



NORGES HØYESTERETT

Den 26. juni 2007 avsa Høyesterett dom i

HR-2007-01144-A, (sak nr. 2005/1320), sivil sak, anke,

Norsk Lotteri- og Automatbransjeforbund (advokat Ingvald Falch)

mot

Staten v/Kultur- og kirkedepartementet (Regjeringsadvokaten
v/advokat Fredrik Sejersted)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Rieber-Mohn**: Saken gjelder spørsmålet om en lovendring som gir Norsk Tipping AS enerett til å drive utbetalingsautomater, må settes til side som stridende mot artiklene 31 og 36 i EØS-avtalens hoveddel, jf. lov av 27. november 1992 (EØS-loven) § 2. Artikkel 31 omhandler den frie etableringsadgang og artikkel 36 friheten til å yte tjenester innen EØS-området.
- (2) Utgangspunktet i norsk rett er at ”lykkespill” er forbudt og straffbart, jf. straffelovens § 298. Etter § 299 er ”lykkespill” å anse som ”Spil om Penge eller Penges Værd, ved hvilke på Grund af Spillets Art eller Indsatsernes Høide det vindesyge Øiemed fremtræder som det fremherskende”. Det forutsettes i § 298 at enkelte pengespill kan tillates ved særskilt lov.
- (3) Det er i dag tre lover som tillater pengespill her i landet.
- (4) Den generelle pengespilloven er lov av 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier mv. – lotteriloven. Lovens formål er å sikre at ”lotterier avholdes i betryggende former under offentlig kontroll, med sikte på å forebygge negative sosiale konsekvenser av lotterier, samtidig som det legges til rette for at lotterier kan være en god inntektskilde for samfunnsnyttig og humanitært arbeid”. I lovens § 1 c defineres ”gevinstautomat” som ”lykkespill der trekningen foregår ved en mekanisk eller elektronisk innretning som også foretar automatisk gevinstutlevering”. I § 1 e defineres en type gevinstautomat –

utbetalingsautomat – som en automat som ”gir gevinst i form av penger eller verdibevis”. Det er denne automattype saken gjelder. Lotteritilsynet fører kontroll med spillvirksomhet under denne loven, se § 4 og § 4 a.

- (5) All virksomhet med utbetalingsautomater har hittil vært drevet av private aktører, fortrinnsvis slik at en kommersiell operatør samarbeider med en humanitær eller veldedig organisasjon, og slik at utbyttet fordeles etter en bestemt brøk mellom operatøren, organisasjonen og en eventuell lokaleinnehaver. Denne virksomhet reguleres fullt ut av lotteriloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne.
- (6) Hesteveddeløp er også en form for pengespill i privat regi. Spillet er nærmere regulert i lov av 1. juli 1927 nr. 3 om veddemål ved totalisator. Totalisatorloven åpner for bevilling til ”å anordne veddemål ved såkalt totalisator”.
- (7) De pengespill som skjer i offentlig regi, er hjemlet og regulert i lov av 28. august 1992 nr. 103 om pengespill mv. Inn under denne loven går alle pengespill i forbindelse med idrettskonkurranser, for eksempel fotballtipping og Oddsen, og tallspillet Lotto. Lovens § 3 gir et statlig aksjeselskap enerett til å drive disse spillene, og dette spillleselskapet er Norsk Tipping AS. Gjeldende pengespillov § 10 bestemmer at etter fondsavsetninger skal selskapets overskudd fordeles med 1/3 til idrettsformål, 1/3 til kulturformål og 1/3 til vitenskapelige formål. Etter lovens § 14 fører Lotteritilsynet tilsyn med virksomheten til Norsk Tipping.
- (8) Etter 1995 økte automatenes andel i spillemarkedet eksplosivt. Mens automatene i 1990 hadde en årlig bruttoomsetning på 0,2 milliarder kroner, og Norsk Tipping og Rikstoto hadde en omsetning på henholdsvis 5,2 milliarder og 1,4 milliarder, var forholdet i 2005 at automatenes bruttoomsetning var steget til 27,1 milliarder og Norsk Tipping og Rikstoto til henholdsvis 8,4 milliarder og 2,8 milliarder kroner.
- (9) Denne sterke vekst i gevinstautomatmarkedet hadde blant annet sammenheng med utviklingen av automattypene, med stadig mer ”triggende” tekniske innretninger og virkemåter, og strategiske plasseringer av automatene. I 2002 var det i Norge oppstilt ca. 19 000 gevinstautomater.
- (10) Utover på 1990-tallet ble man også i stigende grad oppmerksom på spillavhengighet som et patologisk fenomen, og det ble etablert behandlingstilbud for dem som er hardest rammet. Flere rapporter viser at på begynnelsen av 2000-tallet var det titusenvis av mennesker med ”pengespill-problemer”, se for eksempel rapport nr. 2/2003 fra Statens institutt for rusmiddelforskning. I det høringsbrev som Kultur- og kirkedepartementet sendte ut i oktober 2002, med sikte på lovendring, er det vist til undersøkelser om automatenes rolle i utviklingen av spillavhengighet, og det konstateres:

”Tendensen til at gevinstautomater skaper større fare for spilleavhengighet enn andre pengespill samsvarer med internasjonale undersøkelser om problematisk spilleadfærd.”

- (11) Dette høringsbrevet munnet ut i et forslag om at retten til oppstilling av utbetalingsautomater skal være en enerett for Norsk Tipping og derved reguleres av pengespilloven. Inntektene til humanitære og andre samfunnsnyttige organisasjoner ville bli sikret ved at disse skulle være overskuddsmottakere fra Norsk Tipping på linje med idrett og kultur.

- (12) Til tross for sterk motstand fra automatbransjen fremmet regjeringen i Ot.prp. nr. 44 (2002-2003) forslag om endringer i lotteri- og pengespilloven. I Innst. O. nr.124 (2002-2003) støttet flertallet i familie-, kultur- og administrasjonskomitéen regjeringens forslag.
- (13) Ved lov 29. august 2003 ble endringsforslagene vedtatt. Lovendringene innebærer at Norsk Tipping får enerett til å eie, oppstille og drive utbetalingsautomatene. Dette fremkommer ved at § 10 i lotteriloven, som ga hjemmel for at Lotteritilsynet kunne godkjenne organisasjoner og foreninger til å åpne ”lotteri gjennom oppstilling av utbetalingsautomater”, ble opphevet og erstattet med en ny § 15 som lyder slik:
- ”Lotteri ved bruk av utbetalingsautomat kan avholdes av spilleselskap som nevnt i lov 28. august 1992 nr. 103 om pengespill m.v. § 3, jf. § 9 a. For slikt lotteri gjelder ikke loven her. Det er forbudt for andre å avholde lotteri ved bruk av utbetalingsautomat.”**
- (14) Samtidig ble pengespilloven endret ved at § 1 bokstav c nå lyder slik:
- ”§ 1 Loven gjelder:**
- ...
- c) **Lotterispill som avholdes ved bruk av utbetalingsautomater, jf. lov 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier m.v. § 1 første ledd bokstav e, ...”**
- (15) Lovendringene medfører altså at drift av utbetalingsautomater overføres fra lotteriloven, som gjelder private aktører, til pengespilloven, som utelukkende gjelder det statlige selskapet Norsk Tipping.
- (16) Lotterilovens nye § 15 første og annet punktum og endringen i pengespillovens § 1 bokstav c trådte i kraft 1. januar 2004, mens lotterilovens nye § 15 tredje punktum og opphevelsen av § 10 ble forutsatt å tre i kraft fra 1. januar 2006.
- (17) Norsk Tipping startet utplassering av egne automater, men denne utplasseringen ble besluttet stanset i desember 2004. De private oppstillingstillatelsene som fortsatt besto på dette tidspunktet, ble midlertidig forlenget. Lovendringene fra 2003 er ennå ikke trådt i kraft, noe som har sammenheng med det søksmål som ble reist i 2003, og som avsluttes med foreliggende dom av Høyesterett.
- (18) Norsk Lotteri- og Automatbransjeforbund, heretter NOAF, er en bransjeorganisasjon for eiere, oppstillere og operatører av gevinstautomater. Organisasjonen har ca. 160 medlemmer, hvorav 50 – 60 operatører og ca. 100 organisasjoner/foreninger.
- (19) Ved stevning 18. august 2003 gikk NOAF til sak mot staten v/Kultur- og kirke departementet med påstand om at staten ikke har adgang til å forby autoriserte private aktører å eie, oppstille og drive utbetalingsautomater, heller ikke ved å avslå nye søknader om autorisasjon med den begrunnelse at Norsk Tipping har enerett på området.
- (20) Ved stevning 16. juni 2004 reiste også Norsk Lotteridrift ASA, heretter NLD, sak mot staten på samme grunnlag som NOAF. NLD begjærte også midlertidig forføyning om at staten forbys å sette i verk lovendringen av 2003 inntil rettskraftig dom foreligger.
- (21) Tingretten besluttet å forene disse to søksmålene til felles behandling, jf. tvistemålslovens § 98 første ledd.

- (22) I stevningen ba NOAF om at de EØS-rettslige tolknings spørsmål som reises i saken, ble forelagt EFTA-domstolen for rådgivende uttalelse, jf. domstollovens § 51 a. Staten motsatte seg dette, men tingretten besluttet 25. februar 2004 at foreleggelse skulle finne sted. Staten påkjærte tingrettens beslutning til Borgarting lagmannsrett, som i kjennelse 6. mai 2004 avviste kjæremålet.
- (23) Det ble deretter utarbeidet spørsmålsskrift til EFTA-domstolen. I saksforberedende møte i tingretten 27. mai 2004 ble det imidlertid oppnådd enighet om at spørsmålene likevel ikke skulle forelegges EFTA-domstolen.
- (24) Etter klage fra NOAF ble EFTA's overvåkningsorgan, EFTA Surveillance Authority (ESA), kjent med forberedelsen av lovendringene, som tok sikte på å etablere monopol for Norsk Tipping til å eie, oppstille og drive utbetalingsautomater. Den 23. april 2004 sendte ESA et såkalt åpningsbrev – Letter of formal notice – til Kulturdepartementet i anledning de vedtatte lovendringer. ESA anførte at monoopolet utgjorde et brudd på artiklene 31 og 36 i EØS-avtalen.
- (25) Departementet bestred at det forelå et slikt brudd. ESA ga da 20. oktober 2004 en grunnlagt uttalelse – Reasoned opinion – til Norge. Her gjentok ESA at det forelå brudd på artiklene 31 og 36.
- (26) Oslo tingrett avsa 27. oktober 2004 dom med slik domsslutning:

I. Sak 03-005674TVI-OTIR/03

1. Staten har ikke adgang til å forby de av NOAFs medlemmer som er autorisert av lotterimyndighetene etter lotteriloven (lov nr 11/1995) § 4c å oppstille og drive utbetalingsautomater, slik disse er definert i lotteriloven § 1 første ledd, med den begrunnelse at bare Norsk Tipping AS og heleide datterselskaper av Norsk Tipping AS har rett til å oppstille og drive slike automater.
2. Staten har ikke adgang til å avslå søknader fra NOAFs medlemmer om oppstilling og drift av utbetalingsautomater, slik disse er definert i lotteriloven (lov nr 11/1995) § 1 første ledd, med den begrunnelse at bare Norsk Tipping AS og heleide datterselskaper av Norsk Tipping AS har rett til å oppstille og drive slike utbetalingsautomater.
3. I saksomkostninger for tingretten dømmes Staten v/Kultur- og kirke departementet til å betale til NOAF 1 309 444,00 – enmilliontrehundreognitusenfirehundreogførtifire – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

II. Sak 04-027617TVI-OTIR/03

1. Staten har ikke adgang til å forby Norsk Lotteridrift ASA å oppstille og drive utbetalingsautomater, slik disse er definert i lotteriloven § 1 første ledd, med den begrunnelse at bare Norsk Tipping AS og heleide datterselskaper av Norsk Tipping AS og heleide datterselskaper av Norsk Tipping AS har rett til å oppstille og drive slike utbetalingsautomater.
2. Staten har ikke adgang til å avslå søknader fra Norsk Lotteridrift ASA om oppstilling og drift av utbetalingsautomater, slik disse er definert i lotteriloven § 1 første ledd, med den begrunnelse at bare Norsk Tipping AS og heleide

datterselskaper av Norsk Tipping AS har rett til å oppstille og drive slike utbetalingsautomater.

- 3. I saksomkostninger for tingretten dømmes Staten v/Kultur- og kirkedepartementet til å betale til Norsk Lotteridrift ASA 653 985,00 – sekshundreogfemtiretusenhundreogåttifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.”**

- (27) Tingretten kom til at etableringen av automatmonopolet ikke i tilstrekkelig grad er begrunnet i relevante allmenne hensyn, at endringen ikke er utslag av en konsekvent spillpolitikk, og heller ikke nødvendig for å nå det ønskede beskyttelsesnivå mot spillavhengighet, kriminalitet og brudd på aldersgrensen. Retten fant således at lovendringen med etableringen av monopolet stred mot artiklene 31 og 36. Kravet fra NLD om midlertidig forføyning ble ikke tatt til følge fordi retten, med bakgrunn i at de private tillatelser til å stille opp gevinstautomater ikke skulle gis varighet utover 31. desember 2004, kom til at forføyningskravet gikk lenger enn hovedkravet, og at førstnevnte krav således ikke var sannsynliggjort.
- (28) NLD påkjærte kjennelsen, og ved lagmannsrettens kjennelse 30. november 2004 ble begjæringen om midlertidig forføyning tatt til følge.
- (29) Etter tingrettens dom og kjennelse begjærte NOAF midlertidig forføyning for å sikre gjennomføring av tingrettens dom også i forhold til seg. Ved Oslo tingretts kjennelse 8. desember 2004 ble NOAF's begjæring om midlertidig forføyning tatt til følge.
- (30) Staten anket tingrettens dom til lagmannsretten i forhold til begge de private parter. Sakene ble forent til felles behandling også i lagmannsretten.
- (31) Under saksforberedelsen reiste staten spørsmålet om det kunne være hensiktsmessig å forelegge saken for EFTA-domstolen til rådgivende uttalelse. Også NOAF mente at saken burde forelegges.
- (32) Ved saksforberedende dommer besluttet lagmannsretten 28. januar 2005 at det ikke var tilstrekkelig grunn til å forelegge saken for EFTA-domstolen.
- (33) Borgarting lagmannsrett avsa 26. august 2005 dom med slik domsslutning:

- ”1. Staten v/Kultur- og kirkedepartementet frifinnes.**
- 2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Norsk Lotteri- og Automatbransje Forbund 346 070 – trehundreogførtisekstusenogsytti – kroner til staten v/Kultur- og kirkedepartementet innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse. Fra forfall løper rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum.**
- 3. I saksomkostninger for tingretten betaler Norsk Lotteri- og Automatbransje Forbund 79 309 – syttitusenetre hundreogni – kroner til staten v/Kultur- og kirkedepartementet innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse. Fra forfall løper rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum.**
- 4. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Norsk Lotteridrift ASA 346 070 – trehundreogførtisekstusenogsytti – kroner til staten v/Kultur- og**

kirkedepartementet innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse. Fra forfall løper rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum.

5. **I saksomkostninger for tingretten betaler Norsk Lotteridrift ASA 79 309 – syttititusentrehundreogni – kroner til staten v/Kultur- og kirkedepartementet innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse. Fra forfall løper rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum.”**

(34) Lagmannsretten kom til at den norske restriksjonen – innføringen av automatmonopolet – er begrunnet i legitime hensyn, slik dette vilkåret er forstått i EF-domstolens praksis. Likeledes fant lagmannsretten restriksjonen egnet til å nå de ønskede og legitime mål, fortrinnsvis redusere spillavhengighet, og at den i så måte var ledd i en sammenhengende og systematisk politikk. Endelig kom lagmannsretten til at automatmonopolet var nødvendig og forholdsmessig, og at alternative og mindre inngripende kontrolltiltak ikke ville være tilstrekkelige.

Som følge av at staten ble frifunnet, ble også den midlertidige forføyningen opphevet, jf. tvangsfullbyrdelseslovens § 15-11 første ledd, jf. også tredje ledds fjerde punktum.

- (35) NOAF og NLD anket lagmannsrettens dom til Høyesterett og påkjærte kjennelsen. Begge anker og kjæremål gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse.
- (36) I ankene ble det anmodet om at Høyesterett innhenter rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. I anketilsvaret motsatte staten seg foreleggelse og viste til at rettstilstanden på området var avklart ved EF-domstolens praksis.
- (37) Ved beslutning 17. oktober 2005 av Høyesteretts kjæremålsutvalg ble ankene henvist til behandling i Høyesterett. Kjæremålsutvalget fant ikke grunn til å be om tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen.
- (38) Høyesterettsjustitiarius besluttet samme dag at saken skulle avgjøres av den samlede Høyesterett, jf. lov 25. juni 1926 nr. 2 § 4 tredje ledd, jf. § 3, og plenumssaken ble berammet til 24. januar 2006.
- (39) Ved en pressemelding fra ESA 18. november 2005 ble det kjent at overvåkningsorganet hadde besluttet å gå til traktatbruddsak mot Norge for EFTA-domstolen. Fra statens side ble det i den forbindelse fastholdt at den berammede plenumssaken burde gjennomføres etter planen. NOAF og NLD mente på sin side at Høyesteretts behandling burde utstå til EFTA-domstolens avgjørelse forelå.
- (40) Ved kjennelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg av 5. desember 2005, se Rt. 2005 side 1598, ble plenumssaken besluttet utsatt, jf. tvistemålslovens § 96. Kjennelsen er avsagt under dissens. Flertallet viste blant annet til at i traktatbruddssaken skal EFTA-domstolen prøve bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen fullt ut og uttalte:

”Når spørsmålet nå er besluttet innbrakt for EFTA-domstolen, hører det under den å gi det autoritative svar på det EØS-rettslige spørsmål som foreligger i plenumssaken.”

- (41) Mindretallet fant ikke tilstrekkelig grunn til å utsette saken og viste til at Høyesterett har minst like gode forutsetninger som EFTA-domstolen til å foreta bevisbedømmelse og subsumsjon, og til at det var prosessøkonomiske fordeler ved at Høyesterett behandlet saken først.

- (42) ESA innga stevning til EFTA-domstolen 10. mars 2006. Etter en meget omfattende skriftlig saksforberedelse, og etter en muntlig høring 8. november 2006, ble dom avsagt 14. mars 2007. Ved dommen fikk den norske stat medhold i at automatmonopolet ikke er i strid med EØS-avtalens artikler 31 og 36, og ESA's klage ble avvist. Under saken hadde Norge intervensjonsstøtte fra Belgia og Island. I den skriftlige saksforberedelsen avga de intervenerende stater støtteskriv. Fem andre EF-land avga skriftlige "observations" i favør av Norges sak. Kommisjonen i EF uttalte seg dessuten, både skriftlig og under den muntlige høring. Foruten av partene og Kommisjonen ble det under høringen holdt innlegg av agenter for Belgia, Island, Frankrike og Nederland.
- (43) EFTA-domstolen tilbakeviste ESA's klage om at det norske automatmonopolet forfulgte illegitime mål, at det var uegnet til å nå målene og ikke et ledd i en konsistent politikk, og endelig at det var et uforholdsmessig eller unødvendig tiltak.
- (44) Etter EFTA-domstolens avgjørelse reiste høyesterettsjustitiarius i brev av 12. april 2007 til partene spørsmålet om hans tidligere beslutning om plenumsbehandling av saken burde omgjøres.
- (45) NLD's prosessfullmektig hadde allerede meddelt at anken for Høyesterett ble trukket, mens NOAF fant å ville fastholde anken. Saken ble for NLD hevet uten tilkjennelse av saksomkostninger.
- (46) I et omfattende prosesskriv av 18. april 2007 uttalte regjeringsadvokaten seg om sakens videre behandling. Prinsipalt ble det anmodet om at Høyesteretts kjæremålsutvalg omgjør sin beslutning om å henvise anken til Høyesterett, og at anken, etter EFTA-domstolens avgjørelse, nektes fremmet etter tvistemålslovens § 373 tredje ledd nr. 1. Dersom saken ble tatt under realitetsbehandling, uttalte statens prosessfullmektig at "høyesterettsjustitiarius selv må avgjøre om ankesaken fortsatt naturlig hører hjemme i plenum".
- (47) NOAF's prosessfullmektig fant ikke tilstrekkelig grunn til at beslutningen om plenumsbehandling skulle omgjøres.
- (48) Den 20. april 2007 omgjorde høyesterettsjustitiarius beslutningen om plenumsbehandling.
- (49) Ved Høyesteretts kjæremålsutvalgs beslutning 26. april 2007 fant utvalget det "enstemmig klart" at beslutningen 17. oktober 2005 om å henvise anken til Høyesterett "ikke kan omgjøres etter tvistemålsloven § 165 tredje ledd, da en 'erhvervet ret er til hinder' for dette".
- (50) I anken hadde NOAF anført at lagmannsrettens dom er uriktig fordi ingen av de tre vilkårene EØS-retten oppstiller for å anse en restriksjon som automatmonopolet for lovlig, er oppfylt. Således ble anført at monopolet ikke i tilstrekkelig grad er motivert av legitime hensyn, at det ikke er et egnet/konsistent virkemiddel for å nå de legitime mål, og at monopolet heller ikke er et nødvendig virkemiddel i så måte. Etter at EFTA-domstolens avgjørelse forelå, er bare det sistnevnte grunnlaget opprettholdt.
- (51) Som følge av EFTA-domstolens avgjørelse står saken for Høyesterett i en annen stilling enn for lagmannsretten. For øvrig er det lagt frem en del nye dokumenter og skriftlige

erklæringer. Det er også fremlagt en del nytt rettslig materiale, særlig en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i en sak mellom den norske stat og det internasjonale spillskapet Ladbrokes Ltd., avgitt 30. mai 2007. Spørsmålene var forelagt domstolen av Oslo tingrett, som behandler denne saken. Det er også lagt frem noen nyere nasjonale domstolavgjørelser fra EF-land.

- (52) Den ankende part – *Norsk Lotteri- og Automatbransjeforbund (NOAF)* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (53) Staten har bevisbyrden for at automatmonopolet ikke strider mot EØS-retten. Staten har ikke greidd å bevise at enerettsmodellen er nødvendig, og at ikke mindre inngripende reguleringstiltak innenfor rammen av en konsesjonsordning vil være minst like effektive.
- (54) Det er på det rene at nasjonalstater har en vid skjønnsmargin ved fastsettelse av nivået for beskyttelse mot spillavhengighet mv., men ved valg av nødvendige tiltak for å nå det nivået som er bestemt, er det ingen skjønnsmargin. Det følger av EF-domstolens senere praksis og er bekreftet av EFTA-domstolen, sist i saken *Ladbrokes Ltd. mot den norske stat*.
- (55) Således levner heller ikke EFTA-domstolens avgjørelse i den foreliggende sak noen skjønnsmargin til nasjonalstaten ved bedømmelsen av om en restriksjon er nødvendig. Nødvendighetstesten må foretas i alle saker av denne karakter.
- (56) Det avgjørende avsnitt 51 i EFTA-domstolens avgjørelse viser at domstolen har bygget på generelle erfaringssetninger, nærmest antagelser om generelle sammenhenger, uten at det er foretatt en konkret analyse av hvordan en monopolordning vil virke i Norge sammenlignet med de kontrollmuligheter som kan benyttes innenfor rammen av lotteriloven. De generelle og forsiktige antagelser fra domstolens side indikerer at den fant saken tvilsom, og at det skulle lite til før avgjørelsen hadde vippet i motsatt retning. Høyesterett må på vanlig måte gå fullt inn i bevisene og ta selvstendig stilling til om det rettslige kriterium som er fastslått av EFTA-domstolen, er oppfylt i dette konkrete tilfellet.
- (57) Men EFTA-domstolens antagelser er heller ikke riktige på det generelle plan. Anerkjent forskning viser noe annet, særlig arbeidene til dr. Rachel A. Volberg, og ikke minst den rapport hun har utarbeidet sammen med dr. Max W. Abbott om reguleringen av pengespill i Norge. Forskningen viser at monopoler ikke reduserer problemspilling mer effektivt enn regulerte konsesjonsmodeller, snarere tvert om. Ved monopolordninger oppstår en interessekonflikt på statens hånd. Staten skal både regulere/kontrollere og sørge for at det blir gode inntekter til samfunnsnyttige formål. Det er derfor bedre at reguleringen legges til et uavhengig organ som Lotteritilsynet.
- (58) Kulturdepartementets styring av Norsk Tipping har vært beskjeden og ustrukturert. Det foreligger en rapport fra Lotteritilsynet som påviser flere brudd på Retningslinjer for markedsføring av statlige kontrollerte pengespill, fastsatt med hjemmel i pengespilloven. Disse bruddene er EFTA-domstolen ikke gjort kjent med.
- (59) På den annen side har kontrollen med privat spillvirksomhet vært omfattende, og lotteriloven har meget vide hjemler for en inngripende regulering. Det er ingen holdepunkter for at ikke denne kontrollen vil kunne være minst like effektiv som den som

vil bli gjennomført under enerettsmodellen. Ved den sistnevnte modell synes staten for øvrig ensidig å basere seg på eierstyring, ikke i nevneverdig grad på en tilleggskontroll ved uavhengig organ eller forskrifter og retningslinjer.

- (60) Det er derfor uten grunnlag når EFTA-domstolen i avsnitt 51 uttaler at så lenge enerettsmodellen ikke har trådt i kraft, kan domstolen ikke basere seg på en generell antagelse om at modellen ikke oppfyller de krav som følger av proporsjonalitetsprinsippet.
- (61) Norsk Lotteri- og Automatbransjeforbund (NOAF) har lagt ned slik påstand:
- ”1. **Tingrettens dom stadfestes.**
2. **Norsk Automat- og Lotteribransjeforbund (NOAF) tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett, med tillegg av rente etter forsinkelsesloven § 3 fra dommens oppfyllestidspunkt til betaling skjer.”**
- (62) Ankemotparten – *staten v/Kultur- og kirke departementet* – har sammenfatningsvis anført:
- (63) Lagmannsrettens dom er riktig både i begrunnelsen og i resultatet. EFTA-domstolen har frifunnet staten, og denne domstolens avgjørelser må Høyesterett av flere grunner tillegges vesentlig betydning, jf. Rt. 2000 side 1811 på side 1820. Det er ingen grunn til å legge mindre vekt på EFTA-domstolens bevisbedømmelse enn på dens rettsanvendelse. Det fant sted en særdeles omfattende bevisførsel for EFTA-domstolen, visstnok den mest omfattende i domstolens historie.
- (64) Det er bare nye beviser av stor vekt som i tilfelle kan medføre at EFTA-domstolens avgjørelse fravikes. Dette er på ingen måte situasjonen i saken. Ankende part har presentert bevis for Høyesterett som for en stor del er irrelevante i en drøftelse av nødvendighetskriteriet, dels inneholder de ikke noe nytt. Det som er fremlagt av nytt relevant materiale, er uten tyngde.
- (65) Ankende part angriper i realiteten EFTA-domstolens rettsanvendelse på det samme bevisgrunnlag som forelå for denne domstolen. Dommen kan i og for seg leses slik at det ikke er noen skjønnsmargin ved nasjonalstatens vurdering av hva som er et nødvendig tiltak. Men slik kan den ikke forstås – det gjelder på dette punkt en viss skjønnsmargin eller en begrenset prøvingsintensitet. Men dette er uansett ikke avgjørende for saken. Selv ved en ordinær nødvendighetstest må staten gis medhold i at monopolordningen ikke er et uforholdsmessig virkemiddel.
- (66) I nødvendighetsvurderingen er det naturlig å ta utgangspunkt i situasjonen da automatmonopolet ble vedtatt i 2003, og bygge på det som uttales i lovforarbeidene. Disse viser at lovgiveren foretok en meget grundig og velfundert nødvendighetsvurdering. Men i prinsippet er det en nåtidsvurdering som skal foretas. Og behovet for monopolet er enda større i dag.
- (67) Konklusjonen er at for å bekjempe spillavhengighet, er en enerettsordning nødvendig. Det samme kan ikke oppnås ved en regulering av konsesjonsmarkedet. NOAF har på uriktig grunnlag mistenkeliggjort Norsk Tipping, som i sin praksis i all hovedsak har holdt seg

innenfor gjeldende retningslinjer og opptrådt profesjonelt og saklig. Staten har lagt frem for EFTA-domstolen alt materiale som er relevant i saken.

(68) Staten v/Kultur- og kirkedepartementet har lagt ned slik påstand:

- ”1. **Borgarting lagmannsretts dom av 26. august 2005 punkt 1 stadfestes.**
2. **I saksomkostninger for Høyesterett betaler Norsk Lotteri- og Automatbransje Forbund 360.000 – trehundreogsekstifusentusen – kroner til staten v/Kultur- og kirkedepartementet innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse. Fra forfall løper renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum.**
3. **I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Norsk Lotteri- og Automatbransje Forbund 692.140 – sekshundreogtittifusentusenett hundreogførti – kroner til staten v/Kultur- og kirkedepartementet innen 2 – to – uker fra forkynnelse av lagmannsrettens dom. Fra forfall løper renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum.**
4. **I saksomkostninger for tingretten betaler Norsk Lotteri- og Automatbransje Forbund 158.618 – etthundreogfemtiåttifusentusen seks hundreogåttentusent – kroner til staten v/Kultur- og kirkedepartementet innen 2 – to – uker fra forkynnelse av lagmannsrettens dom. Fra forfall løper renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum.**

Subsidiært pkt 2-4:

2. **I saksomkostninger for Høyesterett betaler Norsk Lotteri- og Automatbransje Forbund 120.000 – etthundreogtyvetusen – kroner til staten v/Kultur- og kirkedepartementet innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse. Fra forfall løper renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum.”**

(69) *Jeg er kommet til samme resultat som lagmannsretten, og således til at staten må frifinnes.*

(70) Sakens tvistetema er om innføringen av en enerett for Norsk Tipping til å eie og drive utbetalingsautomater er i strid med EØS-avtalen, nærmere bestemt hoveddelens artikler 31 og 36. Dersom slik motstrid foreligger, må den norske lovgivning som innførte monopolordningen i 2003, vike for EØS-retten, som her gis forrang, se EØS-lovens § 2, jf. § 1.

(71) Artikkel 31 har denne ordlyd:

- ”1. **I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater, eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.**

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapitlet om kapital.

2. **Vedlegg VIII til XI inneholder særlige bestemmelser om etableringsrett.”**

(72) Og artikkel 36 lyder slik:

- ”1. **Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.**
2. **Vedlegg IX til XI inneholder særlige bestemmelser om adgangen til å yte tjenester.”**

- (73) Det er enighet mellom partene om at den vedtatte enerettsordningen for Norsk Tipping er en ”restriksjon” i EØS-avtalens forstand, og at den i utgangspunktet bryter med prinsippene om fri etableringsrett og fri flyt av tjenester, som er nedfelt i de siterte artikler. EFTA-domstolen er av samme oppfatning i dommen i foreliggende sak, se avsnitt 27. I dette avsnitt slår domstolen ellers fast at den aktuelle restriksjonen – monopolordningen – er ikke-diskriminerende ved at den ikke skiller mellom norske og utenlandske operatører av automater. På dette grunnlag kan ordningen således ikke angripes. Jeg slutter meg uten videre til disse utgangspunkter.
- (74) Spørsmålet blir da om den restriksjonen det her er tale om – automatmonopolet – likevel er legitim etter de unntakskriterier eller vilkår som er utviklet i EF-domstolens praksis. De grunnleggende regler og prinsipper som gjelder på dette området, er de samme etter EØS-avtalen som innenfor EF, se EF-traktatens artikkel 43 og artikkel 49. EF-domstolens praksis blir derfor en sentral rettskilde.
- (75) EF-domstolens unntakskriterier er oppsummert i flere dommer, blant annet i en dom av 6. november 2003, der domstolen hadde fått seg forelagt spørsmål i anledning en italiensk straffesak mot Gambelli mfl. Det heter i dommens avsnitt 64 og 65 (i dansk oversettelse):
- ”64. **Restriksjonerne for etableringsfriheten og for den frie udveksling af tjenesteydelser skal dog under alle omstændigheder for at være begrundet opfylde de betingelser, der fremgår af Domstolens praksis. ...**
65. **Ifølge denne praksis skal restriksjonerne være begrundet i tvingende almene hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hva der er nødvendigt for at opnå dette formål. Restriksjonerne skal under alle omstændigheder anvendes uden forskelsbehandling.”**
- (76) Når disse tre unntaksvilkår er oppfylt, vil restriksjonen anses lovlig. Det er staten som her må godtgjøre at vilkårene er oppfylt.
- (77) Som jeg tidligere har nevnt, har ankende part – etter EFTA-domstolens avgjørelse – akseptert at de to første vilkårene er oppfylt ved innføringen av automatmonopolet. NOAF har med andre ord akseptert at monopolet er begrunnet i legitime hensyn – ”tvingende almene hensyn” – og at det er egnet til å oppfylle formålet med reformen, derunder at denne er et ledd i en systematisk og konsekvent spillpolitikk, jf. avsnitt 67 i Gambelli-dommen.
- (78) Før jeg går nærmere inn på unntaksvilkårene, vil jeg kort redegjøre for mitt syn på hvilken vekt EFTA-domstolens avgjørelse i denne saken bør tillegges. Som tidligere nevnt, reiste ESA traktatbruddsøksmål mot Norge, der domstolen nødvendigvis måtte ta stilling til alle sider av saken. Domstolen foretok en fullstendig bevisbedømmelse og rettsanvendelse. Den skriftlige saksforberedelse var meget omfattende og grundig, med

omfangsrrike innlegg fra begge parter, og med ”interventions” og ”observations” fra andre nasjoner og fra Kommisjonen i EU. Den skriftlige prosess ble på vanlig måte etterfulgt av en muntlig høring med anledning til å stille spørsmål.

- (79) Jeg finner det klart at en dom av EFTA-domstolen må tillegges betydelig vekt, i særdeleshet når den har behandlet alle sider ved en sak som senere avgjøres nasjonalt. Jeg viser for så vidt også til det som generelt er uttalt om vekten av EFTA-domstolens avgjørelser i Rt. 2000 side 1811 på side 1820, der bakgrunnen var en foreleggelsesak, og ikke en traktatbruddsak. Etter først å ha pekt på at Høyesterett måtte ta selvstendig stilling til de spørsmål saken reiste, fortsatte førstvoterende på vegne av den samlede Høyesterett:

”Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt. Dette følger etter min mening allerede av den omstendighet at EFTA-statene i samsvar med EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2 ved inngåelsen av ODA-avtalen har funnet grunn til å opprette denne domstolen, blant annet for å nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Også reelle grunner taler for dette. Rettskildebruken innen EØS-retten kan avvike fra den nasjonale. Dette gjør at EFTA-domstolen med sin særlige kunnskap bør kunne uttale seg med betydelig autoritet.”

- (80) Det kan ikke ha betydning at NOAF ikke var part i saken for EFTA-domstolen. NOAF klaget Norge inn for ESA og har gjort sine synspunkter kjent.
- (81) Det er innlysende at EFTA-domstolens generelle forståelse av EØS-retten må ha stor gjennomslagskraft i norske domstoler. Det samme gjelder EFTA-domstolens konkrete rettsanvendelse i et traktatbruddsøksmål. Det er ikke den samme grunn til å tillegge EFTA-domstolens bevisbedømmelse selvstendig betydning. I den foreliggende sak er det imidlertid først og fremst tale om subsumsjon, ikke egentlig bevisbedømmelse.
- (82) Selv om de to første vilkårene for unntak, de tvingende allmenne hensyn bak og egnetheten av automatmonopolet, som nevnt ikke er bestridt, finner jeg grunn til kort å redegjøre for det som etter mitt syn her må legges til grunn.
- (83) Når det gjelder formålet med monopolet, er det av særlig interesse å gå til forarbeidene til endringsloven fra 2003. Etter en fremstilling av de tiltagende problemene med utbetalingsautomatene, heter det således i Ot.prp. nr. 44 (2002-2003) side 5:

”Regjeringen fremmer i denne proposisjonen flere forslag som tar nye grep om disse spørsmålene. Hovedbegrunnelsen for regjeringens forslag om opprydding på gevinstautomatmarkedet er et ønske om å kunne bekjempe spilleavhengighet og forebygge kriminalitet mer effektivt, få bedre kontroll med misligheter i bransjen, og kunne håndheve 18 års grensen strengere.”

- (84) EFTA-domstolen fremhever i sin dom at uttalelser i proposisjoner og stortingsdokumenter må tillegges større betydning enn tidligere dokumenter og utkast, se avsnitt 33.
- (85) Som lagmannsretten tok EFTA-domstolen avstand fra at det mål med automatmonopolet som gikk ut på å hindre for stor nedgang i inntektene, var en hovedbegrunnelse for reformen, slik ESA hadde anført i sin ”application” (stevning), se avsnitt 39 i dommen. Jeg er enig i dette.

- (86) Om det andre unntaksvilkåret, egnetheten, er å bemerke at lagmannsretten og EFTA-domstolen fant grunn til å rette søkelyset mot sammenlignbare spill, fortrinnsvis de som hittil har vært administrert av Norsk Tipping. På den bakgrunn kom både lagmannsretten og EFTA-domstolen til at monopolordningen var egnet til å redusere spillavhengighet mv., og at den fremsto som ledd i sammenhengende og systematiske bestrebelser for å nå dette mål. Begge domstoler fant at Norsk Tippings markedsføring av sine spill, ikke rokket ved den konklusjonen. De viste til at utbetalingsautomatene fremsto som klart farligere enn de pengespill som Norsk Tipping hadde ansvaret for. Dette er en vurdering jeg slutter meg til.
- (87) Jeg går så over til å behandle det tredje unntaksvilkåret, som her er det sentrale.
- (88) Dette vilkåret innebærer at restriksjonen må være nødvendig eller i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet. Det er uttrykt slik av EFTA-domstolen i denne saken (avsnitt 49):
- ”The necessity of the contested legislation thus requires that the introduction of a monopoly leads to a more effective achievement of the aims set than other less restrictive measures.”**
- (89) Problemstillingen er således om innføring av automatmonopolet gir mulighet for en mer effektiv bekjempelse av spillavhengighet mv. enn en offentlig regulering av det private, konsesjonsbaserte automatmarkedet med alle sine operatører og organisasjoner.
- (90) Før jeg går nærmere inn i denne problemstillingen, peker jeg på at det er en indre sammenheng mellom de tre kumulative unntaksvilkårene. Det er for det første slik at argumenter som brukes for å vise at ett av vilkårene er eller ikke er oppfylt, etter omstendighetene vil kunne benyttes tilsvarende for et annet vilkår. Eksempelvis aksepterer ankende part nå at automatmonopolet er egnet til og ledd i en sammenhengende og systematisk politikk for å redusere spillavhengighet, men argumenterer for at monopolet er unødvendig blant annet fordi Norsk Tipping har gått for langt i sin markedsføring av sine pengespill og gjort seg skyldig i en rekke overtramp uten at tilsynsmyndigheten har funnet grunn til å gripe inn overfor spillskapet. Sistnevnte argument benyttet ankende part i tidligere faser av saken for at monopolet ikke er en del av en konsekvent og systematisk spillpolitikk. Dette illustrerer at vilkårene i noen grad glir over i hverandre.
- (91) Dernest er det også den sammenheng mellom vilkårene at dersom en restriksjon først er motivert av tvingende allmenne hensyn og dessuten egnet til å ivareta disse hensyn, skal det mye til for at restriksjonen er uforholdsmessig eller ”not disproportionate to the aim pursued”, jf. EFTA-domstolens avsnitt 48.
- (92) Ankende part har – særlig under saksforberedelsen for Høyesterett – fremholdt at det nå er fremlagt nye bevis som rokker ved det grunnlag EFTA-domstolens avgjørelse bygger på. Det er særlig vist til at Norsk Tipping har begått en rekke brudd på etiske retningslinjer i markedsføringen av sine pengespill, og at disse ikke er gjort kjent for EFTA-domstolen.
- (93) Det som her fremholdes som nye bevis, har primært relevans ved det andre unntaksvilkåret – spørsmålet om restriksjonens egnethet. Dertil kommer at de rapporter fra Lotteritilsynet om kontroll av Norsk Tippings markedsføring som nå er fremlagt, ikke

i nevneverdig grad støtter ankende parts synspunkt. I rapporten for første halvår 2006 konkluderes det med at ”det meste av markedsføringa (er) informativ reklame, og informasjon som er gitt på ein sakleg og nøytral måte”. Og rapporten fortsetter: ”Når tilsynet likevel har vurdert at Norsk Tipping har nokre brot på retningslinjene, har det samanheng med at vi har lagt oss på ei streng tolking av retningslinjene.” I rapporten for annet halvår 2006 er hovedkonklusjonen den samme som i foregående rapport, selv om det var funnet noen ”avvik” ved markedsføringen av Lotto og Viking Lotto.

- (94) Jeg kan ikke se at ankende part for øvrig har fremlagt nye bevis av nevneverdig relevans eller tyngde.
- (95) Ankende parts øvrige argumentasjon knytter seg til det samme bevisgrunnlag som forelå for lagmannsretten og EFTA-domstolen. Det anføres at staten ikke har oppfylt sin ”bevisbyrde”, og at EFTA-domstolen har sviktet i bevisbedømmelsen. Disse anførsler må forstås på bakgrunn av at ankende part sterkt fremhever at det ikke gjelder noen skjønnsmargin for nasjonalstaten ved spørsmålet om en restriksjon er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet.
- (96) Jeg skal i det følgende se nærmere på spørsmålet om det gjelder en viss skjønnsmargin, eller begrenset prøvingsintensitet om man vil, ved bedømmelsen av om kravet til proporsjonalitet er oppfylt.
- (97) Det fremgår klart av EF-domstolens praksis at nasjonalstaten har full frihet til å fastsette det beskyttelsesnivå man ønsker i bekjempelsen av spillavhengighet mv. Jeg viser her for eksempel til EF-domstolens dom av 21. oktober 1999 i sak mellom den italienske stat og Zenatti avsnitt 33.
- (98) En slik vid skjønnsmargin kan ikke legges til grunn ved anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet. Her følger det riktignok av EF-domstolens praksis at restriksjonen må gjennom en nødvendighetstest, i den forstand at den ikke må være uforholdsmessig. Når mindre inngripende virkemidler vil gi et minst like godt resultat, skal disse velges, se for eksempel Gambelli-dommen avsnitt 74, jf. 65-66. I en fersk dom fra EFTA-domstolen i den tidligere nevnte Ladbrokes-saken er dette uttrykt slik (avsnitt 55):

”Selv om avtalepartene har frihet til å velge beskyttelsesnivå på pengespillområdet, betyr ikke dette at nødvendigheten av tiltakene er skjermet fra rettslig prøving.”

- (99) Jeg viser også til avsnitt 29 i EFTA-domstolens dom i den foreliggende saken.
- (100) Men selv om det på denne bakgrunn er klart at automatmonopolet må gjennom nødvendighetstesten, kan man ikke, så vidt jeg kan se, finne noen uttalelser i foreliggende praksis som direkte sier noe om med hvilken intensitet prøvingen skal skje.
- (101) Slik jeg forstår EFTA-domstolens avgjørelse i saken, har den vært tilbakeholden i sin overprøving av Norges beslutning om å innføre automatmonopol som nødvendig virkemiddel for å redusere spillavhengighet mv. Jeg mener dette fremgår av det viktige avsnitt 51 i dommen, som jeg finner grunn til å sitere i sin helhet:

”The public interest objectives which the national legislation is aimed at must be considered as a whole. In the Court’s view, it is reasonable to assume that a monopoly

operator in the field of gaming machines subject to effective control by the competent public authorities will tend to accommodate legitimate concerns of fighting gambling addiction better than a commercial operator or organisations whose humanitarian or socially beneficial activities partly rely on revenues from gaming machines.

Furthermore, it is plausible to assume that in principle the State can more easily control and direct a wholly State-owned operator than private operators. Through its ownership role, the State has additional ways of influencing the behaviour of the operator besides public law regulations and surveillance. In fact, the effectiveness of public control and enforcement of a genuinely restrictive approach to machine gaming are the focal point of the proportionality assessment in this case. In a situation where the reform of the gaming machine regulation in Norway has not yet taken effect, the Court cannot base itself on the general assumption that public control and policy enforcement will not satisfy these requirements.”

- (102) De viktigste passasjer i domstolens avgjørelsesgrunner gir, slik jeg ser det, uttrykk for alminnelige erfaringssetninger. Det sies således at det er rimelig å anta – ”reasonable to assume” – at en enerettsinnehaver av spilleautomater, som er undergitt effektiv kontroll av kompetente offentlige myndigheter, bedre vil komme legitime bekymringer om spillavhengighet i møte enn en kommersiell operatør. Denne uttalelsen knytter seg ikke spesifikt til et statlig monopol, men til monopoler generelt. Videre uttaler domstolen at det er rimelig å anta – ”plausible to assume” – at staten prinsipielt sett lettere vil kunne føre kontroll med en statlig operatør av spilleautomater enn med private operatører.
- (103) Det er derfor riktig, som ankende part har fremholdt, at EFTA-domstolen ikke har gjennomført en utførlig vurdering av norske forhold spesielt. Dette til tross for at domstolen fikk presentert et meget omfattende bevismateriale, derunder internasjonale forskningsresultater, som angivelig generelt viser at monopolordninger snarere er mindre egnede til å redusere spillavhengighet enn andre ordninger. Denne forskning, som lagmannsretten ikke fant grunn til å legge vekt på, har EFTA-domstolen åpenbart bedømt på samme måte. Jeg er enig i at de aktuelle forskningsresultater har begrenset relevans for den automatmonopolordning som er vedtatt her i landet, og som ennå ikke har fått virke. I den forbindelse vil jeg vise til siste setning i avsnitt 51, der domstolen nettopp peker på at når reformen ikke er trådt i kraft, kan man ikke basere seg på en generell antagelse om at den ikke vil tilfredsstille de krav som følger av proporsjonalitetsprinsippet. Jeg tilføyer at det nettopp er automatmonopolets kontrollpotensiale, som er det bærende element i dets begrunnelse.
- (104) Når EFTA-domstolen har vært så vidt tilbakeholden med å overprøve de lovgivende myndigheters bedømmelse av nødvendigheten av å innføre automatmonopolet, kan jeg ikke se det annerledes enn at domstolen reelt har innrømmet nasjonalstaten en viss margin for skjønn, som domstolen avstår fra å overprøve.
- (105) Det er en iøynefallende likhet mellom EFTA-domstolens syn på monopolets fortrinn, slik det kommer til uttrykk i avsnitt 51, og den argumentasjon som flertallet i Stortinget førte for samme standpunkt. I Innst. O. nr. 124 (2002-2003) uttaler således flertallet på side 18 blant annet at ”enerettsmodellen er en forutsetning for en mest mulig samfunnsmessig forsvarlig innretning av spilleautomatmarkedet i Norge”, og videre at denne modellen ”vil innebære optimale kontrollmuligheter og at automatenes funksjonsområde raskt kan endres, etter hvert som kunnskapen øker i forhold til hvilke faktorer som øker risikoen for spillavhengighet”. Mindretallet – Fremskrittspartiet – mente at enerettsmodellen ”gir noen fordeler for en effektiv styring av gevinstautomatmarkedet, men mest ulemper”. Ulempene det ble siktet til, var blant annet at en statsråd ville bli sittende med makt til å

kontrollere spillvirksomheten samtidig som staten ville ha kommersiell interesse i inntektene fra virksomheten.

- (106) Dette viser etter min mening at EFTA-domstolens moderate prøvingsintensitet i denne saken er i god harmoni med den norske tradisjon ved domstolsprøving av vurderinger av utpreget politisk karakter.
- (107) Jeg finner det hensiktsmessig avslutningsvis å summere opp mine hovedsynspunkter:
- (108) EFTA-domstolens vurderinger og subsumsjon må få betydelig vekt i denne saken. Det er ikke fremlagt for Høyesterett noe nytt bevismateriale, som ikke forelå for EFTA-domstolen, og som er av betydning. De generelle erfaringssetninger som EFTA-domstolen bygde på i sin avgjørelse av om nødvendighetsvilkåret var oppfylt, viser at domstolen på dette punkt har lagt seg på en begrenset prøvingsintensitet. EFTA-domstolens avgjørelsesgrunner er stort sett sammenfallende med de synspunkter som regjeringen og stortingsflertallet fremførte som begrunnelse for lovendringen i 2003. Det som er fremkommet for Høyesterett, gir ikke grunnlag for å vurdere spørsmålet på en annen måte. Det er ikke grunnlag for å anta annet enn at automatmonopolet vil fungere etter hensikten, og således innebære en kontroll og styring med enerettsinnehaveren Norsk Tipping som oppfyller nødvendighetsvilkåret.
- (109) Lagmannsrettens dom må etter dette stadfestes.
- (110) Anken har ikke ført frem, og NOAF skulle etter hovedregelen pålegges å erstatte statens saksomkostninger. Jeg finner likevel at saksomkostninger ikke bør tilkjennes for noen instans frem til EFTA-domstolens avgjørelse forelå. Saken har reist vanskelige og prinsipielle spørsmål, som det var viktig å få avklart. Men i og med at en slik avklaring langt på vei fant sted med EFTA-domstolens avgjørelse, finner jeg at statens saksomkostninger for Høyesterett påløpt etter denne dommen må tilkjennes. Det er for dette tidsrom krevet 120 000 kroner, som jeg ikke har noe å bemerke til.
- (111) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, stadfestes.
2. Saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten tilkjennes ikke.
3. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Norsk Lotteri- og Automatbransjeforbund 120 000 – etthundreogtyvetusen – kroner til staten v/Kultur- og kirke departementet innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrentelovens § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

- (112) Dommer **Skoghøy:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (113) Kst. dommer **Falkanger:** Likeså.
- (114) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (115) Dommer **Tjomsland:** Likeså.
- (116) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, stadfestes.
2. Saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten tilkjennes ikke.
3. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Norsk Lotteri- og Automatbransjeforbund 120 000 – etthundreogtyvetusen – kroner til staten v/Kultur- og kirke departementet innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrentelovens § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

Riktig utskrift bekreftes: