



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Höstterminen 2016

Examensarbete i EU-rätt
30 högskolepoäng

Spelmonopolets vara eller icke vara

Den svenska spelmodellen och det kommande förslaget på ny spelreglering i ljuset av EU-domstolens rättspraxis

Författare: Nils Edlund
Handledare: Katia Cejje



Innehållsförteckning

Förkortningar	5
1 Inledning	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte.....	8
1.3 Metod och material.....	8
1.4 Förtydliganden.....	11
1.5 Disposition.....	11
2 EU-domstolens rättspraxis på spelområdet	12
2.1 Inledning.....	12
2.2 Ett ramverk av principer och riktlinjer	14
2.2.1 Tvingande hänsyn.....	14
2.2.2 Medlemsstaternas utrymme för skönmässiga bedömningar	15
2.2.3 Principen om ömsesidigt erkännande	17
2.2.4 Restriktiva åtgärder, expansiv spelpolitik och hyckleritestet	18
2.2.5 Monopolsystem eller licenssystem?	20
2.2.6 Särskilda regler gällande onlinespel	21
2.2.7 Riktlinjer vid koncessionsförfarandet.....	22
2.2.8 Avslutande kommentarer.....	24
3 Den svenska modellen	25
3.1 Inledning.....	25
3.2 Svensk spellagstiftning och dess aktörer	25
3.3 Det svenska systemet och EU:s rättspraxis	27
3.3.1 Inledning.....	27
3.3.2 Tvingande hänsyn.....	28
3.3.3 Restriktiva åtgärder, expansiv spelpolitik och hyckleritestet	30

3.3.4 Riktlinjer vid koncessionsförfarandet.....	33
3.3.5 Avslutande kommentarer.....	34
3.4 Svenska rättsutredningar och EU:s rättspraxis	35
3.4.1 Inledning.....	35
3.4.2 Tidigare rättsutredningar	35
3.4.2.1 Lotteriutredningen – Spel i en föränderlig värld	35
3.4.2.2 Spelutredningen – En framtida spelreglering	36
3.4.3 Spellicensutredningens kommande förslag på ny spelreglering.....	38
3.4.3.1 Inledning.....	38
3.4.3.2 Egna synpunkter	40
3.4.3.3 Regeringens förslag – Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen....	42
4 Avslutande kommentarer.....	44
Käll- och litteraturförteckning	
Primära källor	47
Svensk rätt (offentligt tryck)	47
Svenska domstolar.....	47
EU-rätt	47
Europeiska unionens domstol.....	48
Sekundära källor.....	49
Litteratur	49
EU-kommissionen	49
Övrigt.....	49

Förkortningar

Dir.	Kommittédirektiv
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget för Europeiska Unionens Funktionssätt
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Spel om pengar är ett rättsområde där spänningsförhållandet juridik – politik är särskilt påtaglig. Det är även ett område där mycket pengar är i omlopp. Spel om pengar omsatte mer än 9 miljarder euro 2011 och förväntas öka till 13 miljarder euro 2015.¹ Samtidigt medför det faktum att alltfler har tillgång till elektroniska kommunikationsmedel, såsom mobiltelefoner och bärbara datorer, att det är enkelt för spelaktörer att tillhandahålla sina speltjänster online (onlinespel) utan någon nämnvärd kontroll av tillsynsmyndigheterna inom EU. Därtill finns det ingenting som hindrar europeiska medborgare att söka sig utanför EU för att spela om pengar på hemsidor tillhörande företag som är helt oreglerade. Detta medför nya tekniska, folkhälsopolitiska och lagstiftningsmässiga utmaningar för regeringar runtom i EU att hantera på spelområdet. Inom EU uppskattas 7 miljoner medborgare delta i spel om pengar. Dessa människor kan vara i riskzonen att hamna i ett spelmissbruk, att bli utsatta för identitetsstöld eller annat bedrägeri. Därtill kan dåligt reglerade spelbolag utnyttjas för olagliga ändamål såsom penningtvätt och uppgjorda matcher.²

Spel om pengar utgör inte ett harmoniserat område inom EU, vilket medför att det är upp till varje medlemsstat att bestämma hur spel regleras på det egna territoriet och vad för slags spel som ska omfattas. Detta har fått till följd att spel om pengar regleras väldigt olika inom EU. Regleringen för spel kan variera från att vara minst sagt liberal i vissa medlemsstater till att det i andra medlemsstater råder spelmonopol eller totalförbud för vissa slags spel. Medlemsstaterna behöver dock alltså ta hänsyn till befintlig EU-lagstiftning och med det de grundläggande friheterna på den inre marknaden.³

Mot bakgrund av att utvecklingen av onlinespel medför nya typer av utmaningar och konsekvenser kan det vara svårt för enskilda medlemsstater att säkerställa ett säkert utbud av spel om pengar för sina medborgare. Detta har medfört att EU-kommissionen och framför allt EU-domstolen har blivit både ombedda av olika medlemsstater och i flera fall tvungna att ingripa på spelområdet med rekommendationer och vägledande domar för hur de grundläggande friheterna på den inre marknaden ska tolkas gällande spelverksamhet.⁴

¹ IP/12/1135.

² EU-kommissionen, Enhancing Cross-Country Cooperation to Tackle Challenges of Online Gambling.

³ IP/12/1135.

⁴ IP/12/1135.

Sverige är som femte största spelmarknad inom EU ett exempel på en medlemsstat som valt att reglera sin spelmarknad genom ett monopolsystem.⁵ I Sverige är det endast ideella föreningar och företag med särskilt undantagstillstånd som får verka på spelmarknaden.⁶ Monopolsystemet till trots florerar dock olagliga alternativ på den svenska spelmarknaden. Detta och det faktum att Sverige sedan 2007 uppmanats av EU-kommissionen att ändra sin lagstiftning på spelområdet för att den strider mot de grundläggande friheterna,⁷ har resulterat i att en särskild utredare (Spellicensutredningen) har fått i uppdrag att lämna förslag till en ny spelreglering som ska vara klar senast den 31 mars 2017.⁸

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att granska det svenska spelmonopolet i ljuset av EU-rätten för att utröna om den svenska spelmodellen är förenlig med EU-rätten. Uppsatsens fokus är att analysera de EU-rättsfall som enligt min mening bidragit till gällande rättspraxis på området. Detta med ändamålet att sammanställa ett ramverk av principer och riktlinjer som därefter kan användas för att besvara uppsatsens syfte, samt diskutera vilka inskränkande åtgärder som kan tillåtas inom EU och var gränsen går innan dessa åtgärder strider mot EU-rätten. Inom ramen för detta kommer slutligen Sveriges nuvarande monopolsystem och Spellicensutredningens kommande förslag på ny spelreglering att diskuteras.

1.3 Metod och material

I uppsatsen används framför allt en EU-rättslig metod som till vissa delar avviker från den rättsdogmatiska metoden. Mot bakgrund av att EU-rätten är uppbyggd av andra rättskällor än svensk rätt är det lämpligt att använda en annan metod än den som traditionellt används för svenska rättskällor. Den EU-rättsliga metod som används i denna uppsats är den metod som förespråkas av Hettne & Eriksson och innebär att EU:s primärrätt, som består av de fördrag som enhälligt godkänts av EU:s medlemsstater med tillhörande protokollbilagor, värderats högst följt av EU:s sekundärrätt. Till sekundärrätten hör de bindande rättsakter, t.ex. direktiv och beslut, som utfärdats av EU:s institutioner med stöd av fördragen i enlighet med art. 288 FEUF.⁹ Genomgående i upp-

⁵ Grönbok om onlinespel på den inre marknaden, Bilaga, SEK (2011) 321 Slutlig s. 8.

⁶ Se Lotterilag (1994:1000).

⁷ IP/13/1101.

⁸ Dir 2015:95 s. 1.

⁹ Hettne & Eriksson s. 40 ff.

satsen används även en rättsdogmatisk metod. Med förståelse för att åsikterna går isär vad gäller innebörden av rättsdogmatik gör jag inget försök till att reda ut vad som är rätt eller fel rörande innebörden.¹⁰ En rättsdogmatisk metod innebär emellertid i denna uppsats att lagtext, förarbeten, praxis och doktrin har använts och tillmätts olika rättskällvärde vid beskrivning av gällande rätt och för den i uppsatsen företagna analysen.

Eftersom syftet med denna uppsats är att granska det svenska spelmonopolet i ljuset av EU-rätten för att utröna om den svenska spelmodellen är förenlig med EU-rätten har jag valt att fokusera dels på svenska förarbeten och de svenska utredningar som företagits på spelområdet, och dels de EU-rättsfall som bidragit till gällande rättspraxis på spelområdet inom EU. Till följd av att EU-domstolen är den yttersta uttolkaren av EU-rätten i enlighet med art. 19 FEU tillmäts EU-domstolens avgöranden stor betydelse vid tolkningen av de fördragsfriheter som är aktuella i denna uppsats.¹¹ Någon sekundärrätt förekommer i princip inte i uppsatsen. Det ska dock uppmärksammas att det finns reglering inom EU:s sekundärrätt i form av direktiv som i olika grad påverkar medlemsstaterna och spelbolagen.¹² Några av de, enligt min mening, mer väsentliga är: direktivet mot penningtvätt,¹³ direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal,¹⁴ direktivet om otillbörliga affärsmetoder,¹⁵ och direktivet om konsumenträttigheter.¹⁶ Det bör emellertid även poängteras att den rättspraxis som utvecklats av EU-domstolen är av större vikt och påverkar medlemsstaterna i högre grad än dessa direktiv, som endast i generell bemärkelse påverkar medlemsstaterna och aktörerna på spelmarknaden. Eventuella uttalanden, riktlinjer och rekommendationer som EU-kommissionen producerat kommer att lämnas utan hänseende. Dessa kan i och för sig vara intressanta att analysera, men bortses ifrån i denna uppsats med hänsyn dels till att dessa dokument per definition saknar bindande verkan för medlemsstaterna, och dels för att det föreligger ett begränsat utrymme i denna uppsats att analysera all dokumentation som varit uppe hos EU-kommissionen för behandling.

De EU-rättsfall som behandlas i kapitel två och som utgör uppsatsens EU-rättsliga ramverk på spelområdet, har valts ut genom en noga gallring av de tjugofem EU-rättsfall

¹⁰ Sandgren s. 648.

¹¹ Hettne & Eriksson s. 49.

¹² För hela listan av sekundär EU-lagstiftning se COM (2012) 596 Final s. 15 ff.

¹³ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/849 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt eller finansiering av terrorism.

¹⁴ Rådets direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentavtal.

¹⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden.

¹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/83/EU om konsumenträttigheter.

som avkunnats på spelområdet. Dessa rättsfall spänner från tidigt 90-tal till nutid.¹⁷ Efter gallringen återstod framför allt tretton rättsfall. Gallringen gick till på så sätt att jag först gick igenom och ställde upp prejudikatet från vart och ett av de tjugofem EU-rättsfallen. De EU-rättsfall som endast repeterade eller hänvisade till den rättspraxis som fastslagits i tidigare EU-rättsfall valdes därefter bort. De som valdes bort tillförde alltså inget nytt till EU-domstolens rättspraxis. Enligt min mening är det från de kvarvarande tretton EU-rättsfall som gällande EU-rättspraxis på spelområdet härstammar. Vidare bör noteras att av de tjugofem EU-rättsfallen har fem rättsfall behandlats av stora avdelningen och bör således tillmätas större vikt. Dessa fem EU-rättsfall tillhör de tretton utvalda EU-rättsfall som behandlas i kapitel två.¹⁸ Samtliga EU-rättsfall har behandlats systematiskt och i kronologisk ordning. Några av de tretton utvalda rättsfallen kommer att ges mer utrymme med hänsyn till att de innehåller mer intressanta ställningstaganden, men alla har grundligt gått igenom och behandlats i uppsatsen.

Det kan förefalla som en självklarhet för läsaren, men denne bör ändå uppmärksammas på att hela det EU-rättsliga ramverket som presenteras nedan i kapitel två utgörs av EU-domstolens rättspraxis. EU-domstolens uttalanden i de olika domarna är delvis beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Det är naturligt att ramverket ges ett mer strukturerat intryck än vad som varit fallet i de enskilda rättsfallen.

Slutligen kan nämnas att i begränsad omfattning används doktrin vid analys av vissa av de EU-rättsfall som är föremål för behandling i denna uppsats. Anledningen till att doktrin ges ett begränsat utrymme i uppsatsen är att det enligt min mening varit mer intressant utifrån ett rättskällehierarkiskt perspektiv att utgå ifrån EU-domstolens rättspraxis, svenska förarbeten samt de svenska utredningar som företagits på spelområdet vid besvarandet av syftet.

¹⁷ Samtliga EU-rättsfall i kronologisk ordning: Schindler (C-275/92), Läära m.fl. (C-124/97), Zenatti (C-67/98), Anomar m.fl. (C-6/01), Gambelli m.fl. (C-243/01), Lindman (C-42/02), Placanica m.fl. (C-338/04, C-359/04 och C-360/04), Liga Portuguesa och Bwin International (Santa Casa) (C-42/07), Sporting Exchange m.fl. (Betfair) (C-203/08), Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International (Ladbrokes) (C-258/08), Sjöberg och Gerdin (C-447/08 och C-448/08), Winner Wetten (C-409/06), Stoß m.fl. (C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07), Carmen Media Group (C-46/08), Engelmann (C-64/08), Zeturf (C-212/08), Dickinger och Ömer (C-347/09), Costa och Cifone (C-72/10 och C-77/10), HIT och HIT LARIX (C-176/11), SIA Garkalns (C-470/11), Stanley International Ltd m.fl. (C-186/11 och C-209/11), Biasci m.fl. (C-660/11 och C-8/12), Pflieger m.fl. (C-390/12), Dansk Automat Brancheforening (T-601/11), och Stanley International Betting Ltd (C-463/13).

¹⁸ Se Placanica m.fl. (C-338/04, C-359/04 och C-360/04), Liga Portuguesa och Bwin International (Santa Casa) (C-42/07), Winner Wetten (C-409/06), Stoß m.fl. (C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07), och Carmen Media Group (C-46/08).

1.4 Förtydliganden

Uttryck som spel om pengar, hasardspel och onlinespel kommer att användas synonymt i denna uppsats. Gemensamt för dessa uttryck är att de avser spel om pengar som huvudsakligen avgörs av slumpen. Anledningen till att det svenska lotteribegreppet inte används istället för dessa uttryck är att det inte finns en enhetlig definition av spel om pengar som avgörs av slumpen inom EU. Det vore därför missvisande att referera till lotteribegreppet när det är rättspraxis från EU-domstolen och således andra medlemsstater inom EU som analyseras.

Uttryck som EU:s fördragsfriheter och EU:s grundläggande friheter kommer också att användas synonymt. Detsamma gäller uttryck som den svenska modellen, det svenska systemet och den svenska spellagstiftningen. När uttrycket inskränkande åtgärder används i uppsatsen menas bl.a. reglering som en medlemsstat implementerat och som på olika sätt begränsar antalet aktörer på den inhemska spelmarknaden.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds i kapitel två med en kortare genomgång av hur spel regleras på EU-nivå. I inledningen ges även en viktig introduktion till de EU-rättsfall som varit föremål för behandling i denna uppsats. Här nämns t.ex. vad som gäller för samtliga EU-rättsfall på spelområdet, vilka delar som inte inkluderats av rättsfallen och vilka delar av rättsfallen som varit av särskild betydelse. För att öka förståelsen för läsaren har jag valt att direkt tematisera de tretton utvalda EU-rättsfallen till ett ramverk av principer och riktlinjer istället för att systematiskt och kronologiskt ordning spalta upp rättsfallen och först därefter sammanställa avsnittet till ett ramverk som gäller för EU:s medlemsstater. I kapitel tre kommer ramverket som arbetats fram under det föregående kapitlet att diskuteras i förhållande till gällande spelreglering i Sverige och Spellicensutredningens kommande förslag på ny spelreglering. Det var inte ett självklart val att först etablera ramverket innan den svenska spelmodellen granskades, men enligt min mening har detta bidragit till en bättre stringens och tydlighet. Jag är även av uppfattningen att det blir enklare för läsaren att granska den svenska spelmodellen om verktyget (ramverket) för att genomföra granskningen återges innan det som gäller för studieobjektet Sverige redovisas. Uppsatsen avrundas i kapitel fyra med avslutande kommentarer.

2 EU-domstolens rättspraxis på spelområdet

2.1 Inledning

I uppsatsens bakgrund nämndes att det saknas en harmoniserad reglering på EU-nivå för spel om pengar. Det är således upp till respektive medlemsstat att reglera spel på det egna territoriet, vilket har lett till att det förekommer olika definitioner av spel inom EU och att det är svårt för t.ex. spelbolag att överblicka i vilka medlemsstater deras speltjänster är välkomna. Medlemsstater måste dock alltså beakta grundläggande EU-rätt. I synnerhet är det en drös av EU-domstols praxis från tidigt 90-tal till nutid där medlemsstaternas nationella spelreglering strider mot friheten att etablera sig, och tillhandahålla tjänster eller varor inom spelområdet som medlemsstaterna behöver ta i beaktande vid utformningen av sin spelreglering. En klar majoritet av rättspraxisen från EU-domstolen har tillkommit genom att medlemsstaterna valt att inhämta ett förhandsavgörande från respektive domstol i nationella mål. Detta förfarande regleras i art. 267 FEUF.¹⁹

Mot bakgrund av att syftet med denna uppsats är att granska det svenska spelmonopolet i ljuset av EU-rätten kommer endast utvalda delar av EU-domstolens argumentation i de olika rättsfallen att lyftas fram och diskuteras. Det ska även noteras att en övervägande majoritet av rättsfallen behandlar mer eller mindre samma rättsfrågor och är därför mycket repetitiva. Av detta skäl är det naturligt att vissa rättsfall valts bort och att endast vissa delar i de utvalda rättsfallen behandlas eftersom det är dessa som tillför något nytt eller annorlunda i förhållande till tidigare rättspraxis. Med detta sagt bör läsaren vara medveten om att EU-domstolen i samtliga rättsfall konstaterar att den spelverksamhet som är fråga om i det enskilda rättsfallet utgör en ekonomisk verksamhet och således omfattas av fördragen, samt att de inskränkande åtgärder som medlemsstaterna infört medför ett hinder mot någon av fördragsfriheterna. Därtill konstaterar EU-domstolen i samtliga fall att den nationella lagstiftningen inte medför någon diskriminering på grund av nationalitet. Omständigheterna i rättsfallen skiljer sig åt när det är olika medlemsstaters nationella spelreglering som är föremål för behandling, men även omständigheterna är i många fall snarlika. Det faktum att omständigheterna kan skilja sig åt är dock av begränsad betydelse eftersom det viktiga är att ett hinder föreligger, vilket förtydligas i nästa stycken. Därtill har EU-domstolen redan i sitt andra mål på spelområdet

¹⁹ EU-kommissionen, En övergripande europeisk ram för onlinespel, Bilaga, COM (2012) 596 Final s. 21.

konstaterat att domstolens uttalanden gäller för alla jämförbara spel om pengar och oberoende av en medlemsstats skyddssystem.²⁰

Vad som framför allt skiljer sig åt i de olika rättsfallen är huruvida det konstaterade hindret kan rättfärdigas och för att bedöma detta använder sig EU-domstolen av det s.k. Gebhard-testet, vilket består av fyra steg. Metoden som har sitt ursprung i målet *Gebhard* innebär att EU-domstolen först undersöker om den införda restriktionen tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.²¹ Det vill säga att restriktionen tillämpas lika för alla personer inom landet såväl i teorin som i praktiken. Därefter undersöker domstolen om inskränkningen är motiverad av hänsyn till ett trängande allmänintresse. Detta trängande allmänintresse, även benämnt tvingande hänsyn, får inte vara oförenligt med EU-rättens grundläggande intressen och mål. Det tredje steget är att EU-domstolen gör en bedömning av om åtgärden är lämplig för att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas med den aktuella inskränkningen. Slutligen undersöks om denna inskränkning står i proportion till vad som är nödvändigt för att uppnå den eftersträvade målsättningen. Finns det en mindre inskränkande åtgärd ska denna väljas. EU-domstolen överlämnar oftast proportionalitetsbedömningen till de nationella domstolarna. Förklaringen till detta är att EU-domstolen anser att den nationella domstolen är bättre lämpad att undersöka de faktiska och rättsliga omständigheterna som föreligger i det enskilda fallet, vilket en proportionalitetsbedömning kräver. Även om detta sannolikt underlättar nationella särlösningar och möjliggör skilda spelregleringar i olika medlemsstater är det till viss del problematiskt då det leder till att samma inskränkning kan bedömas annorlunda i olika medlemsstater.

Rättfärdigandeprövningen görs nästan alltid i slutet av domskälen och det är därför i synnerhet dessa delar av rättsfallen som lyfts fram då det är dessa som är intressanta för att besvara uppsatsens syfte. Syftet med följande avsnitt är att med hjälp av EU-domstolens rättspraxis sammanställa ett ramverk av principer och riktlinjer som medlemsstater inom EU behöver beakta vid utformningen av sin nationella spelreglering för att inte riskera att strida mot gällande EU-rättspraxis.

²⁰ Läära m.fl., C-124/97, p. 13–15 och p. 34–36.

²¹ Gebhard, C-55/94.

2.2 Ett ramverk av principer och riktlinjer

2.2.1 Tvingande hänsyn

EU-domstolen har i rättspraxis återkommit till en del tvingande hänsyn som den gång på gång godtagit som legitima skäl till införandet av inskränkande åtgärder på spelområdet. Grunden för mycket av den senare rättspraxisen på spelområdet lades i det första målet *Schindler* som avkunnades den 24 mars 1994. Målet vid den nationella domstolen i Storbritannien handlade om försändelser som skickats av Gerhart Schindler och Jörg Schindler till brittiska medborgare. Försändelserna innehöll reklam och beställningsblanketter avseende ett lotteri som lagligen anordnades i Förbundsrepubliken Tyskland. Denna marknadsföring bedömdes strida mot spelregleringen i Storbritannien som inte tillät lotteriverksamhet med personligt eller kommersiellt vinstsyfte.²² Knäckfrågan i *Schindler* och i rättsfallen därefter var om det konstaterade hindret kunde rättfärdigas.

EU-domstolen uttalade i *Schindler* att en begränsning av de grundläggande friheterna kan godtas med hänsyn till de undantag som uttryckligen föreskrivits i fördraget,²³ eller om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset i enlighet med EU-domstolens praxis.²⁴ De tvingande hänsyn som godtagits i rättspraxis är: skydd av konsumenter och att dessa lockas till överdrivna spelutgifter, förhindring av bedrägeri och brott samt förhindrande av att ordningen i samhället störs.²⁵ EU-domstolen har i *Zenatti* understrukt att när de nationella bestämmelserna inte bara syftar till att förhindra brott och bedrägeri eller vara till skydd för mottagarna av tjänsterna, utan även syftar till att styra genererade intäkter till välgörenhet eller allmännyttiga ändamål så ska det senare syftet endast utgöra en positiv sidoeffekt och inte vara det verkliga motivet bakom den restriktiva politik som förs. Domstolen betonade detta redan i *Schindler* punkt 60 när den framhöll att även om det inte är utan betydelse att lotterier och andra spel om pengar på ett avgörande sätt kan bidra till finansieringen av ideella eller allmännyttiga verksamheter, kan ett sådant skäl inte i sig utgöra ett objektiva berättigande för inskränkningen av de grundläggande friheterna. Det är den nationella domstolen som har i uppgift att kontrollera hur den nationella lagstiftningen konkret tillämpas och om lagstiftningen verkligen tjänar sådana syften som gör att den skall anses befogad och om inskränkningarna står i proportion till dessa syften.²⁶

²² *Schindler*, C-275/92, p. 2–5.

²³ Se t.ex. FEUF artiklarna 36, 45.3, 51, 52, 62.

²⁴ *Schindler*, C-275/92, p. 54.

²⁵ Se bl.a. *Schindler*, C-275/92, p. 57, *Läärä m.fl.*, C-124/97, p. 31–33 och *Zenatti*, C-67/98, p. 2–5.

²⁶ *Zenatti*, C-67/98, p. 36–37.

2.2.2 Medlemsstaternas utrymme för skönsmässiga bedömningar

Redan i *Schindler* konstaterade EU-domstolen att på grund av lotteriers mycket speciella beskaffenhet är det rimligt att berättiga inskränkningar som sträcker sig så långt som förbud mot lotterier på en medlemsstats territorium. Domstolen menade att man för det första inte kan bortse från de moraliska, religiösa eller kulturella särdrag som finns i samtliga medlemsstater avseende lotterier och andra typer av spel om pengar. För det andra medför de betydande belopp som kan inkasseras och de vinster spelarna kan erhålla, framför allt vad gäller spel om pengar som anordnas i stor skala, att det föreligger en hög risk för brott och bedrägeri inom spelområdet. Till följd av detta måste medlemsstaterna ges ett visst utrymme för skönsmässiga bedömningar vad gäller att fastställa vilken reglering som bäst tillfredsställer skyddet av de tvingande hänsyn som nämndes i föregående avsnitt.²⁷ Därtill uttalade EU-domstolen att så länge de inskränkningar en medlemsstat gör på det egna territoriet inte är diskriminerande, står det medlemsstaten fritt att t.ex. bestämma om och hur lotterier och annan spelverksamhet får anordnas, insatsernas storlek och hur intäkterna som genereras ska användas. Om detta medför att det är nödvändigt att lotteriverksamhet och annan spelverksamhet begränsas eller helt förbjuds är det inom respektive medlemsstats skönsmässiga bedömningsutrymme.²⁸

Fem år efter *Schindler* avkunnades en ny dom på spelområdet i *Lääriä m.fl.* Målet rörde tillåtligheten av att bedriva penningautomatverksamhet i Finland. I Finland rådde monopol på spel då det var endast tillåtet att bedriva spelverksamhet efter tillstånd av staten och då endast i syfte att skaffa medel för välgörenhet eller annat ideellt ändamål föreskrivet i lag.²⁹ EU-domstolen började inledningsvis med att referera tillbaka till den praxis som lades i *Schindler* punkterna 60 och 61, där domstolen konstaterade att lotterier och andra typer av spel är av sådan speciell beskaffenhet att medlemsstaterna ska ges ett betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar. Domstolen betonade att de uttalanden som gjordes i *Schindler* avseende lotteriverksamhet gäller för alla jämförbara typer av spel om pengar.³⁰

Domstolen uppmärksammade vidare att den finska lagstiftningen skiljer sig gentemot lagstiftningen i *Schindler* på så sätt att de nationella bestämmelserna i föreliggande fall inte medför ett förbud mot att bedriva viss verksamhet. Den finska lagstiftningen förbjöd

²⁷ *Schindler*, C-275/92, p. 59–60.

²⁸ *Schindler*, C-275/92, p. 61.

²⁹ *Lääriä m.fl.*, C-124/97, p. 3.

³⁰ *Lääriä m.fl.*, C-124/97, p. 13–15.

inte användningen av penningautomater, utan förbehöll en offentlighetsrättslig förening ensamrätten att bedriva spelverksamhet med dessa. Domstolen betonade dock att denna skillnad inte spelar någon roll i enlighet med vad domstolen fastslog i *Schindler* punkt 61, eftersom det ligger inom de nationella myndigheternas skönsmässiga bedömningsutrymme. De riktlinjer och principer som etableras av EU-domstolen på spelområdet gäller således för alla medlemsstater oberoende av vilket skyddssystem en medlemsstat valt. Till dess att spel om pengar är harmoniserat på EU-nivå är det enligt EU-domstolen upp till varje medlemsstat att bestämma om det i förhållande till de eftersträvar syftena krävs att viss spelverksamhet helt eller delvis förbjuds eller begränsas med mer eller mindre strikta kontrollåtgärder. Det faktum att två medlemsstater har skilda skyddssystem påverkar inte bedömningen av om de nationella bestämmelser som antagits på området i respektive medlemsstat är nödvändiga och proportionerliga. De nationella bestämmelserna ska endast bedömas med hänsyn till de syften som den enskilda medlemsstaten eftersträvar och den skyddsnivå som den avser att säkerställa.³¹

I *Schindler* använde EU-domstolen uttrycket ”visst utrymme”, vilket i senare rättspraxis som bl.a. *Läärä m.fl.* och *Placanica m.fl.*, har utvidgats till ”betydande utrymme” och ”stort utrymme”.³² På spelområdet finns det således ett stort utrymme för medlemsstaterna att i enlighet med sin egen värdeskala fastställa vad som krävs för att säkerställa berörda tvingande hänsyn. Denna frikostighet kan enligt min mening ifrågasättas mot bakgrund av att EU-domstolens inställning avseende alkohol är betydligt mer strikt och det trots att alkoholens negativa påverkan kan anses vara mer skadlig för samhället än spel om pengar. I *Rosengren m.fl.*, som gällde det svenska alkoholmonopolet, framhöll EU-domstolen att en nationell reglering eller praxis som kan ha eller har en restriktiv inverkan på importen endast är förenlig med fördragen om den är nödvändig för att effektivt kunna skydda människors hälsa och liv. En nationell reglering eller praxis kan inte rättfärdigas om det finns andra implementeringsåtgärder som ger ett lika effektivt skydd och som är mindre ingripande på handeln inom EU.³³ EU-domstolen har förvisso gällande spel om pengar fastställt att inskränkningar som motiveras av tvingande hänsyn ska syfta till att verkligen begränsa spelmöjligheterna och verksamheten på detta område på ett sammanhängande och systematiskt sätt.³⁴ Detta begränsar det ovannämnda

³¹ *Läärä m.fl.*, C-124/97, p. 34–36.

³² *Läärä m.fl.*, C-124/97, p. 13–15 och *Placanica m.fl.*, C-338/04, C-359/04 och C-360/04, p. 46–49.

³³ *Rosengren m.fl.*, C-170/04 p. 43.

³⁴ *Gambelli m.fl.*, C-243/01, p. 67–69.

utrymmet som medlemsstaterna har fått för skönsrättsliga bedömningar, men det motsvarar knappast den mer strikta inställning EU-domstolen har avseende inskränkningar rörande alkohol.

Huvudregeln är att en helhetsbedömning ska göras i det fall det finns mer än ett syfte med en medlemsstats restriktiva lagstiftning.³⁵ Endast i *Placanica m.fl.* frångick domstolen detta och bedömde syftena med den nationella lagstiftningen åtskilt.³⁶ Utöver detta ska en inskränkning alltid uppfylla det s.k. Gebhard-testet. Enligt testet, som även beskrevs i inledningen till detta kapitel, ska en inskränkning inte vara diskriminerande, vara motiverad av tvingande hänsyn, vara lämplig i förhållande till den målsättning som eftersträvas, samt vara nödvändig och proportionerlig. Slutligen har EU-domstolen uttalat att en medlemsstat inte behöver företa en utredning som visar på att de inskränkande åtgärder som en medlemsstat valt att införa är proportionerliga i förhållande till målet med åtgärderna, innan de implementeras.³⁷ Det ska emellertid nämnas att EU-domstolen i *Winner Wetten* konstaterat att EU-rättens företrädare kräver att en inskränkning på spelområdet som strider mot EU:s grundläggande friheter omedelbart åtgärdas. Inskränkande nationell spellagstiftning får således inte ens tillämpas under en övergångsperiod.³⁸

2.2.3 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande är grundläggande inom EU-rätten och utgör en hörnstensprincip vad gäller marknadsintegration.³⁹ Principen gäller dock inte spel om pengar, vilket kommer att bli tydligt i det följande. Det framgår av föregående avsnitt att EU-domstolen redan i *Schindler* och *Läärä m.fl.* ansett att så länge spel om pengar inte är harmoniserat på EU-nivå är det upp till varje medlemsstat att bestämma om det i förhållande till de eftersträlvade syftena krävs att viss spelverksamhet helt eller delvis förbjuds eller begränsas med mer eller mindre strikta kontrollåtgärder.⁴⁰ EU-domstolens uttalanden i *Schindler* och *Läärä m.fl.* utesluter inte nödvändigtvis att principen om ömsesidigt erkännande även gäller spel om pengar, men domstolen har tydliggjort detta i senare rättspraxis. EU-domstolen har vidare uttalat att det inte spelar någon roll om en spelaktör är lagligen etablerad och föremål för krav och kontroller av de behöriga myndig-

³⁵ Se bl.a. *Schindler*, C-275/92 p. 58 och *Läärä m.fl.*, C-124/97, p. 31–33.

³⁶ *Placanica m.fl.*, C-338/04, C-359/04 och C-360/04, p. 52, se även *Ladbrokes*, C-258/08, p. 26.

³⁷ *Stoß m.fl.*, C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, p. 70–72. Målet avgjordes i stora avdelningen.

³⁸ *Winner Wetten*, C-409/06, p. 69. Målet avgjordes i stora avdelningen.

³⁹ SOU 2008:124 s. 99.

⁴⁰ Se bl.a. *Schindler*, C-275/92, p. 61 och *Läärä m.fl.*, C-124/97, p. 34–36.

heterna i en medlemsstat. En annan medlemsstat har i vilket fall rätt att kräva att varje aktör som önskar erbjuda hasardspel till konsumenter inom landets gränser innehar ett tillstånd som har meddelats av medlemsstatens behöriga myndigheter. Detta mot bakgrund av de svårigheter som myndigheterna i en annan medlemsstat kan ha att bedöma spelaktörens yrkesmässiga förtjänster och redbarhet.⁴¹

2.2.4 Restriktiva åtgärder, expansiv spelpolitik och hyckleritestet

EU-domstolen har i sin rättspraxis ställt upp ett generellt krav på att medlemsstaterna är konsekventa i teori och i praktik, såsom genom att valt skyddssystem representerar en motsvarande skyddsnivå. Det var först i det italienska målet *Gambelli m.fl.* som EU-domstolen utvecklade detta krav eller s.k. ”hyckleritest”. Det intressanta i målet *Gambelli m.fl.* var domstolens svar på den andra tolkningsfrågan. Den nationella domstolen i Italien ville få klarhet i betydelsen av en uppenbar brist på överensstämmelse mellan å ena sidan nationella bestämmelser som kraftigt begränsar utländska kapitalassociationers vadhållningsverksamhet i medlemsstaten och å andra sidan en politik som innebär en kraftig ökning av spel och vadhållning i syfte att få ökade skatteintäkter.⁴²

Det var många regeringar som ville framföra sina synpunkter till EU-domstolen i *Gambelli m.fl.* Som ett exempel framförde den svenska regeringen att den inte ansåg att det stred mot EU-rätten att införa begränsningar av de grundläggande friheterna som ämnar tjäna fiskala syften, så länge begränsningarna är proportionerliga och gäller utan åtskillnad. Sverige ansåg att detta låg inom medlemsstaternas skönmässiga bedömningsutrymme såsom det kommit till uttryck i domstolens rättspraxis.⁴³ EU-domstolen var av en annan uppfattning och konstaterade inledningsvis att det framgår av fast rättspraxis att minskning av skatteintäkter inte ingår bland de undantag som uttryckligen föreskrivits i fördraget och inte heller utgör det en sådan tvingande hänsyn av allmänintresse som kan åberopas för att berättiga en inskränkning av de grundläggande friheterna. Domstolen konstaterade att den fastslagit i *Zenatti* punkt 36, att en inskränkning under alla omständigheter ska tjäna syftet att verkligen minska spelmöjligheterna och att finansieringen av sociala aktiviteter, såsom välgörenhet, endast får utgöra en positiv sidoeffekt och inte vara det verkliga motivet bakom den restriktiva politik som förs.⁴⁴

⁴¹ Se bl.a. *Santa Casa*, C-42/07, p. 68–69 och *Stoß m.fl.*, C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, p. 109–113.

⁴² *Gambelli m.fl.*, C-243/01, p. 22.

⁴³ *Gambelli m.fl.*, C-243/01, p. 40.

⁴⁴ *Gambelli m.fl.*, C-243/01, p. 61–66.

Därefter utvecklade EU-domstolen det s.k. hyckleritestet i punkterna 67 till 69. Domstolen framhöll att restriktioner på spelområdet som förvisso kan vara berättigade på grund av tvingande hänsyn av allmänintresse måste vara ägnade att säkerställa förverkligandet av dessa målsättningar på så sätt att dessa inskränkningar verkligen bidrar till att begränsa spelverksamhet på ett sammanhängande och systematiskt sätt. I föreliggande fall hade den nationella domstolen hänvisat till bl.a. förarbeten till de nationella bestämmelserna och visat att den italienska staten bedrev en politik som innebar en kraftig ökning av spel och vadhållning i syfte att erhålla intäkter till statskassan. Domstolen uttalade till följd av detta att i den mån myndigheterna i en medlemsstat lockar och uppmuntrar konsumenterna till att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning i syfte att stärka statskassan, kan myndigheterna i denna medlemsstat inte åberopa att hänsyn till den allmänna samhällsordningen berättigar de gjorda inskränkningarna.⁴⁵

Tre år efter *Gambelli m.fl.* kom nästa domstolsavgörande rörande den italienska spelagstiftningen. I *Placanica m.fl.* bekräftar EU-domstolen att det krav på konsekvens eller det s.k. hyckleritest som utvecklades i *Gambelli m.fl.* är generellt tillämplig vid bedömningen av en medlemsstats nationella spellagstiftning och dess förenlighet med EUrätten.⁴⁶ Det gäller således även för det fall att legala spelaktörer tillåts föra en expansionistisk marknadsföringspolitik på den inhemska spelmarknaden. EU-domstolen konstaterade i *Placanica m.fl.* att det kan vara helt i sin ordning att implementera en genomtänkt expansionspolitik i syfte att styra över spelare från förbjuden och dold spelverksamhet till tillåten och reglerad sådan. För att nå detta mål behöver de lagliga aktörerna utgöra ett trovärdigt men ändå attraktivt alternativ till förbjuden verksamhet. Användningen av ny distributionsteknik, en utbredning av spelsortimentet och reklam för verksamheten i viss omfattning kan i sammanhanget vara helt försvarligt.⁴⁷ Den praxis som lades av EU-domstolen i *Placanica m.fl.* har bekräftats och utvecklats av domstolen i senare rättspraxis.⁴⁸

I det omfattande målet *Stoß m.fl.* uttalade EU-domstolen att i det fall det är innehavaren av ett statligt monopol som vill genomföra en expansionspolitik gäller skärpta regler. För det första menade domstolen att vid eventuell marknadsföring av verksamhet och spelutbud ska denna vara måttfull och inte gå utöver vad som är absolut nödvändigt för att

⁴⁵ *Gambelli m.fl.*, C-243/01, p. 67–69.

⁴⁶ *Placanica m.fl.*, C-338/04, C-359/04 och C-360/04, p. 53–54. Målet avgjordes i stora avdelningen.

⁴⁷ *Placanica m.fl.*, C-338/04, C-359/04 och C-360/04, p. 55.

⁴⁸ Se bl.a. *Stoß m.fl.*, C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, p. 101–103.

styra konsumenterna till tillåtna spel. För det andra får marknadsföringen inte uppmuntra konsumenternas naturliga benägenhet att roas av spel genom att locka dem till ett aktivt deltagande, såsom genom att trivialisera spelet eller ge det en positiv framtoning genom att hänvisa till att intäkterna går till allmännyttig verksamhet eller genom att förstärka spelens dragningskraft med tilltalande reklambudskap där stora spelvinster utlovas.⁴⁹ Det bör även uppmärksammas att EU-domstolen utvecklat sin ståndpunkt i *Stoß m.fl.* i det senare målet *Dickinger och Ömer*. I detta rättsfall poängterade domstolen att det ska göras en åtskillnad på strategier från monopolinnehavaren vars enda syfte är att informera potentiella kunder om en produkts existens och att säkerställa en regelbunden tillgång till hasardspel och sådana strategier som både lockar till ett aktivt deltagande i sådana spel samt främjar detta deltagande.⁵⁰

Slutligen har EU-domstolen betonat i *Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International (Ladbrokes)* att det ankommer på de nationella domstolarna att, mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet, pröva om den nationella lagstiftningen kan anses falla inom ramarna för en expansiv spelpolitik, vars syfte är att kanalisera spelbehovet till lagliga alternativ. Visar det sig att en medlemsstat för en starkt expansiv spelpolitik som på ett överdrivet sätt uppmuntrar och uppmanar konsumenterna att delta i spel med det huvudsakliga syftet att stärka statskassan eller att finansiera sociala verksamheter kommer en sådan politik inte att uppfylla kravet på att vara sammanhängande och systematiskt.⁵¹ Med andra ord kommer inte medlemsstaten klara hyckleritestet. EU-domstolen understryker även i *Ladbrokes* att syftet att skydda konsumenterna mot spelberoende i princip är oförenligt med en expansiv spelpolitik och en sådan politik kan därför endast vara sammanhängande om de olagliga verksamheterna har en avsevärd omfattning.⁵²

2.2.5 Monopolsystem eller licenssystem?

Det följer av avsnitt 2.2.2 att det står medlemsstaterna fritt att välja vilken nivå skyddet för konsumenter och för ordningen i samhället ska ligga och därmed vilket skyddssystem som är att föredra med hänsyn till den eftersträlvade skyddsnivån. Vilken variant en medlemsstat än väljer ska den uppfylla krav på nödvändighet och proportionalitet. I EU-

⁴⁹ *Stoß m.fl.*, C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, p. 101–103.

⁵⁰ *Dickinger och Ömer*, C-347/09, p. 69.

⁵¹ *Ladbrokes*, C-258/08, p. 26–28 och 30.

⁵² *Ladbrokes*, C-258/08, p. 26–28 och 30.

domstolens rättspraxis görs det dock viss åtskillnad mellan om en medlemsstat valt ett skyddssystem där spelverksamhet helt eller delvis förbjuds eller om den valt ett skyddssystem där spelverksamhet endast begränsas med mer eller mindre strikta kontrollåtgärder. Som ett exempel nämndes i föregående avsnitt att det kan vara svårare för en medlemsstat att uppfylla hyckleritestet om den valt ett monopolsystem.

Vidare har EU-domstolen i *Stoß m.fl.* uttalat att om en så ingripande åtgärd som ett monopol väljs ska det åtföljas av ett regelverk som säkerställer att monopolinnehavaren på ett sammanhängande och systematiskt sätt verkligen kan sträva mot det sålunda fastställda målet genom ett utbud som är kvantitativt begränsat och kvalitativt utformat i förhållande till nämnda mål och som strikt kontrolleras av behöriga myndigheter. Detta eftersom ett monopolsystem endast kan vara motiverat om det införs för att säkerställa ett särskilt starkt konsumentskydd.⁵³ EU-domstolen har även konstaterat att en medlemsstat kan sätta olika skyddsnivåer beroende på vilket slags spel om pengar det är fråga om och således tillämpa ett monopolsystem för vissa speltyper och ett mer öppet system för andra. Detta eftersom det är klarlagt 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 spelen presenteras, hur ofta ett spel kan spelas, och hur spelarna reagerar på spelen.⁵⁴ Avslutningsvis har EU-domstolen uttalat i *Placanica m.fl.* att det följer av domstolens rättspraxis att när ett monopolsystem har inrättats i en medlemsstat och detta system är oförenligt med EU:s fördragsfriheter kan en aktör inte påföras en straffrättslig påföljd för att denne gjort sig skyldig till en överträdelse av detta system.⁵⁵

2.2.6 Särskilda regler gällande onlinespel

EU-domstolen har i sin senare rättspraxis uttalat att det råder särskilda förhållanden gällande onlinespel och att andra villkor därför kan rättfärdigas. *Liga Portuguesa och Bwin International (Santa Casa)* är ett särskilt intressant rättsfall då det är det första målet hos EU-domstolen där onlinespel behandlas och kommenteras särskilt. EU-domstolen uttalade i *Santa Casa*, vilket även har betonats i senare avgöranden, att avsaknaden av direktkontakt mellan konsumenten och operatören gör att Internetbaserade hasardspel medför andra typer av och större risker, i förhållande till traditionella distributionskanaler,

⁵³ Stoß m.fl., C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, p. 80–83.

⁵⁴ Stoß m.fl., C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, p. 94–95.

⁵⁵ Placanica m.fl., C-338/04, C-359/04 och C-360/04, p. 69.

i form av bedrägerier gentemot konsumenterna.⁵⁶ Detta uttalande kan ifrågasättas eftersom det inte finns någon empirisk data som visar att onlinespel innebär andra typer av och större risker jämfört med vad som är fallet på de traditionella marknaderna eller att det föreligger en högre risk för bedrägerier gällande onlinespel.⁵⁷

I de två senare rättsfallen *Carmen Media Group* och *Zeturf* byggde EU-domstolen vidare på den praxis om onlinespel den lagt i *Santa Casa*. Domstolen uttalade i *Carmen Media Group* att onlinespel kan medföra andra och större risker vad gäller konsumentskyddet särskilt för unga och för personer med ett kraftigt spelbegär. Onlinespel kännetecknas nämligen av att det är lättillgängligt, ständigt pågående och att det finns ett stort utbud av tjänster på den internationella marknaden, samt sker i en miljö där spelaren är isolerad, anonym och fri från social kontroll. Dessa faktorer tenderar att främja utvecklingen av spelberoende och överdrivna utgifter för spel vilket ökar de därmed förbundna negativa sociala och moraliska konsekvenserna, vilket har betonats i fast rättspraxis.⁵⁸

I rättsfallet *Zeturf* byggde EU-domstolen vidare på sina uttalanden som den gjort i *Carmen Media Group*. Domstolen framhöll att Internet endast utgör en distributionskanal och att huvudregeln är att distributionskanalerna för en viss typ av spel om pengar ska beaktas tillsammans. Enligt domstolen är det nämligen graden av utbytbarhet, ur konsumenternas synvinkel, mellan olika distributionskanaler som är mest väsentligt när det kommer till att bedöma om en inskränkning av fördragsfriheterna uppfyller ett i rättspraxis legitimt mål. Framkommer det t.ex. att konsumenterna anser att ett vad på hästar som ingås via Internet är likvärdigt med ett vad på hästar som ingås via traditionella distributionskanaler, talar detta för att det ska göras en helhetsbedömning och inte en separat bedömning för varje distributionskanal inom spelsektorn. Undantagsvis menar dock domstolen att en separat bedömning behöver göras mot bakgrund av att användningen av Internet kan få till följd att riskerna med hasardspel ökar jämfört med de befintliga riskerna med spel som saluförs via traditionella distributionskanaler.⁵⁹

2.2.7 Riktlinjer vid koncessionsförfarandet

Vad gäller själva koncessionsförfarandet har EU-domstolen konstaterat att en medlemsstat inte kan kräva att ägarförhållandena ska kunna identifieras exakt, med hänsyn till att

⁵⁶ *Santa Casa*, C-42/07, p. 70–71 och se även bl.a. *Carmen Media Group*, C-46/08, p. 99–103. Båda mål avgjordes i stora avdelningen.

⁵⁷ Yanchev s. 11.

⁵⁸ *Carmen Media Group*, C-46/08, p. 99–103.

⁵⁹ *Zeturf*, C-212/08, p. 75–76 och 81.

det i praktiken utesluter börsnoterade bolag i andra medlemsstater att delta i koncessionsförfarandet.⁶⁰ På samma sätt kan en medlemsstat inte kräva att ett bolag ska ha sitt säte i medlemsstaten för att få delta i koncessionsförfarandet.⁶¹ Även om båda två kan underlätta för myndigheterna att kontrollera aktörernas verksamhet finns det enligt domstolen andra medel för att kontrollera dessa aktörers bokföring och verksamhet som inte inkräktar på fördragsfriheterna i samma utsträckning. Som ett exempel går det att samla in information om aktörernas företrädare och majoritetsägare.⁶² I sammanhanget bör dock nämnas att domstolen har fastslagit att det kan vara motiverat att en aktör åläggs skyldigheten att ha en viss associationsrättslig form med hänsyn till spelsektorns särskilda karaktär och de faror som är förknippade med denna. De skyldigheter som ställs på ett aktiebolag, t.ex. i fråga om dess interna organisation, bokföring, kontroller som de kan bli föremål för och relationer med tredje man, skulle nämligen kunna motivera en sådan skyldighet.⁶³ Det kan även vara förenligt med EU-rätten att vid koncessionsförfarandet uppställa ett krav på ett aktiekapital av en viss storlek eftersom detta säkerställer att aktören i fråga har en viss finansiell kapacitet och förmåga att bemöta de anspråk som kan riktas mot spelaktören från de vinnande speldeltagarna.⁶⁴

Vidare föreligger det en skyldighet för medlemsstaterna att iaktta principerna om lika-behandling och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn. Skyldigheten att lämna insyn är en förutsättning för en medlemsstats rätt att tilldela en eller flera privata aktörer ensamrätten att utöva en viss ekonomisk verksamhet, oavsett hur denna eller dessa aktörer har valts ut. Skyldigheten att lämna insyn gäller när det aktuella tillståndet kan vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat än den där tillståndet beviljas. Skyldigheten att lämna insyn innebär inte nödvändigtvis en skyldighet för den tillståndsgivande myndigheten att göra en anbudsinfordran, men det innebär däremot en skyldighet i förhållande till varje potentiell anbudsgivare att tillståndsprocessen kringgärdas av sådan offentlighet att den är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om tilldelningsförfarandena är opartiska.⁶⁵ Domstolen har även uttalat att rättssäkerhetsprincipen dessutom uppställer som krav att rättsregler ska vara klara och precisa samt att tillämpningen av densamma ska vara

⁶⁰ Placanica m.fl., C-338/04, C-359/04 och C-360/04, p. 62.

⁶¹ Engelmann, C-64/08, p. 36–37.

⁶² Placanica m.fl., C-338/04, C-359/04 och C-360/04, p. 62 och Engelmann, C-64/08, p. 36–37.

⁶³ Engelmann, C-64/08, p. 30–31.

⁶⁴ Dickinger och Ömer, C-347/09, p. 77.

⁶⁵ Betfair, C-203/08, p. 39–41.

förutsebar, i synnerhet om rättsreglerna kan få negativa konsekvenser för enskilda och företag.⁶⁶ Detta för att tillräckligt begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning för att undvika godtycklighet. Därutöver ska den som berörs av en inskränkning som grundas på ett sådant undantag ha rätt att få åtgärden prövad av domstol.⁶⁷

Vidare har EU-domstolen konstaterat att det som huvudregel inte är förenligt med EU-rätten att förlänga existerande tillstånd utan att öppna upp processen för andra aktörer och därmed konkurrens. Enligt EU-domstolen i *Sporting Exchange m.fl. (Betfair)* är det nämligen viktigt att skilja på följderna av att spelmarknaden, vars negativa följder kan motivera inskränkningar i aktörernas verksamhet, öppnas för konkurrens och följderna av att tillståndstilldelningen konkurrensutsätts. Den enda gång det skulle kunna anses berättigat att bevilja och förlänga ett tillstånd till förmån för en enda aktör är om denna aktörs förvaltning står under direkt statlig kontroll eller under kontroll av en privat aktör över vars verksamhet staten har möjlighet att utöva sträng kontroll.⁶⁸

2.2.8 Avslutande kommentarer

De principer och riktlinjer som härletts från EU-domstolens rättspraxis och som redogjorts för i detta kapitel återkommer ständigt i senare rättspraxis.⁶⁹ Dessa principer och riktlinjer kan därför anses utgöra EU-domstolens ramverk på spelområdet. Därtill går det att se att EU-domstolens uttalanden i det första rättsfallet *Schindler* har skärpts i rättsfallen därefter. De första tre rättsfallen: *Schindler*, *Läärä m.fl.* och *Zenatti* är från en era då marknaden för spel om pengar såg tämligen annorlunda ut än idag. Onlinespel som idag blir allt vanligare fanns överhuvudtaget inte. Genom EU-domstolens uttalanden i *Gambelli m.fl.* och *Placanica m.fl.* verkar det som om domstolen försökte att öppna upp spelmarknaden genom att skärpa och tydliggöra kraven på det nationella planet. EU-domstolen gjorde dock något av en helomvändning när den i *Santa Casa* och i följande EU-rättspraxis stärkt de nationella myndigheternas utrymme för skönsmässiga bedömningar på spelområdet.

Även om det i EU-domstolens avgöranden råder speciella omständigheter och det rör specifik nationell lagstiftning har domstolen försökt skapa mer generella principer och riktlinjer som alla medlemsstater i EU behöver respektera på spelområdet. EU-domstolen

⁶⁶ Costa och Cifone, C-72/10 och C-77/10, p. 74.

⁶⁷ Betfair, C-203/08, p. 47 och p. 50–51.

⁶⁸ Betfair, C-203/08, p. 58–60.

⁶⁹ Se bl.a. HIT och HIT LARIX, C-176/11, Pflieger m.fl., C-390/12 och Stanley International Betting Ltd, C-463/13.

överlåter dock proportionalitetsbedömningar och liknande till de nationella domstolarna för att de bedöms vara bättre lämpade att undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som föreligger i det enskilda fallet. Som nämnts i inledningen till detta kapitel är detta sannolikt nödvändigt för att möjliggöra särlösningar i de olika medlemsstaterna. EU-domstolens tillvägagångssätt har dock kritiserats för att vara alldeles för fokuserat på det enskilda fallet och således inte bidra med tillräcklig tydlighet och konsekvens för att undvika rättsosäkerhet.⁷⁰ Det är emellertid min mening att EU-domstolen gjort vad de kunnat för att skapa klarhet på ett område som inte är harmoniserat på EU-nivå. Domstolen har utan tvekan gjort en hel del viktiga och tydliga uttalanden som alla aktörer bör kunna ta fasta på.

3 Den svenska modellen

3.1 Inledning

I detta kapitel kommer den svenska spelmodellen granskas i förhållande till det EU-rättsliga ramverk som presenterats i föregående kapitel. Först kommer det svenska spelmonopolet att beskrivas och därefter kommer det svenska systemet att rannsakas med ramverket som måttstock. Inom ramen för detta kommer kapitlet avslutas med en redogörelse för tidigare rättsutredningar som syftat till att resultera i en förändrad svensk spel­lagstiftning. Därtill kommer jag mot bakgrund av tidigare utredningar och det EU-rättsliga ramverket att återge mina tankar kring det kommande förslaget på ny spelreglering. Kapitlet syftar dels till att illustrera de brister som finns med det nuvarande svenska spelsystemet i förhållande till gällande EU-rättslig praxis, och dels till att skapa en känsla av brådska med att förbättra den svenska spelmodellen och vara till hjälp vid en granskning av det kommande förslagets förenlighet med EU-rätten.

3.2 Svensk spellagstiftning och dess aktörer

I Sverige råder det ett statligt monopol på spel om pengar. Spel om pengar regleras framför allt i lotterilagen (1994:1000), men även i kasinolagen (1999:355). Medan kasinolagen reglerar kasinoverksamhet i Sverige är lotterilagen mer allomfattande och tänkt att täcka in alla andra spel om pengar som till viss del avgörs av slumpen.

⁷⁰ Yanchev s. 2.

Lagstiftningen är dock föråldrad och i behov av en modernisering. I väsentliga delar har lotterilagen sitt ursprung från 1939 års lotteriförordning och är inte anpassad för spel om pengar som sker på Internet.⁷¹

För att få lov att anordna ett lotteri enligt lotterilagen krävs tillstånd, vilket enligt huvudregeln endast kan lämnas till ideella föreningar som främjar ett allmännyttigt syfte och undantagsvis till andra juridiska personer vars ändamål är att främja ett allmännyttigt syfte utom landet.⁷² Det råder enligt 38 § lotterilagen ett allmänt förbud (främjandeförbudet) mot att främja ett inom landet anordnat lotteri som inte är tillåtet eller ett utom landet anordnat lotteri. Det är enligt samma bestämmelse otillåtet att utan medgivande av anordnaren sälja lotter, ta emot insatser eller förmedla vinster i ett tillåtet lotteri. Den svenska spelmarknaden består av fem aktörer: Svenska Spel, ATG, Folkspel, Postkodlotteriet och Kombilotteriet.⁷³

På samma sätt som i många andra medlemsstater inom EU finns det emellertid ett undantag i den svenska lotterilagen som möjliggör att andra juridiska personer än ideella föreningar kan verka i Sverige och bedriva sin verksamhet på affärsmässig basis. Detta särskilda tillstånd regleras i 45 § lotterilagen och kan endast beviljas av regeringen. Undantaget i 45 § möjliggör skraddarsydda lösningar där lotterilagens bestämmelser inte behöver följas. Bestämmelsens nuvarande lydelse bör medge ett tilltaget utrymme för skönsmässiga bedömningar med hänsyn till att det inte framgår vad som krävs för att få beviljas ett särskilt tillstånd enligt bestämmelsen. Svenska Spel inklusive Casino Cosmopol och Vegas spelautomater, samt AB Trav och Galopp (ATG) är de bolag som meddelats ett särskilt tillstånd att verka på den svenska spelmarknaden.⁷⁴

Lotteriinspektionen är den myndighet som har fått i uppgift att utöva den centrala tillsynen över lotterilagen och tillse att de föreskrifter som meddelats med stöd av lagen följs.⁷⁵ Lotteriinspektionen har i sin roll som tillsynsmyndighet rätt att meddela de förelägganden och förbud som behövs för att lagen och de föreskrifter och villkor som har meddelats med stöd av lagen åtföljs. Ett sådant föreläggande eller förbud får förenas med vite.⁷⁶ I sammanhanget ska även nämnas att den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet olovligen anordnar ett lotteri eller olovligen innehar t.ex. en penningautomat kan dömas

⁷¹ Lotteriinspektionen, Spelmarknaden 2015 s. 8.

⁷² Se framför allt 9, 10, 15 §§ lotterilagen.

⁷³ RiR 2012:15 s. 19.

⁷⁴ Hettne s. 37 f.

⁷⁵ 48 § lotterilagen.

⁷⁶ 52 § lotterilagen.

till böter eller fängelse enligt 54 § första stycket lotterilagen. Den som olovligen i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte uppsåtligen främjar deltagande i ett utom landet anordnat lotteri, om främjandet särskilt avser deltagande från Sverige gör sig enligt 54 § andra stycket också skyldig till brott. Bestämmelsen i andra stycket har dock nyligen förklarats ogiltig av Högsta domstolen eftersom den strider mot EU-rättens diskrimineringsförbud.⁷⁷ Utöver detta finns det även en straffbestämmelse i 16 kap. 14 § brottsbalken (1962:700) som straffbelägger i princip alla gärningar som är att bedöma som olovliga lotterier. Lagtekniskt är det tänkt att bestämmelsen i brottsbalken aktualiseras när det rör sig om mer allvarliga överträdelse och att lotterilagens straffbestämmelse gäller i övrigt.⁷⁸

Avslutningsvis bör nämnas att lotterilagen endast omfattar lotterier som anordnas i Sverige, vilket medför att ett utländskt spelbolag kan verka på den svenska marknaden utan hinder av lotterilagen. Vidare är det inte otillåtet för svenska medborgare att delta i utomlands anordnade lotterier.⁷⁹

3.3 Det svenska systemet och EU:s rättspraxis

3.3.1 Inledning

I detta avsnitt kommer den svenska spelmodellen att diskuteras utifrån det EU-rättsliga ramverk som presenterats i kapitel två. Samtliga principer och riktlinjer kommer inte att diskuteras, såsom de regler som gäller särskilt för onlinespel, men merparten kommer att bli föremål för diskussion. Anledningen till att vissa delar av ramverket uteblir i detta avsnitt är att det i nuvarande svensk spellagstiftning saknas inskränkande åtgärder som specifikt tar sikte på onlinespel. EU-domstolens inställning gällande onlinespel blir däremot föremål för diskussion nedan i avsnitt 3.4. Förevarande avsnitt är indelat i tre delar. Den första delen handlar om huruvida den svenska spelmodellen grundar sig på ett eller flera legitima tvingande hänsyn. I den andra delen diskuteras huruvida det svenska systemet uppfyller kriterierna för att vara sammanhängande och systematiskt, det s.k. hyckleritestet. I den tredje delen granskas koncessionsförfarandet i 45 § lotterilagen och bl.a. om skyldigheten att lämna insyn tillgodoses. Samma rubriker som i föregående kapitel har använts för att tydliggöra kopplingen mellan kapitlen och för att underlätta för läsaren. Det kan dock nämnas att avsnitt 3.3.3 hämtar stöd från principer och riktlinjer

⁷⁷ NJA 2012 s. 1073.

⁷⁸ Prop. 1993/94:182 s. 86.

⁷⁹ SOU 2008:124 s. 396 f.

som förekommer under mer än ett avsnitt, nämligen avsnitten 2.2.4–2.2.5. Avsnittet avrundas med några avslutande kommentarer.

3.3.2 Tvingande hänsyn

Det kan diskuteras om den svenska spellagstiftningen grundar sig på tvingande hänsyn eller om det verkliga motivet med lagstiftningen är ekonomiskt. På många sätt liknar nämligen den svenska spelmodellen de nationella regleringar som finns i andra medlemsstater inom EU och som varit föremål för kritik hos EU-domstolen. Även det svenska systemet har varit föremål för bedömning hos EU-domstolen i *Sjöberg och Gerdin*.⁸⁰ Anledningen till att jag inte tagit med det fallet i avsnitt 2.2 är att det enligt min mening inte tillförde något nytt till EU:s rättspraxis. Enligt Sveriges regering och den hänskjutande domstolen (Svea hovrätt) framgår det av förarbetena att syftet med det svenska systemet är att tillgodose en sund och säker spelmarknad där sociala skyddsintressen och efterfrågan på spel säkerställs under kontrollerade former. Överskott från spel bör samtidigt värnas och alltjämt vara förbehållet det allmänna eller allmännyttiga ändamål. Det svenska systemet är således tänkt att: motverka kriminalitet, förhindra sociala och ekonomiska skadeverkningar, tillvarata konsumentskyddsintresset, samt se till att inkomsterna går till det allmänna eller till allmännyttiga ändamål.⁸¹

Som kontrast var Otto Sjöberg och Anders Gerdin av den ståndpunkten att tillståndsgivningen i lotterilagen strider mot EU-rätten och att det svenska spelmonopolet inte upprätthålls på ett sådant sammanhängande och systematiskt sätt som krävs enligt EU-rätten.⁸² Det finns enligt min mening fog för Otto Sjöberg och Anders Gerdins uttalande och jag anser även att man kan ifrågasätta om det syfte som presenterats av regeringen och Svea hovrätt är det verkliga motivet bakom det svenska spelmonopolet. Tillskillnad från Svea hovrätt och regeringen i *Sjöberg och Gerdin* är det min mening att det inte går att utläsa från förarbetena till nuvarande lagstiftning att syftet med den svenska regleringen är att motverka kriminalitet, förhindra sociala och ekonomiska skadeverkningar samt tillvarata konsumentskyddsintresset. Det som framgår av förarbetena är att lotteriverksamhet även i fortsättningen i allt väsentligt bör vara förbehållen staten och folkrörelserna. Vidare framhålls att det är angeläget att stärka de ekonomiska förutsättningarna för folkrörelserna och öppna möjligheterna för dem att i större utsträck-

⁸⁰ Sjöberg och Gerdin, C-447/08 och C-448/08.

⁸¹ Sjöberg och Gerdin, C-447/08 och C-448/08, p. 4–5.

⁸² NJA 2012 s. 1073.

ning själva finansiera sin verksamhet.⁸³ I SOU 1992:130, som utgör en bilaga till propositionen, framgår det att reglernas syfte främst är att säkerställa att lotterierna inte anordnas för obehöriga ändamål och att behållningen av lotterierna tillfaller det allmänna eller allmännyttiga ändamål i tillräckning omfattning. Därtill stadgas att konsumentintresset är principiellt underordnat de nyssnämnda ändamålen, men att vissa minimikrav måste upprätthållas när det gäller hur spelen anordnas och var vinsterna fördelas. Slutligen uppges att lagstiftningen också skall försöka motverka att lotterier och spel orsakar för stora sociala skadeverkningar.⁸⁴

Även i en senare utredning nämns att grundtanken med den svenska spellagstiftningen är att behållningen av lotterierna ska tillfalla staten och folkrörelserna.⁸⁵ I sammanhanget är det även värt att notera att domen i *Schindler* avkunnades den 24 mars 1994 och att propositionen till nuvarande lagstiftningen presenterades den 7 april 1994. Därtill blev inte Sverige medlem i EU förrän 1 januari 1995.⁸⁶ Mot bakgrund av detta är det enligt min mening sannolikt att det verkliga syftet med det svenska spelmonopolet är eller i vilket fall var ekonomiskt och om ett resultat av monopolet blev att bl.a. kriminalitet och sociala och ekonomiska skadeverkningar minskade var det att betrakta som en bonus. När EU-domstolen i målet *Zenatti*, som avkunnades den 21 oktober 1999, konstaterade att när nationella regleringar även syftar till att styra genererade intäkter till välgörenhet eller allmännyttiga ändamål ska detta syfte endast utgöra en positiv sidoeffekt och inte vara det verkliga motivet bakom den restriktiva politik som förs, så stod det sannolikt klart för den svenska lagstiftaren att det ekonomiska syftet i den svenska spelmodellen behöver tonas ned. Svenska regeringens inlägg i målet *Gambelli m.fl.* ger också stöd för att Sverige vid denna tidpunkt var av åsikten att fiskala syften på spelområdet kunde berättiga inskränkningar av de grundläggande friheterna. Det är först efter *Zenatti* som det uttrycks i förarbeten att en av grundbultarna i den svenska spelmodellen är omsorgen om sociala skyddsintressen och att denna modell alltid kännetecknats av en avvägning mellan sociala skyddsintressen och konsumentintresset av ett bra spelutbud.⁸⁷ I en utredning från 2008 framgår i princip uttryckligen det som regeringen i *Sjöberg och Gerdin* framhöll, nämligen att den svenska spelregleringen syftar till att förhindra kriminalitet, motverka sociala och ekonomiska skadeverkningar, tillvarata konsumentskydd, kanalisera spel till

⁸³ Prop. 1993/94:182 s. 18 f. och 30 f.

⁸⁴ A.prop. s. 92.

⁸⁵ SOU 2000:50 s. 55.

⁸⁶ Så blev Sverige medlem i EU, EU-upplysningen, 2016.

⁸⁷ Prop. 2001/02:153 s. 27 f.

de legala aktörerna och styra överskottet.⁸⁸ Det är dock intressant att notera att det i samma utredning uttalas att: ”ett av syftena med den svenska regleringen är att styra överskottet i spel till allmänna och allmännyttiga ändamål. Då detta mål enligt EG-domstolens praxis i sig inte kan rättfärdiga en spelreglering utan endast får vara en s.k. positiv assessorisk effekt av spelet bör inte syftet lagregleras.”⁸⁹

Även om den svenska spelmodellen har eller hade ett huvudsakligt ekonomiskt syfte är det inte otänkbart att EU-domstolen skulle låta det svenska systemet få godkänt på denna punkt eftersom den så tidigt som i *Schindler* uttryckt att en helhetsbedömning ska göras av syftena med en nationell reglering. Detta även om den hade haft bättre underlag än i *Sjöberg och Gerdin* att lämna förhandsavgörande på. Ett undantag skulle vara om det går att visa att den svenska staten samtidigt som den hävdar tvingande hänsyn till allmänintresset uppmuntrat till ökat spelande med ett bakomliggande ekonomiskt motiv. Det krävs dock mer stöd för att dra en sådan slutsats. Avslutningsvis kan nämnas att EU-domstolen i *Sjöberg och Gerdin* fann att den svenska spelregleringen i princip var förenlig med EU-rätten, men att straffbestämmelsen i 54 § andra stycket lotterilagen sannolikt är diskriminerande och därför oförenlig med EU-rätten. Som nämnts ovan i avsnitt 3.2 har Högsta domstolen efter EU-domstolens förhandsavgörande gjort samma bedömning och ogiltigförklarat bestämmelsen.

3.3.3 Restriktiva åtgärder, expansiv spelpolitik och hyckleritet

På samma sätt som det går att diskutera om det verkliga motivet med den svenska spelmodellen är ekonomiskt går det att ifrågasätta om det svenska spelmonopolet och de inskränkningar som den medför verkligen begränsar spelmöjligheterna och spelverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt. Till följd av att EU-domstolen ställer särskilt höga krav på monopolsystem att uppfylla detta kriterium ska monopolinnehavarens utbud vara kvantitativt begränsat och kvalitativt utformat, för att på bästa sätt uppnå de mål som uppställts i den nationella regleringen. Anledningen till detta är som nämnts i avsnitt 2.2.5 att ett monopolsystem endast kan vara motiverat om det införs för att säkerställa ett särskilt starkt konsumentskydd.

En första synpunkt man kan ha på det svenska systemet är att det är territoriellt begränsat och varken hindrar svenska medborgare från att ta del av utländska spelaktörers erbjudanden eller utländska spelaktörer från att marknadsföra sig och erbjuda sina spel-

⁸⁸ SOU 2008:124 s. 90 och 226 ff.

⁸⁹ A.bet. s. 286.

tjänster över Internet till svenska medborgare. Av Lotteriinspektionens årligen utgivna skrift framgår det att aktörer utan svenskt tillstånd har över 20 % av den svenska spelmarknaden.⁹⁰ Denna siffra är närmare 23 % enligt Svenska Spel. Därtill har de utländska aktörerna en marknadsandel på Internet som vida överstiger den som Svenska Spel och ATG själva har. År 2015 uppgick de utländska aktörernas marknadsandel på Internet till över 60 %. Även det faktum att det förekommer reklam för en ny utländsk spelaktör på TV eller i tidningar mer eller mindre varje dag talar sitt tydliga språk. Svenska Spel uppskattar att de utländska spelaktörernas marknadsföringskostnader på den svenska marknaden uppgår till över 2 000 miljoner kronor, vilket medför att deras andel av marknadsföringen i Sverige är ungefär 63 %.⁹¹ Mot bakgrund av att tillgängligheten och exponeringen av utländska aktörer utan tillstånd i Sverige är så pass omfattande är det enligt min mening ytterst tveksamt om det svenska spelmonopolet lever upp till de krav som EU-domstolen ställer. Det är sannolikt svårt och kanske till och med väldigt svårt att effektivt stänga ute utländsk konkurrens från den svenska spelmarknaden med tanke på dagens alltmer digitala och gränslösa spelmarknad. Den kanske enda utvägen för de svenska monopolinnehavarna blir att gå till motangrepp med en genomtänkt expansionspolitik.

Det står klart att EU-domstolen ställer ett generellt krav på att medlemsstaterna är konsekventa i teori och i praktik, såsom genom att valt skyddssystem representerar en motsvarande skyddsnivå. Därtill har domstolen å ena sidan uttalat att det kan vara helt i sin ordning att implementera en genomtänkt expansionspolitik i syfte att styra över spelare från förbjuden och dold spelverksamhet till tillåten och reglerad verksamhet. Å andra sidan anser EU-domstolen att syftet att skydda konsumenterna mot spelberoende är i princip oförenligt med en expansiv spelpolitik och att en sådan politik endast kan vara sammanhängande om de olagliga verksamheterna har en avsevärd omfattning. Därtill ställs, på samma sätt som nämnts ovan, skärpta krav när marknadsföringsåtgärderna sker inom ett monopolsystem. När en monopolinnehavare vill marknadsföra sin verksamhet och sitt spelutbud ska denna vara måttfull och inte gå utöver vad som är absolut nödvändigt för att styra konsumenterna till tillåtna spel. Som ett exempel får marknadsföringen inte uppmuntra konsumenternas naturliga benägenhet att roas av spel genom att locka dem till aktivt deltagande, såsom genom att trivialisera spelandet eller ge det en positiv framtoning genom att hänvisa till att intäkterna går till allmännyttig verk-

⁹⁰ Lotteriinspektionen, Spelmarknaden 2015 s. 12.

⁹¹ Svenska Spel, Årsredovisning 2015 s. 10 f.

samhet eller genom att förstärka spelens dragningskraft med tilltalande reklambudskap där stora spelvinster utlovas.

Det säger sig självt att monopolinnehavarna kämpar i uppförsbacke i förhållande till utländska aktörer på en spelmarknad som Sverige då det inte finns något som effektivt hindrar att svenska medborgare deltar i utländska substitut. Utländska spelaktörer kan dessutom erbjuda bättre villkor eftersom de inte behöver ta hänsyn till de begränsande EU-rättsliga och nationella krav som ställs på en reglerad spelaktör i Sverige. Trots att Svenska Spel och ATG gemensamt har en blygsam budget för marknadsföringsåtgärder i jämförelse med den gemensamma budgeten för de utländska spelaktörerna är det inte omöjligt att monopolinnehavarnas marknadsföring gränsar till det otillåtna. Marknadsföringen ska vara måttfull och inte gå utöver vad som är absolut nödvändigt för att styra konsumenterna till tillåtna spel. År 2008 spenderade Svenska Spel 318 miljoner kronor på marknadsföring medan ATG spenderade cirka 204 miljoner kronor.⁹² År 2015 låg denna siffra på 350 miljoner kronor, exklusive kostnader för direktreklam och den reklam som sker på Internet, för Svenska Spel och samma år hade ATG marknadsföringskostnader vuxit till 878 miljoner kronor. Svenska Spel uppger att de halverat sina kostnader för reklam sedan 2011, vilket kan tyda på att det går åt rätt riktning eller att reklamkostnader på Internet och direktreklam ökar. Siffran för ATG är delvis missvisande eftersom de slagit ihop kostnader för IT-system med kostnader för marknadsföring.⁹³

Huruvida monopolinnehavarnas marknadsföring varit måttfull och inte gått utöver vad som varit nödvändigt för att locka över konsumenterna till tillåtna spel kan säkerligen diskuteras i en uppsats för sig. Egen erfarenhet av direktreklam och den marknadsföring som sker i tidningar och TV talar dock för att monopolinnehavarna vid ett flertal tillfällen gått över gränsen. Vinster understryks och förstoras med t.ex. röd text och det går inte att missa att en del av överskottet går till välgörenhet eller allmännyttiga ändamål. Detta är mycket tydligt när det kommer till Postkodlotteriets marknadsföring i Sverige, vilken varit föremål för diskussion i Marknadsdomstolen. Det framgick av målet att Postkodlotteriet bl.a. skyltar med höga vinstsummor och att detta onekligen varit ägnat att locka fler till att delta i deras lotteri.⁹⁴

Avslutningsvis ska i sammanhanget uppmärksammas att EU-domstolen uttalat att det ska göras en åtskillnad mellan strategier från monopolinnehavaren vars enda syfte är att

⁹² Svenska Spel, Årsredovisning 2008 s. 40 och ATG, Årsredovisning 2008 s. 22.

⁹³ Svenska Spel, Årsredovisning 2015 s. 10 och ATG, Årsredovisning 2015 s. 5 och 14.

⁹⁴ MD 2009:15.

informera potentiella kunder om en produkts existens och säkerställa en regelbunden tillgång till hasardspel och sådana strategier som både lockar till ett aktivt deltagande i sådana spel samt främjar detta deltagande. Dessvärre finns det ingen möjlighet att ta reda på var denna gräns mellan informativ och aggressiv marknadsföring går med tanke på att det inte finns några mer vägledande uttalanden från EU-domstolen. Tillsvidare blir det således upp till de nationella domstolarna att avgöra var denna gräns går.

3.3.4 Riktlinjer vid koncessionsförfarandet

Avslutningsvis går det att ifrågasätta huruvida det särskilda tillstånd som kan beviljas av regeringen enligt 45 § lotterilagen är förenlig med EU-domstolens rättspraxis. Som tidigare uppmärksammats i avsnitt 3.2 framgår det inte av bestämmelsen vad som krävs för att beviljas ett tillstånd. Någon vägledning går inte heller att hitta i förarbetena till nuvarande lagstiftning. Det enda som framgår av förarbetena är att det ibland kan finnas ett behov för regeringen att i speciella situationer lämna ett sådant tillstånd.⁹⁵ Enligt den EU-rättspraxis som presenterats i tidigare kapitel finns det en skyldighet för medlemsstaterna att iaktta principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn. Skyldigheten att lämna insyn gäller när det aktuella tillståndet kan vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat än den där tillståndet beviljas. För att begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra att bedömningen blir godtycklig måste tillståndsgivningen grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand. Därtill ställer rättssäkerhetsprincipen som krav att rättsregler ska vara klara och precisa samt att tillämpningen av densamma ska vara förutsebar, i synnerhet om rättsreglerna kan få negativa konsekvenser för enskilda och företag. Detta kan knappast sägas vara fallet för tillståndsordningen enligt 45 § lotterilagen, med tanke på att förutsättningarna för att beviljas ett tillstånd inte framgår av lagen. Det är således sannolikt att den svenska spelmodellen strider mot skyldigheten att lämna insyn och rättssäkerhetsprincipen. Det faktum att endast Svenska Spel (som staten äger) och ATG (som staten har ett rättsligt bestämmande inflytande i) har tilldelats ett tillstånd enligt 45 § lotterilagen gör enligt min mening ingen direkt skillnad.

Medhåll för ovannämnda slutsats går att få från EU-kommissionen som i ett pressmeddelande den 16 oktober 2014 meddelat att den beslutat väcka talan mot Sverige i EU-

⁹⁵ Prop. 1993/94:182 s. 80.

domstolen för fördragsbrott för bl.a. den bristande transparensen i tillståndsgivningen enligt 45 § lotterilagen.⁹⁶ Alldeles nyligen har även den svenska regeringen medgett att 45 § lotterilagen behöver förtydligas i syfte att öka förståelsen för och transparensen i tillståndsgivningen enligt samma paragraf. I den nya regleringen kommer det att framgå att det endast är spelföretag som ägs av staten eller till spelföretag över vilka staten har det rättsligt bestämmande inflytandet som kan komma i fråga för tillstånd. Med detta vill regeringen klargöra att företag med privata vinstintressen inte kan meddelas tillstånd med stöd av 45 § lotterilagen och att det endast är Svenska Spel och ATG som kommer att uppfylla bestämmelsens krav.⁹⁷

3.3.5 Avslutande kommentarer

För att sammanfatta ovanstående diskussion är det min bedömning att det finns anledning att ifrågasätta den svenska spellagstiftningens förenlighet med EU-domstolens rättspraxis på flera punkter. Det är även sannolikt att om EU-domstolen suttit på all fakta och hade fått i uppgift att inte bara pröva om lotterilagens straffbestämmelser hade en diskriminerande utformning vid förhandsavgörandet *Sjöberg och Gerdin* hade domstolen utdömt det svenska systemet på fler punkter än bara straffbestämmelsen i 54 § lotterilagen. Stöd för en sådan slutsats går även att få från Riksrevisionens granskande rapport om staten på spelmarknaden. Riksrevisionens kom där fram till att det finns skäl att ifrågasätta om den svenska spelmodellen uppfyller kravet på att vara sammanhängande och systematisk och om monopolinnehavarnas marknadsföring kan uppfattas som måttfull.⁹⁸ Jag ansluter mig till deras bedömning. Därtill ansåg Riksrevisionen att tillståndsgivningen enligt 45 § lotterilagen inte är transparent,⁹⁹ samt att man med hänsyn till att *Sjöberg och Gerdin* gällde en väldigt specifik fråga (om lotterilagens straffbestämmelser hade en diskriminerande utformning) bör vara försiktig med att betrakta målet *Sjöberg och Gerdin* som att EU-domstolen konstaterat att den svenska spelmodellen är förenlig med EU-rätten.¹⁰⁰

⁹⁶ IP/14/1150 s. 14.

⁹⁷ Prop. 2016/17:8 s. 16 ff.

⁹⁸ RiR 2012:15, Bilaga 6 s. 10 ff.

⁹⁹ RiR 2012:15 s. 46.

¹⁰⁰ A.a. s. 109 f.

3.4 Svenska rättsutredningar och EU:s rättspraxis

3.4.1 Inledning

I detta avsnitt kommer Spellicensutredningens kommande förslag på ny spelreglering att diskuteras dels i förhållande till tidigare rättsutredningar på spelområdet, och dels i ljuset av det EU-rättsliga ramverk som presenterats ovan i avsnitt 2.2. Först presenteras de tidigare två rättsutredningarna i avsnitt 3.4.2 och därefter diskuteras Spellicensutredningens kommande förslag på ny spelreglering i avsnitt 3.4.3. Eftersom det än så länge endast finns ett kommittédirektiv är det svårt att uttala sig om hur Spellicensutredningens kommande förslag på ny spelreglering kommer att se ut när det presenteras i mars nästa år. Avsnittet syftar dock till att vara framåtblickande på så sätt att det kan användas för att granska det kommande förslagens förenlighet med EU-rätten. Samtidigt är avsnittet bakåtblickande genom att tidigare rättsutredningar på spelområdet redogörs för som stöd för den framåtblickande analys som görs av Spellicensutredningens kommande förslag på ny spelreglering. Avsnitt 3.4.3 kan även användas av Spellicensutredningen som direkta råd på var fokus bör ligga vid utformningen av sitt förslag på en ny svensk spelreglering.

3.4.2 Tidigare rättsutredningar

3.4.2.1 Lotteriutredningen – *Spel i en föränderlig värld*¹⁰¹

Som tidigare nämnts ovan i avsnitt 3.2 är den nuvarande svenska spellagstiftningen föråldrad och således inte anpassad för den elektroniska och gränslösa spelmarknad som råder idag. Därtill framgår det av avsnitt 3.3 att det är tveksamt om den svenska spelmodellen är förenlig med EU-rätten i flera avseenden. Detta är i huvudsak skälen till att man nu vill, och i två tidigare utredningar velat, förändra den svenska spellagstiftningen. I den första av de två tidigare utredningarna, *Spel i en föränderlig värld*, konstaterades att den befintliga regleringen inte var ändamålsenlig för att i det längre perspektivet upprätthålla en tillräcklig kontroll över spelandet samt garantera de sociala skyddshänsynen och intäkterna från lotterier. Den nuvarande regleringen ansågs inte heller vara tillräcklig för att möta den internationella konkurrensen, särskilt över Internet.

Vidare bedömde man att den svenska regleringens förenlighet med EU-rätten kunde ifrågasättas, såväl i fråga om lagstiftningens syften som vid den praktiska tillämpningen. Lotteriutredningen menade bl.a. att tvingande allmänhänsyn inte tillräckligt kan beaktas

¹⁰¹ Det följande grundar sig på utredningens sammanfattning, SOU 2006:11 s. 15 ff.

genom nationell lagstiftning, t.ex. genom att söka dämpa konkurrenstrycket, begränsa spelmöjligheterna och minska spelandet, om en stor del av spelandet sker utanför statens kontroll. Därtill framhöll utredningen att det saknades effektiva medel för att förhindra det idag gränsöverskridande spelet och det bedömdes därför endast vara möjligt att behålla spelandet under svensk kontroll om det kanaliseras hit. Detta skulle kunna ske genom att de svenska anordnarna tilläts anordna spel och lotterier på i princip samma villkor som de utlandsbaserade konkurrenterna. Utredningen framhöll dock att en sådan tillämpning av den svenska spellagstiftningen skulle kunna strida mot EU-domstolens rättspraxis.

Avslutningsvis föreslog Lotteriutredningen att ett licenssystem skulle kunna införas som omfattade vissa typer av spel om pengar. Ett begränsat antal licenser skulle kunna utfärdas, men alla som uppfyllde lagstiftningens krav kunde söka en licens. Tanken var att endast de som fått en licens tilläts anordna spel om pengar i Sverige och att en licens skulle kunna dras in om licenshavaren misskötte sig. Enligt utredningen var det positiva med licenssystemet att det dels skulle innebära att en större del av den faktiska lotteri-marknaden kunde hållas reglerad, dels att i varje fall en del av det kapital som tidigare lämnat landet kunde behållas här. På grund av tidsbrist kunde utredningen inte lämna ett heltäckande förslag till ny reglering.

3.4.2.2 Spelutredningen – En framtida spelreglering¹⁰²

I den senare utredningen från 2008 konstaterades inledningsvis att den tekniska utvecklingen har medfört att spel om pengar sker från Sverige på utländska webbsidor med följd att lotteriregleringens skyddssyften inte kan upprätthållas. Spelutredningen fastställde att en långsiktigt hållbar spelreglering kräver dels överensstämmelse med EU-rätten, dels att regeringens spelpolitik kan genomföras. Det ansågs viktigt att spelpolitiken har det övergripande målet att motverka spelberoende och kriminalitet. Vidare uttrycktes att en ny lotterilag bör kompletteras med de bestämmelser som avser att stärka lagens skyddssyften, t.ex. marknadsföringsregler, åldersgräns (18 år), författningsreglering av de statliga och statskontrollerade bolagen samt en ny tillstånds- och tillsynsorganisation. Genom att de statliga och statskontrollerade bolagens (Svenska Spel och ATG) verksamheter regleras i lag kan tillståndsmöjligheten i 45 § lotterilagen slopas. De mest problematiska spelen föreslogs förbehållas Svenska Spel. Enligt utredningen var dessa spel kasinospel,

¹⁰² Det följande grundar sig på utredningens sammanfattning, SOU 2008:124 s. 19 ff.

spel på värdeautomater och interaktiva spel. De nya marknadsföringsbestämmelserna skulle bl.a. kräva att all marknadsföring av lotterier ska vara måttfull, att marknadsföring inte får rikta sig särskilt till eller skildra barn eller ungdomar som inte har fyllt 25 år, samt att de problematiska spelen över huvud taget inte får marknadsföras.

Utredningen föreslog tre alternativ för en framtida spelreglering. Alternativ 1 innebar att dagens spelreglering skulle behållas, men att den skulle stramas upp. Alternativ 2 var att öppna upp Internetspel för nya aktörer. Alternativ 3 innebar att endast vissa spelformer skulle öppnas upp för nya aktörer. Den spelform utredningen till slut ansåg var lämplig var vadhållning (oddsspel och tipsspel) med undantag för vadhållning i samband med hästtävlingar, både över Internet och hos spelombud. Någon begränsning av antalet licenser föreslogs inte. Av dessa tre alternativ bedömde utredningen att alternativ 1 och 3 var möjliga att genomföra, men inte alternativ 2. Detta eftersom de enligt utredningen mest problematiska spelen – spelautomater, kasinon och interaktiva spel på Internet – skulle vara förbehållna de mest kontrollerade formerna.

Utredningen uttryckte att en förutsättning för att kunna föreslå en öppning av det nuvarande systemet, enligt t.ex. alternativ 3, behöver främjandeförbudet i 38 § lotterilagen skärpas. I annat fall bedömdes inte regeringens spelpolitik kunna uppnås. De skärpningar som skulle bli aktuella var blockeringar av IP-adresser och domännamn för speltjänster som inte anordnas med stöd av lotterilagen samt blockering av betalningsförmedlingar av insatser i sådana speltjänster. Det kan vara intressant att notera att utredningen från 2006 i princip kom fram till att en blockering av betalningsförmedlingstjänster var att betrakta som en nödvändig och proportionerlig åtgärd och i övrigt förenlig med EU-rätten, men att det var en hel del som talade emot att införa en åtgärd som blockerade IP-adresser och domännamn. Även om en sådan åtgärd vore genomförbar skulle det inte vara särskilt svårt för konsumenter att kringgå dessa spärrar. Det bedömdes även föreligga en risk för att legitim trafik över Internet skulle komma att förhindras genom ett förbud av detta slag och att det därför krävdes mycket starka skäl för att vidta en sådan åtgärd. I utredningen från 2008 hade eventuellt tekniken på detta område förbättrats och trots att liknande synpunkter som i 2006 års utredning diskuterades konstaterade Spelutredningen att en blockering av IP-adresser och domännamn var ändamålsenlig.¹⁰³ I sammanhanget bör dock poängteras att ett jämförbart förslag för att förhindra fildelning avvisades mot bak-

¹⁰³ A.bet. s. 406 ff.

grund av att det bedömdes oproportionerligt och att det kan få allvarliga konsekvenser för ett samhälle som vårt, där tillgången till Internet är en välfärdsfråga.¹⁰⁴

Vidare bedömde Spelutredningen att ett tillstånd endast bör lämnas om det kan antas att verksamheten kommer att bedrivas sunt, säkert, och på ett från allmän synpunkt lämpligt sätt enligt bestämmelserna i lotterilagen och andra författningar som reglerar verksamheten. Enligt utredningen bör särskilda krav ställas på sökandens lämplighet att bedriva verksamheten. Sökanden skulle behöva visa att han eller hon, med hänsyn till sina personliga och ekonomiska förhållanden och omständigheter i övrigt är lämplig att utöva verksamheten. För aktiebolag skulle prövningen omfatta verkställande direktören och andra som har ett bestämmande inflytande över verksamheten. Utöver detta skulle krav ställas på att en spelordnare kan identifiera, styra, rapportera och ha kontroll över de risker som spelverksamheten är förknippad med. Spelanordnaren ska alltså se till att den har en tillfredställande intern kontroll. Därtill ska spelanordnarens verksamhet bedrivas på ett sådant sätt att dess struktur, förbindelser med andra företag och ställning kan överblickas. Endast ett aktiebolag eller därmed jämförligt bolag med säte inom EES-området föreslogs kvalificera sig för ett tillstånd.

3.4.3 Spellicensutredningens kommande förslag på ny spelreglering

3.4.3.1 Inledning

Regeringen beslutade i slutet av september 2015 att utse en särskild utredare, Håkan Hallstedt, generaldirektör för Lotteriinspektionen, som ska lämna ett förslag till en ny spelreglering senast den 31 mars 2017 (Spellicensutredningen). I kommittédirektivet framgår att denna spelreglering ska syfta till att skapa en spelmarknad som präglas av ett högt konsumentskydd, hög säkerhet i spelen och tydliga förutsättningar för att få verka på marknaden. Det finns inte mycket konkret i nuläget utan det man framför allt kan ta fasta på är att regleringen ska bygga på ett licenssystem där alla spelföretag ska kunna få licens om de uppfyller de krav som uppställs i lag. De krav på motprestation som ställs är att verksamheten blir beskattad i Sverige och att krav på bl.a. lämplighet och spelansvar uppfylls. Detta licenssystem innebär också att alla som agerar på den svenska spelmarknaden ska göra det med behörigt tillstånd och att aktörer utan tillstånd ska stängas ute. Enligt Spellicensutredningen måste således en hög prioritet ges till kontroll och tillsyn av marknaden. Därtill uppges att de negativa konsekvenserna av spelandet ska begränsas

¹⁰⁴ Prop. 2008/09:67 s. 195.

och att ett högt konsumentskydd förutsätter en reglering som tar sociala hänsyn, med krav på bl.a. måttfull marknadsföring. Vidare uppges även att den nya spelregleringen kommer att beakta den marknadsmässiga och tekniska utvecklingen, de folkhälsopolitiska mål som finns, samt EU-rätten. Slutligen nämns att förutsättningarna för finansiering av statens verksamhet och allmännyttiga ändamål ska bevaras i så hög grad som möjligt.¹⁰⁵

I kommittédirektivet nämns även att man på samma sätt som i det föreslagna licenssystemet i 2008 års utredning dels behöver överväga vilka spelformer som ska vara tillåtna på den svenska spelmarknaden, och dels om några av dessa bör utelämnas vid ett licenssystem och regleras på annat sätt. Det står även klart att vid införandet av ett licenssystem krävs effektiva åtgärder mot aktörer som verkar på spelmarknaden utan tillstånd för att inte systemet ska urholkas. Enligt min och sannolikt EU-domstolens mening är detta förvisso minst lika viktigt i ett monopolsystem, om inte viktigare. Spellicensutredningen nämner det förslag som presenterades i 2008 års utredning om att blockera betalningsförmedling för otillåtna lotterier och blockera IP-adresser och domännamn där otillåtna spel förekommer. En annan sak som framhålls som viktig är att de som spelar får tillgång till relevant produktinformation så att de kan göra välinformerade val av spel. Enligt Spellicensutredningen bör som ett exempel sannolikheten att vinna tydligt framgå när en spelaktör marknadsför hur stor vinsterna är. Vidare bör marknadsföringen utformas på ett sådant sätt att risken för att människor hamnar i problematiskt spelande minimeras. Avslutningsvis framhålls att statens roll på spelmarknaden vid införandet av ett licenssystem behöver omvärderas. Även om Svenska Spel representerar ett stort finansiellt värde för staten är det antagligen inte ändamålsenligt att staten äger och styr ett spelbolag vid ett licenssystem som kännetecknas av konkurrens mellan jämbördiga aktörer.¹⁰⁶

Mot bakgrund av att ingen av de tidigare två utredningarna har lett till någon ny spelagstiftning är förhoppningarna stora på Spellicensutredningen. Lotteriinspektionen har uttalat att det gränsöverskridande spelandet har inneburit att förutsättningarna för att upprätthålla en nationell spelmarknad minskat väsentligt och att det finns många svåra frågor att lösa vid en omreglering av spellagstiftningen. Som ett exempel är det viktigt att verktygen för att ingripa mot verksamhet i strid med regleringen effektiviseras och skärps. Spelaktörer som har tillstånd ska inte drabbas av hårdare sanktioner än spelaktörer som försöker kringgå spellagstiftningen. Vidare kan effektiviteten av både IP-blockering och

¹⁰⁵ Dir 2015:95 s. 1.

¹⁰⁶ Dir 2015:95 s. 7 ff.

blockering av betalningstransaktioner i viss mån ifrågasättas, men detta måste vägas mot tillståndshavarnas legitima förväntningar på att deras tillstånd inte ska utsättas för otillbörlig konkurrens. Slutligen menar Lotteriinspektionen att mycket talar för att spelutbudet på den reglerade marknaden i hög grad måste motsvara utbudet på den oreglerade marknaden för att en kanalisering ska bli effektiv.¹⁰⁷

3.4.3.2 Eegna synpunkter

Än så länge går det endast att göra kvalificerade gissningar kring hur det kommande förslaget på en ny spelreglering kommer att se ut, men i mångt och mycket är det troligt att den kommer att likna det förslag som presenterades i 2008 års utredning. Mot bakgrund av det EU-rättsliga ramverk som presenterats ovan i avsnitt 2.2 är det tydligt att medlemsstaterna har ett stort utrymme att fastställa vilken reglering som bäst tillfredsställer skyddet av de tvingande hänsyn som godtagits i EU-rättspraxis. Det kanske viktigaste som Sverige och andra medlemsstater behöver ta fasta på är att inskränkningar på spelområdet som motiveras av tvingande hänsyn ska syfta till att verkligen begränsa spelomöjligheterna och verksamheten på detta område på ett sammanhängande och systematiskt sätt. Vidare ska en inskränkning alltid uppfylla Gebhard-testet och därmed inte vara diskriminerande, vara motiverad av tvingande hänsyn, vara lämplig i förhållande till den målsättning som eftersträvas, samt vara nödvändig och proportionerlig. Därtill finns ingen skyldighet att först företa en utredning som visar på att de inskränkande åtgärder som implementeras är proportionerliga i förhållande till de syften och den skyddsnivå som eftersträvas. En inskränkande åtgärd som strider mot EU:s grundläggande friheter får emellertid inte ens tillämpas under en övergångsperiod och behöver således omedelbart åtgärdas. I det följande kommer de tre alternativ som jag bedömer som ett sannolikt resultat av Spellicensutredningen.

(1) I det fallet att Spellicensutredningen resulterar i att spelmonopolet avvecklas helt och att ett licenssystem träder in i dess ställe, där alla spelaktörer på marknaden tävlar på samma villkor, är det enligt min mening enklare att uppnå de EU-rättsliga kraven. Detta eftersom det då mer eller mindre råder fri konkurrens på den svenska spelmarknaden utifrån de villkor som uppställts i svensk spellagstiftning. Så länge Sverige sköter sig i förhållande till hyckleritestet och de villkor för att agera på den svenska spelmarknaden inte är diskriminerande, lämpliga i förhållande till den som målsättning som eftersträvas,

¹⁰⁷ Lotteriinspektionen, Spelmarknaden 2015 s. 8 f.

och nödvändiga och proportionerliga bör det inte finnas något att anmärka på från EU-rättsligt håll.

Därtill måste det finnas regler som begränsar marknadsföringsåtgärder från de legala spelaktörerna. Detta eftersom EU-domstolen uttalat att syftet att skydda konsumenterna mot spelberoende är i princip oförenligt med en expansiv spelpolitik, och en sådan politik kan därför endast vara sammanhängande om de olagliga verksamheterna har en avsevärd omfattning. Det kan i sammanhanget noteras att de olagliga spelaktörerna förhoppningsvis kommer att bli mycket färre vid införandet av ett licenssystem kombinerat med ett effektivt system för blockering av bl.a. IP-adresser och domännamn. De nya marknadsförutsättningarna, där olaglig verksamhet endast förekommer i begränsad omfattning, kan dock innebära att det inte längre bedöms som sammanhängande om de legala spelaktörerna genomför en expansionistisk marknadsföringspolitik.

Det är värt att observera att det enligt min bedömning inte föreligger några EU-rättsliga hinder för att införa ett system för blockering av IP-adresser, domännamn och betalningsförmedlingstjänster. Detta mot bakgrund av det som framhållits i avsnitt 2.2.6 om EU-domstolens särskilt hårda inställning mot onlinespel. Avslutningsvis är det viktigt att tillståndsförfarandet går riktigt till, dvs. att principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn iakttas.

(2) I händelse av att Spellicensutredningen resulterar i att spelmonopolet endast delvis avvecklas (hybridsystem), vilket bl.a. föreslogs i 2008 års utredning, gäller fortfarande vad som anförts direkt ovan, men det är dock svårare att uppfylla Gebhard- och hyckleritestet. Detta eftersom monopolinnehavarna, såsom nämnts tidigare, lyder under striktare krav vad gäller bl.a. marknadsföring som ska vara måttfull och inte gå utöver vad som är absolut nödvändigt för att styra konsumenterna till tillåtna spel. Det ska dock poängteras att det är helt i sin ordning enligt EU-domstolens rättspraxis att förbehålla vissa spel om pengar vid ett eventuellt licenssystem. Domstolen har konstaterat att en medlemsstat kan sätta olika skyddsnivåer beroende på vilket slags spel om pengar det är fråga om och således tillämpa ett monopolsystem för vissa speltyper och ett mer öppet system för andra. Detta eftersom det är klarlagt att olika hasardspel kan skilja sig åt på väsentliga punkter. Den stora skillnaden mellan ett renodlat licenssystem och ett hybrid-system är dock den balansgång som monopolinnehavarna och eventuellt staten behöver företa för att inte strida mot fast EU-rättspraxis.

(3) I det fallet att Spellicensutredningens förslag till ny spelreglering inte resulterar i någon förändring är det mot bakgrund av avsnitt 3.3 tydligt att den svenska spelmodellen behöver förstärkas. De tre saker som enligt min mening är av störst vikt är att det för det första tydliggörs i lagstiftningen vilka tvingande hänsyn som den svenska spellagstiftningen grundar sig på och inte som i 2008 års utredning försöka dölja att ett av huvudsyftena med den svenska spelmodellen är att finansiera det allmänna och allmännyttiga verksamheter. För det andra måste man säkerställa att monopolinnehavarna håller sig inom ramarna för vad som är acceptabelt ur EU-synpunkt gällande bl.a. marknadsföringsåtgärder. Striktare kontroll och tillsyn kan vara behövligt. För det tredje är det helt avgörande att främjandeförbudet i 38 § lotterilagen stärks och att utländska spelaktörer effektivt utestängs från den svenska spelmarknaden. Ett system för blockering av IP-adresser, domännamn och betalningsförmedlingstjänster är att rekommendera. Det är inte hållbart att de utländska spelaktörernas marknadsandel växer för varje år samtidigt som de undgår all myndighetskontroll. Den svenska spellagstiftningen kan inte uppfylla kravet på att verkligen begränsa spelmöjligheterna och spelverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt om inte de utländska spelaktörerna utestängs. I sammanhanget ska dock uppmärksammas att regeringens förslag i Prop. 2016/17:8 – Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, kommer att förbättra den svenska spellagstiftningen på flera punkter. Detta förslag tillgodoser dock inte i tillräcklig utsträckning de tre viktigaste synpunkter jag framhållit ovan och behöver därför kompletteras på dessa punkter. Regeringens förslag redogörs för i följande avsnitt.

3.4.3.3 Regeringens förslag – Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen

En utgångspunkt i regeringens förslag är att tillstånd att anordna lotteri endast ska få ges om det kan antas att verksamheten kommer att bedrivas på ett sätt som säkerställer att nödvändiga sociala och hälsomässiga skyddshänsyn tas. Lotteriinspektionen gör redan idag en bedömning av om en verksamhet kommer att bedrivas på ett från allmän synpunkt lämpligt sätt och det är därför naturligt att den även undersöker huruvida dessa verksamheter säkerställer att nödvändiga sociala och hälsomässiga skyddshänsyn tas.¹⁰⁸

Vidare föreslår regeringen att det ska införas ett krav på att måttfullhet ska iakttas vid marknadsföring av lotterier till konsumenter. Det kan vara intressant att notera att regeringens förslag avviker från promemorians, där det föreslogs att samma krav som

¹⁰⁸ Prop. 2016/17:8 s. 21 ff.

gäller vid marknadsföring av alkohol ska gälla, dvs. det något strängare kravet att särskild måttfullhet ska iakttas och inte alltså endast måttfullhet vid marknadsföring av lotterier till konsumenter. Regeringen konstaterade att det finns en omfattande forskning som visar på en tydlig koppling mellan marknadsföring och konsumtion av alkohol, särskilt bland unga. På lotteriområdet är detta samband inte lika klarlagt. Regeringen framhöll att det förvisso finns vissa likheter ur risksynpunkt mellan konsumtion av alkohol och deltagande i lotterier, men att det efter en samlad bedömning inte är lämpligt att uppställa samma krav på marknadsföring av lotterier som på marknadsföring av alkoholprodukter.¹⁰⁹

Enligt min mening kan regeringens ställningstagande ifrågasättas mot bakgrund av EU-domstolens inställning gällande onlinespel och att domstolen rent generellt betraktar spel om pengar som en ekonomisk verksamhet som konsumenter behöver skyddas ifrån. Därtill har EU-domstolen, som nämnts ovan i avsnitt 2.2.2, intagit en mer strikt hållning avseende inskränkande åtgärder för alkoholprodukter i *Rosengren m.fl.* Jag ansluter mig därför till promemorians förslag om att det inte finns anledning att införa striktare lagstiftning för alkoholprodukter än för spel om pengar. Det föreligger i vilket fall inga hinder från EU-rättsligt håll att införa ett krav på särskild måttfullhet istället för måttfullhet vid marknadsföring av spel om pengar.

Regeringen avser även att delvis stärka främjandeförbudet, den konstaterade nämligen att den svenska marknadsrättsliga lagstiftningen bygger på den s.k. effektlandsprincipen. Principen innebär dels att svensk marknadsrätt är tillämplig på marknadsföring som har effekt på eller riktar sig mot den svenska marknaden, även om marknadsföringen härrör från utlandet, och dels att svensk myndighet är behörig att ingripa mot sådan marknadsföring. Huruvida en marknadsföringsåtgärd kan anses riktad mot den svenska marknaden får avgöras efter en helhetsbedömning i det enskilda fallet. Som ett belysande exempel ska dock svensk myndighet kunna ingripa mot all marknadsföring av lotteritjänster i svensk tryckt media och på Internet där bl.a. val av språk, tillämplig valuta och andra nationella kännetecken gör att marknadsföringen kan anses riktad mot den svenska marknaden. Enligt min mening stor brist med effektlandsprincipen och den rätt till att ingripa mot otillbörlig marknadsföring som den medger, är det regeringen framhåller om marknadsföring av spel om pengar som sker i tv-kanaler etablerade i andra EU-medlemsstater. Det skulle förvisso gå att ingripa mot sådan marknadsföring, men det

¹⁰⁹ A.prop. s. 26 ff.

skulle förutsätta ett särskilt stöd i radio- och tv-lagen (2010:696).¹¹⁰ Ingen i Sverige har sannolikt lyckats undgå att det förekommer mycket reklam från utländska spelaktörer på TV. Att den svenska staten i fortsättningen förhindrar att så sker är enligt min mening ett måste för att inte riskera att strida mot EU-domstolens rättspraxis och det finns inga direkta hinder från EU-rätten att förhindra att utländska spelaktörer marknadsför sig i Sverige, tvärtom är det vad som förväntas om en medlemsstat valt ett så ingripande skyddssystem som ett monopolsystem.

Regeringen föreslår vidare att en korshänvisning mellan lotterilagen och marknadsföringslagen (2008:486) ska införas. Således skulle en bestämmelse införas i lotterilagen som fastställer att marknadsföring som strider mot lagens reglering av marknadsföring av lotterier vid tillämpningen av marknadsföringslagen ska anses som otillbörlig marknadsföring enligt 5, 23 och 26 §§ samma lag. I marknadsföringslagen införs en upplysning om att bestämmelser om marknadsföring finns i lotterilagen.¹¹¹

Regeringens förslag kan enligt min mening betraktas som ett steg i rätt riktning. Det säkerställer emellertid inte i tillräcklig utsträckning att de viktigaste bristerna med den svenska spelmodellen förstärks. Förslaget genomförs dock parallellt med Spellicensutredningens kommande förslag på ny spelreglering och var således inte tänkt att vara heltäckande utan framför allt att täppa igen de enligt regeringen mest akuta bristerna. Förhoppningen med regeringens förslag är sannolikt att det ska vara tillräckligt för att EU-kommissionen ska lägga ned sin fördragsbrottsanmälan. Jag är av uppfattningen att det inte är tillräckligt och att det därmed blir upp till Spellicensutredningen att fixa den svenska spelmodellen en gång för alla.

4 Avslutande kommentarer

Syftet med denna uppsats har varit att granska det svenska spelmonopolet i ljuset av EU-rätten. Det har inledningsvis konstaterats att spel om pengar idag utgör en mångmiljardindustri som till följd av den tekniska och kommunikativa utvecklingen lett till att spelbolagen enkelt kan tillhandahålla sina speltjänster via webben till alla världens länder. Detta gränsöverskridande spelande har medfört att förutsättningarna för att upprätthålla

¹¹⁰ A.prop. s. 29 ff.

¹¹¹ A.prop. s. 37 ff.

en nationell spelmarknad minskat väsentligt och att nya tekniska, folkhälsopolitiska och lagstiftningsmässiga utmaningar väntas för regeringar runtom i världen.

Det har tidigt i uppsatsen konstaterats att spel om pengar inte utgör ett harmoniserat område inom EU. EU-domstolen har dock utvecklat en rik flora av principer och riktlinjer som kan anses utgöra EU-domstolens ramverk på spelområdet. Medlemsstaterna måste ta hänsyn till detta ramverk vid utformningen av sina nationella spelregleringar. Av detta EU-rättsliga ramverk framgår bl.a. vilka tvingande hänsyn som kan motivera en inskränkning på spelområdet, hur omfattande medlemsstaternas utrymme för skönmässiga bedömningar är, samt att det ställs ett generellt krav på att medlemsstaterna är konsekventa i teori och i praktik, såsom att valt skyddssystem representerar en motsvarande skyddsnivå.

EU-domstolens ramverk är flexibelt, men bygger på en stor grad tillit till medlemsstaterna. I det fallet att en medlemsstat missbrukar denna tillit och är inkonsekvent och således inte håller det den utlovat i sin spelpolitik, drar sig dock inte EU-kommissionen och även EU-domstolen från att anmärka på det. Enligt min mening är det EU-rättsliga ramverk som utvecklats av EU-domstolen tillräckligt tydligt för att vägleda EU:s medlemsstater vad som är förenligt med EU-rätten. Även om ramverket redan nu är tämligen omfattande är det dock inte otänkbart att det kan komma att byggas ut i senare rättspraxis för att t.ex. förtydliga om det verkligen är motiverat med särskilt stränga villkor för onlinespel.

Mot bakgrund av det EU-rättsliga ramverk som presenterats i uppsatsen konstateras vidare att den svenska spelmodellen inte når upp till de krav som ställs i detta ramverk. Det är för det första inte tydligt att den svenska spellagstiftningen bygger på tvingande hänsyn som godtagits i EU:s rättspraxis. För det andra uppfyller sannolikt inte den svenska spelmodellen kriteriet på att vara sammanhängande och systematiskt, och för det tredje föreligger brister vid koncessionsförfarandet enligt 45 § lotterilagen. Den svenska spelmodellen har förvisso i *Sjöberg och Gerdin* i princip ansetts förenlig med EU-rätten, men som har konstaterats i uppsatsen hade EU-domstolen inte alla fakta framför sig, det gällde dessutom en mycket specifik fråga. Detta gör det ytterst tveksamt om den svenska spelregleringen skulle ha bedömts som förenlig med EU-rätten under andra förhållanden.

Förhoppningarna på Spellicensutredningen är stora i och med de brister i det svenska systemet som konstaterats i uppsatsen. I nuläget går det endast att spekulera kring hur det kommande förslaget på en ny spelreglering kommer att se ut i detalj, men förslaget kommer med all sannolikhet att leda till tre olika alternativ. Det första alternativet är att

behålla spelmonopolet som det är idag, det andra är att delvis avreglera spelmonopolet och det tredje är att helt avreglera spelmonopolet och införa ett licenssystem i dess ställe. Oavsett vilket alternativ som blir följden av Spellicensutredningen måste Sverige respektera det EU-rättsliga ramverk som presenterats i denna uppsats. Det i sammanhanget allra viktigaste som Sverige och alla andra medlemsstater inom EU måste ta hänsyn till är att det råder konsekvens mellan de inskränkande åtgärder som implementeras (valt skyddssystem) och de syften samt den skyddsnivå som eftersträvas. De inskränkande åtgärderna ska syfta till att verkligen begränsa spelmöjligheterna och verksamheten på detta område på ett sammanhängande och systematiskt sätt. Slutligen ska en inskränkning av EU:s grundläggande friheter inte vara diskriminerande, vara motiverad av tvingande hänsyn, lämplig i förhållande till den målsättning som eftersträvas, samt nödvändig och proportionerlig.

För att återknyta till uppsatsens titel, ”Spelmonopolets vara eller icke vara”, kan sägas att spelmonopol inom EU är förenligt med EU-rätten. Det är emellertid tveksamt om det i praktiken är ett lämpligt tillvägagångssätt för att bl.a. skydda konsumenter och förhindra spelrelaterade bedrägerier på den inhemska spelmarknaden, mot bakgrund av att EU-domstolen ställer högre krav på en medlemsstat som valt en så ingripande åtgärd som ett monopol. Detta särskilt med tanke på de svårigheter som kan vara förknippade med att effektivt förhindra det idag gränsöverskridande spelet. Det är min mening att det finns en överhängande risk att en medlemsstat gör sig själv en otjänst vid valet av ett monopol-system. EU-domstolen har trots allt uttryckt att ett monopolsystem endast kan vara motiverat om det införs för att säkerställa ett särskilt starkt konsumentskydd. Är det svårt att med tekniska åtgärder, såsom blockering av IP-adresser och domännamn, effektivt utestänga otillåtna spelaktörer från den nationella spelmarknaden och upprätthålla det särskilt starka konsumentskyddet är ett monopolsystem inte att rekommendera.

Käll- och litteraturförteckning

Primära källor

Svensk rätt (offentligt tryck)

Prop. 1993/94:182. Ny lotterilag.

Prop. 2001/02:153. Lotterier över Internet m.m.

Prop. 2002/03:93. En framtida spelpolitik.

Prop. 2008/09:67. Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG.

Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen.

SOU 1992:130. Vinna eller försvinna.

SOU 2000:50. Från tombola till Internet översyn av lotterilagstiftningen.

SOU 2006:11. Spel i en föränderlig värld.

SOU 2008:12. En framtida spelreglering.

Dir. 2015:95. Omreglering av spelmarknaden.

Svenska domstolar

NJA 2012 s. 1073.

MD 2009:15.

EU-rätt

Fördraget om Europeiska Unionen.

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt.

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/849 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt eller finansiering av terrorism.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/83/EU om konsumenträttigheter.

Rådets direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentavtal.

Europeiska unionens domstol

Schindler, C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119.

Gebhard, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411.

Läärä m.fl., C-124/97, ECLI:EU:C:1999:435.

Zenatti, C-67/98, ECLI:EU:C:1999:514.

Anomar m.fl., C-06/01, ECLI:EU:C:2003:446.

Gambelli m.fl., C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597.

Lindman, C-42/02, ECLI:EU:C:2003:613.

Placanica m.fl., C-338/04, C-359/04 och C-360/04, ECLI:EU:C:2007:133.

Rosengren m.fl., C-170/04, ECLI:EU:C:2007:313.

Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International (Santa Casa), C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519.

Sporting Exchange m.fl. (Betfair), C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307.

Ladbrokes Betting & Gaming och Ladbrokes International (Ladbrokes), C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308.

Sjöberg och Gerdin, C-447/08 och C-448/08, ECLI:EU:C:2010:415.

Winner Wetten, C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503.

Stoß m.fl., C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, ECLI:EU:C:2010:504.

Carmen Media Group, C-46/08, ECLI:EU:C:2010:505.

Engelmann, C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506.

Zeturf, C-212/08, ECLI:EU:C:2011:437.

Dickinger och Ömer, C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582.

Costa och Cifone, C-72/10 och C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80.

HIT och HIT LARIX, C-176/11, ECLI:EU:C:2012:454.

SIA Garkalns, C-470/11, ECLI:EU:C:2012:505.

Stanley International Ltd m.fl., C-186/11 och C-209/11, ECLI:EU:C:2013:33.

Biasci m.fl., C-660/11 och C-8/12, ECLI:EU:C:2013:550.

Pfleger m.fl., C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281.

Dansk Automat Brancheforening, T-601/11, ECLI:EU:T:2014:839.

Stanley International Betting Ltd, C-463/13, ECLI:EU:C:2015:25.

Sekundära källor

Litteratur

Sandgren, Claes, ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?”, I: Tidskrift for Rettsvittenskap, 2005, Vol. 118, nr 4-5, s. 648–656 (cit: Sandgren).

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011 (Cit: Hettne & Eriksson).

Hettne, Jörgen, *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*, Bilaga 9, RiR 2012:15 (cit: Hettne).

Yanchev, Velichko, 'Between the Hammer and the Hard Place: European Gambling Regulation in the Post-Santa Casa Era', 23 *European Business Law Review*, 2012, Issue 2, s. 213–251 (cit: Yanchev).

EU-kommissionen

EU-kommissionen, Pressmeddelande, 2012, IP/12/1135.

EU-kommissionen, Pressmeddelande, 2013, IP/13/1101.

EU-kommissionen, Pressmeddelande, 2014, IP/14/1150.

EU-kommissionen, Grönbok om onlinespel på den inre marknaden, Bilaga, SEC (2011) 321 Final.

EU-kommissionen, En övergripande europeisk ram för onlinespel, Bilaga, COM (2012) 596 Final.

Övrigt

ATG, Årsredovisning 2008.

ATG, Årsredovisning 2015.

Enhancing Cross-Country Cooperation to Tackle Challenges of Online Gambling, EU-kommissionen, 2016 (26/7 2016), <http://ec.europa.eu/growth/sectors/gambling/>.

Lotteriinspektionen, *Spelmarknadens utveckling – I Sverige och internationellt*, 2015 (cit: Lotteriinspektionen, Spelmarknaden 2015).

Riksrevisionens rapport, *Staten på spelmarknaden – när man målen?*, RiR 2012:15.

Riksrevisionens rapport, *EU-rätten och den svenska spelregleringen*, Bilaga 6, RiR 2012:15.

Svenska Spel, Årsredovisning 2008.

Svenska Spel, Årsredovisning 2015.

Så blev Sverige med i EU, EU-upplysningen, 2016 (10/10 2016), <http://www.eu-upplysningen.se/Sverige-i-EU/Sa-blev-Sverige-med-i-EU/>.