021)	Regjeringen v/Utenriksdepartementet, <i>Hva EØS-avtalen omfatter</i> , 2021. https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/eos1/hva-avtalen-omfatter/id685024/
Norsk Rikstoto (2022)	Norsk Rikstoto, <i>Engasjerende pengespill på hest i ansvarlige rammer – Norsk Rikstoto årsrapport 2021</i> , publisert 2022. https://www.rikstoto.no/globalassets/dokumenter/diverse/arsrapport-2021.pdf
Lotteritilsynet (2022)	Lotteritilsynet, <i>Lotteritilsynets årsrapport 2021</i> , publisert 2022. https://lottstift.no/content/uploads/2022/04/Arssrapport_2021_web-2.pdf
Medietilsynet (2022)	Medietilsynet, <i>Mindre pengespillreklame på TV</i> , 21. februar 2022. https://www.medietilsynet.no/nyheter/aktuelt/mindre-pengespillreklame-pa-tv/
Medietilsynet (2022)	Medietilsynet, <i>Medietilsynet pålegger TV-distributørene å stoppe pengespillreklame fra Discovery</i> , 5. april 2022. https://www.medietilsynet.no/nyheter/aktuelt/medietilsynet-palegger-tv-distributorene-a-stoppe-pengespillreklame-fra-discovery/

Andre rapporter og uttalelser

Spillemyndigheden, Danmark (2017)	Spillemyndigheden, <i>ROFUS</i> . https://www.spillemyndigheden.dk/rofus
Menon Economics (2018)	Menon Economics, <i>Samfunnsøkonomisk analyse av lisensordning for pengespill</i> , publisert august 2018. https://www.menon.no/wp-content/uploads/2018-68-Samfunns%C3%B8konomisk-analyse-av-lisensordning-for-pengespill-1.pdf
Spelinspektionen, Sverige (2019)	Spelinspektionen, <i>Spelpaus</i> . https://www.spelpaus.se/
Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (2019)	Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, <i>Evaluation og Regulatory Tools for Enforcing Online Gambling Rules and Channelling Demand towards Controlled Offers</i> , publisert januar 2019. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6bac835f-2442-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-en
Spelinspektionen, Sverige (2022)	Spelinspektionen, <i>Antalet avstängda på Spelpaus.se fortsätter öka</i> , 17. Januar 2022. https://www.spelinspektionen.se/om-oss/statistik/statistiknytt/antalet-avstangda-pa-spelpaus2.se-fortsatter-oka/

**Folkhälsomyndigheten,
Sverige (2022)**

Folkhälsomyndigheten, *Resultat från regeringsuppdrag att genomföra en befolkningsstudie om spel om pengar*, 28. februar 2022.
<https://www.folkhalsomyndigheten.se/contentassets/58e8320a52944ef8bd2b013e068e2c5e/resultat-fran-regeringsuppdrag-att-genomfora-en-befolkningsstudie-om-spel.pdf>