

*Vänbok till  
Mats Melin*

*Redaktörer*

Thomas Bull,  
Henrik Jermsten  
och Sara Uhrbom

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2018

Upplaga 1:1

ISBN 978-91-7737-923-0

Produktion: eddy.se ab, Visby 2018

Omslag: John Persson

Foto: Carl Johan Erikson

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30

Webbadress: [www.iustus.se](http://www.iustus.se), e-post: [kundtjanst@iustus.se](mailto:kundtjanst@iustus.se)

Printed by Dimograf, Poland 2018

# Myt och verklighet i Högsta förvaltningsdomstolens tillämpning av proportionalitetsprincipen i spelmål

## Inledning

Svenska regeringar har i över 30 år bedrivit en spelpolitik som mer eller mindre har syftat till att stärka statskassan. En central förutsättning för politiken har varit att ge de statligt ägda och kontrollerade spelbolagen Svenska Spel och ATG ett betydande kommersiellt handlingsutrymme. Genom massiva reklamkampanjer har bolagen bidragit till en tidsanda som accepterar spelande som någonting nästan samhällsnyttigt och roligt. Alla minns vi hur en kavalkad av statliga direktörer överlämnat groteskt stora checkar till belåtna finansministrar. Reklambudskapen har signalerat att det i det närmaste skulle vara mer accepterat att bli förmögen genom att vinna storkovan på Lotto eller Harry Boy än att bli rik genom entreprenörskap. Denna tidsanda skulle i början av 2000-talet visa sig vara den ”perfekta stormen” för den framväxande spelindustrin på Internet. *The rest is history*, som man brukar säga.

Dagens svenska spelmarknad präglas av onlinebaserade och gränsöverskridande spelföretag, som i dag har en marknadsandel på cirka 23 procent. De tar en allt ökande del av den svenska marknaden på de statliga spelbo-

lagens bekostnad. Onlinespelföretagen har verkat på den svenska marknaden i cirka tjugo år. De femton i Sverige börsnoterade onlinespelföretagen representerar ett börsvärde på 69 miljarder kronor (11 miljarder kronor år 2011). Få företag har så stora vinstmarginaler som spelföretagen. Nettoomsättningen för de i Sverige verksamma onlinespelföretagen var år 2016 5,1 miljarder kronor. Marknaden är flödad av spelprodukter och spelreklam från såväl privata som statliga bolag. Så har bilden sett ut de senaste tio åren. Detta är den verklighet vi har att utgå ifrån.<sup>1</sup>

Denna verklighet är sanktionerad av den svenska rättsordningen. Avsaknaden av förbud och kriminaliseringar av gränsöverskridande spel och reklam, medlemskapet i EU och omtanken om de statliga bolagens intäkter har, ackompanjerad av den spelvänliga tidsandan, skapat denna verklighet. De politiska målsättningarna om konsumentskydd och folkhälsa har sålades inte kommit att genomföras på den svenska spelmarknaden.

För att kanalisera de utländska spelföretagens intäkter till staten har nu regeringen beslutat att införa ett licenssystem som möjliggör beskattning av deras vinster. Systemet är tänkt att träda i kraft den 1 januari 2019.<sup>2</sup>

Trots att de utländska spelföretagen har kunnat operera tämligen fritt på den svenska marknaden har dessa företag kommit att utmana det så kallade främjandeförbudet i 38 § lotterilagen med EU-rättsliga argument. Förbudet innebär begränsningar av de privata aktörernas marknadsföring i förhållande till de statliga konkurrenternas. Dessa förbjuds att främja deltagande i utländska spel på nätet. Denna inskränkning i de privata spelbolagens frihet att erbjuda gränsöverskridande tjänster har lett till ett antal rättsprocesser som så småningom hamnat på Regeringsrättens och Högsta förvaltningsdomstolens bord. På samma sätt har privata bolag ifrågasatt ATG:s ensamrätt att erbjuda spel på hästar.

Denna artikel handlar om hur slutinstansen hanterat den EU-rättsliga frågan om den svenska regleringens proportionalitet. Lever den upp till EU-rättens krav på sammanhang, systematik och koherens? Hur har slutinstansen tillämpat proportionalitetsprincipen i spelmålen?

## Spel- och alkoholpolitikens proportionalitet – en jämförelse

När Regeringsrätten i början av 2000-talet kom att få ett antal spelmål på sitt bord förelåg en hel del rättspraxis rörande det svenska alkoholmonopolens förenlighet med EU-rätten.

<sup>1</sup> SOU 2017:34 En omreglerad spelmarknad, s. 25.

<sup>2</sup> SOU 2017:34 En omreglerad spelmarknad, s. 25.

Av särskilt intresse är målen angående det svenska alkoholmonopolet i vilka EU-domstolen fällt svenska regler efter relativt noggranna proportionalitetsbedömningar. Enligt min mening är jämförelsen mellan spel- och alkoholmonopolet central för förståelsen av proportionalitetsprincipen innehåll och funktion. Men framförallt är jämförelsen viktig för att förstå hur slutinstansen agerat.

I *Gourmet*-målet ansåg EU-domstolen (mål C-405/98) att ett förbud mot alkoholreklam utgjorde en inskränkning i rätten att tillhandahålla tjänster. Målet avgjordes slutligt av Marknadsdomstolen (mål nr 2003:5) som konstaterade att ett reklamförbud i alkohollagen utgjorde en oproportionerlig inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

I målet besvarade EU-domstolen de frågor som ursprungligen ställts av tingsrätten på följande sätt:

”Artiklarna 30 och 36 i EG-fördraget ... och artiklarna 56 och 59 i EG-fördraget ... utgör inte hinder mot ett sådant förbud mot kommersiella annonser för alkoholdrycker som det som föreskrivs i 2 § lagen (1978:763) med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker, i dess ändrade lydelse, för så vitt det inte mot bakgrund av de faktiska och rättsliga omständigheter som kännetecknar förhållandena i den berörda medlemsstaten framgår att det är möjligt att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar genom åtgärder som i mindre utsträckning påverkar handeln inom gemenskapen.”

Marknadsdomstolen, som slutligt hade att pröva målet, tog i sin bedömning utgångspunkt i att det inte förelåg någon presumtion för att nationell lagstiftning har företräde. Någon inskränkt proportionalitetsprövning skulle alltså enligt domstolen inte göras. Marknadsdomstolen konstaterade att det i proportionalitetsbedömningen inte ingår att kontrollera om ett slopat eller ett mera begränsat reklamförbud skulle bidra till att uppnå det eftersträlvade målet på ett lika effektivt sätt som det nuvarande förbudet. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att det för domstolen ingår i proportionalitetsbedömningen att fastslå om ett förbud faktiskt går för långt.

Marknadsdomstolen konstaterade att man hade att ta ställning till om alkoholreklamförbudet inte var mer betungande eller långtgående för handelsfriheten än vad som kan anses nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade målet för svensk alkoholpolitik. Om det fanns möjlighet att välja mellan flera verksamma åtgärder, skulle man välja den minst betungande, dvs. den åtgärd som påverkade handeln mellan medlemsstaterna minst. En åtgärd fick inte heller vara verkningslös.

Enligt Marknadsdomstolens mening borde proportionalitetsprövningen i detta fall innefatta en fullständig intresseavvägning mellan annonsförbudets

fördelar för det allmänna och förbudets nackdelar för gemenskapshandeln. Stod den fördel som det allmänna vann genom ingreppet i rimlig proportion till en skada som ingreppet förorsakade den enskilde?

När det gällde annonsförbudets betydelse i förhållande till uppnåendet av folkhälsomålet fanns enligt Marknadsdomstolen skäl för ifrågasättande. Domstolen underströk att det vid en proportionalitetsprövning måste beaktas att effekten av reklamförbudet rimligen påverkades av alternativa möjligheter till reklam, såsom reklam i anslutning till försäljningsställen, utländska tidningar som såldes i Sverige, reklam via internet och genom utländska tv-kanaler som nådde Sverige.

Till detta ska läggas de redaktionella texter om alkohol som, ofta med en lockande inramning, förekom i svensk dagspress, veckotidningar och tidskrifter. Marknadsdomstolen konstaterade att detta material är förhållandevis omfattande och hade ett innehåll och utseende som i praktiken kan tänkas påverka allmänheten på motsvarande sätt som alkoholreklam. Det finns skäl att ange Marknadsdomstolens proportionalitetsresonemang utförligt:

”För alla former av alkoholreklam innehåller alkohollagstiftningen emellertid restriktioner. Som exempel kan nämnas förbud mot reklam i TV och radio samt krav på särskild måttfullhet i reklamen. I sammanhanget kan också nämnas förbudet enligt Konsumentverkets riktlinjer mot reklam på offentliga platser och mot direktreklam. I kravet på särskild måttfullhet i alkoholreklamen har dessutom ansetts ligga ett krav på sträng återhållsamhet i förhållande till ungdomar. Detta återspeglas numera i 4 kap. 8 § alkohollagen som föreskriver ett uttryckligt förbud mot reklam för alkoholhaltiga drycker som riktar sig särskilt till eller skildrar barn och ungdomar. I den utsträckning som alkoholreklam över huvudtaget är tillåten råder således ett långtgående krav på måttfullhet. Detta tolkas i propositionen till alkoholreklamlagen (prop. 1977/78:178 s. 36) bl.a. så att reklam bildmässigt bör inskränkas till att visa själva varan och vad som på ett naturligt sätt hänger samman med den, såsom förpackningar och vissa tillbehör.

Det har från KO:s sida framhållits att ett upphävande av annonsförbudet skulle kunna ge en signal om att staten inte menar allvar med sin alkoholpolitik. Som tingsrätten konstaterat finns det emellertid redan nu andra faktorer som ger liknande signaler, t.ex. den ökade tillgängligheten till alkohol på grund av lördags- och kvällsöppna systembolagsbutiker och det stora utbud av tillåten reklam, bl.a. sådana tidningar som tillhandahålls i Systembolagets butiker och på restauranger samt i fackpress. I sammanhanget måste också beaktas de samlade styrmedel som staten har till sitt förfogande för skyddet av folkhälsan och, såsom tidigare anförts, annonsförbudets begränsade relativa betydelse i förhållande till dessa styrmedel bland vilka detaljhandelsmonopolet ansetts vara ett av de mest effektiva instrumenten.

Vid en samlad bedömning av de redovisade omständigheterna får annonsförbudet i sin nuvarande utformning bedömas vara föga effektivt i förhållande till sitt syfte.”

Speltjänster är inte förbjudna i Sverige. De statligt ägda spelbolagen erbjuder ett brett och väl utvecklat utbud av sådana tjänster. Det offentliga monopolet har genom åren bedrivit intensiv och aktiv marknadsföring och på så sätt fått spelmarknaden att blomstra. Det är dessutom, som ovan konstaterats, tillåtet för svenska kunder att spela på de tjänster som erbjuds av de utländska spelplanordnarna.

Sverige har upprättat ett monopol på försäljning av alkohol som skyddas av strikta regler rörande privatimport, tillgänglighet, marknadsföring och konsumtion.

I *Gourmet*-målet godtogs statens folkhälsoargument principiellt sett eftersom det är uppenbart att alkoholkonsumtion är förenat med folkhälsorisker.

Det finns dock inga samstämmiga undersökningar, varken från staten eller från dess myndigheter, Sveriges folkhälsoinstitut och Socialstyrelsen, som visar att spelberoende är ett allvarligt hälsoproblem. De åsikter som presenterats av myndigheterna går isär. Det står i vart fall klart att spelmissbruk är ett väsentligt mindre folkhälsoproblem än alkoholmissbruk.<sup>3</sup>

Alkoholkonsumtion är skadligt ur folkhälsosynpunkt. Det är vetenskapligt bevisat. Därför läggs stora summor årligen ner på att förhindra de negativa effekter som överdriven alkoholkonsumtion medför. Summan av de satsningar som görs för att förhindra spelberoende är generande minimal i jämförelse.

Den övervägande majoriteten av speltjänster som de statliga bolagen erbjuder är inte reglerade på något särskilt genomgripande vis på samma sätt som försäljningen av alkohol. De statliga (och privata) bolagen erbjuder i princip helt ostört dessa tjänster till konsumenter. En stor del av den statliga försäljningen sker genom privata ombud, som utgörs av privatägda spelbutiker. Trots det nya förbudet för underåriga att delta i vissa typer av spel, är det fortfarande möjligt för dem att spendera stora summor pengar på allmänna speltjänster som finns att tillgå hos privata spelombud. Den statliga tillsynen av de otaliga och vitt utspridda spelombuden som i teorin ska utföras har genom åren uppvisat betydande brister.

De statligt ägda och kontrollerade spelbolagen är några av de största köparna av reklam på hela den svenska reklammarknaden, alla kategorier inräknade. Så är fortfarande fallet, trots att bolagen från tid till en annan

<sup>3</sup> Se Socialstyrelsens årsberättelser om folkhälsotillståndet i Sverige 2000–2010.

försökt sänka sina reklaminvesteringar efter kritik från domstolar, politiker och det civila samhället. Marknadsföringen av de statliga speltjänsterna riktar sig till alla typer av media: tidningar, tv, PR, sponsring, redaktionellt, specialproducerade tv-program etc. Det finns i princip inga begränsningar eller restriktioner som riktar sig mot dessa bolag vad gäller omfattningen av deras marknadsföring (statlig nätpoker utgör emellertid till viss del ett undantag).

Den spelpolitik som i praktiken genomförts i Sverige har ökat spelandet i samhället. Denna politik har i princip varit oförändrad de senaste 20 åren. Detta har lett till ökad tillgänglighet av statliga speltjänster. Nya tjänster har introducerats och gamla produkter har utvecklats. Spel om pengar i Sverige utgör i dagsläget, tack vare statens spelpolitik, en integrerad del av den svenska kulturen.

Det finns således en slående skillnad mellan den svenska alkoholpolitiken och spelpolitiken. Därför är det högst relevant att undersöka det proportionalitetstest som användes i *Gourmet*. Där kom Marknadsdomstolen fram till att förbudet mot alkoholreklam hade begränsad verkan i förhållande till förbudets skyddssyfte, främst eftersom den svenska konsumenten redan hade tillgång till alkoholreklam från en mängd andra källor.

Om samma proportionalitetstest appliceras på spelmarknaden och lotterilagens främjandeförbud står det klart att förbudet mot utländsk spelreklam saknar förutsättningar att ha någon som helst effekt på folkhälsan. Den svenska och europeiska marknaden är ju översvämmad av spelreklam. Staten har aldrig presenterat någon bevisning som visar de positiva effekter på folkhälsan som ett reklamförbud för utländska spelsajter har. Ingen har heller sett bevis på att ett statligt monopol är bättre ägnat att sköta vissa typer av spel i syfte att skydda folkhälsan och konsumenter mot att bli utsatta för brott eller bedrägligt beteende. Staten har heller aldrig förklarat varför spel som erbjuds av privata aktörer är mer skadligt än de spel som erbjuds av de statliga aktörerna. Det beror sannolikt på att de spel som erbjuds är väsentligen likartade ur folkhälsosynpunkt.

Låt oss ta alkoholjämförelsen ett steg längre. I det beramade *Rosengren*-målet (C-170/04), var frågan om ett privatimportförbud kunde motiveras av folkhälsoskäl. Domstolen kom att undersöka om förbudet mot privatimport klarade ett proportionalitetstest. Inom ramen för sin proportionalitetsundersökning undersökte EU-domstolen om de svenska reglerna var effektiva nog för att uppnå sitt syfte. Domstolen fann att så inte var fallet vilket ledde till att reglerna inte kunde anses vara motiverade. Enligt domstolen kunde förbudet mot privatimport inte motiveras av folkhälsoskäl eftersom



Systembolaget i alla fall var tvungen att tillgodose konsumenternas efterfrågan av importerade produkter.

Ett totalförbud kunde inte heller anses vara motiverat p.g.a. behovet av ålderskontroll eftersom Systembolaget har en bred kundkrets inom vilken ålderskontrollen är bristfällig, särskilt vid försäljningen genom mellanhänder. Detta kan jämföras med det erbjudande av speltjänster som sker via ombud. Det torde stå klart att ålderskontrollen vad gäller Systembolagets utlämningsställen är långt effektivare än den kontroll som sker hos statens spelombud (tobaksaffärer, pizzerior etc.). Den svenska spelregleringen skulle således kunna underkännas redan på denna grund.

I normala fall överlåter EU-domstolen frågan om bedömningen av proportionaliteten av de nationella åtgärderna till de nationella domstolarna. Men på den här punkten skiljer sig *Rosengren*-målet från andra mål. EU-domstolen valde nämligen att avgöra de allra flesta frågorna i målet och lämnade ett ytterst begränsat tolkningsutrymme till Högsta domstolen. EU-domstolen uttalade (domskälen p. 51) att det är ”uppenbart att förbudet går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade målet att skydda ungdomar från alkoholkonsumtionens skadeverkningar.”

Den grundfråga som varje sansad bedömare måste ställa sig är: om det relativt sammanhängande och systematiska svenska alkoholmonopolet inte överlever en proportionalitetsbedömning av EU-domstolen eller Marknadsdomstolen, hur i hela friden ska det svenska spelmonopolet kunna göra det? Jämfört med alkoholmonopolet framstår spelmonopolet ur folkhälsosynpunkt närmast som Madame Tussauds skräckkabinett med avseende på proportionalitet, sammanhang, systematik och koherens.

## **Proportionalitetsprincipen i spelmål**

Spelmonopol är en relativt vanlig företeelse i många av EU:s medlemsstater. EU-domstolen har vid ett antal tillfällen undersökt om enskilda länders lagstiftningar varit förenliga med EU-rätten. Domstolen har under lång tid intagit en försiktig hållning och inte vågat kritisera dessa regelverk alltför hårt.<sup>4</sup> Denna praxis står i stark kontrast till andra avgöranden från EU-domstolen under samma period. EU-domstolen har varit relativt sträng mot medlemsstaterna på andra områden där medlemsstaterna infört handelshinder. Inom spelområdet har EU-domstolen å andra sidan gett klara riktlinjer för vad nationella domstolar ska ta i beaktande när de utför proportionalitetstestet.

<sup>4</sup> Se EU-domstolens avgörande i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039.

Enligt min mening står det klart att begränsningar i friheten att tillhandahålla tjänster endast kan rättfärdigas om de inte är diskriminerande, grundas på tvingande hänsyn av allmänt intresse (konsumentskydd eller allmän ordning), är ägnade att förverkliga åberopade allmänna skyddshänsyn samt inte går längre än vad som är nödvändigt. Dessa krav på inskränkningarna följer av fast rättspraxis från EU-domstolen (se exempelvis *Gambelli*, *Placanica* och *Lindman*).<sup>5</sup>

EU-domstolen har i målet *Lindman* slagit fast att medlemsstaten har bevisbördan för existensen av hot och risker för konsumentskydd och allmän ordning (kriminalitet mot spelkonsumenter och folkhälsa). I målet *Gambelli* har vidare EU-domstolen slagit fast att inskränkningarna i friheten att tillhandahålla tjänster inte är proportionerliga om de inte är koherenta, sammanhängande och uppfyller kravet på systematik.

I sina avgöranden rörande den norska spelregleringen (domar i mars och maj 2007)<sup>6</sup> har EFTA-domstolen tillämpat dessa krav som EU-domstolen ställt upp. EFTA-domstolen har emellertid utvecklat och förfinat kriterierna för proportionalitetsprövningen i flera avseenden. Enligt EFTA-domstolen måste koherens, systematik och nödvändighet bedömas individuellt för varje åberopat skyddshänsyn, för varje spelform och för samtliga aspekter av den statliga spelpolitiken.

Medlemsstaten har enligt EU-domstolens rättspraxis en relativt stor frihet att välja vilken typ av spelreglering som passar bäst: statligt monopol, totalförbud eller licenssystem. Denna valmöjlighet följer bl.a. av att medlemsstaterna har olika moralisk, religiös och kulturell bakgrund. I *Gambelli*<sup>7</sup> uttalar domstolen:

”att de moraliska, religiösa eller kulturella betänkligheter, samt de skadliga moraliska och finansiella följderna för den enskilde och samhället, som följer av spel och vadhållning *kan* (min kursivering) vara omständigheter som rättfärdigar att de nationella myndigheterna ges ett tillräckligt utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller att fastställa vad som krävs för att skydda konsumenterna och ordningen i samhället.” (domskälen p. 63)

Valet av regleringsalternativ (skyddsnivå) är således en sak. En annan sak är den ram som gäller för genomförandet av politiken. På denna punkt är EU-domstolen tydlig.

<sup>5</sup> C-243/01 *Gambelli*, C-338, 359 och 360/04 *Placanica*, C-42/02 *Lindman*.

<sup>6</sup> Case E-3/06 – *Ladbrokes Ltd. v The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food* samt Case E-1/06 – *EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway*.

<sup>7</sup> Mål C-243/01.

I sin doktorsavhandling ”Rättsprinciper som styrmedel” (Norstedt Juridik, 2008, s. 180) bekräftar Jörgen Hettne denna rättsuppfattning:

”Att medlemsstaterna givits utrymme att själva välja regleringsalternativ innebär inte att kravet på att den valda restriktionen skall vara nödvändig och stå i proportion till ett legitimt syfte bortfaller. Som nämdes ovan kan man från EU-domstolens senare rättspraxis utläsa krav på en mer ingående proportionalitetsprövning i speländan. Även Rosengrenmålet är en tydlig fingervisning om att det skönsmässiga utrymmet för medlemsstaternas politiskt betonade val är högst begränsat om den förda politiken inte framstår som effektiv i förhållande till sitt syfte. Det är svårt att se att spelområdet skulle vara ett politiskt ”känsligare” område än alkoholpolitiken. Den nationella domstolen bör sålunda genomföra en proportionalitetsbedömning där regleringens verkliga effekt provas, dvs. om den bidrar på ett sammanhängande och systematiskt sätt till att minska spelmöjligheterna och begränsa spelverksamheten. Vid en sådan bedömning måste hänsyn tas till hur den svenska spel- och lotterimarknaden faktiskt ser ut idag där tillgängligheten och marknadsföringen gör att spelmonopolets spelbegränsande syfte kan ifrågasättas.”

Metoden för och omfattningen av proportionalitetsprövningen framgår med all önskvärd tydlighet av EU-domstolens rättspraxis och rättsvetenskaplig doktrin.

## **Regeringsrätten och proportionalitetsprincipen**

I *Wermdö Krog* prövade Regeringsrätten år 2004 (RÅ 2004 ref. 95) om den svenska spelregleringen var förenlig med bestämmelserna i EU-fördraget. Regeringsrätten anför i domarna att EU-domstolen har ansett att lotteri-verksamhet har en speciell beskaffenhet vilket motiverar att det införs restriktioner.

Regeringsrätten menar att EU-domstolens ståndpunkt är att man inte kan bortse från de moraliska, religiösa och kulturella betänkligheter som finns i samtliga medlemsstater när det gäller lotterier och andra spel om pengar. Regeringsrätten framhåller att EU-domstolen påpekat att lotterier och spel typiskt sett kan innebära stora risker för brott och bedrägerier. Dessa förhållanden ger enligt Regeringsrätten de nationella myndigheterna ett:

”tillräckligt utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller att fastställa vad som krävs för att skydda spelarna och – mera allmänt, med beaktande av varje medlemsstats sociala och kulturella särart – för att bevara ordningen i samhället, både vad gäller sättet att anordna lotterier, insatsernas storlek och användningen av de intäkter de genererar. Under dessa omständigheter är det deras sak att bedöma, om det finns anledning att helt eller delvis förbjuda verk-

samheter av detta slag eller endast begränsa dem och i detta syfte föreskriva mer eller mindre strikta kontrollåtgärder”.<sup>8</sup>

Regeringsrätten konstaterar därefter att, under förutsättning att den nationella lagstiftningen bärs upp av sådana legitima syften, så har medlemsstaterna ”*utomordentligt* (min kursivering) stor frihet att välja medlen för att uppnå målen”.

För att bedöma om staten har ett sådant handlingsutrymme måste emellertid först bedömas om den svenska lagstiftningen vilar på sådana syften: moraliska, religiösa och kulturella betänkligheter samt skyddet mot brott och andra oegentligheter mot spelkonsumenter.

När det gäller moraliska, religiösa och kulturella betänkligheter kan konstateras att några sådana skäl aldrig, vare sig i förarbeten eller i andra sammanhang, åberopats av staten som grund för inskränkningarna i rätten att anordna lotterier och andra spel om pengar. Detta har aldrig ens förts på tal från statens sida, inte heller i de aktuella målen.

Det kan i sammanhanget noteras att intäkter från lotterier och spel har ansetts utgöra en lämplig finansieringsform för verksamheten i ideella föreningar och att lagstiftningsarbetet under senare år sagts syfta till att stärka föreningslivets möjligheter till intjäning från spelverksamhet.<sup>9</sup> Det förtjänar också att påpekas att det regeringsbärande Socialdemokratiska Arbetarepartiet för egen del tar in stora intäkter från spelverksamhet. Dessa utgör cirka 40 procent av partiets sammanlagda intäkter.<sup>10</sup> Under dessa förhållanden torde knappast kunna påstås att det i det svenska samhället föreligger några moraliska, religiösa och kulturella betänkligheter såvitt avser spelverksamhet i sig.

Staten har sålunda inget som helst handlingsutrymme utifrån dessa utgångspunkter. Regeringsrättens referens till moraliska, religiösa och kulturella betänkligheter saknar därmed all relevans för bedömning av omfattningen av statens handlingsutrymme.

<sup>8</sup> Regeringsrätten hänvisar här till EU-domstolens domar i *Schindler* (mål C-275/92 REG 1994 s I-1039), *Läärä* (mål C-124/97 REG 1999 s I-6067), *Zenatti* (mål C-67/98 REG S I-7289) och *Gambelli* (mål C-243/01).

<sup>9</sup> Här kan hänvisas till SOU 1992:130, ”Vinna eller försvinna – folkrörelsernas lotterier och spel i framtiden”. Se även propositionen till 1995 års lotterilag; prop. 1993/94:182. I princip alla större utredningar på lotteriområdet har haft som uppdrag att undersöka möjligheterna för föreningslivet att i större utsträckning finansiera sin verksamhet genom lotterier och spel.

<sup>10</sup> För det socialdemokratiska ungdomsförbundet SSU är andelen ännu större. Se om SAP:s och SSU:s spelverksamhet artikel i Dagens Nyheter den 31 juli 2004.

Därmed återstår att bedöma om det föreligger något annat skäl som talar för att staten har ett handlingsutrymme som rättfärdigar inskränkningar i friheten att tillhandahålla lotterier och andra spel om pengar.

Regeringsrätten hänför sig härvid till hypotetiska risker för brott och bedrägerier i samband med spelverksamhet. Skälet för att sådana risker föreligger skulle enligt Regeringsrätten vara de ”betydande belopp som kan inkasseras och de vinster spelarna kan erhålla”. I övrigt anförs inga omständigheter till stöd för att inskränkningarna är nödvändiga av sådana skäl.

Regeringsrättens bedömning vilar alltså huvudsakligen på hypotesen att spelverksamhet medför risker för kriminalitet. Det finns emellertid inga empiriska belägg för att sådan brottslighet skulle förekomma i någon nämnvärd omfattning. Intressant är att argumentet spelat en underordnad roll i det svenska lagstiftningsarbetet i förhållande till folkhälsoargumentet. Det är därmed inte förvånande att staten inte tillmäter argumentet någon större tyngd i spelmålen. Brottsbekämpningsargumentet kan sägas få förnyad aktualitet genom att Regeringsrätten själv tillmäter det stor – för att inte säga helt avgörande – betydelse.

Det är i detta sammanhang viktigt att erinra om vad EU-domstolen har uttalat när det gäller bedömningen av sådana omständigheter som Regeringsrätten lägger till grund för sin bedömning. EU-domstolen uttalar i *Gambelli*<sup>11</sup>

”att de moraliska, religiösa eller kulturella betänkligheter, samt de skadliga moraliska och finansiella följderna för den enskilde och samhället, som följer av spel och vadhållning *kan* (min kursivering) vara omständigheter som rättfärdigar att de nationella myndigheterna ges ett tillräckligt utrymme för skönsmåsig bedömningar när det gäller att fastställa vad som krävs för att skydda konsumenterna och ordningen i samhället.” (domskälen p. 63)

Regeringsrätten har emellertid inte prövat om det faktiskt föreligger sådana omständigheter som kan rättfärdiga inskränkningarna, utan har endast tagit detta för givet. Enligt EG-rätten ska emellertid den nationella domstolen göra en sådan prövning med utgångspunkt från de konkreta sakförhållanden som är för handen i den aktuella medlemsstaten. Detta är också skälet till att EU-domstolen i sina domar uttalat att det är de nationella domstolarna som är bäst lämpade att göra denna prövning.<sup>12</sup> Regeringsrätten har emellertid vid sin prövning endast fingerat sådana sakförhållanden.

<sup>11</sup> Mål C-243/01.

<sup>12</sup> Se exempelvis *Gambelli* p. 66.

Här går Regeringsrätten fel. Valet av regleringsalternativ (skyddsnivå) är en sak. En annan sak är den ram som gäller för genomförandet av politiken. Regeringsrätten blandar samman dessa frågor. På denna punkt är EU-domstolen, som nämnts ovan, tydlig.

Regeringsrätten har alltså gjort en felaktig tolkning av EU-rätten när den inte gjort någon prövning av om det verkligen föreligger sakförhållanden som skulle kunna rättfärdiga inskränkningarna.

Om det emellertid skulle konstateras att sådana omständigheter föreligger i det svenska samhället som enligt Regeringsrätten rättfärdigar inskränkningar i rätten att anordna lotterier och andra spel om pengar, ska framhållas att statens utrymme att göra sådana inskränkningar inte är obegränsat.

EU-domstolen har uttalat följande rättsgrundsats när det gäller begränsningarna i medlemsstaternas handlingsutrymme:

”I alla händelser måste inskränkningarna i etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster uppfylla de villkor som ställs i domstolens rättspraxis för att vara berättigade (se bland annat dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus, REG 1993, s. I-1663, punkt 32, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-167, och av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165, punkt 37).” (*Gambelli* domskälen p. 64)

”Enligt denna rättspraxis måste dessa inskränkningar motiveras av hänsyn till ett tvingande allmänintresse. De skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas, och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning. Under alla omständigheter skall de tillämpas på ett icke diskriminerande sätt.” (*Gambelli* domskälen p. 65)

Detta är den EU-rättsliga proportionalitetsgrundsats som ska tillämpas av nationella domstolar. Rättsregeln är tillämplig även avseende lotteri- och spelverksamhet. Regeringsrätten har emellertid vid sin prövning helt bortsett från de villkor EU-domstolen uppställt.

I detta sammanhang konstaterar Regeringsrätten istället följande:

”Proportionalitetskriteriet synes, i ljuset av EG-domstolens ovan redovisade uttalanden om medlemsstaternas frihet att välja nivå och metod för det skydd man vill ge de intressen som av domstolen anses legitima, spela en mindre framträdande roll.”

Regeringsrätten menar alltså att proportionalitetsgrundsatsen har en begränsad betydelse vid bedömningen av inskränkningar på spelområdet. Men i uttalandet antyds emellertid att Regeringsrätten anser att det i vart fall ska göras en begränsad proportionalitetsprövning. En genomgång av domen ger dock vid handen att Regeringsrätten inte gör någon sådan pröv-

ning. Slutsatsen blir att vad Regeringsrätten menar är att det över huvud inte ska göras någon proportionalitetsprövning. Denna rättstillämpning går stick i stäv med de kriterier och rättsregler som EU-domstolen formulerat i sin rättspraxis. I *Gambelli* uttalade EU-domstolen nämligen följande:

”Även om domstolen, i de ovannämnda domarna Schindler, Läära m fl. och Zenatti, har medgett att inskränkningar i anordnandet av spelverksamhet kan vara berättigade på grund av tvingande hänsyn av allmänintresse, såsom skyddet av konsumenter och för att förhindra bedrägerier och att medborgarna lockas till överdrivna spelutgifter, måste de restriktioner som grundas på sådana hänsyn, och på nödvändigheten att förhindra att ordningen i samhället störs, vara ägnade att säkerställa förverkligandet av dessa målsättningar på så sätt att dessa inskränkningar skall bidra till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt.” (domskälen p. 67)

”Av vad anförs följer att frågan (den nationella domstolens fråga till EG-domstolen; vår anmärkning) skall besvaras på följande sätt. En nationell reglering som föreskriver straffsanktionerade förbud mot att utöva verksamhet avseende upptagande, mottagande, registrering och förmedling av vad, i synnerhet vid sportevenemang, i frånvaro av koncession eller tillstånd som beviljas av den berörda medlemsstaten, utgör en inskränkning i etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster som fastställs i artiklarna 43 EG och 49 EG. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida en sådan lagstiftning, mot bakgrund av dess konkreta tillämpning, verkligen svarar mot målsättningar som kan rättfärdiga den, och huruvida de inskränkningar som den föreskriver inte framstår som oproportionerliga i förhållande till dessa målsättningar.” (domskälen p. 76)

Regeringsrätten har vid sin prövning helt bortsett från dessa av EU-domstolen formulerade rättsregler och har bestämt sig för att inte göra någon proportionalitetsprövning, dvs. konkret pröva om ”inskränkningarna är ägnade att säkerställa förverkligandet av dessa målsättningar på så sätt att dessa inskränkningar skall bidra till att begränsa vadhållningsverksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt”.

Trots att EU-domstolen genomgående i såväl mål rörande lotterier och spel som i övriga mål om inskränkningar i den fria rörligheten framhållit proportionalitetsbedömningens centrala ställning, anstränger sig Regeringsrätten att läsa rättspraxis från andra utgångspunkter. Regeringsrätten tycks med kryptiska ordalag mena att EU-domstolens lokutioner ”förefaller” eller ”framstår som oproportionerliga” i den svenska översättningen av de ovan angivna domskälen skulle innebära någon sorts begränsning av proportionalitetsprövningen eller snarast att denna egentligen inte behöver utföras. Detta resonemang saknar varje stöd i rättspraxis och är givetvis inte hållbart. De villkor EU-rätten uppställer framgår tydligt av EU-domstolens domar.

Att EU-rätten verkligen kräver en konkret proportionalitetsprövning framgår dessutom med all önskvärd tydlighet av domen i *Lindman* där EU-domstolen uttalar:

”Domstolen erinrar i detta avseende om att de skäl som en medlemsstat kan åberopa för att motivera en begränsande åtgärd som medlemsstaten vidtagit skall åtföljas av en bedömning av lämpligheten och proportionaliteten av denna åtgärd (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165, och av den 26 november 2002 i mål C-100/01, Oteiza Olazabal, REG 2002, s. I-10981).” (domskälen p. 26)

”Av de handlingar som i målet vid den nationella domstolen överlämnats av den hänskjutande domstolen till EG-domstolen framgår inte någon statistik eller något annat som påvisar att riskerna som är förknippade med lotteri är allvarliga eller, *a fortiori*, att det finns ett särskilt samband mellan sådana risker och medborgarnas i den berörda medlemsstaten deltagande i lotterier som anordnas i andra medlemsstater.” (domskälen p. 27)

Regeringsrätten synes helt ha bortsett från EU-domstolens uttalanden i *Lindman* som bland annat innebär staten skall *påvisa* (dvs. i princip har bevisbördan för) att sådana risker föreligger i samhället som motiverar inskränkningarna (se bland annat ovan angivna citat i *Lindman*).

Staten hade i de aktuella målen i Regeringsrätten inte åberopat några konkreta omständigheter till stöd för att det i någon nämnvärd omfattning förekommer brottslighet eller oegentligheter gentemot spelkonsumenter och att inskränkningarna därför skulle vara rättfärdigade under åberopande av sådana skyddshänsyn.<sup>13</sup> Staten hade endast åberopat att sådana omständigheter enligt EU-rätten i sig kan motivera inskränkningar. Det bör i sammanhanget framhållas att regeringens myndighet, Brottsförebyggande rådet (Brå), har uttalat att det saknas empiriska belägg för att det förekommer brottslighet eller oegentligheter till följd av de privata bolagens tillhandahållande av speltjänster.<sup>14</sup>

Regeringsrätten har sålunda vid sin prövning utgått ifrån att risker som är enbart *hypotetiska* kan rättfärdiga inskränkningar i rätten att anordna och främja lotterier och andra spel. Domstolen har vid sin prövning bort-

<sup>13</sup> Staten har i målet mellan spelbolaget Unibet och svenska staten (inläga av den 26 november 2004 i Eskilstuna tingsrätts mål T 2417-03 och T 2418-03), vidgätt att staten inte känner till ”om det finns något empiriskt material som visar att det finns kriminalitet eller otillbörliga kommersiella beteenden som riktar sig mot spelkonsumenter”. Det förefaller således inte existera något underlag som påvisar att det finns några risker härvidlag. Detta är en viktig omständighet eftersom staten härigenom de facto erkänner att inskränkningarna inte kan vara motiverade av sådana skyddshänsyn som EG-rätten accepterar.

<sup>14</sup> Brå-rapport 2006:18.



sett från centrala EU-rättsliga principer och tillagt den svenska staten ett i princip obegränsat politiskt handlingsutrymme att införa inskränkningar på området för lotterier och spel.

## **HFD och verkligheten på spelmarknaden**

Låt oss sammanfatta rättsläget. Det kan konstateras att all form av statlig reglering av nationella spelmarknader (system med tillstånd eller exklusiva rättigheter) innebär inskränkningar i den fria rörligheten för speltjänster på EU:s inre marknad, i synnerhet fri rörlighet för tjänster och etableringsfrihet.

EU-rätten ställer därför följande generella krav på nationella spelregleringar:

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

Ett övergripande krav som har blivit särskilt betydelsefullt på spelområdet är att den nationella regleringen måste framstå som sammanhängande och systematisk. Detta krav kan betraktas som ett utflöde av kravet på proportionalitet. Det kan uttryckas som att den politik som i praktiken förs, t.ex. genom statligt kontrollerade bolag, på ett objektivet sätt måste kunna leda till uppfyllandet av de mål som eftersträvas i den bakomliggande lagstiftningen. Annars är inte den nationella regleringen ”ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas” vilket är ett krav som följer av proportionalitetsprincipen. Det innebär att inskränkningar i EU-friheterna i form av exempelvis främjandeförbudet och ATG:s ensamrätt att anordna spel på hästar måste ha en effekt på folkhälsan, annars är de olagliga.

En central fråga för den svenska regleringens förenlighet med EU-rätten är således om de nämnda inskränkningarna har en visad effekt på folkhälsan. Bedömningen av denna fråga ska naturligtvis göras mot bakgrund av de reella förhållandena som råder på spelmarknaden idag.

Spellicensutredningen (SOU 2017:30) beskriver verkligheten enligt följande:

”Dagens situation präglas av att i Sverige oreglerade, onlinebaserade och gränsöverskridande spelföretag, som i dag har en marknadsandel på cirka 23 procent, tar en ökande del av den svenska marknaden på de reglerade företagens bekostnad. De i Sverige oreglerade onlinespelsföretagen har verkat på den svenska marknaden i cirka tjugo år. Det är på denna del av marknaden de konkurrensutsatta spelen finns. En stor del av de spel som föreslås konkurrensutsättas är spel som redan erbjuds av de i Sverige oreglerade onlinespelsföretagen på den svenska marknaden. Denna del av marknaden är med andra ord konkurrensutsatt redan i dag. De femton i Sverige börsnoterade onlinespelsföretagen representerar ett börsvärde på 69 miljarder kronor (11 miljarder kronor år 2011) vilket speglar de stora vinster företagen gör och de ännu större förväntningar marknaden har. Få onlinespelsföretag har så stora vinstmarginaler som onlinespelsföretagen. Nettoomsättningen för de i Sverige oreglerade onlinespelsföretagen var år 2016 5,1 miljarder kronor. År 2015 uppgick de i Sverige oreglerade onlinespelsföretagens marknadsföring till cirka 2,3 miljarder kronor. Den nuvarande lagstiftningen är således partiell och obsolet och svarar vare sig mot nuvarande eller framtida spelmarknad.”

Skälet till att den svenska spelmarknaden präglas av en expansiv och blomstrande spelmarknad där de statligt kontrollerade bolagen konkurrerar med de privata onlinespelsföretagen faller tillbaka på lagstiftaren själv. Ett talande exempel kan hämtas från SOU 2006:11, där utredningen övervägde möjligheterna att genom lagstiftning försvåra möjligheterna att erbjuda spel från utlandet i Sverige, över Internet och på liknande sätt, men fann att någon reell möjlighet härtill saknades. Några sanktioner mot spelare i Sverige eller leverantörer av förmedlingstjänster, såsom Internetleverantörer eller banker, föreslogs därför inte. Däremot föreslogs ett förbud mot att i Sverige erbjuda deltagande i lotterier som inte anordnats med stöd i lotterilagen. Detta förbud var avsett att träffa utländska anordnare vars verksamhet är tillgänglig i Sverige, exempelvis över Internet, men som inte kan anses vara anordnad eller annars ha ägt rum här. Förbudet föreslogs inte bli förenat med särskilda sanktioner. Detta kom emellertid aldrig att genomföras.

Den reglering som lagstiftaren valt har således ur spelkonsumentens perspektiv skapat en situation med ett gigantiskt utbud av speltjänster som tillhandahålls av både privata och statligt kontrollerade företag. Dessutom har lagstiftaren skapat en spelmarknad som är flödad av reklam för dessa tjänster. Denna utveckling har som Spellicensutredningen konstaterat pågått i 20 års tid. Detta är skälet till att utredningen benämner den nuvarande regleringen *obsolet*.

Det står därmed klart vilka omständigheter som ska läggas till grund för prövningen av om ATG:s ensamrätt och främjandeförbudet utgör proportionerliga inskränkningar i de privata aktörernas EU-rättigheter.

Är inskränkningarna ägnade att säkerställa förverkligandet av folkhälsan i Sverige? Går inskränkningarna utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning? För att det ska vara frågan om lagliga inskränkningar måste således staten först visa att det överhuvudtaget föreligger ett orsakssamband mellan ensamrätten och folkhälsan. För det andra måste staten visa att folkhälsan har förbättrats som en följd av inskränkningarna.

Det är snarast en underdrift att påstå att staten här står inför en övermäktig uppgift. Regeringens utredare har kallat de svenska inskränkningarna (ensamrätten och främjandeförbudet) för *obsoleta*, dvs. att reglerna kommit ur bruk och inte längre tillämpas av domstolarna. Vad som framförallt står klart är att ensamrätten och förbudet inte har varit normerande för förhållandena på dagens spelmarknad.

Det borde därför för varje seriös bedömare vara i det närmaste uppenbart att inskränkningarna utgör en oproportionerlig inskränkning i privata onlineföretags EU-rättigheter. De strider därmed mot EU-fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten. Svårare än så är det inte.

I denna omgivning av faktiska omständigheter och rättsprinciper hade HFD att pröva en ansökan om rättsprövning av spelföretaget *Tranell* (mål nr 4716-16). Sökanden hävdade att regeringens spelpolitik som den kommer till uttryck i 45 § lotterilagen (där privata företag utesluts från tillstånd) och ATG:s ensamrätt att erbjuda spel på hästar strider mot bestämmelserna om fri etableringsrätt och tjänstefrihet i artiklarna 49 och 56 FEUF. HFD hade att pröva om inskränkningarna i *Tranells* EU-rättigheter utgjorde ett brott mot proportionalitetsprincipen.

Så här skriver HFD i avgörandet:

”Målen med den svenska spelpolitiken är oförändrade sedan Högsta förvaltningsdomstolen senast tog ställning till om den svenska lotterilagstiftningen och dess tillämpning utgör en proportionerlig inskränkning i unionsrättsliga friheter. Det är fråga om att förhindra kriminalitet, att motverka sociala och ekonomiska skadeverkningar av spelandet och att tillvarata konsumentskyddsintresset. Privata vinstintressen ska hållas borta från spelmarknaden och överskottet från spelandet styras till allmänna eller allmännyttiga ändamål. (Se t.ex. prop. 2016/17:8 s. 9 f. och 18 och där angivna tidigare förarbeten.) På spelområdet innebär kravet på proportionalitet främst en prövning av en åtgärds ändamålsenlighet och nödvändighet (se RÅ 2004 ref. 95). Enligt EU-domstolen innebär kravet på ändamålsenlighet att ”en nationell lagstiftning endast [är] ägnad att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet om den verkligen på ett sammanhängande och systematiskt sätt tillgodoser behovet av att uppnå målet” (se t.ex. Sjöberg och Gerdin, p. 40).”

HFD redogör här för vad som är statens önsketänkande och proportionalitetsprincipens juridiska teori. Trots att domstolen har att pröva om det åberopade målet *verkligen* tillgodoser målet redogör HFD inte för den verklighet mot vilken inskränkningarna ska ställas. Men frågan kvarstår: har ATG:s ensamrätt, givet förhållandena på marknaden, någon som helst effekt på de åberopade målen som inte har uppnåtts? Denna centrala fråga ges inget svar. Istället börjar HFD ”blanda bort korten”.

HFD verkar mena att sökanden har en omfattande bevisbörda för hur den svenska spelmarknaden ser ut, faktiskt och rättsligt.

”I ett mål om rättsprövning ankommer det på sökanden att föra fram omständigheter som visar att regeringens beslut inte är rättsenligt. Avseende frågan om den svenska spelregleringens bristande proportionalitet anför Tranell främst dels att ATG:s särställning inte leder till att allmännyttiga ändamål uppfylls, utan till att privata vinstintressen gynnas, dels att ATG gett upp sina sociala ambitioner och är rent vinstdrivande, t.ex. genom att bedriva vadhållning med s.k. virtuella hästar. Invändningarna tar sikte på att regleringen av ATG:s ställning är oproportionerlig eftersom den inte leder till att regleringens ändamål uppnås.”

*Tranell* har i målet påstått att ATG:s ensamrätt inte leder till att statens mål uppfylls. Skälet till detta är närmast ett notoriskt faktum, att staten drivit en politik som resulterat i den nuvarande, enligt Spellicensutredningen, ohållbara situationen med en marknad som är flödad med speltjänster och reklam från såväl privata som statliga aktörer.

Den verklighet som Spellicensutredningen beskrivit är att betrakta som ett notoriskt faktum. Det kan inte åligga en enskild sökande att föra bevisning om dessa förhållanden. De rättsliga och faktiska omständigheter som framgår av inlagor och processmaterial i *Tranell*-målet leder obevekligt fram till följande EU-rättsliga fråga: ska artiklarna 49 och 56 FEUF tolkas som att de utgör hinder för nationella inskränkningar av etableringsfriheten och rätten att fritt erbjuda tjänster som genom den förda politiken är verkningsslösa i förhållande till de syften som åberopas för att rättfärdiga dem? Det är uppenbart att denna fråga måste besvaras jakande.

För ett nekande svar krävs utredning som visar att det föreligger ett orsaksamband mellan inskränkningarna och folkhälsan. Någon sådan utredning har inte åberopats i målet (för att den inte går att uppbringa). För det andra måste staten visa att folkhälsan har förbättrats som en följd av ensamrätten. HFD ignorerar denna för målet centrala fråga. HFD konstaterar endast översiktligt att sökanden inte har lyckats visa att inskränkningarna är oproportionerliga.

## **HFD och kanaliseringsargumentet**

Domstolen övergår därefter att bedöma om de statliga aktörernas marknadsföring skulle kunna utgöra grund för att bifalla sökandens talan. Här är det lätt för HFD ”att smita från notan” genom att ta genvägar i EU-domstolens praxis och genomgående ignorera fakta.

HFD konstaterar att det kan vara förenligt med EU-rätten att inom ramen för ett system med ett statligt kontrollerat monopol av spelmarknaden tillåta nya spelformer och marknadsföring för att locka till sig konsumenter från aktörer som är sämre lämpade att iaktta sociala hänsyn m.m. Det är riktigt, men här infinner sig två problem i förhållande till den svenska regleringen. För det första har vi inte ett statligt monopol, i och med att utländska bolag fritt kan erbjuda sina speltjänster till svenska konsumenter. För det andra krävs att bolag som Kindred och Betsson ska vara sämre på att iaktta social hänsyn etc.

I *Zenatti* (mål C-67/98) uttalade EU-domstolen att det är tillåtet att genom inskränkningar av spelmöjligheterna kanalisera spelverksamheten till en begränsad krets för att minska risken för bedrägerier och brott. Detta får dock endast ske om åtgärden tjänar syftet att faktiskt sett minska spelmöjligheterna och om finansieringen av sociala aktiviteter endast utgör en underordnad accessorisk positiv konsekvens och inte det verkliga syftet med den restriktiva politik som förs. För att kanaliseringsargumentet överhuvudtaget ska kunna åberopas i förhållande till de statligt kontrollerade spelbolagens marknadsföring krävs i princip att reklamen leder till att spelandet minskar samt att syftet med reklamen inte är att tjäna pengar.

När det gäller betydelsen av marknadsföringsåtgärder för spel har EU-domstolen i *Gambelli* uttalat följande:

”I den mån myndigheterna i en medlemsstat lockar och uppmuntrar konsumenter 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 gör det nödvändigt att begränsa spelmöjligheterna, för att motivera de åtgärder som domstolen i det nationella målet har att ta ställning till.” (domskälen p. 69)

Regeringsrätten har tidigare i *Wermdö Krog*-målet med utgångspunkt från denna rättsregel i *Gambelli* konstaterat:

”att marknadsföringen på spelområdet är både intensiv och kvantitativt betydande...Det kan väl sägas, att de av staten auktoriserade spelbolagen...’lockar och uppmuntrar konsumenter att delta i lotterier, hasardspel eller vadhållning.’ Detta är emellertid inte tillräckligt för att det svenska systemet skall gemen-

skapsrättsligt diskvalificeras. Härför krävs enligt nämnda dom (*Gambelli*; min anmärkning) ytterligare att åtgärderna vidtas i syfte att stärka statskassan’.”

Härefter gör Regeringsrätten bedömningen att de marknadsföringsåtgärder som görs av de statligt kontrollerade spelbolagen inte sker med syftet att dessa skall tjäna pengar (dvs. för att ”stärka statskassan”) utan närmast för att:

”kanalisera det spelintresse som bevisligen föreligger hos stora delar av befolkningen till verksamheter, som kan anses erbjuda ett bättre konsumentskydd och mindre risk för oegentligheter.”

HFD ansluter sig till detta resonemang i *Tranell*-målet. Detta trots att argumentet vid varje betraktelse framstår som helt verklighetsfrämmande. Domstolarna verkar mena att de statligt kontrollerade spelföretagens extremt omfattande och intensiva marknadsföring av sina spel samt den kontinuerliga utvecklingen och lanseringen av nya spelformer och spel i första hand skulle genomföras för att förebygga att svenska spelkonsumenter utsätts för brott och andra oegentligheter.

De statligt kontrollerade spelbolagen (Svenska Spel och ATG) är några av de största annonsörerna på den svenska reklammarknaden. Det kan nämnas att Svenska Spel under september 2004, strax före Regeringsrättens dom i *Wermdö Krog*, faktiskt var den största aktören på hela den svenska annonsmarknaden. De statligt kontrollerade spelbolagen är dessutom helt öppna med att syftet med deras marknadsföring är att stärka sina konkurrensfördelar, att locka till sig nya spelkonsumenter och till ökat spelande samt att leda till ökade intäkter och vinster för bolagen och därmed till staten.

I domen i *Wermdö Krog* påpekar Regeringsrätten vad gäller de utländska spelbolagen, att de statligt kontrollerade spelbolagen verkar på en konkurrensutsatt, internationell marknad och att svenska medborgare är ”oförhindrade att via Internet... delta i utomlands anordnade lotterier” och att reklamen därvid används för att ”kanalisera” spelkonsumenterna till ”verksamheter som anses (min kursivering) erbjuda ett bättre konsumentskydd och mindre risk för oegentligheter”.

Kanaliseringsargumentet kom att beröras av EU-domstolen i *Placanica*. I sitt avgörande gjorde EU-domstolen klart att kanalisering genom reklam endast kan godtas om de statliga speltjänsterna innebär mindre risker för folkhälsa och brott i form av bedrägerier mot spelkonsumenter. Kanaliseringsargumentet faller således om de statliga och privata spelen uppvisar väsentligen samma risker ur folkhälso- och brottsförhållande. Eftersom det står klart att regeringen inte kan styrka att de statliga spelen i dessa avse-

enden är ”säkrare” än de privata spelen saknar kanaliseringsargumentet all giltighet.

Den svenska regeringen påstår alltjämt att de spel som erbjuds av de statskontrollerade bolagen skulle vara ”säkrare” i folkhälsöhänsen och brottshänsen (bedrägeri mot spelkonsumenter). HFD verkar godta detta argument trots att det i *Tranell*-målet saknas utredning som visar att statens spel är säkrare i spelberoendehänsen. Det står i stället klart att Svenska Spels och ATG:s spel å ena sidan och de privata aktörernas spel å andra sidan är i det närmaste identiska till sitt innehåll och utförande. De utsätter därmed spelarna för väsentligen samma risker med avseende på spelberoende, bedrägerier och brott.

Inte heller har staten någonsin lyckats underbygga resonemanget vad gäller brottsbekämpningseffekten av spelregleringen. Finns det någon forskning som stöder regeringens s.k. kanaliseringselement? Vad betyder reklambudskapen för benägenheten att byta spelbolag till ett annat bolag som erbjuder väsentligen samma spel?

Det förtjänar att påpekas att det före 2001 i princip inte marknadsfördes några utländska Internetspel i Sverige eller ens fanns någon information om förekomsten av dessa. Det fanns före 2001 inte någon nämnvärd konkurrens från en ”internationell marknad”.<sup>15</sup>

Om kanaliseringsargumentet är bärande för marknadsföringen kan man fråga sig varför de statligt kontrollerade spelbolagen redan under tiden före 2001 lade ner enorma summor på marknadsföring av sina spel då det inte förekom någon konkurrens från de ”farliga” utländska spelen. Redan under 1999 investerade de svenska spelarrangörerna cirka 850 miljoner kronor på marknadsföringsåtgärder.<sup>16</sup> Vid denna tidpunkt var i princip allt spelande i Sverige ”kanaliserat” till de lotterier och andra spel som erbjuds i hägnet av lotterilagen.

Kanaliseringsargument saknar alltså helt verklighetsförankring.

I *Tranell* anför HFD inte några argument för att dessa i utlandet anordnade spel skulle vara ”farligare” än svenska, dvs. varför de svenska lotterierna ska ”anses” säkrare. HFD presumerar alltså, utan några som helst belägg, att spelföretag som är lagligen etablerade i andra medlemsstater inom EU skulle bedriva verksamhet som innefattar allvarliga risker för bedrägerier och andra oegentligheter mot spelkonsumenter.

<sup>15</sup> Se om de utländska spelbolagens marknadsföring i Sverige i Folkhälsoinstitutets ”Förslag till handlingsprogram för att motverka spelberoende” (2003-01-07, Dnr 20-61-0649) s. 50.

<sup>16</sup> Se Folkhälsoinstitutets ”Förslag till handlingsprogram för att motverka spelberoende” den 7 januari 2003 (Dnr 20-01-0649) s. 56. Här ingår även investeringar som gjordes av andra av staten auktoriserade spelarrangörerna såsom Folkspel/Bingolotto.

Man kan också fråga sig varför de statligt kontrollerade spelbolagen – även om det föreligger en konkurrenssituation på marknaden – i dagsläget lägger ner runt 1 miljard kronor om året på ”kanalisering” till säkrare spel (dvs. i det närmaste brottsförebyggande åtgärder), när det inte finns några empiriska belägg för att det i någon nämnvärd omfattning förekommer brott eller oegentligheter mot spelkonsumenter.

Skälet till marknadsföringsåtgärderna är givetvis endast att spelbolagen, och i slutändan dess huvudman staten, vill maximera sina intäkter och vinster från spelverksamheten. Kan det finnas något annat skäl till marknadsföringsåtgärder i denna storleksklass?

Detta kan jämföras med att svenska staten lägger ner ytterst begränsade resurser på åtgärder för att komma till rätta med skadeverkningarna av överdrivet spelande (folkhälsoproblemen).

När det gäller frågan om det finns något samband mellan spelberoende och marknadsföring av spel har staten i målet mot Unibet uppgivit följande:

”När det gäller frågan om det finns något samband mellan spelproblem och marknadsföring har Justitiekanslern (d v s staten själv i detta avseende; min anmärkning) inte underlag för att göra någon annan bedömning eller redovisa någon annan inställning än den som kommit till uttryck i det offentliga tryck m m som har berörts i målet.”<sup>17</sup>

Det kan med utgångspunkt i detta konstateras att staten inte anser att det föreligger något sådant samband. Detta har regeringen nämligen konstaterat i sin sista proposition på lotteriområdet där den med hänvisning till Folkhälsoinstitutets bedömning uttalar:<sup>18</sup>

”Inga studier har enligt myndigheten påvisat ett påtagligt samband mellan spelproblem och marknadsföring.”

## Avslutning

I dagens globala samhällsliv uppfattar olika grupper av människor verkligheten på olika sätt. Den stora striden i exempelvis USA rör frågan om vad som är fakta och vad som är myt eller fiktion. Den klyfta som uppstått mellan politiker å ena sidan och medborgare sinsemellan å andra sidan bottenar just i frågan om hur verkligheten ska uppfattas.

<sup>17</sup> Statens inlägga av den 26 november 2004 i Eskilstuna tingsrätts mål T 2417-03 och 2418-03.

<sup>18</sup> Prop. 2002/03:93 s. 23.



I denna kamp om fakta och verklighet är det viktigt att domstolarna står stadiga och utgår från fakta när man tillämpar rättsregler och principer. Det är sakomständigheterna som är avgörande för rättstillämpningens utfall. Denna artikel mynnar ut i en uppmaning till Högsta förvaltningsdomstolen att inte grunda sitt avgörande på politiska programförklaringar. Dessa utgör inte fakta. Det viktiga är inte vad politiker säger, utan vad de faktiskt gör. Så jag uppmanar vänligen HFD att svara på följande fråga nästa gång de får spelregleringen på sitt bord.

Ska artiklarna 49 och 56 FEUF tolkas som att de utgör hinder för nationella inskränkningar av etableringsfriheten och rätten att fritt erbjuda tjänster som genom den förda politiken är verkningslösa i förhållande till de syften som åberopas för att rättfärdiga dem?