

Kulturdepartementet

Malta, 18. september 2020

HØRINGSSVAR - FORSLAG TIL NY LOV OM PENGESPILL

Introduksjon

Betsson Group ("Betsson") viser til Kulturdepartementets forslag til ny pengespillov som sendt på høring 29. juni 2020, og vi takker for muligheten til å gi våre innspill til lovforslaget. Betsson er en av de største tilbyderne av pengespill i Europa, og har med interesse fulgt utviklingen i det norske pengespillmarkedet og diskusjonene det har medført de senere årene. Høringsnotatet gir innsikt i departementets visjon for den fremtidige pengespillreguleringen og organiseringen av markedet.

Våre innspill til høringen

Den norske enerettsmodellen har vært gjenstand for politiske og juridiske diskusjoner i en årrekke. Forslaget til ny pengespillov innebærer kort sagt en videreføring av den norske enerettsmodellen, og i tillegg fremmes forslag om utvidelse av forbudene og sanksjonene som opprettholder modellen. Likevel foretar ikke Kulturdepartementet en fornyet vurdering av enerettsmodellens lovlighet under EØS-avtalen, sett i lys av endrede samfunnsforhold og rettspraksis på området. Av den grunn har vi bedt Advokatfirmaet Schjødt om å foreta en vurdering av de EØS-rettslige problemstillingene forslaget til ny pengespillov reiser.

Utgangspunktet er at den norske enerettsmodellen er en restriksjon i aktørers adgang til å etablere seg og til å yte tjenester i Norge etter EØS-avtalen artikkel 31 og 36. Slike restriksjoner er kun lovlige i den utstrekning de er begrunnet i legitime formål og er proporsjonale med det formål som søkes ivaretatt. Advokatfirmaet Schjødts vurdering er imidlertid at den norske enerettsmodellen er en restriksjon som ikke er proporsjonal med formålene som søkes ivaretatt, og følgelig heller ikke er forenelig med EØS-avtalen.

Av formålene Kulturdepartementet fremhever i høringsnotatet, vurderes hensynet til å forebygge problematisk spilleadferd og hensynet til å bekjempe kriminalitet som legitime begrunnelser for restriksjoner på pengespillområdet.

Restriksjoner på området for pengespill er bare egnet dersom de genuint søker å oppnå de legitime formålene på en konsistent og systematisk måte. Omfanget av pengespill som tillates tilbudt i Norge og omfanget av kanaliseringstiltak som gjennomføres for å trekke kundene til enerettsaktørene, viser at norske myndigheter gjennomfører, legger til rette for og tolerer tiltak

som undergraver og virker imot formålet som søkes oppnådd. I vurderingen fremheves særlig omfanget av pengespilltilbydere med tillatelse til å tilby pengespill som et supplement til, og i konkurranse med, enerettsaktørenes tilbud. Videre fremheves departementets manglende vilje til å (1) regulere pengespill med høy risiko for spillavhengighet som tilbys i dataspill og (2) fjerne enerettsaktørene og tilleggstilbyderne sine tilbud av høyrisikospill som ikke tilbys av uregulerte aktører, og som dermed ikke kan begrunnes i behovet for kanalisering. Vurderingen fra Advokatfirmaet Schjødt viser at den norske enerettsmodellen ikke genuint tar sikte på å forebygge og redusere bruken av pengespill og å bekjempe kriminalitet på en konsistent og systematisk måte.

Restriksjonene kan heller ikke gå lenger enn det som er nødvendig for oppnåelse av de aktuelle formålene. Det reiser spørsmål om det valgte beskyttelsesnivået kan ivaretas med mindre inngripende tiltak. Advokatfirmaet Schjødts vurdering viser at den norske enerettsmodellen reelt sett sikrer et lavt beskyttelsesnivå grunnet manglende konsistens i etableringen og gjennomføringen av modellen. Likevel foreslår Kulturdepartementet å utvide forbudsbestemmelsene og sanksjonsmekanismene. I vurderingen fremheves særlig rekkevidden av det foreslåtte medvirkningsansvaret som, i kombinasjon med departementets manglende angivelse av hvilke personer eller foretak som omfattes av de aktuelle forbudene og hvilke handlinger eller unnlatelser som kan føre til en sanksjon ved overtredelse, er svært inngripende. Utvidelsen foreslås til tross for at samtlige tiltak som gjennomføres overfor de norske enerettsaktørene og tilleggstilbyderne for å sikre tilbud av trygge pengespill, kan gjennomføres overfor lisenshavere under en lisensmodell. Dette gjøres allerede i de fleste europeiske land i dag. Vurderingen fra Advokatfirmaet Schjødt viser at det samme beskyttelsesnivået kan nås med mindre inngripende tiltak, og at restriksjonene går lenger enn det som er nødvendig for oppnåelse av de aktuelle formålene.

Dette er hovedårsakene til at Advokatfirmaet Schjødt konkluderer med at den foreslått videreførte og utvidede norske enerettsmodellen ikke er proporsjonal med de legitime formålene som søkes ivaretatt, og følgelig vil være uforenelig med EØS-avtalen artikkel 31 og 36. Det innebærer at norske myndigheter heller ikke kan håndheve og sanksjonere overtredelser av lovbestemmelser som opprettholder en reguleringsform som er uforenelig med EØS-avtalen.

Betssons rolle i det europeiske pengespillmarkedet

Betsson er en av de største tilbydere av pengespill i Europa, og morselskapet Betsson AB er notert på Nasdaq Stockholm Large Cap. Betsson innehar i dag lisenser til å tilby pengespill i tolv europeiske land, herunder i Sverige, Danmark, Storbritannia, Irland, Tyskland, Spania, Italia og Malta. I Betsson er vi opptatt av og forpliktet til å sørge for ansvarlig deltakelse i pengespill, og av den grunn anvender vi strenge sikkerhetstiltak for blant annet å identifisere kunder, forhindre hvitvasking av penger og uautorisert deltakelse i pengespill. Betsson er sertifisert av Global Gambling Guidance Group som en ansvarlig pengespilltilbyder. I tillegg er Betsson, på samme måte som Norsk Tipping AS, sertifisert etter krav i ISO 27001:2013. Sistnevnte er en internasjonal sikkerhetsstandard for spillbransjen med formål om å sikre at sertifiserte virksomheter har effektive sikkerhetstiltak knyttet til pengespillspesifikke prosesser.

Utviklingen på pengespillområdet i Europa har de siste årene ført til at enerettsmodeller er blitt avskaffet og erstattet av lisensmodeller. Det er kun Norge og Finland som fortsatt har enerettsmodeller, og i begge land er enerettsmodellens lovlighet gjenstand for diskusjon. Erfaringen fra de øvrige europeiske landene tilsier at det kan etableres en velfungerende lisensmodell med vilkår som sørger for at formålene om å forebygge problematisk spilleadferd og å bekjempe kriminalitet ivaretas.

I Betsson er vi av den oppfatning at en lisensmodell vil sikre et like høyt eller høyere beskyttelsesnivå enn dagens enerettsmodell. Særlig vil vi trekke frem at erfaringene fra øvrige europeiske land viser at en lisensmodell sikrer en høyere grad av spilleansvarlighet, forbrukerbeskyttelse og offentlig kontroll med samtlige pengespilltilbydere på markedet.

En sentral forutsetning for at det høye beskyttelsesnivået sikres ved en lisensmodell, er at det stilles vilkår til lisenshavernes drift, kombinert med myndighetenes mulighet til å trekke tilbake lisenser og å stille vilkår for fortsatt drift. På denne måten sikres et minst like høyt beskyttelsesnivå under en mindre inngripende reguleringsmodell ved at pengespilltilbyderne ikke ekskluderes fra markedet, men opererer under myndighetenes vilkår og kontroll.

I Betsson har vi erfaring med å jobbe på tvers av forskjellige lisenssystemer og å overholde myndighetenes varierende krav til oss som lisenshaver. I tillegg har vi egne tiltak og standarder for blant annet ansvarlig spilling og anti-hvitvasking, som vi implementerer i alle land vi opererer uavhengig av om myndighetene stiller lavere krav. Videre deltar vi i bransjesamarbeid der det etableres felles retningslinjer for forsvarlig opptreden, som har til formål å sikre ytterligere forbrukerbeskyttelse.

Nedenfor vil vi trekke frem noen sentrale kategorier av krav som i dag stilles til lisenshavere under ulike europeiske lands lisensmodeller, eller som vi frivillig retter oss etter gjennom egne retningslinjer eller bransjestandarder. Vi vil illustrere at på samme måte som under en enerettsmodell kan det under en lisensmodell stilles krav som sørger for ivaretagelse av formålene om å forebygge problematisk spilleadferd og å bekjempe kriminalitet. Gjennomgangen viser at kravene vi opererer under er av tilsvarende karakter som de som stilles til de norske aktører med tillatelse til å tilby pengespill.

Tiltak for å forebygge problematisk spilleadferd

Regler for ansvarlig spilling

De samme kravene om ansvarlig spilling som gjelder for enerettsaktørene og øvrige aktører med tillatelse til å tilby pengespill i Norge, vil kunne gjøres gjeldende for samtlige aktører under en lisensmodell. I alle europeiske land, uavhengig av reguleringsmodell, er formålet om å forebygge spillavhengighet sentralt. Derfor har de fleste land stilt krav om at informasjon om ansvarlig spilling gjøres tilgjengelig på nettsidene der pengespillene tilbys, samt informasjon om hjelpelinjer og -organisasjoner som kan benyttes ved eventuell spillavhengighet. I tillegg gjelder det i en rekke lisensmodeller krav om at den enkelte spiller skal ha mulighet til å innføre spillestopp eller annen form for egeneksklusjon.

I Danmark, Sverige og Storbritannia gis det lisens til alle tilbydere som oppfyller samtlige vilkår myndighetene stiller. Et felles vilkår for tildeling av lisens er at pengespilltilbyderen deltar i de etablerte eksklusjonsordningene. Gjennom ordningene "Spelpaus" i Sverige, "ROFUS" i Danmark og "Gamstop" i Storbritannia, kan spilleren utestenge seg selv fra alle lisenshavers spilltilbud og selv fastsette tidsperioden utestengelsen skal gjelde for. Det innebærer at spilleren i perioden verken kan spille eller bli kontaktet av noen av de lisensierte pengespilltilbyderne. De etablerte eksklusjonsordningene går lenger i å beskytte problemspillerne enn ordningene som finnes i Norge i dag.

Regler for markedsføring

Kontroll med markedsføring av pengespill har i en årrekke stått sentralt i flere EU-jurisdiksjoner, både hos offentlige myndigheter og hos tilbyderne selv. Betsson er medlem av European Gambling and Betting Association ("EGBA"), en felleseuropeisk bransjeorganisasjon for pengespill. Sammen med de andre medlemmene har organisasjonen utarbeidet felles retningslinjer for forsvarlig markedsføring ("Code of Conduct on Advertising") i Europa. Formålet med retningslinjene er å forbedre forbrukerbeskyttelsen ved å utøve forsvarlig markedsføring av pengespill. I Betsson anvender vi retningslinjene for forsvarlig markedsføring som en frivillig standard i alle land, uavhengig av om myndighetene stiller lavere krav til oss som lisenshaver. Dessuten har en rekke nasjonale bransjeforeninger over hele Europa tilsluttet seg EGBAs retningslinjer.

Disse retningslinjene er inspirert av nasjonale regler for markedsføring av pengespill, og inneholder i hovedsak et sett med tiltak og bestepsaksiser som gjelder i hele det europeiske markedet. Retningslinjene inneholder konkrete regler for markedsføring, herunder regler for markedsføringens innhold, beskyttelse av mindreårige, kommunikasjon om ansvarlig spilling, sponning og bruk av sosiale medier.

I lisenssystemer over hele Europa er lisenshavernes adgang til å drive markedsføring av pengespill underlagt en rekke begrensninger. I en flere jurisdiksjoner stilles det krav om at lisenshaverens markedsføring ikke retter seg mot mindreårige eller utsatte personer, og det er heller ikke tillatt å bruke bilder som vil appellere til yngre personer. Ytterligere krav til markedsføring kan illustreres ved Storbritannias lisenssystem, der lisenshaverne i markedsføringen ikke tillattes å (1) bruke kjente idrettspersoner som er, eller kan se ut som de er, under 25 år, (2) demonstrere vellykkethet eller suksess som følge av pengespill, (3) markedsføre pengespill i sammenheng med bruk av alkohol eller tobakk, og (4) bruke uttrykk som oppfordrer til handling, slik som "Spill nå!".

Kontroll med spilltilbudet og spilleregler

Under en lisensordning kan myndighetene regulere hvilke typer pengespill som kan tilbys og måten de skal tilbys på. Danmark gikk eksempelvis over til en lisensordning for kasino- og sportsspill i 2012, mens online bingo og veddemål på heste- og hundeløp ikke ble lisensiert før i 2018. Statistikk fra Spillemyndighedens årsrapport 2018 viser at den danske lisensieringen har ført til en nedgang i spilleforbruk, og en økning i kanaliseringsgrad.

Et annet eksempel er at pengespillmarkedet på nett lisensieres. Det gjøres i Nederland, som nå er i en endringsfase. Å tilby pengespill på nett har tidligere vært forbudt, men i februar 2019 vedtok senatet et lovforslag som innebærer at selskaper kan søke lisens for å tilby pengespill på nett. Ikrafttredelse av lovforslaget er foreløpig beregnet til januar 2021.

I tillegg stilles det i flere land krav til måten pengespill kan tilbys på, herunder krav til spillegrenser, pauser, egeneksklusjon, advarsler på nettsiden og lignende.

Krav til rapportering og datainnsamling

En utfordring med den norske enerettsmodellen er at myndighetene mangler oversikt over det reelle spilleforbruket fordi utenlandske pengespilltilbydere tiltrekker seg et stort antall kunder. Problemet kan avhjelpes under en lisensmodell ved at det stilles rapporteringskrav til lisenshaverne. Krav til rapportering finnes i samtlige jurisdiksjoner med lisensmodeller.

I Storbritannia, for eksempel, plikter lisenshavere kvartalsvis å innrapportere antallet nyregistrerte kunder, hvor mye det spilles for innenfor de individuelle spillekategoriene som tilbys, samt antallet interaksjoner lisenshaveren har hatt med kunder relatert til problemspilling og ansvarlig spilling. Et lignende krav stilles i Sveriges lisensmodell, der lisenshaveren plikter å levere halvårsrapporter om gjeldende ansvarlighetstiltak, herunder eventuelle endringer i spillegrenser, antallet egeneksklusjoner, stenging av kontoer og hvor mye som spilles for.

Krav til operativsystemer

Som ledd i målet om å sikre god forbrukerbeskyttelse stilles det i flere lisensmodeller krav til pengespilltilbyderens operativsystem, herunder krav om sikre betalingsløsninger for innskudd og uttak og krav til informasjonssikkerhet. I Sverige stilles det for eksempel krav om årlig resertifisering av systemene og logging av alle endringer som utføres i systemet. Formålet med kravene er å sikre at systemene kontinuerlig oppfyller gjeldende standarder og kvalitetskrav, slik at man oppnår god forbrukerbeskyttelse.

Tiltak for å bekjempe kriminalitet

Målsetningen om at pengespill ikke skal knyttes til kriminell virksomhet slik som hvitvasking, kampfiksing eller korrupsjon står sentralt i alle europeiske land. Innenfor EU er pengespilltilbydere underlagt anti-hvitvaskingslovgivning. Det innebærer at pengespilltilbydere pålegges en rekke forpliktelser, herunder krav om gjennomføring av kundeanalyser og overvåking av transaksjoner, slik at høye og hyppige transaksjoner blir undersøkt nærmere og eventuelle mistenkelige transaksjoner blir rapportert.

I Betsson ser vi svært alvorlig på hvitvaskingsrisikoen knyttet til pengespill, og er opptatte av og forpliktet til effektivt å takle ethvert hvitvaskingsforsøk. Vår anti-hvitvaskingsprosedyre er utviklet for å fungere ved siden av, og i samsvar med, vår prosedyre ved svindelforsøk. Alle transaksjoner som foretas via våre nettsider er sporbare, slik at vi har oversikt over kunden som gjør innskuddet, på hvilken måte vedkommende har spilt og ellers samhandlet med våre systemer.

I tillegg har vi implementert en rekke frivillige tiltak som sørger for spillerverifisering, risikoprofilering og løpende overvåking av transaksjoner. Samtlige tiltak er viktige for å oppfylle våre forpliktelser knyttet til anti-hvitvasking og for å avdekke svindelforsøk.

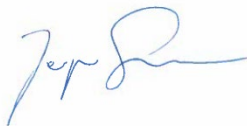
En rekke internasjonale pengespilltilbydere har også kriminalitetsbekjempelse som egen målsetning. For eksempel er kampfiksing et alvorlig problem som skader sporten. Betsson har investert betydelig i systemer som oppdager og identifiserer uvanlige spillemønstre og fremhever mistenkelig aktivitet. Systemene er operative 24 timer i døgnet, 7 dager i uken, og styrkes av *Betradar* - vårt spesialiserte programvareverktøy som samler alle oddsene i markedet og sender varsler når oddsen endres. Vi undersøker også om visse spill har fått uvanlig høye innsatser, og setter spillegrenser. Hvis noe er mistenkelig, stanser vi alle spilleforsøk på det aktuelle spillet.

Betsson er en del av International Betting Integrity Association, en av flere organisasjoner hvor medlemmene samarbeider om å hindre kampfiksing og korrupsjon ved å rapportere all suspekt aktivitet til en felles plattform. Medlemmene inkluderer de største internasjonale pengespilltilbyderne, som alle har forpliktet seg til å følge en felles "Code of Conduct".

Konklusjon

Gjennomgangen ovenfor viser at det i en lisensmodell kan gjennomføres tiltak for å forebygge problematisk spilleadfærd og å bekjempe kriminalitet. Et like høyt beskyttelsesnivå sikres under en lisensmodell ved at det stilles vilkår til lisenshavernes drift, og at fortsatt drift er betinget av at vilkårene overholdes. Når det samme beskyttelsesnivået kan oppnås ved innføring av en lisensmodell, mener vi at det ikke er nødvendig å videreføre den mer inngripende norske enerettsmodellen. For våre konkrete innspill til Kulturdepartementets forslag til ny pengespillov viser vi til Advokatfirmaet Schjødts vurderinger som følger nedenfor.

Med vennlig hilsen
Betsson Group Ltd.



Jesper Svensson
CEO

NOTAT

Til: Betsson Services Ltd.

Fra: Advokatfirmaet Schjødt AS
Johanne Førde, Elsa Brandt Stensrud og Thomas Nordby

Saksansvarlig advokat: Thomas Nordby

Dato: 18. september 2020

Dok.ref: 312301-513-8202003.1

EØS-RETTLIG VURDERING AV FORSLAGET TIL NY LOV OM PENGESPILL

1. INNLEDNING

Kulturdepartementet ("**departementet**") har sendt på høring forslag til ny lov om pengespill med høringsfrist 29. september 2020. I den forbindelse har Betsson Services Ltd. ("**Betsson**") bedt oss foreta en vurdering av de EØS-rettslige problemstillingene som forslaget til ny pengespillov reiser.

Den norske modellen for regulering av pengespill (omtalt som "**enerettsmodellen**") innebærer at det kun er utvalgte aktører som lovlig kan tilby pengespill i Norge. Slike aktører inkluderer Norsk Tipping AS ("**Norsk Tipping**") og Stiftelsen Norsk Rikstoto ("**Norsk Rikstoto**"), ofte omtalt som "**enerettsaktørene**", samt en rekke andre store og små aktører som har fått tillatelse til å tilby pengespill i Norge i tråd med det som nå er foreslått samlet i ny pengespillov kapittel 6. For samtlige øvrige pengespilltilbydere innebærer denne reguleringen en restriksjon i adgangen til å etablere seg og til å yte tjenester i Norge etter EØS-avtalen artikkel 31 og 36.

Restriksjoner i etableringsadgangen og adgangen til å yte tjenester er kun lovlige i den utstrekning de er begrunnet i legitime formål og er proporsjonale med det formål som søkes ivaretatt. Slik vi ser det er den foreslått videreførte og utvidede norske enerettsmodellen ikke proporsjonal med de legitime formålene som søkes ivaretatt, og følgelig vil den være uforenelig med EØS-avtalen artikkel 31 og 36.

2. ETABLERINGSADGANG OG ADGANG TIL Å YTE TJENESTER

2.1 Utgangspunktet for vurderingen av lovligheten av den norske modellen for regulering av pengespill

Området for pengespill er ikke harmonisert innad i EU. Utgangspunktet er dermed at nasjonalstatene har skjønnsmargin i valg av beskyttelsesnivå og reguleringsmodell. Valget

av beskyttelsesnivå og reguleringsmodell, samt gjennomføringen av disse, må likevel skje innenfor rammene av EØS-avtalens hoveddel og prinsippene som EU- og EFTA-domstolen trekker opp.

Det følger av EØS-avtalen artikkel 31 at det ikke skal være restriksjoner i etableringsadgangen for foretak. Etableringsadgangen gjelder adgangen til å starte næringsvirksomhet samt den etterfølgende utøvelsen av denne. Videre følger det av EØS-avtalen artikkel 36 at det ikke skal være restriksjoner i adgangen til å yte tjenester. Adgangen til å yte tjenester gjelder også for tjenesteytere som har etablert seg i en annen medlemsstat enn tjenestens mottaker.

Det følger av EU-domstolens praksis at nasjonale regler som innebærer at det kreves tillatelse for å tilby pengespill, uavhengig om det gjennomføres i form av eneretts- eller lisensmodeller, utgjør en restriksjon i etableringsadgangen og adgangen til å yte tjenester, jf. blant annet C-186/11 *Stanleybet International and Others* avsnitt 21 og C-375/17 *Stanley International Betting Ltd* avsnitt 38 og 39.

Den norske enerettsmodellen innebærer at det kreves tillatelse for å tilby pengespill, og er følgelig en restriksjon som i utgangspunktet ikke er tillatt etter EØS-avtalen artikkel 31 og 36. Spørsmålet er derfor om denne restriksjonen likevel er tillatt, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelser i C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International Ltd* avsnitt 52 og 55, C-316/07 *Stoß* avsnitt 68 og 69, og C-186/11 *Stanleybet International and Others* avsnitt 21 og 22. I sistnevnte uttales det at

"It is common ground that a Member State's legislation, such as that described by the national court, constitutes a restriction on the freedom to provide services guaranteed by Article 49 EC or on the freedom of establishment guaranteed by Article 43 EC inasmuch as it provides for a monopoly for OPAP and prohibits providers such as Stanleybet, William Hill and Sportingbet, established in another Member State, from offering games of chance on Greek territory (...)

It is necessary, however, to determine whether such a restriction may be allowed as a derogation, on grounds of public policy, public security or public health, as expressly provided for under Articles 45 EC and 46 EC, which are applicable in the area of freedom to provide services by virtue of Article 55 EC, or justified, in accordance with the case-law of the Court, by overriding reasons in the public interest (...)."

EU-domstolen har i en rekke saker lagt til grunn at enhver restriksjon i etableringsadgangen og adgangen til å yte tjenester, må begrunnes i et legitimt formål og være proporsjonal med det formål som søkes ivarettatt. I det følgende vil vi gjennomgå de føringer domstolen har lagt for når en restriksjon på området for pengespill kan være forenelig med EØS-retten.

2.2 Restriksjoner må være begrunnet i legitime formål og proporsjonale med formålet som søkes ivarettatt

2.2.1 Restriksjoner må være begrunnet i legitime formål

EU-domstolen har i en rekke saker lagt til grunn at enhver restriksjon på pengespillområdet må begrunnes i et formål som søker å ivareta "*public policy, public security or public health*",

jf. blant annet C-186/11 *Stanleybet International and Others* avsnitt 22. Nærmere om hvilke formål som er legitime, uttaler domstolen i avsnitt 23 at

"Thus, the Court has consistently held that restrictions on betting and gaming may be justified by overriding requirements in the public interest, such as consumer protection and the prevention of both fraud and incitement to squander money on gambling (...)."

I kravet om at formålet som søkes ivaretatt må være legitimt ligger det en forutsetning om at nasjonale myndigheter presist angir hvilke formål restriksjonen søker å ivareta og at det foreligger et faktisk behov for ivaretagelse av formålet, se eksempelvis C-390/12 *Pfleger and Others*. EU-domstolen uttalte at de nasjonale myndighetene ikke hadde bevist at *"crime and/or addiction to gambling actually constituted (...) a significant problem"*, og fant følgelig at restriksjonen ikke var lovlig, jf. avsnitt 53.

2.2.2 Restriksjoner må være proporsjonale med formålene som søkes ivaretatt

Det er de nasjonale myndighetene som har bevisbyrden for at restriksjoner er proporsjonale med de legitime formålene som søkes ivaretatt, jf. blant annet EFTA-domstolen i sak E-3/06 *Ladbrokes* avsnitt 42, med videre henvisning til sak E-1/06 *Spilleautomat* avsnitt 31, der det uttales at

"(...) However, the restrictive measures they impose must satisfy the conditions laid down in the case law of both the Court and the Court of Justice of the European Communities (hereinafter "the ECJ") as regards their proportionality (...). In that respect, the burden of proof is on the State responsible for the restriction (...)."

En restriksjon er bare proporsjonal dersom den er *egnet* og *nødvendig* (også omtalt som **"egnethets- og nødvendighetskriteriet"**) for å ivareta formålene. Om det nærmere innholdet i proporsjonalitetskravet uttaler EU-domstolen i C-176/11 *HIT and HIT LARIX* avsnitt 22 at

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

I dette ligger at en restriksjon på området for pengespill bare er *egnet* dersom den genuint søker å oppnå de legitime formålene på en konsistent og systematisk måte. Videre kan restriksjonen ikke gå lenger enn det som er *nødvendig* for oppnåelse av de aktuelle formålene. I tillegg gjelder et krav om at restriksjoner ikke anvendes på en diskriminerende måte.

2.3 Kritikk av departementets EØS-rettslige vurdering i høringsnotatet

I høringsnotatet kapittel 3 konkluderer departementet med at den norske enerettsmodellen er forenelig med EØS-retten, uten at det foretas en fornyet vurdering. Departementet viser til EFTA-domstolens avgjørelser i sak E-1/06 *Spilleautomatsaken* og sak E-3/06 *Ladbrokes*, og fremhever i høringsnotatet på s. 16 at

"Kulturdepartementet mener at enerettsmodellen i dag er basert på de samme hensyn og prinsipper som enerettsmodellen som ble vurdert av EFTA-domstolen i de to sakene. Oslo tingrett konkluderte i en dom av 25. oktober 2019 med at enerettsmodellen fortsatt er forenlig med EØS-avtalen. Dommen er anket."

Videre viser departementet til regjeringens vurdering av enerettsmodellen i Meld. St. 12 (2016-2017), og uttaler i høringsnotatet på s. 17 at

"I Meld. St. 12 (2016-2017) konkluderte regjeringen med at enerettsmodellen gir en høyere grad av ansvarlighet enn en lisensmodell. Enerettsmodellen er dermed bedre egnet til å oppfylle målene i pengespillpolitikken og det foreslåtte hovedformålet i ny lov. Departementet legger til grunn at enerettsmodellen skal videreføres som grunnpilaren i den norske pengespillpolitikken og viser til at et bredt flertall i Stortinget sluttet seg til dette. Vi viser for øvrig til Meld. St. 12 (2016-2017) for de nærmere vurderingene knyttet til valg av reguleringsmodell."

Under henvisning til Meld. St. 12 (2016-2017) fastslår departementet at "i dette høringsnotatet gjøres det derfor ingen ny vurdering av hvilken reguleringsmodell som skal gjelde for det norske pengespillmarkedet", se høringsnotatet s. 10. Det tas altså ikke høyde for at det i Meld. St. 12 (2016-2017) uttales at

*"Basert på ei totalvurdering tilrår Kulturdepartementet å videreføre enerettsmodellen. Det primære målet for pengespillpolitikken er at det skal vere ein ansvarleg politikk som avgrensar speleproblem og anna uønskt åtferd som kan følgje av pengespel. Eit sekundært mål er at inntekter frå pengespel og lotteri i størst mogleg grad skal gå til ideelle formål. Med utgangspunkt i situasjonen i dag og den forventa utviklinga dei nærmaste åra meiner departementet at enerettsmodellen i størst grad vil vareta måla for pengespillpolitikken. Departementet legg særleg vekt på at enerettsmodellen truleg gir ein noko høgare grad av ansvarlegheit enn ein lisensmodell. **Dersom utanlandske spelselskap skulle ta ein større del av spelarane i framtida, vil ein lisensmodell med ein viss grad av ansvarlegheitstiltak kunne vere ei meir formålstenleg løysing.** I dagens situasjon ser det ikkje ut til å vere grunn til å forvente ei slik utvikling dei nærmaste åra." (Våre uthevinger).*

Her presiserer regjeringen at vurderingen er gjort med utgangspunkt i situasjonen slik den var i 2016, og fremholder at vurderingen vil kunne få et annet utfall dersom utenlandske pengespillselskap har en større andel av spillerne. Området for pengespill har endret seg de senere årene, særlig når det gjelder det stadig voksende omfanget av internasjonale selskaper som tilbyr pengespill på internett. Likevel foretar ikke departementet en fornyet vurdering av om den norske enerettsmodellen er en restriksjon som er forenlig med EØS-retten.

Av EU-domstolens praksis følger det at det skal tas en dynamisk tilnærming til proporsjonalitetsvurderingen. Kravet kommer til uttrykk i blant annet C-464/15 *Admiral Casinos* avsnitt 31, der det uttales at

"(...) the national court must carry out a global assessment of the circumstances in which restrictive legislation (...) was adopted and implemented".

Proporsjonalitetsvurderingen kan ikke begrenses til en analyse av situasjonen på lovgivningstidspunktet, men må ta i betraktning situasjonen på det senere tidspunktet for implementering, jf. sakens avsnitt 32. Videre konkluderes det i avsnitt 36 med at

"The Court therefore holds that, in a review of proportionality, the approach taken by the referring court must be dynamic rather than static in the sense that it must take account of the way in which circumstances have developed following the adoption of the legislation concerned."

Dermed er det ikke tilstrekkelig at den norske enerettsmodellen ble vurdert som proporsjonal av EFTA-domstolen i 2007 og av regjeringen i 2016. Vurderingen av enerettsmodellens lovliggheit må ta hensyn til endrede forutsetninger. I det følgende vil vi derfor foreta en fornyet vurdering av den norske enerettsmodellens forenelighet med EØS-retten.

3. DEN NORSKE MODELLEN FOR REGULERING AV PENGESPILL

3.1 Den norske enerettsmodellen omfatter flere ulike restriksjoner

Den norske enerettsmodellen består av flere ulike forbud, som alle enkeltvis og samlet utgjør restriksjoner i etableringsadgangen og adgangen til å yte tjenester.

I forslaget til ny pengespillov er den norske enerettsmodellen gjennomført ved (1) forbudet mot å tilby pengespill uten tillatelse, (2) forbudet mot å medvirke til å tilby pengespill uten tillatelse, (3) forbudet mot å markedsføre pengespill uten tillatelse, (4) forbudet mot å medvirke til å markedsføre pengespill uten tillatelse og (5) forbudet mot å formidle betalingstransaksjoner tilknyttet pengespill uten tillatelse.

Dels utgjør forbudsbestemmelsene i ny pengespillov en videreføring av tidligere rettstilstand, og dels utgjør de en utvidelse av någjeldende forbud i lotteri-, totalisator- og pengespilloven. Utgangspunktet er likevel at pengespill kan tilbys med tillatelse etter loven, og som vi vil komme tilbake til i punkt 3.3.1.2.1, er det bakgrunnen for at den norske enerettsmodellen mer presist kan omtales som en "hybridmodell".

3.2 Den norske enerettsmodellen må være begrunnet i legitime formål

Under henvisning til Meld. St. 12 (2016-2017) legger departementet i høringsnotatet til grunn at det primært er tre allmenne hensyn bak den norske enerettsmodellen. Det er (1) hensynet til å forebygge problematisk spilleadferd, (2) hensynet til å forebygge økonomisk mislighold og (3) hensynet til å begrense privat fortjeneste. I tillegg fremhever departementet som et sekundært mål at mest mulig av inntektene fra pengespill skal gå til gode formål.

Hensynet til å forebygge problematisk spilleadferd er et legitimt formål som kan begrunne restriksjoner på pengespillområdet. Det er lagt til grunn av EU-domstolen i en rekke saker, se blant annet sak C-347/09 *Dickinger and Ömer* avsnitt 48.

Hensynet til å forebygge økonomisk mislighold er uklart angitt av departementet. Vi antar likevel at departementet sikter til et formål om å bekjempe kriminalitet, som EU-domstolen har anerkjent at restriksjoner på pengespillområdet kan begrunnes i, se blant annet C-390/12 *Pfleger & Others* avsnitt 56. I denne forbindelse bemerker vi at formålet, så vel som restriksjonen, presist må angis for at det skal kunne vurderes om restriksjonen er egnet og nødvendig for å ivareta formålet.

Hensynet til å begrense privat fortjeneste er i seg selv vanskelig å forene med EØS-rettens målsetning å sikre fri flyt av personer, varer, tjenester og kapital. Vi vurderer departementets begrunnelse for å begrense privat fortjeneste som en type økonomiske hensyn, som EU-domstolen i en rekke saker har lagt til grunn at ikke kan begrunne valg av reguleringsmodell selv om det skulle være en ønsket effekt, se blant annet sak C-212/08 *Zeturf*.

Hensynet til at inntektene fra pengespill skal gå til gode formål, opplyser departementet at er et sekundært formål. Hva som utgjør "gode" formål er uklart, men en kontekstuell forståelse tilsier at det er tale om allmennyttige formål, slik som eksempelvis idretts-, kultur- og helse- og rehabiliteringsformål. Departementets oppstilling av dette som et sekundært formål, er egnet til å så tvil om enerettsmodellens legitimitet som sådan. Det følger av en rekke avgjørelser fra EU-domstolen at finansiering av allmennyttige formål ikke kan være et formål som legitimerer en restriksjon på området for pengespill, men bare være en "*incidental beneficial consequence*", jf. blant annet C-347/09 *Dickinger and Ömer* avsnitt 61.

Samlet anser vi de legitime formålene som søkes ivaretatt ved den norske enerettsmodellen å være (1) hensynet til å forebygge problematisk spilleadferd og (2) hensynet til å bekjempe kriminalitet. Vurderingen i det følgende begrenses derfor til kun å gjelde disse to formålene.

3.3 Den norske enerettsmodellen må være proporsjonal med de legitime formålene som søkes ivaretatt

3.3.1 Er den norske enerettsmodellen egnet til å oppfylle de legitime formålene?

3.3.1.1 *I prinsippet er enerettsmodellen egnet, men det gjelder også et krav om konsistens*

Som vi kort har redegjort for i punkt 2.2.2 innebærer egnethetskriteriet at en restriksjon på området for pengespill bare er *egnet* dersom den genuint søker å oppnå de legitime formålene på en konsistent og systematisk måte.

Det er klart at en enerettsmodell i prinsippet kan være "egnet" til å forebygge problematisk spilleadferd og å bekjempe kriminalitet. Det samme gjelder lisensordninger og totalforbud. Om en nasjonalstat velger å forby pengespill, gi enerett til en tilbyder eller ha en lisensordning, er i utgangspunktet et politisk spørsmål som nasjonalstaten selv kan avgjøre. Forutsetningen er at valget gjennomføres i tråd med EØS-retten.

På området for pengespill følger det av EU- og EFTA-domstolens praksis at en legitimt begrunnet og i prinsippet "egnet" restriksjon, i tillegg må være konsistent med formålene

som søkes oppnådd. Kravet om konsistens innebærer at staten ikke kan gjennomføre, legge til rette for eller tolerere tiltak som vil undergrave eller virke imot formålene som søkes oppnådd, jf. blant annet E-1/06 *Spilleautomat*, der det i avsnitt 43 uttales at

"Restrictions based on legitimate grounds of overriding public interest must be consistent with similar measures already taken. This principle, which is of general relevance, has been acknowledged in a case concerning the compatibility of a marketing ban on foodstuffs with the rules on free movement of goods (...). In accordance with this principle, a State must not take, facilitate or tolerate measures that would run counter to the achievement of the stated objectives of a given national measure. In the sphere of gaming policy, the ECJ has specified that restrictions must be suitable for achieving the target objectives, inasmuch as they must serve to limit betting activities in a consistent and systematic manner (...). In the case at issue, the Defendant has chosen to fight gambling addiction through the reduction of gambling opportunities by subjecting the operation of gaming machines to a State-owned monopoly. In order to be consistent, the Defendant may not at the same time endorse or tolerate measures, such as extensive marketing, which could lead to an increase of gambling opportunities."

Videre er det lagt til grunn at kravet til konsistent gjennomføring øker dess mer inngripende reguleringsformen er, se eksempelvis C-347/09 *Dickinger and Ömer* der det i avsnitt 71 uttales at

"It should be recalled to begin with, as the Advocate General notes in point 97 of his Opinion, that, as a monopoly is an unusually restrictive measure, it must aim to ensure a particularly high level of consumer protection and must be accompanied by a legislative framework suitable for ensuring that the holder of the monopoly will in fact be able to pursue, in a consistent and systematic manner, the objectives thus determined by means of a supply that is quantitatively measured and qualitatively planned by reference to those objectives and subject to strict control by the public authorities (...)."

I det følgende vil vi gjennomføre en egnethets- og konsistensvurdering av den norske enerettsmodellen, der vi i punkt 3.3.1.2.1 ser på hvilke pengespill som tillates tilbudt i Norge og i punkt 3.3.1.2.6 ser på kanaliseringstiltakene som gjennomføres for å trekke kundene til tillatte pengespill. Vurderingen tilsier at den norske enerettsmodellen ikke genuint tar sikte på å redusere bruken av pengespill på en konsistent og systematisk måte da det gjennomføres, legges til rette for og tolereres tiltak som undergraver og virker imot formålene om å forebygge problematisk spilleadfærd og bekjempe kriminalitet.

3.3.1.2 Er den norske enerettsmodellen konsistent gjennomført?

3.3.1.2.1 Pengespill som tillates tilbudt i Norge

3.3.1.2.1.1 Oversikt

Som gjennomgått i punkt 3.1 omfatter den norske enerettsmodellen flere ulike restriksjoner. Utgangspunktet for enerettsmodellen er forbudet mot "å tilby pengespill som er rettet mot det norske markedet uten tillatelse etter loven", jf. lovforslaget § 4. Samtidig følger det av bestemmelsen at pengespill med tillatelse kan tilbys i Norge.

I vurderingen av om den norske enerettsmodellen konsistent gjennomfører de legitime formålene som søkes oppnådd, må det sees hen til i hvilken grad pengespill tillates tilbudt i Norge. Hensikten er å vurdere om det gjennomføres, tilrettelegges for eller tolereres tiltak som undergraver eller virker imot formålene om å forebygge problematisk spilleadferd og bekjempe kriminalitet.

Departementet foreslår i ny pengespillov § 20 at det skal kunne tilbys pengespill i det norske markedet som "*et supplement*" til enerettsaktørenes spilltilbud. Det fremheves i høringsnotatet at enerettsaktørene skal være hovedtilbyderne av pengespill, uten at det klart fremgår hva som er begrunnelsen og behovet for å tillate tilleggstilbydere av pengespill som et supplement til enerettsaktørene. Hvordan dette er egnet til å ivareta pengespillpolitikkenes formål, fremstår også uklart. For tilleggstilbyderne foreslås et krav om at "*pengespillene skal ha lav omsetning og premier av begrenset størrelse*", men det stilles ikke krav om at pengespillene har lav risiko for spillavhengighet. Om dette uttales det på s. 95 at

"Departementet ser imidlertid at ikke alle pengespill som tilbys av andre aktører på det private markedet i dag kan vurderes å ha lav risiko for å skape spilleproblemer. Departementet foreslår derfor ikke et slikt krav i loven, men vil vurdere om det er hensiktsmessig å stille krav om lav risiko i forskriftsbestemmelser knyttet til enkelte typer pengespill."

Dermed åpner departementet for at tilleggstilbyderne kan tilby pengespill med høy risiko for spillavhengighet. Gjennomgangen i det følgende vil vise at dette også gjøres i praksis. Departementet fremhever på s. 99 i høringsnotatet at

"Hovedregelen vil likevel være at pengespill som tilbys av andre enn enerettsaktørene skal supplere, og ikke konkurrere med, enerettsaktørenes tilbud."

Likevel konkurrerer flesteparten av tilleggstilbyderne med enerettsaktørenes spilltilbud, og utgjør en betydelig andel av det norske pengespillmarkedet. Omfanget av pengespill som tillates tilbudt under den norske enerettsmodellen viser at det gjennomføres, tilrettelegges og tolereres tiltak som undergraver og virker imot formålene om å forebygge problematisk spilleadferd og bekjempe kriminalitet. Vurderingen tilsier at den norske enerettsmodellen ikke genuint tar sikte på oppnåelse av formålene på en konsistent og systematisk måte.

Omfanget av pengespill som, i tillegg til enerettsaktørenes tilbud, kan tilbys med tillatelse etter loven, er bakgrunnen for at den norske enerettsmodellen mer presist kan omtales som en "hybridmodell". I lovforslagets kapittel 6 presenterer departementet en rekke bestemmelser som angir i hvilke tilfeller pengespill kan tilbys i Norge, samt hvilke aktører som kan få slik tillatelse. Overordnet gjelder det fire kategorier tillatelser, det er (1) enerett ved lov, (2) enerett ved lisens, (3) tillatelse ved lisens og (4) tillatelse uten lisens. I det følgende vil vi gjennomgå hvilke pengespill som tillates tilbudt i Norge innenfor disse kategoriene.

3.3.1.2.1.2 Enerett ved lov

Norsk Tipping har lovbestemt enerett til å tilby pengespill. Norsk Tipping har *"enerett til å tilby pengespill som krever særlig offentlig kontroll fordi de har høy omsetning, høye premier eller høyest risiko for å skape spilleproblemer"*, et utgangspunkt som er foreslått videreført i ny pengespillov § 6.

En nærmere definisjon av hva som utgjør pengespill må sees i lys av lovforslaget § 2 som angir at loven gjelder *"pengespill der deltakerne mot en innsats kan vinne en premie av økonomisk verdi, og der resultatet er helt eller delvis tilfeldig"*. Ordlyden i bestemmelsen favner i utgangspunktet vidt, og er ifølge departementet ment å ha samme innhold som begrepene lotteri, totalisatorspill og pengespill har i gjeldende lover, jf. høringsnotatet s. 28.

I høringsnotatet på s. 49 og 50 fremhever departementet at lovforslaget § 6 i utgangspunktet ikke begrenser enerettsaktørenes mulighet til å tilby pengespill som *ikke* har høy omsetning, høye premier eller høyest risiko for å skape spilleproblemer, og uttaler at

"Det er likevel ikke ønskelig å skape direkte konkurranse mellom enerettsaktørene og andre aktører på pengespillmarkedet. I "enerett" ligger det at kun én aktør skal ha rett til å tilby sine pengespill på markedet. Dette er gjort ut fra en vurdering om at et konkurransemarked ikke på samme måte som en enerettsmodell er egnet til å oppnå de nasjonale pengespillpolitiske målene. Myndighetene må ta hensyn til dette i reguleringen av pengespillfeltet og praktiseringen av reglene slik at det ikke oppstår uønskede konkurranseflater som kan utfordre modellen som sådan. I tildelingen av tillatelser til enerettsaktørene må det i framtiden dermed vurderes hvordan disse aktørenes pengespill skiller seg fra andre aktørers pengespill. (...)"

Norsk Tipping tilbyr en rekke pengespill. Via internett tilbyr Norsk Tipping pengespill innen kategoriene lotteri, skrapespill, bingo, oddsen og kasino (som inkluderer blant annet hjulspill og bordspill). I fysisk form tilbyr Norsk Tipping spillautomater ved navn Belago (som inneholder ulike hjulspill og databingo) og Multix (som inneholder kasinospill, kortspill, ferdighetsspill og lykkespill). Belago er utplassert i bingohaller og Multix er utplassert i kiosker, bensinstasjoner, puber, barer og kaféer over hele landet. I tillegg tilbyr Norsk Tipping skrapespill og lotto i butikker, kiosker og lignende over hele landet. Samlet omsatte Norsk Tipping for over 38 milliarder kroner i 2019, ikke medregnet omsetningen til Grasrotandelen, som siden oppstarten har generert i underkant av 4 milliarder kroner.

Samtidig finnes det en rekke tilleggstilbydere som har tillatelse til å tilby pengespill i Norge i direkte konkurranse med Norsk Tippings tilbud. EU-domstolen har behandlet spørsmålet om det ved siden av et monopol kan tillates andre spilltilbud, og har uttalt at et dualistisk system i utgangspunktet ikke i seg selv er inkonsistent. I C-46/08 *Carmen Media Group* fant likevel domstolen at den tyske reguleringen manglet konsistens fordi myndighetene utvidet spilltilbudet med spill som var avhengighetsskapende og ikke omfattet av monopolen. I vurderingen av om tyske myndigheter genuint søkte å ivareta formålet om å redusere spillavhengighet, uttaler EU-domstolen i avsnitt 68 at

"In that respect, on the basis of such findings, it must be acknowledged that the referring court may legitimately be led to consider that the fact that, in relation to games of chance other than those covered by the public monopoly at issue in the main

proceedings, the competent authorities thus pursue policies seeking to encourage participation in those games rather than to reduce opportunities for gambling and to limit activities in that area in a consistent and systematic manner has the effect that the aim of preventing incitement to squander money on gambling and of combating addiction to the latter, which was at the root of the establishment of the said monopoly, can no longer be effectively pursued by means of the monopoly, with the result that the latter can no longer be justified having regard to Article 49 EC."

At det i Norge finnes en rekke tilleggstilbydere som har tillatelse til å tilby pengespill i direkte konkurranse med Norsk Tipping, og at det i loven åpnes for at også tilleggstilbyderne tilbyr pengespill med høy risiko for å skape spillavhengighet, tilsier at den norske enerettsmodellen ikke konsistent gjennomfører de legitime formålene som søkes oppnådd.

I samme retning trekker det at Norsk Tipping ved sine spillautomater, som ikke tilbys av andre aktører på det norske markedet, tilbyr pengespill med høy risiko for spillavhengighet, og som følgelig ikke kan begrunnes i behovet for å kanalisere kundene til Norsk Tipping. I EU-domstolen i sak C-258/08 *Ladbroke's* avsnitt 30 uttales det om konsistensvurderingen at

"Since the objective of protecting consumers from gambling addiction is, in principle, difficult to reconcile with a policy of expanding games of chance characterised, inter alia, by the creation of new games and by the advertising of such games, such a policy cannot be regarded as being consistent unless the scale of unlawful activity is significant and the measures adopted are aimed at channelling consumers' propensity to gamble into activities that are lawful."

Kravet til konsistens kan altså være oppfylt i situasjoner der enerettsaktørene utvider sitt spilltilbud, men likevel under den forutsetning at enerettsaktøren tilbyr pengespill for å kanalisere kunder vekk fra uregulerte tilbydere. Tilsvarende legges til grunn i EU-domstolens sak C-347/09 *Dickinger and Ömer* avsnitt 63 og 63.

Norsk Tippings spilleautomater er utplassert over hele landet, og om markedet uttaler departementet i høringsnotatet på s. 41 at

"I kjølvannet av innføringen av Norsk Tippings enerett til å tilby spilleautomater ble det avdekket enkelte tilfeller av ulovlige spilleautomater, men slike forekommer minimalt i dag. Departementet mener at dette viser at dagens regelverk respekteres og fungerer godt på den fysiske delen av det norske markedet. Departementet vurderer på denne bakgrunn at det ikke er behov for å gjøre større endringer i dagens regelverk og praksis når det gjelder kravet om at pengespill skal ha tillatelse."

Departementet viser til at utplassering av spillautomater ikke forekommer av andre aktører, men foreslår likevel ikke å redusere Norsk Tippings adgang til å tilby pengespill på spillautomater. Situasjonen er dermed at Norsk Tipping tilbyr pengespill på spillautomatene Belago og Multix, som er forbundet med høy risiko for avhengighet, uten at det gjøres med det formål om å kanalisere kunder vekk fra uregulerte tilbydere.

Samlet viser drøftelsen ovenfor at norske myndigheter legger til rette for og gjennomfører tiltak som undergraver og virker imot formålet om å forebygge problematisk spilleatferd, og

det tilsier at den norske enerettsmodellen ikke konsistent gjennomfører de legitime formålene som søkes oppnådd.

3.3.1.2.1.3 Enerett ved lisens

Det følger av lovforslaget § 6 at den aktøren som har tillatelse etter § 16, sammen med Norsk Tipping, skal ha *"enerett til å tilby pengespill som krever særlig offentlig kontroll fordi de har høy omsetning, høye premier eller høyest risiko for å skape spilleproblemer."*

Ordlyden i § 6 åpner følgelig for at to aktører gis én enerett. Likevel må bestemmelsen sees i sammenheng med at det etter lovforslaget § 16 kun kan gis tillatelse til én aktør *"til å tilby pengespill på hest."* Samtidig bemerkes at Norsk Tippings enerett i lovforslaget § 6 ikke avgrenses mot å gjelde pengespill på hest. I prinsippet kan dermed begge aktørene få "enerett" til det samme.

Norsk Rikstoto har hatt tillatelse (konsesjon) til å tilby pengespill på hest etter totalisatorloven siden selskapet ble etablert i 1982, og den gjeldende konsesjonen løper ut i 2021. Lovforslaget § 16 legger opp til at tillatelsen gis til *"én aktør"*, men departementet uttaler ved gjentatte anledninger i høringsnotatet at Norsk Rikstoto forutsettes å inneha denne tillatelsen også i fremtiden.

Fremgangsmåten i lovforslaget § 16 legger opp til at tjenesteytere skal henvende seg til ansvarlig myndighet for å få en avgjørelse om adgang til å drive og utøve sin tjenestevirksomhet, og det utgjør en tillatelsesordning etter tjenesteloven § 5 første ledd bokstav f). Bestemmelsen gjennomfører tjenstedirektivet artikkel 4 nr. 6, og i fortalens avsnitt 39 uttales det at *"[b]egrepet 'tillatelsesordning' bør blant annet omfatte forvaltningsmessige framgangsmåter for å gi tillatelser, lisenser, godkjenninger eller konsesjoner (...)."*

Lovforslaget bruker ordet "tillatelse" om adgangen til å tilby pengespill på hest, men tillatelse, konsesjon og lisens er alle synonymer i denne sammenheng. Av den grunn kan det sies at den norske modellen for regulering av pengespill også består av en lisensmodell der Norsk Rikstoto er eneste lisenshaver med tillatelse til å tilby pengespill på hest.

Norsk Rikstoto tilbyr pengespill på hest både som ferdighets- og sjansespill. Spill på hest kan gjøres via internett, ved kjøp av kuponger på utsalgsteder og på baner for hesteveddeløp. Om markedet for tilbyr å pengespill på hest uttales det i høringsnotatet på s. 85 at

"Departementet erfarer imidlertid at aktører uten tillatelse til å tilby pengespill i Norge i noe begrenset omfang tilbyr oddsspill på hest rettet mot det norske markedet. Dette markedet er det altså ingen av de norske enerettsaktørene som kanaliserer spillere fra i dag."

Likevel legges det i høringsnotatet på s. 86 til grunn at

"Departementet har i lovforslaget § 16 foreslått at Norsk Rikstotos spill avgrenses til "pengespill på hest", beskrevet som alternativ tre over. Dette innebærer en mulighet

til å tilby andre pengespill på hest enn totalisatorspill, og er altså en utvidelse av Norsk Rikstotos mulige spillportefølje. Samtidig er dette en portefølje som Norsk Tipping ikke tilbyr i dag. Departementet vurderer at det er hensiktsmessig å gi spillere som ønsker å spille andre pengespill på hest enn totalisatorspill mulighet til å velge et regulert tilbud i Norge. Departementet vurderer også at det vil være mest naturlig at den aktøren som allerede har kompetanse på pengespill på hest får anledning til å tilby disse spillene."

Tilsvarende som i sak C-46/08 *Carmen Media Group* utvider norske myndigheter spilltilbudet for lisenshaveren Norsk Rikstoto med spill som er avhengighetsskapende og ikke omfattet av Norsk Tippings enerett. Samtidig anerkjenner departementet at Norsk Rikstoto ikke tilbyr pengespill for å kanalisere kunder vekk fra uregulerte tilbydere. Norsk Rikstoto har ikke konkurrenter på markedet. På denne måten utviser departementet manglende vilje til å fjerne enerettsaktørens tilbud av høyrisikospill som ikke tilbys av uregulerte aktører. Til tross for at tillatelsen til å tilby pengespill på hest ikke kan begrunnes i behovet for kanalisering, videreføres og utvides Norsk Rikstotos adgang til å tilby pengespill. Selskapet tilbyr kun pengespill og omsatte i 2019 for ca. 3,5 milliarder kroner. Dette viser at norske myndigheter legger til rette for og gjennomfører tiltak som undergraver og virker imot formålet om å forebygge problematisk spilleatferd, og det tilsier at den norske enerettsmodellen ikke konsistent gjennomfører de legitime formålene som søkes oppnådd.

I tillegg foreligger det konkurranseflater mellom Norsk Tipping og Norsk Rikstoto. Norsk Rikstoto tilbyr i utgangspunktet ferdighetsspill på hest, noe Norsk Tipping ikke gjør. Samtidig tilbys spillet Lyntoto, som er et lykkespill der ferdighetselementet er fjernet, i direkte konkurranse med Norsk Tippings lykkespill.

I Oslo Economics rapport "Evaluerings av Norsk Tipping og Norsk Rikstotos organisering og praksis" (2018) påpekes det at det er Norsk Tipping som er den dominerende aktøren i segmentet for lykkespill, og at det ser ut til at Norsk Rikstoto "*fører en markedsføringsstrategi som legger opp til direkte konkurranse om Norsk Tipping sin kundemasse*", se s. 80. I rapporten fremheves det at Lyntoto kan være et rekrutteringsprodukt som trekker nye spillere uten dybdekunnskap om hestespill. Videre uttales det at

"Det kan heller ikke utelukkes at Norsk Rikstotos satsing på Lyntoto kan bidra til å ta kunder som spiller på rene tilfældighetsspill hos utenlandske aktører, selv om våre analyser av konkurranseflater tyder på at betydningen av slike effekter er minimale."

Det underbygger at Norsk Rikstoto sitt tilbud av og satsning på Lyntoto-spill heller ikke kan begrunnes i behovet for kanalisering. I denne sammenheng bemerkes at Rikstotos årsrapport i 2019 viser at den største delen av inntektene stammer fra de ulike Lyntoto-spillene. At norske myndigheter legger til rette for og tolererer at det skapes konkurranseflater mellom enerettsaktørene, virker imot formålet om å forebygge problematisk spilleatferd. Det tilsier at den norske enerettsmodellen ikke konsistent gjennomfører de legitime formålene som søkes oppnådd.

Videre opplyser Norsk Rikstoto at de er "den økonomiske motoren i norsk hestesport" og i vedtektene fremgår det at de har

"(...) ansvar for alt veddemål med totalisator og skal bidra til at inntektene fra spillet kommer hestesporten, hesteholdet og norsk hesteavl til gode."

EU-domstolen uttalte i sak C-212/08 *Zeturf* avsnitt 59 at det kan foreligge en interessekonflikt for alle tilbydere av pengespill "*between the need to increase their income and the objective of reducing gambling opportunities*", og videre at

"A public or non-profit-making operator may, like any private operator, be tempted to maximise its income and develop the gambling market, thus undermining the objective of seeking to reduce gambling opportunities."

Saken gjaldt enerett på å tilby pengespill på hest, og domstolen uttalte i avsnitt 61 at det særlig er risiko for inkonsistens

"(...) where the single operator holds, as is the case in the main proceedings, exclusive rights over the organisation of horse races as well as over the betting on those races. That operator is then in a very favourable position to increase, should it so wish, betting activities, by organising more events on which bets can be placed."

Tilsvarende har Norsk Rikstoto eksklusiv rett til å tilby pengespill på hest, samtidig som de har en sterk økonomisk interesse i utøvingen av sin tjenestevirksomhet. Norsk Rikstoto finansierer med sine spill 16.000 arbeidsplasser innen hestesporten. I tillegg har de, under henvisning til at det ville resultere i et årlig inntektstap på 500 millioner kroner, vært kritiske til Lotteritilsynets forslag om å innføre en spillegrense for den enkelte på 20.000 kroner pr. måned. Dette tyder på at Norsk Rikstoto driftes som enhver privat aktør der økonomisk inntjening står i fokus og ikke hensynet til å forebygge problematisk spilleatferd. Det tilsier at den norske enerettsmodellen ikke er konsistent gjennomført.

Som nevnt ovenfor, utgjør fremgangsmåten der en aktør får tillatelse til å tilby pengespill på hest en tillatelsesordning ("authorisation scheme"). Vi bemerker at det av EU-domstolens praksis følger at en slik tillatelsesordning må gjennomføres på en ikke-diskriminerende måte, se eksempelvis C-470/11 *SIA Garkalns* der det i avsnitt 42 uttales at

"(...) in order to be consistent with the principle of equal treatment and to meet the obligation of transparency which flows from that principle, an authorisation scheme for betting and gaming must be based on objective, non-discriminatory criteria known in advance, in such a way as to circumscribe the exercise by the authorities of their discretion so that it is not used arbitrarily."

Tilsvarende er lagt til grunn i C-375/17 *Stanley International Betting*. Saken gjaldt spørsmålet om tildelingen av en enerettslisens for lottospill hadde skjedd på en diskriminerende måte.

Kravet om at tillatelsesordningen gjennomføres på en ikke-diskriminerende måte, innebærer for det første at vilkårene for å få lisens "*must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner*", jf. C-375/17 *Stanley International Betting* avsnitt 57. Formålet er at

tilbyderne skal kunne tolke vilkårene likt, og at tildelingsmyndigheten effektivt skal kunne avgjøre om en aktør tilfredsstiller vilkårene. I tillegg fører klarhet til at tildelingsmyndighetens skjønn begrenses, og dermed at vilkårlig anvendelse unngås. Av samme grunner kreves det en begrunnelse som er "*accessible to the public, stating precisely the reasons for which, as the case may be, authorisation has been refused*", jf. C-470/11 *SIA Garkalns* avsnitt 43.

I lovforslaget § 16 presenteres det imidlertid vilkår for at en aktør skal kunne gis tillatelse til å tilby pengespill, som åpner for at tildelingen skjer på en diskriminerende måte og som har en konkurransevidende effekt. Det gjelder særlig kravet om at aktøren må ha til formål å støtte hestehold, hestesport og hesteavl, samt kravet om at staten skal ha flertall i aktørens styre. Selv om lovforslaget åpner for at én – i prinsippet – hvilken som helst aktør kan få tillatelse til å tilby pengespill på hest, er lovbestemmelsen utformet under forutsetning om at tillatelsen også i fremtiden vil tildeles Norsk Rikstoto, jf. høringsnotatet s. 165. Det tilsier i seg selv at tillatelsesordningen blir gjennomført på en diskriminerende måte.

Dessuten følger det av EU-domstolens praksis at tildeling av lisens må gjennomføres i tråd med konsesjonskontraktdirektivet. Direktivet er gjennomført i norsk rett ved anskaffelsesloven og konsesjonskontraktforskriften (samlet referert til som "anskaffelsesregelverket"), jf. forutsetningsvis i C-375/17 *Stanley International Betting*.

Tildeling av lisenser, tillatelser eller konsesjoner til å tilby pengespill må følgelig skje etter en anbudskonkurranse. I anskaffelsesregelverket stilles det en rekke krav som myndighetene plikter å følge ved utlysningen og gjennomføringen av en anbudskonkurranse, samt ved kontraktstildelingen. Overordnet gjelder kravet som uttrykt i anskaffelsesloven § 4 om at myndighetene må opptre i samsvar med de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet. Departementets uttalelser i høringsnotatet på s. 165 og forslaget til § 16, tyder imidlertid på at det ikke vil avholdes anbudskonkurranser for tildeling av tillatelsen til å tilby pengespill på hest i tråd med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene.

3.3.1.2.1.4 Tillatt ved lisens

3.3.1.2.1.4.1 Oversikt

I lovforslaget kapittel 6 fastsettes regler for pengespill som kan tilbys av andre enn enerettsaktørene, "*som et supplement til enerettsaktørenes spilltilbud*", jf. § 20 første ledd. I §§ 21, 22, 23 og 24 åpnes det for at andre aktører enn enerettsaktørene kan få tillatelse til å tilby pengespill. Tilsvarende som i lovforslaget § 16 legger fremgangsmåten her opp til at tjenesteytere skal henvende seg til ansvarlig myndighet for å få en avgjørelse om adgang til å utøve sin tjenestevirksomhet, og det utgjør en tillatelsesordning etter tjenesteloven.

Lovforslaget §§ 21, 22 og 24 bruker ordet "tillatelse" om adgangen til å tilby pengespill, men tillatelse, konsesjon og lisens er alle synonymer i denne sammenheng. Av den grunn kan det sies at den norske modellen for regulering av pengespill også består av en lisensmodell der aktører kan få lisens til å tilby pengespill som et supplement til enerettsaktørenes spilltilbud.

Overordnet kan lovforslagets tillatelsesordning for tilleggstilbyderne inndeles i lisenser som kun gis til aktører med et ikke-fortjenestebasert formål og lisenser som også kan gis til aktører med et fortjenestebasert formål.

3.3.1.2.1.4.2 Tillatelse til ikke-fortjenestebaserte organisasjoner til å tilby pengespill

Etter lovforslaget § 21 kan "[i]kke-fortjenestebaserte organisasjoner som er registrert i Frivillighetsregisteret" få tillatelse til å tilby pengespill. Organisasjoner som får slik tillatelse kan benytte seg av en "medhjelper" (også omtalt som en entreprenør) for gjennomføring av pengespillet, jf. lovforslaget § 34. Det foreslås imidlertid ikke krav om at medhjelperen har et "ikke-fortjenestebasert" formål, og medhjelperen kan følgelig være en alminnelig kommersiell aktør.

Lovteksten angir verken hvilke pengespill slike ikke-fortjenestebaserte organisasjoner kan tilby eller hvilke krav som gjelder for selve pengespilltilbudet. I høringsnotatet på s. 48 adresserer departementet risikoen for at denne lisensordningen fører til at konkurranseflater oppstår mellom enerettsaktørene og lisenshaverne. Likevel vurderes det ikke som nødvendig å angi en liste over hvilke pengespillkategorier som skal kunne tilbys av tilleggstilbyderne. Derfor uttales at "[e]n avgrensning av markedet for enerettsaktørene og markedet for de private aktørene bør derfor knyttes til noe annet enn pengespillkategorier." Det fremstår imidlertid, både med utgangspunkt i lovforslaget og høringsnotatet, uklart hvordan denne avgrensning skal foregå, men departementet uttaler på s. 49 at

"hensynet til å forebygge spilleproblemer og hensynet til å forebygge økonomiske misligheter tilsier at pengespill som har høy omsetning, høye premier eller høyest risiko for spilleproblemer er av en slik karakter at de bør tilbys av enerettsaktørene som er under sterk statlig kontroll."

Departementet skriver videre på s. 105 at departementet "ikke søker å gjøre store endringer sammenlignet med dagens regelverk", slik at dagens praktisering av lisenstildeling i stor grad tenkes videreført uten en nærmere angivelse av hva dette innebærer. På Lotteritilsynets nettsider fremkommer at det i dag kan søkes om tillatelse til å drive forenings- og entreprenør Lotto og forenings- og entreprenørbingo. Det tyder på at Lotto og bingo er de spilltypene som i praksis tillates tilbudt av tilleggstilbydere i dag.

Lovforslaget § 21 begrenser imidlertid ikke tillatelsen til denne typen spill, men legger til grunn at tillatelse kan gis for tilbud av "pengespill", jf. § 2. Som drøftet i punkt 3.3.1.2.1.4.1 foreslås det i § 20 et krav om at "pengespillene skal ha lav omsetning og premier av begrenset størrelse", men det stilles ikke krav om at pengespillene har lav risiko for spillavhengighet. Tilleggstilbyderne kan tilby, og tilbyr i dag, pengespill med høy risiko for spillavhengighet.

Under den gjeldende tillatelsesordningen for ikke-fortjenestebaserte organisasjoner, er det i hovedsak to typer lotterier som tillates. Den første gjelder lotterier med årlig omsetning inntil 100 millioner kroner som krever tillatelse etter lotteriforskriften § 6, og den andre gjelder lotterier med årlig omsetning inntil 300 millioner kroner som krever tillatelse etter lotteriforskriften § 7. For førstnevnte gjelder det ingen begrensning i antallet lisenser som kan gis, mens det for den andre typen lotterier kun kan gis fem lisenser.

Videre har en rekke tilbydere tillatelse til å tilby bingo under gjeldende tillatelsesordning for ikke-fortjenestebaserte organisasjoners adgang til å tilby pengespill. Bingo tilbys i stort omfang i bingolokaler over hele landet, både i form av livebingo og databingo. I tillegg kan aktørene få tillatelse til å tilby bingo på internett etter bingoforskriften. Om bingo skriver departementet i høringsnotatet på s. 49 at

"Departementet ser imidlertid at det i dag også finnes pengespill som har høyere risiko for spilleproblemer som tilbys av andre enn enerettsaktørene. Dette gjelder for eksempel databingo i lokale, hvor 71,6 % av spillerne er kategorisert som moderate risikospillere eller problemspillere. Departementet vil vurdere om det er behov for å fastsette ytterligere ansvarlighetskrav for slike spill, slik at risikoen reduseres."

Departementet utviser med dette manglende vilje til å fjerne tilleggstilbydernes mulighet til å tilby høyrisikospill som ikke tilbys av uregulerte aktører, og som følgelig ikke kan begrunnes i hensynet til kanalisering. Bingo tillates tilbudt som et supplement til enerettsaktørenes tilbud til tross for dets avhengighetsskapende effekt, og i strid med forutsetningen i lovforslaget § 6 om at det kun er Norsk Tipping og Rikstoto som skal kunne tilby pengespill med høy risiko for å skape spilleproblemer.

Det er stort antall aktører som tillates å tilby bingo. Ifølge Lotteriregisteret finnes det 98 forhåndsgodkjente aktører som drifter bingohaller og som kan tilby livebingo, databingo og bingo på internett. Et anslag over aktører registrert som lotteri- og spillvirksomheter viser at de aktørene som utgjør et supplement til enerettsaktørene, årlig omsetter for over 2 milliarder kroner. I tillegg konkurrerer disse med Norsk Tippings bingospill på internett (Bingoria) og Norsk Tippings spillautomater (Belago). Belago er for øvrig et høyrisikospill som Norsk Tipping utplasserer i lokaler der 71,6% av spillerne allerede er i risikogruppen for spillavhengighet, jf. høringsnotatet på s. 49.

Det er i høringsnotatet ikke angitt hvordan tillatelsesordninger for andre aktører enn enerettsaktørene, er egnet til å ivareta pengespillpolitikkenes legitime formål om å forebygge problematisk spilleadferd og bekjempe kriminalitet. Ordningen slik den foreslås videreført fremstår begrunnet i økonomiske hensyn og formålet om inntjening til allmenntilgode formål.

Eksistensen av en tillatelsesordning der aktører får tillatelse til å tilby pengespill som medfører høy risiko for spillavhengighet og som er i konkurranse med enerettsaktørenes spilltilbud, viser at norske myndigheter gjennomfører, tilrettelegger for og tolererer tiltak som undergraver og virker imot formålet om forebygge problematisk spilleadferd. Det tilsier at den norske enerettsmodellen ikke konsistent gjennomfører de legitime formålene som søkes oppnådd.

I tillegg fremhever departementet i høringsnotatet på s. 60 at kriminalitet i tilknytning til pengespill eksempelvis omfatter *"narkotikaomsetning som foregår i en bingohall, eller bruk av ulovlig arbeidskraft eller arbeidsmiljøkriminalitet hos en lotterivirksomhet."* Videre skriver departementet på s. 110 at Lotteritilsynet har rapportert om eksempler på ulovlige underhåndsavtaler mellom foreninger og bingoentreprenører. Det tilsier at den norske enerettsmodellen heller ikke konsistent gjennomfører formålet om kriminalitetsbekjempelse.

Til sist bemerkes at det, etter det vi kjenner til, ikke avholdes anbudskonkurranser for tildeling av tillatelser til å tilby lotteri og bingo under dagens ordning. Lotteriregisteret, som inneholder en oversikt over alle godkjente aktører med tillatelser til å tilby lotteri og bingo, viser at det tilsynelatende kun er norske bedrifter som innehar slike tillatelser. Det kan derfor reises spørsmål ved om ordningen praktiseres på en diskriminerende måte der europeiske tilbydere av lotteri og bingo nektes adgang til det norske markedet.

3.3.1.2.1.4.3 Tillatelse til fortjenestebaserte organisasjoner til å tilby pengespill

I lovforslaget § 22 videreføres dagens adgang for lokalradio og -tv til å tilby pengespill, uten en nærmere begrensning av hvilke typer pengespill som kan tilbys. Det foreslås ikke et krav om at aktøren som søker om tillatelse er en ikke-fortjenestebasert organisasjon registrert i Frivillighetsregisteret, slik det gjøres i § 21. Begrunnelsen synes delvis å være at lokalradioer for tiden har økonomiske utfordringer knyttet til overgangen til DAB, slik at departementet derfor *"finner det lite hensiktsmessig å fjerne denne inntektskilden for lokalradioene på nåværende tidspunkt"*, se høringsnotatet s. 106.

I tillegg foreslår departementet å videreføre muligheten til å gi særskilte regler for pengespill på norske skip i rute mellom norsk og utenlandsk havn, se høringsnotatet på s. 40. I henhold til dagens forskrift om lotterivirksomhet om bord på norske skip i rute mellom norsk og utenlandsk havn kan Lotteritilsynet gi tillatelse til tilbud av gevinstautomater, kortspill og rulett. Gevinstautomater er blant de mest avhengighetsskapende spilltypene, og var bakgrunnen for at staten i sin tid utvidet eneretten til Norsk Tipping til å omfatte fysiske automatspill.

Ut over de økonomiske hensynene som fremheves i høringsnotatet, fremstår det uklart hva som er behovet og begrunnelsen for eksistensen og videreføringen av disse tillatelsesordningene der det tillates tilbud av pengespill som et supplement til enerettsaktørenes spilltilbud. Dette viser at norske myndigheter gjennomfører, tilrettelegger for og tolererer tiltak som undergraver og virker imot formålet om forebygge problematisk spilleadferd, og det tilsier at den norske enerettsmodellen ikke konsistent gjennomfører de legitime formålene som søkes oppnådd.

3.3.1.2.1.5 Tillatt uten lisens

I lovforslaget § 23 foreslår departementet at pengespill med årlig omsetning under 200 000 kroner til inntekt for ikke-fortjenestebaserte formål unntas fra kravet om tillatelse. Videre fremgår at slike pengespill ikke kan tilbys gjennom elektroniske plattformer og at de bare kan ha et lokalt eller regionalt omfang. Det finnes imidlertid, etter ordlyden, ingen begrensning i hvilke typer pengespill som kan tilbys. Ut over de økonomiske hensynene som fremheves i høringsnotatet, er ikke behovet og begrunnelsen for denne adgangen til å tilby pengespill som et supplement til enerettsaktørenes spilltilbud nærmere redegjort for. Av den grunn fremstår det uklart hvordan unntaket er egnet til å ivareta pengespillpolitikken legitime formål om å forebygge problematisk spilleadferd og bekjempe kriminalitet.

3.3.1.2.1.6 Spill i gråsonen mellom dataspill og pengespill

Fremveksten av sosiale nettverksspill og dataspill som inneholder elementer av pengespill har vært økende de senere årene, se høringsnotatet s. 23 og Meld. St. 12 (2016-2017) s. 104. Spillkonseptene ligger tett opp til de tradisjonelle pengespillene, men slik at selve pengespillet finner sted i en virtuell verden der både innskudd og gevinst ofte består av virtuelle gjenstander eller spillets penger.

Lootbokser og skin-gambling er eksempler på elementer i dataspill som ligger tett opp til de tradisjonelle pengespillene. Lootbokser inneholder virtuelle gjenstander som er ukjente inntil boksen er åpnet, og boksen kan åpnes ved bruk av en nøkkel som kan kjøpes enten for ekte penger eller spillets penger. Den virtuelle gjenstanden som boksen inneholder kan eksempelvis være skins (våpen, klær, etc.), nye spillfigurer, nye danser eller emoji'er. Disse virtuelle gjenstandene har en økonomisk verdi ved at de også kjøpes og selges, for ekte penger eller spillets penger, på både offisielle og uoffisielle markedsplasser. Dessuten kan de virtuelle gjenstandene brukes som innskudd og gevinster på diverse nettkasinoer.

I Meld. St. 12 (2016-2017) fremhevet departementet på s. 107 at man visste for lite om konsekvensene av sosiale nettverksspill til å ta stilling til om spillene burde falle inn under pengespillregelverket. Forum for spilltrender ble opprettet for å følge utviklingen og dele kunnskap om spill i gråsonen mellom dataspill og pengespill. I høringsnotatet legger departementet til grunn at Forum for spilltrender mener det bør avklares om pengespillovgivningen er ment å omfatte gråsonespill som lootbokser, og i så fall hvilke egenskaper lootbokser skal ha for å omfattes av reguleringen, se s. 26. I tillegg uttales det på s. 25 at

"Forum for spilltrender gir i rapporten uttrykk for at en ny regulering bør fokusere på egenskaper i spillet framfor spillkategori, og mener med dette at det ikke bør være avgjørende om spillet passer inn i definisjonen av hva som er et pengespill. Forumets forslag er at myndighetene bør definere hvilke av spillets egenskaper det er behov for å regulere, og framhever at det for eksempel kan være behov for å fastsette regler for spillets bruk av visualisering og lydeffekter ved åpning av lootbokser, spillerens mulighet for å sette grenser for eksponering for lootbokser, spillerens mulighet for å sette grenser for pengebruk på lootbokser, aldersgrense for spill, en rettferdig og transparent trekning, at spillet opplyser om vannersannsynligheten, og regler for markedsføring av spillet. Enkelte av disse elementene er regulert på pengespillområdet."

Videre viser departementet i høringsnotatet til at Universitetet i Bergen (UiB) i 2019-2020 gjennomførte en befolkningsundersøkelse om spilleproblemer i pengespill og dataspill på oppdrag fra Lotteritilsynet. På s. 28 fremheves det at

"Befolkningsundersøkelsen viser at ca. 18 000 personer i Norge har et problematisk forbruk av lootbokser. For å illustrere resultatet av undersøkelsen nærmere, viste den samme befolkningsundersøkelsen at ca. 55 000 personer i Norge blir regnet som problemspillere når det gjelder ordinære pengespill."

Befolkningsundersøkelsen viser at for nordmenn som har et problematisk forhold til pengespill, der både tradisjonelle pengespill og dataspill med elementer av pengespill

medregnes, kan problemene for 1 av 5 knyttes til forbruket av lootbokser. I forlengelsen av dette legger departementet til grunn at det er en kobling mellom problemer knyttet til lootbokser og problemer knyttet til tradisjonelle pengespill, se s. 28.

Likevel avklarer ikke departementet om ny pengespillov er ment å omfatte gråsonespill som lootbokser. Departementet velger å la slike spill forbli i regelverkets gråsone. Det uttales likevel at dataspill som inneholder pengespillignende elementer *"kan falle inn under pengespillovens virkeområde"* dersom vilkårene i lovforslaget § 2 er oppfylt, men det angis ikke nærmere hvilke egenskaper dataspill som inneholder elementer av pengespill skal ha for å bli omfattet av reguleringen, se høringsnotatet s. 33. Samtidig uttaler departementet at de foreslår å *"legge lista høyt for når pengespilloven skal omfatte pengespillignende elementer i dataspill"*, se s. 34.

Begrunnelsen for den manglende avklaringen synes å være at det ikke foreligger et internasjonalt rammeverk som kan benyttes ved håndheving ovenfor dataspillaktører som er etablert utenfor Norge, og at det vil være *"uheldig om særnorsk regulering i praksis bare rammer den norske dataspillbransjen"*, se høringsnotatet s. 34. Den manglende reguleringen av dataspill som inneholder elementer av pengespill, fremstår dermed begrunnet i særnorske økonomiske interesser, og ikke i hensynet til å forebygge problematisk spilleadferd. Det tilsier at norske myndigheter ikke genuint tar sikte på å redusere bruken av pengespill på en konsistent og systematisk måte.

3.3.1.2.2 Kanalisering

3.3.1.2.2.1 Oversikt

Det følger av EU-domstolens praksis at dersom myndighetene tilskynder eller oppfordrer til spillvirksomhet, er ikke gjennomføringen av enerettsmodellen konsistent med formålene som søkes oppnådd, jf. eksempelvis C-243/01 *Gambelli and Others* avsnitt 69.

Bakgrunnen er at formålet om å beskytte forbrukere er *"difficult to reconcile with a policy of expanding games of chance"* gjennom *"creation of new games and by the advertising of such games"*, jf. C-258/08 *Ladbrokes* avsnitt 28. Derfor er gjennomføringen av enerettsmodellen bare konsistent dersom *"the scale of unlawful activity is significant"* og *"the measures adopted are aimed at channelling consumers' propensity to gamble into activities that are lawful"*, jf. avsnitt 30.

EU- og EFTA-domstolens praksis oppstiller grenser for hvilke kanaliseringstiltak som tillates, herunder adgangen til å tilby spill, distribusjon av spillene og markedsføring av spillene. Av hensyn til kanalisering aksepteres at enerettsaktøren tilbyr *"a reliable, but at the same time attractive, alternative to non-regulated activities"* som kan nødvendiggjøre *"the offer of an extensive range of games, advertising on a certain scale, and the use of new distribution techniques"*, jf. blant annet C-347/09 *Dickinger and Ömer* avsnitt 64.

Omfanget av kanaliseringstiltak som i Norge gjennomføres for å trekke kundene til de tillatte pengespillene, viser at likevel det gjennomføres, tilrettelegges for og tolereres tiltak som undergraver og virker imot formålene om å forebygge problematisk spilleadferd og bekjempe kriminalitet. Vurderingen tilsier at den norske enerettsmodellen ikke genuint tar sikte på oppnåelse av de legitime formålene på en konsistent og systematisk måte.

3.3.1.2.2.2 Adgangen til å tilby spill

Gjennomgangen av hvilke pengespill som tillates tilbudt i Norge viser at omfanget av pengespill som tilbys i Norge, av både enerettsaktørene og tilleggstilbyderne som supplerer enerettsaktørenes tilbud, er stort. Departementet uttaler i høringsnotatet at hovedoppgaven til enerettsaktørene er kanalisering bort fra det uregulerte markedet, og at en forutsetning er at *begge* enerettsaktørene får rom til å utvikle nye spill og spilltyper, se s. 48 og 49.

Likevel har redegjørelsen i punkt 3.3.1.2.1 ovenfor vist at Norsk Tipping er eneste tilbyder av fysiske tippekuponger, skrapelodd og spillautomater på det norske markedet, der sistnevnte er en type spill som er forbundet med høy risiko for spillavhengighet. Dessuten er Norsk Rikstoto den eneste aktøren på det norske markedet som tilbyr pengespill på hest. Videre tillates det at tilleggstilbydere tilbyr pengespill som et supplement til, og i konkurranse med, enerettsaktørene, herunder høyrisikospill som databingo.

Enerettsaktørene og tilleggstilbydernes tilbud av disse pengespillene kan ikke begrunnes i behovet for å kanalisere kundene til trygge spillformer, ettersom det ikke foreligger et uregulert marked å kanalisere kunder fra. Det viser at det gjennomføres, tilrettelegges for og tolereres tiltak som undergraver og virker imot formålet om å forebygge problematisk spilleadferd, og det tilsier at den norske enerettsmodellen ikke konsistent gjennomfører de legitime formålene som søkes oppnådd.

3.3.1.2.2.3 Distribusjon av spillene

Som nevnt i punkt 3.3.1.2.1.4.2 har aktører med tillatelse til å tilby bingo mulighet etter bingoforskriften til å få tillatelse til å tilby bingo på internett. Denne distribusjonskanalen er nylig innført, og den fører til at tilleggstilbydernes bingospill tilbys i konkurranse med Norsk Tippings bingospill på internett. Det viser at det gjennomføres, tilrettelegges for og tolereres tiltak som undergraver og virker imot formålet om å forebygge problematisk spilleadferd, og det tilsier at den norske enerettsmodellen ikke konsistent gjennomfører de legitime formålene som søkes oppnådd.

3.3.1.2.2.4 Markedsføring av spillene

Departementet foreslår å lovfeste at markedsføring av pengespill skal *"begrenses til det som er nødvendig for å informere om spilltilbudet og lede folks spillelyst inn mot trygge og ansvarlige spilltilbud"*, jf. lovforslaget § 7 første ledd.

Samtidig vurderer departementet at overtredelser av § 7 første ledd, ikke bør kunne straffes. Årsaken er at etterlevelse forutsetter *"at det gjøres en skjønnsmessig vurdering som kan være krevende"* slik at departementet anser *"straff som et lite egnet sanksjonsmiddel for å sikre etterlevelse"*, se høringsnotatet s. 146. Uttalelsene viser at pengespillovgivningen ikke genuint tar sikte på å redusere bruken av pengespill på en konsistent og systematisk måte ettersom ulovlig markedsføring fra enerettsaktørene og tilleggstilbyderne er like skadelig i et spillavhengighetsperspektiv som ulovlig markedsføring fra andre aktører.

I høringsnotatet uttaler departementet at markedsføringen av statlige pengespill er underlagt EØS-rettslige begrensninger og legger til grunn at *"innhaveren av et offentlig*

monopol ikke kan drive markedsføring som går utover det som er nødvendig for å kanalisere forbrukerne mot lovlig spillvirksomhet", se s. 51. I vurderingen av grensene for lovlige kanaliseringstiltak etter EU-domstolens praksis, uttales det likevel under henvisning til avgjørelsen i C-316/07 Stoß, at "det avgjørende [synes] å være at markedsføringen ikke skal være villedende", se s. 51. I tillegg uttales det i høringsnotatet på s. 52 at "markedsføring av statlige pengespill i en enerettsmodell i utgangspunktet er tillatt."

Utgangspunktet er imidlertid det motsatte, at det ikke er tillatt å markedsføre pengespill ettersom det er uforenelig med formålet om å forebygge problematisk spilleatferd. I EU-domstolens avgjørelse C-316/07 Stoß legges det til grunn at markedsføringen skal være måteholden og strengt begrenset til det som er nødvendig ("*measured and strictly limited to what is necessary*") av hensyn til kanalisering. Videre kan det ikke oppfordres til å spille "*by trivialising gambling or giving it a positive image due to the fact that revenues derived from it are used for activities in the public interest, or by increasing the attractiveness of gambling by means of enticing advertising messages depicting major winnings in glowing colours*", jf. avsnitt 103.

Som redegjørelsen i punkt 3.3.1.2.1 viser, tilbyr enerettsaktørene og tilleggstilbyderne typer pengespill som ingen uregulerte aktører tilbyr. Dersom det ikke foreligger konkurrenter å kanalisere kunder fra, vil det heller ikke være nødvendig å tilby eller markedsføre slike pengespill. At departementet tillater at enerettsaktørene og tilleggstilbyderne tilbyr og markedsfører pengespill uten at det er begrunnet i behovet for å kanalisere kunder, viser at det gjennomføres, tilrettelegges for og tolereres tiltak som undergraver og virker imot formålet om å forebygge problematisk spilleadferd, og det tilsier at den norske enerettsmodellen ikke konsistent gjennomfører de legitime formålene som søkes oppnådd.

I sak 16-068609TVI-OTIR/07 kritiseres Norsk Tipping for sin ensidige og positive markedsføring av pengespill. Kritikken fremsettes under henvisning til Oslo Economics sin rapport "Evaluerings av Norsk Tippings og Norsk Rikstotos organisering og praksis" (2018), der det på s. 74 fremheves at

"Rapporten finner at nettannonsene, i likhet med TV-reklamer, utelukkende vinkler pengespill på en positiv måte, med fokus på store premier og vinnerne. Den reelle vannersannsynligheten blir implisitt underkommunisert. (...)

Av konkrete virkemidler finner rapporten markedsføring av jackpot/høy gevinst i 20 prosent av de observerte annonsene. Videre pekes det på [at] man i noen tilfeller finner bruk av innholdsmarkedsføring, det vil si markedsføring som etterligner redaksjonelt innhold. For eksempel omfatter dette formidling av vinnerhistorier som ligner en nyhetsartikkel i utforming."

En slik markedsføringsform er i strid med forutsetningen som legges til grunn i C-316/07 Stoß avsnitt 103, der det uttales at det ikke kan oppfordres til å spille ved å (1) bagatellisere pengespill, (2) gi det et positivt bilde ved å fremheve at inntektene fra spillet brukes til aktiviteter av offentlig interesse, eller (3) øke attraktiviteten av pengespillet ved lokkende reklamemeldinger som tegner et bilde av store gevinster i glødende farger. Enerettsaktørenes markedsføring viser at norske myndigheter gjennomfører, tilrettelegger

for og tolererer tiltak som undergraver og virker imot formålet om forebygge problematisk spilleadferd.

Videre mener departementet at en del av kanaliseringoppdraget er å holde på spillerne når de er kanalisert, se høringsnotatet på s. 48 og 49. Departementet synes å legge opp til at markedsføring kan gjennomføres også i de tilfeller der den enkelte ikke lenger ønsker å være kunde av enerettsaktørene og trekker tilbake sitt samtykke, se høringsnotatet på s. 161 der det i forbindelse med vurderingen av Norsk Tippings grunnlag for behandling av personopplysninger uttales at

*"Departementet anerkjenner at opplysningene som enerettsaktørene samler inn for å analysere spilleatferd kan anses å være av sårbar karakter for den registrerte og at dette kan være et ikke ubetydelig inngrep overfor den registrerte. **Dersom behandling av personopplysninger eventuelt skulle baseres på samtykke alene, ville konsekvensen bli at spillere som trakk tilbake sitt samtykke ikke lenger ville kunne være kunder hos enerettsaktørene.** Enerettsaktørene kan ikke tilby sine pengespill uten det medfølgende ansvarlighetsrammeverket. **I en enerettsmodell vil ikke spillerne ha et alternativt lovlig tilbud, dersom samtykke ble trukket tilbake.** Departementet antar at spillere i slike tilfeller lettere vil kunne oppsøke ulovlige tilbud med mer begrenset ansvarlighetsrammeverk. Dette ville være en uheldig utvikling for spillerne og være i strid med pengespillovens intensjon og formål." (Våre uthevinger).*

Departementet fremstår med sine uttalelser å være av den oppfatning at en person som har spilt pengespill, aldri kan ønske å slutte og spille. Det er uklart i hvilken utstrekning enerettsaktørene gis adgang til å markedsføre av hensyn til "å holde på" spillerne, og videre hvordan det vurderes som nødvendig av kanaliseringshensyn når direkte markedsføring overfor den enkelte spiller "kan virke spesielt triggende på spillere som har et problematisk spillemønster", jf. høringsnotatet s. 54.

I denne forbindelse bemerkes dessuten at departementet i vurderingen av om enerettsaktørene kan behandle personopplysninger med grunnlag i GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav e) ikke foretar en vurdering av konkret hvilke personopplysninger det er "nødvendig" at enerettsaktørene behandler for "å utføre en oppgave i allmennhetens interesse". Videre, i den grad enerettsaktørene kan hevdes å utføre en oppgave i "allmennhetens interesse", må oppgaven sies å være tilbudet av ansvarlige pengespill. For utførelsen av denne oppgaven fremstår det ikke "nødvendig" at den enkeltes spilleatferd analyseres med formål om å avdekke spillavhengighet. Opplysninger om den enkeltes spillavhengighet må anses som en helseopplysning, og vil utgjøre en særlig kategori personopplysning etter GDPR artikkel 9. Behandling av slike personopplysninger krever et grunnlag fastsatt i norsk rett, jf. GDPR artiklene 6 nr. 3 og 9 nr. 2 bokstav g), jf. Prop.56 LS (2017-2018) s. 40.

3.3.1.2.3 Konklusjon

Omfanget av pengespill som tillates tilbudt under den norske enerettsmodellen og omfanget av kanaliseringstiltak som gjennomføres for å trekke kundene til de tillatte pengespillene, viser at det gjennomføres, tilrettelegges og tolereres tiltak som undergraver

og virker imot formålene om å forebygge problematisk spilleadferd og å bekjempe kriminalitet. Vurderingen tilsier derfor at den norske enerettsmodellen ikke genuint tar sikte på å oppnå formålene på en konsistent og systematisk måte, og følgelig at den ikke er proporsjonal med de legitime formålene som søkes ivaretatt.

3.3.2 Er den norske enerettsmodellen nødvendig for å oppfylle de legitime formålene?

3.3.2.1 *Finnes det mindre inngripende tiltak som kan ivareta samme beskyttelsesnivå?*

3.3.2.1.1 Hvilket beskyttelsesnivå har vi?

Som det kort er redegjort for i punkt 2.2.2 innebærer nødvendighetskriteriet at en restriksjon på området for pengespill ikke kan gå lenger enn det som er *nødvendig* for oppnåelse av de aktuelle formålene.

Staten har skjønnsfrihet i valg av beskyttelsesnivå på pengespillområdet. I nødvendighetsvurderingen blir spørsmålet derfor om det valgte beskyttelsesnivå kan ivaretas like godt med mindre inngripende tiltak. I så fall er ikke valgte modell nødvendig. I sak E-3/06 *Ladbrokes* uttalte EFTA-domstolen at

"In such a situation, the necessity test consists in an assessment of whether the monopoly option is functionally needed in order to reduce the problems to the level opted for, or whether this reduction could equally well be obtained through other, less restrictive means such as admitting private operators under a stricter licensing regime. "

Av denne grunn er første spørsmål i nødvendighetsvurderingen hvilket beskyttelsesnivå den norske enerettsmodellen sikrer. Som det er redegjort for i punkt 3.3.1 er beskyttelsesnivået reelt sett lavt grunnet den manglende konsistensen i etableringen og gjennomføringen av den norske enerettsmodellen. Departementet utviser manglende vilje til å fjerne enerettsaktørene og tilleggstilbyderne sine tilbud av høyrisikospill som ikke tilbys av uregulerte aktører, og som følgelig ikke kan begrunnes i behovet for kanalisering. I tillegg videreføres og utvides adgangen for at en rekke tilleggstilbydere (reelt sett lisenshavere) kan tilby pengespill som er avhengighetsskapende og ikke omfattet av enerettsaktørenes spilltilbud. Videre utviser departementet manglende vilje til å ta stilling til anvendelsen av pengespillregelverket overfor pengespill som presenteres i dataspill. Dessuten benytter norske kunder seg i stadig større grad av tjenestene til en rekke internasjonale pengespilltilbydere via internett.

3.3.2.1.2 Hvilke tiltak gjennomføres for å oppnå beskyttelsesnivået?

3.3.2.1.2.1 Alle forbudene

3.3.2.1.2.1.1 Oversikt

Det neste spørsmålet i nødvendighetsvurderingen er hvilke tiltak som gjennomføres for å oppnå det aktuelle beskyttelsesnivået, noe som også må sees i lys av det beskyttelsesnivået nasjonalstaten søker å oppnå.

I ny pengespillov er den norske enerettsmodellen foreslått gjennomført ved (1) forbudet mot å tilby pengespill uten tillatelse, (2) forbudet mot å medvirke til å tilby pengespill uten

tillatelse, (3) forbudet mot å markedsføre pengespill uten tillatelse, (4) forbudet mot å medvirke til å markedsføre pengespill uten tillatelse og (5) forbudet mot å formidle betalingstransaksjoner tilknyttet pengespill uten tillatelse.

Som drøftelsen i det følgende vil synliggjøre, innebærer forbudene mot å medvirke til å tilby og medvirke til å markedsføre pengespill uten tillatelse, utvidelser av de allerede eksisterende forbudene mot å tilby og markedsføre pengespill i Norge. Slike utvidelser av forbudene må notifiseres Kommisjonen i tråd med direktiv 98/34, jf. sak C-255/16 *Criminal proceedings against Bent Falbers and Others* avsnitt 24 og 37.

3.3.2.1.2.1.2 Forbudet mot å tilby og medvirke til å tilby pengespill uten tillatelse

I ny pengespillov foreslår departementet i § 4 at det skal være "*forbudt å tilby pengespill som er rettet mot det norske markedet uten tillatelse etter denne loven*", samtidig presiseres det at det også skal være "*forbudt å medvirke til å tilby pengespill uten tillatelse*."

Om rekkevidden av forbudet uttales det i høringsnotatet på s. 43 at

"Det må legges til grunn en vid tolkning av hvem som kan sies å tilby eller medvirke til å tilby pengespill. Forbudet vil ramme enhver som bidrar til å gjøre et pengespilltilbud tilgjengelig og vil gjelde alle typer pengespill som ikke har tillatelse etter pengespilloven, både fysiske pengespill og pengespill over internett. Det er ikke nødvendig at den som tilbyr eller medvirker til å tilby pengespill gjør dette mot vederlag eller annen kompensasjon."

Dersom man legger til grunn en vid ordlydstolkning av det "å tilby" pengespill, vil det ifølge departementet ramme den som eier eller står bak pengespillvirksomheten, den som gjør tilgjengelig en nettside med et spilltilbud som ikke har tillatelse, og den som videreformidler slike pengespilltilbud, jf. høringsnotatet s. 43. Videre uttales det på s. 44 at

"Departementet legger til grunn at det eksisterende forbudet mot formidling i dagens pengespillregelverk rammer all aktivitet for å distribuere pengespill som ikke har norsk tillatelse. Dette omfatter bruk av kommisjonærer, agenter, distributører og andre mellommenn som bringer pengespillet ut til spillerne. Departementet tar ikke sikte på å snevre inn dagens rettstilstand og legger til grunn at det som i dag faller inn under lotterilovens "avholde" og lotteriloven og pengespillovens "formidle" vil falle inn under å tilby eller å medvirke til å tilby i forslaget til ny pengespillov § 4."

Dette viser at forbudet allerede i dag rammer svært mange aktører, eksempelvis ved at departementet legger til grunn at ikke bare den som "drifter" eller "eier" en nettside, men også den som "gjør tilgjengelig" en nettside vil anses "å tilby" pengespill. Dersom en slik forståelse legges til grunn, kan det tenkes at også virksomheten bak selve søkemotoren på internett vil kunne rammes av forbudet. Aktører som Google, Yahoo, Bing etc. "gjør tilgjengelig" alle internasjonale spilltilbyderes nettsider ved at disse presenteres for brukeren etter et søk i søkemotoren, og ved sin annonseplassering.

At det forutsettes en slik vid ordlydstolkning av forbudet mot "å tilby" pengespill, gjør det videre uklart hvem som konkret vil kunne rammes av det utvidede forbudet mot "å medvirke

til å tilby" pengespill. Dette gjør det også uklart hva som er behovet og begrunnelsen for å utvide forbudet. I høringsnotatet på s. 43 fremhever departementet at

"Den som har en mer indirekte rolle i pengespilltilbudet, for eksempel ved å videresende spillere fra andre nettsider til slike spilltilbud, vil i utgangspunktet anses for å medvirke til å tilby pengespill. Eksempel på dette kan være såkalte affiliatesavtaler, hvor utenlandske pengespilltilbydere inngår avtaler med samarbeidspartnere for å øke trafikk til deres nettsider. Samarbeidspartnerne lenker ofte til pengespillselskapets sider fra sin nettside og får betaling basert på trafikk fra affiliasiden til spillselskapet. I realiteten er det ikke avgjørende å skille mellom den som tilbyr og den som medvirker til å tilby ulovlige pengespill, da begge handlinger foreslås å være forbudt i lovforslaget."

I likhet med forbudet mot "å tilby" legges det med dette til grunn en ordlydsforståelse av "å medvirke til å tilby" som vil ramme svært mange aktører. Eksempler kan være der en virksomhet kjøper en tjeneste som innebærer at annonseplassene på dennes nettsider automatisk fylles med reklame. Formålet med slike tjenester er å sørge for mer relevante annonser og færre ledige annonseplasser, slik at folk ser annonsene og klikker på dem. Ved bruk av cookies kan annonseringen være målrettet ved at det automatisk vises annonser som er aktuelle for den enkelte besøkende. Dersom den besøkende har oppsøkt uregulerte pengespilltilbydere, kan dette medføre at annonseplassene på nettsidene automatisk viser annonser fra uregulerte spilltilbydere. Slike avtaler som kan innebære økt trafikk til internasjonale pengespilltilbydere, kan med den vide forståelsen departementet legger til grunn, tilsynelatende rammes av forbudet mot "å medvirke til å tilby" pengespill.

Departementet problematiserer heller ikke rekkevidden som forbudet vil få dersom det legges til grunn en vid ordlydstolkning av det å tilby og medvirke til å tilby pengespill. Uklarheten knyttet til hvilke virksomheter som rammes av forbudet forsterkes av at departementet legger til grunn at grensen mellom hva som er å tilby og hva som er å markedsføre et pengespill vil kunne være flytende, og ikke anser det som avgjørende å etablere et klart skille mellom disse begrepene, jf. høringsnotatet s. 43. Det at departementet ikke tar stilling til hvilke typer handlinger og aktiviteter som i henhold til lovforslaget vil være forbudt, gjør at det skapes en rettsstilling der det for aktørene er vanskelig å forutberegne om norske myndigheter anser deres virksomhetsutøvelse som lovlig eller ikke.

Uklarheten forsterkes ytterligere av det skjønnsmessige vilkåret om at pengespillene som tilbys er "rettet mot det norske markedet." Departementet mener at det må gjøres en helhetsvurdering av det enkelte pengespilltilbudet, og fremhever i høringsnotatet på s. 45 og 46 noen momenter som kan inngå i denne vurderingen. Det etterlates i praksis i sin helhet til Lotteritilsynets skjønn å avgjøre hvilke pengespill som er rettet mot det norske markedet.

Forbudet i lovforslaget § 4 er svært inngripende i etableringsadgangen og adgangen til å yte tjenester. Likevel foretas det i høringsnotatet ingen drøftelse av om det er nødvendig å opprettholde og utvide dette forbudet for å oppnå det beskyttelsesnivået den norske enerettsmodellen faktisk medfører. Samtidig foreslås det videreført og utvidet sanksjonsmekanismer for brudd på lovforslaget § 4, noe som gjør konsekvensene potensielt store, særlig for de virksomhetene som ikke er i stand til å forutberegne om norske

myndigheter anser deres virksomhetsutøvelse lovlig eller ikke. Rekkevidden av det foreslåtte forbudet synes å gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå det valgte beskyttelsesnivået, og følgelig ikke er nødvendig for oppnåelse av de legitime formålene.

3.3.2.1.2.1.3 Forbudet mot å markedsføre og medvirke til å markedsføre pengespill uten tillatelse

I ny pengespillov foreslår departementet i § 7 andre ledd at det blant annet skal være *"forbudt å markedsføre eller medvirke til å markedsføre pengespill som ikke er tillatt etter denne loven."*

Departementet legger til grunn at markedsføringsforbudet som eksisterer i dag rammer vidt, og omfatter *"all aktivitet som blir iverksatt for å fremme omsetningen av utenlandske pengespill i Norge"*, jf. høringsnotatet på s. 44. Likevel foreslås det å utvide forbudet slik at det også gjelder medvirkning til markedsføring. Om rekkevidden av forbudet i lovforslaget § 7 andre ledd, uttales det på s. 54 at

"Markedsføringsbegrepet er ment å ramme vidt, slik at all aktivitet som iverksettes for å fremme omsetningen av pengespill, herunder reklame, sponing og produktplassering, omfattes. I henhold til dagens praksis bør også markedsføring av aktiviteter som ikke faller inn under pengespilldefinisjonen, men hvor navnet det markedsføres for er kjent nok til at det assosieres med pengespill, omfattes av forbudet. Dette innebærer at forbudet rammer gratisspill og generell merkevarebygging, dersom merkevaren er kjent nok for publikum til at den kan knyttes til pengespill."

I tillegg legges det i høringsnotatet til grunn, uten at det fremkommer av lovforslagets ordlyd, at forbudet mot markedsføring av pengespill som ikke er tillatt etter loven også rammer markedsføring som sendes fra utlandet, dersom denne markedsføringen tilsiktes å ha direkte virkning i Norge, se høringsnotatet s. 52. Forbudet i lovforslaget § 7 andre ledd gjelder imidlertid markedsføring av pengespill som ikke er tillatt etter ny pengespillov. Bestemmelsen rammer ikke, etter sin ordlyd, utenlandske pengespilltilbydere som markedsfører pengespill i utlandet – uavhengig av om markedsføringen er rettet mot det norske markedet. Grunnen er at lovforslaget i § 7 ikke angir at forbudet gjelder markedsføring som er "rettet mot det norske markedet", slik det gjør i lovforslaget § 4.

Det er videre uklart hvordan bestemmelsen i § 7 andre ledd skal forstås i sammenheng med de vedtatte endringer i kringkastingsloven § 4-7. Sistnevnte gir Medietilsynet adgang til å gi den som eier eller disponerer nett som formidler fjernsyn eller audiovisuelle bestillingstjenester, pålegg om å hindre eller vanskeliggjøre tilgangen til markedsføring av pengespill i strid med pengespillovgivningen i fjernsynskanaler eller audiovisuelle bestillingstjenester. Det er uklart om alle virksomheter som kan ilegges et pålegg etter kringkastingsloven § 4-7 også vil rammes av forbudet i § 7 andre ledd. Det kan tenkes at en norsk TV-distributør som gjør det mulig for seere å motta TV-kanaler som sender en internasjonal pengespilltilbyders reklamevideoer, hevdes å "medvirke til markedsføring" av pengespill uten tillatelse etter pengespillovgivningen.

For øvrig bemerkes at lovligheten av kringkastingsforbudet i relasjon til EU-direktivet for audiovisuelle medietjenester (AMT-direktivet) er omdiskutert og for tiden gjenstand for

rettslig prøving. Vi avgrenser mot å behandle spørsmålet nærmere her, men gjør oppmerksom på at de innsigelsene som der gjør seg gjeldende, også vil gjelde for spørsmålet om lovligheten av pengespillovens markedsføringsforbud i relasjon til AMT-direktivet.

Rekkevidden av det foreslåtte forbudet i ny pengespillov synes uansett å gå lenger enn det som er nødvendig for oppnåelse av valgte beskyttelsesnivå. Det tilsier at restriksjonene på området for pengespill ikke er nødvendige for oppnåelse av de legitime formålene.

3.3.2.1.2.1.4 Forbudet mot å formidle betalingstransaksjoner tilknyttet pengespill uten tillatelse

I lovforslaget § 5 foreslår departementet at det skal være *"forbudt å formidle betalingstransaksjoner ved innskudd til og utbetaling fra pengespill uten tillatelse etter denne loven, jf. § 4."* Forbudet retter seg mot banker og finansinstitusjoner som yter betalingstjenester i Norge, og bestemmelsen er en videreføring av det gjeldende betalingsformidlingsforbudet. I høringsnotatet på s. 47 fremhever departementet at det ikke legges opp til en endring av tolkningen av dagens forbud i de tre lovene, og av denne grunn avgrenses det mot en nærmere gjennomgang av bestemmelsen her.

3.3.2.1.2.2 Alle sanksjonsmekanismene

3.3.2.1.2.2.1 Oversikt

Legalitetsprinsippet stiller krav om at bestemmelser som hjemler illeggelse av sanksjoner må være tydelige og klare slik at myndighetenes inngrep ovenfor den enkelte er forutberegnelige. Prinsippet kommer til uttrykk i grunnloven § 113 og i EMK artikkel 7.

I forlengelsen av legalitetsprinsippet gjelder det også et krav til klarhet. Om klarhetskravet uttales det i NOU 2003:15 punkt 12.3.1, i sammenheng med adgangen til illeggelse av administrative sanksjoner, at

"Klarhetskravet innebærer at det må fremgå tydelig i loven hvilke handlinger eller unnlater som kan føre til en sanksjon ved overtredelse og hvilken personkrets, eventuelt foretak, som det kan reageres mot. Når sanksjonshjemmelen viser til overtredelse av andre bestemmelser i loven, må det fremgå tydelig hvilke bestemmelser det dreier seg om. Det er ikke ønskelig med formuleringer av typen «overtredelse av bestemmelsene i denne lov ...» eller liknende."

Som det er redegjort for i punkt 3.3.2.1.2.1 ovenfor er den norske enerettsmodellen i ny pengespillov foreslått gjennomført ved flere forbud. I tillegg er det i kapittel 8 foreslått et omfattende håndhevings- og sanksjonssystem som inkluderer (1) pålegg om retting av ulovlig forhold og stenging av ulovlig virksomhet, (2) pålegg om varslingsmelding på internett, (3) vedtak om tvangsmulkt, (4) tilbakekall av tillatelse eller godkjenning, (5) stans i utbetalinger, (6) illeggelse av overtredelsesgebyr og (7) illeggelse av straff.

Departementets forslag om å gi Lotteritilsynet kompetanse til å pålegge stans i utbetalinger og kalle tilbake tillatelser eller godkjenninger, knytter seg til tilleggstilbyderne som i medhold av ny pengespillov får tillatelse til å tilby pengespill som et supplement til enerettsaktørenes spilltilbud. Det avgrenses mot å behandle disse håndhevings- og sanksjonsmekanismene her.

Som gjennomgangen i punkt 3.3.2.1.2.1 viser, er det særlig uklart hvilke handlinger eller unnlatelser og hvilke personer eller virksomheter som er omfattet av forbudet mot å tilby og medvirke til å tilby pengespill uten tillatelse, og tilsvarende for forbudet mot å markedsføre og medvirke til å markedsføre pengespill uten tillatelse. Drøftelsen i det følgende vil vise at bestemmelsene om illeggelse av sanksjoner ved overtredelse er tett knyttet til forbudsbestemmelsene. Følgen er at det også blir uklart hvilke handlinger eller unnlatelser som vil vurderes som en overtredelse, og hvilke personer eller virksomheter som kan ilegges sanksjoner ved overtredelser.

3.3.2.1.2.2.2 Pålegg om retting eller stenging

I forslaget til ny pengespillov § 32 gis Lotteritilsynet myndighet til å gi pålegg om retting av ulovlig forhold eller stenging av ulovlig virksomhet dersom *"noen bryter bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven."*

Sanksjonsbestemmelsen i § 32 gir ingen ytterligere veiledning for hvilke handlinger eller unnlatelser som kan føre til pålegg om retting eller stenging, samt hvilken personkrets eller foretak det kan reageres mot. Det legges opp til en videreføring av gjeldende rett der det er opp til Lotteritilsynets skjønn å vurdere hvem som er ansvarlig ut fra en konkret vurdering i hver enkelt sak, jf. høringsnotatet s. 128. Videre viser sanksjonshjemmelen i lovforslaget kun til at den rammer overtredelse av andre bestemmelser i loven, uten at det fremgår tydelig hvilke bestemmelser det dreier seg om. Samlet tilsier dette at bestemmelsen ikke tilfredsstiller klarhetskravet. Rekkevidden av den foreslåtte sanksjonsmekanismen synes uansett å gå lenger enn det som er nødvendig for oppnåelse av valgte beskyttelsesnivå, og det tilsier at restriksjonene på området for pengespill ikke er nødvendige for oppnåelse av de legitime formålene.

3.3.2.1.2.2.3 Pålegg om varslingsmelding på internett

I lovforslaget § 33 fremkommer at dersom *"en nettside tilbyr pengespill rettet mot det norske markedet uten tillatelse etter denne loven"* gis Lotteritilsynet myndighet til å pålegge *"en internettilbyder"* å opprette en varslingsmelding som informerer om at pengespillet foregår uten tillatelse og tilsyn fra norske myndigheter. Med dette gis Lotteritilsynet en utvidet håndhevs- og sanksjonsmyndighet, ettersom det ikke finnes en tilsvarende hjemmel i gjeldende rett.

Bestemmelsen henviser til lovforslaget § 4 som oppstiller et forbud mot å tilby og å medvirke til å tilby pengespill uten tillatelse etter loven. I henhold til § 33 gis imidlertid ikke Lotteritilsynet myndighet til å gi pålegg om å opprette en varslingsmelding dersom en nettside *"medvirker til å tilby"* pengespill rettet mot det norske markedet uten tillatelse, og heller ikke den nettside som *"markedsfører eller medvirker til å markedsføre"* pengespill uten tillatelse. Internettilbydere kan kun pålegges å opprette en varslingsmelding for nettsider som *"tilbyr"* pengespill uten tillatelse.

Departementet problematiserer imidlertid ikke forholdet til lovforslaget §§ 4 og 7 andre ledd, og den uklare grensen mellom det *"å tilby"* og det *"å medvirke til å tilby"*, samt mellom det *"å tilby"* og det *"å markedsføre eller medvirke til å markedsføre"* jf. drøftelsen i punkt 3.3.2.1.2.1.2 og 3.3.2.1.2.1.3 ovenfor. Departementet har i høringsnotatet ikke villet ta stilling

til hva som utgjør tilbud, markedsføring eller medvirkning til disse. Det legges kun til grunn at en handling vil rammes av ett av alternativene i §§ 4 og 7 andre ledd. Det er likevel ikke tilfellet for § 33 som kun gjelder det "å tilby", og av den grunn er det uklart hvilke nettsider som vil rammes av bestemmelsen.

I henhold til § 33 vil pålegget om å opprette en varslingsmelding rettes mot "en internetttilbyder." En internetttilbyder er et selskap som tilbyr privatpersoner eller selskaper tilgang til å leie internett-tjenester og andre relaterte tjenester, som for eksempel oppbygging av websider og e-postkontoer på sin server. Internetttilbyderen vil dermed oftest ikke være den som eier eller drifter den aktuelle nettsiden som "tilbyr" pengespill uten tillatelse. Dermed vil subjektet som begår lovovertrедelsen og subjektet som mottar pålegget for lovovertrедelsen ikke være det samme, slik også departementet legger til grunn i høringsnotatet på s. 155.

Departementet begrunner tiltaket med at det vil *"bidra til økt kunnskap og informasjon rundt hvilke spilltilbud som er lovlige eller som mangler tillatelse etter norsk lov"*, jf. høringsnotatet s. 152. Slik fremstår tiltaket å skulle ramme de uregulerte pengespillaktørene, samtidig som departementet vurderer at omfanget av disse aktørenes tilbud ikke er stort nok til at enerettsmodellens egnethet og nødvendighet må vurderes på nytt. Likevel foreslås det innført en ny restriksjon som i tillegg rammer en ny gruppe virksomheter, nemlig internetttilbyderne. Med dette gripes det inn overfor flere og flere virksomheter, som ligger lenger og lenger fra det området departementet mener å legitimt kunne begrunne restriksjoner i.

Det at departementet foreslår å utvide håndhevings- og sanksjonsmekanismer, for å gjennomføre en pengespillregulering som allerede fremstår inkonsistent, er i seg selv problematisk. Dette foreslås uten at departementet foretar en fornyet vurdering av om enerettsmodellen er nødvendig. Rekkevidden av denne foreslåtte sanksjonsmekanismen synes uansett å gå lenger enn det som er nødvendig for oppnåelse av valgte beskyttelsesnivå, og det tilsier at restriksjonene på området for pengespill ikke er nødvendige for oppnåelse av de legitime formålene.

3.3.2.1.2.2.4 Vedtak om tvangsmulkt

I lovforslaget § 34 gis Lotteritilsynet myndighet til å treffe vedtak om tvangsmulkt for å sikre etterlevelse av pålegg gitt i medhold §§ 32, 33 og 36. Departementet legger i høringsnotatet på s. 130 til grunn at bestemmelsen innebærer at Lotteritilsynets kompetanse videreføres når det gjelder brudd på regler som tidligere fantes i lotteri- eller pengespilloven, mens tilsynet får et nytt virkemiddel for å sikre etterlevelse på totalisatorområdet.

Lovforslaget innebærer samtidig en utvidet adgang for Lotteritilsynet til å vedta tvangsmulkt generelt på pengespillområdet. Ved lovforslaget § 33 får tilsynet en utvidet adgang til å pålegge internetttilbydere å opprette et varsel om at en spesifisert nettside tilbyr pengespill uten tillatelse fra norske myndigheter, og ved lovforslaget § 34 får tilsynet en adgang til å treffe vedtak om tvangsmulkt for å sikre etterlevelse av slike pålegg. Det skjer følgelig en utvidelse av tvangsmulktkompetansen, som utgjør et betydelig inngrep overfor den nye gruppen virksomheter som rammes – internetttilbyderne – uten at departementet foretar en vurdering av om denne håndhevings- og sanksjonsmekanismen er proporsjonal.

Videre fremheves det i høringsnotatet på s. 130 at lovforslaget *"ikke ment å medføre noen realitetsendring i hvordan tilsynet faktisk utøver sin kompetanse"*, foruten forslaget til § 34 tredje ledd der det foreslås at dersom tilsynet ved avdekking av en overtredelse *"finner særlig grunn til å tro"* at det vil bli begått nye brudd av samme art, kan tilsynet *"på forhånd fastsette en tvangsmulkt som løper fra tidspunktet en ny overtredelse finner sted."*

En slik forhåndsfastsettelse av tvangsmulkt innebærer imidlertid en realitetsendring, og utgjør en utvidelse av håndhevings- og sanksjonsmekanismene tilgjengelig for Lotteritilsynet. Dessuten strider forslaget mot forutsetningen som ligger til grunn for et vedtak om tvangsmulkt, nemlig at det eksisterer et pålegg om å etterleve lov, forskrift eller individuell avgjørelse, jf. Prop. 62 L (2015–2016) s. 174. I Prop. 62 L uttales det videre at enkelte lover gir hjemmel for å treffe vedtak før en overtredelse er oppdaget eller konstatert (forhåndsfastsatt tvangsmulkt), men det presiseres at

"Slike forhåndsfastsatte tvangsmulker synes i praksis å være aktuelle kun i form av forbudstvangsmulkt, altså hvor det foreligger en plikt til å unnlate noe."

Departementet angir at forhåndsfastsatt tvangsmulkt etter lovforslaget § 34 kan vedtas ved avdekking av "en overtredelse", uten å klargjøre hvilke bestemmelser som må være overtrådt. Uklarheten medfører at forhåndsfastsatt tvangsmulkt også vil kunne ilegges ved brudd på en handleplikt, og ikke bare ved brudd på en unnlatesplikt, ettersom forslaget til ny pengespillov inneholder både handleplikter (eksempelvis §§ 27 og 33) og unnlatesplikter (eksempelvis §§ 4 og 7).

Lovforslaget innebærer en utvidelse av håndhevings- og sanksjonssystemet ved at tilsynet gis en vid skjønnsmessig adgang til å ilegge en sanksjon for et lovbrudd som ikke enda er begått og før et pålegg ikke er etterkommet. Rekkevidden av den foreslåtte sanksjonsmekanismen i § 34 synes å gå lenger enn det som er nødvendig for oppnåelse av valgte beskyttelsesnivå, og det tilsier at restriksjonene på området for pengespill ikke er nødvendige for oppnåelse av de legitime formålene.

3.3.2.1.2.2.5 Ileggelse av overtredelsesgebyr

En ytterligere utvidelse av håndhevings- og sanksjonssystemet introduseres i lovforslaget § 37. Departementet foreslår at Lotteritilsynet gis myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr mot den som forsettlig eller uaktsomt *"overtrer bestemmelsene i §§ 4, 5, 7 annet ledd, 8, 9 eller 27"* dersom *"overtredelsen er alvorlig eller har skjedd gjentatte ganger."* I tillegg presiseres at dersom noen som har handlet på vegne av et foretak overtrer en av de nevnte bestemmelsene, *"kan overtredelsesgebyret ilegges foretaket selv om ingen enkeltpersoner har utvist skyld."*

Departementet foreslår at skyldkravet for privatpersoner er alminnelig uaktsomhet og for foretak er objektivt ansvar, for at overtredelsesgebyr skal være *"et enklere og mer effektivt virkemiddel"* enn straff, jf. høringsnotatet s. 142. Samtidig er det uklart hvilke handlinger eller unnlater som kan føre til ilegging av overtredelsesgebyr, samt hvilken personkrets eller foretak det kan reageres mot.

For det første skyldes uklarheten at det i lovforslaget kun henvises til overtredelser av bestemmelsene i §§ 4, 5, 7 andre ledd, 8, 9 og 27. Som det er gjennomgått i punkt 3.3.2.1.2.1 ovenfor, er forbudene i §§ 4, 5 og 7 andre ledd uklart utformet. Når bestemmelsen i § 37 kun henviser til nevnte bestemmelser, videreføres uklarheten og adgangen tilsynet gis til å foreta en skjønnsmessig vurdering, til tross for at det gjelder et skjerpet klarhetskrav for illeggelse av administrative sanksjoner.

Uklarheten fører til at bestemmelsen gis svært vid rekkevidde, eksempelvis gis det adgang til å ilegge overtredelsesgebyr etter lovforslaget § 37 for medvirkning til markedsføring av pengespill uten tillatelse. Som redegjort for i punkt 3.3.2.1.2.1.3 vil markedsføringsforbudet – med departementets vide ordlydsfortolkning – kunne ramme norske TV-distributører som videreformidler utenlandske TV-kanaler som sender reklame for pengespill uten tillatelse etter norsk lov. Dermed gis Lotteritilsynet, uten nærmere vurdering, myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for det samme forhold som Kulturdepartementet ved innføringen av kringkastingsloven § 4-7 la til grunn at Medietilsynet *ikke* skulle ha myndighet til. I høringsnotatet til kringkastingsloven fremhevet departementet at det *ikke* ville være hensiktsmessig å gi Medietilsynet hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr for overtredelser da handleplikten retter seg mot distributørene, som kun har en rolle i den ulovlige markedsføringen ved sin formidling av TV-kanalene som sender slik reklame.

Videre kan det etter lovforslaget § 37 ilegges gebyr for overtredelser av den nye handleplikten inntatt i lovforslaget § 27. Bestemmelsen innfører en generell opplysningsplikt til Lotteritilsynet, og det innebærer at "*enhver skal*" gi Lotteritilsynet (1) "*opplysninger, innsyn i dokumenter og dokumentasjon som tilsynet krever for å kunne utføre sine oppgaver etter denne loven*" og (2) "*uhindret adgang til steder eller lokaler hvor det er grunn til å tro at det foregår aktivitet som er omfattet av denne loven*". I tillegg foreslås det i fjerde ledd at "*taushetsplikt som følger av lov, pålegg eller avtale, ikke er til hinder for opplysningsplikten eller retten til å få tilgang til steder og lokaler*".

Rekkevidden av lovforslaget § 27 er svært vid, ettersom det ikke foretas en avgrensning av personkretser som rammes, den legger til grunn at lovbestemt taushetsplikt ikke gjelder, og den legger opp til en ransakingsadgang som kan ramme videre enn den politiet har ved mistanke om lovbrudd. I tillegg gis tilsynet kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på denne opplysningsplikten, med et objektivt ansvar for foretak. Dette innebærer i seg selv en betydelig utvidelse av Lotteritilsynets håndhevings- og sanksjonskompetanse.

For det andre skyldes uklarheten i lovforslaget § 37 at det henvises til at gebyr kan ilegges for overtredelser som anses "alvorlig" eller som har skjedd "gjentatte ganger", uten en nærmere angivelse av hvilke momenter som vektlegges i vurderingen. I høringsnotatet på s. 140 legges det til grunn at "*Lotteritilsynet kan velge å ilegge overtredelsesgebyr etter en konkret helhetsvurdering av om det er hensiktsmessig med en slik reaksjon*." Dette medfører at anvendelsen av bestemmelsen kan gis stor rekkevidde. Eksempelvis legger departementet opp til at det at det aktuelle lovbruddet begås av en utenlandsk aktør, er tilstrekkelig til at den anses "alvorlig", se s. 141-142 der det uttales at

"Avgjørende for om overtredelsesgebyr kan ilegges vil være om bruddet anses alvorlig eller om bruddet har skjedd gjentatte ganger. Grensen for hva som anses som et alvorlig brudd vil forvaltningen måtte trekke opp gjennom praksis, men det er

naturlig å legge til grunn at et alvorlig brudd må være av et visst omfang og kan avhenge av varigheten på overtredelsen eller overtredelsens konsekvenser og skadens omfang. Et eksempel på et alvorlig brudd kan være store, utenlandske nettspilltilbydere som tilbyr og markedsfører ulovlige pengespill, i tilfeller der tilbudet er særlig rettet mot det norske markedet og ikke er en del av et generelt tilbud til alle interesserte kunder, se over i kapittel 10.2. Et annet eksempel kan være tilfeller der en aktør nekter å utlevere opplysninger som er nødvendige for Lotteritilsynets tilsynsarbeid, og som aktøren plikter å ha eller på andre måter åpenbart besitter. Brudd på flere bestemmelser kan samlet være et «alvorlig brudd» selv om bruddene ikke ville vært å anse som alvorlige alene." (Våre uthevinger).

Dersom overtredelser av lovforslaget § 4 og 7 andre ledd begått av utenlandske aktører automatisk vil anses "alvorlig", mens tilsvarende overtredelser begått av norske aktører ikke automatisk vil anses "alvorlig", innebærer det diskriminerende anvendelse av sanksjonsbestemmelsen.

Videre legger departementet til grunn at en overtredelse av lovforslaget § 27 automatisk er "alvorlig" ettersom en opplysningsplikt vanskelig kan gjelde opplysninger som en aktør ikke besitter. I tillegg nevnes at departementet legger til grunn at med "gjentatte brudd" menes at aktøren tidligere har fått "en reaksjon" for overtredelse av den samme bestemmelsen, som kan være alt fra avvik i tilsynsrapport, pålegg om stans, overtredelsesgebyr og til straff, se høringsnotatet på s. 142.

Det gis altså ikke i lovteksten føringer for hvilke konkrete overtredelser som kan medføre illeggelse av overtredelsesgebyr, og uttalelsene i høringsnotatet tyder på at det i sin helhet overlates til Lotteritilsynets skjønn å avgjøre. I tillegg foreslås det ingen ramme for overtredelsesgebyrets størrelse eller utmålingskriterier, også dette overlates til tilsynets skjønn. Rekkevidden av den foreslåtte sanksjonsmekanismen i § 37 synes følgelig å gå lenger enn det som er nødvendig for oppnåelse av valgte beskyttelsesnivå, og det tilsier at restriksjonene på området for pengespill ikke er nødvendige for oppnåelse av de legitime formålene.

3.3.2.1.2.2.6 Illeggelse av straff

I lovforslaget § 38 foreslås det blant annet at den som forsettlig eller grovt uaktsomt "overtrer § 4 om forbud mot å tilby pengespill uten tillatelse" eller "overtrer § 7 annet ledd om forbud mot å markedsføre pengespill som ikke har tillatelse", kan straffes med bøter eller fengsel inntil ett år eller inntil tre år for grove overtredelser av nevnte bestemmelser.

I bestemmelsens andre ledd angis momenter som inngår i vurderingen av om overtredelsen skal regnes som grov. Det gis likevel ingen veiledning i lovteksten for hvilke typer overtredelser som skal føre til illeggelse av overtredelsesgebyr og hvilke som skal føre til straff, foruten at det i § 38 legges til grunn grov uaktsomhet som skyldkrav. Forholdet mellom bestemmelsene er heller ikke problematisert av departementet i høringsnotatet, og på s. 141 uttales at

"Overtredelsesgebyr (...) bør forbeholdes de alvorlige overtredelsene som det ikke anses hensiktsmessig å behandle gjennom det tradisjonelle straffesporet."

Det er dermed usikkert hvilke handlinger eller unnlater som sanksjoneres etter hvilken bestemmelse. I tillegg er det uklart om den som overtrer forbudene mot å *medvirke* til å tilby og *medvirke* til å markedsføre pengespill uten tillatelse, kan straffesanksjoneres. Lovforslaget § 38 nevner ikke medvirkning eksplisitt, men angir at overtredelser av §§ 4 og 7 andre ledd kan straffes med bøter eller fengsel. Hvordan dette vil tolkes og praktiseres av Lotteritilsynet er uklart, og det er vanskelig for en aktør å forutberegne sin rettsstilling slik legalitetsprinsippet krever. Dermed synes rekkevidden av den foreslåtte sanksjonsmekanismen i § 38 å gå lenger enn det som er nødvendig for oppnåelse av valgte beskyttelsesnivå. Det tilsier at restriksjonene på området for pengespill ikke er nødvendige for oppnåelse av de legitime formålene.

3.3.2.1.2.2.7 Det foreslås et betydelig utvidet håndhevings- og sanksjonssystem

Som gjennomgangen i dette punktet viser, foreslås det i ny pengespillov et betydelig utvidet håndhevings- og sanksjonssystem. De stedene departementet forklarer bakgrunnen for utvidelsen av de enkelte håndhevings- og sanksjonsmekanismene, synes det begrunnet i omfanget av utenlandske pengespilloperatører, se blant annet høringsnotatet s. 140 og 145 der det uttales at

"Behovet for effektive håndhevingsmidler for å sikre etterlevelse av pengespillovgivningen er minst like stort i dag som det var i 2001. Trusselen mot enerettsmodellen har økt de siste tiårene. Aktører uten tillatelse til å tilby pengespill i Norge kan gjennom internett opptre på tvers av landegrensene og dermed markedsføre og tilby spill i strid med norsk lov. Potensialet for inntjening er stort og investeringene er ofte små. Det bidrar til å gjøre det attraktivt å tilby ulovlige spill."

Samtidig unnlater departementet å foreta en fornyet vurdering av om det samme beskyttelsesnivået kan nås med en mindre inngripende reguleringsform, eksempelvis en lisensmodell. I punkt 3.3.2.1.3 vil vi derfor foreta en vurdering av om det samme beskyttelsesnivået som den norske enerettsmodellen sikrer vil kunne oppnås ved innføring av en lisensmodell.

3.3.2.1.3 Kan samme beskyttelsesnivå nås med lisensmodell?

3.3.2.1.3.1 Det må foretas en fornyet vurdering i tråd med den dynamiske tilnærming som kreves til proporsjonalitetsvurderingen

Om en reguleringsform er "nødvendig" beror på om de legitime formålene like godt kan ivaretas ved mindre inngripende tiltak, jf. eksempelvis C-463/13 *Stanleybet International Ltd* avsnitt 50. Administrative og økonomiske hensyn er ikke relevante i vurderingen, slik at det ikke er av betydning om en annen reguleringsform er vanskeligere å gjennomføre fra et administrativt ståsted enn det enerettsmodellen er, jf. eksempelvis sak C-212/08 *Zeturf*.

Som det er redegjort for i punkt 2.3 har ikke departementet foretatt en fornyet vurdering av den norske enerettsmodellens lovlighet i forbindelse med forslaget til ny pengespillov. En fornyet vurdering, med utgangspunkt i en dynamisk tilnærming til

proporsjonalitetsvurderingen, vil innebære en vurdering av om mindre inngripende tiltak vil kunne ivareta det samme beskyttelsesnivået som den norske enerettsmodellen medfører.

3.3.2.1.3.2 Kan de tiltak som i dag gjennomføres for å sikre trygge pengespill hos enerettsaktørene, også gjennomføres under en lisensmodell?

3.3.2.1.3.2.1 Lisensmodeller gjennomføres i de fleste andre europeiske land

Utviklingen i Europa har de siste årene vært at enerettsmodeller på pengespillområdet avskaffes og lisensmodeller innføres. Det er kun Norge og Finland som fremdeles har enerettsmodeller. Det indikerer at lisensmodellen har blitt vurdert som like eller mer egnet for ivaretagelsen av de legitime formålene i de landene som har endret reguleringsmodell. Det forhold at norske myndigheter har valgt en annen reguleringsform enn de fleste andre EU- og EØS-land innebærer ikke i seg selv at enerettsmodellen ikke kan opprettholdes, jf. sak C-390/12 *Pfleger & Others* avsnitt 44. Det tilsier likevel at den mer inngripende enerettsmodell ikke lenger er *nødvendig*, når en velfungerende lisensmodell kan etableres.

I høringen nevner departementet at både Danmark og Sverige har gått over til lisensmodeller, uten å nærmere kommentere bakgrunnen for omreguleringene. Bakgrunnen for at Sverige i januar 2019 gikk over til en lisensordning var at man så behov for modernisering av reguleringsformen for å *"förena kraven på bl.a. en stark social skyddsnivå med behovet av en anpassning till det moderna it-samhällets villkor och de skyldigheter som följer av EU-rätten"*, jf. Prop. 2017/18:220 En omreglerad spelmarknad s. 81. Videre viser den svenske regjeringen til at det har skjedd en omregulering i mange EU-land fra enerettsmodeller til lisensmodeller og uttaler at

" (...) Den främsta anledningen till att fler länder nu har infört licenssystem har varit att man velat få kontroll och utöva tillsyn över spelen för att bl.a. kunna förebygga negativa konsekvenser av spelandet. "

Under overskriften *"Ett licenssystem införs"* fremheves det videre at

"Det nuvarande systemet innebär att de reglerade aktörerna kontinuerligt tappar marknadsandelar till de oreglerade aktörerna samt att statens kontroll och möjligheter att upprätthålla en sund och säker spelmarknad minskar. Staten har historiskt sett haft en stark roll på spelmarknaden. För att uppnå målet för spelpolitiken under de förhållanden som råder krävs en tydlig reglering. "

Uttalelsene tyder på at det overordnede formålet med innføringen av lisensmodellen har vært å få kontroll med de uregulerte tilbyderne på internett, for å bedre ivareta hensynet til å forebygge spillavhengighet. Tilsvarende begrunnelse for overgang til den mindre inngripende lisensmodellen ble fremhevet i Danmark.

Nederland har nylig vedtatt å gå over til lisensmodell for pengespill på internett, og befinner seg i dag i en overgangsfase. I høringsnotatet *Market vision games of chance - Market regulation and market supervision on the basis of public interests* fra juli 2020, uttaler den nederlandske spillemyndigheten på s. 83 at

"The most recent Cabinet vision on games of chance (see Section 3.3.4) continues the idea of channelling, but no longer opts for a restrictive offer as a starting point, but rather for more room for appropriate and attractive supply, without losing sight of the vulnerable players and the risks of games of chance. In this view, regulation and supervision can best focus on the reduction of consumption (demand reduction) and in particular on the harmful effects thereof (harm reduction) rather than on supply limitation (supply reduction). Behavioural supervision of licensees and their interaction with players is more obvious than limiting the number of licenses as such."

Uttalelsen viser at spillemyndigheten i Nederland vurderer det slik at hensynet til risikospillere bedre ivaretas ved å ha kontroll på lisenshaverne enn ved å redusere antallet lisenshavere.

I andre europeiske land har formålet med valg av lisensmodell altså vært å oppnå et høyere beskyttelsesnivå i møte med fremveksten av et stort antall uregulerte pengespilltilbydere på internett. Det forhold at den mindre inngripende lisensmodellen synes å ivareta et høyere beskyttelsesnivå i møte med dagens utfordringer på spillområdet, tilsier at den mer inngripende enerettsmodellen ikke lenger er nødvendig for å ivareta formålet om å forebygge problematisk spilleatferd.

Denne utviklingen i andre land indikerer vekst i antallet internasjonale pengespilltilbydere over internett, vekst i deres markedsandeler og dermed et økt behov for regulering. Enerettsaktørens behov for kanaliseringstiltak, kombinert med at departementet foreslår et utvidet håndhevings- og sanksjonssystem, tilsier at konkurransepresset fra disse aktørene er større enn det departementet synes å legge til grunn. Det er en utfordring å beregne markedsandelene til de internasjonale pengespilltilbyderne i det norske markedet og hvor mye nordmenn spiller for, fordi norske myndigheter ikke har fullstendig oversikt og kontroll over dette markedet.

Erfaring fra andre land synes imidlertid å være at lisensmodellen bedre ivaretar formålet om å forebygge spillavhengighet samtidig som et høyt beskyttelsesnivå sikres, nettopp fordi man oppnår kontroll med alle aktører på markedet. Danmark gikk over til en lisensmodell i 2012, og statistikk derfra viser at overgangen har ført til en nedgang i spilleforbruk, og en økning i kanaliseringsgrad. Når det gjelder spilleforbruket skriver Spillemyndigheden i sin årsrapport fra 2018 på s. 74 at

"Sammenlignes størrelsen på det lovlige spilmarked (i Danmark vil det sige spil foretaget hos udbydere med dansk tilladelse), spiller danskerne mindre pr. person over 18 år end Finland, Norge og Sverige."

I rapporten "Report on illegal gambling 2019" fra Spillemyndigheten, fremkommer det på s. 3 at overgangen til lisensordningen i 2012 førte til en nedgang i uregulerte tilbydere på det danske markedet. Samtidig så man en økt kanaliseringsrate, og i 2019 var denne på over 91 %. De resterende prosentene omfattet både det uregulerte markedet og danske spillere som benyttet seg av spilltilbud som ikke var rettet mot det danske markedet. I Storbritannia opereres det også med en lisensmodell med ubegrenset antall lisenser, og i henhold til en rapport fra Regulus Partners var kanaliseringsraten i Storbritannia 98 % i 2018.

Når en større andel av markedet reguleres, øker kanaliseringsgraden til det regulerte marked. Ved samtidig å stille tilstrekkelig strenge vilkår til lisenshavernes spilltilbud, kan man opprettholde det samme beskyttelsesnivået som en enerettsmodell medfører. Med en slik reguleringsform mister man færre av spillerne til aktører som *ikke* er underlagt myndighetenes krav, og videre begrenses konkurransen mellom de regulerte og de uregulerte pengespilltilbyderne. Det tilsier at en mindre inngripende lisensmodellen vil kunne ivareta det samme beskyttelsesnivået, og dermed at den mer inngripende enerettsmodellen ikke lenger er nødvendig for å ivareta formålet om å forebygge problematisk spilleatferd.

3.3.2.1.3.2.2 Samtlige tiltak for å sikre trygge pengespill kan gjennomføres i en lisensmodell

I høringsnotatet gjennomgår departementet retningslinjer og tiltak som enerettsaktørene og tilleggstilbyderne må følge for å sikre formålene om å forebygge problematisk spilleadferd og kriminalitetsbekjempelse. Det gjelder blant annet regler for ansvarlig spilling, regler for markedsføring, kontroll med spilltilbudet og spilleregler, krav til rapportering og datainnsamling, krav til operativsystemer, krav knyttet til avdekking av hvitvasking og kampfiksing, samt tilsyn med aktørene. Departementet vurderer det slik at et *"godt ansvarlighetsrammeverk vil kunne redusere risikoen for pengespill som i utgangspunktet har høyere risiko for å skape spilleproblemer"*, jf. høringsnotatet s. 99.

Samtlige krav som stilles til de norske enerettsaktørene som skal sikre tilbud av trygge pengespill og redusere risikoen for at kunden utvikler problematisk spilleatferd, kan likevel stilles til lisenshaverne under en lisensmodell. Betssons gjennomgang i brevet ovenfor viser at samtlige av typene krav departementet foreslår at skal gjelde for enerettsaktørene og tilleggstilbyderne, tilsvarer de krav som stilles til lisenshavere under lisensmodeller i andre europeiske land. Krav som skal sikre tilbud av trygge pengespill stilles allerede i den norske modellen til lisenshaveren Norsk Rikstoto. For Norsk Rikstotos konsesjon stilles det konkrete vilkår for tillatelsen til å tilby pengespill på hest, se høringsnotatet på s. 77 der det uttales at *"[f]or å bygge opp under formålet, er en rekke ansvarlighetskrav til totalisatorspillene tatt inn i Norsk Rikstotos konsesjon for perioden 2017 – 2021."*

Dette viser at samtlige krav som stilles til enerettsaktørene og tilleggstilbyderne under den norske enerettsmodellen, kan stilles til lisenshavere under en norsk lisensmodell. På denne måten vil myndighetene oppnå kontroll med markedet som i dag er uregulert, det uregulerte markedet vil underlegges de samme ansvarlighetstiltakene som enerettsaktørene og tilleggstilbyderne underlegges, og kanaliseringsgraden til trygge spillformer vil øke fordi andelen trygge spilltilbydere øker. I tillegg vil dagens konkurranseflater mellom pengespillaktørene med tillatelse i Norge og det uregulerte markedet reduseres. Disse forhold tilsier at en mindre inngripende lisensmodell vil kunne ivareta det samme beskyttelsesnivået som den norske enerettsmodellen i dag medfører, og følgelig at enerettsmodellen ikke er nødvendig for oppnåelse av de legitime formålene.

3.4 Håndheving og sanksjonering er ikke tillatt når den norske enerettsmodellen ikke er proporsjonal med de legitime formålene som søkes ivaretatt

EU-domstolen har gjentatte ganger uttalt at lovgivning som gir en tilbyder enerett, og som dermed forbyr og sanksjonerer virksomheten til alle andre tilbydere, ikke kan fortsette å

gjelde i en overgangsperiode dersom eneretten viser seg ikke å være forenelig med EU-retten, se sak C-409/06 *Winner Wetten* avsnitt 69.

Det kan ikke håndheves og sanksjoneres overtredelser av nasjonale lovbestemmelser som opprettholder en reguleringsform som er uforenelig med EØS-avtalen artikkel 31 og 36. Dette kommer til uttrykk i C-49/16 *Unibet International* der EU-domstolen uttaler i avsnitt 51 at

"The answer to the third question is that Article 56 TFEU must be interpreted as precluding penalties, such as those at issue in the main proceedings, imposed for the infringement of national legislation introducing a system of concessions and licences for the organisation of games of chance, if such national legislation proves to be contrary to Article 56 TFEU."

Dette innebærer at myndighetene ikke kan forby eller håndheve forbud mot å tilby pengespill dersom den norske enerettsmodellen ikke er forenelig med EØS-retten. Manglende overholdelse av bestemmelser som opprettholder en uforenelig reguleringsmodell, kan ikke sanksjoneres, heller ikke overfor internasjonale pengespilltilbydere. Vi går ikke nærmere inn på dette her, ettersom vår vurdering i hovedsak begrenses til spørsmålet om den norske enerettsmodellen som foreslått videreført og utvidet er forenelig med EØS-avtalen.

3.5 Konklusjon

Utgangspunktet er at den norske enerettsmodellen er en restriksjon i aktørers adgang til å etablere seg og til å yte tjenester i Norge etter EØS-avtalen artikkel 31 og 36. Slike restriksjoner er kun lovlige i den utstrekning de er begrunnet i legitime formål og er proporsjonale med det formål som søkes ivaretatt. Vår vurdering tilsier at den norske enerettsmodellen er en restriksjon som ikke er proporsjonal med formålene som søkes ivaretatt, og følgelig heller ikke er lovlig.

Av formålene Kulturdepartementet fremhever i høringsnotatet, vurderes kun hensynet til å forebygge problematisk spilleadfærd og hensynet til å bekjempe kriminalitet som legitime begrunnelser for restriksjoner på pengespillområdet.

Restriksjoner på området for pengespill er bare egnet dersom de genuint søker å oppnå de legitime formålene på en konsistent og systematisk måte. Omfanget av hvilke pengespill som tillates tilbudt i Norge og omfanget av kanaliseringstiltak som gjennomføres for å trekke kundene til enerettsaktørene, viser at norske myndigheter gjennomfører, legger til rette for og tolerer tiltak som undergraver og virker imot formålet som søkes oppnådd. Særlig fremhever vi omfanget av lovlige pengespilltilbydere som tilbyr pengespill som et supplement til, og i konkurranse med, enerettsaktørenes tilbud. Videre fremhever vi departementets manglende vilje til å (1) regulere pengespill med høy risiko for spillavhengighet som tilbys i dataspill og (2) fjerne enerettsaktørene og tilleggstilbyderne sine tilbud av høyrisikospill som ikke tilbys av uregulerte aktører, og som dermed ikke kan begrunnes i behovet for kanalisering. Vår vurdering viser at den norske enerettsmodellen ikke genuint tar sikte på å forebygge og redusere bruken av pengespill og bekjempe kriminalitet på en konsistent og systematisk måte.

Restriksjonene kan heller ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå av de legitime formålene. Det reiser spørsmål om det valgte beskyttelsesnivået kan ivaretas med mindre inngripende tiltak. Den norske enerettsmodellen sikrer reelt sett et lavt beskyttelsesnivå grunnet manglende konsistens i etableringen og gjennomføringen. Likevel foreslår Kulturdepartementet å utvide forbudsbestemmelsene og sanksjonsmekanismene. Særlig vil vi fremheve rekkevidden av det foreslåtte medvirkningsansvaret som, i kombinasjon med departementets manglende angivelse av hvilke personer eller foretak som omfattes av de aktuelle forbudene og hvilke handlinger eller unnlatelser som kan føre til en sanksjon ved overtredelse, er svært inngripende. Utvidelsene foreslås til tross for at samtlige tiltak som gjennomføres overfor de norske enerettsaktørene for å sikre tilbud av trygge pengespill, kan gjennomføres overfor lisenshavere under en lisensmodell. Dette gjøres allerede i de fleste europeiske land i dag. Vår vurdering viser at det samme beskyttelsesnivået kan nås med mindre inngripende tiltak, og at restriksjonene går lenger enn det som er nødvendig for oppnåelse av de aktuelle formålene.

Dette er hovedårsakene til at vi konkluderer med at den foreslått videreførte og utvidede norske enerettsmodellen ikke er proporsjonal med de legitime formålene som søkes ivaretatt, og følgelig vil være uforenelig med EØS-avtalen artikkel 31 og 36. Det innebærer at norske myndigheter heller ikke kan håndheve og sanksjonere overtredelser av lovbestemmelser som opprettholder en reguleringsform som er uforenelig med EØS-avtalen.