FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT YVES BOT föredraget den 23 februari 2010 [1]

1. Genom de två förevarande målen aktualiseras på nytt bedömningen av huruvida en medlemsstats lagstiftning om spel om pengar är förenlig med gemenskapsrätten i det speciella fallet med spel som marknadsförs på Internet.

2. Målen rör bestämmelserna i den svenska lagstiftningen om vadslagning, enligt vilka det inom ramen för ett system med ensamrätt är förbjudet och förenat med straffrättsliga påföljder att i Sverige främja lotterier som anordnats utanför denna medlemsstat. Målen har sin upprinnelse i de straffrättsliga förfaranden som inleddes mot två ansvariga utgivare för två svenska dagstidningar, med anledning av att flera i andra medlemsstater etablerade spelbolag gjort reklam i deras tidningar för vadslagning som erbjuds på Internet.

3. Svea hovrätt undrar huruvida den lagtext som ligger till grund för de straffrättsliga förfarandena – i synnerhet de bestämmelser i vilka de tillämpliga straffen fastställs för främjande i Sverige av spel som anordnats utanför denna medlemsstat – är förenlig med friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten. Svea hovrätt har ställt fem tolkningsfrågor till EU-domstolen vilka innehåller följande två frågeställningar.

4. Kan för det första den svenska lagstiftning – enligt vilken spel om pengar underkastas ett system med ensamrätt som syftar till brottsbekämpning och skydd för konsumenterna – betraktas som proportionerlig i förhållande till dessa syften, när den också har till ändamål att finansiera sociala aktiviteter, när de vinster som godkända spelleverantörer gör kommer staten till del och när godkända arrangörers marknadsföring av spel inte blir föremål för någon som helst begränsning från den behöriga myndighetens sida? Kan vidare den omständigheten att ett bolag som anordnar spel på Internet tillåts att bedriva verksamhet i den stat där det är etablerat utgöra ett hinder mot att en annan medlemsstat på sitt territorium förbjuder detta bolag att göra reklam för onlinespel?

5. Är för det andra ifrågavarande lagstiftning förenlig med gemenskapsrätten när den endast straffbelägger främjande av lotterier anordnade i andra medlemsstater men inte

1 — Originalspråk: franska.

reklam för lotterier som utan tillstånd anordnas i Sverige?

6. Vid en tidpunkt som låg senare i tiden än beslutet om hänskjutande avkunnade domstolen domen av den 8 september 2009 i målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International. [2] I den domen fann domstolen att en medlemsstat – som på grund av de särskilda riskerna i samband med spel om pengar som erbjuds på Internet har valt att förbehålla ensamrätten att anordna sådana spel åt en spelarrangör som bedriver sin verksamhet med noggrann övervakning från det allmännas sida i syfte att skydda konsumenterna mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet – med giltig verkan kan förbjuda andra arrangörer som är etablerade i andra medlemsstater, där de lagligen tillhandahåller liknande tjänster, att erbjuda sina spel på Internet till personer som är bosatta på den förstnämnda statens territorium.

7. I detta förslag till avgörande kommer jag att visa att svaret på Svea hovrätts frågor vad gäller lagstiftningens proportionalitet, såvitt den innehåller ett förbud mot att främja sådana spel på Internet som bolag etablerade i andra medlemsstater erbjuder, kan härledas ur domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International. Jag kommer att föreslå att domstolen slår fast att gemenskapsrätten, i detta fall artikel 49 EG, inte utgör hinder mot en sådan lagstiftning, när denna lagstiftning har till syfte och verkan att skydda konsumenterna mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet i samband med spel på Internet.

8. Jag kommer därefter att föreslå, som svar på den andra frågeställningen, att de åtgärder som vidtas i syfte att säkerställa en effektiv tillämpning av sådana bestämmelser inte får vara diskriminerande. Härav kommer jag att dra slutsatsen att artikel 49 EG utgör ett hinder mot sådana bestämmelser i en medlemsstat som straffbelägger främjande av deltagande i spel på Internet som anordnas av ett bolag som är etablerat i en annan medlemsstat men inte reklam för sådana spel som utan tillstånd anordnas på det nationella territoriet.

I – Tillämpliga bestämmelser

9. I lotterilagen [3] regleras i princip alla former av spel om pengar som anordnas för allmänheten i Sverige, såsom tips, totospel, bingospel, automatspel och roulettespel.

10. Målen för den svenska politiken på spelområdet sammanfattas i förarbetena till lotterilagen på följande sätt:

2 — Dom av den 8 september 2009 i mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International (REG 2009, s. I-7633).

3 — SFS 1994:1000.

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

A – *Kravet på tillstånd för anordnande av lotterier*

13. Det föreskrivs i 9 § lotterilagen att lotterier i princip bara får anordnas i Sverige efter tillstånd.

14. Enligt 15 § lotterilagen får tillstånd lämnas till en svensk juridisk person som är en ideell förening och som enligt sina stadgar har till huvudsakligt syfte att främja ett allmännyttigt ändamål inom landet samt bedriver verksamhet som huvudsakligen tillgodoser sådant ändamål. Enligt 45 § lotterilagen får den svenska regeringen meddela särskilt tillstånd att anordna lotterier även i andra fall än som anges i lotterilagen.

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

15. I enlighet med principen att lotterimarknaden ska förebehållas allmänna eller allmännyttiga ändamål, är den svenska marknaden delad mellan dels ideella föreningar verksamma på det svenska territoriet, vilka har till syfte att främja ett allmännyttigt ändamål och som har fått tillstånd i enlighet med 15 § lotterilagen, dels två arrangörer som ägs av staten eller till största delen kontrolleras av denna, det vill säga det statliga spelbolaget AB Svenska Spel och det halvstatliga bolaget AB Trav och Galopp, som kontrolleras av staten och hästsportorganisationerna. De båda

12. De bestämmelser i lotterilagen som är relevanta för dessa mål rör dels kravet på tillstånd för att anordna spel om pengar, dels förbudet mot att främja sådana spel.

bolagen innehar särskilda tillstånd som de fått med tillämpning av 45 § lotterilagen.

16. Den svenska regeringen har inkommit med följande ytterligare upplysningar.

17. Sportvadhållning och poker på Internet får endast anordnas om ett särskilt tillstånd beviljas i enlighet med 45 § lotterilagen. Endast AB Svenska Spel och AB Trav och Galopp kan således erhålla rätten att anordna dessa typer av spel. Vid tidpunkten för de faktiska omständigheter som gav upphov till målen hade inte något tillstånd meddelats för pokerspel på Internet. Det var inte förrän i november 2005 som AB Svenska Spel beviljades ett sådant tillstånd för en period av två år.

18. Bland villkoren för tillstånd finns kraven på socialt ansvarstagande och konsumentskydd, särskilt skydd av minderåriga, samt gränser för utbetalning av vinster för att motverka spelberoende och förebygga kriminalitet. Tillståndet medför vidare begränsningar för spelarrangörerna i fråga om åtgärder för marknadsföring av spelen.

19. Enligt 48 § lotterilagen har den offentliga myndigheten Lotteriinspektionen den centrala tillsynen över att lotterilagen följs. Dessutom har Lotteriinspektionen på grundval av lotterilagen getts befogenhet att utarbeta nödvändiga bestämmelser om kontroll och närmare föreskrifter för de olika spelen. Lotteriinspektionen utövar även tillsyn över AB Svenska Spels verksamhet och utför ständiga inspektioner och kontroller.

20. Staten har vidare kontroll över AB Svenska Spel i egenskap av aktieägare och ger bolaget riktlinjer. Enligt dessa riktlinjer ska bolaget inta en ansvarsfull attityd vid marknadsföringen av sina spel, vilket även innebär ett socialt uppdrag att inte vara alltför påstridig.

21. Enligt 16 kap. 14 § brottsbalken [4] utgör olovligt anordnande av hasardspel i Sverige dobbleri. Straffet för detta brott är böter eller fängelse i högst två år. Är brottet att anse som grovt ska, enligt 16 kap. 14a § BrB, fängelsestraff utdömas med lägst sex månader och högst fyra år, för grovt dobbleri.

4 — Nedan kallad BrB.

22. Enligt 54 § första stycket lotterilagen ska vidare den som uppsåtligen eller av grov aktsamhet olovligen anordnar lotteri eller olovligen innehar vissa typer av spelautomater dömas till böter eller fängelse i högst sex månader.

23. Eftersom lotterilagen endast är tillämplig i Sverige kan förbudet mot att anordna spel om pengar utan tillstånd inte tillämpas på spel som anordnas i utlandet. Förbudet är inte heller tillämpligt på spel som från en annan medlemsstat erbjuds svenska konsumenter på Internet, och det är inte förbjudet, enligt lotterilagen, för svenska spelare att delta i utländska spel om pengar. Likaledes ger ett tillstånd som lämnats i enlighet med lotterilagen innehavaren av tillståndet rätt att endast erbjuda speltjänster på lotterilagens territoriella tillämpningsområde, det vill säga det svenska territoriet.

B – *Förbudet mot främjande av deltagande i lotterier*

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

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

26. Svea hovrätt har preciserat att denna bestämmelse infördes genom en lagändring som trädde i kraft den 1 januari 1999. Hovrätten har uppgett att enligt den äldre lotterilagen [5] var främjande av deltagande i lotterier straffbelagt oavsett om de hade anordnats inom eller utom landet. Vid införandet av nuvarande lotterilag hade främjandet avkriminaliserats med anledning av det låga antalet överträdelser och av att det i många fall ansågs vara tillräckligt med ett vitesföreläggande för att nå det önskade resultatet.

27. Främjande av deltagande i lotterier kom att straffbeläggas på nytt därför att vitesinstitutet inte visade sig vara tillräckligt verkningsfullt. Ett ytterligare skäl var att lotteriinspektionen inte kunde utöva tillsyn över

5 — SFS 1982:1011.

utländska lotterier och, därmed, inte heller skydda de svenska konsumenterna.

28. Enligt Svea hovrätt har den svenska regeringen dessutom anfört att syftet att använda överskottet till allmänna och allmännyttiga ändamål inte skulle kunna upprätthållas om utländska arrangörer fick tillgång till den svenska marknaden och att betydande inkomster dessutom skulle riskera att hamna utanför Konungariket Sverige.

II – De faktiska omständigheterna, förfarandet i de nationella målen och tolkningsfrågorna

29. Otto Sjöberg och Anders Gerdin var chefredaktörer och ansvariga utgivare av tidningarna Expressen och Aftonbladet. Under perioden november 2003–augusti 2004 publicerade de på tidningarnas sportsidor reklamannonser, riktade till den svenska allmänheten, för lotterier som presenterades på webbplatser tillhörande bolagen Expekt, Unibet, Ladbrokes och Centrebet. Dessa bolag är etablerade i andra medlemsstater. Enligt den svenska regeringen är de etablerade i Malta eller i Förenade kungariket.

30. Åklagaren väckte åtal mot Otto Sjöberg och Anders Gerdin med stöd av 54 § andra stycket lotterilagen för att olovligen [i yrkesmässig verksamhet eller annars] i förvärvssyfte uppsåtligen ha främjat deltagande i utom landet anordnade lotterier. De dömdes av Stockholms tingsrätt för brott mot lotterilagen till 50 dagsböter på vardera 1 000 svenska kronor.

31. Otto Sjöberg och Anders Gerdin överklagade respektive domar till Svea hovrätt, som till en början nekade prövningstillstånd i de två målen. De överklagade därefter hovrättens beslut till Högsta domstolen, som meddelade tillstånd till målens prövning i Svea hovrätt.

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

hänsyn till allmänintresset och härtill kan anses vara proportionerliga."

33. Otto Sjöberg och Anders Gerdin har i Svea hovrätt hävdat att lotterilagen är klart diskriminerande därför att 54 § andra stycket i lagen endast avser främjande av lotterier som anordnats utomlands medan främjande av lotterier utan tillstånd i Sverige endast är vitessanktionerat.

34. De har vidare gjort gällande att lotterilagen även strider mot artikel 49 EG, med motiveringen att ett av lagens syften, såsom framgår av dess förarbeten, är att garantera intäkter till staten och organisationerna. Detta syfte kan således inte betraktas som enbart en "accessorisk positiv konsekvens" i den mening som avses i domen i målet Gambelli m.fl. [6] Enligt Otto Sjöberg och Anders Gerdin ägnar sig dessutom de spelbolag som Konungariket Sverige kontrollerar åt intensiv marknadsföring i stor skala, för att uppmuntra konsumenterna att delta i de spel som de erbjuder, och lotterilagen lever därför inte upp till sitt syfte att på ett sammanhängande och systematiskt sätt begränsa spelmöjligheterna såsom krävs enligt rättspraxis. [7]

6 — Dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli (REG 2003, s. I-13031), punkt 62.

7 — Ibidem, punkt 69.

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

36. Med hänsyn till dessa förhållanden beslutade Svea hovrätt att förklara målet vilande och att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Kan diskriminering på grund av nationalitet under vissa omständigheter godkännas på nationella spel- och lotterimarknader på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset?

2) Om det finns flera syften med den restriktiva politik som förs på en nationell spel- och lotterimarknad och ett av dem är finansiering av sociala aktiviteter, kan detta då sägas vara en accessorisk positiv konsekvens av den restriktiva politiken? Om svaret på denna fråga är nej, kan den restriktiva politik som förs ändå vara godtagbar, om syftet att finansiera sociala aktiviteter inte kan sägas vara det

huvudsakliga syftet med den restriktiva politiken?

3) Kan staten åberopa tvingande hänsyn till allmänintresset som skäl för en restriktiv spelpolitik, om statligt kontrollerade bolag marknadsför spel och lotterier, vars intäkter kommer staten till del, och ett av flera syften med denna marknadsföring är finansiering av sociala aktiviteter? Om svaret på denna fråga är nej, kan den restriktiva politik som förs ändå vara godtagbar om finansiering av sociala aktiviteter inte bedöms vara det huvudsakliga syftet med marknadsföringen?

4) Kan ett totalt förbud mot marknadsföring av spel och lotterier som anordnats i en annan medlemsstat av ett där etablerat spelbolag, som kontrolleras av myndigheterna i den medlemsstaten, vara proportionerligt i förhållande till syftet att kontrollera och utöva tillsyn över spelverksamheten, när det samtidigt saknas begränsningar för marknadsföring av spel och lotterier som anordnats av spelbolag etablerade i den medlemsstat som för den restriktiva politiken? Vad blir svaret på frågan om syftet med en sådan ordning är att begränsa spelande?

5) Har en spelarrangör som har fått tillstånd att bedriva viss spelverksamhet i ett land och kontrolleras av behörig myndighet i det landet rätt att i andra medlemsstater marknadsföra sina spelerbjudanden, genom till exempel annonser i tidningar, utan att först ansöka om tillstånd av dessa länders behöriga myndigheter? Om svaret på denna fråga är ja, innebär det att en medlemsstats reglering, som går ut på att straffbelägga främjande av deltagande i lotterier som anordnas utomlands, utgör ett hinder mot etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster som aldrig kan godtas under åberopande av tvingande hänsyn till allmänintresset? Har det någon betydelse för svaret på den första frågan huruvida det medlemsland där spelarrangören är etablerad åberopar samma hänsyn till allmänintresset som det land där arrangören vill marknadsföra sin spelverksamhet?”

III – Bedömning

37. Innan jag prövar Svea hovrätts tolkningsfrågor, tänker jag dels visa att det är i förhållande till friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 49 EG som ifrågavarande bestämmelsers förenlighet med de fria rörligheterna ska

bedömas, dels redogöra för huvudlinjerna i rättspraxis om spel om pengar mot bakgrund av vilka dessa frågor ska bedömas.

38. Vad gäller den första punkten framgår det av information som Svea hovrätt har tillhandahållit att den reklam som klagandena har åtalats för avser spel om pengar som erbjudits på webbsidor tillhörande flera spelbolag som är etablerade i andra medlemsstater. I enlighet med rättspraxis omfattas spel om pengar som sådana spelbolag erbjuder – på webbsidor, och således utan att förflytta sig – mottagare i andra medlemsstater, i detta fall Konungariket Sverige, av tillämpningsområdet för friheten att tillhandahålla tjänster. [8]

39. Det har vidare godtagits av EU-domstolen att en näringsidkare, som handlar i egenskap av förmedlare av speltjänster åt ett spelbolag som är etablerat i en annan medlemsstat, gentemot sin stat, inom ramen för denna förmedlingsverksamhet kan åberopa artikel 49 EG. [9] Samma analys kan utsträckas till att gälla företag som tillhandahåller reklamtjänster när de främjar en näringsidkare som är etablerad i en annan medlemsstat för att denne ska kunna utveckla sin verksamhet i deras stat.

40. Dessutom har de relevanta bestämmelserna i lotterilagen, det vill säga 38 §, enligt vilken det är förbjudet att i Sverige främja deltagande i ett inom landet anordnat lotteri som inte är tillåtet eller ett utom landet anordnat lotteri, och 54 § andra stycket, enligt vilken den som i Sverige främjar deltagande i ett utom landet anordnat lotteri blir föremål för straffrättsliga sanktioner, till syfte och verkan att begränsa de svenska konsumenternas deltagande i dessa lotterier. Avsikten med bestämmelserna är att svenska konsumenter endast ska ägna sig åt spel om pengar inom ramen för det nationella godkända systemet. För spelbolag som är etablerade i andra medlemsstater utgör följaktligen dessa bestämmelser en inskränkning i det fria tillhandahållandet av bolagens tjänster i Sverige.

41. Vad gäller den andra punkten är det utrett att spel om pengar inte utgör normal ekonomisk verksamhet.

42. I överensstämmelse med fast rättspraxis kan medlemsstaterna, med hänsyn till att det saknas harmonisering på gemenskapsnivå på detta område, inskränka anordnandet och bedrivandet av sådan verksamhet på sina territorier, för att skydda den allmänna ordningen mot risker för bedrägeri och annan brottslighet och skydda konsumenterna mot att

8 — Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., punkt 54.

9 — Ibidem, punkt 58. Se även domen av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti (REG 1999, s. I-7289), punkt 27.

lockas till överdrivet spelande. [10] Medlemsstaterna kan även av moraliska, religiösa eller kulturella skäl besluta att spel om pengar inte får utgöra en inkomstkälla för enskilda utan enbart ska gynna allmännyttiga ändamål. [11]

43. För att de inskränkningar i den fria rörligheten som en medlemsstat vidtar i detta syfte ska vara förenliga med gemenskapsrätten är det emellertid viktigt att de inte är diskriminerande. [12] De ska också vara ägnade att säkerställa förverkligandet av de eftersträvade målen och vara proportionerliga. [13]

44. Vad gäller det sista villkoret är det emellertid godtaget att medlemsstaterna på det särskilda området för spel om pengar förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning inte endast i fråga om den skyddsnivå för den allmänna ordningen och för konsumenterna som de tänker införa på sina territorier utan även vid valet av medel för att uppnå detta mål. [14]

45. En medlemsstat som Konungariket Sverige kan inom sitt utrymme för skönsmässig bedömning bevilja ensamrätt att anordna spel om pengar till statliga bolag eller ideella föreningar vilkas verksamhet utövas under statens tillsyn. En medlemsstat kan leda och kontrollera verksamheten hos en sådan organisation lättare än vad den kan göra med avseende på en privat aktör med vinstsyfte. Ett sådant system kan således säkerställa att konsumenterna bättre skyddas mot en risk för spelberoende och att den allmänna ordningen skyddas mot riskerna för bedrägeri och illegala spel. [15] Härigenom blir det också möjligt att uteslutande använda avkastningen till allmännyttiga ändamål. [16]

46. I domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International gav domstolen följande preciseringar av vilka åtgärder en medlemsstat har rätt att vidta i förhållande till erbjudanden om spel om pengar på Internet från bolag som är etablerade i andra medlemsstater.

47. I det målet skulle domstolen ta ställning till den portugisiska lagstiftning enligt vilken Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (nedan kallad Santa Casa), en allmännyttig juridisk administrativ person, hade ensamrätt att anordna spel

10 — Dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl. (REG 2007, s. I-1891), punkt 46 och där angiven rättspraxis.

11 — Dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler (REG 1994, s. I-1039), punkt 60.

12 — Domarna i de ovannämnda målen Schindler, punkt 61, och Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkt 60.

13 — Domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkt 59.

14 — Dom av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läärä m.fl. (REG 1999, s. I-6067), punkt 39.

15 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Läärä m.fl., punkterna 39–41, och Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkt 67. Se även EFTA-domstolens dom av den 14 mars 2007 i mål E-1/06, EFTA:s övervakningsmyndighet mot Norge, EFTA-domstolens rapport [2007], s. 7, punkt 51.

16 — Domen i det ovannämnda målet Läärä m.fl., punkt 37.

om pengar i form av lotterier, lottospel och sportvadhållning. Ensamrätten hade utvidgats till att gälla anordnande av dessa spel via Internet.

48. Saken gällde huruvida monopolet kunde åberopas mot en arrangör av onlinespel som var etablerad i Gibraltar och som önskade erbjuda konsumenter som bodde i Portugal spel om pengar på Internet. Arrangören bestred, i likhet med Liga Portuguesa de Futebol Profissional (med vilken arrangören hade träffat ett sponsoravtal), de böter som Santa Casa hade påfört dem båda för åsidosättande av Santa Casas monopol att anordna spel om pengar via Internet.

49. Den portugisiska regeringen och Santa Casa hävdade att huvudsyftet med den nationella lagstiftningen var att bekämpa brottsligheten och närmare bestämt att skydda konsumenterna av spel om pengar mot bedrägerier från spelarrangörers sida. De anförde att de rättsliga villkor på vilka Santa Casa bedrev sin verksamhet gav staten tillräckliga garantier för att de bestämmelser följdes som syftade till att de av Santa Casa anordnade spelen skulle behålla sin hederliga karaktär. Den portugisiska regeringen hävdade att myndigheterna i en medlemsstat inte har samma kontrollmöjligheter vad gäller aktörer som anordnar spel på Internet och som är etablerade utom landet.

50. Domstolen inledde med att erinra om att brottsbekämpning kan utgöra ett legitimt skäl som kan motivera inskränkningar vad gäller verksamheten för aktörer som tillåts att erbjuda spel om pengar. Domstolen medgav att ett system med exklusiva rättigheter för anordnande av spel möjliggör att spelverksamheten kanaliseras till en begränsad krets och att risken för att verksamheten används för brottsliga syften minskar.

51. Domstolen konstaterade därefter att, med hänsyn till de bestämmelser som reglerar Santa Casas sätt att fungera, beviljandet av ensamrätt – för anordnande av spel om pengar via Internet – till en sådan aktör som är föremål för myndigheternas noggranna övervakning kan göra det möjligt att kanalisera spelverksamheten till en begränsad krets och kan anses vara ägnat att skydda konsumenterna mot risken för bedrägerier. [17]

52. Vad gällde frågan om det nödvändiga med ett sådant monopol anförde domstolen att området som avser spel om pengar som tillhandahålls via Internet inte har blivit föremål för någon harmonisering. En medlemsstat har således rätt att anse att den omständigheten i sig att en aktör lagligen erbjuder sådana spel i en annan medlemsstat, där denne är etablerad och i princip redan är föremål för i lag föreskrivna krav och kontroller utförda av den behöriga myndigheten i den sistnämnda medlemsstaten, inte kan anses utgöra en tillräcklig garanti för att de inhemska konsumenterna skyddas mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet, mot bakgrund av de svårigheter som myndigheterna i etableringsmedlemsstaten i ett sådant

17 — Domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkt 67.

sammanhang kan ha att bedöma aktörernas personliga förtjänster och redbarhet. [18]

53. Domstolen fann vidare att avsaknaden av direktkontakt mellan konsumenten och aktören gör att spel om pengar som är åtkomliga via Internet medför andra typer av risker, och större sådana, jämfört med vad som var fallet på de traditionella marknaderna för sådana spel, vad gäller bedrägerier som aktörerna eventuellt kan göra sig skyldiga till gentemot konsumenterna . [19]

54. Domstolen drog härav slutsatsen att den inskränkning som var i fråga i det målet, mot bakgrund av de särdrag som utmärker tillhandahållandet av spel via Internet, kunde anses vara motiverad med hänsyn till syftet att bekämpa bedrägeri och annan brottslighet.

55. Följande lärdomar kan enligt min uppfattning dras av den domen. Först och främst fann domstolen att spel på Internet innebär större risker för bedrägeri och annan brottslighet än spel om pengar som erbjuds på traditionell väg. Det kan exempelvis handla om bedrägerier i samband med Internetbetalning eller förfalskade spelresultat. Med anledning av de särskilda risker som spel om pengar på Internet medför kan dessa således bli föremål för speciella åtgärder.

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

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

58. Det är mot bakgrund av dessa överväganden som jag ska pröva Svea hovrätts frågor

18 — Ibidem, punkt 69.
19 — Ibidem, punkt 70.

som rör, för det första, proportionaliteten hos bestämmelserna såvitt det enligt dessa är förbjudet med reklam för spel på Internet som tillhandahålls av arrangörer etablerade i andra medlemsstater och, för det andra, huruvida de påföljder som föreskrivs i dessa bestämmelser är förenliga med friheten att tillhandahålla tjänster.

A – *Huruvida förbudet mot att göra reklam är proportionerligt*

59. Svea hovrätt har ställt den andra till och med den femte tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida de nationella bestämmelserna är proportionerliga med avseende på följande omständigheter. Dels den omständigheten att de bestämmelser som syftar till brottsbekämpning och konsumentskydd även har till ändamål att finansiera sociala aktiviteter och att de intäkter som spelleverantörerna gör direkt kommer staten till del (andra och tredje frågan), dels den omständigheten att de i Sverige godkända spelleverantörerna uppmuntrar konsumenterna att delta i spel om pengar, utan några som helst begränsningar från den behöriga myndighetens sida (fjärde frågan) och, slutligen, den omständigheten att bolag, vars spel på Internet har blivit föremål för det ifrågasatta främjandet, från den medlemsstat på vars territorium de är etablerade har tillåtelse att tillhandahålla sådana spel (femte frågan).

60. Eftersom målen vid Svea hovrätt rör åtal som väckts mot dem som tillhandahåller reklamtjänster för att ha främjat deltagande i spel om pengar som erbjudits på Internet, föreslår jag att Svea hovrätts frågor ska förstås så, att hovrätten vill få klarhet i huruvida huruvida den interna lagstiftningen, såvitt den innehåller ett förbud mot att i Sverige främja deltagande i spel om pengar som erbjuds på Internet av bolag etablerade i andra medlemsstater, kan betraktas som proportionerlig i förhållande till sina syften.

61. Svaret på dessa frågor kan enligt min mening härledas ur domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International.

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

63. På samma sätt som i det målet föreskrivs i de ifrågavarande bestämmelserna för detta ändamål ett system med ensamrätter som förbehålls organisationer vilkas verksamhet noggrant övervakas av myndigheterna. Således följer det av lotterilagstiftningen att

lotterier inte får anordnas av bolag med privata intressen utan endast av ideella föreningar och bolag som innehas av staten. Genom lagen införs också ett system med noggrann övervakning som utförs av en myndighet som skapats just för detta ändamål.

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

65. Vi har sett att domstolen, i domen i det ovannämnda målet Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, ansåg att en medlemsstat inom ramen för ett sådant system, i syfte att skydda konsumenterna mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet, hade rätt att förbjuda arrangörer av spel via Internet etablerade i andra medlemsstater att erbjuda sina spel till konsumenter som var bosatta på medlemsstatens territorium.

66. Jag har vidare anfört att det framgår av domen i det målet att denna analys inte är beroende av huruvida ifrågavarande bestämmelser visar sig lämpliga för att övriga syften ska kunna uppnås, såsom bland annat att skydda konsumenterna mot att i överdriven utsträckning lockas till spel. Domstolen fann att en medlemsstat, som inför ett effektivt system i syfte att skydda konsumenterna mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet i samband med spel på Internet, med hänsyn till de särskilda risker som sådana spel medför, har rätt att för personer som är bosatta på dess territorium begränsa tillhandahållandet av spel från de bolags sida som är etablerade i andra medlemsstater.

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

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

69. Det är förvisso, såsom framgår av den svenska regeringens förklaringar vid förhandlingen, enligt svensk lag inte förbjudet för utländska tidningar som säljs i Sverige att göra reklam för utländska spel på Internet. Utländska spelarrangörer är inte heller enligt

svensk lag tvingade att göra sina webbplatser oåtkomliga för konsumenter som är bosatta i Sverige.

70. Dessa omständigheter medför likväl inte att man kan ifrågasätta det svenska systemets konsekventa karaktär eller dess lämplighet för att uppnå det eftersträvade syftet att skydda konsumenter mot riskerna med bedrägeri och annan kriminalitet i samband med spel på Internet. De vidtagna åtgärderna har, trots dessa begränsningar, verkligen resulterat i att tillgången till sådana spel har begränsats för konsumenter som bor i Sverige. Den svenska regeringen har dessutom tydligt förklarat att den var i färd med att utvärdera åtgärderna, särskilt vad gäller inverkan av pokerspel som i Sverige tillåtna bolag erbjuder på Internet.

71. Det på detta sätt utarbetade systemet präglas av statens egna avgöranden och ageranden som ingår i dess omfattade utrymme för skönsmässig bedömning. Ett annat synsätt skulle innebära att medlemsstaterna tvingades att föra en ”allt eller inget-politik”.

72. Mot bakgrund av den rättspraxis som jag tidigare erinrat om kan således det förbud som följer av 38 § lotterilagen mot främjande av deltagande i spel på Internet som bolag etablerade i andra medlemsstater erbjuder betraktas som berättigat med hänvisning till syftet att bekämpa bedrägeri och annan brottslighet, oberoende av huruvida dessa bestämmelser verkligen är proportionerliga i förhållande till de övriga syftena, det vill säga skyddet av konsumenterna mot att i överdriven utsträckning lockas till spel och användningen av spelintäkter för finansiering av allmänna ändamål.

73. Jag föreslår följaktligen att Svea hovrätts andra till femte tolkningsfråga ska besvaras på följande sätt. Artikel 49 EG ska tolkas så, att den inte utgör något hinder mot en medlemsstats lagstiftning enligt vilken rätten att anordna spel om pengar förbehålls godkända spelarrangörer som bedriver sin verksamhet under myndigheternas noggranna övervakning i syfte att skydda konsumenterna mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet och enligt vilken det är förbjudet att främja deltagande i spel på Internet som erbjuds av bolag etablerade i andra medlemsstater.

B – *Huruvida de straffrättsliga påföljderna är förenliga med gemenskapsrätten*

74. Svea hovrätt har ställt sin första tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida artikel 49 EG ska tolkas så, att den utgör hinder mot en medlemsstats lagstiftning enligt vilken spel om pengar underkastas ett system med ensamrätt som syftar till brottsbekämpning och konsumentskydd och enligt vilken den som främjar deltagande i spel på Internet som anordnas av bolag etablerade i andra

medlemsstater kan bli föremål för straffrättsliga påföljder, när den som främjar deltagande i sådana spel som utan tillstånd anordnas på det nationella territoriet inte riskerar några sådana påföljder.

75. Även om en medlemsstat har rätt att begränsa verksamhet i samband med spel om pengar på sitt territorium, får enligt fast rättspraxis de åtgärder som vidtas för ändamålet inte vara diskriminerande, även om de vidtas för att upprätthålla den allmänna ordningen. [20] Samma krav gäller åtgärder som är avsedda att skydda konsumenterna från de särskilda risker som spel på Internet medför.

76. Det är utrett att det enligt 38 § första stycket lotterilagen är förbjudet att främja deltagande i spel om pengar oavsett om de anordnats utomlands eller om de anordnats utan tillstånd inom landet. Däremot uppstår tveksamhet vad gäller de påföljder som föreskrivs för överträdelse av detta förbud.

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

78. Den svenska regeringen har bestritt denna tolkning av nationell rätt. Den har anfört att det i första hand är anordnaren av spelet som bestraffas enligt lotterilagen när det rör sig om främjande av deltagande i spel om pengar som anordnats utan tillstånd inom landet och att detta inte är möjligt när det gäller spel som anordnats i utlandet. Inte desto mindre kan, enligt den svenska regeringen, den som främjar deltagande i spel om pengar anordnade utan tillstånd i Sverige bli föremål för åtal, med stöd av 54 § första stycket lotterilagen och 23 kap. 4 § BrB, för medverkan till brott, och han riskerar då samma eller strängare påföljder än dem som föreskrivs i 54 § andra stycket lotterilagen.

79. Frågan huruvida det finns stöd för den tolkning av nationell rätt som den svenska regeringen företräder kan besvaras uteslutande inom ramen för Svea hovrätts utrymme för bedömning. Det är på den domstolen som det ankommer att, med hänsyn till samtliga bestämmelser i nationell rätt, bedöma huruvida de villkor på vilka en person som främjar deltagande i spel på Internet som anordnats utan tillstånd av ett i Sverige etablerat bolag kan ställas till svars och de påföljder som

20 — Domarna i de ovannämnda målen Schindler, punkt 61, och Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, punkt 60.

personen riskerar är likvärdiga med dem som tillämpas för en person som gör reklam för sådana spel som anordnats av bolag etablerade i andra medlemsstater.

80. Om svaret är ja, borde Svea hovrätt enlig min mening även kontrollera att de behöriga myndigheterna i praktiken beivrar båda dessa överträdelser lika nitiskt.

81. Om denna kontroll leder till slutsatsen att de båda ifrågavarande överträdelserna blir föremål för en likvärdig behandling är den nationella regleringen naturligtvis inte diskriminerande, även om de bestämmelser som ligger till grund för de rättsliga förfarandena och i vilka de tillämpliga påföljderna föreskrivs finns i olika lagtexter. Vid denna bedömning måste nämligen alla bestämmelser i nationell rätt beaktas och avseende fästas vid deras konkreta verkningar för personer som gör sig skyldiga till den ena eller den andra av de ifrågavarande överträdelserna.

82. Om nämnda kontroll däremot bekräftar Svea hovrätts premiss att personer som främjar deltagande i spel på Internet som anordnats utan tillstånd i Sverige endast riskerar vitesföreläggande, måste det konstateras att ifrågavarande nationella lagstiftning medför en diskriminering som gör att 54 § andra stycket lotterilagen strider mot artikel 49 EG och följaktligen, i överensstämmelse med domen i målet Simmenthal [21], inte kan åberopas gentemot de personer som åtalats i målen vid Svea hovrätt.

83. Om denna premiss bekräftas innebär den nationella lagstiftningen nämligen en skillnad i behandling av jämförbara situationer till nackdel för de bolag som är etablerade i de övriga medlemsstaterna.

84. Skillnaden i behandling framgår naturligtvis av att böter, till sin karaktär och sitt affliktiva syfte, i princip innebär ett hårdare straff för en person än ett vitesföreläggande, även om vitesbeloppet är lika stort. I synnerhet följer skillnaden i behandling vidare av att det i 54 § andra stycket lotterilagen även föreskrivs fängelse i högst sex månader, eller till och med högst två år om brottet är grovt.

85. Även om de tilltalade, i de båda typfallen i 38 § lotterilagen, kan vara folk i annonsbranschen som bedriver sin verksamhet i Sverige, drabbar 54 § andra stycket lotterilagen i högre

21 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75), punkt 24.

grad spelbolag som är etablerade i andra medlemsstater, eftersom denna bestämmelse uteslutande avser främjande av deltagande i utom landet anordnade spel. Denna bestämmelse kan således anses vara en indirekt diskriminering på grund av nationalitet.

86. Slutligen framgår det inte av handlingarna i målet, och den svenska regeringen har inte heller försökt visa, att de båda kategorier av överträdelse som är aktuella har så betydande olikheter – vad gäller de störningar de orsakar eller under vilka förhållanden de kan upptäckas – att en sådan skillnad i behandling kan vara berättigad.

87. Således innebär spel på Internet som anordnas av ett i en annan medlemsstat etablerat bolag inte nödvändigtvis eller i allmänhet större risker för bedrägeri och annan brottslighet till skada för konsumenterna än illegala spel som anordnas av ett på det nationella territoriet etablerat bolag. Den omständigheten att ifrågavarande stat vad gäller de bolag som är etablerade i andra medlemsstater inte har några direkta medel för att vidta åtgärder och utöva tillsyn kan enligt min mening inte medföra någon annan bedömning.

88. Eftersom det främjande som omtalas i 38 § lotterilagen i de båda typfallen utförs i Sverige av aktörer som är etablerade i den medlemsstaten, kan jag inte se på vilket sätt de efterforskningar som behövs för att finna gärningsmännen skulle vara så mycket mer komplicerade i fallet med utländska spel att de i avskräckande syfte motiverar strängare straff.

89. Jag föreslår således att domstolen fastställer att artikel 49 EG ska tolkas så, att den utgör hinder mot en medlemsstats lagstiftning enligt vilken spel om pengar underkastas ett system med ensamrätt som syftar till brottsbekämpning och konsumentskydd och enligt vilken den som främjar deltagande i spel på Internet som anordnas av ett bolag etablerat i en annan medlemsstat kan bli föremål för straffrättsliga påföljder, när den som främjar deltagande i sådana spel som utan tillstånd anordnas på det nationella territoriet inte riskerar några sådana påföljder.

IV – Förslag till avgörande

90. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen fastställer följande:

1) Artikel 49 EG ska tolkas så, att den inte utgör något hinder mot en medlemsstats lagstiftning enligt vilken rätten att anordna spel om pengar förbehålls godkända spelarrangörer som bedriver sin verksamhet under myndigheternas noggranna övervakning i syfte att skydda konsumenterna mot riskerna för bedrägeri och annan brottslighet och enligt vilken det är förbjudet att främja deltagande i spel på Internet som erbjuds av bolag etablerade i andra medlemsstater.

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