

Rapport för Riksrevisionen

Maj 2012¹

Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv

Av Jörgen Hettne²

¹ Visst förtydligande avseende version januari 2012

² Juris doktor i europeisk integrationsrätt. Stf direktör och forskare vid Svenska institutet för europapolitiska studier (Sieps) samt docent vid Lunds universitet.

Innehåll

Sammanfattning	4
1. Uppdraget	6
2. Upplägg	7
3. Inledning.....	7
4. EU-rättsliga krav	8
4.1 EU:s regler om etableringsfrihet och tjänster	9
4.1.1 Etableringsfrihet	9
4.1.2 Fri rörlighet för tjänster	12
4.1.3 Skillnaden mellan Etablering och tjänst.....	13
4.2 Tidig rättspraxis på spelområdet (Schindler till Zenatti)	15
4.2.1 Schindler-målet	15
4.2.2 Läära-målet.....	16
4.2.3 Zenatti-målet	17
4.3 EU-domstolen skärper tonläget.....	17
4.3.1 Gambelli-målet.....	17
4.3.2 Placanica-målet	18
4.3.3 EFTA-domstolens dom av den 14 mars 2004 (mål E-1/06)	20
4.4 EU-domstolen backar?	22
4.5 Senare rättspraxis – en systematik växer fram	26
4.5.1 Sammanhängande och systematisk politik.....	26
4.5.2 Preciseringar av kraven vid tillståndsgivning	32
5. Den svenska spelregleringen	37
5.1 Den nuvarande ordningen	37
5.2 Den svenska spelregleringen prövas	38
5.2.1 Wermdökrogmålet.....	39
5.2.2 Utvecklingen efter Wermdö-krog	41
5.2.3 Generaladvokatens förslag till avgörande i målen C-447/08 och C-448/08 Sjöberg och Gerdin	42
5.2.4 EU-domstolens dom av den 8 juli 2010 i de förenade målen C-447/08 och C-448/08; Sjöberg och Gerdin	46
5.2.5 Den fortsatta processen i Sverige i Sjöberg och Gerdin-målet	48
6. Svenska utredningar angående spelmarknaden.....	50
6.1 Spel i en föränderlig värld (SOU 2006:11)	51
6.1.1 Behov av ny reglering	51
6.1.2 Marknadsföring	52
6.1.3 Alternativ modell.....	53
6.2 En framtida spelreglering (SOU 2008:124)	54
6.2.1 En ny lotterilag	54
6.2.2 Marknadsföringsregler och förebyggande åtgärder	55
6.2.3 Ny modell för tillståndsgivning.....	55
7. Överväganden.....	56
7.1 Inledning.....	56

7.2 Hur motiveras att privata företag tjänar pengar på den svenska spelmarknaden medan andra privata företag inte släpps in?.....	58
7.3 Hur motiveras att den svenska politiken hade kunnat genomföras på ett sätt som begränsar konkurrens och frihandel i mindre utsträckning?	61
7.4 Hur motiveras att de sociala skyddsintressena är totalt sett relativt undanskymda i den svenska spelpolitiken?.....	62
7.5 Hur motiveras att det svenska systemet tillåter att en mycket stor del av de statliga bolagens vinst på spelverksamhet går direkt till statskassan och inte är öronmärkta för sociala ändamål?	63
7.6 Hur motiveras att Svenska Spel tillåts konkurrera inom samma spelsegmentsmarknad som de ideella organisationerna?	63
7.7. Är de krav som ställs vid tillståndsgivningen i Sverige förenliga med EU-rätten?	67
8. Kommissionens överträdelseärenden mot Sverige	70
9. Slutsatser	71

Sammanfattning

Det kan konstateras att all form av statlig reglering av nationella spelmarknader (system med tillstånd eller exklusiva rättigheter) innebär inskränkningar i den fria rörligheten för speltjänster på EU:s inre marknad (i synnerhet fri rörlighet för tjänster och etableringsfrihet). EU-rätten ställer därför följande generella krav på nationella spelregleringar:

- De måste tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt
- De måste framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande samhällsintresse (allmän ordning, minska spelberoendet mm)
- Vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och
- Inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.

Därutöver måste licens- och koncessionssystem överensstämja med EU:s allmänna förvaltningsrättsliga principer (framför allt kraven på transparens eller insyn, motivering och rättsmedel).

Ett övergripande krav som har blivit särskilt betydelsefullt på spelområdet är att den nationella regleringen måste framstå som sammanhängande och systematisk. Detta krav kan betraktas som ett utflöde av kravet på proportionalitet. Det kan uttryckas som att den politik som i praktiken förs, t.ex. genom statligt kontrollerade bolag, på ett objektivt sätt måste kunna leda till uppfyllandet av de mål som eftersträvas i den bakomliggande lagstiftningen. Annars är inte den nationella regleringen ”ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas” vilket är ett krav som följer av proportionalitetsprincipen.

Den svenska spelregleringen har granskats och accepterats av EU domstolen i målet Sjöberg och Gerdin (C-447/08 och C-448/08). EU-domstolen påpekade i detta mål att:

”Kulturella, moraliska eller religiösa överväganden kan motivera inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster för arrangörer av hasardspel, bl.a. eftersom det kan anses oacceptabelt att tillåta att privata vinstintressen drar nytta av ett socialt gissel eller spelares svaghet och olycka. Enligt den värdeskala som är specifik för varje medlemsstat, och med beaktande av medlemsstaternas utrymme för skönsässig bedömning, är det således tillåtet för en medlemsstat att begränsa anordnandet av hasardspel och att förbehålla offentliga organ eller allmännyttiga organisationer anordnandet av sådana spel.”³

Slutsatsen som kan dras härav är att det inte i sig är problematiskt från ett EU-rättsligt perspektiv att svenska staten drar in åtskilliga miljarder till statskassan genom offentligt kontrollerade bolag, eftersom syftet med detta är att *hålla privata vinstintressen borta*.

³ Punkt 43 i domen.

Mot denna bakgrund är det emellertid viktigt att de statliga bolagen och de ideella organisationer som erhållit tillstånd agerar på den svenska marknaden på ett ansvarfullt sätt. Aktörerna på den svenska marknaden bör i synnerhet inte agera på ett sätt som tyder på att det finns ett underliggande intresse av vinstmaximering.

Det kan därför vara ett potentiellt problem att det finns möjligheter att som underleverantör till svenska ideella föreningar bedriva en kommersiellt inriktad spelverksamhet. Om det visar sig att de föreningar som erhållit tillstånd i praktiken är vinstdrivande och enbart skenbart är ideella kan syftet med den svenska regleringen – att hålla privata vinstintressen borta – undergrävas.

Denna problembild förstärks av avsaknaden av tydliga krav på måttfullhet när det gäller marknadsföring av speltjänster. Det kan konstateras att dessa tjänster marknadsförs som vilken kommersiell verksamhet som helst på den svenska marknaden trots att spelregleringen vilar på grundtanken att det handlar om verksamhet som är potentiellt farlig för konsumenterna.

Då privata vinstintressen inte tillåts dra nytta av spelares svaghet och olycka och där i princip hela den lagliga nationella spelmarknaden är förbehållen offentligt kontrollerade organ eller allmännyttiga organisationer, tillåts bara marknadsföringsåtgärder i *kanaliseringssyfte*. I senare rättspraxis har EU-domstolen varit tydlig med vad detta innebär. Domstolen har medgett att de lagliga aktörerna måste utgöra ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet, vilket i sig kan innebära att de får tillhandahålla ett omfattande spelsortiment, göra reklam i viss omfattning och använda ny distributionsteknik. Den reklam som innehavaren av ett statligt monopol eventuellt gör för sitt utbud måste dock vara måttfull och inte gå utöver vad som är absolut nödvändigt för att styra konsumenterna till tillåtna spel. Reklamen får i synnerhet inte uppmuntra konsumenternas naturliga benägenhet att roas av spel genom att locka dem till aktivt deltagande, såsom genom att banalisera spelandet eller ge det en positiv image genom att hänvisa till att spelintäkterna går till verksamhet av allmänintresse eller genom att förstärka spelens dragningskraft med anslående reklambudskap där stora spelvinster förespeglas.

Mot denna bakgrund är det vidare anmärkningsvärt att det förekommer en inte obetydlig konkurrens mellan Svenska Spel och de ideella organisationerna som har beviljats tillstånd på den svenska marknaden. Den restriktiva svenska spelpolitiken framstår inte som sammanhängande och systematisk om den s.k. kanaliseringen från otillåtna spelformer till statligt kontrollerade former även innefattar att locka över spelare från svenska allmännyttiga organisationerna med tillstånd till offentligt kontrollerade bolag (två fullt lagliga alternativ). En sådan konkurrenssituation leder till en i spelmissbruksperspektiv ohälsosam kamp om spelare på den svenska marknaden, vilket knappast kan beskrivas som något annat än en expansionistisk marknadsföringspolitik som skapar tillväxt på spelmarknaden. Detta främjar inte syftet att hålla nere spelandet och minska risken för spelmissbruk.

Mot denna bakgrund bör konkurrensen mellan Svenska Spel och de ideella organisationerna undvikas eller i vart fall inte stimuleras. Att dessa aktörer konkurrerar på samma marknad leder oundvikligen till ett ökat spelande samtidigt som deras olika förutsättningar och Svenska Spels särställning gör att konkurrensförhållandet mellan dessa aktörer i sig kan framstå som problematiskt mot bakgrund av både EU:s och Sveriges konkurrensregler.

1. Uppdraget

Jag har fått i uppdrag av Riksrevisionen att analysera EU-rättens inverkan på den svenska spelregleringen. I uppdraget ingår att kortfattat beskriva hur EU:s fördragsregler blir tillämpliga och vilka av EU:s fördragsregler som gäller för regering och riksdag vid utformning av nationella regler på den svenska spelmarknaden. Vidare ska den svenska spelregleringen och den EU-rätt som har en påverkan på svensk spellagstiftning behandlas. Arbetet ska ta sin utgångspunkt i SOU 2006:11 och SOU 2008:124 och beskriva utvecklingen av praxis sedan dess. En analys och bedömning ska göras utifrån det rättsliga nuläget med avseende på de risker som finns att den svenska spelregleringen inte överensstämmer med EU-rätten samt bl.a. tydliggöra vilka konsekvenser detta kan ge samt vilka åtgärder regeringen skulle ha gjort/kan göra till följd av detta. Vissa paralleller ska dras till alkoholregleringen i den mån det kan illustrera skillnader eller likheter med spelregleringen, t.ex. vad gäller marknadsföring. I uppdraget ingår vidare att undersöka aktuell status på de svenska överklagandeärendena hos Europeiska kommissionen och peka på svagheter som skulle kunna få framtida konsekvenser för svensk spelreglering.

Därutöver ska göras en bedömning av nedanstående preliminära iakttagelser, som Riksrevisionen gjort i en förstudie, vilka uppfattas som problematiska i förhållande till EU-rätten.

- Vissa privata företag utan allmännyttigt ändamål får verka på den svenska marknaden medan andra nekas tillträde (diskriminering)
- Indikationer finns att den svenska spelregleringen riskerar att begränsa konkurrensen mer än nödvändigt (proportionalitet)
- Indikationer finns att de sociala skyddsintressena inte är tillräckligt prioriterade
- En bokföringsmässig förändring riskerar att minska statens avsättning till allmännyttiga ändamål från Svenska Spels vinst
- Nuvarande utformning av spelregleringen försvårar efterlevnaden av spelregleringens främjandeförbud och underlättar för utländska aktörer att inträda på marknaden och marknadsföra sina tjänster

- Det råder konkurrens mellan olika typer av aktörer, vilka har olika förutsättningar, på den svenska spelmarknaden. En fråga som aktualiseras är om detta kan vara problematiskt i förhållandet till EU-rätten.

2. Upplägg

Rapporten är upplagd på följande sätt. Efter en kort inledning berörs de EU-rättsliga krav som är av relevans för den svenska spelregleringen (kapitel 4). Först behandlas de fördragsbestämmelser som är av betydelse från ett allmänt perspektiv, sedan visas hur dessa har tillämpats med avseende på nationella spelregleringar inom EU. Rättspraxis från EU-domstolen som ligger före den senaste svenska utredningen i tiden (2008) behandlas förhållandevis kortfattat medan rättspraxis av senare datum behandlas mer utförligt. Det ska understrykas att tolkningen av rättspraxis är helt avgörande för bedömningen av hur den nuvarande svenska spelregleringen förhåller sig till de EU-rättsliga kraven. Genom att ge tämligen utförliga referat av de mest centrala domarna hoppas jag ge läsarna av denna rapport en möjlighet att dels dra egna slutsatser av denna rättspraxis, dels möjlighet att granska mina slutsatser. Viktigare rättspraxis som EU-domstolen själv hänvisat till i sina domar återges inom parentes i referaten. I kapitel 5 behandlas sedan den svenska spelregleringen särskilt. EU-domstolens dom i målet Sjöberg och Gerdin, som inte har kunnat beaktas av någon svensk offentlig utredning, ges här stort utrymme. Därefter sammanfattas i kapitel 6 slutsatserna från 2006 och 2008 års utredningar. I kapitel 7 kommer jag sedan in på personliga överväganden där Riksrevisionens iakttagelser tas upp och diskuteras. I kapitel 8 redogörs för de överträdelseärenden som inletts mot Sverige på spelområdet och diskuteras vilken relevans de har i dag. I kapitel 9 presenteras slutligen mina sammantagna slutsatser och rekommendationer.

3. Inledning

Den kommersiella utvecklingen av spelmarknaden i Europa och världen i övrigt har gått med stormfart under senare tid. Marknadsutvecklingen hänger nära samman med den tekniska utvecklingen, framför allt utvecklingen av Internet och dess integration med mobil telefoni. Som ofta är fallet när den tekniska utvecklingen går fort, har lagstiftaren (eller som i detta fall lagstiftarna) inte hängt med. En viktig faktor i sammanhanget är att spel- och lotteriverksamhet utgör tjänster i EU-rättslig mening som i princip ska kunna omsättas fritt på EU:s inre marknad. Samtidigt omgärdas spel och lotteriverksamhet traditionellt av betydande begränsningar i alla medlemsstater, vilket gör att frågan uppstår vilka begränsningar som är tillåtna enligt EU-rätten. Innan Internets genombrott i slutet på 1990-talet var den europeiska spelmarknaden uppdelad i separata, isolerade och hårt reglerade spelmarknader. Denna struktur är även idag i stort sett intakt i formell mening. Privata spelföretag har emellertid växt

fram och Internets gränslösa natur har gjort att de nationella regleringarna med monopol och ensamrätter har blivit delvis verkningslösa.

Det ökade utbudet av speltjänster har mötts av en ökad efterfråga, vilket har gjort att tidigare ambitioner med de nationella spelregleringarna att hålla nere spelandet har tett sig grovt orealistiska. Det talas därför inte längre på allvar om att genom nationella åtgärder minska spelandet, utan istället om att kanalisera spelandet till förhållandevis säkra och kontrollerade statliga alternativ. Det är dock svårt att kanalisera, dvs. locka över spelarna, till dessa alternativ utan att samtidigt avskärma dem från andra okontrollerade, ofta attraktiva alternativ som finns tillgängliga via Internet. Det dyker därför upp nya nationella skyddsåtgärder i form av blockering av IP-adresser och bankbetalningar, vilket gör att handelsbarriärer som i ett europeiskt integrationsperspektiv måste anses som principiellt oacceptabla nu börjar inrättas elektronisk i vissa medlemsstater. Den senaste svenska spelutredningen (SOU 2008:124) diskuterade en sådan ordning. På s. 246 anförs att:

”Att föreslå en nationell licens och samtidigt möjliggöra för spelbolag från utlandet att med tillstånd från andra stater erbjuda spel över Internet fyller ingen funktion. I det fallet finns inget incitament att söka licens i Sverige om villkoren för licenser är bättre i någon annan stat. För att kunna föreslå en öppning av den svenska spelregleringen krävs att främjandeförbudet kan skärpas. Detta kan ske i två avseenden dels genom IP-blockeringar och dels genom förbud för penningtransaktioner av spelinsatser och spelvinster. Ett av syftena med de förslag som nu nämnts är att de spel som i dag sker på utländska webbsidor bör kanaliseras till de tillståndsgivna aktörerna i Sverige. Detta kan då leda till att omsättningen på den svenska reglerade spelmarknaden kommer att kunna öka med Spelutredningens förslag.”

Ett alternativ till att medlemsstaterna inom EU skyddar sina egna nationella marknader är naturligtvis att man gör som med annan ekonomisk verksamhet där skillnaderna mellan medlemsländernas nationella lagstiftning är påtaglig, nämligen att genom europeisk harmoniseringslagstiftning utjämna de olikheter som föranleder problemen. Europeiska kommissionen har varit inne på detta vid flera tillfällen och senast genom grönboken om onlinespel på den inre marknaden (KOM(2011) 128 slutlig). Kommissionens syfte med grönboken är att åstadkomma ett samråd med medlemsstaterna, rådet och Europaparlamentet för att bidra till att en rättslig ram för onlinespel växer fram i medlemsstaterna så att rättssäkerheten ökar för alla berörda parter. Samrådet bör enligt kommissionen omfatta alla relevanta mål av allmänintresse som onlinespelverksamhet berör och bör göra det möjligt att hitta de bästa möjliga sätten att förena dessa mål med principerna för den inre marknaden.

4. EU-rättsliga krav

I detta avsnitt ska de krav på nationella spelregleringar som följer av EU-rätten presenteras och diskuteras. Det ska redan inledningsvis nämnas att det saknas bindande sekundärlagstiftning av omedelbar relevans för speltjänster. Som nämnades ovan har kommissionen vid flera tillfällen försökt påbörja en harmonisering av nationell lagstiftning på

spelområdet men inte lyckats förmå medlemsstaterna att medverka till detta. Den redovisning som följer präglas därför av den rättspraxis som har utvecklats av EU-domstolen under de senaste 20 åren. Först ska dock de EU-bestämmelser som är relevanta kortfattat presenteras.

4.1 EU:s regler om etableringsfrihet och tjänster

4.1.1 Etableringsfrihet

Med den fria etableringsrätten inom EU avses att egenföretagare och bolag i en av EU:s medlemsstater har rätt att starta och utöva verksamhet i en annan av EU:s medlemsstater.

I artikel 49 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) anges att:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten ska innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 54 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.”

Etableringsrätten enligt artikel 49-55 FEUF gäller alltså dels för juridiska personer, dvs. bolag som har bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom unionen (artikel 54), dels för fysiska personer som är medborgare i en medlemsstat i EU. Det är uppenbart att bolag kan vara etablerade i flera medlemsstater. Det ska enligt artikel 49 kunna upprätta kontor, filialer eller dotterbolag i annan medlemsstat. Denna rätt gäller emellertid även fysiska personer. EU-domstolen har fastställt att utövare av fria yrken kan etablera sig i en annan medlemsstat genom att upprätta ”ett andra näringsställe”.⁴ EU-domstolen har understrukit att det ska stå de ekonomiska aktörerna fritt att välja den juridiska form som är lämplig för att bedriva deras verksamhet i en annan medlemsstat.⁵ Enligt rättspraxis kan en medlemsstat sålunda inte kräva att viss verksamhet endast får utövas av sådana bolag som där har sitt säte och därigenom hindra att andra etableringsformer kan användas.⁶

Med "bolag" förstås enligt artikel 54 FEUF bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte. Det framgår dock av

⁴ Mål 107/83, Klopp, REG 1984, s. 2971, punkt 19.

⁵ Mål 270/83, Kommissionen mot Frankrike, REG 1986, s. 273, punkt 22.

⁶ Mål C-101/94, kommissionen mot Italien, REG 1996 s. I-2691.

rättspraxis att även bolag som inte är vinstdrivande kan omfattas av fördragets bestämmelser om etableringsfrihet.⁷ För bolagens vidkommande tjänar alltså platsen för sätet, huvudkontoret eller den huvudsakliga verksamheten till att fastställa deras anknytning till en stats rättsordning, på samma sätt som nationaliteten när det gäller fysiska personer.⁸

Begreppet etablering är ett mycket vittomfattande begrepp som innebär en möjlighet för företag och medborgare i EU att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten och dra fördel av detta. Etableringsfriheten ska på så sätt befrämja det ekonomiska och sociala utbytet inom EU.⁹ Inskränkningar i etableringsfriheten kan röra alla krav som hör samman med att en tjänsteleverantör etablerar sig, oavsett om kraven gäller på nationell, regional eller lokal nivå.

När ett företag har etablerat sig eller upprättat en filial, agentur eller kontor i en annan medlemsstat har det alltså samma rättigheter och skyldigheter, förmåner och sociala fördelar som de i medlemsstaten hemmahörande företagen har. Det framgår av domstolens rättspraxis¹⁰ att reglerna om likabehandling – och därmed kravet på nationell behandling – inte endast förbjuder öppen diskriminering på grund av nationalitet, eller säte när det gäller bolag, utan även varje form av dold diskriminering som genom tillämpning av andra särskiljande kriterier faktiskt leder till samma resultat.¹¹

Etableringsfriheten är emellertid inte absolut. Enligt artikel 51 FEUF undantas verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt. Enligt EU-domstolen avser offentlig makt endast särskilda verksamheter och inte hela yrkesgrupper.¹² Artikeln har överlag tolkats snävt. EU-domstolen har fastställt att den inte omfattar verksamheter som har en rent stödjande och förberedande karaktär i förhållande till utövandet av offentlig makt eller verksamheter som har en rent teknisk karaktär, såsom utformning av programmering och drift av databehandlingssystem.¹³ EU-domstolen har mot denna bakgrund slagit fast att verksamhet som utövas av advokater, bevakningsföretag, auktoriserade ombud i försäkringsföretag och verksamheter inom ramen för avtal som har samband med lokaler, tillbehör, anläggningar, underhåll, drift och förmedling av uppgifter som behövs för att genomföra ett lotteri, inte omfattas av undantaget.¹⁴ Offentlig

⁷ Jfr mål C-70/95, Sodemar, REG 1997, s. I-3395. punkt 25.

⁸ Se mål 270/83, kommissionen mot Frankrike, REG 1986, s. 273, punkt 18, svensk specialutgåva, volym 8, s. 389, mål C-330/91, Commerzbank, REG 1993, s. I-4017, punkt 13, svensk specialutgåva, volym 14, s. 275.

⁹ Jfr mål 2/74, Reyners, REG 1974, s. 631, punkt 21.

¹⁰ Mål 152/73, Sotgiu, REG 1974, s. 153.

¹¹ Mål C-330/91, Commerzbank, REG 1993, s. I-4017, punkt 14, svensk specialutgåva, volym 14, s. 275.

¹² Se mål C-355/98, Kommissionen mot Belgien, REG 2000, s. I-1221, mål C-114/97 Kommissionen mot Spanien, REG 1998, s. I-06717, mål C-42/92 Adrianus Thijssen mot Controledienst voor de verzekering, REG 1993, s. I-4047 och mål C-2/74 Jean Reyners mot belgiska staten, REG 1974, s. 631.

¹³ Se mål C-42/92 Adrianus Thijssen mot Controledienst voor de verzekering, REG 1993, s. I-4047 och mål C-3/88 Kommissionen mot Italien, REG 1989 s. I-4035.

¹⁴ Se mål C-2/74, Jean Reyners mot belgiska staten, REG 1974, s. 631, mål C-283/99 kommissionen mot Italien, REG 2001, s. I-4363, mål C-355/98 Kommissionen mot Belgien, REG 2000, s. I-1221, mål C-514/03, kommissionen mot Spanien, REG 2006, s. I-963, mål C-42/92, Adrianus Thijssen mot Controledienst voor de

maktutövning, såsom begreppet har definierats i EU-domstolens rättspraxis, sammanfaller i stort med den svenska termen myndighetsutövning. Det bör dock inte sättas ett likhetstecken mellan de bägge begreppen, eftersom ”offentlig makt” i artikel 51 FEUF är en autonom EU-rättslig term vars innebörd är beroende av EU-domstolens framtida rättspraxis.¹⁵

Av artikel 52 FEUF framgår vidare att medlemsstaterna får bibehålla eller införa nationella bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till *allmän ordning, säkerhet eller hälsa*. Även artikel 52 har tolkats snävt i rättspraxis. När det gäller *allmän ordning* krävs att det föreligger ett verkligt och allvarligt hot mot samhällets grundläggande intressen för att detta begrepp ska kunna åberopas. EU-domstolen har erkänt att vad som räknas som värden av grundläggande karaktär i ett samhälle kan variera från medlemsstat till medlemsstat.¹⁶ Den har endast i ytterst få fall godkänt skäl som hänvisar till allmän ordning. Till exempel accepterades det i ett fall som gällde personligt beteende som inbegrep drogmisbruk och som skapade ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot samhällets grundläggande intressen.¹⁷ EU-domstolen fann dock att den berörda åtgärden – utvisning från territoriet efter brottmålsdom – inte var motiverad. Ett annat fall gällde en medlemsstat som ansåg att spel som simulerar dödande av människor strider mot mänsklig värdighet¹⁸ och ett tredje fall gällde hasardspel som konstaterades medföra risker för samhällsordningens grundläggande värden.¹⁹ När det gäller *allmän säkerhet* krävs också att det föreligger ett verkligt och allvarligt hot mot samhällets grundläggande intressen för att begreppet ska kunna åberopas. Skäl som EU-domstolen har ansett vara förenade med allmän säkerhet är bl.a. en medlemsstats syfte att säkerställa tillgången på råolja på grund av att den är av ”vital betydelse för ett land, eftersom inte bara dess ekonomi utan framför allt dess institutioner, dess väsentliga offentliga verksamheter och till och med invånarnas överlevnad är beroende av den”,²⁰ samt en medlemsstats syfte att förebygga allvarliga olyckor i hamnar.²¹ När det gäller *hälsa* har EU-domstolen ännu inte lämnat någon specifik definition.

Därutöver har möjligheter för medlemsstaterna att upprätthålla inskränkningar i etableringsrätten utvecklats i EU-domstolens rättspraxis. EU-domstolen fastställde sålunda i målet *Thieffry*²² att etableringsrätten kan begränsas av nationella bestämmelser under förutsättning att dessa är motiverade med hänsyn till ett allmänintresse. Enligt EU-domstolens praxis utgör bl.a. folkhälsan, konsumentskyddet, djurhälsan och skyddet av stadsmiljön tvingande hänsyn till allmänintresset. De skäl som omfattas av doktrinen om tvingande hänsyn till allmänintresset utgör emellertid inte någon på förhand fastställd uttömmande lista,

verzekeringen, REG 1993, s. I-4047, mål C-3/88 Kommissionen mot Italien, REG 1989, s. 4035 och mål C-272/91, Kommissionen mot Italien, REG 1994, s. I-1409.

¹⁵ Se Prop. 2008/09:187, Genomförande av tjänstedirektivet, s. 45.

¹⁶ Mål C-36/02, Omega, REG 2004, s. I-9609.

¹⁷ mål C-348/96, Calfa, REG 1999, s. I-11.

¹⁸ Mål C-36/02, Omega, REG 2004, s. I-9609.

¹⁹ Mål C-124/97, Läärä, REG 1999, s. I-6067.

²⁰ Mål 72/83, Campus Oil, REG 1984, s. 2727, svensk specialutgåva, volym 7, s. 633, punkt 34.

²¹ Mål C-266/96, Corsica Ferries, REG 1998, s. I-3949.

²² Mål 71/76 Thieffry, REG 1977, s. 765; svensk specialutgåva, volym 3, s. 356.

utan ytterligare undantag kan utvecklas i rättspraxis. Enbart ett tvingande hänsyn till allmänintresset är dock inte tillräckligt för att medlemsstaterna ska tillåtas upprätthålla en begränsning i den fria etableringsrätten. Sammantaget krävs att fyra grundläggande förutsättningar är uppfyllda. De nationella bestämmelserna ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de ska motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem, och de ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.²³

4.1.2 Fri rörlighet för tjänster

Redan i slutet på 1970-talet fastställde EU-domstolen i de förenade målen *Åklagarmyndigheten m.fl. mot van Wesemael*,²⁴ att friheten att tillhandahålla tjänster är en grundläggande princip i fördraget, och den kan därför – även om någon harmonisering inte har genomförts på området – endast inskränkas genom regler som grundas på tvingande hänsyn till allmänintresset och som gäller för alla personer och företag som utövar verksamhet i värdmedlemsstaten, i den mån detta intresse inte skyddas genom de regler vilka tjänsteleverantören är underkastad i den medlemsstat där denne är etablerad. I domen i målet *van Binsbergen*²⁵ gav EU-domstolen artikel 59 (nu artikel 56 FEUF) direkt effekt. Sekundära regler behövdes därmed inte i samma utsträckning som var tänkt. Målet rörde en holländsk advokat som var bosatt i Belgien. Han fick inte verka i Holland så länge han inte hade sin hemvist där. Holländsk rätt befanns strida mot fördragets regler om fritt tillhandahållande av tjänster.

EU-rättens tjänstebegrepp är ett uppsamlingsbegrepp. I artikel 56 FEUF definieras tjänst som en prestation som normalt utförs mot ersättning i den utsträckning den inte faller in under någon av de övriga friheterna. En tjänst kan utföras av en person eller ett bolag på plats i ett annat land t.ex. vid byggentreprenad,²⁶ men den kan också utföras från ursprungslandet. Det är då endast själva tjänsten som passerar en gräns, så är fallet t.ex. med tjänster på det finansiella området. Av betydelse är också att det inte endast är själva utförandet av en tjänst som omfattas utan också mottagandet. Unionsmedborgarna har alltså rätt att resa till ett annat land och där motta en tjänst. De får ej heller hindras att medföra den erforderliga summan pengar som behövs för att betala tjänsten, såvida det inte är fråga om ett uppenbart kringgående av den nationella valutalagstiftningen.²⁷

²³ Se mål C-19/92, Kraus, REG 1993, s. I-1663, punkt 32, svensk specialutgåva, volym 14, och mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165, punkt 37.

²⁴ Målen 110 och 111/78, Åklagarmyndigheten m.fl. mot van Wesemael, REG 1979, s. 35, p. 26 ff; svensk specialutgåva, volym 4, s. 263.

²⁵ Mål 33/74, van Binsbergen, REG 1974, s. 1299, svensk specialutgåva, volym 2, s. 379.

²⁶ Se t.ex. mål 113/89, Rush Portuguesa, REG 1990, s. I-1417, svensk specialutgåva, volym 10, s. 389. Särskilda regler gäller numera till följd av det s.k. utstationeringsdirektivet, Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, EGT nr L 018, s. 1.

²⁷ Se mål 26/83, Louise och Carbone, REG 1984, s. 377, svensk specialutgåva, volym 7, s. 473.

Denna skillnad mellan olika typer av tjänster kan också förklara en i viss mån uppdelad rättspraxis på området. Frågan är när principen kan sträcka sig längre än ett förbud mot särbehandling pga. nationalitet och mer liknar det vidsträckta förbud som gäller på varuområdet. Tjänster som med lätthet omsätts, t.ex. finansiella och audiovisuella tjänster (televisionsutsändningar), har mycket gemensamt med varor ur ett omsättningsperspektiv. Det är därför inte särskilt överraskande att rättspraxis beträffande tjänster väl överensstämmer med rättspraxis på varuområdet. Huvudregeln är därför att en tjänst som utövas lagligt i en medlemsstat ska få utövas fritt i en annan medlemsstat (accepterande av s.k. hemlandskontroll). Härigenom undviks att kostsamma kontrollåtgärder, som t.ex. kan röra ett bolags soliditet, utförs i båda länderna.

På samma sätt som i fråga om etablering finns det undantag för den fria rörligheten för tjänster. Det är samma undantag som gäller för etablering som genom hänvisning blir tillämpliga även för tjänster (artikel 62 FEUF). Enligt artikel 51 FEUF undantas sålunda verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt. Av artikel 52 FEUF framgår att det är tillåtet att föreskriva en särskild behandling av utländska medborgare som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Artikel 51 och 52 har som framgått ovan tolkats snävt i rättspraxis.

Därutöver har möjligheter för medlemsstaterna att upprätthålla inskränkningar i den fria rörligheten för tjänster utvecklats i EU-domstolens rättspraxis. Det krävs dock att de nationella bestämmelserna ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, är ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.²⁸

4.1.3 Skillnaden mellan Etablering och tjänst

Bestämmelserna i kapitlet om tjänster är subsidiära i förhållande till bestämmelserna i kapitlet om etablering. Detta följer både av lydelsen av artikel 56 FEUF första stycket, som förutsätter att den som tillhandahåller tjänsten och mottagaren av tjänsten är ”etablerade” i två olika medlemsstater, och av att det i artikel 57 första stycket anges att bestämmelserna om tjänster bara kan tillämpas när inte bestämmelserna i fråga om etableringsfrihet är tillämpliga. Av artikel 57 tredje stycket följer att en person som tillhandahåller tjänster och flyttar till en annan medlemsstat tillfälligt får utöva sin verksamhet där.

Den avgörande skillnaden mellan tjänst och etablering är att tjänsteutövaren har kvar sin fasta punkt i hemlandet och endast vistas tillfälligt i det andra landet. Om ett företag etablerar sig i ett EU-land anses det drivas genom en fast verksamhetspunkt i detta land under obegränsad tid.²⁹ Etablering kräver sålunda integrering i en medlemsstats ekonomi, inbegripet

²⁸ Se mål C-19/92, Kraus, REG 1993, s. I-1663, punkt 32, svensk specialutgåva, volym 14, och mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165, punkt 37.

²⁹ Se mål C-221/89, Factortame, REG 1991, I-3905, punkt 20; svensk specialutgåva 11, s. 313.

anskaffning av kunder i den medlemsstaten med stadigvarande verksamhetssäte där som bas.³⁰

Gränsdragningen kan emellertid vara svår. Viktiga bedömningsfaktorer är inte bara hur länge verksamheten utövas. Andra bedömningsfaktorer är om den bedrivs kontinuerligt, regelbundet eller periodiskt, vilket ska bedömas i varje enskilt fall.³¹

EU-domstolen har slagit fast att det avgörande kriteriet för om bestämmelserna om tjänster är tillämpliga är att den berörda aktörens deltagande i det ekonomiska livet i värdmedlemsstaten inte får vara stadigvarande och kontinuerligt.³² Tjänsteutövare har emellertid rätt att skaffa sig nödvändig infrastruktur (t.ex. ett kontor) som behövs för att utföra de aktuella tjänsterna utan att därmed automatiskt anses etablerad i värdlandet.³³

På spelområdet har EU-domstolen uttalat att det, för att etablering i den mening som avses i fördraget ska anses föreligga, måste finnas avtalsförhållanden mellan en aktör med säte i en medlemsstat och med näringsidkare eller förmedlare med säte i värdmedlemsstaten, som innebär en möjlighet för denna aktör att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i den andra medlemsstaten. Förhållandet ska sålunda vara av sådan beskaffenhet att det möjliggör för kunderna att få tillgång till tjänster som tillhandahålls genom en permanent närvaro i värdmedlemsstaten, även om denna närvaro endast består i ett enkelt kontor som, i förekommande fall, sköts av en självständig person med fullmakt att varaktigt företräda aktören på samma sätt som en agentur.³⁴

Mot denna bakgrund har EU-domstolen konstaterat att artikel 49 EG [nu 56 FEUF] ska tolkas så, att den är tillämplig på hasardspelstjänster som tillhandahålls via Internet i en värdmedlemsstat av en aktör med säte i en annan medlemsstat, trots att denna aktör

- a) har upprättat en viss infrastruktur i värdmedlemsstaten för datasupport, såsom en server, och
- b) utnyttjar datasupporttjänster som tillhandahålls av en aktör med säte i värdmedlemsstaten för att kunna tillhandahålla sina tjänster till kunder som även de har hemvist i denna medlemsstat.³⁵

³⁰ Mål C-215/01, Schnitzer, REG 2003, s. I-14847, punkt 29.

³¹ Mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165, punkt 39, mål C-215/01, Schnitzer, REG 2003, s. I-14847, punkt 28.

³² Mål C-131/01, kommissionen mot Italien, REG 2003, s. I-1659, punkt 23.

³³ Se mål C-215/01, Schnitzer, REG 2003, s. I-14847 och C-422/02, Caixa Bank France, REG 2004, s. I-8961.

³⁴ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 september 2010 i de förenade målen C-316/07, C-358/07-C-360/07, C-409/07 samt C-410/07, Stoß m.fl., ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkterna 59 och 60.

³⁵ Se dom av den 15 september 2011 i mål C-347/09, Dickinger, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 38.

Som kommer att visas i det följande har det stor betydelse på spelområdet om det är bestämmelserna om etablering eller tjänster som är tillämpliga. EU-domstolen har fastställt att så länge det saknas harmoniseringslagstiftning för speltjänster som tillhandahålls via Internet kan medlemsstaterna förhindra tjänsteutövare från andra medlemsländer att tillhandahålla speltjänster inom det egna territoriet, förutsatt att inskränkningen grundas på ett erkänt samhällsintresse och inte går utöver vad som var nödvändigt för att skydda detta. I en etableringssituation är det mindre klart vad som gäller, men utgångspunkten är att likabehandlingsprincipen ska respekteras.

4.2 Tidig rättspraxis på spelområdet (Schindler till Zenatti)

Spelmonopol eller andra former av marknadsregleringar är alltså som inledningsvis berörts vanligt förekommande i EU:s medlemsländer och EU-domstolen har i en rad avgöranden prövat om skilda länders ordningar är förenliga med EU-rätten. Domstolen intog inledningsvis en försiktig hållning till medlemsstaternas spelregleringar.

4.2.1 Schindler-målet³⁶

Illustrativt för EU-domstolens försiktiga hållning är följande uttalande i Schindler-målet:³⁷

”För det första kan man ... inte bortse från de moraliska, religiösa eller kulturella betänkligheter som finns i samtliga medlemsstater när det gäller lotterier, liksom andra typer av spel om pengar. Medlemsstaterna tenderar allmänt att begränsa och till och med att förbjuda spel om pengar och att förhindra att de blir en inkomstkälla för enskilda. För det andra skall det påpekas att mot bakgrund av de betydande belopp som kan inkasseras och de vinster spelarna kan erhålla, framför allt i lotterier som anordnas i stor skala, innebär lotterier höga risker för brott och bedrägerier. Lotterierna utgör dessutom ett incitament till utgifter som kan få skadliga konsekvenser för enskilda och för samhället. Slutligen är det inte utan betydelse, trots att det inte i sig kan anses utgöra ett objektivet berättigande, att lotterierna på ett avgörande sätt kan bidra till finansieringen av ideella eller allmännyttiga verksamheter såsom socialt arbete, välgörenhetsarbete, idrott eller kultur.

Dessa speciella omständigheter berättigar att de nationella myndigheterna ges ett tillräckligt utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller att fastställa vad som krävs för att skydda spelarna och mer allmänt, med beaktande av varje medlemsstats sociala och kulturella särart, för att bevara ordningen i samhället, både vad gäller sättet att anordna lotterier, insatsernas storlek och användningen av de intäkter de genererar. Under dessa omständigheter är det deras sak att bedöma inte bara om det är nödvändigt att begränsa lotteriverksamheten, utan även att förbjuda den, förutsatt att dessa inskränkningar inte är diskriminerande.”

Man bör vara medveten om att omständigheterna i målet skiljer sig väsentligt från förhållandena på dagens spelmarknad. G och J Schindler var ombud för vissa tyska s.k. klasslotterier som de marknadsförde och sålde. De skickade erbjudanden per post till brittiska

³⁶ Dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039

³⁷ Ibid., punkterna 60-61.

medborgare om att delta i lotterierna. Försändelserna stoppades emellertid och beslagtogs av brittisk tull då de var i strid med brittisk rätt. Betydelsefullt i målet är att EU-domstolen för första gången fastställde att lotteriverksamhet utgör ekonomisk verksamhet i fördragets mening och att det var en verksamhet som skulle betraktas som en tjänst i EU-rättslig mening. Domen kan alltså betraktas som ett första steg i rättsutvecklingen vilket ledde till att denna typ av verksamhet föll under fördragets frihetsregler och därmed också omfattades av dess diskriminerings- och proportionalitetstest. Att EU-domstolen anlade en försiktig hållning berodde sannolikt inte bara på att lotteriverksamhet är förknippad med risker utan också på att verksamheten vid denna tidpunkt föreföll tämligen betydelselös i ett inre marknadsperspektiv. Som kommer visas i det följande förändras dessa marknadsförhållanden relativt snabbt.

4.2.2 Läärä-målet³⁸

I det finska målet Läärä kom EU-domstolen in på frågor av högre aktualitet för dagens förhållanden. Målet gällde spelautomater och domstolen prövades om Finland kunde förbehålla spelautomatverksamheten till en enda aktör. I fokus stod därför det proportionalitetstest som enligt Schindler-domen trots allt skulle äga rum. Kunde ensamrätt att driva spel anses vara en oproportionellt långtgående inskränkning? Konkret handlade det om att Läärä hade ställt ut spelautomater i Finland i strid med finsk lag. I Finland hade Penningautomatföreningen (PAF) nämligen beviljats ensamrätt att erbjuda automatspel.

EU-domstolen underströk att den i målet Schindler hade framhållit att de nationella myndigheterna skulle ges ett tillräckligt utrymme för skönmässig bedömning när det gällde att fastställa hur omfattande skydd som skulle säkerställas inom det nationella territoriet i fråga om lotterier och andra spel med pengar. Det är nämligen medlemsländernas sak att bedöma om det i förhållande till det eftersträvade syftet finns anledning att helt eller delvis förbjuda verksamheter av detta slag eller endast begränsa dem och i detta syfte föreskriva mer eller mindre strikta kontrollåtgärder.

Domstolen påpekade sedan (punkt 36) att den omständigheten att en medlemsstat har valt ett annat skyddssystem än en annan medlemsstat inte påverka bedömningen av om de bestämmelser som har antagits på området är nödvändiga och proportionerliga. Bestämmelserna ska endast bedömas med hänsyn till de ändamål som de nationella myndigheterna i den berörda medlemsstaten eftersträvar och den skyddsnivå som de avser att säkerställa.

Härav följer att ett totalförbud i en medlemsstat inte kan ifrågasättas förutsatt att det inte förefaller oproportionerligt med hänsyn till det eftersträvade målet (jfr punkt 39 i domen). I Läärä bekräftades således medlemsstaternas vida handlingsutrymme när det gällde att reglera sina egna spelmarknader. Vissa begränsningar infördes emellertid genom Zenatti-målet som kom därefter.

³⁸ Mål C-124/97, Läärä m.fl., REG 1999, s. I-6067.

4.2.3 Zenatti-målet³⁹

Zenatti-målet rörde den italienska spelregleringen som ger vissa aktörer rätt att efter särskilt tillstånd (koncession) tillhandahålla vadhållningstjänster. Zenatti hade inget sådant tillstånd utan bedrev förmedlingsverksamhet i Italien på uppdrag av ett i London etablerat bolag. Zenatti sände via fax eller Internet formulär som kunderna fyllt i tillsammans med kopior på betalningsöverföringar. Detta var i strid med italiensk lagstiftning.

I målet ifrågasattes om ett koncessionssystem verkligen kunde anses leda till minskat spelande. Handlade det inte egentligen om att skydda den nationella spelmarknaden från konkurrens utifrån? Med hänvisning till Lärää-målet anförde EU-domstolen att den omständigheten att vadhållningen i fråga inte var helt förbjuden inte var tillräcklig för att visa att den nationella lagstiftningen i själva verket hade ett annat syfte än att förverkliga de syften av allmänintresse som den påstods eftersträva. Sådana syften kan också tillgodoses genom att dessa spel tillåts i begränsad omfattning, på så sätt att vissa organisationer ges särskilda rättigheter eller exklusiva rättigheter, vilket har de fördelarna med sig att avkastningen kan användas för allmännyttiga ändamål, att spelbegäret och spelverksamheten kanaliseras till en begränsad krets och att risken för att verksamheten används för bedrägerier och brott minskar.

Domstolen tillade dock att en sådan begränsning endast var tillåten om den, för det första, verkligen tjänade syftet att *minska* spelmöjligheterna och om finansieringen av de sociala aktiviteter endast utgjorde en *accessorisk positiv konsekvens* och inte det verkliga syftet med den restriktiva politik som fördes (punkt 36 i domen).

4.3 EU-domstolen skärper tonläget

Att EU-domstolen i Zenatti-målet underströk att en begränsning endast var tillåten om den verkligen tjänade syftet att minska spelmöjligheterna och att finansiering av sociala aktiviteter inte fick utgöra de huvudsakliga syftet var naturligtvis en skärpning. Den verkliga innebörden av detta kom dock att tydligare visa sig i nästa italienska spelmål, Gambelli.

4.3.1 Gambelli-målet⁴⁰

Piergiorgio Gambelli och 137 andra personer förmedlade i Italien spelinsatser via Internet till den engelska bookmakern Stanley International Betting. I Storbritannien finns inget spelmonopol. I stället kan licenser utfärdas till privata ”bookmakers” med stöd av engelsk lag. I Italien är däremot spelverksamhet förbehållen staten eller av staten bemyndigade koncessionshavare. Åtal väcktes mot Gambelli och de andra personerna för att de hade bedrivit förbjuden vadhållning och upptagit spelinsatser. Gambelli hävdade att de italienska

³⁹ Mål C-67/98, Zenatti, REG 1999, s. I-7289.

⁴⁰ Mål C-243/01, Piergiorgio Gambelli.fl., REG 2003, s. I-13031.

bestämmelserna stred mot de gemenskapsrättsliga principerna om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster och den italienska domstolen begärde att EU-domstolen skulle meddela ett förhandsavgörande i målet.

EU-domstolen konstaterade att den italienska lagen utgjorde en inskränkning i såväl etableringsfriheten som i friheten att tillhandahålla tjänster. Den kunde därför bara rättfärdigas om den var nödvändig för att skydda konsumenter och ordningen i samhället samt av hänsyn till moraliska, religiösa eller kulturella betänkligheter, liksom moraliska och finansiella följder för den enskilde och samhället.

Domstolen underströk att det huvudsakliga syftet med regleringen måste vara ett sådant tvingande hänsyn, t.ex. behovet av att begränsa spelmöjligheterna. Den framhöll också att syftet att erhålla intäkter för att stärka statskassan inte kan motivera en inskränkning i etableringsfriheten eller friheten att tillhandahålla tjänster. Inskränkningarna får inte heller gå utöver vad som var nödvändigt och måste tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.

Därefter gjorde domstolen det uttalande som framstår som den tydligaste skärpningen av kraven på de statliga spelregleringarna. Den anförde att:

”Om en medlemsstat uppmuntrar till att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning, i syfte att erhålla intäkter, kan denna stat inte åberopa hänsyn till behovet av att bevara ordningen i samhället för att motivera inskränkande åtgärder.”

Domstolen uttalade slutligen att det är tveksamt om det är förenligt med proportionalitetsprincipen att bolag som är börsnoterade i andra medlemsstaterna hindras från möjligheten att erhålla koncessioner för att organisera sportvadhållning, eftersom det finns andra medel för att kontrollera sådana bolags bokföring och verksamhet.

4.3.2 Placanica-målet⁴¹

I målet Placanica prövades återigen den italienska regleringen av speltjänster. Enligt den italienska lagstiftningen krävs som tidigare nämnts koncession (tillstånd) för att delta i anordnandet av hasardspel, däribland upptagande av vadhållningsinsatser. Överträdelse av denna lagstiftning är straffbelagd och kan leda till fängelse i högst tre år.

Det italienska koncessionssystemet var till att börja med inte öppet för utländska börsnoterade bolag. Efter kritik från Europeiska kommissionen och EU-domstolen (Zenatti/Gambelli) hade emellertid det ändrats år 2002 så att alla kapitalassociationer, oberoende av i vilken form de bedrevs, fick delta i anbudsförfaranden för beviljande av spellicenser. De tillstånd som hade meddelats drogs emellertid inte tillbaka och något nytt anbudsförfarande anordnades inte. Frågan som uppstod var om det i detta läge var möjligt att åtala den som samarbetade med

⁴¹ De förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica, REG 2007, s. I-1891.

spelföretag som, även om de har tillstånd att utöva sådan verksamhet i sin ursprungsstat, inte hade det i Italien, eftersom ett nytt anbudsförfarande inte hade ägt rum.

EU-domstolen påpekade att även om medlemsstaterna är fria att fastställa målsättningarna för sin politik i fråga om hasardspel och, vid behov, exakt fastställa den eftersträlvade skyddsnivån, ska de inskränkningar som föreskrivs likaväl uppfylla de krav på proportionalitet som följer av domstolens rättspraxis. Följaktligen ska det för varje inskränkning som föreskrivs i den nationella lagstiftningen undersökas särskilt om den är ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som den aktuella medlemsstaten har åberopat, och om den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning. Under alla omständigheter ska dessa inskränkningar tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.

EU-domstolen konstaterade därefter att en aktör måste erhålla en koncession för att kunna bedriva hasardspel i Italien. Antalet koncessioner var begränsat till 1000 för hästtävlingar och 1000 för annan sport. Enligt den italienska regeringen var *det verkliga syftet* med dess lagstiftning att förhindra att hasardspelsverksamhet används i bedrägliga eller brottsliga syften och *att styra in den i banor som är möjliga att kontrollera* (det s.k. kanaliseringsargumentet). Med detta perspektiv kunde, enligt EU-domstolen, en kontrollerad expansiv politik på området för hasardspel vara helt i överensstämmelse med målet att locka över spelare som ägnar sig åt förbjuden och dold spel- och vadhållningsverksamhet till tillåten och reglerad verksamhet. Detta mål kunde endast uppnås om de lagliga aktörerna utgör ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet. Detta kan i sig innebära att det är nödvändigt att tillhandahålla ett omfattande spelsortiment, att göra reklam i viss omfattning och att använda ny distributionsteknik.

Domstolen konstaterade att ett koncessionssystem under dessa omständigheter i själva verket kunde utgöra en effektiv mekanism som gör det möjligt att kontrollera de aktörer som är verksamma inom området för hasardspel för att förhindra att de använder sin verksamhet i bedrägliga eller brottsliga syften. Den påpekade att den inte hade tillgång till tillräckliga uppgifter om de faktiska omständigheterna för att bedöma begränsningen av det totala antalet koncessioner som sådant i förhållande till de krav som följde av EU-rätten. De nationella domstolarna skulle därför pröva huruvida den nationella lagstiftningen, i den mån som den begränsade antalet aktörer på området för hasardspel, verkligen svarade mot det syfte som den italienska regeringen hade åberopat, nämligen att förhindra att verksamheten på detta område användes i bedrägliga eller brottsliga syften. På samma sätt skulle de pröva om dessa inskränkningar uppfyllde kraven på proportionalitet som följer av domstolens rättspraxis.

Genom Placanica-domen accepterades det s.k. kanaliseringsargumentet som bara hade antytts i Zenatti-domen. Den stora betydelsen av detta är att EU-domstolen godtog att en nationell spelreglering inte behöver ha till syfte att minska det totala spelandet i ett visst medlemsland. Spelandet kan (fortsätta att) öka så länge spelare lockas över från olagliga till lagliga spelalternativ. Det är viktigt att i sammanhanget betona att resonemanget bygger på att det verkligen finns bra och dåliga aktörer. Kanaliseringsargumentet förutsätter, enligt EU-

domstolens resonemang i Placanica-domen, att konsumenterna lockas över från aktörer som använder sin verksamhet i bedrägliga eller brottsliga syften.

4.3.3 EFTA-domstolens dom av den 14 mars 2004 (mål E-1/06)⁴²

EU-domstolen hade alltså prövat det italienska koncessionssystemet i tre mål. Någon fullskalig prövning av en ordning som grundas på exklusiva ensamrätter, som den svenska spelregleringen, hade dock inte gjorts (konsekvenserna av Lärää-domen var osäkra med tanke på senare rättspraxis). Det väckte därför intresse när EFTA-domstolen fick tillfälle att pröva den norska spelregleringen. Bakgrunden till målet var att EFTA:s övervakningsmyndighet inledde ett överträdelseärende mot Norge. Frågan i målet gällde om en lagändring i Norge som introducerade ett monopol för det statsägda bolag Norsk Tipping AS för spelautomater var i strid med artiklarna 31 och 36 i EES avtalet, vilka motsvarar artiklarna 49 och 56 FEUF.

EFTA:s övervakningsmyndighet hade tre huvudargument för sin talan:

1. att lagändringen i vart fall delvis grundades på ekonomiska syften,
2. att lagändringen misslyckades med att ge uttryck för en systematisk och sammanhängande politik för spel och
3. att lagändringen inte var i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen.

Norge bestred alla tre argumenten.

EFTA-domstolens bedömning

EFTA-domstolen konstaterade inledningsvis i domskälen (p.25) att frågan i målet gällde om den norska regleringen av spelautomater var i överensstämmelse med EES-avtalet. Domstolen konstaterade vidare att allt spel om pengar är ekonomisk verksamhet som omfattas av EES-avtalet.

Domstolen konstaterade därefter att det inte var stridigt i målet att den nya norska regleringen av spelautomater var en inskränkning i den fria rörligheten och den fria etableringsrätten samt att den nya lagstiftningen var icke-diskriminerande.

Frågan i målet var enligt domstolen om den norska lagen kunde rättfärdigas på objektiva grunder.

Av särskilt intresse i detta sammanhang är EFTA-domstolens prövning om lagstiftningen kunde anses systematiskt och sammanhängande för att begränsa spelandet.

Den påpekade att rätten att ge Norsk Tipping ensamrätt för spel på spelautomater måste framstå som ändamålsenligt för att uppnå de syften som eftersträvas. EFTA:s

⁴² EFTA-domstolens rapport [2007], s. 7, punkt 51.

övervakningsmyndighet hävdade dock att den norska regleringen var inkonsekvent då den tillät Norsk Tipping att bedriva en intensiv marknadsföring och genom att öppna upp för nya spel av Norsk Tipping och Norsk Rikstoto.

Domstolen medgav att begränsningar baserade på tvingande hänsyn av allmänintresse måste framstå som konsekventa och sammanhängande med liknande åtgärder som redan vidtagits. Den pekade på att EU-domstolen vad gäller området spel om pengar har betonat att restriktionerna måste vara ändamålsenliga för att uppnå syftena genom att de begränsar spelmöjligheterna på ett systematiskt och sammanhängande sätt. Den framhöll för sin del att det mot bakgrund av syftet att bekämpa spelberoende var viktigt att se på spel som var likvärdiga när det gällde risken att förorsaka spelberoende.

Efter genomgång av olika spels farlighetsgrad vad gäller spelberoende kom domstolen fram till att andra spel av norsk tippning, exempelvis oddset, inte var på en jämförbar skala som automatspel.

Domstolen slutsats var därför att marknadsföring och utveckling av andra spel inte var relevant när man undersökte kravet på systematiskt och sammanhållande av den prövade lagstiftningen

Lagändringen kunde därför betraktas som ändamålsenlig.

EFTA-domstolen konstaterade sedan att de prövade åtgärderna inte fick gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet. Den hänvisade till EU-domstolens dom Läära (punkt 39) att vad gäller frågan huruvida det var att föredra att man antog regler vilka berörda aktörer har att följa istället för att ha exklusiva rättigheter faller denna fråga inom medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning. Domstolen tillade dock att det alternativ som väljs inte får förefalla oproportionerligt med hänsyn till det eftersträvade målet.

Vad först gällde syftet att bekämpa brott, som framhållits av den norska regeringen, konstaterade domstolen att Norge inte hade lyckats visa att bekämpandet av penningtvätt och bedrägeri skulle vara mer effektivt genom inrättandet av ett monopol.

Domstolen konstaterade sedan att de allmänna intressen som en nationell lagstiftning ska fylla, ska övervägas som helhet. Domstolen använde sedan formuleringarna "it is reasonable to assume" att en monopoloperatör under tillsyn av en effektiv myndighet vill lägga större ansvar på att bekämpa spelmissbruk än kommersiella operatörer. Vidare anförde domstolen att det var "plausible to assume" att det är enklare att kontrollera och ge direktiv i ett helägt statliga bolag. Genom sitt ägande kan staten agera mer effektivt mot ett statligt bolag än bara genom lagar, förordningar och tillsyn.

Domstolens slutsats blev att den norska staten tillräckligt visat att en ordning med ensamrätt framstod som mer effektivt för att uppnå lagens syften.

4.4 EU-domstolen backar?

Även om EU-domstolen i Placanica-domen tillät en ny rättfärdigande grund (kanalisering) kan domstolen inte sägas ha mildrat kraven på medlemsstaterna nämnvärt genom denna dom. Den uppställde fortfarande ett i jämförelse med Schindler och Lärää långtgående proportionalitetskrav, vilket framgår tydligast av Gambelli-domen men också Placanica-domen. Medlemsstater med ett koncessionssystem var skyldiga att säkerställa att även utländska aktörer gavs möjlighet att erhålla licenser för spelverksamhet i landet och också pröva om det antal licenser som erbjöds var en proportionell inskränkning. Domstolen ansåg inte att de 2000 licenser som erbjöds i Italien med självklarhet utgjorde en proportionerlig inskränkning. Det svenska systemet med enbart två licenser för omfattande spelverksamhet (Svenska Spel AB och AB Trav och Galopp) kunde således ifrågasättas i detta läge. EFTA-domstolen hade emellertid anlagt ett annat synsätt och med hänvisning till EU-domstolens tidigare dom i Lärää förklarat att mer ingripande regleringar med ensamrätter på vissa spel var tillåtna. Det väckte därför särskilt intresse när EU-domstolen skulle pröva lagligheten av en sådan monopolreglering. Detta skedde i september 2009 när den portugisiska monopolordningen för speltjänster prövades. Målet är så pass viktigt i förhållande till prövningen av den svenska spelregleringen att ett mer utförligt referat är på sin plats.

*Dom av den 8 september 2009, Liga Portuguesa och Bwin*⁴³

I Portugal råder en allmän princip om förbud mot hasardspel. Staten har emellertid förbehållit sig möjligheten att tillåta att ett eller flera spel anordnas direkt av ett statligt organ eller av ett organ som är direkt underställt det statliga organet och på vissa andra villkor. Hasardspel i form av lotterier, lottospel och sportvadhållning kallas i Portugal för sällskapsspel ("jogos sociais"), och anordnas av Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (Santa Casa).

Santa Casa har getts särskilda uppdrag inom områdena skydd för familjelivet, mödra- och barnavård, vård av utsatta barn och minderåriga som saknar skydd, äldreomsorg, allvarligt bristfälliga sociala förhållanden, liksom primära och specialiserade hälso- och sjukvårdstjänster. Intäkterna från hasardspel fördelas mellan Santa Casa och andra allmännyttiga institutioner eller sociala organisationer. Bland de andra allmännyttiga institutionerna ingår föreningar för frivilliga brandmän, särskilda sociala solidaritetsinstitutioner, inrättningar för förebyggande åtgärder och rehabilitering för funktionshindrade, liksom kulturfonder.

Santa Casas spelavdelning ansvarar för anordnandet av hasardspelen. Spelavdelningen har en styrelse som har befogenheter att utfärda böter om någon erbjuder eller främjar speltjänster inom områden där Santa Casa har ensamrätt.

⁴³ Mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, REG 2009, s. I-7633.

Liga Portuguesa de Futebol Profissional (Liga) är en icke vinstdrivande förening där alla klubbar som deltar i fotbollsturneringar på professionell nivå i Portugal ingår. Liga arrangerar den högsta serien på nationell nivå och ansvarar för det affärsmässiga anordnandet av denna turnering.

Bwin International Ltd tidigare Baw International Ltd (nedan Bwin) är ett företag med säte i Gibraltar som erbjuder ett stort sortiment av hasardspel online inklusive sportvadhållning, kasinospel som roulette och poker, samt spel som bygger på nummerdragning. All vadslagning görs direkt av konsumenten via Bwins webbplats eller med hjälp av något annat medel för direktkommunikation. Bwin har inget driftställe i Portugal.

Liga och Bwin ingick ett sponsoravtal för fyra sportsäsonger från och med år 2005/2006, enligt vilket Bwin blev institutionell huvudsponsor för den högsta serien i fotboll i Portugal. På Ligas webbplats har det dessutom gjorts hänvisningar och lagts en länk till Bwins webbplats, för att möjliggöra för konsumenter i Portugal och andra länder att använda sig av de tjänster för hasardspel som de således erbjuds.

Styrelsen för Santa Casas spelavdelning beslutade att ålägga Liga och Bwin böter på 75 000 euro respektive 74 500 euro för att dessa via Internet hade främjat, organiserat och anordnat sällskapsspel som Santa Casa getts rätten att anordna, eller liknande spel, dels för att de hade gjort reklam för dessa spel.

Liga och Bwin väckte talan vid Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto och yrkade att dessa beslut skulle ogiltigförklaras och återopade bl.a. EU:s bestämmelser och rättspraxis på området. Den portugisiska domstolen beslutade att vilandeförklara målet och ställa en tolkningsfråga till EU-domstolen.

EU-domstolens bedömning

EU-domstolen påpekade att enligt artikel 49 EG (nu artikel 56 FEUF) ska varje inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster avskaffas – även om den är tillämplig på inhemska tjänsteleverantörer och tjänsteleverantörer från andra medlemsstater utan åtskillnad – när den kan innebära att tjänster som tillhandahålls av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, där denne lagligen utför liknande tjänster, förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva (mål C-58/98, Corsten, punkt 33). Dessutom avser friheten att tillhandahålla tjänster såväl den som tillhandahåller tjänster som den som mottar dessa (de förenade målen 286/82 och 26/83, Luisi och Carbone, punkt 16). Det var ingen tvekan om att det handlade om en inskränkning i det föreliggande målet.

Mer intressant blev EU-domstolens prövning av undantagen. Den påpekade att enligt artikel 46.1 EG (nu artikel 52 FEUF) är inskränkningar som grundas på skäl avseende allmän ordning, säkerhet eller hälsa tillåtna. I rättspraxis har dessutom godtagits ett antal tvingande skäl av allmänintresse, såsom att skydda konsumenterna, att förhindra bedrägerier och att

medborgarna lockas till överdrivna spelutgifter samt att förhindra att ordningen i samhället störs (de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., punkt 46).

Den omständigheten att en medlemsstat har valt ett annorlunda skyddssystem än det som har valts i en annan medlemsstat påverkar inte i sig bedömningen av om bestämmelserna på området är nödvändiga och proportionerliga. Bestämmelserna ska endast bedömas med hänsyn till de ändamål som de behöriga myndigheterna i den berörda medlemsstaten eftersträvar och den skyddsnivå som de avser att säkerställa (mål C-67/98, Zenatti, punkt 34).

Medlemsstaterna är således enligt domstolen fria att fastställa målsättningarna för sin politik i fråga om hasardspel och, vid behov, exakt fastställa den eftersträlvade skyddsnivån. De inskränkningar som föreskrivs ska likväl uppfylla de krav på proportionalitet som följer av domstolens rättspraxis. Under alla omständigheter ska dessa inskränkningar tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt (de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., punkt 48-49).

Domstolen erinrade om att en nationell lagstiftning är lämpad att säkerställa att det åberopade målet uppnås endast om den verkligen på ett sammanhängande och systematiskt sätt tillgodoser behovet av att uppnå målen (mål C-169/07, Hartlauer, punkt 55).

Enligt den portugisiska regeringen och Santa Casa är huvudsyftet med den nationella lagstiftningen att bekämpa brottsligheten och närmare bestämt att skydda konsumenterna av hasardspel mot bedrägerier från operatörernas sida.

Domstolen medgav att brottsbekämpning kan utgöra ett tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera inskränkningar vad gäller de operatörer som tillåts tillhandahålla tjänster på området för hasardspel. Med beaktande av vilka betydande belopp som kan samlas in och de vinster som kan erbjudas spelarna, medför dessa spel nämligen stora risker för brott och bedrägerier.

Domstolen påpekade vidare att ett system där spel endast tillåts i begränsad omfattning och med stöd av exklusiva rättigheter har fördelen att spelverksamheten kanaliseras till en begränsad krets och att risken för att verksamheten används för bedrägerier och brott minskar (mål C-67/98, Zenatti, punkt 35).

Den portugisiska regeringen gjorde gällande att beviljandet av ensamrätt för Santa Casa att anordna hasardspel gjorde det möjligt att garantera att det system som används är kontrollerat och säkert. Den rättsliga regleringen av hasardspel, dvs. Santa Casas stadgar och regeringens inblandning vid tillsättningen av medlemmarna av Santa Casas förvaltningsorgan gjorde att staten kunde utöva en ändamålsenlig kontroll över Santa Casa. Detta system med lag- och stadgebestämmelser gav enligt den portugisiska regeringen staten tillräckliga garantier för att de regler följs som syftar till att de hasardspel som Santa Casa anordnar ska behålla sin hederliga karaktär.

Domstolen höll med om att Santa Casas organisation och verksamhet grundades på överväganden och krav avseende mål av allmänintresse. Den menade att beviljandet av ensamrätt för anordnandet av hasardspel via Internet till en enda operatör, såsom Santa Casa, under förevarande omständigheter, gjorde det möjligt att kanalisera spelverksamheten till en begränsad krets och kunde anses vara ägnat att skydda konsumenterna mot bedrägerier från operatörernas sida.

Vad gällde prövningen av huruvida det portugisiska systemet var nödvändigt gjorde den portugisiska regeringen gällande att myndigheterna i en medlemsstat inte hade samma kontrollmöjligheter vad gäller operatörer som har sitt säte utomlands och använder sig av Internet för att erbjuda sina tjänster, som när det gäller en sådan operatör som Santa Casa.

Domstolen underströk också att området för hasardspel som tillhandahålls via Internet *inte har blivit föremål för någon harmonisering på gemenskapsnivå*. En medlemsstat hade därför enligt domstolen rätt att anse att endast den omständigheten att en operatör som Bwin via Internet lagligen erbjuder tjänster på detta område i en annan medlemsstat, där denne är etablerad och redan är föremål för i lag föreskrivna krav och kontroller, *inte utgör en tillräcklig garanti för att de inhemska konsumenterna skyddas mot riskerna för bedrägeri och brottslighet*. Detta mot bakgrund av de svårigheter som myndigheterna i etableringsmedlemsstaten i ett sådant sammanhang kan ha att bedöma operatörernas yrkesmässiga förtjänster och redbarhet.

Avsaknaden av direktkontakt mellan konsumenten och operatören gör dessutom att hasardspel som är åtkomliga via Internet medför andra typer av och större risker jämfört med vad som är fallet på de traditionella marknaderna för sådana spel vad gäller bedrägerier som operatörerna eventuellt kan göra sig skyldiga till gentemot konsumenterna.

Enligt domstolen kunde heller inte uteslutas att en operatör som sponsrar vissa sportevenemang för vilka samma operatör anordnar vadhållning och som också sponsrar vissa lag som deltar i dessa evenemang befinner sig i en situation där denne direkt eller indirekt kan påverka resultatet och således öka sin vinst.

EU-domstolens slutsats blev därför att den inskränkning som var i fråga kunde anses vara motiverad med hänsyn till målet att bekämpa bedrägeri och brottslighet, mot bakgrund av de särdrag som utmärker tillhandahållandet av hasardspel via Internet.

Svaret på tolkningsfrågan blev därmed att ”artikel 49 EG [nu artikel 56 FEUF] inte utgör hinder för att en medlemsstat har en sådan lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, enligt vilken det är förbjudet för operatörer, såsom Bwin, som är etablerade i andra medlemsstater där de lagligen utför liknande tjänster, att i den förstnämnda medlemsstaten erbjuda hasardspel via Internet.”

Att den portugisiska spelregleringen accepterades fullt ut innebar att EFTA-domstolens tidigare nämnda resonemang bekräftades. EU-domstolen hade tidigare riktat tämligen hård

kritik mot framför allt det italienska koncessionssystemet som dock innebar en mindre långtgående handelsbegränsning än det portugisiska systemet. Att EU-domstolen så reservationsfritt accepterade den portugisiska ordningen får därför betraktas som en svängning. Domstolen hade inte heller tidigare fokuserat på problem med gränsöverskridande Internettjänster, men hänvisade nu till frånvaron av harmoniseringsbestämmelser och avsaknaden av direktkontakt mellan leverantörer och konsumenter på Internet. Liga Portuguesa-domen ger alltså medlemsstaterna rätt att freda sin nationella marknad från utländska tjänsteleverantörer som är lagligt etablerade i andra medlemsländer. Detta måste ses som att EU-domstolen, i vart fall när det gäller gränsöverskridande internettjänster, anser att harmonisering är enda vägen att gå om man vill åstadkomma en fungerande spelmarknad inom EU.

4.5 Senare rättspraxis – en systematik växer fram

I kölvattnet på Liga Portuguesa har en lång rad spelmål avgjorts, däribland ett som rör det svenska systemet och som berörs särskilt i nästa kapitel. I senare rättspraxis kan en systematik skönjas där EU-domstolen bekräftar medlemsstaternas befogenhet att hålla sina nationella marknader fria från utländska onlinespel och sammanhängande marknadsföringsåtgärder. Ett exempel på detta är målet *Ladbrokes* (C-258/08) som tas upp nedan där en nationell domstol hade beslutat om interimistiska åtgärder som innebar att det brittiska företaget *Ladbrokes* ålades att hindra tillgång till sin hemsida på Internet för personer som var bosatta i Nederländerna och dessutom skulle göra det omöjligt för dessa personer att delta i vadhållning över telefon. EU-domstolen fann att denna åtgärd utgjorde en oundgänglig del av det skydd mot hasardspel som Nederländerna försökte att garantera inom sitt territorium. Beslutet om interimistiska åtgärder begränsade sig nämligen till att säkerställa den ändamålsenliga verkan hos den nederländska lagstiftningen om hasardspel. Utan sådana åtgärder skulle enligt EU-domstolen det förbud som föreskrivs i denna lagstiftning vara verkningslöst, eftersom ekonomiska aktörer utan tillstånd från nationella myndigheter då skulle kunna erbjuda hasardspel på den nederländska marknaden.

EU-domstolen har dock samtidigt ställt allt mer långtgående krav på att den politik som förs i syfte att rättfärdiga begränsningar i den fria rörligheten för speltjänster är systematisk och sammanhängande. EU-domstolen har också sökt säkerställa att de medlemsstater som valt koncessionssystem, i likhet med det italienska systemet som berördes ovan, är öppna för utländska spelföretag som är beredda att underkasta sig kraven i den nationella regleringen.

4.5.1 Sammanhängande och systematisk politik

Redan i *Gambelli*-domen ställdes krav på att den nationella politiken skulle vara trovärdig om en medlemsstat ska kunna rättfärdiga begränsningar i den fria rörligheten. I detta mål framhöll domstolen som framgått att om en medlemsstat uppmuntrar till att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning, i syfte att erhålla intäkter, kan denna stat inte åberopa hänsyn till behovet av

att bevara ordningen i samhället för att motivera inskränkande åtgärder. Detta resonemang har sedan istället kommit att integreras i domstolens krav på att den nationella politiken ska vara sammanhängande och systematisk. I det följande tas några domar upp där detta krav berörs.

*Dom av den 3 juni 2010 i mål C-258/08, Ladbrokes Betting och Stichting de Nationale*⁴⁴

Det nationella målet, som berörts kort ovan, rörde en tvist mellan å ena sidan Stichting de Nationale Sporttotalisator, en stiftelse som är bildad enligt nederländsk rätt (De Lotto) och å andra sidan bolagen Ladbrokes Betting & Gaming Ltd och Ladbrokes International Ltd, etablerade i Förenade kungariket (Ladbrokes). Frågan var om Ladbrokes har agerat rättsstridigt på den nederländska marknaden för hasardspel.

En fråga som behandlades utförligt i målet var om den nationella lagstiftningen på ett sammanhängande och systematiskt sätt kunde anses syfta till att begränsa spelberoendet när tillståndsinnehavaren/innehavarna tilläts att göra sitt/sina hasardspel attraktiva genom att introducera nya hasardspel och genom att göra reklam för dem.

Det kunde konstateras att den nederländska regleringens syfte var att skydda konsumenten genom att begränsa beroendet av hasardspel samt att bekämpa bedrägeri.

Den nederländska domstolen hyste emellertid tvivel om huruvida den nationella lagstiftningen var sammanhängande och systematisk, eftersom den samtidigt som den uppfyllde dessa syften medgav aktörer, som innehade ett exklusivt tillstånd att arrangera hasardspel i Nederländerna, exempelvis de Lotto, att erbjuda nya spel och att göra reklam för dem i syfte att göra sitt sortiment mer attraktivt på marknaden.

Domstolen anförde att den redan tidigare funnit att en kontrollerad expansiv politik på området för hasardspel kunde vara helt i överensstämmelse med målet att locka över spelare som ägnar sig åt förbjuden och dold spel- och vadhållningsverksamhet till tillåten och reglerad verksamhet. Detta mål uppnås endast om de lagliga aktörerna utgör ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet, vilket i sig kan innebära tillhandahållandet av ett omfattande spelsortiment, att göra reklam i viss omfattning och att använda ny distributionsteknik (de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04 Placanica m.fl., punkt 55).

Det ankom emellertid på den hänskjutande domstolen, att mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i målet, pröva huruvida den nationella lagstiftning som aktualiserats i det nationella målet kunde anses falla inom ramarna för en expansiv politik på hasardspelsområdet, vars syfte är att kanalisera spelbehovet i lagliga former, när den medger innehavarna av exklusiva tillstånd att erbjuda nya spel och att göra reklam för dem.

⁴⁴ REU 2010, s. I-4757.

Om det skulle visa sig att Nederländerna förde en starkt expansiv politik på hasardspelsområdet, som på ett överdrivet sätt uppmuntrade och uppmanade konsumenterna att delta i dessa spel med det huvudsakliga syftet att samla in medel, och att finansieringen av sociala verksamheter med intäkter som härrör från tillåtna hasardspel därför inte utgjorde en godartad bieffekt utan var den verkliga motiveringen för den restriktiva politik som fördes av denna medlemsstat, kunde en sådan politik inte på ett sammanhängande och systematiskt sätt anses begränsa hasardspelsverksamhet och var därför inte ägnad att säkerställa syftet att begränsa spelberoende hos konsumenterna (punkt 28 i domen).

Den hänskjutande domstolen skulle vid denna bedömning bl.a. fastslå huruvida verksamhet med olagliga spel kunde utgöra ett problem i Nederländerna och om problemet skulle kunna avhjälpas genom att utöka antalet godkända och reglerade verksamheter.

Eftersom syftet att skydda konsumenterna mot spelberoende i princip är svårförenligt med en expansiv politik för hasardspelsområdet, som bl.a. kännetecknas av att nya spel införs och att det görs reklam för dem, kunde en sådan politik endast anses vara sammanhängande om de olagliga verksamheterna hade en avsevärd omfattning och de åtgärder som vidtogs syftade till att kanalisera konsumenternas spellust till lagliga former (punkt 30 i domen).

EU-domstolen påpekade därefter att den nationella lagstiftning som aktualiserades i målet vid den nationella domstolen inte endast syftade till att bekämpa bedrägeri och kriminalitet utan syftade även till att skydda konsumenterna. Det krävdes således att det skedde en korrekt intresseavvägning mellan kravet på en kontrollerad ökning av antalet tillåtna hasardspel i syfte att göra spelen attraktiva för allmänheten och nödvändigheten av att så långt som möjligt begränsa konsumenternas beroende av dessa spel.

Domstolen fann visst stöd för att det förhöll sig så. Enligt ordalydelsen i 2004 års beslut att tilldela nederländska Lotto ensamrätt att anordna sportvadhållning skulle ”stiftelsen säkerställa att marknadsförings- och reklamåtgärder ges ett återhållet och balanserat innehåll och den ska framför allt säkerställa att överdrivet deltagande i de hasardspel som avses i detta beslut motverkas.”

Den nederländske justitieministern hade dessutom i skrivelse av den 23 juni 2004 anmodat tillståndsinnehavarna att ”kraftigt begränsa sin reklam och att ge form och innehåll till denna restriktiva politik avseende reklam genom att utarbeta en uppförande- och reklamkodex för de aktörer som erbjuder hasardspel, vilken ska tillämpas av samtliga aktörer”. Denna uppförandekodex trädde i kraft i Nederländerna den 15 februari 2006.

Det ankom emellertid på den nationella domstolen att bedöma huruvida utvecklingen på hasardspelsmarknaden i Nederländerna medgav slutsatsen att denna medlemsstats myndigheter utövade en effektiv kontroll över expansionen av hasardspel såväl med avseende på omfattningen av den reklam som görs av innehavarna av exklusiva tillstånd som med avseende på deras utbud av nya spel och därmed på ett lämpligt sätt säkerställde att de dubbla syften som angavs i den nationella lagstiftningen uppfylldes samtidigt.

Dom av den 8 september i målen C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, Markus Stoß m.fl.

I Ladbrokesmålet prövade alltså inte EU-domstolen fullt ut om den nationella politiken var sammanhängande och systematisk, utan överlät på den hänskjutande domstolen att bedöma detta. I målet Markus Stoß m.fl. prövade emellertid domstolen fråga fullt ut, vilket gör målet särskilt intressant. Målen rör tyska myndigheters beslut att vid äventyr av böter förbjuda Markus Stoß m.fl. att bedriva verksamhet i syfte att möjliggöra eller underlätta för företag med hemvist i andra medlemsstater än Förbundsrepubliken Tyskland att anordna vadhållning som rör sporttävlingar.

EU-domstolen påpekade att restriktioner som syftar till att förhindra att ordningen i samhället störs, måste vara ägnade att säkerställa förverkligandet av dessa mål på så sätt att dessa inskränkningar bidrar till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt.

Det ankommer härvid enligt domstolen på varje enskild medlemsstat att bedöma om det, med hänsyn till de legitima mål som denna stat önskar uppnå, är nödvändigt att helt eller delvis förbjuda aktiviteter av sådan art eller att endast inskränka dem och att i det syftet föreskriva mer eller mindre strikta kontrollmetoder.

Domstolen framhöll att huruvida de aktuella bestämmelserna är nödvändiga och proportionerliga endast ska bedömas med hänsyn till de ändamål som de behöriga myndigheterna i den berörda medlemsstaten eftersträvar och den skyddsnivå som de avser att säkerställa (se bl.a. mål C-124/97, Läära, m.fl., punkterna 35 och 36, mål C-67/98, Zenatti, punkterna 33 och 34, och mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkt 58).

Domstolen påpekade vidare att olika hasardspel kan skilja sig åt på väsentliga punkter, bl.a. vad avser hur de konkret organiseras, hur stor omsättning de kännetecknas av vad gäller insatser och vinster, hur många som kan tänkas vilja ägna sig åt respektive spel, hur spelen presenteras, hur ofta ett spel kan spelas, hur lång tid ett spel tar eller om det går att spela gång på gång och hur spelarna reagerar på spelen eller, slutligen, huruvida de, i likhet med vad som är fallet med de spel som erbjuds på kasinon och de spelautomater som finns uppställda på kasinon eller andra etablissemang, kräver att spelaren är fysiskt närvarande.

Mot denna bakgrund medför den omständigheten att olika former av hasardspel ibland omfattas av statliga monopol och ibland av system med tillstånd som kan beviljas privata aktörer inte i sig att åtgärder som, i likhet med statliga monopol, vid ett första påseende framstår som mer ingripande och mer effektiva inte kan anses motiverade utifrån de legitima mål som eftersträvas med dessa åtgärder. Att regelverken skiljer sig åt i så hög grad kan nämligen inte i sig påverka frågan huruvida ett sådant statligt monopol utgör en lämplig

åtgärd för att uppnå det för monopolen angivna målet att motverka att medborgarna lockas till överdrivna utgifter för spel och att bekämpa spelberoende.

Domstolen observerade dock att i Tyskland kunde vadhållning som rör hästtävlingar, spel på spelautomater och kasinospel drivas av privata aktörer med tillstånd. Samtidigt hade innehavaren av det statliga monopolen för sportvadhållning, beträffande lotterier som även de omfattas av nämnda monopol, genomfört massiva reklamkampanjer där det hänvisas till behovet av att finansiera social verksamhet, kultur och idrott, till vilka verksamheter de uppnådda vinsterna används, och därigenom gett stöd för slutsatsen att vinstmaximering för att finansiera sådan verksamhet utgör ett mål i sig för de berörda inskränkande åtgärderna. Det kunde vidare konstateras att ansvariga myndigheter utvecklade eller tolererade en expansionspolitik vad avser spel på kasinon och spelautomater, trots att dessa spel medför en större risk för spelberoende än sportvadhållning. Nämnda myndigheter tolererar nämligen nya möjligheter till kasinospel på Internet, samtidigt som villkoren för att ställa ut spelautomater på andra platser än kasinon, såsom spelhallar, restauranger, kaféer och hotell, nyligen hade mildrats i hög grad.

Domstolen medgav att de lagliga aktörerna måste utgöra ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet, vilket i sig kan innebära att de får tillhandahålla ett omfattande spelsortiment, göra reklam i viss omfattning och använda ny distributionsteknik (se bl.a. domen i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04 Placanica m.fl., punkt 55).

Den framhöll emellertid att den reklam som innehavaren av ett statligt monopol eventuellt gör för sitt utbud måste vara måttfull och inte gå utöver vad som är absolut nödvändigt för att styra konsumenterna till tillåtna spel. Reklamen får i synnerhet inte uppmuntra konsumenternas naturliga benägenhet att roas av spel genom att locka dem till aktivt deltagande, såsom genom att banalisera spelandet eller ge det en positiv image genom att hänvisa till att spelintäkterna går till verksamhet av allmänintresse eller genom att förstärka spelens dragningskraft med anslående reklambudskap där stora spelvinster förespeglas.

Vad avser den omständigheten att det i lotterimonopolinnehavarens reklamkampanjer för sitt utbud har betonats att intäkterna från denna verksamhet går till oegennyttig verksamhet eller verksamhet av allmänintresse ska det dessutom påpekas att även om det inte är likgiltigt huruvida spel om pengar på ett avgörande sätt kan bidra till finansieringen av sådan verksamhet, så kan ett sådant skäl inte i sig anses utgöra ett objektiva berättigande till inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster. Sådana inskränkningar är nämligen endast tillåtna om exempelvis finansieringen av sådan social verksamhet utgör en positiv bieffekt och inte det verkliga skälet till den restriktiva politiken på området, vilket den nationella domstolen måste förvissa sig om (se, för ett liknande resonemang, domen i målet C-67/98, Zenatti, punkterna 36 och 37).

Mot denna bakgrund konstaterade EU-domstolen att de nationella domstolarna med rätta kunde dra slutsatsen att den omständigheten att de behöriga tyska myndigheterna, vad avser hasardspel som inte omfattas av de statliga monopolen, bedriver eller tolererar en politik som syftar till att främja dessa andra spel i stället för att minska möjligheterna till spel. Eftersom verksamheten på detta område inte begränsas på ett sammanhängande och systematiskt sätt leder det till att målet att motverka att allmänheten lockas till överdrivna utgifter för spel och att bekämpa spelberoende, vilket anges ha varit syftet med inrättandet av monopolet, inte längre på ett effektivt sätt kan uppnås med hjälp av monopolet och att detta därför inte längre kan anses motiverat med hänsyn till artiklarna 43 EG och 49 EG (nu artikel 49 och 56 FEUF).

Domstolens slutsats var alltså att den tyska politiken inte var sammanhängande och systematisk, vilket innebär en skärpning av de krav som ställs på medlemsstaterna, i synnerhet eftersom domstolen inte överlät bedömningen till den nationella domstolen.

Betydelsen av att marknadsföringsåtgärder ska vara måttfulla har sedan understrukits ytterligare i ett senare fall.

Dom av den 15 september 2011 i mål C-347/09, Jochen Dickinger och Franz Ömer

I målet prövades den österrikiska spelregleringen. Domstolen betonade i detta mål att den marknadsföringspolitik som monopolinnehavaren bedriver har klar relevans vid bedömningen av huruvida politiken kan anses systematisk och sammanhängande (punkt 58 i domen).

Den påpekade att den omständigheten att en aktör som har tillerkänts ensamrätt att tillhandahålla hasardspel utökar sin näringsverksamhet samt att dennes intäkter från denna verksamhet ökar i betydande omfattning påkallar en särskild uppmärksamhet vid prövningen av huruvida den ifrågavarande lagstiftningen är sammanhängande och systematisk och därmed lämplig vid eftersträvandet av de mål som har erkänts genom domstolens praxis. Av denna rättspraxis framgår nämligen att finansieringen av allmännyttiga verksamheter genom intäkter från hasardspelsverksamhet inte får utgöra det verkliga syftet med en restriktiv politik inom denna sektor utan endast kan anses utgöra en accessorisk positiv konsekvens (punkt 61 i domen).

En medlemsstat kan följaktligen inte åberopa att hänsyn till den allmänna ordningen gör det nödvändigt att begränsa spelmöjligheterna i den mån myndigheterna i denna medlemsstat lockar och uppmuntrar konsumenter att delta i hasardspel i syfte att stärka statskassan (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet C-243/01, Gambelli m.fl., punkt 69).

Mot denna bakgrund ankommer det emellertid på den nationella domstolen att, mot bakgrund av omständigheterna i målet då det anhängiggjordes vid den nationella domstolen, bedöma om monopolinnehavarens marknadsföringspolitik, med avseende på såväl omfattningen av den reklam som görs som de nya spel som införs, kan anses ingå i en sådan genomtänkt expansionspolitik inom hasardspelssektorn som verkligt är ägnad att locka över

konsumenterna till kontrollerade spelformer (se domen i målet C-258/08, Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International, punkt 37).

Vid denna bedömning ankommer det på den nationella domstolen att pröva huruvida brottslig och bedräglig aktivitet inom spelsektorn samt spelberoende, vid den tidpunkt som är relevant i det nationella målet, kunde utgöra ett problem i Österrike och om problemet kunde avhjälpas genom att utöka antalet godkända och reglerade verksamheter (se, för ett liknande resonemang, domen i målet C-258/08, Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International, punkt 29).

I detta avseende framhöll domstolen att det i synnerhet ska göras åtskillnad på strategier från monopolinnehavaren vars enda syfte är att informera potentiella kunder om produktens existens samt att säkerställa en regelbunden tillgång till hasardspel, genom att styra spelarna mot kontrollerade spelformer och sådana strategier som lockar till ett aktivt deltagande i sådana spel samt främjar detta deltagande. Skillnad ska således göras på en restriktiv marknadsföringspolitik vars enda syfte är att vinna eller befästa en befintlig marknads lojalitet till förmån för det organ som tillerkänts monopolställning och en expansionistisk marknadsföringspolitik vars syfte är att skapa en tillväxt av den globala spelmarknaden (punkt 69 i domen). Det senare är inte tillåtet för ett spelföretag som beviljats ensamrätt på spel i en medlemsstat.

4.5.2 Preciseringar av kraven vid tillståndsgivning

En fråga av växande betydelse inom spelområdet är gränsdragningen mellan etablering och tjänst (se avsnitt 4.1.3). Liga Portuguesa ger som framgått medlemsstaterna tämligen långtgående befogenheter att hindra tjänsteutövare från att tillhandahålla sina speltjänster i länder där sådan verksamhet är förbehållen statligt kontrollerade organ. EU-domstolen anser emellertid att i princip alla nationella licens- eller koncessionssystem måste vara öppet för alla och vara transparent. Detta skapar möjligheter för spelföretag att söka tillstånd och eventuellt etablera sig i andra EU-länder.

Dom av den 3 juni 2010 i mål C-203/08, Sporting Exchange Ltd ("Betfair") och Minister van Justitie

Det nationella målet rörde en tvist mellan bolaget Sporting Exchange Ltd, som är verksamt under namnet "Betfair" och etablerat i Förenade kungariket (Betfair), och Minister van Justitie (den nederländske justitieministern). Frågan gällde ministerns beslut att avslå dels Betfairs ansökan om tillstånd att få anordna hasardspel i Nederländerna, dels Betfairs överklagande av besluten att bevilja två andra aktörer tillstånd.

I detta mål granskade EU-domstolen för första gången det förfarande som låg till grund för beslutet att tilldela ett organ ensamrätt på spelverksamhet. Skälet till att domstolen kom in på denna fråga var att den nationella domstolen begärde att EU-domstolen skulle uttala sig om

huruvida rättspraxis beträffande tolkningen av artikel 49 EG (nu artikel 56 FEUF) och av likabehandlingsprincipen och den därav följande skyldigheten att lämna insyn, i fråga om koncessioner, var tillämplig vid förfaranden för att bevilja tillstånd till en enda aktör på området för hasardspel.

EU-domstolen konstaterade följaktligen att på unionsrättens nuvarande stadium omfattas avtal om tjänstekoncession inte av tillämpningsområdet för något av de direktiv genom vilka unionslagstiftaren har reglerat området för offentlig upphandling (nu har dock ett förslag lagts fram, COM(2011) 897 final). Offentliga myndigheter som ingår sådana avtal är emellertid skyldiga att iaktta fördragets grundläggande bestämmelser i allmänhet, särskilt artikel 49 EG (nu artikel 56 FEUF), samt principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn (se, för ett liknande resonemang, mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, mål C-206/08, Eurawasser, punkt 44, och mål C-91/08, Wall, punkt 33).

Domstolen konstaterade vidare att även om denna skyldighet att lämna insyn inte nödvändigtvis innefattar en skyldighet för den koncessionsgivande myndigheten att göra en anbudsinfordran, innebär den en skyldighet för denna myndighet att garantera varje potentiell anbudsgivare att koncessionen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstekoncessionen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om tilldelningsförfarandena är opartiska (se, för ett liknande resonemang, mål C-324/07, Coditel Brabant, punkt 25, och domen i målet C-91/08, Wall, punkt 36).

I det förevarande fallet rörde det sig inte om ett förfarande för beviljande av tjänstekoncession utan om att bevilja ett exklusivt tillstånd. Enligt EU-domstolen kunde emellertid inte detta i sig motivera att de krav som följer av artikel 49 EG (nu artikel 56 FEUF), i synnerhet likabehandlingsprincipen och skyldigheten att lämna insyn, inte beaktas då ett sådant administrativt tillstånd som var aktuellt i målet beviljades.

Enligt domstolen är skyldigheten att lämna insyn en obligatorisk förutsättning för en medlemsstats rätt att tilldela en eller flera privata aktörer ensamrätten att utöva en ekonomisk verksamhet, oavsett hur denna aktör eller dessa aktörer har valts ut.

Även om en medlemsstat har rätt att på spelområdet välja ett system med tillstånd för en enda aktör får alltså de nationella myndigheterna inte agera på ett sådant skönsmässigt sätt att de unionsrättsliga bestämmelser som rör friheten att tillhandahålla tjänster förlorar sin ändamålsenliga verkan (jfr punkt 49 i domen).

För att ett krav på föregående myndighetstillstånd ska kunna anses berättigat måste det följaktligen grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand, för att tillräckligt begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning för att denna inte ska användas på ett godtyckligt sätt (mål C-389/05, kommissionen mot Frankrike, punkt 94, och mål C-169/07, Hartlauer, punkt 64). Den som berörs av en

inskränkning som grundas på ett sådant undantag måste dessutom ha möjlighet att få åtgärden prövad av domstol (se, för ett liknande resonemang, mål C-205/99, Analir m.fl., punkt 38).

EU-domstolen förtydligade därefter att iakttagande av likabehandlingsprincipen och den skyldighet att lämna insyn som följer av denna princip med nödvändighet medför ett krav på att de objektiva kriterier som gör det möjligt att reglera bedömningsutrymmet för behöriga myndigheter i medlemsstaterna offentliggörs på lämpligt sätt.

I det aktuella fallet fattades beslut den 10 december 2004 respektive den 21 juni 2005 om att förlänga de tillstånd som beviljats De Lotto och SGR för fem respektive tre år, utan att andra potentiella intressenter tilläts delta.

EU-domstolen fann inte att skillnad skulle göras i fråga om nya tillstånd eller förlängningar (jfr punkt 54 i domen). Ett förfarande för att förlänga ett tillstånd, som inte uppfyller nämnda villkor, hindrar i princip andra aktörer från att visa sitt intresse för att utöva den berörda verksamheten. De hindras härigenom från att åtnjuta sina rättigheter enligt unionsrätten, bl.a. friheten att tillhandahålla tjänster (punkt 55 i domen).

EU-domstolen anförde vidare att den delade generaladvokatens uppfattning att det är viktigt att skilja på följderna av att spelmarknaden, vars skadlighet kan motivera inskränkningar i de ekonomiska aktörernas verksamhet, öppnas för konkurrens och följderna av att koncessionstilldelningen konkurrensutsätts. De skadliga verkningar som kan bli följden av att marknaden konkurrensutsätts, det vill säga att flera aktörer ges tillstånd att anordna ett och samma hasardspel, kommer av att dessa aktörer föranleds att tävla om att vara uppfinningsrika för att göra sitt erbjudande mer attraktivt och på så sätt öka konsumenternas utgifter för spelet samt riskerna för spelberoende. Sådana följder behöver däremot inte befaras i det skede då tillståndet beviljas.

EU-domstolen uttalade dock i punkt 59 i domen att inskränkningar i den grundläggande frihet som fastställs i artikel 49 EG (nu artikel 56 FEUF) och som specifikt följer av förfarandena för att bevilja och förlänga ett tillstånd till förmån för en enda aktör skulle kunna anses berättigade om den berörda medlemsstaten beslutade att bevilja eller förnya tillståndet för en offentlig aktör vars förvaltning står under direkt statlig kontroll eller under kontroll av en privat aktör över vars verksamhet staten har möjlighet att utöva sträng kontroll (se, för ett liknande resonemang, mål C-124/97, Läärä m.fl., punkterna 40 och 42, samt mål C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkterna 66 och 67).

Mot denna bakgrund fann domstolen att det inte var oproportionerligt i förhållande till den målsättning som eftersträvades med den nederländska lagstiftningen att bevilja eller förlänga en aktörs exklusiva rättighet att tillhandahålla hasardspel utan att förfarandet konkurrensutsätts. Den nationella domstolen skulle dock kontrollera om de som innehar tillstånd i Nederländerna för att anordna hasardspel uppfyllde dessa villkor.

Dom av den 9 september 2010 i mål C-64/08, Engelmann

I mål C-302/08 Sporting Exchange behövde alltså inte likabehandlingsprincipen och den därav följande skyldigheten att lämna insyn, i fråga om koncessioner, tillämpas vid förfaranden för att bevilja tillstånd till en enda aktör på området för hasardspel. EU-domstolen fann att de grundläggande principerna var tillämpliga, men att ett mindre öppet förfarande kunde godtas när det var fråga om att bevilja eller förnya tillstånd för en offentlig aktör vars förvaltning står under direkt statlig kontroll eller under kontroll av en privat aktör över vars verksamhet staten har möjlighet att utöva sträng kontroll. I målet Engelmann prövade emellertid domstolen om kravet på insyn är uppfyllt inom ramen för den österrikiska ordningen där speltillståndsinnehavarna inte står under direkt statlig kontroll. Domstolen fick därmed tillfälle att fullt ut utveckla sitt resonemang. Bakgrunden är en begäran om förhandsavgörande som har framställts i ett brottmål mot Ernst Engelmann angående överträdelse av den österrikiska lagstiftningen om anordnande av kasinospel.

EU-domstolen prövade huruvida artiklarna 43 EG och 49 EG (nu artikel 49 och 56 FEUF) utgör hinder för att samtliga tillstånd att anordna kasinospel på en medlemsstats territorium beviljas utan något anbuds förfarande för en tidsperiod av 15 år.

Domstolen menade att i detta hänseende kunde tre inskränkningar identifieras, närmare bestämt begränsningen av antalet tillstånd att anordna kasinospel, beviljandet av tillstånden för en tidsperiod av 15 år och det förhållandet att tillstånden beviljas utan någon insyn. Den prövade separat, för var och en av dessa inskränkningar, huruvida inskränkningen var ägnad att säkerställa förverkligandet av det mål som den aktuella medlemsstaten hade åberopat, och huruvida den inte gick utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål (se, för ett liknande resonemang, målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04 Placanica m.fl., punkt 49, och mål C-46/08, Carmen Media Group, punkt 60).

EU-domstolen slog först fast att en begränsning av antalet tillstånd att anordna kasinospel utgör hinder för etableringsfriheten och för friheten att tillhandahålla tjänster (målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., punkterna 50 och 51).

Det framgår emellertid att en begränsning inom den aktuella sektorn av antalet tillstånd, och följaktligen av antalet kasinon, till 12 – vilket enligt den österrikiska regeringens uppgifter motsvarar ett kasino per 750 000 invånare – i sig var ägnad att begränsa antalet speltillfällen och således att uppnå ett mål av allmänintresse som erkänns i unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, mål C-243/01, Gambelli m.fl., punkterna 62 och 67, målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., punkt 53, och mål C-46/08, Carmen Media Group, punkt 84). Eftersom konsumenterna måste förflytta sig när de ska bege sig till ett kasinos lokaler för att kunna delta i hasardspelen i fråga, medför en begränsning av antalet kasinon att det blir svårare att delta i sådana spel.

Vad för det andra avser tillståndens giltighetstid, framgår det av domstolens praxis att beviljandet av tillstånd för en period om 15 år kan få till följd att aktörer i andra medlemsstater får det svårare eller helt hindras från att utöva de friheter som garanteras i artiklarna 43 EG och 49 EG (nu artikel 49 och 56 FEUF), och utgör därför en inskränkning i utövandet av dessa friheter (se, för ett liknande resonemang, mål C-323/03, kommissionen mot Spanien, punkt 44).

Vad beträffar bedömningen av huruvida denna inskränkning är förenlig med unionsrätten erinrade domstolen om att etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster är grundläggande principer i fördraget, och de kan därför endast inskränkas genom regler som grundas på tvingande skäl av allmänintresse och som gäller för alla personer och företag som bedriver verksamhet i värdmedlemsstaten. För att vara motiverad ska den nationella lagstiftningen i fråga dessutom vara ägnad att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås, och den ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål (se mål C-323/03, kommissionen mot Spanien, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

Enligt domstolen verkade dessa villkor vara uppfyllda. Det framstod som motiverat att bevilja tillstånd för en period om 15 år, särskilt med hänsyn till tillståndshavarens behov av en tillräckligt lång tidsperiod för att kunna amortera de investeringar som erfordras för att öppna ett kasino.

Domstolen underströk sedan att offentliga myndigheter som beviljar sådana tillstånd är skyldiga att iaktta de grundläggande bestämmelserna i fördragen, särskilt artiklarna 43 EG och 49 EG (nu artikel 49 och 56 FEUF), samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn (se, för ett liknande resonemang, mål C-324/98, *Telaustria* och *Telefonadress*, punkterna 60 och 61, mål C-231/03, *Coname*, punkterna 16–19, mål C-458/03, *Parking Brixen*, punkterna 46–48, mål C-91/08, *Wall*, punkt 33, och mål C-203/08, *Sporting Exchange*, punkt 39).

Myndigheten som beviljar tillståndet ska därför garantera alla potentiella anbudsgivare en tillräcklig grad av offentlighet för att tjänstetillståndet ska kunna öppnas för konkurrens och för att det ska gå att kontrollera om tilldelningsförfarandena är opartiska (mål C-203/08, *Sporting Exchange*, punkterna 40 och 41 och där angiven rättspraxis).

När det i en medlemsstat har införts ett tillståndssystem som syftar till att uppnå legitima mål som erkänns i rättspraxis kan ett sådant system vidare inte rättfärdiga att de nationella myndigheterna agerar på ett sådant skönsmässigt sätt att unionsrättsliga bestämmelser, i synnerhet bestämmelserna om de grundläggande friheterna förlorar sin ändamålsenliga verkan (se, bl.a., domarna i de ovannämnda målen C-203/08, *Sporting Exchange*, punkt 49, och C-46/08, *Carmen Media Group*, punkt 86).

För att ett system för föregående myndighetstillstånd ska kunna anses berättigat trots att sådana grundläggande friheter därigenom inskränks, måste det enligt fast rättspraxis grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand, så att ramarna för myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning kan fastställas, så att det inte utövas

på ett godtyckligt sätt. Den som berörs av en inskränkning som grundas på ett sådant undantag måste dessutom ha möjlighet att förfoga över ett effektivt rättsmedel (se, för ett liknande resonemang, målen C-203/08, Sporting Exchange, punkt 50, och C-46/08, Carmen Media Group, punkt 87).

Det kunde i förevarande fall konstateras att den omständigheten att det inte förekom någon som helst insyn vid beviljandet av tillstånden att anordna kasinospel, med verkan från och med den 1 januari 1998 och från och med den 1 januari 2001, stred mot artiklarna 43 EG och 49 EG (nu artikel 49 och 56 FEUF).

5. Den svenska spelregleringen

5.1 Den nuvarande ordningen

Den rättsliga ramen för den föreliggande svenska spelregleringen utgörs av lotterilagen (1994:1000) och kasinolagen (1999:355).⁴⁵

Lotterilagen är en förbudslagstiftning som bygger på principen att alla lotterier kräver tillstånd och att alla tillstånd står under offentlig kontroll. Lagens syften är att förhindra kriminalitet, motverka sociala och ekonomiska skadeverkningar, skydda konsumenterna och att styra överskottet.

Lagen bygger på att i princip endast tre aktörer kan få lotteritillstånd och detta är staten, hästsporten och folkrörelserna. Staten äger Svenska Spel, hästsporten äger ATG och folkrörelserna driver sina egna lotterier. Av detta följer att näringslivet i princip är utestängt från lotterimarknaden. Endast i den del som gäller restaurangkasinon (32–34 §§ lotterilagen) tillåts näringslivet bedriva lotterier. Dessa lotterier är dock mest av förströelsekaraktär med små insatser och små vinster.

Marknaden är fördelad mellan dagens aktörer på följande sätt.

ATG har ensamrätt för vadhållning på hästar. Detta regleras dels i lotterilagen, dels av ett avtal mellan staten och hästsporten, dels av ett regeringstillstånd för spelet på hästar. Spelet på hästar är totalisatorspel, vilket innebär att en viss del av omsättning av spelet är garanterat hästsporten.

⁴⁵ Se SOU 2008:124, s. 91 f. Förarbetena till lotterilagen är slutbetänkandet av Lotteriutredningen Vinna eller försvinna – folkrörelsernas lotterier och spel i framtiden (SOU 1992:130) och prop. 1993/94:182 Ny lotterilag. Förarbetena till kasinolagen är prop. 1998/99:80 Kasinospel i Sverige m.m.

Svenska Spel har ensamrätt för värdeautomatspel, kasinon (enligt kasinolagen), vadhållning på sportspel i mer än en kommun och Internetpoker. Svenska Spel bedriver även lotterier, nummerspel och Internetspel.

Folkrörelserna har ensamrätt på bingospel och bedriver även lotterier.

Att anordna lotteri utan tillstånd är kriminaliserat. Även främjande av utom landet anordnat lotteri är förbjudet (38 § och 54 § andra stycket lotterilagen). Straffbestämmelser finns även i brottsbalken (dobbleri och grovt dobbleri, 16 kap. 14 och 14 a §§ BrB).

Tillståndsmyndigheter enligt lotterilagen är regeringen, Lotteriinspektionen, länsstyrelserna och kommunerna. Regeringen ger tillstånd till ATG och Svenska Spel. Lotteriinspektionen ger tillstånd till värdeautomater samt till lotterier och bingo i fler än ett län. Länsstyrelserna ger tillstånd till lotteri i fler än en kommun och bingo i respektive län. Kommunerna ger tillstånd till lotterier i respektive kommun.

Central tillsynsmyndighet över lotterilagen är Lotteriinspektionen.

Tillsynsmyndigheter enligt lotterilagen är oftast desamma som tillståndsmyndigheterna. Utgångspunkten är att den myndighet som lämnat tillstånd till ett lotteri även utövar tillsynen över detta. I de fall regeringen lämnat tillståndet utövar dock Lotteriinspektionen tillsynen. I regelverket finns även bestämmelser om åldersgränser, kreditförbud m.m.

5.2 Den svenska spelregleringen prövas

Mot bakgrund av framför allt Gambellidomen (se avsnitt 4.3.1) har den svenska lotterilagstiftningen kritiserats för att bygga på andra syften än de som framhålls i lotterilagens förarbeten. Det har hävdats att särskilt Svenska Spel, för svenska statens räkning, uppmuntrar till att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning, i syfte att erhålla intäkter. Sverige skulle därmed inte kunna åberopa t.ex. konsumenthänsyn som grund för sin spelreglering. Den svenska lagstiftningen har också kritiserats från ett proportionalitetsperspektiv, dvs. lagstiftningen påstås ingripa mer i handeln än som är nödvändigt. När ett statligt bolag tillåts bedriva en offensiv marknadsföring och expansiv verksamhet aktualiseras frågan om den aktuella lagstiftningen står i proportion till sitt syfte att begränsa spelandet.⁴⁶

⁴⁶ Meyrowitsch, A, Allroth, E och Hettne, J, *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, Siepsrapport 2005:6, s. 87.

5.2.1 Wermdökrogmålet

I målet *Wermdö Krog*⁴⁷ prövade Regeringsrätten (nu Högsta förvaltningsdomstolen) det svenska spelmonopolets överensstämmelse med EU-rätten. Regeringsrätten betonade att den centrala frågan i målet var att avgöra den svenska lagstiftningens reella syfte. Den uttalade att frågan var om medlemsstaternas restriktiva politik på området verkligen hade till huvudsakligt ändamål att skydda de nämnda godtagna enskilda och allmänna intressena och inte främst syftade till att styra över intäkterna av verksamheten till staten.

Regeringsrätten fann fog för påståendet att Svenska Spel m.fl. lockade och uppmuntrade konsumenter att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning. Enligt Regeringsrätten var detta emellertid inte tillräckligt för att det svenska systemet skulle gemenskapsrättsligt diskvalificeras. Härutöver krävdes att åtgärderna vidtogs "i syfte att stärka statskassan" och det kunde inte förutsättas att inkomstaspekten skulle vara det enda eller helt dominerande motivet för en tolerant syn på spelbolagens reklamåtgärder. Regeringsrätten anförde att man i sammanhanget inte kunde bortse från att de av staten accepterade spelbolagen, trots att de inom landet befinner sig i en monopolsituation, *de facto* verkar på en konkurrensutsatt marknad, eftersom här boende är oförhindrade att via Internet eller på annat sätt delta i utomlands anordnade lotterier. Vill man kanalisera det spelintresse som bevisligen föreligger hos stora delar av befolkningen till verksamheter, som anses erbjuda bättre konsumentskydd och mindre risk för oegentligheter, kan man inte rimligen förvägra de bolag som med stöd av tillstånd ansvarar för sådan verksamhet att aktivt lansera sina produkter och ge dessa en utformning som attraherar de spelintresserade och förmår dem att föredra de statligt kontrollerade formerna framför andra varianter. Slutsatsen blev att spelbolagens stundom aggressiva marknadsföring inte utgjorde tillräckligt skäl för påståendet, att det huvudsakliga ändamålet med den svenska lotteriregleringen var att berika staten och statsunderstödda verksamheter.

När det gällde den egentliga proportionalitetsbedömningen hänvisade Regeringsrätten till tidigare lotteridomar från EU-domstolen. Den förklarade att det ankom på den nationella domstolen att kontrollera att regleringen med hänsyn till dess konkreta tillämpning verkligen tjänade sitt syfte, dvs. att skydda konsumenterna och ordningen i samhället och framhöll att de nationella reglerna skulle vara ägnade att minska spelmöjligheterna och bidra till att begränsa verksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt, samtidigt som de nationella myndigheterna inte fick uppmuntra till ökat spelande i syfte att stärka statskassan.

Efter dessa konstateranden fäste dock Regeringsrätten vikt vid det utrymme för skönsässig bedömning som EU-domstolen uttalat att medlemsstaterna förfogade över när det gällde lotterilagstiftningen. Enligt Regeringsrätten framstod proportionalitetskriteriet "spela en mindre framträdande roll" eftersom "bestämmelserna endast skall bedömas med hänsyn till de ändamål som eftersträvas och den skyddsnivå som de avser säkerställa" och det ankom därför på medlemsstaterna att reglera marknaden på ett sätt som inte "förefaller" eller "framstår som"

⁴⁷ Regeringsrättens dom i *Wermdö Krog* av den 26 oktober 2004, Mål nr 5819-01, RÅ 2004 ref. 95.

oproportionerligt med hänsyn till det eftersträvade målet. Regeringsrätten slutsats blev att lotterilagstiftningen och dess tillämpning visserligen på olika punkter väckte frågor om förenligheten med de villkor som EU-domstolen i sammanhanget ställt upp, men att det svenska systemet ändå totalt sett fick anses motsvara kraven.

Regeringsrättens dom har utsatts för en hel del kritik. Det är visserligen korrekt att EU-domstolen i sina speldomar överlämnat åt de nationella domstolarna att kontrollera att den nationella lagstiftningen verkligen tjänar sina uttalade syften samt att de restriktioner som åläggs står i proportion till dessa syften.⁴⁸ I avsaknad av regelharmonisering på EU-nivå för spel och lotterier, samt lotteriverksamhetens "mycket speciella karaktär", har medlemsstaterna givits ett utrymme för skönmässig bedömning i sitt val av skyddsnivå.

Det har dock hävdats att dessa omständigheter inte innebär att frågan om lagstiftningens överensstämmelse med proportionalitetsprincipen borde tonas ner. Att medlemsstaterna givits utrymme att själva välja regleringsalternativ innebär inte att kravet på att den valda restriktionen ska vara nödvändig och stå i proportion till ett legitimt syfte bortfaller.⁴⁹ Regeringsrätten borde därför ha genomfört en proportionalitetsbedömning där den nationella regleringens verkliga effekt prövas, dvs. om den bidrar på ett sammanhängande och systematiskt sätt till att minska spel möjliggörelserna och begränsa spelverksamheten.⁵⁰

Wiklund och Bergman gick ännu längre i sin kritik.⁵¹ De menade att Regeringsrätten överhuvudtaget inte hade gjort någon prövning av om det föreligger sakförhållanden som skulle kunna rättfärdiga de inskränkningar i den fria rörligheten för tjänster och etablering som den svenska lotterilagstiftningen medför⁵² och att Regeringsrätten inte gjorde någon proportionalitetsprövning överhuvudtaget.⁵³ Deras slutsats var att Regeringsrätten vid sin prövning bortsett från centrala EU-rättsliga principer och tillagt den svenska staten ett i princip obegränsat politiskt handlingsutrymme att införa inskränkningar på området för lotterier och spel.⁵⁴

Ett viktigt argument som framfördes av Regeringsrätten var emellertid det s.k. kanaliseringsargumentet. Regeringsrätten uttryckte det på följande sätt:

”Vill man kanalisera det spelintresse som bevisligen föreligger hos stora delar av befolkningen till verksamheter, som anses erbjuda bättre konsumentskydd och mindre risk för

⁴⁸ Jfr dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 75.

⁴⁹ Se Hettne, J., *Rättsprinciper som styrmedel*, Norstedts juridik 2008, s. 180.

⁵⁰ Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, Sieps 2005:6, s. 67. Se även Hettne, J., *Rättsprinciper som styrmedel*, Norstedts juridik 2008, s. 180, Wahl, N., *Vad är oddsen för att det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten? – Regeringsrättens dom i Wermdö Krog*, ERT 2005, s. 119 och Fritz, M. och Hettne, J., *Sverige inför rätta – Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen*, Sieps 2006:3, s. 63 ff.

⁵¹ Wiklund, O och Bergman, H, *Europeiseringstendenser och domstolskritik i svensk rätt – Regeringsrättens domar i spelmålen*, ERT 2005, s. 713.

⁵² *Ibid*, s. 717.

⁵³ *Ibid*, s. 718,

⁵⁴ *Ibid*, s. 720.

oegentligheter, kan man inte rimligen förvägra de bolag som med stöd av tillstånd ansvarar för sådan verksamhet att aktivt lansera sina produkter och ge dessa en utformning som attraherar de spelintresserade och förmår dem att föredra de statligt kontrollerade formerna framför andra varianter.”

Kanaliseringsargumentet hade dittills inte prövats av EU-domstolen (endast antytts i Zenattidomen), men kom upp till prövning i målet Placanica (se avsnitt 4.3.2 ovan).⁵⁵

Om resonemanget i Placanica överförs till svenska förhållanden borde det emellertid ha inneburit att Regeringsrätten – när den själv framförde kanaliseringsargumentet – var skyldig att pröva om det svenska monopolistiska tillståndssystemet, med enbart två licenser för omfattande spelverksamhet (Svenska Spel AB och AB Trav och Galopp) utgjorde en nödvändig och proportionerlig begränsning i syfte att locka över spelare från en illegal verksamhet.⁵⁶

5.2.2 Utvecklingen efter Wermdö-krog

Regeringsrätten prövade därefter, i dom den 23 maj 2007 (mål nr 4048-06 Betsson AB ./staten),⁵⁷ ånyo frågan om lotterilagens överensstämmelse med EU-rätten. Regeringsrätten fann också i denna dom att den svenska lotteriregleringen var i överensstämmelse med EU-rätten. Vid tiden för regeringsrättens dom förelåg även Placanica-domen. Vidare hade Svenska Spel fått tillstånd till online-poker. Lotteriutredningens slutbetänkande (SOU 2006:11) som berörs nedan, hade också lämnats i januari 2006.

Högsta domstolen beslutade emellertid den 5 februari 2008 i mål Ö2908-06 att meddelat tillstånd till ett måls prövning i hovrätten om brott mot lotterilagen (annonser i dagspress). Detta resulterade i att Svea hovrätt i beslut den 8 oktober 2008 (mål nr B 1103-08 och B 1016-08) tillställde EU-domstolen en begäran om förhandsavgörande i frågan om vissa bestämmelser i lotterilagen och dess överensstämmelse med det dåvarande EG-fördraget. Detta är upprinnelsen till målen C-447/08 och C-448/08 Sjöberg och Gerdin, som nu ska beröras.

Bakgrunden till det svenska målet var följande.

Under perioden november 2003-augusti 2004 publicerade Expressen och Aftonbladet reklamannonser, riktade till den svenska allmänheten, för lotterier som presenterades på webbplatser tillhörande bolagen Expekt, Unibet, Ladbrokes och Centrebet.

Åtal väcktes mot chefredaktörerna för tidningarna, Otto Sjöberg och Anders Gerdin, med stöd av 54 § andra stycket lotterilagen för att olovligen [i yrkesmässig verksamhet eller annars] i

⁵⁵ De förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica, REG 2007, s. I-1891.

⁵⁶ Se Hettne, J., *Rättsprinciper som styrmedel*, Norstedts juridik 2008, s. 180.

⁵⁷ RÅ 2007 not 72.

förvärvssyfte uppsåtligen ha främjat deltagande i utom landet anordnade lotterier. De dömdes av Stockholms tingsrätt för brott mot lotterilagen till 50 dagsböter på vardera 1 000 svenska kronor.

Otto Sjöberg och Anders Gerdin överklagade till Svea hovrätt, som till en början nekade prövningstillstånd i de två målen. De överklagade därför hovrättens avvisningsbeslut till Högsta domstolen som uttalade:

"Det får anses oklart om straffbestämmelserna i lotterilagen ger underlag för en icke-diskriminerande tillämpning när det gäller främjande av deltagande i å ena sidan inom landet anordnade lotterier som inte är tillåtna och å andra sidan utom landet anordnade lotterier. ... Under alla förhållanden uppkommer dessutom frågan huruvida de inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster som bestämmelserna i 38 och 54 §§ lotterilagen utgör kan godtas på grund av att de omfattas av de undantag som uttryckligen anges i EG-fördraget eller om de kan anses motiverade på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset och härtill kan anses vara proportionerliga."

Hovrätten tog därefter upp målen till sakprövning. Otto Sjöberg och Anders Gerdin hävdade att lotterilagen var diskriminerande därför att 54 § andra stycket i lagen endast avser främjande av lotterier som anordnats utomlands medan främjande av lotterier utan tillstånd i Sverige endast är vitessanktionerat.

De gjorde vidare gällande att lotterilagen stred mot artikel 49 EG om den fria rörligheten för tjänster (nu artikel 56 FEUF), med motiveringen att ett av lagens syften, såsom framgår av dess förarbeten, är att garantera intäkter till staten och organisationerna. Enligt Otto Sjöberg och Anders Gerdin ägnade sig dessutom de statligt kontrollerade spelbolagen åt intensiv marknadsföring i stor skala, för att uppmuntra konsumenterna att delta i de spel som de erbjuder, och lotterilagen lever därför inte upp till sitt syfte att på ett sammanhängande och systematiskt sätt begränsa spelmöjligheterna såsom krävs enligt rättspraxis.

Åklagaren hävdade att lotterilagen inte utgör något åsidosättande av principen om icke-diskriminering, dels därför att det enligt 38 § första stycket första punkten lotterilagen utan åtskillnad är förbjudet att främja deltagande i lotterier som anordnats i Sverige utan tillstånd och lotterier som anordnats utanför Sverige, dels därför att var och en som främjar deltagande i ett lotteri som anordnats på det svenska territoriet utan tillstånd kan dömas för medverkan till brott.

5.2.3 Generaladvokatens förslag till avgörande i målen C-447/08 och C-448/08 Sjöberg och Gerdin

Generaladvokaten påpekade att de svenska målen på nytt aktualiserade bedömningen av huruvida en medlemsstats lagstiftning om spel om pengar är förenlig med EU-rätten i det speciella fallet med spel som marknadsförs på Internet.

Han framhöll att domen i mål C-42/07, Liga Portuguesa (se avsnitt 4.4), avkunnats efter det att Svea hovrätt begärde förhandsavgörande. I domen fann domstolen att en medlemsstat – som på grund av de särskilda riskerna i samband med spel om pengar som erbjuds på Internet har valt att förbehålla ensamrätten att anordna sådana spel åt en spelarrangör som bedriver sin verksamhet med noggrann övervakning från det allmännas sida i syfte att skydda konsumenterna mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet – med giltig verkan kan förbjuda andra arrangörer som är etablerade i andra medlemsstater, där de lagligen tillhandahåller liknande tjänster, att erbjuda sina spel på Internet till personer som är bosatta på den förstnämnda statens territorium.

Generaladvokaten påpekade alltså redan inledningsvis att rättsläget och därmed förutsättningarna för prövning av Svea hovrätts frågor hade ändrats. Han påpekade också att svaret på Svea hovrätts frågor vad gäller lagstiftningens proportionalitet kunde härledas ur domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa.

Målsättningen med den svenska lagstiftningen

Generaladvokaten konstaterade att målen för den svenska politiken på spelområdet sammanfattas i förarbetena till lotterilagen på följande sätt:

"Målen för spelpolitiken bör även fortsättningsvis vara en sund och säker spelmarknad där sociala skyddsintressen och efterfrågan på spel tillgodoses under kontrollerade former. Överskott från spel bör värnas och alltjämt vara förbehållet det allmänna eller allmännyttiga ändamål, det vill säga föreningslivet, hästsporten och staten. Inriktningen bör som hittills vara att prioritera sociala skyddshänsyn samtidigt som intresset av ett varierat spelutbud och risken för bedrägerier och olagligt spel beaktas."

Generaladvokaten påpekade också att lotterilagens syfte, enligt Svea hovrätt, är att motverka kriminalitet och sociala och ekonomiska skadeverkningar, att tillvarata konsumenternas intressen och att avsätta inkomster från lotterier till allmänna eller allmännyttiga ändamål.

Främjandeförbudet

Generaladvokaten påpekade att enligt 38 § första stycket första punkten lotterilagen är det inte tillåtet att, [utan särskilt tillstånd och i vinstdrivande syfte,] i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte, främja deltagande i ett inom landet anordnat lotteri som inte är tillåtet eller ett utom landet anordnat lotteri.

Det anges i 54 § andra stycket lotterilagen att den som olovligen, [i vinstdrivande syfte,] i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte uppsåtligen främjar deltagande i ett utom landet anordnat lotteri, om främjandet särskilt avser deltagande från Sverige, döms till böter eller fängelse i högst sex månader.

Generaladvokaten konstaterar att den svenska regleringen innebär en inskränkning i det fria tillhandahållandet av tjänster i EU.

Han framhöll dock att i överensstämmelse med fast rättspraxis kan medlemsstaterna, med hänsyn till att det saknas harmonisering på detta område, inskränka anordnandet och bedrivandet av sådan verksamhet på sina territorier, för att skydda den allmänna ordningen mot risker för bedrägeri och annan brottslighet och skydda konsumenterna mot att lockas till överdrivet spelande. Medlemsstaterna kan även av moraliska, religiösa eller kulturella skäl besluta att spel om pengar inte får utgöra en inkomstkälla för enskilda utan enbart ska gynna allmännyttiga ändamål.

För att de inskränkningar i den fria rörligheten som en medlemsstat vidtar i detta syfte ska vara förenliga med EU-rätten är det emellertid viktigt att de inte är diskriminerande. De ska också vara ägnade att säkerställa förverkligandet av de eftersträlvade målen och vara proportionerliga.

Vad gäller det sista villkoret är det enligt generaladvokaten godtaget att medlemsstaterna på det särskilda området för spel om pengar förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, inte endast i fråga om den skyddsnivå för den allmänna ordningen och för konsumenterna som de tänker införa på sina territorier, utan även vid valet av medel för att uppnå detta mål.

En medlemsstat som Sverige kan inom sitt utrymme för skönsmässig bedömning bevilja ensamrätt att anordna spel om pengar till statliga bolag eller ideella föreningar vilkas verksamhet utövas under statens tillsyn. En medlemsstat kan leda och kontrollera verksamheten hos en sådan organisation lättare än vad den kan göra med avseende på en privat aktör med vinstsyfte. Ett sådant system kan således säkerställa att konsumenterna bättre skyddas mot en risk för spelberoende och att den allmänna ordningen skyddas mot riskerna för bedrägeri och illegala spel. Härigenom blir det också möjligt att uteslutande använda avkastningen till allmännyttiga ändamål.

Generaladvokaten menade att flera lärdomar kunde dras av denna dom. Först och främst fann domstolen att spel på Internet innebär större risker för bedrägeri och annan brottslighet än spel om pengar som erbjuds på traditionell väg. Det kan exempelvis handla om bedrägerier i samband med Internetbetalning eller förfalskade spelresultat. Med anledning av de särskilda risker som spel om pengar på Internet medför kan dessa således bli föremål för speciella åtgärder.

Eftersom dessa risker är betydande måste vidare det proportionerliga i en inskränkning av tillträdet till en medlemsstats marknad – som särskilt motiverats med hänvisning till skyddet av den allmänna ordningen mot riskerna för bedrägerier och annan brottslighet i samband med denna typ av spel – prövas uteslutande med avseende på det ändamålet.

Härav följer likaledes att när det nationella systemet visar sig vara ägnat att på ett effektivt sätt skydda konsumenterna mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet med avseende på online-spel – såsom ett monopol som noggrant övervakas av myndigheterna – kan en inskränkning som går så långt som till ett totalt marknadsförbud för aktörer etablerade i andra medlemsstater, oavsett inom vilken rättslig ram deras verksamhet bedrivs i etableringsstaten, vara förenlig med gemenskapsrätten. Dessutom är förenligheten inte beroende av huruvida denna enhet bedriver sin verksamhet som en normal ekonomisk verksamhet och eftersträvar högsta möjliga vinst och, om så är fallet, huruvida ifrågavarande lagstiftning är lämplig för att de övriga syftena ska uppnås, såsom exempelvis att skydda konsumenterna mot att i överdriven utsträckning lockas till spel.

Jämförelse av den svenska och portugisiska ordningen

I likhet med vad som var fallet i Liga Portuguesa, menade generaladvokaten att de ifrågavarande svenska bestämmelserna har till syfte att skydda konsumenterna mot den risk för brottslighet som är förbunden med spel. De avser såsom framgår av deras syften att säkerställa en sund och säker marknad och att ta hänsyn till riskerna för bedrägeri och illegalt spel.

På samma sätt som i det målet föreskrivs i de ifrågavarande bestämmelserna för detta ändamål ett system med ensamrätter som förbehålls organisationer vilkas verksamhet noggrant övervakas av myndigheterna. Således följer det av lotterilagstiftningen att lotterier inte får anordnas av bolag med privata intressen utan endast av ideella föreningar och bolag som innehas av staten. Genom lagen införs också ett system med noggrann övervakning som utförs av en myndighet som skapats just för detta ändamål.

Vad särskilt angår spel på Internet framgår det av vad den svenska regeringen har förklarat att dessa underkastas en särskild tillståndsprövning och att tillstånd endast har beviljats bolag som innehas av staten eller som till största delen kontrolleras av denna.

Generaladvokaten påpekade att domstolen, i domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa, hade kommit fram till att en medlemsstat inom ramen för ett sådant system, i syfte att skydda konsumenterna mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet, hade rätt att förbjuda arrangörer av spel via Internet etablerade i andra medlemsstater att erbjuda sina spel till konsumenterna som var bosatta på medlemsstatens territorium.

Han menade vidare att denna analys inte är beroende av huruvida ifrågavarande bestämmelser visar sig lämpliga för att övriga syften ska kunna uppnås, såsom bl.a. att skydda konsumenterna mot att i överdriven utsträckning lockas till spel. I Liga Portuguesa fann domstolen att en medlemsstat, som inför ett effektivt system i syfte att skydda konsumenterna mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet i samband med spel på Internet, med hänsyn till de särskilda risker som sådana spel medför, har rätt att för personer som är bosatta på dess territorium begränsa tillhandahållandet av spel från de bolags sida som är etablerade i andra medlemsstater.

De skäl på vilka domstolen grundade detta beslut är i än högre grad tillämpliga på en mindre restriktiv åtgärd än ett totalt förbud av verksamheten, såsom förbudet att främja deltagande i spel på Internet som anordnats av bolag etablerade i andra medlemsstater.

De särskilda riskerna för bedrägeri och annan kriminalitet i samband med spel på Internet gör det tillåtet för en medlemsstat att förbjuda inträde på marknaden för arrangörer etablerade i andra medlemsstater, med motiveringen att staten inte på egen hand kan kontrollera dessa spelbolags redbarhet. Dessa risker gör det också berättigat för staten att förbjuda främjande i förhållande till konsumenter bosatta på dess territorium av spel från nämnda spelbolags sida, för att kanalisera konsumenterna mot organisationer som staten kontrollerar.

Särskilt om de straffrättsliga påföljderna

Generaladvokaten konstaterade att det var utrett att det enligt 38 § första stycket lotterilagen är förbjudet att främja deltagande i spel om pengar oavsett om de anordnats utomlands eller om de anordnats utan tillstånd inom landet. Däremot tycktes skillnader finnas vad gällde de påföljder som föreskrivs för överträdelse av detta förbud.

Medan det i 54 § andra stycket lotterilagen föreskrivs böter eller fängelse i högst sex månader för personer som främjar deltagande i ett utom landet anordnat lotteri, riskerar de som främjar spel anordnade utan tillstånd i Sverige inte samma straffrättsliga påföljder utan enbart vitesföreläggande.

Generaladvokaten var osäker på om den nationella lagstiftningen *i praktiken* innebar en skillnad i behandling av jämförbara situationer till nackdel för de bolag som är etablerade i de övriga medlemsstaterna. Slutsatsen blev dock att:

"artikel 49 EG [nu artikel 56 FEUF] utgör hinder mot en medlemsstats lagstiftning enligt vilken spel om pengar underkastas ett system med ensamrätt och enligt vilken den som främjar deltagande i spel på Internet som anordnas av ett bolag etablerat i en annan medlemsstat kan bli föremål för straffrättsliga påföljder, när den som främjar deltagande i sådana spel som utan tillstånd anordnas på det nationella territoriet inte riskerar några sådana påföljder."

5.2.4 EU-domstolens dom av den 8 juli 2010 i de förenade målen C-447/08 och C-448/08; Sjöberg och Gerdin

EU-domstolen kom fram till samma slutsats som generaladvokaten men förde ett mer allmänt resonemang om möjligheten att eliminera privata vinstintressen från en särskild sektor. Den konstaterade att 38 § första stycket första punkten lotterilagen, som innebär ett förbud att i Sverige främja såväl hasardspel som lagligen anordnas i andra medlemsstater, som hasardspel som anordnas utan tillstånd inom landet, får till verkan att svenska konsumenters deltagande i dessa spel begränsas. Syftet med denna bestämmelse är att de svenska konsumenterna endast

ska ägna sig åt hasardspel inom ramen för det system som godkänts nationellt, vilket därmed bl.a. säkerställer att privata vinstintressen utesluts från denna bransch.

Målet att strängt begränsa anordnandet av hasardspel i vinstsyfte har godtagits i rättspraxis. EU-domstolen har tidigare funnit att en nationell lagstiftning som syftar till att undvika att lotterier uteslutande anordnas kommersiellt och av privata arrangörer som själva kan förfoga över vinsterna från denna verksamhet är förenlig med unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, mål C-275/92, Schindler, punkterna 57–59).

Domstolen påpekade också att kulturella, moraliska eller religiösa överväganden kan motivera inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster för arrangörer av hasardspel, bl.a. eftersom det kan anses oacceptabelt att tillåta att privata vinstintressen drar nytta av ett socialt gissel eller spelares svaghet och olycka. Enligt den värdeskala som är specifik för varje medlemsstat, och med beaktande av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning, är det således tillåtet för en medlemsstat att begränsa anordnandet av hasardspel och att förbehålla offentliga organ eller allmännyttiga organisationer anordnandet av sådana spel.

Domstolen fann att det svenska förbudet mot att främja de tjänster som utländska spelbolag tillhandahåller konsumenter som är bosatta i Sverige svarade mot målet att utesluta privata vinstintressen från hasardspelsbranschen, och att förbudet kunde anses nödvändigt för att uppnå detta mål.

Diskriminerande sanktioner?

När det gällde förhållandet att det i 54 § andra stycket lotterilagen endast föreskrivs straff för främjande av hasardspel anordnade i en annan medlemsstat och inte för främjande av sådana spel som utan tillstånd anordnas i Sverige, lämnade EU-domstolen ett tämligen öppet svar.

EU-domstolen svarade inte själv på frågan om detta innebar en diskriminering, utan ansåg att denna fråga skulle prövas av Svea hovrätt. Vid denna prövning skulle undersökas om de två överträdelserna i fråga, trots att de faller under olika bestämmelser ändå behandlas på ett likvärdigt sätt enligt den tillämpliga nationella lagstiftningen. Det skulle särskilt kontrolleras huruvida de behöriga myndigheterna i praktiken beivrar båda dessa överträdelser med samma omsorg och huruvida likvärdiga påföljder påförs.

EU-domstolen anförde att den nationella regleringen inte är diskriminerande om de båda ifrågavarande överträdelserna blir föremål för en likvärdig behandling, även om de bestämmelser som ligger till grund för åtal och i vilka de tillämpliga påföljderna föreskrivs finns i olika lagar. Om däremot de påföljder som personer som främjar hasardspel som anordnats utan tillstånd i Sverige riskerar att ådömas är mindre stränga än de påföljder som personer som gör reklam för hasardspel anordnade i andra medlemsstater riskerar att ådömas, måste det konstateras att ifrågavarande nationella lagstiftning medför en diskriminering och att 54 § andra stycket lotterilagen strider mot artikel 49 EG (nu artikel 56 FEUF). Detta skulle

få till följd att 54 § andra stycket lotterilagen inte kan göras gällande mot de personer som åtalats i målen vid den nationella domstolen.

5.2.5 Den fortsatta processen i Sverige i Sjöberg och Gerdin-målet

Efter att ha mottagit EU-domstolens förhandsavgörande, konstaterade Svea hovrätt⁵⁸ att artikel 49 EG (nu artikel 56 FEUF) i sig inte utgör hinder för den svenska lagstiftningen enligt vilken det är förbjudet att i förvärvssyfte främja deltagande i ett utom landet anordnat lotteri.

Däremot skulle prövas om den i målet tillämpliga straffbestämmelsen i 54 § lotterilagen, innebär att den som främjar sådana spel som annonserna i målet rör och som anordnas i en annan medlemsstat kan bli föremål för strängare påföljder än den som främjar sådana spel som anordnas i landet utan tillstånd. Om så är fallet ska straffbestämmelsen sättas åt sidan med hänvisning till EU-rätten och åtalen ogillas.

Hovrätten påpekade att enbart delta i ett otillåtet lotteri i Sverige, eller för den delen i ett utomlands anordnat lotteri, inte är förbjudet. Enligt 38 § första stycket lotterilagen är det däremot inte tillåtet att i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte främja deltagande i ett inom landet anordnat lotteri som inte är tillåtet eller ett utom landet anordnat lotteri.

I 1982 års lotterilag (SFS 1982:1011) var både främjande av deltagande i ett inom landet anordnat otillåtet lotteri och främjande av ett utom landet anordnat sådant belagda med straff.

Genom 1994 års lotterilag (SFS 1994:1000) avkriminaliserades dock det s.k. främjandeförbudet, vilket alltså innebar att båda förfarandena blev straffria. Samtidigt infördes en möjlighet för tillsynsmyndigheten att meddela de förelägganden och förbud som behövdes för att lagen skulle följas och en möjlighet för myndigheten att förena dessa med vite. Som skäl för avkriminaliseringen angavs att endast ett fåtal ärenden hade förekommit och att det i många fall torde vara tillräckligt med ett vitesföreläggande för att uppnå önskat resultat.⁵⁹

Den nu gällande straffbestämmelsen i 54 § andra stycket lotterilagen infördes i januari 1999 (SFS 1998:1475). Lagändringen innebar att främjande av deltagande i lotterier som anordnas utom landet på nytt blev kriminaliserat. Anledningen till detta var att vitesinstitutet i dessa fall inte ansågs tillräckligt verkningsfullt.⁶⁰

Genom 54 § lotterilagen straffbeläggs alltså dels att olovligen anordna lotteri (första stycket), dels att främja deltagande i ett utom landet anordnat lotteri (andra stycket). Det är vidare – med stöd av medverkansreglerna i 23 kap. 4 § brottsbalken – straffbart att främja dels ett

⁵⁸ Mål nr B 1016-08 och B 1103-08 (2011-06-22).

⁵⁹ Se prop. 1993/94:182 s. 84 f.

⁶⁰ Se prop. 1998/99:29 s. 5 och 8.

olovligt anordnande av lotteri, dels ett olovligt anordnande av spel enligt vad som gäller för straffansvar för dobbleri.

Ett olovligt anordnande föreligger om lotteriet anordnas utan nödvändigt tillstånd eller om lotteriet anordnas i strid med de särskilda förutsättningar som anges i regleringen.⁶¹ Uttrycket anordnar tar uppenbarligen sikte på åtgärder som handlar om att arrangera eller organisera lotteri eller spel.

Hovrätten konstaterade att blotta deltagandet i ett otillåtet lotteri i Sverige inte är förbjudet. Detta innebär givetvis att det inte är straffbart att främja deltagande i ett dylikt lotteri. Endast om den vidtagna åtgärden kan sägas främja själva anordnandet av lotteriet kan handlingen vara straffbar som medverkan till brott enligt de berörda straffbestämmelserna.

Hovrätten ansåg att inte att det i uttrycket anordnar även var möjligt att tolka in åtgärder som innebär att främja ett deltagande. Detta skulle inte vara förenligt med den straffrättsliga legalitetsprincipen, som innebär bl.a. att lagtexten måste vara tillräckligt klar och tydlig för att straffstadgandet ska kunna tillämpas.⁶²

Detta innebär att straffbestämmelserna i 54 § första stycket lotterilagen och 16 kap. 14 och 14 a §§ brottsbalken, som tar sikte på den som anordnar lotteri och spel, jämte medverkansreglerna i 23 kap. 4 § brottsbalken som utvidgar straffansvaret till den som främjar gärningen i fråga, inte kan sägas ha ett så vidsträckt tillämpningsområde som åklagaren har gjort gällande. Enligt hovrätten torde det straffrättsliga regelverket därmed inte heller omfatta det fall som åklagaren särskilt har framhållit, nämligen den som genom annonser i dagspressen främjar deltagande i ett otillåtet svenskt lotteri.

Såväl främjande av deltagande i ett inom landet anordnat otillåtet lotteri som i ett utom landet anordnat sådant har alltså tidigare varit kriminaliserat. Numera är endast främjandeförbudet i 38 § lotterilagen avseende deltagande i ett utom landet anordnat lotteri straffbelagt. Enligt vad som kan läsas ut av lagens förarbeten var lagändringen inte föranledd av att förfarandet i fråga redan täcktes av andra straffbestämmelser. Lagrådet angav för övrigt i sitt yttrande i det lagstiftningsärende som föregick återinförandet av straffstadgandet i 54 § andra stycket lotterilagen - med hänvisning till artikel 59 EG (nuvarande artikel 49) - att risken var betydande att den föreslagna regleringen strider mot EU-rätten och därför inte borde genomföras utan en mer ingående analys som visar att förbudsregeln i 38 § och straffbestämmelsen i 54 § lotterilagen inte innebär en otillåten diskriminering.⁶³

Slutsatsen av hovrättens överväganden blev därför att straffbestämmelsen i 54 § lotterilagen innebär att den som främjar sådana spel som annonserna i målet rör och som anordnas i en annan medlemsstat i EU kan bli föremål för strängare påföljder än den som främjar sådana spel som anordnas i Sverige utan tillstånd. Detta innebär att straffbestämmelsen i behandlat

⁶¹ Se prop. 1981/82:170 s. 137.

⁶² Se rättsfallet NJA 2000 s. 490.

⁶³ Se prop. 1998/99:29 s. 17-18.

avseende stred mot EU-rättens diskrimineringsförbud. Bestämmelsen kunde därför inte tillämpas mot Otto Sjöberg och Anders Gerdin. Tingsrättens domar upphävdes följaktligen och åtalen ogillades.

Riksåklagaren har överklagat domen till Högsta domstolen som den 2 november 2011 meddelade prövningstillstånd. Som kommer att diskuteras närmare under avsnitt 7.1 är emellertid hovrättens konstaterade att 54 § lotterilagen innebär att den som främjar spel som anordnas i en annan medlemsstat i EU kan bli föremål för strängare påföljder än den som främjar sådana spel som anordnas i Sverige utan tillstånd av ringa intresse när det gäller den svenska spelregleringens förenlighet med EU-rätten totalt sett. Betydligt viktigare var att EU-domstolen i princip accepterade den svenska regleringen i övrigt.

6. Svenska utredningar angående spelmarknaden

På spel- och lotteriområdet har under åren ett stort antal svenska utredningar genomförts.⁶⁴ Utredningarna kan förenklat delas in i dels utredningar gällande ny lagstiftning, dels utredningar gällande förutsättningarna för spel för de svenska aktörerna. Den första gruppen gäller främst utredningarna som ledde fram till 1982 års lotterilag och 1995 års lotterilag, vilka är Lotteriutredningens huvudbetänkande Lotterier och spel (SOU 1979:29) och Lotteriutredningens slutbetänkande Vinna eller försvinna – folkrörelsernas lotterier och spel i framtiden (SOU 1992:130). De tre senare utredningarna, Lotterilagsutredningens betänkande Från tombola till Internet – översyn av lotterilagstiftningen (SOU 2000:50), Lotteriutredningens slutbetänkande Spel i en föränderlig värld (SOU 2006:11) och Spelutredningens betänkande En framtida spelreglering (SOU 2008:124), ingår givetvis också i denna kategori.

I övrigt finns det en rik flora av utredningar som särskilt gällt förutsättningarna för spel för de svenska aktörerna. Dessa utredningar har behandlat skattefrågor⁶⁵, frågor om ägande och styrning av statliga spelbolag⁶⁶, frågor om hästsporten⁶⁷, samt frågor om folkrörelsernas spel⁶⁸.

Av störst betydelse för denna rapport är emellertid de två senaste utredningarnas bedömningar och förslag eftersom dessa innehåller en övergripande EU-rättslig granskning av den nuvarande svenska spelregleringen.

⁶⁴ Se SOU 2008:124, s. 90 ff.

⁶⁵ Exempelvis betänkandet från Spelskatteutredningen, Skatt på lotterier och spel (SOU 1990:56).

⁶⁶ Rapport från arbetsgrupp inom Finansdepartementet, De statligt styrda spelbolagens koncessioner och organisation m.m. (Ds 1995:61).

⁶⁷ Trav- och galoppsportutredningen, Trav- och galoppsport i Sverige (Ds Jo 1972:8) samt 1990 års utredning om trav- och galoppsporten, Sportslig och ekonomisk utveckling inom trav och galoppsporten (SOU 1991:7).

⁶⁸ Exempelvis betänkandet från 1987 års Lotteriutredning, Folkrörelsernas lotterier och spel (SOU 1987:52).

6.1 Spel i en föränderlig värld (SOU 2006:11)⁶⁹

Utredningens huvuduppgift var att, mot bakgrund av den av riksdagen och regeringen fastställda spelpolitiken och med hänsyn tagen till den aktuella utvecklingen, lämna de förslag som kan behövas för att anpassa regleringen inom området till den marknadsmässiga och tekniska utvecklingen samt till utvecklingen av EU-rätten. I denna huvuduppgift ingick även att beakta utvecklingens och förslagens inverkan på folkhälsan och de sociala skyddshänsynen.

Uppdraget skulle enligt direktiven redovisas till regeringen senast den 15 december 2005. Sedan utredningen ansökt om förlängning av tiden för uppdragets slutförande till den 30 april 2006, med hänvisning till bl.a. att ett inte obetydligt antal frågor återstod att behandla, avslag emellertid regeringen framställningen. Utredningen påpekar därför att innehållet i slutbetänkandet måste ses mot bakgrund av att en fullständig översyn av lotterilagstiftningen inte kunnat ske.

6.1.1 Behov av ny reglering

Utredningen framhöll att den nuvarande regleringen inte är ändamålsenlig för att möta den internationella konkurrensen, särskilt över Internet. Det finns inte längre tillräckliga möjligheter att upprätthålla en spelmarknad där nationsgränserna utgör verkliga begränsningar för spel och lotterier. Tvingande allmänhänsyn kan inte tillräckligt beaktas genom nationell lagstiftning, exempelvis genom att söka dämpa konkurrenstrycket, begränsa spelmöjligheterna och minska spelandet, om en stor del av spelandet sker utanför statens kontroll. Eftersom det enligt utredningens bedömning saknades verkningfulla medel för att hindra det gränsöverskridande spelet i dag ansågs det endast vara möjligt att behålla spelandet under svensk kontroll genom att kanalisera spelandet hit. Detta skulle kunna ske genom att de svenska anordnarna tilläts anordna spel och lotterier på i princip samma villkor som de utlandsbaserade konkurrenterna. Enligt utredningen riskerar emellertid en sådan tillämpning av den svenska lagstiftningen att komma i konflikt med de förutsättningar som EU-domstolen ställt upp för att en medlemsstat ska kunna upprätthålla en reglering som inskränker den fria rörligheten. Särskilt gäller detta kraven att lagstiftningen ska begränsa spelandet och minska spelmöjligheterna och att ekonomiska hänsyn inte får utgöra det verkliga skälet för den restriktiva regleringen.

När det gäller den EU-rättsliga analysen fann utredningen att den svenska regleringens förenlighet med EU-rätten kunde ifrågasättas, såväl i fråga om lagstiftningens syften som vid den praktiska tillämpningen. Utredningen fann sålunda att det såväl i fråga om de syften som legat till grund för lagstiftningen – där ekonomiska hänsyn stundom enligt utredningen fått en oproportionerligt stor betydelse i lagstiftningsarbetet – som vid den praktiska tillämpningen finns oklarheter som gör att förenligheten med EU-rätten kan ifrågasättas.

⁶⁹ Avsnittet bygger på utredningens sammanfattning.

Sedan Svenska Spel i november 2005 erhållit tillstånd att anordna poker över Internet kunde det enligt utredningen befaras att man överträtt en gräns då den svenska lagstiftningen inte längre kunde anses förenlig med EU-rätten. Utredningen föreslog därför en alternativ modell som tas upp nedan.

Enligt utredningen borde den svenska lotterilagstiftningen även i fortsättningen syfta till att tillgodose olika tvingande allmänhänsyn, såsom att motverka kriminalitet, motverka sociala och ekonomiska skadeverkningar samt att tillvarata konsumentskyddsintressen. Lagstiftningen bör även möjliggöra att överskottet så långt möjligt kan styras till allmänna eller allmännyttiga ändamål, men denna strävan får inte sträckas så långt att lagstiftningen kommer i konflikt med EU-rätten.

Utredningen påpekade att enligt EU-domstolens praxis är en begränsning av de fria rörligheterna tillåten endast om den ”verkligen tjänar syftet att verkligen minska spelmöjligheterna och om finansieringen av sociala aktiviteter genom ett uttag på intäkterna från tillåtna spel endast utgör en accessorisk positiv konsekvens och inte det verkliga syftet med den restriktiva politik som förs”. Utredningen övervägde också möjligheterna att genom lagstiftning försvåra möjligheterna att erbjuda spel från utlandet i Sverige, över Internet och på liknande sätt, men fann att någon reell möjlighet härtill saknades. Några sanktioner mot spelare i Sverige eller leverantörer av förmedlingstjänster, såsom Internetleverantörer eller banker, föreslogs därför inte. Däremot föreslogs ett förbud mot att i Sverige erbjuda deltagande i lotterier som inte anordnats med stöd i lotterilagen. Detta förbud var avsett att träffa utländska anordnare vars verksamhet är tillgänglig i Sverige, exempelvis över Internet, men som inte kan anses vara anordnad eller annars ha ägt rum här. Förbudet föreslogs inte bli förenat med särskilda sanktioner.

6.1.2 Marknadsföring

Enligt utredningens bedömning var det gällande regelsystemet i fråga om marknadsföring tillräckligt för att på ett övergripande plan kontrollera att marknadsföringen av spel och lotterier inte var vilseledande, alltför påträngande eller annars stred mot god marknadsföringssed. Eftersom marknadsföring av spelprodukter påverkar omfattningen av spelandet, och spelandet leder till sociala och ekonomiska skadeverkningar, fanns det emellertid skäl att införa regler som gör det möjligt att begränsa omfattningen av marknadsföringen. Det fanns vidare enligt utredningen ett behov av styrmedel som möjliggör en reglering av hur marknadsföringen av vissa produkter utformas, t.ex. för spel med hög risk för utvecklande av spelproblem. Slutligen borde det införas enhetliga regler för kontroll av anordnarnas marknadsföring som omfattar hela lotterimarknaden.

Utredningen fann därför att möjligheter borde finnas att mera detaljerat kunna reglera marknadsföringen av spel och lotterier, antingen vid tillståndsgivningen eller i författningsform.

6.1.3 Alternativ modell

Utredningen ansåg att det var angeläget att översiktligt presentera en alternativ modell till reglering av spel- och lotterimarknaden i framtiden. Bakgrunden till detta var att den svenska lotterilagstiftningens förenlighet med EU-rätten kunde ifrågasättas och att en stor del av spelandet dessutom skedde hos anordnare som står utanför svensk reglering och tillsyn. Det finns enligt utredningen inte tillräckliga möjligheter att förstärka de svenska anordnarnas konkurrenskraft inom ramen för den nuvarande regleringen, och samtidigt tillgodose de tvingande allmänhänsyn som ska beaktas samt iaktta förenligheten med EU-rätten. Det går således inte att bortse från att nuvarande reglering inte är heltäckande och dåligt stämmer överens med hur marknaden fungerar. Behovet av en radikalt ändrad lagstiftningsmodell, särskilt för elektroniska spel, synes, enligt utredningen, vara allt mer påtagligt.

Under alla förhållanden måste lotterimarknaden vara underkastad reglering. Det är därför enligt utredningen otillfredsställande att staten i dag endast kan vidmakthålla kontroll över den del av marknaden som de svenska anordnarna svarar för. Så långt möjligt bör alla aktörer på den svenska marknaden lyda under samma regelsystem, vilket alltså bör omfatta även dem som anordnar spel över Internet som är tillgängligt för svenska spelare.

Den modell utredningen skisserade avsåg ett licenssystem, som tillåter ett icke alltför stort antal licenser men vilka kan sökas av alla som uppfyller villkoren. Något hinder mot kommersiella anordnare föreslogs därför inte. Grundvillkoren för licens skulle regleras i lag. Den som inte erhållit licens tillåts inte anordna lotterier här. Utländska anordnare kan erhålla licens men någon kontaktpunkt här i riket krävs. Verksamheten bör beskattas i Sverige och medel från spelverksamheten kan därmed komma allmännyttiga ändamål till godo även framdeles. En licens ska enligt förslaget kunna dras in om licenshavaren missköter sig. Licensen ska inte kunna användas för att anordna spel som riktar sig till andra länder utan överenskommelser om detta. De verksamheter som inte omfattas av licenssystemet kräver fortsättningsvis en reglering motsvarande lotterilagen.

Ett licenssystem av detta slag skulle enligt utredningen innebära dels att en större del av den faktiska lotterimarknaden kunde hållas reglerad, dels att i varje fall en del av det kapital som tidigare lämnat landet kunde behållas här. Förutsättningarna för att ett licenssystem som det skisserade uppfyller EU-rättens krav torde vara större än om man vidmakthåller nuvarande reglering. En ökad konkurrens kan i och för sig innebära ökat spelande och i sin tur ökade spelproblem. Det bör dock finnas möjligheter att utforma licenssystemet så att dessa risker motverkas. Det finns enligt utredningen anledning att tro att en sådan modell innebär att spelarna i högre grad finner spelen inom regleringen attraktiva och att anordnare som ändå väljer att stå utanför tappar i attraktionskraft.

6.2 En framtida spelreglering (SOU 2008:124)⁷⁰

Den senaste spelutredningen hade i uppdrag att föreslå en långsiktigt hållbar svensk spelreglering. I uppdraget ingick:

- att föreslå en uppstramning och modernisering av spelregleringen i syfte att stärka de allmänna skyddssyftena som svensk spelreglering bygger på,
- att kartlägga i vilken utsträckning vissa spel kan anses framkalla spelberoende och att de mest problematiska spelen endast ska kunna bedrivas i strikt reglerade former, samt
- att bedöma om det av EU-rättsliga, tekniska eller andra skäl inte är möjligt att strama upp nuvarande regelverk och i så fall föreslå ett delvis nytt system som också inbegriper andra aktörer än befintliga.

I uppdraget ingick också att studera frågor om vård och behandling samt forskning om spelberoende. Utredningen konstaterade att de förändringar som skett i Sverige och omvärlden sedan 1990-talet och som kommit att påverka den svenska lotteriregleringen främst är Sveriges EU-inträde år 1995 och Internets genombrott.

Den tekniska utvecklingen med Internet har medfört att det finns cirka 2 000 utländska webbsidor tillgängliga för spel om pengar. Utvecklingen har medfört att spel sker från Sverige på utländska webbsidor med följd att lotteriregleringens skyddssyften inte kan upprätthållas.

Den konstaterade också att lotterier inte är harmoniserade inom EU, utan är i stället föremål för nationella regleringar i samtliga 27 EU-stater. EU-domstolen har i ett antal mål prövat frågan om nationella regleringars överensstämmelse med EU-rätten. Den påpekade att frågan om den svenska lotterilagens överensstämmelse med EU-rätten har bl.a. ifrågasatts av EU-kommissionen i två pågående överträdelseärenden mot Sverige.

Spelutredningen konstaterade att en långsiktigt hållbar spelreglering förutsätter dels att den är i överensstämmelse med EU-rätten, dels att regeringens spelpolitik kan genomföras.

6.2.1 En ny lotterilag

Spelutredningen anser att en långsiktigt hållbar spelreglering bör föranleda en ny lotterilagstiftning som bygger på grundstrukturen i den nu gällande lotterilagen och därmed klarlägga att regleringens överensstämmelse med EU-rätten är prövad (RÅ 2004 ref. 95). En ny lotterilag bör enligt utredningen kompletteras med de bestämmelser som avser att stärka lagens skyddssyften, exempelvis marknadsföringsregler, åldersgräns (18 år), författningsreglering av de statliga och statskontrollerade bolagen samt en ny tillstånds- och tillsynsorganisation. Den nya lotterilagen bör också omarbetas till en ramlagstiftning med en klar ansvarsfördelning mellan riksdagen, regeringen och tillsynsmyndigheten.

⁷⁰ Avsnittet bygger på utredningens sammanfattning.

I den nya lagen föreslås att de mest problematiska spelen förbehålls Svenska Spel och dessa spel är kasinospel, spel på värdeautomater och interaktiva spel. Folkrörelserna föreslås därför inte längre ha möjlighet att anordna interaktiva spel på Internet. Några andra ändringar gällande marknadsfördelningen mellan de svenska aktörerna föreslås inte.

Utredningen framhåller att det är viktigt att spelpolitiken har det övergripande målet att motverka spelberoende och kriminalitet.

De statliga och statskontrollerade bolagens (Svenska Spel och ATG) verksamheter föreslås regleras i lagen. Regeringens möjlighet att ge tillstånd med stöd av 45 § lotterilagen föreslås därför upphöra. Det framhålls att ägarstyrningen av AB Svenska Spel bör bli mer aktiv genom användande av de möjligheter som ges enligt de regler som gäller för bolagsformen.

6.2.2 Marknadsföringsregler och förebyggande åtgärder

Nya generella bestämmelser om marknadsföring föreslås. Således ska vid all marknadsföring av lotterier måttfullhet iakttas. Marknadsföringen ska inte få rikta sig särskilt till eller skildra barn eller ungdomar som inte har fyllt 25 år. Interaktiva spel och spel på värdeautomater ska över huvud taget inte få marknadsföras.

Enligt lagförslaget ska anordnare av lotterier och ombud också vidta vissa åtgärder för att förebygga spelberoende. För det första ska information om spelets risker m.m. tillhandahållas. För det andra ska anordnare av lotterier bl.a. utveckla handlingsprogram mot spelets risker.

6.2.3 Ny modell för tillståndsgivning

Spelutredningen lämnar (som alternativ 2) förslag på en delvis ny modell för tillståndsgivning i vilken även näringslivet kan erhålla tillstånd. Modellen föreslås omfatta spelformen vadhållning (oddsspel och tipsspel) med undantag för vadhållning i samband med hästtävlingar, både över Internet och hos spelombud. Med detta förslag skulle Sverige öppna för nya aktörer att på en nationell marknad få anordna vadhållning. En sådan öppning för nya aktörer skulle ha som mål att kanalisera spelet till spel med svenskt tillstånd under svensk kontroll. En förutsättning för att kunna föreslå en öppning enligt utredningen är att främjandeförbudet i lotterilagen skärps. I annat fall kan inte regeringens politik uppnås. De skärpningar som blir aktuella är blockeringar av IP-adresser och domännamn för lotterier som inte anordnas med stöd av lotterilagen samt blockering av betalningsförmedlingar av insatser i sådana lotterier.

Spelutredningen anser att Svenska Spel, om ett nytt tillståndssystem införs, inte längre bör bedriva de för andra aktörer öppnade spelformerna, dvs. vadhållning (oddsspel och tipsspel) med undantag av vadhållning i samband med hästtävlingar.

En typ av tillstånd föreslås. Tillståndet ger rätt att tillhandahålla spelformerna hos såväl spelombud som över Internet. Någon begränsning av antalet tillstånd föreslås inte. Tillståndsmyndighet föreslås bli Spelmarknadsinspektionen (nuvarande Lotteriinspektionen).

Som en allmän förutsättning föreslås att tillstånd att anordna ett lotteri endast får lämnas om det kan antas att verksamheten kommer att bedrivas sunt och säkert samt på ett från allmän synpunkt lämpligt sätt enligt bestämmelserna i lotterilagen och andra författningar som reglerar verksamheten.

Särskilda krav ska gälla för sökandens lämplighet att bedriva verksamheten. Kraven är att sökanden måste visa att han eller hon, med hänsyn till sina personliga och ekonomiska förhållanden och omständigheter i övrigt är lämplig att utöva verksamheten. För aktiebolag ska prövningen omfatta verkställande direktören och andra som har ett bestämmande inflytande över verksamheten.

Vidare ställs krav på att en spelordnare ska identifiera, styra, rapportera och ha kontroll över de risker som spelverksamheten är förknippad med. Spelanordnaren ska härvid se till att den har en tillfredställande intern kontroll. Vidare ska en spelanordnares verksamhet bedrivas på ett sådan sätt att dess struktur, förbindelser med andra företag och ställning kan överblickas.

Tillstånd föreslås få ges till ett aktiebolag eller därmed jämförligt bolag med säte inom EES-området.

De nya aktörer som kan bli aktuella på den svenska spel- och lotterimarknaden ska enligt utredningens förslag skattemässigt omfattas av lotteriskattelagen. Dagens generella skattebefrielse av de statligt ägda spelbolagen när det gäller lotteriskatt föreslås upphävas.

7. Överväganden

7.1 Inledning

Det ökade intresset för speltjänster som finns i dag kan som framgång framför allt förklaras av den snabba utvecklingen inom elektronik och informationsteknologi som inneburit en utbredning av spelandet, fler spelformer och ökad marknadsföring. Den datatekniska utvecklingen har möjliggjort en helt ny gränslös kommunikationsvärld, vilket även starkt påverkat marknaden för speltjänster. Via Internet har nya spelformer såsom vadhållning på sportevenemang, automatspel, lotterier och andra spel som poker blivit oerhört populära. Utvecklingen innebär att tillgängligheten av spel och lotterier har förändrats oerhört. Flertalet av de TV-kanaler som de flesta svenska hushåll kan se sänds inte från Sverige och kan därför

– utom räckhåll för den svenska lagstiftarens jurisdiktion – kontinuerligt och tämligen intensivt marknadsföra utländska spelaktörers tjänster. Idag kan en majoritet av den svenska befolkningen, dvs. de som har tillgång till Internet eller mobiltelefon, närhelst och i princip hur de vill utnyttja de speltjänster som spelaktörer från andra länder erbjuder. Den svenska spel och lotterimarknaden är därför i realiteten en betydligt mer öppen och konkurrensutsatt marknad än vad den svenska lotterilagstiftningen någonsin syftat till att reglera.

Två svenska utredningar⁷¹ har på senare tid (2006 och 2008) föreslagit förändringar i den svenska spelregleringen. Båda har föreslagit förstärkningar av de sociala skyddsaspekterna i lotterilagen, strängare regler kring marknadsföring av lotterier och spelverksamhet samt föreslagit, som ett alternativ, en öppning av den svenska marknaden för utländska spelföretag som accepterar kraven i det svenska regelverket och underkastar sig svensk tillsyn och kontroll. Med ett sådant delvis öppet system anses det mer befogat att vidta åtgärder mot de spelföretag som inte accepterar de svenska kraven eller saknar vilja att inträda på den svenska marknaden.

I det följande ska vissa frågeställningar som uppkommit på grund av den förändrade omvärldssituationen och som uppmärksammats av Riksrevisionen diskuteras. Fokus kommer att läggas på de frågeställningar som har störst relevans när det gäller den svenska spelregleringens förenlighet med EU-rätten. Vissa frågor bedömer jag vara av mindre vikt i detta hänseende. En sådan fråga är den allmänna frågan om tryckfrihetslagstiftningens förhållande till annonsförbudet för svenska speltjänster. Enligt lotterilagen är det inte tillåtet att, i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte, främja deltagande i ett lotteri som inte har tillstånd inom landet. Regeringsrätten har i ett mål prövat Aftonbladets och Expressens publicering av utländska spelbolags oddsjämförelser och annonser.⁷² Regeringsrätten slår fast att frågan om tryckfrihetsförordningens tillämplighet ska avgöras utifrån en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Regeringsrätten har i aktuellt ärende funnit att oddsjämförelser ska anses utgöra redaktionellt material. Därför skyddas de av tryckfrihetsförordningen. Detta synes vara en fråga av fortsatt relevans i Sverige,⁷³ men har inte avgörande betydelse för frågan huruvida den svenska spelregleringen överlag är förenlig med EU-rätten.

En annan fråga som har uppmärksammats är förhållandet mellan de svenska sanktionsbestämmelserna för främjande av utländska respektive olovliga inhemska speltjänster. Straffbestämmelsen i 54 § lotterilagen anses innebära att den som främjar sådana spel som anordnas i en annan medlemsstat i EU kan bli föremål för strängare påföljder än den som främjar sådana spel som anordnas i Sverige utan tillstånd. Svea hovrätt har sålunda funnit att straffbestämmelsen strider mot EU-rättens diskrimineringsförbud. Riksåklagaren har överklagat hovrättens dom och fått prövningstillstånd i Högsta domstolen, som alltså kommer

⁷¹ SOU 2006:11 och SOU 2008:124.

⁷² Mål 2208-09, 3582-07, 3583-07.

⁷³ Se Bernitz, H., *Senaste – men knappast sista – ”brickan” i Unibet m.fl. mot det svenska spelmonopolet; Kommentar till RegR:s domar av den 30 november 2010 i mål 2208-09, 3582-07 och 3583-07 om tryckfriheten och lotterilagen*, FT 2011, s. 33.

att avgöra frågan slutgiltigt (se avsnitt 5.2.5 ovan). Frågan huruvida en fullständig harmonisering av sanktionerna krävs enligt EU-rätten är emellertid en i sammanhanget tämligen perifer och lättlost fråga jämfört med alla andra frågor som den svenska spelregleringens förhållande till EU-rätten aktualiserar.

7.2 Hur motiveras att privata företag tjänar pengar på den svenska spelmarknaden medan andra privata företag inte släpps in?

Vissa privata företag utan allmännyttigt ändamål får verka på den svenska marknaden medan andra nekas tillträde. En första fråga är om detta kan uppfattas som diskriminerande i EU-rättsligt hänseende. Därutöver bör diskuteras om det påverkar bedömningen huruvida den svenska spelregleringen är systematisk och sammanhängande.

Bakgrunden är följande. Svensk spelpolitik bygger på att vissa aktörer får bedriva spelverksamhet och näringslivet är utestängt från spelmarknaden. Idag finns det dock privata aktörer på spelmarknaden. Det gäller t.ex. restaurangkasinon, ombudsverksamheten till Svenska Spel och ATG samt konceptgivare och serviceföretag till PostkodFöreningen. Dessa aktörer bedriver affärsverksamhet antingen utan krav på utdelning till ett allmännyttigt ändamål eller med vinstintressen som kan reducera den ideella organisationens utdelning till allmännyttiga intressen. Samtidigt nekar regeringen utländska spelbolag att få tillstånd att bedriva spelverksamhet i Sverige. EU-rätten anger att inskränkningarna i etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster måste motiveras av ett tvingande allmänintresse, får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målsättningen (proportionalitet), tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt och ska bidra till att begränsa spelandet på ett sammanhängande och systematiskt sätt. Frågan är hur det svenska systemet med tillåtelse av vissa privata intressen men nekande av andra förhåller sig till EU:s krav på ett svenskt systematiskt, sammanhängande, icke-diskriminerande och proportionerligt spelsystem.

Här måste inledningsvis beaktas vilken roll de privata aktörerna har som bedriver affärsverksamhet på den svenska spelmarknaden. Är deras verksamhet i direkt konkurrens med utländska spelbolags verksamhet? En annan viktig fråga är om den verksamhet som de bedriver är reserverad för svenska juridiska personer eller företag som är etablerade i Sverige? Min bedömning är att det inte handlar om verksamhet som direkt konkurrerar med de tjänster utländska spelföretag tillhandahåller, utom i fallet med restaurangkasinon. Svenska Spels och ATG:s ombud är inte spelanordnare i egentlig mening utan kan sägas vara Svenska Spels och ATG:s förlängda arm. Dessa ombud kan därför inte jämföras med utländska spelbolag som sådana. Konceptgivare och serviceföretag till PostkodFöreningen agerar på en annan marknad än den för spelbolagen. De är underleverantörer till PostkodFöreningen. Inget hindrar att denna typ av företag är utländska, varför det inte kan anses föreligga en diskriminering i EU-rättslig mening.

När det gäller restaurangkasinon figurerar dessa på den svenska kasinomarknaden. Det är dock ingen verksamhet som förutsätter annat än att en fysisk eller juridisk person (vanligen

restaurangägare) begär tillstånd för roulettspel och tärningsspel enligt Lotterilagen. Så länge det inte förekommer några krav på t.ex. nationalitet eller bosättning för den som är ansvarig i detta avseende föreligger inte diskriminering. Verksamheten är för övrigt så begränsad och reglerad att det inte kan upplevas som inkonsekvent att tillåta restaurangkasinon på den svenska marknaden mot bakgrund av den övergripande spelpolitiken. De lagstadgade begränsningarna av insatser och vinster säkerställer att denna verksamhet främst får anses vara av förströelsekaraktär.⁷⁴

Ett potentiellt problem skulle däremot kunna vara att det svenska systemet, med hänsyn till allt som anförts ovan, inte upplevs bygga på en systematisk och sammanhängande politik. Det som bedöms vid en EU-rättslig granskning är om det svenska systemet i sin helhet kan motiveras. De begränsningar som finns måste därför vara baserade på tvingande hänsyn av allmänintresse och framstå som konsekventa och sammanhängande. Av övergripande betydelse är att de statliga insatser som görs i syfte att minska risken för spelberoende är övertygande. I det avseendet är olika spels farlighetsgrad av betydelse. Särskilt farliga i ett beroendeperspektiv avses t.ex. automat- och pokerspel vara. Den svenska spelutredningen gjorde följande bedömning av olika spel farlighetsgrad, baserad på samtal till nationella stödlinjen i Sverige (SOU 2008:24, s. 170).

Nationella stödlinjen i Sverige – angiven mest problematiska spelform

Spelform	Andel spelare
Internetpoker	29,90 %
JackVegas/MissVegas	29,40 %
Internet, övriga spel	11,40 %
Trav/Galopp	7,60 %
Casino Cosmopol	4,80 %
Spelar på allt	4,20 %
Oddset	3,30 %
Tipsspel	2,20 %
Hallbingo	2,10 %
Restaurangkasino	1,70 %
Alla slags spelautomater	0,50 %
Övriga spel	2,80 %
Totalt	100 %

⁷⁴ Jfr 32–34 §§ lotterilagen. Tillstånd att anordna roulettspel och tärningsspel får ges, om den som söker tillstånd bedöms vara lämplig att driva verksamheten. Lämplighetsprövning är reglerad i 33 § lotterilagen som stadgar bl.a. att tillståndsmyndigheten ska beakta sökandens erfarenheter på området, ekonomiska förhållanden, vilja och förmåga att fullgöra sina skyldigheter mot det allmänna, laglydnad i övrigt samt andra omständigheter av betydelse. Se vidare 4 § lotteriförordningen (1994:1451) och Lotteriinspektionens anvisningar i Spelregler för restaurangkasino, dnr 716/2005.

Att det finns möjligheter att som underleverantör tjäna pengar inom ramen för den sektor som är öppen för ideella föreningar (ett område med förhållandevis liten farlighetsgrad) kan inte i sig sägas rubba den övergripande svenska spelpolitiken. Om det däremot visar sig att företag som erhållit tillstånd i praktiken är vinstdrivande och enbart skenbart ideella kan situationen framstå som mer problematisk. Det måste beaktas att svenska ideella föreningar genom sina tillstånd erhållit en *privilegerad ställning* på den svenska spelmarknaden jämfört med utländska spelplanordnare. Denna särställning kan enligt EU-rätten motiveras med att de bedriver allmännyttig verksamhet. Att reservera en del av marknaden för ideella föreningar kan emellertid endast anses motiverat om dessa skiljer sig från spelföretag i allmänhet. De framstår därför som besvärande i ett EU-rättsligt perspektiv att det verkar dölja sig ett vinstdrivande aktiebolag i flera av de ideella föreningar som erhållit tillstånd på den svenska marknaden.

Sålunda är lotteriföreståndaren i PostkodFöreningen VD i det kommersiella bolaget Novamedia Svenska PostkodLotteriet AB. Bolaget ingår i den privatägda Novamediakoncernen med säte i Holland. Produktkonceptet PostkodLotteriet ägs av Novamedia, som erhåller en viss procent av lotteriomsättningen i ersättning för rätten till produktkonceptet. PostkodFöreningen har rättigheten att använda konceptet. Vad beträffar själva lotteriet, kostar varje lott (prenumeration) 150 kr och vinstandelen, dvs. den andel av intäkten som går till vinster, är 40 %. Cirka 29 % av lottpriset går till välgörande ändamål i form av utdelning till föreningens medlemmar (jfr bland annat MD 2009:15). Detta betyder att ca 30 % går till andra ändamål än strikt ideella. Av Marknadsdomstolens nämnda dom framgår för övrigt att PostkodFöreningen och Novamedia har samma adress och att Novamedia svarade i PostkodsFöreningens namn när det handlade om ett klagomål från Konsumentombudsmannen om otillbörlig marknadsföring.

Andra ideella föreningar tycks vara konstruerade på liknande sätt. När det gäller Bingolotto sköts den operativa verksamheten av Folkspel i Sverige AB som är ett helägt servicebolag. Vice VD i Folkspel i Sverige AB är också lotteriföreståndare i föreningen. Kombilotteriet drivs av A-lotterierna AB som är ett helägt dotterbolag till Folkrorelsernas Lotteribyrå ek. för., som i sin tur ägs av Socialdemokratiska partiet, dess ungdomsförbund samt av Bommersvik AB.

Att svenska ideella föreningar med statligt tillstånd stundom agerar på ett sätt som tyder på att det underliggande kommersiella bolaget i själva verket strävar efter att maximera sin vinst förstärker detta problem, vilket jag återkommer till (se avsnitt 7.6).

7.3 Hur motiveras att den svenska politiken hade kunnat genomföras på ett sätt som begränsar konkurrens och frihandel i mindre utsträckning?

Som framgått diskuterades proportionalitetsprincipens syfte och tillämpning i EU-domstolens dom i målet Gambelli (C-243/01). Domstolen slog där fast att ekonomiska spelmonopol inte är tillåtna. Att idrotten och staten tjänar pengar på monopolet får vara en positiv sideoffekt av ett spelmonopol, men det får inte vara det egentliga syftet med monopolet. Det har mot denna bakgrund hävdats att svenska staten har gått längre än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvansvärda syftet med det svenska spelmonopolet. Det brittiska spelbolaget Ladbrokes har hävdats bl.a. att Sverige driver ett olagligt ekonomiskt monopol på spelområdet i strid med artikel 49 och 56 FEUF. Bolaget menar att om staten kan uppnå socialpolitiska mål genom att begränsa konkurrensen i mindre omfattning, ska det sättet användas. Om staten t.ex. sätter socialpolitiska krav på privata aktörer, kan även privata näringsidkare med licens inom EU-området tillåtas. Frågan är om Sverige bedriver ett olagligt ekonomiskt monopol som riskerar att begränsa konkurrensen mer än nödvändigt.

Enligt min bedömning var denna invändning framför allt relevant innan EU-domstolen i målet Liga Portuguesa och Sjöberg och Gerdin (se avsnitt 4.4 och 5.2.4) godtog att den medlemsstat som önskar upprätthålla en monopolreglerig är i sin fulla rätt att göra det förutsatt att den politik som ligger till grund för regleringen är systematisk och sammanhängande.

Numera är det sålunda fastställt att en medlemsstat som strävar efter att säkerställa en särskilt hög skyddsnivå med rätta kan anse att det bara är genom att ensamrättigheter ges till ett enda organ, vilket är föremål för sträng kontroll av myndigheterna, som myndigheterna kan kontrollera de risker som är förenade med hasardspelssektorn och fullfölja målet att motverka att allmänheten lockas till överdrivna spelutgifter och bekämpar spelberoende på ett tillräckligt effektivt sätt (se avsnitt 4.4).

Det står alltså en medlemsstat fritt att göra bedömningen att den genom att kontrollera ett statligt monopolbolags beteende kan utöva en effektivare kontroll över utbudet av hasardspel och därmed på ett mer effektivt sätt genomföra sin politik än när privata aktörer bedriver verksamheten i konkurrens, även om dessa aktörer måste ha tillstånd och är underkastade ett system med kontroller och sanktioner. Härav följer att medlemsstater som anser att de ändamål som eftersträvas bättre uppnås med ett system med exklusiva ensamrätter får använda sig av ett sådant system även om det finns andra möjligheter att uppnå samma syfte.

Vad sedan gäller frågan om det svenska monopolet egentligen är ”ekonomiskt” måste konstateras att EU-domstolen hade möjlighet att påpeka detta i målet Sjöberg och Gerdin, men istället valde att påpeka följande:

”Kulturella, moraliska eller religiösa överväganden kan motivera inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster för arrangörer av hasardspel, bl.a. eftersom det kan anses oacceptabelt att tillåta att privata vinstintressen drar nytta av ett socialt gissel eller spelares

svaghet och olycka. Enligt den värdeskala som är specifik för varje medlemsstat, och med beaktande av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning, är det således tillåtet för en medlemsstat att begränsa anordnandet av hasardspel och att förbehålla offentliga organ eller allmännyttiga organisationer anordnandet av sådana spel.”

Slutsatsen som kan dras härav är att det inte i sig är problematiskt att staten drar in åtskilliga miljarder till statskassan, så länge syftet med detta är att hålla privata vinstintressen borta. De statliga bolagen och ideella organisationerna med tillstånd måste dock förvalta sin privilegierade ställning på den svenska marknaden på ett ansvarfullt sätt, vilket framför allt kommer till uttryck i deras marknadsföring, vilket berörs längre fram (avsnitt 7.6).

7.4 Hur motiveras att de sociala skyddsintressena är totalt sett relativt undanskymda i den svenska spelpolitiken?

Två svenska utredningar (2006 och 2008)⁷⁵ har som framgått konstaterat att skyddssyftena inte är tillräckligt prioriterade i den svenska lotterilagstiftningen. Utländska aktörer kan verka på den svenska marknaden utan krav på att uppfylla sociala skyddshänsyn. Svenska Spels och ATG:s arbete med förebyggande metoder i spelmiljöer (t.ex. butiker, kasinon, webbsidor) tycks inte vara evidensbaserade. Regeringen har inte genomfört oberoende utvärderingar av Svenska Spels vidtagna åtgärder inom spelansvarsområdet. De utländska spelbolagen har liknande spelansvarsverktyg som Svenska Spel och ATG. Till Svenska Spels försvar kan dock anföras att bolaget är drivande med att ta fram nya spelansvarsverktyg och har ett omfattande samarbete med det privata företaget Spelinstitutet om att ta fram nya relevanta spelansvarsverktyg. Svenska Spel har också bildat ett dotterbolag som ska sälja spelansvarsverktyg till andra spelbolag. Frågan är om de sociala skyddsintressena mot denna bakgrund är tillräckligt prioriterade för att den svenska lagstiftningen ska vara förenlig med EU-rätten.

Som nämnts ovan är det ett faktum att den nuvarande svenska regleringen har accepterats av EU-domstolen. Enligt min mening bör dock inte detta tas som intäkt för att den svenska regleringen i alla avseenden är långsiktigt hållbar. Varje mål vid EU-domstolen är resultatet av de omständigheter som var aktuella vid prövningen och dessutom av den argumentation som fördes i målet. EU-domstolen kom i det svenska målet aldrig in på en jämförelse mellan de sociala skyddsintressena hos statligt kontrollerade aktörer och privata aktörer som är beredda att underkasta sig det svenska regelverket. Som framgått var bevekelsegrunden snarare att man i Sverige vill utesluta privata vinstintressen från den svenska spelmarknaden. Att skyddssyftena inte är tillräckligt prioriterade förefaller därför inte vara ett akut problem i förhållande till EU-rätten, men det är ingen tvekan om att en kontinuerlig prioritering av dessa intressen inom ramen för det svenska systemet skulle göra det mer långsiktigt hållbart.

⁷⁵ SOU 2006:11 och SOU 2008:124.

7.5 Hur motiveras att det svenska systemet tillåter att en mycket stor del av de statliga bolagens vinst på spelverksamhet går direkt till statskassan och inte är öronmärkta för sociala ändamål?

En del av Svenska Spels vinst delades tidigare ut direkt till folkrörelserna. Riksrevisionen har iakttagit att det inte längre finns någon direkt koppling mellan Svenska Spels vinstutdelning och idrottsrörelsen. Dessa får nu medel över statsbudgeten. Frågan är hur denna bokföringsmässiga förändring förhåller sig till EU-rätten eftersom det skulle kunna tolkas som att det främsta syftet med spelregleringen är att inbringa medel till statskassan.

Frågan om öronmärkta medel var en fråga av potentiellt hög relevans när EU-domstolen skulle ta ställning till det svenska spelmonopolet efter att ha godkänt den portugisiska ordningen (Liga Portuguesa). I målet gjorde generaladvokaten en jämförelse mellan den portugisiska ordningen och den svenska (se avsnitt 5.2.3). Han menade att samma skyddssyfte eftersträvades i Portugal och i Sverige, nämligen att skydda konsumenterna mot den risk för brottslighet som är förbunden med spel. Båda staterna har därför ett system med ensamrätter som förbehålls organisationer vilkas verksamhet noggrant övervakas av myndigheterna. Han påpekade att det följer av den svenska lotterilagstiftningen att lotterier inte får anordnas av bolag med privata intressen utan endast av ideella föreningar och bolag som innehas av staten. Genom lagen införs också ett system med noggrann övervakning som utförs av en myndighet som har skapats just för detta ändamål. Generaladvokaten fäste alltså ingen vikt vid huruvida spelintäkterna gick oavkortat till sociala ändamål som i Portugal eller till statskassan som i Sverige. Som framgått fäste inte heller EU-domstolen vikt vid hur spelintäkterna fördelades. Det som var av betydelse var att det kunde anses oacceptabelt att tillåta att privata vinstintressen dra nytta av ett socialt gissel eller spelares svaghet och olycka. När den svenska ordningen godtogs, diskuterades alltså inte om det främsta syftet med spelregleringen var att inbringa medel till statskassan. Nämnade bokföringsmässiga förändring tycks därmed ha en högst begränsad betydelse.

7.6 Hur motiveras att Svenska Spel tillåts konkurrera inom samma spelsegmentsmarknad som de ideella organisationerna?

Svenska Spels och ATG:s spelverksamheter är inte författningsreglerade utan återfinns i regeringens ägaranvisningar, tillstånd/koncessioner och avtal. De ideella organisationerna/folkrörelserna bedriver spelverksamhet med tillstånd från Lotteriinspektionen. Aktörerna har inte ensamrätter till sina spelformer utom i fyra fall (kasino, värdeautomater, poker på internet och vadhållning på hästar). Idag råder det därför konkurrens mellan Svenska Spel och de ideella organisationernas spelbolag i fråga om riksomfattande lotterier. En stor satsning på marknadsföring och produktutveckling i ett försök till kanalisering av spelförsäljningen till Svenska Spel har godtagits av Regeringsrätten. Domen kan tolkas på så sätt att det är bättre att spelarna spelar hos ett bolag med tillstånd och med krav på sig att skydda konsumenterna än att de spelar på utländska internetsidor där aktörerna inte har svenskt tillstånd. Frågan är dock om motivet till kanalisering även gäller vid konkurrens med de ideella organisationerna då

dess, till skillnad från internetaktörerna, har tillstånd att bedriva spelverksamhet på den svenska marknaden. En ytterligare fråga är om konkurrensen mellan Svenska Spel och de ideella organisationerna är förenlig med EU-rätten eftersom konkurrensen delvis sker mot bakgrund av olika tillståndsvillkor.

Ovannämnda anmärkningar visar på flera problem när det gäller kravet på att den svenska regleringen måste vara sammanhängande och systematisk i ett EU-rättsligt perspektiv. Det övergripande problemet är avsaknaden av tydliga krav på måttfullhet när det gäller marknadsföring av speltjänster. Dessa tjänster marknadsförs som vilken kommersiell verksamhet som helst på den svenska marknaden trots att spelregleringen vilar på grundtanken att det handlar om verksamhet som är potentiellt farlig för konsumenterna. Som framgått föreslog utredningarna 2006 och 2008 ett antal restriktioner i marknadsföringen när det gäller speltjänster.⁷⁶

Därtill kommer att både de statligt kontrollerade bolagen (Svenska Spel och ATG) och de ideella organisationer, t.ex. PostkodFöreningen, genom sina tillstånd har getts särskilda rättigheter på den svenska marknaden och därmed förväntas ta särskilt ansvar. De ska i detta avseende understrykas att det huvudsakligen är *svenska* juridiska personer med allmännyttigt ändamål som kan få tillstånd, vid sidan av de statskontrollerade bolagen.

I en sådan situation då privata vinstintressen inte tillåts dra nytta av spelares svaghet och olycka och då i princip hela den lagliga nationella spelmarknaden är förbehållen offentligt kontrollerade organ eller allmännyttiga organisationer, tillåts bara marknadsföringsåtgärder i *kanaliseringssyfte*. I senare rättspraxis har EU-domstolen varit tydlig med vad detta innebär (se avsnitt 4.5.1). Domstolen har medgett att de lagliga aktörerna måste utgöra ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet, vilket i sig kan innebära att de får tillhandahålla ett omfattande spelsortiment, göra reklam i viss omfattning och använda ny distributionsteknik. Den reklam som innehavaren av ett statligt monopol eventuellt gör för sitt utbud måste dock vara *måttfull* och inte gå utöver vad som är absolut nödvändigt för att styra konsumenterna till tillåtna spel. Reklamen får *i synnerhet inte uppmuntra konsumenternas naturliga benägenhet att roas av spel genom att locka dem till aktivt deltagande, såsom genom att banalisera spelandet eller ge det en positiv image genom att hänvisa till att spelintäkterna går till verksamhet av allmänintresse eller genom att förstärka spelens dragningskraft med anslående reklambudskap där stora spelvinster förespeglas.*

Vad avser den omständigheten att det i reklamkampanjer betonas att intäkterna går till *oegennyttig verksamhet eller verksamhet av allmänintresse* ska det dessutom påpekas att domstolen har framhållit att även om det inte är likgiltigt huruvida spel om pengar på ett avgörande sätt kan bidra till finansieringen av sådan verksamhet, så kan ett sådant skäl inte i sig anses utgöra ett objektiva berättigande till inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster. Sådana inskränkningar är nämligen endast tillåtna om exempelvis finansieringen av

⁷⁶ SOU 2006:11 och SOU 2008:124.

sådan social verksamhet utgör en positiv bieffekt och inte det verkliga skälet till den restriktiva politiken på området.

Mot denna bakgrund kan konstateras att varken de statligt kontrollerade spelbolagen eller de svenska ideella organisationerna som har tillstånd till lotteriverksamhet får agera på ett sätt som ger intryck av att de vill maximera sina intäkter. De får naturligtvis informera potentiella kunder om deras produkters existens samt säkerställa en regelbunden tillgång till hasardspel, genom att styra spelarna mot kontrollerade spelformer, men inte locka till ett aktivt deltagande i sådana spel samt främjar detta deltagande. Skillnad ska göras på en restriktiv marknadsföringspolitik vars enda syfte är att vinna eller befästa en befintlig marknads lojalitet till förmån för det organ som tillerkänts en särskild ställning och en expansionistisk marknadsföringspolitik vars syfte är att skapa en tillväxt av den globala spelmarknaden. Det är inte tillåtet för ett spelföretag som beviljats ensamrätt på spel i en medlemsstat och inte heller *enligt min tolkning* en ideell organisation med särskilt tillstånd att genom en expansionistisk marknadsföringspolitik skapa tillväxt på spelmarknaden (se avsnitt 4.5.1). I ett sådant fall framstår inte den nationella politiken som sammanhängande och systematisk.

Mot denna bakgrund är det anmärkningsvärt att det förekommer en inte obetydlig konkurrens mellan Svenska Spel och de ideella organisationerna som har beviljats tillstånd på den svenska marknaden. Inom affärsområdet ”Spel och Lotterier”, som är Svenska Spels totalt sett största marknad, ingår traditionella lotterier. Inom detta område konkurrerar t.ex. PostkodLotteriet/Novamedia, Komilotteriet/A-lotterierna och Bingolotto/Folkspel. Svenska Spels marknadsföring av sina större produkter inom detta område (Triss, Lotto, Keno) är tämligen intensiv. Till saken hör att Svenska Spels marknadsföringskostnader enligt uppgift utgör en ansenlig del av bolagets totala bruttoomsättning. Det svenska systemet kan inte anses som sammanhängande och systematiskt om den s.k. kanaliseringen från otillåtna spelformer till statskontrollerade spelformer, vilket är grunden för marknadsföringsåtgärderna, även innefattar att locka över spelare från de allmännyttiga organisationerna med tillstånd (två statligt kontrollerade och lagliga alternativ). Problemet blir inte mindre av att större ideella organisationer svarar med att marknadsföra sina produkter på ett aggressivt sätt som får sägas ligga i gränstrakten kring vad som är tillåtet enligt marknadsföringslagen (jfr MD 2009:15 ang. marknadsföring av PostkodLotteriet). Detta leder till en ohälsosam och i många avseenden ojämlik kamp om spelare på den svenska marknaden, vilket knappast kan beskrivas som något annat än en expansionistisk marknadsföringspolitik som skapar tillväxt på spelmarknaden. Detta kan inte sägas främja det svenska systemets syfte, vilket bl.a. är att hålla nere spelandet och minska risken för spelmissbruk. I praktiken är det endast marknadsföringslagens allmänna bestämmelser som sätter ribban för vad som är tillåtna marknadsföringsåtgärder. Marknadsdomstolens ovan nämnda dom illustrerar detta på ett mycket tydligt sätt. Domstolen accepterade t.ex. utan omsvep att PostkodLotteriet lockade med höga vinster. Den påpekade att:

”Det torde inte vara ovanligt att marknadsföring av lotterier fokuseras på vinstmöjligheterna för en enskild person, ort, grupp eller liknande. En genomsnittskonsument torde, oavsett vilken förkunskap denne har om själva PostkodLotteriet, förstå att det rör sig om ett lotteri

och således att det endast finns mycket begränsade möjligheter att vinna. Påståendena ger, enligt Marknadsdomstolens mening, inte intryck av att summan 43 miljoner skulle vara förutbestämd att lottas ut i det angivna postnummerområdet eller att vinstchansen är större där än för andra postnummer respektive att gatan ifråga skulle vara gynnad på motsvarande sätt. Med hänsyn till detta kan påståendena inte anses vilseledande och yrkandena ska därför lämnas utan bifall.”

Detta står i strak kontrast till EU-domstolens uttalande att:

”Reklamen får i synnerhet inte uppmuntra konsumenternas naturliga benägenhet att roas av spel genom att locka dem till aktivt deltagande, såsom genom att banalisera spelandet eller ge det en positiv image genom att hänvisa till att spelintäkterna går till verksamhet av allmänintresse eller genom att förstärka spelens dragningskraft med anslående reklambudskap där stora spelvinster förespeglas.”⁷⁷

De krav som i dag ställs på marknadsföringen av tillåtna spel är mot denna bakgrund inte i paritet med de krav som följer av EU-rätten. Om den nuvarande restriktiva spelregleringen ska behållas, som grundas på intresset att hålla borta privata vinstintressen från den svenska spelmarknaden, måste en tydlig markering göras om att nuvarande krav på marknadsföring är otillräckliga. 2008 års spelutredning föreslog särskilda regler för marknadsföring av spel på samma sätt som gäller för alkohol och tobak. Utredningen anförde:

”Även om spelarna måste få tillgång till relevant produktinformation, bör det krävas av spelanordnarna en begränsning och en återhållsamhet både när det gäller reklamens spridningsvägar och innehåll samt när det gäller volym och frekvens. Grundregeln bör därmed kunna medge begränsningar både mot spridningsvägar som inte kan godtas och mot olämpligt innehåll i budskap som förs fram på tillåtna vägar. Vidare bör förbud vara möjliga mot vissa andra marknadsföringsmetoder som framstår som olämpliga mot bakgrund av regleringens syften. Kravet på återhållsamhet och begränsning bör som sagts gälla även innehållet i den reklam som förs fram på de spridningsvägar som samhället kan godta. De kommersiella budskapen bör därför begränsas till relevanta fakta rörande spelet, presenterade i så saklig form som möjligt och utan ovidkommande inslag. Frågor som rör budskapens utförlighet samt färg, bild, typografi, lay-out och liknande får bedömas mot bakgrund av kravet på måttfullhet. Grundregeln är inte bunden till nuläget. Vid bedömningen av vad som är måttfullt kan således nya kunskaper om spelens risker för beroende och ändrade värderingar i samhället alltid beaktas.”⁷⁸

Som framgått (se avsnitt 6.2.2) stannade utredningen för ett förslag som bygger på principen att vid all marknadsföring av lotterier måste särskild måttfullhet iakttas. Marknadsföringen ska inte få rikta sig särskilt till eller skildra barn eller ungdomar som inte har fyllt 25 år. Interaktiva spel och spel på värdeautomater ska över huvud taget inte få marknadsföras. Det finns här anledning att dra paralleller till alkoholområdet där marknadsföringen är strikt reglerad och ska vara måttfull. Sålunda gäller bl.a. att marknadsföringsåtgärden inte får vara

⁷⁷ Se de förenade målen C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, Markus Stoß m.fl., punkt 103.

⁷⁸ SOU 2008:124, s. 358.

påträngande, uppsökande eller uppmana till bruk av alkohol. Den får inte heller rikta sig till barn och ungdomar som inte har fyllt 25 år (7 kap. 1 § alkohollagen).

Mot denna bakgrund bör vidare konkurrensen mellan Svenska Spel och de ideella organisationerna undvikas eller i vart fall inte stimuleras. Att dessa aktörer agerar på samma marknad leder oundvikligen till en kamp om befolkningens spelintresse samtidigt som deras olika förutsättningar (se nästa avsnitt) och Svenska Spels särställning gör att konkurrensförhållandet mellan dessa aktörer kan framstå som problematiskt mot bakgrund av både EU:s och Sveriges konkurrensregler.⁷⁹ Detta är en fråga som det saknas utrymme att utreda i detta sammanhang. Att Svenska Spel kan anses dra nytta av sin ställning på marknaden för vissa speltjänster där bolaget har ensamrätt (vadhållning på idrottstävlingar i mer än en kommun, automatspel om pengar och kasinospel) och på ett otillbörligt sätt förvanska konkurrensen på en angränsande marknad (traditionella lotterier) kan dock inte betraktas som en helt befängd hypotes.

7.7. Är de krav som ställs vid tillståndsgivningen i Sverige förenliga med EU-rätten?

Som framgått har de statligt kontrollerade bolagen, Svenska Spel och ATG, ensamrätt att bedriva viss spelverksamhet. Därutöver har Svenska Spel tillstånd att bedriva lotterier i konkurrens med de ideella föreningarna. Riksrevisionen har uppmärksammat att Svenska Spels och ATG:s tillstånd, som utfärdas av regeringen, innebär en relativt stor frihet för tillståndsinnehavaren att utforma sin verksamhet efter eget behov. I de speltillstånd som Lotteriinspektionen utfärdar åt de ideella organisationerna är villkoren för varje spel angivna på ett mer detaljerat sätt. Svenska Spel och ATG behöver t.ex. inte söka nytt tillstånd om man vill utöka antalet produktvarianter eller antalet försäljningskanaler för en viss spelform. Bolagen kan också föra över kapital till nästkommande år. Detta har betydelse för bl.a. vilken typ av vinstplan en viss spelform kan ha. Vidare har uppgetts att Svenska Spel och ATG ha en i genomsnitt högre genomsnittlig återbetalningsprocent till spelarna än vad de ideella organisationerna har tillstånd till. Detta beror dock främst på att de ideella organisationerna enbart har tillstånd att bedriva lotterier medan Svenska Spel även har andra spelformer. Svenska Spel och ATG har slutligen möjlighet att inleda gränsöverskridande samarbeten med reglerade spelbolag i andra länder.

Det kan starkt ifrågasättas om denna ordning är förenlig med de EU-rättsliga krav som utkristalliserats på senare tid i EU-domstolens rättspraxis (se avsnitt 4.5.2). Domstolen har understrukit att offentliga myndigheter som beviljar sådana tillstånd är skyldiga att iaktta de grundläggande bestämmelserna i fördragen, särskilt artiklarna 49 och 56 FEUF, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn.⁸⁰

⁷⁹ Jfr Dubois, M., *Missbrukar svenska spel sin dominerande ställning?* ERT 2007, s. 622.

⁸⁰ Se, för ett liknande resonemang, mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000, s. I-10745, punkterna 60 och 61, mål C-231/03, *Coname*, REG 2005 s. I-7287, punkterna 16–19, mål C-458/03, *Parking*

Myndigheten som beviljar tillståndet ska därför garantera alla potentiella anbudsgivare en tillräcklig grad av offentlighet för att tjänstetillståndet ska kunna öppnas för konkurrens och för att det ska gå att kontrollera om tilldelningsförfarandena är opartiska.⁸¹

EU-domstolen har likaså understrukt att när det i en medlemsstat har införts ett tillståndssystem som syftar till att uppnå legitima mål som erkänns i rättspraxis, såsom det svenska, kan ett sådant system inte rättfärdiga att de nationella myndigheterna agerar på ett sådant skönsmässigt sätt att unionsrättsliga bestämmelser, i synnerhet bestämmelserna om de grundläggande friheterna förlorar sin ändamålsenliga verkan.⁸²

För att ett system med föregående myndighetstillstånd ska kunna anses berättigat måste det enligt fast rättspraxis grundas på *objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand, så att ramarna för myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning kan fastställas, så att det inte utövas på ett godtyckligt sätt*. Den som berörs av en inskränkning som grundas på ett sådant undantag måste dessutom ha möjlighet att förfoga över ett effektivt rättsmedel.⁸³

Som jag läser rättspraxis är det mycket svårt att ställa olika krav på tillstånd när det handlar om aktörer som beviljas tillstånd på samma marknad. Mot denna bakgrund bör Svenska Spels tillstånd på marknaden för lotterier utformas på samma sätt som för andra innehavare av tillstånd på denna marknad. Grundprincipen är att det ska råda full likabehandling även om det är möjligt att rättfärdiga viss särbehandling, t.ex. på grund av att de handlar om olika spelformer och därmed olika förhållanden.

I sammanhanget ska nämnas att kommissionen varit kritisk till det svenska tillståndssystemet i sitt motiverade yttrande i ett överträdelseärende mot Sverige om idrottsrelaterade vadhållningstjänster (se nedan).⁸⁴ I yttrandet noterar kommissionen att det inte finns någon information tillgänglig om villkoren för att bevilja tillstånd enligt 45 § lotterilagen. Kommissionen framhåller att för att krav på föregående myndighetstillstånd ska kunna anses berättigat måste detta tillståndsförfarande under alla förhållanden grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand för att begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra att bedömningen blir godtycklig. Ett sådant system med föregående myndighetstillstånd ska vidare administreras enligt en förfarandeordning som är lättillgänglig och ägnad att säkerställa att den berördes ansökan behandlas inom en rimlig frist och objektivt och opartiskt.

Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkterna 46–48, mål C-91/08, Wall, REU 2010, s. I-2815, punkt 33, och mål C-203/08, Sporting Exchange, REU 2010, s. I-4695, punkt 39.

⁸¹ Mål C-203/08, Sporting Exchange, punkterna 40 och 41 och där angiven rättspraxis.

⁸² Se, bl.a., domen i målet C-203/08, Sporting Exchange, punkt 49, och dom av den 8 september 2010 i mål C-46/08, Carmen Media Group, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 86.

⁸³ Se, för ett liknande resonemang, målen C-203/08, Sporting Exchange, punkt 50, och C-46/08, Carmen Media Group, punkt 87.

⁸⁴ Ärende 2004/4087, K(2007) 2885, yttrande av den 27 juni 2007.

Lagstiftningen tycks även bristfällig i andra avseenden. Det finns t.ex. inga uttryckliga krav på motivering och det är tveksamt om det finns effektiva rättsmedel. En allmän motiveringsskyldighet finns visserligen inskriven i förvaltningslagen, men det är tveksamt om de krav som härigenom ställs på bl.a. regeringen när den agerar som förvaltningsmyndighet, går tillräckligt långt. Det kan diskuteras om den begränsade laglighetsprövning som utförs i sådana ärenden utgör ett tillräckligt effektivt rättsmedel i EU-rättslig mening.⁸⁵

En annan fråga som bör tas upp i sammanhanget är om det svenska tillståndssystemet för ideella organisationer är förenligt med likabehandlingsprincipen? Så tycks inte vara fallet. Av lotterilagen framgår att vid sidan av de statliga monopolföretagen kan som utgångspunkt endast en ”svensk juridisk person” som är en ideell förening och har ett allmännyttigt ändamål få tillstånd (15 §). Varför det uppställs ett krav på ”svensk juridisk person” är svårt att förstå. Det innebär en öppen (direkt) diskriminering av juridiska personer från övriga medlemsstater. Av andra stycket framgår visserligen att tillstånd får lämnas också till en annan juridisk person än en ideell förening eller en juridisk person som har till huvudsakligt syfte att främja ett allmännyttigt ändamål utom landet, om det finns särskilda skäl för det. Det är emellertid alltför osäkert vad som menas med särskilda skäl för att EU-rättens krav på rättssäkerhet och förutsebarhet ska anses uppfyllda.

Enligt det EU-rättsliga regelverket kan en sådan öppen särbehandling mellan svenska och utländska juridiska personer endast motiveras med stöd av de undantag som uttryckligen framgår av fördraget. Närmast till hands ligger undantaget för allmän ordning, men för att detta ska kunna åberopas krävs att det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen. Vidare måste proportionalitetsprincipen respekteras.

Följande rättsfall är illustrativt. EU-domstolen bedömde i målet C- 64/08, Engelmann (se avsnitt 4.5.2) vissa villkor i österrikisk rätt enligt vilka tillstånd att anordna kasinospel i Österrike förutsatte att tillståndsinnehavaren hade sitt säte i Österrike. Domstolen konstaterade att det rörde sig om en inskränkning i etableringsfriheten i den mening som avses i nuvarande artikel 49 FEUF. Av domstolens praxis framgår att en sådan ordning bara är förenlig med unionsrätten om den omfattas av en uttrycklig undantagsbestämmelse, såsom artikel 46 EG (artikel 52 FEUF), nämligen allmän ordning, säkerhet eller hälsa.⁸⁶ En sådan inskränkning ska dessutom uppfylla de krav på proportionalitet som följer av domstolens praxis, och den kan endast anses vara ägnad att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet om den verkliga på ett sammanhängande och systematiskt sätt tillgodoser behovet av

⁸⁵ Hettne, J., *Rättsprinciper som styrmedel*, Norstedts juridik 2008, s. 187. Se även Meyrowitsch, A., Allroth, E. och Hettne, J., *EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*, Sieps 2005:6, s. 87 f.

⁸⁶ Mål C-388/01, kommissionen mot Italien, REG 2003 s. I-721, punkt 19, och mål C-153/08, kommissionen mot Spanien, REG 2009 s. I-9735, punkt 37.

att uppnå målet.⁸⁷ Domstolen ansåg att det framstod som oproportionerligt att aktörer med säte i en annan medlemsstat generellt uteslöts, eftersom detta går utöver vad som är nödvändigt för att bekämpa brottsligheten. Det finns nämligen flera sätt att kontrollera dessa aktörers verksamhet och bokföring.⁸⁸

Situationen i Sverige är naturligtvis inte identisk men jag bedömer att det är mycket svårt att motivera ett krav på ”svensk juridisk person” i lotterilagen mot bakgrund av denna rättspraxis. De senaste två utredningarna angående den svenska spelmarknaden har för övrigt föreslagit att kravet på ”svensk juridisk person” tas bort. Kravet på att det ska finnas ett huvudsakligt syfte att främja ett allmännyttigt ändamål kan dock kvarstå. Det är kravet på nationalitet som är problematiskt.

8. Kommissionens överträdelseärenden mot Sverige

Tre överträdelseärenden har inletts mot Sverige med anledning av den svenska spelregleringen. Kommissionen har *för det första* gjort gällande att Svenska Spels ensamrätt att tillhandahålla spelautomater inte står i överensstämmelse med EU-rätten.⁸⁹ Den har konstaterat att tillstånd att anordna spel på värdeautomater endast får lämnas till spelföretag som ägs av svenska staten, vilket hindrar privata eller andra statsägda företag från att etablera sig i Sverige och kan medföra att företag som är etablerade i andra medlemsstater diskrimineras. Kommissionen påpekar vidare att tjänsteleverantörer inte får marknadsföra och tillhandahålla spelautomater (t.ex. främja användningen av samt installera, reparera och underhålla hårdvara och programvara). Detta förbud mot gränsöverskridande tjänster kunde enligt kommissionen anses oförenligt med EU-rätten.

I ärendet medger kommissionen att det kan finnas skäl för en medlemsstat att begränsa spelverksamhet, men framhåller att sådana inskränkningar under alla förhållanden måste föranledas av en genuin strävan att minska möjligheterna till spel och att finansieringen av samhällsnyttig verksamhet endast får vara en underordnad positiv konsekvens och inte det verkliga syftet med den restriktiva politik som förs.⁹⁰

Kommissionen anför sedan bl.a. att Svenska Spel tycks uppmuntra spelandet i allmänhet genom marknadsföring och genom att införa nya spel, vilket har lett till ett ökat spelande i Sverige. Kommissionen kritiserar också de stränga straffen i 54 § lotterilagen och ifrågasätter om dessa står i proportion till sitt syfte.

⁸⁷ Se, för ett liknande resonemang, mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, REG 2009, s. I-7633, punkterna 59–61.

⁸⁸ Se, för ett liknande resonemang, mål C-243/01, Gambelli m.fl., REG 2003, s. I-13031, punkt 74, målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., REG 2007 s. I-1891, punkt 62, samt mål C-153/08, kommissionen mot Spanien, REG 2009, s. I-9735, punkt 39.

⁸⁹ Ärendet inleddes med en formell underrättelse den 13 oktober 2004.

⁹⁰ Se mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 62.

Kommissionen har *för det andra* inlett ett mer generellt överträdelseärende mot flera medlemsstater, däribland Sverige (idrottsrelaterade vadhallningstjänster).⁹¹ Kommissionen inriktar sig här på den fria rörligheten för tjänster enligt artikel 56 FEUF, men dess kritik mot det svenska systemet är likartad. Precis som i det första ärendet är den administrativa fasen nu över och kommissionen har att välja om den ska stämma Sverige inför EU-domstolen.

För det tredje har kommissionen inlett ett ärende angående Svenska Spels tillstånd att anordna Internetpoker. Kommissionen har skickat en officiell begäran om information till Sverige i syfte att kontrollera att alla nationella åtgärder avseende pokerspel och pokerturneringar är konsekventa och förenliga med artikel 56 FEUF.⁹² Detta ärende har kommissionen inte gått vidare med vilket tyder på att kommissionen i vart fall i nuläget inte har för avsikt att väcka talan mot Sverige angående denna aspekt av spelregleringen.

I de två första ärendena har kommissionen alltså riktat ungefär samma kritik mot det svenska spelmonopolet som kritiker i Sverige gjorde åren 2003-2007 (se dock angående tillståndssystemet under avsnitt 7.7). Vad kommissionen inte har kunnat beakta i sina överträdelseärenden är dock den rättsutveckling som skett i och med Liga Portuguesa (se avsnitt 5.2.4) och i synnerhet målet Sjöberg och Gerdin (se avsnitt 4.4). Det kan därför konstateras att kommissionens ärenden i nuvarande läge inte vilar på en solid rättslig grund. Det skulle därför vara förvånande om kommissionen stämde Sverige vid EU-domstolen på grundval av det processmaterial som existerar. EU-domstolen fastställde som framgått att den svenska ordningen var förenlig med EU-rätten i Sjöberg och Gerdin. Det är i så fall troligare att kommissionen inleder ett nytt ärende med nya argument och grunder. Min bedömning är dock att detta inte sker i närtid. Som nämnts verkar inte heller Svenska Spels ensamrätt på Internetpoker på allvar ifrågasatt i dagsläget. Kommissionen tycks främst vara inriktad på möjligheterna att hitta någon form samordning av medlemsstaternas lagstiftning på spelområdet mot bakgrund av sin grönbok om onlinespel och de synpunkter som förts fram med anledning av denna.

9. Slutsatser

Det kan konstateras att all form av statlig reglering av nationella spelmarknader (system med tillstånd eller exklusiva rättigheter) innebär inskränkningar i den fria rörligheten för speltjänster på EU:s inre marknad (i synnerhet fri rörlighet för tjänster och etableringsfrihet). EU-rätten ställer därför följande generella krav på nationella spelregleringar:

- De måste tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt
- De måste framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande samhällsintresse (allmän ordning, minska spelberoendet mm)

⁹¹ Ärende 2004/4087, K(2007) 2885.

⁹² Pressmeddelande IP/08/118, Bryssel den 31 januari 2008.

- Vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och
- Inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.

Därutöver måste licens- och koncessionssystem överensstämma med EU:s allmänna förvaltningsrättsliga principer (dvs. framför allt kraven på transparens eller insyn, motivering och rättsmedel).

Ett övergripande krav som har blivit särskilt betydelsefullt på spelområdet är att den nationella regleringen måste framstå som sammanhängande och systematisk. Detta krav kan betraktas som ett utflöde av kravet på proportionalitet. Det kan uttryckas som att den politik som i praktiken förs, t.ex. genom statligt kontrollerade bolag, på ett objektivt sätt måste kunna leda till uppfyllandet av de mål som eftersträvas i den bakomliggande lagstiftningen. Annars är inte den nationella regleringen ”ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas” vilket är ett krav som följer av proportionalitetsprincipen.

I mitt uppdrag för Riksrevisionen har ingått att göra en analys och bedömning utifrån det rättsliga nuläget med avseende på de risker som finns att den svenska spelregleringen inte överensstämmer med EU-rätten samt bl.a. tydliggöra vilka konsekvenser detta kan ge samt vilka åtgärder regeringen skulle ha gjort/kan göra till följd av detta.

Några av de farhågor som Riksrevisionen har iakttagit har jag inte gått närmare in på. Sålunda har jag bedömt att tryckfrihetslagstiftningens förhållande till det svenska främjandeförbudet, även om frågan lär fortsätta att vara betydelsefull i den praktiska tillämpningen, inte är av avgörande betydelse för om den svenska spelregleringen är förenlig med EU-rätten. Detsamma gäller förhållandet mellan de svenska sanktionsbestämmelserna för främjande av utländska respektive olovliga inhemska speltjänster. Denna fråga är på väg att lösas genom Högsta domstolens prövning och i ett vidare EU-rättsligt perspektiv är den inte särskilt central. I ett ”riskperspektiv” kan därför dessa frågor avföras som tämligen ofarliga.

Vissa av Riksrevisionens iakttagelser aktualiserar emellertid betydligt större problem.

Inledningsvis måste dock klargöras att den svenska spelregleringen har granskats och accepterats av EU domstolen i målet Sjöberg och Gerdin. EU-domstolen påpekade i detta mål att:

”Kulturella, moraliska eller religiösa överväganden kan motivera inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster för arrangörer av hasardspel, bl.a. eftersom det kan anses oacceptabelt att tillåta att privata vinstintressen drar nytta av ett socialt gissel eller spelares svaghet och olycka. Enligt den värdeskala som är specifik för varje medlemsstat, och med beaktande av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning, är det således tillåtet för en medlemsstat att begränsa anordnandet av hasardspel och att förbehålla offentliga organ eller allmännyttiga organisationer anordnandet av sådana spel.”

Slutsatsen som kan dras härav är att det inte i sig är problematiskt från ett EU-rättsligt perspektiv att svenska staten drar in åtskilliga miljarder till statskassan genom offentligt kontrollerade bolag, eftersom syftet med detta är att *hålla privata vinstintressen borta*.

Mot denna bakgrund är det emellertid viktigt att de statliga bolagen och de ideella organisationer som erhållit tillstånd agerar på den svenska marknaden på ett ansvarfullt sätt. Aktörerna på den svenska marknaden bör i synnerhet inte agera på ett sätt som tyder på att det finns ett underliggande intresse av vinstmaximering.

Det kan därför vara ett potentiellt problem att det finns möjligheter att som underleverantör till svenska ideella föreningar bedriva en kommersiellt inriktad spelverksamhet. Om det visar sig att de föreningar som erhållit tillstånd i praktiken är vinstdrivande och enbart skenbart är ideella kan syftet med den svenska regleringen – att hålla privata vinstintressen borta – undergrävas.

Det måste härvid beaktas att svenska ideella föreningar genom sina tillstånd har erhållit en *privilegerad ställning* på den svenska spelmarknaden jämfört med utländska spelanordnare. Denna särställning kan enligt EU-rätten bara motiveras med att de bedriver allmännyttig verksamhet. Att reservera en del av marknaden för ideella föreningar kan alltså endast rättfärdigas om dessa skiljer sig från spelföretag i allmänhet. De framstår därför som besvärande i ett EU-rättsligt perspektiv att det verkar dölja sig ett vinstdrivande aktiebolag i flera av de ideella föreningar som erhållit tillstånd på den svenska marknaden. Härtill kommer att det som utgångspunkt endast beviljas tillstånd till *svenska* ideella föreningar. Detta krav på nationalitet är mycket svårt att rättfärdiga och gör att den svenska regleringen inte bara framstår som potentiellt inkonsekvent i förhållande till syftet att utesluta privata vinstintressen utan också diskriminerande.

Denna problembild förstärks av avsaknaden av tydliga krav på måttfullhet när det gäller marknadsföring av speltjänster. Det kan konstateras att dessa tjänster marknadsförs som vilken kommersiell verksamhet som helst på den svenska marknaden trots att spelregleringen vilar på grundtanken att det handlar om verksamhet som är potentiellt farlig för konsumenterna.

Då privata vinstintressen inte tillåts dra nytta av spelares svaghet och olycka och där i princip hela den lagliga nationella spelmarknaden är förbehållen offentligt kontrollerade organ eller allmännyttiga organisationer, tillåts bara marknadsföringsåtgärder i *kanaliseringssyfte*. I senare rättspraxis har EU-domstolen varit tydlig med vad detta innebär. Domstolen har medgett att de lagliga aktörerna måste utgöra ett trovärdigt, men samtidigt attraktivt, alternativ till förbjuden verksamhet, vilket i sig kan innebära att de får tillhandahålla ett omfattande spelsortiment, göra reklam i viss omfattning och använda ny distributionsteknik. Den reklam som innehavaren av ett statligt monopol eventuellt gör för sitt utbud måste dock vara måttfull och inte gå utöver vad som är absolut nödvändigt för att styra konsumenterna till tillåtna spel. Reklamen får i synnerhet inte uppmuntra konsumenternas naturliga benägenhet att roas av spel genom att locka dem till aktivt deltagande, såsom genom att banalisera

spelandet eller ge det en positiv image genom att hänvisa till att spelintäkterna går till verksamhet av allmänintresse eller genom att förstärka spelens dragningskraft med anslående reklambudskap där stora spelvinster förespeglas.

Mot denna bakgrund är det vidare anmärkningsvärt att det förekommer en inte obetydlig konkurrens mellan Svenska Spel och de ideella organisationerna som har beviljats tillstånd på den svenska marknaden. Inom affärsområdet ”Spel och Lotterier”, som är Svenska Spels totalt sett största marknad, ingår traditionella lotterier. Inom detta område konkurrerar t.ex. PostkodLotteriet/Novamedia, Kombilotteriet/A-lotterierna och Bingolotto/Folkspel. Svenska Spel marknadsföring av sina större produkter inom detta område (Triss, Lotto, Keno) är tämligen intensiv. Den restriktiva svenska spelpolitiken framstår inte som sammanhängande och systematisk om den s.k. kanaliseringen från otillåtna spelformer till statligt kontrollerade former även innefattar att locka över spelare från svenska allmännyttiga organisationerna med tillstånd till offentligt kontrollerade bolag (två fullt lagliga spelformer). En sådan konkurrenssituation leder till en i spelmissbruksperspektiv ohälsosam och i många avseenden ojämlig kamp om spelare på den svenska marknaden, vilket knappast kan beskrivas som något annat än en expansionistisk marknadsföringspolitik som skapar tillväxt på spelmarknaden. Detta främjar inte syftet att hålla nere spelandet och minska risken för spelmissbruk.

Mot denna bakgrund bör konkurrensen mellan Svenska Spel och de ideella organisationerna undvikas eller i vart fall inte stimuleras. Att dessa aktörer konkurrerar på samma marknad leder oundvikligen till ett ökat spelande samtidigt som deras olika förutsättningar och Svenska Spels särställning gör att konkurrensförhållandet mellan dessa aktörer i sig kan framstå som problematiskt mot bakgrund av både EU:s och Sveriges konkurrensregler.

Enligt Riksrevisionens anvisningar bör vissa paralleller dras till alkoholregleringen i den mån det kan illustrera skillnader eller likheter med spelregleringen, t.ex. vad gäller marknadsföring.

Enligt min mening står dessa bägge skyddsregleringar i stark kontrast till varandra. En bärande ingrediens i alkoholpolitiken alltsedan 1900-talets början har varit desintresseringsprincipen, dvs. att begränsa de privata vinstintressena i alkoholhanteringen. Det är intressant att det är just detta intresse som EU-domstolen funnit ligga till grund även för den svenska spelregleringen. Motivet på alkoholområdet har varit övertygelsen att konkurrens och privat vinstintresse leder till aktiv marknadsföring och aktiv försäljning och därmed ökad konsumtion. Ju fler privata företag som får ett intresse av att alkoholförsäljningen ökar, desto bättre kommer alkoholdryckerna att hävda sig i konkurrensen om människornas pengar. När det gäller en sektor som samhället inte vill ska växa, är marknadsmekanismer som konkurrens och vinstintresse inte särskilt lämpliga medel. Principen att begränsa privata vinstintressen i alkoholhanteringen är även i dag en

betydelsefull grundsats vid utformningen av bl.a. reglerna för marknadsföring av alkoholdrycker.⁹³

Mot denna bakgrund bör förslagen om marknadsföring på spelområdet i 2008 års utredning följas. Enligt utredningen bör det införas särskilda lagstadgade bestämmelser om marknadsföring av speltjänster som bygger på principen att vid all marknadsföring av spel om pengar ska särskild måttfullhet iakttas. Marknadsföringen ska inte få rikta sig särskilt till eller skildra barn eller ungdomar som inte har fyllt 25 år. Interaktiva spel och spel på värdeautomater ska över huvud taget inte få marknadsföras.

Om den svenska regleringen ska framstå som sammanhängande och systematiskt bör vidare kravet på ”svensk juridisk person” vid tillståndsgivning till ideella föreningar i lotterilagen tas bort, vilket också föreslagits av bl.a. 2008 års utredning. Kravet på att det ska finnas ett huvudsakligt syfte att främja ett allmännyttigt ändamål kan dock kvarstå, men det är angeläget att fundera över vilken verksamhet som ska kvalificeras som allmännyttig. Enligt uppgift går t.ex. 40 % av PostkodFöreningens lottintäkter till vinster och 29 % till välgörande ändamål i form av utdelning till föreningens medlemmar. Det betyder att ca 30 % går till andra ändamål än ideella, vilka får betraktas som kommersiella, även om också denna del av verksamheten naturligtvis främjar insamlingen till välgörande ändamål. EU-domstolen har i detta avseende framhållit att det förhållandet att intäkter går till oegennyttig verksamhet eller verksamhet av allmänintresse inte utgör ett objektiva berättigande till inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster (för andra potentiella spelordnare). Sådana inskränkningar är nämligen endast tillåtna om exempelvis finansieringen av sådan social verksamhet utgör en positiv bieffekt och inte det verkliga skälet till den restriktiva politiken på området (se avsnitt 4.5.1).

I förlängningen bör också de olika tillståndskraven för framför allt Svenska Spel och de ideella organisationerna ses över. Det är inte rimligt – och dessutom oförenligt med EU-rätten – att aktörer på en statligt reglerad marknad beviljas tillstånd på olika villkor. Mot denna bakgrund bör Svenska Spels tillstånd på marknaden för lotterier utformas på samma sätt som för andra innehavare av tillstånd på denna marknad.

Om nämnda problem rättas till skulle den svenska politiken framstå som mindre sårbar i ett EU-rättsligt perspektiv. Risken för att den svenska regleringen ifrågasätts i nya rättsprocesser vid svenska eller europeiska domstolar skulle då minska avsevärt.

Om något avslutningsvis ska sägas om den svenska spelregleringen måste dock konstateras att det svenska systemet idag är förlegat och på ett otillräckligt sätt tar sig an de utmaningar som den internationella spelmarknaden leder till. Att spelfrågor inte kan hanteras på ett effektivt sätt på nationell nivå tycks medlemsstaterna inom EU för övrigt vara rörigt eniga om numera.

⁹³ Grunderna för den nuvarande alkoholpolitiska regleringen fastställdes genom beslut av 1977 års riksdag (prop. 1976/77:108, bet. SkU40, rskr. 231).

Sedan juli 2008 har medlemsstaterna diskuterat frågor av gemensamt intresse som rör spelsektorn. Flera ordförandeskap efter varandra har efterfrågat ett aktivt deltagande och ingående samråd med Europeiska kommissionen. 2008 föreslog det franska ordförandeskapet⁹⁴ att kommissionen inom rimlig tid skulle undersöka möjligheterna för att lägga fram förslag på hur man skulle kunna gå vidare. Det svenska ordförandeskapet uppmuntrade kommissionen att engagera sig i detta arbete och närmare undersöka frågor om spelansvar,⁹⁵ och det spanska ordförandeskapet inbjöd kommissionen att inleda samråd med berörda parter och med medlemsstaterna om EU-åtgärder inom området.⁹⁶ Senast under det belgiska ordförandeskapet enades alla medlemsstaterna om rådets slutsatser, som välkomnar ett brett samråd lett av Europeiska kommissionen om onlinespel på den inre marknaden, med utrymme för en djupgående diskussion om särskilda frågor som uppkommer i samband med onlinespel. I rådets slutsatser, som antogs den 10 december 2010⁹⁷, togs också samarbetet mellan nationella tillsynsmyndigheterna upp. Dessutom noterade man att informationssystemet för den inre marknaden skulle kunna bli ett användbart verktyg för att underlätta administrativt samarbete.

Europaparlamentet har antagit en resolution den 10 mars 2009 som uppmanar kommissionen att i nära samarbete med nationella regeringar studera ekonomiska och andra effekter av tillhandahållandet av gränsöverskridande speltjänster i förhållande till ett brett urval av frågeställningar.⁹⁸

Kommissionens svar på detta är dess grönbok om onlinespel på den inre marknaden (KOM (2011) 128 slutlig).

Denna utveckling understryker behovet att frånga den hittillsvarande svenska isolationistiska politiken. I likhet med de två utredningar som utrett det svenska systemet på senare tid anser jag att det kan vara behövligt att öppna upp för utländska spelbolag på väl avgränsade marknader. Därmed kan trycket från den idag ”olagliga” spelsektorn minska. Den svenska befolkningen uppfattar knappast de väletablerade europeiska spelaktörerna, som presenterar både reklam och liveodds i utlandsbaserade TV-kanaler, som t.ex. TV3 och Kanal 5, som något otillåtet. Lotteriinspektionens ansträngningar att hålla dessa företag borta från den svenska marknaden blir därför obegripliga för gemene man. Ett sätt att minska trycket på det svenska systemet är att släppa in de aktörer som är beredda att acceptera det svenska regelverket och underkasta sig svensk tillsyn och kontroll. Det skapas då en tydligare grund för att förhindra att de spelföretag som väljer bort denna lagliga möjlighet penetrerar den svenska marknaden. De utländska spelbolagens verksamhet bör beskattas i Sverige och medel

⁹⁴ Ordförandeskapets lägesrapport, presenterad den 1 december 2008 (dok.ref. 16022/08).

⁹⁵ Ordförandeskapets lägesrapport, presenterad den 3 december 2009 (dok.ref. 16571/09).

⁹⁶ Ordförandeskapets lägesrapport, presenterad den 25 maj 2010 (dok.ref. 9495/10).

⁹⁷ Conclusions on the framework for gambling and betting in the EU Member States, antagna vid rådets 3057:e möte (konkurrens) i Bryssel den 10 december 2010. Rådets dokument 16884/10.

⁹⁸ Resolution efter Schaldemoserapporten. Se Europaparlamentets resolution av den 10 mars 2009 om integriteten för hasardspel online (2008/2215(INI)); P6-2009-0097. Bland de frågor som tas upp finns annonsering och marknadsföring (punkt 29), bedrägerier och annan brottslig verksamhet (punkt 30) och integritet, socialt ansvarstagande konsumentskydd och beskattning (punkt 31).

från spelverksamheten kan därmed även med en sådan ordning komma allmännyttiga ändamål till godo.

Även om det kommer att ta tid tror jag att ett sådant blandsystem med exklusiva rättigheter för vissa (farliga) spelformer och öppna koncessionssystem för andra (mindre farliga) spelformer blir den alleuropeiska normen i en framtida europeisk spelmarknad. En sådan utveckling kan antagligen inte äga rum utan hjälp av IP-blockeringar mm, men denna typ av skyddsåtgärder kan förhoppningsvis i så fall begränsas till fall där de allmänt uppfattas som befogade. Om EU-staterna t.ex. enas om begränsningar och villkor för spelreklam, skulle kanske merparten av svenska folket i framtiden bara utsättas för reklam för spel som faktiskt är tillåtna i Sverige.