

DATUM: 2012-06-07
DNR: 33-2011-0039
RIR 2012:15

EU-rätten och den svenska spelregleringen

Bilaga 6 till granskningsrapport RiR 2012:15
Staten på spelmarknaden – når man målen?





Bilaga 6 EU-rätten och den svenska spelregleringen¹

EU-rätten och nationell lagstiftning

Enligt Riksrevisionens rättsanalys har EU-domstolen ställt allt mer långtgående krav på att den politik som förs är sammanhängande och systematisk mot bakgrund av det syfte som ska uppnås. I annat fall kan inte de begränsningar som de nationella regleringarna innebär i den fria rörligheten för speltjänster godtas. EU-domstolen har också försökt säkerställa att de medlemsstater som valt koncessionssystem är öppna för utländska spelföretag som är beredda att underkasta sig kraven i den nationella regleringen. Dessa två utvecklingslinjer i rättspraxis berörs kortfattat av rättsanalysen i det följande.

Den nationella regleringen måste framstå som sammanhängande och systematisk

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, till exempel genom statligt kontrollerade bolag, på ett objektivt sätt måste kunna leda till uppfyllandet av de mål som uttalas i den bakomliggande lagstiftningen. Redan i Gambelli-domen (2003)² ställdes krav på att den nationella politiken måste vara trovärdig om en medlemsstat ska kunna försvara begränsningar i den fria rörligheten.

Rättsanalysen noterar att när EU-domstolen kontrollerar att detta krav är uppfyllt lägger den särskild vikt vid statliga bolags uppträdande på marknaden. Om det förs en politik som går ut på att hålla spelandet under kontroll får inte de statliga bolagen bidra till en okontrollerad ökning av spelandet. EU-domstolen har enligt rättsanalysen påpekat att när ett statligt bolag, som har fått ensamrätt att tillhandahålla speltjänster, utökar sin verksamhet och ökar intäkterna från denna verksamhet kräver detta en särskild uppmärksamhet vid prövningen av huruvida den aktuella lagstiftningen är

¹ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

² Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Mål C-243/01, Piergiorgio Gambelli.fl., REG 2003, s. I-13031.

sammanhängande och systematisk och därmed lämplig för att nå de mål som har accepterats genom domstolens praxis.³ Domstolen har också betonat att finansieringen av allmännyttiga verksamheter, t.ex. idrottsrörelsen eller andra ideella intressen, inte får utgöra det verkliga syftet med den nationella politiken utan endast en positiv sidoeffekt.⁴

EU-domstolen kontrollerar därför om de statliga bolagens marknadsföringspolitik, både med hänsyn till omfattningen av den reklam som görs och de nya spel som införs, kan anses ingå i en genomtänkt strategi för att locka över konsumenterna till kontrollerade och säkrare spelformer.

Domstolen har enligt rättsanalysen betonat att det ska göras åtskillnad på strategier från statliga bolag 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 enligt domstolen göras på en restriktiv marknadsföringspolitik vars enda syfte är att vinna eller bevara en befintlig marknads lojalitet till förmån för det organ som fått monopolställning och en expansionistisk marknadsföringspolitik vars syfte är att skapa tillväxt på den globala spelmarknaden.⁵ Det senare är enligt rättsanalysen inte tillåtet för ett spelföretag som fått ensamrätt på spel i en medlemsstat.

Enligt rättsanalysen är en förutsättning för att kanalisering ska vara motiverad att det finns problem på den nationella spelmarknaden såsom kriminalitet och spelberoende och att dessa problem kan avhjälpas genom att utöka antalet godkända och reglerade verksamheter.⁶

Särskilda krav på nationella licens- och koncessionssystem

Enligt rättsanalysen har många medlemsstater så kallade koncessionssystem för speltjänster, vilket innebär att bara företag som erhållit tillstånd (koncession) får lov att bedriva verksamhet inom landet. Normalt är antalet tillstånd begränsade och tidsbestämda. Det innebär att tillstånden behöver förnyas med jämna mellanrum, vilket gör att nya spelföretag kan släppas in. EU-domstolen anser att i princip alla nationella

³ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Jfr dom av den 15 september 2011 i mål C-347/09, Jochen Dicking och Franz Ömer, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 61.

⁴ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Jfr bl.a. 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., ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 104.

⁵ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Jfr dom av den 15 september 2011 i mål C-347/09, Jochen Dicking och Franz Ömer, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 69.

⁶ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Jfr mål C-258/08, Ladbrokes Betting och Stichting de Nationale Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International, REU 2010, s. I-4757, punkt 29.

koncessionssystem måste vara öppna för alla intressenter och vara transparenta. Detta skapar möjligheter för spelföretag i ett EU-land att söka tillstånd och eventuellt etablera sig i andra EU-länder.

Rättsanalysen menar att den myndighet som beviljar tillstånd ska garantera alla potentiella intressenter en tillräcklig grad av offentlighet så att konkurrens öppnas mellan europeiska spelbolag. Det ska också vara möjligt att kontrollera om tilldelningsförfarandena är opartiska.⁷ För att ett sådant system ska accepteras krävs vidare att tillstånden fördelas enligt objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand, så att ramarna för myndigheternas utrymme för godtycklig bedömning begränsas. Den som är missnöjd med ett beslut måste också kunna klaga på beslutet.⁸

Risker som inte prövats i domstol

Det kan successivt uppkomma förhållanden som gör att domstolen återigen prövar om den svenska spelregleringen ligger i linje med EU-rätten. Riksrevisionen har i sin granskning gjort vissa iakttagelser som kan ha EU-rättslig betydelse för den svenska spelregleringen. Jörgen Hettne har på Riksrevisionens uppdrag bedömt huruvida dessa iakttagelser kan utgöra en risk för att den svenska spelregleringen inte ligger i linje med EU-rätten.

Hur motiveras att kommersiella aktiebolag bedriver vinstdrivande verksamhet på den svenska spelmarknaden medan andra kommersiella aktiebolag inte släpps in?

Travsporten bedriver den sportsliga verksamheten i ideella föreningar. Travsällskapen är organiserade under centralorganisationen Svensk Travsport. Galoppsporten har en liknande uppbyggnad under Svensk Galopp. Den spelmässiga verksamheten bedrivs i ATG som är ett helägt dotterbolag till Svensk Travsport och Svensk Galopp. ATG representerar Svensk Travsport och Svensk Galopp i kontakterna mot omvärlden och bedriver den operativa kommersiella spelverksamheten.⁹

⁷ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Se bl.a. mål C-203/08, Sporting Exchange, REU 2010, s. 1-4695, punkterna 40 och 41 och där angiven rättspraxis.

⁸ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Se bl.a. mål C-203/08, Sporting Exchange, REU 2010, s. 1-4695, punkt 50.

⁹ Minnesanteckningar från möte med ATG, 2011-04-26.

Folkrörelserna bedriver sin verksamhet i idrottsföreningar respektive i ideella föreningar. När det gäller folkrörelsens operativa verksamhet köps denna ofta in av ett kommersiellt servicebolag. Det anses svårt för en ideell förening att driva en kommersiell verksamhet. Föreningen har inte den kompetensen som behövs för att vara affärsmässig och konkurrenskraftig.

PostkodLotteriet (PostkodFöreningen/Novamedia), Bingolotto (Folkspel) och Kombilotteriet (A-lotterierna) har alla en operatörsmodell.¹⁰ Folkrörelsernas lotteritillstånd innehas av de ideella föreningarna. Exempelvis har PostkodFöreningen tillståndet att bedriva Svenska PostkodLotteriet. Föreningens verksamhet består av fem styrelsemedlemmar och en controller men föreningen bedriver ingen egen verksamhet. Föreningen har istället anlitat servicebolaget Novamedia Svenska PostkodLotteriet AB för att bedriva lotteriverksamheten.

Föreningens och servicebolagets verksamhet är nära förbunden. Exempelvis är lotteriföreståndaren i föreningen VDN i servicebolaget Novamedia. Bolaget står för den kommersiella delen i Svenska PostkodLotteriet och representerar föreningen utåt. Det svenska servicebolaget ingår i den privatägda Novamediakoncernen med säte i Holland. Produktkonceptet PostkodLotteriet ägs av servicebolaget Novamedia Svenska PostkodLotteriet AB, som får 4,08 procent av lotteriomsättningen i ersättning för rätten till produktkonceptet.¹¹ PostkodFöreningen innehar rättigheten att använda konceptet.

Folkspel är i grunden en ideell förening men verksamheten opereras ifrån ett helägt servicebolag Folkspel i Sverige AB som ägs av 71 riksorganisationer. Lotteritillstånd återfinns i den ideella föreningen. Vice VD i Folkspels i Sverige AB är lotteriföreståndare i föreningen. Vidare har Folkspel i Sverige AB två helägda dotterbolag i form av Folkspel Service i Sverige AB som hanterar prenumerationskunder samt Folkspel Partner i Sverige AB som hanterar TV-produktion, rättigheter runt detta, partnerintäkter och inköp av vinster. Samverkan mellan ovanstående fyra parter bedrivs som ett ”enkelt bolag”.¹²

A-lotterierna AB är ett helägt dotterbolag till Folkrörelsernas Lotteribyrå ekonomisk förening. A-lotterierna AB är ett servicebolag som sköter driften av lotterierna. Vidare är VD i A-lotterierna AB föreningens lotteriföreståndare. De kostnader som finns i A-lotterierna AB är i huvudsak personalkostnader samt utvecklingskostnader. A-lotterierna AB är delägare i de olika lotterierna, som drivs som enkla bolag.

¹⁰ Minnesanteckningar från möte med Postkodlotteriet, 2011-08-31, minnesanteckningar från möte med A-lotteriet 2011-09-02, minnesanteckningar från möte med Folkspel 2011-10-24.

¹¹ Postkodlotteriets hemsida och minnesanteckningar från möte med Postkodlotteriet 2010-08-31, Postkodlotteriets synpunkter på arbetsmaterial 2012-04-10 Av de intäkter som servicebolaget erhåller för rätten till produktkonceptet åtgår viss del till att täcka kostnader för bland annat ersättning till VD, 20 procent av ersättningen till övrig ledning samt andra kostnader i Sverige.

¹² Folkspels skriftliga svar på frågor 2011-11-07 och minnesanteckningar från möte med Folkspel 2011-10-24.

A-lotterierna AB finansierar sin verksamhet genom att få en andel av överskottet i lotterierna.¹³

Riksrevisionen konstaterar att trav- och galoppsällskapen inte har några tillstånd för att bedriva spel på hästar. Dessa agerar i stället som ombud för ATG. Spelbolaget ATG har istället speltillståndet i Sverige för spel på hästtävlingar i landet och utomlands.¹⁴

Vidare har folkrörelsernas ideella föreningar överlämnat ansvaret för den operativa verksamheten i föreningarna till ett aktiebolag. I både ATG:s bolagsordning och i bolagsordningen för folkrörelsernas operatörsbolag framgår att bolagen i aktiebolagslagens mening ska vara vinstdrivande.

Vidare konstaterar Riksrevisionen att aktiebolagen i flera avseenden agerar med fullmakt å föreningens vägnar.¹⁵ Hettne menar att två separata juridiska personer (till exempel en förening och ett aktiebolag) i konkurrensrätten kan utgöra en ekonomisk enhet. Hela den ekonomiska enheten betraktas då som ett företag enligt EU-rätten. I en sådan prövning undersöker EU-domstolen i vilken utsträckning de olika delarna står under gemensam kontroll eller vilka funktionella, ekonomiska eller organiska förbindelser som finns mellan dem.¹⁶

Riksrevisionen konstaterar att det som skiljer Novamedia och PostkodFöreningen från övriga bolag och föreningar är att i Postkodlotteriets fall har föreningen inget bestämmande inflytande över bolaget eftersom bolaget har en självständig kommersiell ägare medan det i övriga fall är föreningen som äger servicebolaget.¹⁷

Riksrevisionens rättsanalys menar att det som bedöms vid en EU-rättslig granskning är om det svenska systemet i dess helhet kan motiveras. Det innebär att de begränsningar i etableringsfriheten och den fria rörligheten som den svenska politiken leder till måste vara baserade på tvingande hänsyn av allmänintresse (exempelvis folkhälsoskäl), vara icke-diskriminerande och framstå som konsekventa och sammanhängande.¹⁸

¹³ Mail från A-lotterierna 2012-01-11, Minnesanteckningar från möte med A-lotterierna 2011-09-02 och ppt bilder 2011-09-01.

¹⁴ ATGs synpunkter vid faktagranskning 2012-04-04.

¹⁵ Minnesanteckningar från möte med ATG 2011-04-26, MD 2009:15 mot Postkodlotteriet.

¹⁶ Mail från Jörgen Hettne, 2012-04-10, Se t.ex. Mål C-480/09, P AceaElectrabel Produzione SpA mot Europeiska kommissionen, REU 2010, punkterna 47–55 och mål C-222/04, Ministero dell 'Economia e delle Finanze mot Cassa di Risparmio di Firenze SpA m.fl., REG 2006, s. I-289, punkt 112.

¹⁷ Novamedia anger att PostkodFöreningen har inflytande över hur PostkodLotteriet bedrivs då föreningsstyrelsen bland annat fastställer kostnadsbudget och resultatmål för respektive lotteriår. Postkodlotteriets synpunkter på arbetsmaterial, 2012-04-23.

¹⁸ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

Av rättsanalysen framgår att i det fall det finns möjligheter att som underleverantör tjäna pengar inom ramen för den sektor som är öppen för ideella föreningar kan det 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.¹⁹

Rättsanalysen noterar att det kan vara så att svenska ideella föreningar genom sina tillstånd erhållit en *privilegierad 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 dock endast anses *motiverat om dessa skiljer sig från spelföretag i allmänhet*.²⁰

Enligt uppgift till Riksrevisionen²¹ gick år 2010 40 procent av PostkodFöreningens lottintäkter till vinstutbetalning till spelare och 29 procent till välgörande eller allmännyttiga ändamål i form av utdelning till föreningens medlemmar. Återstående cirka 30 procent av föreningens intäkter gick till att täcka dels servicebolagets kostnader för driften av lotteriet (främst lotteriproduktion, försäljning, marknadsföring, TV-produktion, IT-drift samt administration), dels servicebolagets månatliga arvode samt därutöver licensersättning för upplåtande av rättigheten till produktkonceptet. Bolaget betalar också bolagsskatt i Sverige.²²

Rättsanalysen noterar att detta betyder att cirka 30 procent av intäkterna går till andra ändamål än ideella, vilka får betraktas som kommersiella, även om också denna del av verksamheten naturligtvis främjar insamlingen till välgörande ändamål.²³

EU-domstolen har, vad gäller föreningars överskott till välgörande eller allmännyttiga ändamål, framhållit att det förhållandet att intäkter går till oegennyttig verksamhet eller verksamhet av allmänintresse *inte utgör ett objektivt berättigande till inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster* (exempelvis utesluta privata kommersiella intressen). Sådana inskränkningar är som framgått endast *tillåtna om exempelvis finansieringen av sådan social verksamhet utgör en positiv bieffekt och inte det verkliga skälet till den restriktiva politiken på området*.²⁴

¹⁹ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

²⁰ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

²¹ Uppgifter till Riksrevisionen om bruttoomsättning, överskott till allmännyttiga ändamål, vinståterbetalning till spelare etc., 2011-09-27.

²² PostkodLotteriets kostnadsandel är bland de lägsta vid jämförelse med övriga rikslotterier, Postkodlotteriets synpunkter på arbetsmaterial 2012-04-23.

²³ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

²⁴ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

Riksrevisionens rättsanalys framhåller att det faktum att man har reserverat en del av marknaden för ideella föreningar kan endast anses motiverat om dessa skiljer sig från spelföretag i allmänhet. Enligt rättsanalysen framstår det därför som besvärande i ett EU-rättsligt perspektiv att det verkar dölja sig ett vinstdrivande aktiebolag i åtminstone en av de ideella föreningar som erhållit tillstånd på den svenska marknaden.

Hur motiveras att Svenska Spel och de ideella organisationerna konkurrerar på samma marknad?

Idag råder det konkurrens mellan Svenska Spel och de ideella organisationernas spelbolag i fråga om riksomfattande lotterier. En fråga som Riksrevisionen har låtit undersöka är om motivet till kanalisering även gäller vid konkurrens med de ideella organisationerna då dessa, till skillnad från internetaktörerna, har tillstånd att bedriva spelverksamhet på den svenska marknaden.

Riksrevisionens rättsanalys konstaterar att de statligt kontrollerade bolagen (Svenska Spel och ATG) och de ideella organisationerna, till exempel PostkodFöreningen, har genom sina tillstånd getts särskilda rättigheter på den svenska marknaden. Av rättsanalysen framgår att 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*²⁵.

I senare rättspraxis har EU-domstolen varit tydlig med vad kanalisering 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.²⁶ 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.*²⁷

²⁵ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

²⁶ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, De förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04 Placanica m.fl., punkt 55.

²⁷ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Se t.ex. 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., ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 103.

EU-domstolen har framhållit, att det faktum att det i reklamkampanjer betonas att intäkterna går till *oegennyttig verksamhet eller verksamhet av allmänintresse*, kan inte i sig anses utgöra ett objektivet berättigande till inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster. Sådana inskränkningar är endast tillåtna om exempelvis finansieringen av sådan social verksamhet utgör en positiv bieffekt och inte det verkliga skälet till den restriktiva politiken på området.²⁸

Rättsanalysen utgår från att de statligt kontrollerade spelbolagen eller de svenska ideella organisationerna får endast 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 främja detta deltagande. Rättsanalysen utgår från att det behöver göras en skillnad på en *restriktiv marknadsföringspolitik*, vars enda syfte är att vinna eller bevara en befintlig marknads lojalitet till förmån för den aktör som fått monopolställning och en *expansionistisk marknadsföringspolitik*, vars syfte är att skapa en tillväxt av den globala spelmarknaden.²⁹ Rättsanalysen anger att det inte är tillåtet för ett spelföretag som beviljats ensamrätt på spel i en medlemsstat, och inte heller för en ideell organisation med tillstånd, att genom en expansionistisk marknadsföringspolitik skapa tillväxt på spelmarknaden. I ett sådant fall riskerar den nationella politiken att inte uppfattas som sammanhängande och systematisk.³⁰

Riksrevisionen konstaterar att inom Svenska Spels största affärsområde ”Spel och Lotterier” ingår traditionella lotterier. Inom detta område konkurrerar till exempel PostkodLotteriet (PostkodFöreningen/Novamedia), Kombilotteriet (A-lotterierna) och Bingolotto (Folkspel). Enligt uppgift till Riksrevisionen uppgår Svenska Spels marknadsföringskostnader till ansevärd belopp och Svenska Spel kan därmed betraktas som en stor reklamköpare. Rättsanalysen konstaterar att Svenska Spels marknadsföring av sina större produkter inom detta område (Triss, Lotto, Keno) är tämligen intensiv.

Enligt rättsanalysen kan det svenska systemet inte anses som sammanhängande och systematiskt om den så kallade kanaliseringen från otillåtna spelformer till statskontrollerade spelformer (vilket är grunden för marknadsföringsåtgärderna) även innefattar att locka över spelare från de ideella allmännyttiga organisationerna med tillstånd (som redan är en kontrollerad spelform). Problemet blir inte mindre av att större ideella organisationer svarar med att marknadsföra sina produkter på

²⁸ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Se t.ex. 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., ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 104. se också, för ett liknande resonemang, domen i målet C-67/98, Zenatti, punkterna 36 och 37.

²⁹ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Jfr dom av den 15 september 2011 i mål C-347/09, Jochen Dickinger och Franz Ömer, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 69.

³⁰ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

ett aggressivt sätt som får sägas ligga i gränstrakten kring vad som är tillåtet enligt marknadsföringslagen (jfr MD 2009:15 ang. marknadsföring av PostkodLotteriet).³¹

Enligt rättsanalysen riskerar detta att leda till en ohälsosam och ojämlig konkurrens om spelare på den svenska marknaden, vilket knappast kan beskrivas som något annat än en expansionistisk marknadsföringspolitik som skapar tillväxt på spelmarknaden. En sådan konkurrenssituation kan inte sägas främja det svenska systemets syfte, vilket bland annat är att hålla nere spelandet och minska risken för spelberoende.³²

Rättsanalysen menar att i praktiken är det endast marknadsföringslagens allmänna bestämmelser som sätter taket för vad som är tillåtna marknadsföringsåtgärder. Marknadsdomstolens tidigare nämnda dom illustrerar detta. Domstolen accepterade till exempel att PostkodLotteriet lockade med höga vinster i följande konstaterande:³³

”Det torde inte vara ovanligt att marknadsföring av lotterier fokuseras på vinstmöjligheterna för en enskild person, ort, grupp eller liknande. En genomsnittskonsumertor de, 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.”³⁴

Detta står i kontrast till EU-domstolens ovan nämnda 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.”³⁵

³¹ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

³² Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

³³ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

³⁴ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, MD 2009:15 angående marknadsföring av PostkodLotteriet.

³⁵ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, Se de förenade målen C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, Markus Stoß m.fl., ej ännu publicerade i rättsfallssamlingen, punkt 103.

Problemet på den inhemska marknaden är enligt rättsanalysen avsaknaden av tydliga krav på måttfullhet när det gäller marknadsföring av speltjänster. Av rättutredningen framgår att de krav som i dag ställs på marknadsföringen i koncessioner och tillstånd riskerar att inte vara i paritet med de krav som följer av EU-rätten. På alkoholområdet å andra sidan är marknadsföringen strikt reglerad och ska vara måttfull. Sålunda gäller bland annat att marknadsföringsåtgärder på alkoholområdet inte får vara påträngande, uppsökande eller uppmana till bruk av alkohol. Den får inte heller rikta sig till barn och ungdomar som inte har fyllt 25 år.³⁶

Vidare menar rättsanalysen kan Svenska Spels och de ideella organisationernas olika förutsättningar i koncessioner och tillstånd och Svenska Spels särställning göra att konkurrensförhållandet mellan dessa aktörer kan framstå som problematiskt mot bakgrund av både EU:s och Sveriges konkurrensregler.³⁷

I rättsanalysen ingick inte i detta sammanhang att granska och bedöma dessa omständigheter men rättsanalysen framhåller att det finns en risk att Svenska Spel skulle kunna dra nytta av sin monopolställning (ensamrätt för vadhållning på idrottstävlingar i mer än en kommun, nätpoker, spelautomater och kasinospel) på ett otillbörligt sätt så att konkurrensen förvanskas på en angränsande marknad (traditionella lotterier).³⁸

Mot denna bakgrund diskuterar rättsanalysen om konkurrensen mellan Svenska Spel och de ideella organisationerna borde undvikas eller i vart fall inte stimuleras. Att dessa aktörer agerar på samma marknad leder enligt rättsanalysen oundvikligen till en kamp om befolkningens spelintresse samtidigt som deras olika förutsättningar och Svenska Spels särställning gör att konkurrensförhållandet mellan dessa aktörer kan vara tveksam i förhållande till både EU:s och Sveriges konkurrensregler.

³⁶ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, 7 kap. 1 § alkohollagen.

³⁷ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012, jfr Dubois, M., *Missbrukar Svenska Spel sin dominerande ställning?* ERT 2007, s. 622.

³⁸ Jörgen Hettne: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

Lojalitetsprincipen

Alla inskränkningar som en medlemsstat gör i den fria rörligheten är ytterst grundade på lojalitetsprincipen.³⁹ Utöver krav på icke-diskriminering, proportionalitet och att inskränkningen är motiverad av tvingande hänsyn, innebär lojalitetskravet också att medlemsstaten måste framstå som konsekvent i sitt agerande. De inskränkningar som görs i den fria rörligheten måste således stämma överens med statens politik och agerande i övrigt på det aktuella området. Om medlemsstaten genom andra åtgärder främjar motsatt ståndpunkt är inskränkningar och undantag i den fria rörligheten svårare att motivera.⁴⁰

Utöver tillgången till effektiva rättsmedel måste medlemsstaten också respektera EU-rättens företrädesrätt, som innebär att EU-rätt, inklusive domstolens praxis och de grundläggande rättsprinciperna (till exempel lojalitetsprincipen), ska ges företräde framför nationell rätt.⁴¹

Enligt Riksrevisionens second opinion för rättsanalysen innebär detta inom spelområdet att EU-domstolens uttalanden om nationella spelregleringar måste respekteras, och om svenska regler har annan innebörd måste de svenska reglerna anpassas. Även lojalitetsprincipen måste respekteras i medlemsstaterna och bör ses som det verktyg genom vilket EU förmår medlemsstaterna att upprätthålla sina skyldigheter.⁴²

Lojalitetsprincipen innefattar både en positiv och en negativ förpliktelse för medlemsstaterna - positiv genom att medlemsstaterna aktivt måste säkerställa att skyldigheterna i fördraget fullgörs och negativ genom att de måste avstå från alla åtgärder som äventyrar EU:s mål. Lojalitetsprincipen verkar dock enligt Riksrevisionens second opinion inte självständigt, utan måste kombineras med annan EU-rätt. Dess juridiska konsekvenser är därför beroende av den EU-regel med vilken den kombineras. Är EU-reglerna oprecisa (såsom på till exempel spelområdet) blir också lojalitetsprincipen oprecis.⁴³

³⁹ Wiweca Warnling-Nerep & Hedvig Bernitz: Second opinion av Jörgen Hettnes pm *Statens roll på den svenska spelmarknaden i ett EU-perspektiv*, januari 2012, Angående lojalitetsprincipen, se t.ex. Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, uppl. 4, 2010, s. 110 f., och Temple Lang J, *Art 10 EC – The Most Important 'General principle' of Community Law*.

⁴⁰ Wiweca Warnling-Nerep och Hedvig Bernitz: Second opinion av Jörgen Hettnes pm: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.

⁴¹ Wiweca Warnling-Nerep & Hedvig Bernitz: Second opinion av Jörgen Hettnes pm *Statens roll på den svenska spelmarknaden i ett EU-perspektiv*, januari 2012, Se Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, uppl. 4, 2010, s. 80 ff.

⁴² Wiweca Warnling-Nerep & Hedvig Bernitz: Second opinion av Jörgen Hettnes pm *Statens roll på den svenska spelmarknaden i ett EU-perspektiv*, januari 2012, Se Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, uppl. 4, 2010, s. 110 f.

⁴³ Wiweca Warnling-Nerep och Hedvig Bernitz: Second opinion av Jörgen Hettnes pm: *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, januari 2012.