

En studie av spellagens måttfullhetskrav

- Ett krav under förändring

Författare

Alexander Danielsson

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH01

VT 2019

Handledare: Johan Axhamn



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Förkortningar	9
1. Inledning.....	11
1.1 Bakgrund.....	11
1.2 Syfte och frågeställning	14
1.3 Metod	15
1.4 Material.....	16
1.5 Avgränsningar.....	19
1.6 Forskningsläget.....	20
1.7 Disposition	21
2. Allmänt om spellagen och kravet på att iaktta måttfullhet vid marknadsföring av spel	22
2.1 Införandet av spellagen (2018:1183)	22
2.2 Syften och ändamål med spellagen (2018:1183).....	24
2.3 Införandet av krav på att iaktta måttfullhet vid marknadsföring av spel	25
2.3.1 Syften och ändamål med måttfullhetskravet i lotterilagen (1994:1000)	26
2.3.2 Syften och ändamål med måttfullhetskravet i spellagen (2018:1183)	26
3. Samspelet mellan spellagen och marknadsföringslagen (2008:486)	27
3.1 Speciallagar och annexlagar	27
3.2 Marknadsföringslagen (2008:486).....	28
3.2.1 Inledning.....	28
3.2.2 Generalklausulen om god marknadsföringssed (5 § MFL).....	29
3.2.3 Aggressiv och vilseledande marknadsföring.....	31
3.2.4 Krav på reklamidentifiering	34
3.3 Lagstridighetsprincipen.....	35
3.4 Analys och sammanfattning.....	35
4. Närmare om kravet på måttfullhet.....	37
4.1 Rekvisiten	37

4.2	Effekt- eller sändarlandsprincipen	39
4.3	Regeringsbeslut och Lotteriinspektionens föreskrifter	40
4.4	Måttfullhetskravet enligt förarbeten	41
4.4.1	Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen	41
4.4.2	En omreglerad spelmarknad.....	43
4.5	Rekommendationer och riktlinjer för marknadsföring av spel.....	46
4.5.1	SPER:s och BOS riktlinjer	46
4.5.2	Europeiska kommissionens rekommendation	50
4.5.3	ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation.....	52
4.6	Konsumentombudsmannens stämningsansökan mot Elec Games Limited.....	54
4.6.1	Ärendet	54
4.6.2	Analys av stämningsansökan	61
4.7	Spelmarknadsutredningens uppdrag	62
4.8	Analys och sammanfattning av kravet på måttfullhet.....	63
5.	EU-rättsligt perspektiv.....	66
5.1	Den inre marknaden	66
5.1.1	Inledning.....	66
5.1.2	Fri rörlighet för tjänster	67
5.2	Inskränkningar i rörelsefriheten för tjänster	68
5.2.1	Inledning.....	68
5.2.2	Begränsningar av marknadsföring	69
5.2.3	Rättsliga undantag	69
5.3	Analys av EU-rätten.....	72
6.	Sammanfattning och slutsatser	74
	Bilaga 1	77
	Käll- och litteraturförteckning.....	79
	Rättsfallsförteckning.....	83

Summary

Increased advertising for gambling services came as an effect of the re-regulation of the Swedish gambling market. According to the Swedish gambling law there is a requirement to observe moderation when marketing gambling services to consumers. What the requirement implicate has been left to the legal practitioner to decide but guidance is given by recommendations and guidelines. This implies a gray zone in the regulations. The requirement for moderation, however, is changing.

The essay clarifies the development of the Swedish legislation for marketing gambling services. Special attention has been paid to the recommendations and guidelines which should form the guidance for a judgement of the moderation of a marketing measure. The essay strives to answer the question of what the requirement implies and questions whether a requirement for moderate marketing can implicate a disproportionate restriction on the free movement of services within the EU.

In conclusion, it can be stated that a requirement for moderation is an extensive requirement and is not supposed to be made definite. Furthermore, the requirement may imply a disproportionate restriction on free movement.

Sammanfattning

Som en effekt av omregleringen av den svenska spelmarknaden tillkom en ökad spelreklam. I spellagen finns ett krav på att iaktta måttfullhet vid marknadsföring av spel till konsumenter. Vilka krav som egentligen ställs har lämnats till rättstillämpningen att avgöra men vägledning ges av rekommendationer och riktlinjer. Detta innebär en gråzon i regelverket. Kravet på måttfullhet är däremot under förändring.

Uppsatsen visar på utvecklingen av den svenska regleringen för marknadsföring av spel. Särskilt beaktas de rekommendationer och riktlinjer som bör ligga till grund för en bedömning av måttfullheten av en marknadsföringsåtgärd. Uppsatsen förtydligar vad som avses med måttfullhetskravet och ifrågasätter om ett krav på måttfull marknadsföring kan innebära en oproportionelig begränsning av den fria rörligheten för tjänster inom EU.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att ett krav på måttfullhet är omfattande och inte bör preciseras i större utsträckning. Vidare kan kravet innebära en oproportionelig begränsning av den fria rörligheten.

Förkortningar

ATG	Aktiebolaget Trav och Galopp
BOS	Branschföreningen för Onlinespel
EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
ICC	International Chamber of Commerce
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslagen
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
RO	Reklamombudsmannen
RON	Reklamombudsmannens opinionsnämnd
SPER	Spelbranschens riksorganisation

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Vid årsskiftet till 2019 lättade Sverige på sitt spelmonopol och välkomnade nya aktörer att inskaffa licens för att lagligen verka på den svenska spelmarknaden. Att Sverige numera tillhandahåller licenser för spelbolag att verka på den svenska marknaden är vid första anblick en gynnsam strategi. Den nya lagen innebär att staten får ett nytt system för att fylla på statskassan eftersom de licenspliktiga bolagen ska erlägga en skatt på 18 procent.¹ Dessutom ska spellagen, enligt regeringen, åstadkomma ett starkare konsumentskydd för spelare och begränsa de negativa effekterna av spelande.²

Spelreformen har lett till en breddning av aktörer på den svenska spelmarknaden vilket inneburit att spelutbudet blivit större och spelreklamen påtagligare. Något som beror på att den nya spellagen även öppnade för marknadsföring genom fler distributionskanaler, som till exempel television, nyhetstidningar och kollektivtrafiken. Detta har i sin tur resulterat i en massiv ökning av spelreklam.³

Den ökade reklamen har bidragit till friska diskussioner kring de nya spelbolagen och deras marknadsföring. Spelbolagen och branschen har fått kritik i media för sitt agerande med den intensiva marknadsföringen.⁴ Trots att det förekommer en bestämmelse i 15 kap. 1 § spellagen som konstaterar att marknadsföring av spel till konsumenter ska vara måttfull och att den inte får rikta sig särskilt till barn eller ungdomar. Däremot tycks den nuvarande spelreklamen uppfattas som snarare överväldigande av svenska befolkningen.⁵

¹ Se 9 § lag om skatt på spel (2018:1139).

² Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 1.

³ Hedlund, Viktor. Stor ökning av reklam efter nya spellagen. 2019-02-20. (hämtad 2019-03-01).

⁴ Makar, Maria. Upprop mot spelreklamen: "Totalförbjud den". 2019-02-06. (hämtad 2019-04-17).

⁵ Wikén, Erik. Sifo: Majoritet av svenskarna vill förbjuda spelreklam. 2019-02-12. (hämtad 2019-04-16).

En relevant fråga för den svenska spelbranschen är därmed vilka villkor som gäller för marknadsföringen med hänsyn till kravet på måttfullhet. Att förstå sig på hur marknadsföringsrätten kan vara svårt. Ibland anses marknadsföringen rättsligt tillåten och ibland inte. Detta kan bero på många faktorer bland annat varifrån marknadsföringen härrör och var den gör effekt samt hur den är utformad, vilket medium som används och till vem den riktar sig.

Enligt civilminister Ardalan Shekarabi är idag situationen med spelreklam ohållbar.⁶ Mot bakgrund av detta tillkallade han spelbranschen till ett möte där han ställde krav på att spelbranschen själva skulle ta fram åtgärder för självreglering som skulle åstadkomma att marknadsföringen blev mer måttfull, både vad gällde innehållet och mängden.⁷ Svaret på Shekarabis krav ledde till kritik eftersom regeringen ansåg att spelbranschens självregleringen var otillräcklig.⁸ Civilminister Shekarabi har i flertalet intervjuer antytt att om inte spelbolagen tar ett större ansvar som leder till en förbättring av spelreklam räds han inte att förslå en skarpare lagstiftning där han även nämnt ett totalförbud som alternativ.⁹ Något som bekräftades när han den i slutet på april 2019 tillsatte en utredning (Spelmarknadsutredningen¹⁰) med uppgift att utreda möjligheterna till strängare krav vad gäller marknadsföring av spel, både omfattning som innehåll.¹¹ Uppdraget ska redovisas senast den 31 oktober 2020.¹²

⁶ SPER och BOS. Spelbranschens åtgärder för att uppnå måttfullare marknadsföring. 2019. (hämtad 2019-05-18).

⁷ Ibid.

⁸ Nilsson, Anton. m.fl. Branschens eget förslag – för att tämja spelreklamen. 2019-03-28. (hämtad 2019-04-23).

⁹ SVD. Otillåten spelreklam får ministern att ryta till. (hämtad 2019-04-16).

¹⁰ Kommittédirektiv. Tilläggsdirektiv till Spelmarknadsutredningen (Fi 2018:03). Dir. 2019:18, s. 1.

¹¹ Regeringskansliet. Utredning ska föreslå begränsningar av spelreklamen. 2019. (hämtad 2019-05-18).

¹² Ibid.

Frågan om måttfullhet är bara en av de frågor som uppstår vid en granskning av den nya spellagen. Förutom frågan om vad måttfullhetskravet innebär kan en frågeställning gällande måttfullhetskravets förenlighet med EU-rätten aktualiseras. I enlighet med principen om fri rörlighet för tjänster bör kravet på måttfull marknadsföring av spel inte leda till en inskränkning av den inre marknaden.¹³ Eftersom spel klassas som en tjänst, i EU- rättslig mening, ställs spellagens bestämmelse om måttfull marknadsföring i förhållandet till den fria rörelsen för tjänster på den inre marknaden.¹⁴

Hur svensk domstol väljer att tolka måttfullhetskravet är direkt avgörande för effekten av bestämmelsen. Utmärkande är just den eventuella problematik som skulle kunna uppstå beträffande den fria rörligheten för tjänster och etablering som återfinns artiklarna 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Framför allt om måttfullhetskravet i praktiken skulle visa sig oförenlig med rättigheterna som uttrycks i FEUF. Det vill säga om domstol skulle genomföra en oproportionerligt restriktiv tolkning av måttfullhetskravet som inskränker på den fria rörligheten av tjänster. Från ett unionsrättsligt perspektiv står då närmare bestämt bestämmelsens legalitet på spel.

¹³ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 33.

¹⁴ Se till exempel Sjöberg och Gerdin, C-447/08 och C- 448/08, EU:C:2010:415; Hettne, Jörgen. *Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv*. Rapport för Riksrevisionen. 2012, s. 7.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftena är dels att utreda spellagens krav på måttfullhet vid marknadsföring av spel som finns i 15 kap. 1 § spellagen (2018:1138) och att närma sig en tydligare förklaring på vad måttfullhetskravet innebär, dels att utreda måttfullhetskravets förenlighet med den fria rörligheten för tjänster som råder inom EU.

För att uppfylla syftena kommer följande frågor att besvaras i uppsatsen:

- Vad innebär ett krav på att iaktta måttfullhet vid marknadsföring av spel till konsumenter?
- Kan ett krav på måttfullhet i fråga om marknadsföring av spel innebära en begränsning av den fria rörligheten för tjänster inom EU? Om ja, kan en sådan inskränkning då rättfärdigas?

1.3 Metod

Med hänsyn till uppsatsens frågeställningar och syften kommer en rättsdogmatisk metod användas. Den rättsdogmatiska metodens huvudsakliga ändamål är att beskriva, tolka och systematisera gällande rätt.¹⁵ Detta görs med utgångspunkt i olika rättskällor som enligt rättskällevärdsläran följer en hierarkisk ordning där lagar och författningar ska beaktas, förarbeten, motiv och rättspraxis bör beaktas och där slutligen doktrin får beaktas.¹⁶ Här bör nämnas att det även finns andra källor att ta hänsyn till vid tolkning av rätten. De består bland annat av rekommendationer som är användbara för att belysa det praktiska perspektivet.

Vidare kommer en EU-rättslig metod att tillämpas i samspel med den systematiska redogörelsen som faller inom rättsdogmatiken. Metoden innebär en tolkning i överensstämmelse med EU-domstolens (EUD) metodik och tolkningsmetoder.¹⁷ Mellan den strikt rättsdogmatiska metoden och EU-rättsliga metoden infinner sig skillnader eftersom tolkningsprinciperna och rättskällevärdsläran inte är detsamma. Av den EU-rättsliga metoden följer en övergripande teleologisk tolkning varpå ändamålet med reglerna ges stort utrymme.¹⁸ Visserligen görs även sådana tolkningar av det svenska regelverket men är då inriktat på lagförarbeten tillskillnad från EU-rätten som i sådana fall förhåller sig till de allmänna rättsprinciper som utvecklats av EUD:s praxis.¹⁹

¹⁵ Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.). Juridisk metodlära. Andra upplagan. Studentlitteratur. Lund. 2018, s. 21.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.). EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning. Andra upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2011, s. 38.

¹⁸ A. a., s. 36.

¹⁹ A. a., s. 34 ff.

1.4 Material

Uppsatsens primära material kommer bestå av traditionella juridiska rättskällor som lagar, förarbeten, rättsfall och doktrin. Det sekundära materialet kommer bestå av olika riktlinjer och rekommendationer samt Konsumentombudsmannens stämningsansökan mot Elec Games Limited. Utöver detta kommer EU-rättsligt material som fördrag och direktiv användas.

Lagarna som är centrala för uppsatsen är spellagen och marknadsföringslagen. Vidare är deras förarbeten, som kommittédirektiv, betänkanden och propositioner av värde. Uppsatsen kommer till stor del utgå från förarbeten till spellagen och bestämmelsen om måttfullhetskravet, i synnerhet propositionerna *Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen* och *En omreglerad spelmarknad*.²⁰ Förarbeten spelar en viktig roll vid ändamålstillämpning av lagar. I förhållande till en lag framkommer vanligtvis av förarbeten vad som är ändamålet med bestämmelsen samt hur den bör tolkas. Nämnda propositioner avser besvara syftet med spellagen och hur måttfullhetskravet bör tolkas därav kommer de vara av betydelse för uppsatsen. Vidare kommer det tilläggande kommittédirektiv till Spelmarknadsutredningen användas för att lyfta fram framtida utveckling av måttfullhetskravet. Kommittédirektiv är vägledande för förståelsen av syftet med en utredning och förtydligar ofta problematiken som en utredning avser åtgärda.

Beträffande svensk rättspraxis finns det dessvärre inga rättsfall som utgår från måttfullhetskravet. Däremot finns det rättsfall från lägre instanser som redogör för marknadsföring av spel. Bland annat MD 2009:15 som belyser ett flertal påståenden i spelreklam. Påståendena kan jämföras med dem i Konsumentombudsmannens stämningsansökan vilket är anledningen till varför båda kommer utgöra material.

²⁰ Om införandet av måttfullhetskravet i lotterilagen, se Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen; Om förslaget till den nya spellagen (2018:1138), se Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad.

Bristen på svensk rättspraxis är något som illustrerar uppsatsens värde. Likaså konsumentombudsmannens stämningsansökan²¹ vars förhoppning är att klargöra innebörden av måttfullhetskravet. Stämningsansökan erhåller dessvärre ingen auktoritet i rättskällehierarkin men visar på hur Konsumentverket, som är tillsynsmyndighet över marknadsföring av spel, betraktar måttfullhetskravet och hur domstol kan tolka måttfullhetskravet.

Vidare kommer rättspraxis från EUD användas. EUD:s rättspraxis anses emellanåt verka för att fylla ut luckor som inte direkt täcks av EU:s fördrag och förordningar. EUD:s rättspraxis besvarar hur bestämmelser ska tolkas och ofta redogörs i skälen också för vilket syfte och ändamål som en särskild bestämmelse har. Genom EUD:s rättspraxis förtydligas hur EUD arbetar utifrån allmänna rättsprinciper. Rättspraxis kommer vara vägledande för förståelsen av EU- rättslig tolkningsmetod och betydande för uppsatsen eftersom de återspeglar de allmänna rättsprinciper som återfinns i EU- rätten.

Betydelsefulla doktriner kommer bland annat vara läroböckerna *Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten* av Ulf Bernitz, *Marknadsrätten En introduktion* av Per Jonas Nordell och *EU- rättslig metod Teori och genomslag i svensk rättstillämpning* av Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson. Doktrinen kommer användas för att den systematiskt beskriver de marknadsföringsrättsliga regleringarna på nationell- och EU-nivå samt lyfter fram nyanserade skildringar av området. I enlighet med den rättsdogmatiska metoden kommer hänsyn tas till materialets hierarkiska auktoritet. Doktrin är inte något som domstol är skyldig att beakta men används ofta för styrkandet av domstolens argumentation. Ytterligare doktriner som kommer användas är nyhetsartiklar och reportage med syftet att beskriva speldebatten.

I förarbeten till måttfullhetskravet hänvisas bland annat till att vägledning för bedömningen av måttfullhetskravet kan hämtas ur rekommendationer och riktlinjer. Av den orsaken kommer SPER:s och BOS riktlinjer för marknadsföring av spel, Europeiska kommissionens rekommendation om

²¹ Stämningsansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

principer för att skydda konsumenter och spelare i samband med onlinespeltjänster och för att förhindra att underåriga spelar onlinespel om pengar (2014/478/EU) och ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation att utgöra material. Beträffande detta material ska påpekas att domstolar inte har skyldighet att tillämpa dem. Däremot följer det av marknadsrättslig praxis att domstolen ofta åberopar riktlinjer som tolkningsunderlag. Bland annat för att besvara vad god marknadsföringssed innebär.²² Detsamma bör enligt författaren gälla vid tolkningen av måttfullhetskravet.

Material av intresse kommer även vara EU-rättsligt material som fördrag och olika direktiv. För uppsatsen kommer fördraget om europeiska unionen (FEU) och fördraget om Europeiska unionens förhållningssätt (FEUF), mer precist artiklarna 56–62 avseende tjänster i FEUF, utgöra det centrala EU- rättsliga materialet. Fördragen ska ge klarhet i syftet med, och redogöra för regleringen, av den inre marknaden. Vidare kommer EU-rättsliga direktiv uppmärksammas, främst direktivet om otillbörliga affärsmetoder, Tjänstedirektivet, AV-direktivet och E-handels-direktivet.

²² Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 55.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsen utgår från måttfullhetskravet i 15 kap. 1 § spellagen och avser att redogöra för bestämmelsens förenlighet med EU-rätt. Avgränsningar har gjorts från att beakta den konflikt med tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen som kan uppkomma vid granskning av marknadsföring.

Vidare har uppsatsen inte till avsikt att undersöka effekten av sanktionssystemet som gäller vid brott mot måttfullhetskravet. En analys av sanktionssystemets funktion bör undersökas i ett eget arbete.

Gällande rekommendationer och riktlinjer för marknadsföring finns en uppsjö av material. Materialinsamlingen har däremot utgått från det som förarbeten uttryckligen bör användas vid vägledning för bedömningen av marknadsföring av spel. Ytterligare material riskerar att göra uppsatsen spretig. Därutöver finns möjligheten, vad gäller det EU- rättsliga perspektivet, att diskutera den fria etableringsrätten. Däremot avser inte uppsatsen att tillämpa en sådan aspekt med hänsyn till att med den nya spellagen är möjligt att vara etablerad i annat land och erbjuda speltjänster online till svenska konsumenter.

Utrymme för att diskutera brukandet av ramlagar finns. Syftet är som oftast att förbli effektiv mot snabba förändringar på området. Att besvara frågan vad det innebär när lagstiftningen hamnar hos rättstillämpningen är en fråga i sig och ska inte besvaras i detta arbete. Vidare kan utredas om det finns ett samband mellan ökad spelreklam och spelmissbruk. Uppsatsen avser däremot inte att besvara en sådan undersökning med hänsyn till den begränsade tiden och valet av metod som inte avser kvantitativa undersökningar.

1.6 Forskningsläget

Forskningsläget avseende måttfullhetskravet i spellagen är relativt tunt. Krav på måttfullhet vid marknadsföring av spel lagstiftades 2017. Liknande krav har under en längre tid verkat i alkohol- och tobakslagstiftningen. Däremot under strängare förhållanden eftersom det vid marknadsföring av sådana produkter ställs krav på *särskild* måttfullhet. Dessvärre avser kravet särskild måttfullhet vilket är ett strängare krav. På den grunden har det, än så länge, varit svårt att ta del av material som berör frågan om måttfull spelreklam. Vidare kan konstateras att det inte finns något rättspraxis som prövar kravet på måttfullhet vid marknadsföring av spel. Vilket ytterligare förtydligar ämnets outvecklade diskurs.

Mer material finns vad gäller marknadsföringsrätten och EU-rätten. Framför allt avseende rättspraxis från EUD. Utöver detta finns stor mängd litteratur som angriper frågan om inskränkningar av rörelsefriheten för tjänster. Framstående forskare är bland annat Jörgen Hettne, Ida Otken Eriksson, Ulf Bernitz och Anders Kjellgren vilka författat givande verk på området.

Bristen på material om spellagens måttfullhetskrav bekräftar att det finns en lucka som behöver fyllas ut. Förhoppningen är att uppsatsen kan bidra till att fylla ut den befintliga luckan.

1.7 Disposition

Det som anförts ovan inklusive detta underkapitel avser första kapitlet i uppsatsen och redogör bland annat för arbetets tillvägagångssätt.

Det andra kapitlet utgörs av en allmän redogörelse för lagstiftandet och syftet spellagen och måttfullhetskravet.

I det tredje kapitlet förklaras samspelet mellan marknadsföringslagen och spellagen. Där redogörs generellt för hur spellagen kompletterar marknadsföringslagen samt vad som allmänt gäller för marknadsföringsrätten och dess rättsliga principer.

Vad gäller det fjärde kapitlet framgår en närmare undersökning av måttfullhetskravet. En redogörelse för bestämmelsens rekvisit och effekt- och sändarlandsprincipen görs för att förtydliga när bestämmelsen blir tillämplig. Här förklaras även hur den tidigare marknadsföring av spel reglerades och hur den är avsedd att regleras idag enligt förarbeten. Vidare redogörs för måttfullhetskravet med utgångspunkt i nutida kontext. Där framhålls flertalet riktlinjer och rekommendationer avseende marknadsföring av spel. Avslutningsvis tydliggörs en framtida utveckling av måttfullhetskravet.

I det femte kapitlet ställs måttfullhetskravet i förhållande till EU- rätten. Där behandlas vissa EU- rättsliga principerna och vad som generellt gäller för den fria rörelsen för tjänster. Vidare framförs en redogörelse för om en långtgående begränsning av spelbolagens marknadsföring skulle kunna innebära en inskränkning på den fria rörelsen för tjänster marknaden.

Slutligen görs i det sjätte kapitlet en sammanfattning av kapitel 2–5 följt av en diskussion och slutsatser som besvarar mina frågeställningar och tillgodoser syftet.

2. Allmänt om spellagen och kravet på att iaktta måttfullhet vid marknadsföring av spel

2.1 Införandet av spellagen (2018:1183)

Spel om pengar, särskilt vadhållning och lotteri, är ett intresse som svenskar delat sedan århundraden tillbaka.²³ Spel är dessvärre inte bara förknippat med glädje och underhållning eftersom det med spelande ibland tillkommer negativa konsekvenser som exempelvis spelmissbruk och matchfixning. Den svenska staten har därför tidigare bedömt det vara nödvändigt att kontrollera spelmarknaden med en monopolliknande reglering för att bland annat begränsa risker för bedrägeri och tillgodose sociala skyddsintressen.²⁴

Den tidigare spelregleringen medförde en svensk spelmarknad där bara statligt ägda eller kontrollerade bolag fick tillhandahålla spel om pengar. Annat gällde för allmännyttiga verksamheter, exempelvis Bingolotto, vilka tillhandahöll lotteri- och bingo verksamheter under godkännande från Lotteriinspektionen (numera Spelinspektionen).²⁵ Dessa spelaktörer kunde med tillstånd från den dåvarande Lotteriinspektionen anordna lagliga lotterier. Vilket problematiserar användandet av begreppet *monopol* eftersom ett monopol i ekonomisk mening avser en enskild marknad med en ensam aktör.²⁶ Visserligen förefaller begreppet *rättsligt monopol* närmare den verklighet som då rådde men i förenklande syfte kommer den tidigare svenska spelregleringen hänvisas till som ett *spelmonopol*.²⁷

²³ Nationalencyklopedin. Spelindustri. 2019. (hämtad 2019-01-31).

²⁴ Prop. 2002/03:93. Vissa frågor inom spelområdet m.m., s. 15.

²⁵ Sper. Ny spellag. 2019. (hämtad 2019-01-31).

²⁶ Se definitioner av andra monopoltyper Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 1 Konkurrensrätten och marknadsekonomin grundvalar. Fjärde upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2015, s. 49 ff. och 58 f.

²⁷ A. a, s. 55.

I och med Sveriges inträde i EU uppkom frågan om det svenska spelmonopolet var oförenligt med EU-rätten. Flera ärenden hos EUD angående andra medlemsländers spelmonopol berörde indirekt frågan och allt eftersom ärendena avklarats konstaterades det att spelmonopol kunde rättfärdigas enligt EU-rätten.²⁸

Anledningen till varför Sverige kunde upprätthålla ett spelmonopol berodde bland annat på att regleringen syftade till att skydda folkhälsan och stänga ute privata vinstintressen.²⁹ Vilket kritiserades, bland annat av Europeiska kommissionen, eftersom de svenska aktörerna Aktiebolaget Trav och Galopp (ATG) samt Svenska Spel samtidigt genomförde intensiv marknadsföring av spel.³⁰ Åtgärder som av kritiker avsåg öka spelandet och inte alls var i enlighet med att skydda folkhälsan men av staten motiverades med att det avsåg leda spelintresserade konsumenter till lagligt spel som försäkrade ett bättre konsumentskydd och mindre risk för bedrägeri.³¹

Det svenska spelmonopolet hade troligtvis upprätthållits om det inte vore för de tekniska framstegen vad gäller internet och digitalisering av spel. Under 00-talet gick spelbranschen igenom en teknisk reform vilket ledde till spelbolagen etablerade sig på webbaserade plattformar från vilka de tillhandahöll onlinespel om pengar mot svenska konsumenter. Förändringen ledde till att den svenska staten fick det allt svårare att kontrollera den svenska spelmarknaden och stänga ute privata vinstintressen vilket gjorde argumentet för ett upprätthållande av spelmonopolet innehållslöst i förhållande till EU-rätten.³²

Det som onlinespelen förorsakade var bland annat att staten förlorade kontrollen över den svenska spelmarknaden. Den svenska regeringen ansåg därför att det var aktuellt att agera på saken varpå flera utredningar, exempelvis Lotteriutredningen och Spelutredningen, beträffande en omreglering av den

²⁸ Se Gambelli m.fl. C-243/01; Placanica m.fl. C-338/04, C-359/04 och C-360/04; Sjöberg och Gerdin, C-447/08 och C-448/08; Regeringsrättens dom i Wermdö Krog 2004, Mål nr 5819, RÅ 2004 ref. 95.

²⁹ Se Regeringsrättens dom i Wermdö Krog 2004, Mål nr 5819, RÅ 2004 ref. 95; samt Sjöberg och Gerdin C-447/08 och C-448/08.

³⁰ Prop 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 14.

³¹ Det så kallade *kanaliseringsargumentet*. Se Regeringsrättens dom i Wermdö Krog 2004, Mål nr 5819, RÅ 2004 ref. 95.

³² Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 81.

svenska spelmarknaden påbörjades.³³ Däremot resulterade utredningarna inte i någon ny lag. I stället var det den omfattande Spellicensutredningens betänkande som ledde till att riksdagen i juni 2018 beslutade att en ny spellag skulle införas den 1 januari 2019.

2.2 Syften och ändamål med spellagen (2018:1183)

Ett av Spellicensutredningens syften var att komma med förslag till en ny spellag som skulle åstadkomma en spelmarknad med högt konsumentskydd, hög säkerhet vad gäller spelen och tydliga krav för aktörer som vill verka på spelmarknaden.³⁴ Utgångspunkten var ett förverkligande av en reglering som begränsar de negativa konsekvenserna av spelandet. I enlighet med detta ställdes det krav på att den nya lagen skulle bibehålla och försäkra ett säkerställande av sociala och hälsomässiga skyddshänsyn. Problemet var däremot att även tillgodose spelmarknadens finansiering av staten och de allmännyttiga verksamheterna. Vidare skulle hänsyn tas till Sveriges folkhälsopolitiska mål och EU-rätten.³⁵

Resultatet blev den nya spellagen (2018:1183). En ramlag som avser att effektivt kunna anpassas till förändringar på spelmarknaden. Något som, enligt regeringen, är nödvändigt med hänsyn till den snabba utvecklingen på spelmarknaden.³⁶ Med spellagen är förhoppningen att bättre kunna kontrollera den svenska spelmarknaden och stänga ute illegala aktörer som inte erhållit licens.³⁷ Spellagen syftar bland annat till att stärka konsumentskyddet, ställa höga krav på säkerhet gällande spelen och begränsa de negativa konsekvenserna av spelande.³⁸ Lagen är tillämplig på allt spel som tillhandahålls mot konsumenter i Sverige vilket också omfattar spel via internet som riktar till svenska konsumenter.³⁹

³³ Kommittédirektiv. Omreglering av spelmarknaden. Dir. 2015/95, s. 2 ff.

³⁴ Kommittédirektiv. Omreglering av spelmarknaden. Tilläggsdirektiv till Spelmarknadsutredningen Dir. 2015:95, s. 1.

³⁵ Ibid.

³⁶ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 85.

³⁷ A. a, s. 1.

³⁸ Ibid.

³⁹ A. a, s. 87.

2.3 Införandet av krav på att iaktta måttfullhet vid marknadsföring av spel

Innan införandet av måttfullhetskravet reglerades marknadsföring av spel enbart av marknadsföringslagen, särskilda villkor i de licenser som beviljade svenska aktörer att verka på spelmarknaden, spelbranschens egna rekommendationer och andra internationella riktlinjer.⁴⁰ Detta ansågs vara tillräckligt för att kontrollera att marknadsföring av spel till sin utformning inte blev aggressiv, vilseledande eller i strid mot god marknadsföringssed.⁴¹ Spelutredning föreslog däremot under 2008 att införa särskilda regler för marknadsföring av spel. Förslaget bestod av ett krav på att iaktta måttfullhet vid marknadsföring, ett förbud mot att rikta marknadsföring till personer under 25 år och ytterligare ett förbud mot marknadsföring av spel med särskilt högrisk för att utveckla ett spelmissbruk.⁴² Förslaget ledde inte till någon direkt lagförändring.

I stället skulle det dröja till 2016 innan riksdagen beslutade att lagfästa krav på marknadsföring av spel. Ett beslut som kom efter att regeringen tillsatt en egen utredning. Utredningen gav ut promemorian *Tydligare tillståndsgivning i lotterilagen* i vilken det fanns förslag på att införa ett *särskilt* krav på måttfullhet vid marknadsföring. Vilket regeringen däremot inte valde att införa med anledning av att det inte ansågs lämpligt att införa ett sådant långtgående krav.⁴³ Enligt regeringen var sambandet mellan marknadsföring och ökat spelmissbruk inte tillräckligt klarlagt för att konstatera en tydlig koppling mellan dem.⁴⁴ I stället föreslog regeringen att det skulle införas krav på enbart måttfullhet. Bestämmelsen infördes i 47 a § lotterilagen (1994:1000) den 1 januari 2017 och hade i stort sett samma formulering som den har i 15 kap. 1 § spellagen med enda skillnaden att termen *lotteri* numera ersatts av *spel*.⁴⁵

⁴⁰ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 26 ff.

⁴¹ Se SOU 2006:11. Betänkande av Lotteriutredningen. Spel i en föränderlig värld, s. 346; och SOU 2008:124. Betänkande av Spelutredningen. En framtida spelutredning, s. 353.

⁴² Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 29.

⁴³ A. a., s. 31.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 327 f; jfr Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 46.

2.3.1 Syften och ändamål med måttfullhetskravet i lotterilagen (1994:1000)

Det var med hänsyn till spelregleringens syfte att motverka spelproblem och kontrollera risken för allvarliga konsekvenser av spel som regeringen föreslog en ändring. Enligt regeringen fanns ett behov av särskilda bestämmelser som reglerade marknadsföring av spel med tanke på marknadsföringens naturliga syfte att främja avsättningen av varor och öka efterfrågan av, i detta fall, speltjänster.⁴⁶ Ett ökat spelande innebar en risk för allvarliga ekonomiska och sociala problem för konsumenten varpå det ansågs nödvändigt att reglera detta.

2.3.2 Syften och ändamål med måttfullhetskravet i spellagen (2018:1183)

Vad gäller måttfullhetskravet i spellagen avser det att verka för spellagens övergripande syfte att tillvarata sociala hänsyn och skydda konsumenter mot problemspelande. Enligt regeringen förutsätter ett sådant syfte att det ställs krav på bland annat marknadsföring.⁴⁷ Därför överfördes bestämmelsen om måttfull marknadsföring i lotterilagen till spellagen.⁴⁸ Syftet med bestämmelsen om måttfullhetskravet är även att förmå vara anpassningsbar efter en snabbt utvecklande spelbransch.⁴⁹

⁴⁶ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 30.

⁴⁷ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 162.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

3. Samspelet mellan spellagen och marknadsföringslagen (2008:486)

3.1 Speciallagar och annexlagar

Bestämmelserna i 15 kap. spellagen reglerar speciellt marknadsföring av spel. Utöver bestämmelserna om marknadsföring av spel i spellagen så finns den fundamentala regleringen att utläsa i marknadsföringslagen (MFL). Spellagen är en speciallag och har karaktären av en annexlag, vilket innebär att lagen reglerar särskild marknadsföring inom ett visst område, för detta fall gäller marknadsföring av spel. Annexlagar är knutna marknadsföringslagen och kompletterar omfånget genom att hänvisa tillbaka till marknadsföringslagens bestämmelser.⁵⁰ Vanligen är syftet med dessa lagar att ställa upp strängare eller eventuellt mer detaljerade bestämmelser än vad som råder i marknadsföringslagen.⁵¹ Vad gäller spellagen framgår ett krav på att iaktta måttfullhet vid marknadsföringen av spel.

I 15 kap. 4 § spellagen finns bestämmelsen om otillbörlig marknadsföring som enbart gäller för marknadsföring av spel. Där uttrycks att bestämmelser i marknadsföringslagen ska tillämpas på marknadsföring som strider mot 1, 2 eller 3 §§ spellagen. Paragrafen framhåller särskilt att generalklausulen om god marknadsföringssed i 5 § MFL ska tillämpas på marknadsföring som strider mot måttfullhetskravet. Utan bestämmelserna i marknadsföringslagen kan inte marknadsföringens otillbörlighet konstateras och inte heller sanktioneras.

⁵⁰ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 148.

⁵¹ Ibid.

3.2 Marknadsföringslagen (2008:486)

3.2.1 Inledning

I marknadsföringslagen finns som tidigare nämnt generella bestämmelser som reglerar all marknadsföring av produkter och tjänster. Av 2 § MFL framgår det att marknadsföringslagen blir tillämplig då näringsidkare marknadsför eller själva efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet. Vad som menas med marknadsföring framgår av 3 § MFL och har en vidsträckt betydelse som omfattar

reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter inbegripet en näringsidkares handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare.⁵²

Noteras bör att marknadsföringsbegreppet det inte enbart avser en avsättning av eller tillgången till produkter utan även tjänster är inkluderade.

Syftet med marknadsföringslagen är att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare.⁵³ Därför uppställs bland annat förbud mot utformning av marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed, är aggressiv eller vilseledande.

Utöver krav på marknadsföringens utformning finns även ett sanktionssystem. Sanktionssystemet i marknadsföringslagen blir uttryckligen av 15 kap. 4 § spellagen tillämpligt då marknadsföring av spel strider mot 1 eller 2 § spellagen. Särskilt påpekas att sanktionerna i 23 och 26 §§ MFL ska tillämpas. Av vilka det framgår att en näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig får förbjudas att fortsätta med denna eller med någon annan liknande åtgärd och att ett förbud eller åläggande ska förenas med vite om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Vidare kan även 24 § MFL vara tillämplig om en näringsidkare i sin

⁵² Se 3 § sjätte stycket marknadsföringslag (2008:486).

⁵³ Prop. 2007/08:115. Ny marknadsföringslag, s. 1.

marknadsföring av spel underlåtit att lämna sådan information som krävs enligt spellagens informationsplikt i 15. kap 3 § spellagen. Som bland annat ställer krav på att återge tydlig information om lägsta ålder för att få spela och kontaktuppgifter till en organisation som tillhandahåller information om och stöd i samband med spelproblem.⁵⁴

3.2.2 Generalklausulen om god marknadsföringssed (5 § MFL)

En viktig bestämmelse i marknadsföringslagen är generalklausulen i 5 § MFL som fastställer att marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed. Paragrafen blir, enligt 15. kap 4 spellagen, tillämplig på marknadsföring av spel som strider mot 15 kap. 1 eller 2 § spellagen. Sådan marknadsföring är att anse som otillbörlig enligt 6 § MFL under vissa förutsättningar.

Bestämmelsen om god marknadsföringssed är en så kallad generalklausul och har tilldelats stor betydelse för dess vida tillämpningsområde. Vilket erhålls genom den vaga formulering som syftar till att förenkla svårigheter med att i lagtext dra tydliga gränser mellan vad som bör vara tillåtet och förbjudet.⁵⁵ Generalklausulen är inte fastställd utan det är ännu oklart hur stort tillämpningsområde generalklausulen har.⁵⁶ Ytterligare generalklausuler finns bland annat i 7 § MFL om aggressiv marknadsföring och 8 § MFL om vilseledande marknadsföring.⁵⁷

God marknadsföringssed definieras i 3 § MFL som "god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter".⁵⁸ I Direktivet om otillbörliga affärsmetoder används istället uttrycket god yrkessed vilket egentligen inbegriper detsamma.⁵⁹ Enligt Spellicensutredningen kan en rad olika faktorer tilläggas bedömningen av

⁵⁴ Se 15 kap. 3 § spellag (2018:1183)

⁵⁵ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 44.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Nordell, Per Jonas. Marknadsrätten: en introduktion. Sjunde upplagan. Wolters Kluwer. Stockholm. 2017, s. 58 f.

⁵⁸ Se 3 § fjärde stycket marknadsföringslag (2008:486).

⁵⁹ Prop. 2007/08:115. Ny marknadsföringslag, s. 70.

god marknadsföringssed. Vägledning kan ges av olika uppförandekoder som exempelvis Internationella handelskammarens (ICC:s) regler för reklam och marknadskommunikation (Koden), branschpraxis, olika riktlinjer och rekommendationer samt lagstridighetsprincipen.⁶⁰

Strider marknadsföringen mot god marknadsföringssed, krävs enligt 6 § MFL, att marknadsföringen i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar förmågan att fatta ett välgrundat affärsbeslut hos den som marknadsföringsåtgärden är riktad till för att den ska anses otillbörlig. Detta innebär att marknadsföringen ska ha kommersiell effekt vilket prövas genom ett transaktionstest.⁶¹ Testet utgör en tröskel vid prövning av om reglerna i marknadsföringslagen är tillämpliga och kräver att marknadsföringen leder till ett annat affärsbeslut än vad mottagaren annars skulle ha gjort.⁶²

Mottagaren av marknadsföring kan skilja sig från fall till fall men vid marknadsföring till konsument används generellt en genomsnittskonsument. Definitionen återfinns i direktivet om otillbörliga affärsmetoder vilket föranlett användning av detsamma i svenska rättspraxis.⁶³ En genomsnittskonsument är en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst konsument.⁶⁴ Bedömningen av genomsnittskonsumenten görs med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer och bestäms med hänsyn till vart marknadsföringen riktas och vilka som nås av den.⁶⁵ Vilket innebär att domstol ges visst utrymme för tolkning av genomsnittskonsumenten.⁶⁶ Vid marknadsföring mot särskild målgrupp så bedöms genomsnittskonsumenten i den gruppen.

⁶⁰ SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 696 ff.

⁶¹ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 45.

⁶² Ibid.

⁶³ Skäl 18. Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (Direktiv om otillbörliga affärsmetoder).

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Skäl 18. Direktivet om otillbörliga affärsmetoder; och mål C- 220/98, Estée Lauder, REG 2000, s. 1–117 punkt 29.

⁶⁶ Se resonemang, Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 76.

Vad gäller mottagaren av marknadsföring av spel ska tilläggas att den tilltänkta målgruppen kan variera. Beroende av vilken typ av marknadsföring och till vem den riktar sig ställs olika krav på genomsnittskonsumentens kunskap. Vid marknadsföring till svagare målgrupper gäller strängare krav på utformningen av marknadsföringen eftersom man bör räkna med att dessa mottagare är okritiska till marknadsföringen.⁶⁷ De anses därmed påverkas i större omfattning än de som är kritiska. Vidare gäller att om marknadsföringen riktas eller riskerar att nås av sårbara grupper, som exempelvis spelmissbrukare ska det intryck den genomsnittliga konsumenten i den särskilda sårbara gruppen får av marknadsföringen särskilt tas i beaktning vid bedömning av marknadsföringen.⁶⁸ Detta gäller däremot inte om näringsidkaren bakom marknadsföringen inte rimligen kunde förutse att denne mottagare skulle påverkas av marknadsföringen.⁶⁹ I samband med detta ska även påpekas att vid marknadsföring via internet utgår domstol istället från den genomsnittliga internetanvändaren.⁷⁰ Huruvida marknadsföringen påverkar mottagaren bedöms generellt utifrån att marknadsföringen ofta läses flyktigt.⁷¹

3.2.3 Aggressiv och vilseledande marknadsföring

Förutom kravet på god marknadsföringssed gäller enligt 7 § MFL att en näringsidkare inte får använda sig av aggressiv marknadsföring. Med aggressiv marknadsföring menas marknadsföring som går ut på att genom trakasserier, tvång, fysiskt våld, hot eller annat aggressivt påtryckningsmedel påverka mottagaren.⁷² Marknadsföring som strider mot förbudet mot aggressiv marknadsföring är att anse som otillbörlig under förutsättning att marknadsföringen i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Vidare gäller att marknadsföring med stöd av 8 § MFL inte får vara vilseledande enligt 9, 10 eller 12–17 §§ MFL. Exempel på vilseledande marknadsföring är

⁶⁷ Se resonemang, Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 76.

⁶⁸ Skäl 19 och artikel 5.3. Direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ MD 2012:15. Elsking, punkt 84.

⁷¹ MD 2016:10. Konsumentombudsmannen mot A. B, punkt 57.

⁷² Artikel 8. Direktivet om otillbörliga affärsmetoder; 7 § andra stycket marknadsföringslag (2008:486).

användandet av felaktiga påståenden om priset, ursprunget, riskerna och betalningsvillkor.⁷³ Är marknadsföringen vilseledande följer det av 8 § MFL att sådan marknadsföring är att anse som otillbörlig. Härom krävs endast att marknadsföringen påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Vad gäller vilseledande marknadsföring tillkommer direktivet om otillbörliga affärsmetoder som komplement eftersom det i 8 § MFL fastställs att "sådan vilseledande marknadsföring som anges i punkterna 1–23 i bilaga I till direktiv 2005/29/EG är alltid att anse som otillbörlig".⁷⁴ Särskilt intressant för marknadsföring av spel är punkten 16 i bilagan till direktivet som konstaterar att marknadsföring som *påstår att produkter kan underlätta vinst i hasardspel* är att anse som vilseledande. Sådan marknadsföring kräver inte heller någon kommersiell effekt för att anse som otillbörlig.⁷⁵ Exempel på marknadsföring som kan omfattas av punkt 16 är uttrycket "Nu kan DU äntligen vinna på lotto! – Ny programvara som grundas på algoritmer utvecklade vid CERN-laboratoriet hjälper till att tippa oddsen till din fördel".⁷⁶

Vidare exempel på vilseledande marknadsföring enligt 10 § MFL kan härledas ur rättsfallet MD 2009:15 mellan Konsumentombudsmannen och Postkodlotteriet. Där ett av de marknadsförda påståendena var "GULDLÄGE I LJUNGSBRO".⁷⁷ Vid prövning fann Marknadsdomstolen att formuleringen var vilseledande enligt 10 § MFL eftersom formuleringen gav intrycket att chansen att vinna varit större i Ljungsbros men så inte var fallet. Marknadsdomstolen hänvisade till att det som ökar möjligheten för att vinster ska hamna i en specifik ort är att många personer i just den orten köper lotter och deltar i vinstdragningen. Vilket innebär att det är först när vinstdragningen sker som Postkodlotteriet vet huruvida det finns en på detta sätt förhöjd vinstchans.⁷⁸ Marknadsföringen kunde därmed inte anses sanningsenlig.

⁷³ Se 10 § marknadsföringslag (2008:486) för fler exempel.

⁷⁴ Se 8 § marknadsföringslag (2008:486).

⁷⁵ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 45.

⁷⁶ Se resonemang SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 698.

⁷⁷ MD 2009:15. Svenska Postkodföreningen.

⁷⁸ MD 2009:15. Svenska Postkodföreningen, Domskäl, Yrkande 2, Påstående a.

I samma rättsfall kom marknadsdomstolen fram till att påståendet "I nästa Grann-Yra kan det här kortnumret bli värt 55 miljoner för dig A."⁷⁹ var vilseledande eftersom Postkodlotteriet framställde en hel vinstpott som vinstmöjlighet för en enskild lottköpare utan att tydligt ange att vinsten var avsedd att fördelas mellan flera lottköpare.⁸⁰ Marknadsdomstolen framhöll däremot att det i teorin skulle kunna innebära att en enda vinnare tar hem hela vinstpotten under förutsättning att det bara säljs en enda lott men att sannolikheten för att det skulle inträffa bedömdes som mycket låg. Marknadsdomstolen framhöll visserligen att det är normalt att i lotterireklam ofta starkt betona eller främhäva stora vinstpottar och att konsumenterna är medvetna om att vinstmöjligheterna för dessa vinster är ytterst små. Marknadsdomstolen konstaterade därmed att marknadsföringen inte får "överdriva vinstchanserna och inte heller ange vinstmöjligheter som i verkligheten inte finns".⁸¹

Enligt Marknadsdomstolen kunde det inte antas att en genomsnittskonsument varken vet eller inser vad som egentligen krävs för att den angivna vinsten ska falla ut. Marknadsdomstolen drar slutsatsen att "ett påstående som vilseleder om konsumentens faktiska vinstchanser är ägnat att påverka dennes förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut och marknadsföringen är således att anse som otillbörlig".⁸²

⁷⁹ A. a, Domskäl, Yrkande 2, Påstående b och c.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ A. a, Domskäl, Yrkande 3.

⁸² Ibid.

3.2.4 Krav på reklamidentifiering

Marknadsföringslagen ställer krav på reklamidentifiering i 9 § MFL, vilket innebär att all marknadsföring ska utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring.⁸³ Vidare ska det tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen med undantag för marknadsföringsåtgärder som avser att skapa uppmärksamhet inför uppföljande framställningar.⁸⁴ Syftet med kravet på reklamidentifiering är att förenkla för mottagaren av framställningen att bli införstådd om att det rör sig om marknadsföring samt identifiera den aktör som står bakom budskapet för att underlätta kontakt.⁸⁵

I det tidigare nämnda rättsfallet MD 2009:15 kom Marknadsdomstolen fram till att Postkodlotteriets marknadsföring av lotter i annonstidningar stred mot reglerna för reklamidentifiering i 9 § MFL. Detta eftersom marknadsföringen var utformad som en annonstidning och påminde om redaktionellt material. Enligt marknadsdomstolen var reklamidentifikationen inte tillräckligt tydlig och grundar argumentet på att reklam och andra marknadsföringsåtgärder ska kunna identifieras som sådan samt att genomsnittskonsumerten får antas värdera redaktionell text annorlunda än kommersiella budskap.⁸⁶

⁸³ Se 9 § marknadsföringslag (2008:486).

⁸⁴ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 108.

⁸⁵ SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 698 f.

⁸⁶ MD 2009:15. Svenska Postkodföreningen. Domskäl, Yrkande 1.

3.3 Lagstridighetsprincipen

Utöver vad som stadgas i marknadsföringslagen och spellagen gäller, den av Marknadsdomstolens utvecklade praxis, så kallade lagstridighetsprincipen. Principen innebär att en marknadsföringsåtgärd som anger eller ger intryck av att en tjänst eller produkt är laglig men egentligen strider mot lag eller är ägnad att leda till lagöverträdelser anses som otillbörlig enligt marknadsföringslagen.⁸⁷

Principen är inte lagfäst och faller normalt under generalklausulen i 5 § MFL men har av lagstiftare även ansetts falla under 8 § MFL, med hänvisning till punkt nio (9) i svarta listan som uttrycker att det är förbjudet att ange eller på annat sätt skapa intryck av att det är lagligt att sälja en produkt när så inte är fallet.⁸⁸ Det innebär att marknadsföring som ger intryck av att produkten eller tjänsten är laglig ska anses vilseledande. Däremot tar principen framför allt sikte på marknadsföring av produkter som är olagliga sig.⁸⁹

3.4 Analys och sammanfattning

Av det ovan anförda kan konstateras att kravet på måttfullhet bör innebära ett strängare krav för marknadsföring av spel än för de generella kraven marknadsföringslagen. Vidare ska även de generella bestämmelserna i marknadsföringslagen vara tillämpliga på marknadsföring av spel. Vid bedömning av måttfullhetskravet bör även syftet med marknadsföringslagen beaktas vilket bland annat är att motverka otillbörlig marknadsföring mot konsumenter.

Därutöver kan konstateras att användandet av påståenden om att produkter kan underlätta vinst i hasardspel bör, av det som framkommit av punkt 16 i direktivet om vilseledande reklam, anses direkt strida mot måttfullhetskravet i spellagen oavsett krav på kommersiell effekt. Vidare bör marknadsföring med påståenden som ger intryck av att chansen att vinna är större än vad den egentligen är och

⁸⁷ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 149.

⁸⁸ Nordell, Per Jonas. Marknadsrätten: en introduktion. Sjunde upplagan. Wolters Kluwer. Stockholm. 2017, s. 60.

⁸⁹ Se resonemang MD 2013:7. Maxi Elit, punkt 28.

påståenden som överdriver vinstchanserna som i verkligheten inte finns anses strida mot måttfullhetskravet under förutsättning att det lett till kommersiell effekt. Vidare bör reklamidentifikationen vara tydlig vid marknadsföringsåtgärder som påminner om redaktionellt material, med hänsyn till att mottagaren läser marknadsföringen flyktigt och värderar sådant material annorlunda.

Enligt lagstridighetsprincipen bör marknadsföring av spel för spelbolag som inte innehar licens på den svenska marknaden innebära att marknadsföringen strider mot 5 § MFL. Däremot är inte speltjänster olagligt i sig men det krävs svensk spellicens för att spelbolag ska få tillhandahålla spel mot svenska konsumenter.⁹⁰ Vidare bör marknadsföring som strider mot omsorgspliktens krav i 14 kap. 1 § spellagen, om att hjälpa spelare minska sitt spelande när det finns anledning till det, kunna anses som otillbörlig enligt 5 § MFL. Det bör däremot lämnas till rättstillämpningen att i det enskilda fallet bedöma under vilken generalklausul en lagstridig marknadsföringsåtgärd hamnar.

Ytterligare krävs för att marknadsföring ska anses otillbörlig att marknadsföringen påverkar eller sannolikt påverkar en konsuments förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut som leder till kommersiell effekt. Varpå konsumenten utgörs av en normalt informerad och skäligen upplyst genomsnittskonsument eller vid fall av marknadsföring över internet utgörs av den genomsnittliga internetanvändaren. Om marknadsföringen även riskerar att nå av särskilt sårbara grupper som till exempel spelmissbrukare bör detta tas i beaktning.

⁹⁰ Se 3 kap. 3 § spellagen (2018:1138) där det framgår att ”för att tillhandahålla spel enligt denna lag krävs licens, om inte annat följer av lagen eller annan författning”.

4. Närmare om kravet på måttfullhet

4.1 Rekvisiten

I 15 kap. 1 § spellagen finns särskilda krav för marknadsföring av spel. Enligt paragrafens första stycke ska måttfullhet iakttas vid marknadsföring av spel till konsumenter. Vidare gäller enligt andra stycket att marknadsföring av spel inte får riktas särskilt till personer under 18 år. Beträffande kravet på måttfullhet i första stycket finns fyra rekvisit som ska betraktas vid tillämpning. Enligt paragrafen måste det röra sig om måttfull marknadsföring av spel till konsumenter. Frågan som ska besvaras vid en tillämpningsbedömning blir därmed vad för typ av *marknadsföring* som avses, vem som utgör *konsument* och vilken typ av *spel* som omfattas samt om marknadsföringen strider mot eller överensstämmer med kravet på *måttfullhet*.

Av propositionen till spellagen framkommer att begreppen *marknadsföring* och *konsument* ska inbegripa detsamma som gäller enligt marknadsföringslagen.⁹¹ Av ovan anförda i kapitel 3 redogörs för marknadsföringsbegreppet. Vidare ska även att redogöras för vem som är konsument. Enligt definitionen i 3 § MFL menas en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet. Vilket i praktiken innebär en privatperson som förvärvar varor, inkluderat tjänster, för enskilt bruk.⁹² Detta innebär att bestämmelsen inte kan tillämpas på marknadsföring mot näringsidkare. Marknadsföring av spel till näringsidkare eller marknadsföring av näringsidkare som efterfrågar spel ska därmed omfattas av den generellt gällande marknadsföringslagen.

Vad som menas med *spel* framgår av 2 kap. spellagen. I kapitlets första paragraf uttrycks det att med spel avses lotteri, vadhållning, kombinationsspel och

⁹¹ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 328; jfr Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 46.

⁹² För liknande resonemang se Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 50.

pyramidspel. Därtill avser spel även onlinespel som tillhandahålls genom användning av elektroniska kommunikationsmedel och som spelas av en spelare och den som tillhandahåller spelet eller av flera spelare.⁹³ Därutöver följer sedan, i 2 kap. 3 § spellagen, definitioner på ytterligare spelformer och vad som avses med bland annat lotteri, vadhållning, kombinationsspel och pyramidspel. Det är ännu oklart om listan med definitioner borde tolkas uttömmande eller ej med hänsyn till den tekniska utveckling av spelformer.⁹⁴ Regeringen redogör däremot för att *spel* i lagens mening bör avse riskfyllt spel om pengar där möjligheten att vinna delvis eller helt avgörs av slumpen.⁹⁵ Vidare krävs att spelet handlar om pengar eller andra vinster med ett värde i pengar.⁹⁶ Därmed, vilket även regeringen framför, bör spel enligt lagens mening inte omfatta alla typer av spel, som till exempel olika förströelse-, sällskaps- eller datorspel eller spel i allmänhet.⁹⁷ Skulle det inte tydligt framgå att en aktivitet är att betrakta som spel bör en bedömning avgöras i det enskilda fallet mot bakgrund av ekonomiska och slumpartade aspekterna av spelet.⁹⁸

Utöver de ovan anförda rekvisiten tillkommer kravet på *måttfullhet*. Vad som generellt kan sägas om måttfullhetskravet är att en helhetsbedömning avgör om en marknadsföringsåtgärd är måttfull eller ej.⁹⁹ Vilket vid en bedömning innebär en granskning med beaktande av innehållet som marknadsföringen har, hur marknadsföringen är ägnad att uppfattas av den krets till vilken den riktar sig och det medium som använts.¹⁰⁰ Ytterligare redogörelse för rekvisitet måttfullhet görs senare i detta kapitel.

⁹³ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 292.

⁹⁴ A. a, s. 84 f.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ A. a, s. 83 f.

⁹⁸ A. a, s. 84 f.

⁹⁹ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 164 och 327 f.

¹⁰⁰ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 31.

4.2 Effekt- eller sändarlandsprincipen

Eftersom marknadsföringen av spel sker genom olika distributionskanaler och ofta sänds från olika länder är det av betydelse att belysa effekt- och sändarlandsprinciperna och fastställa när den svenska jurisdiktionen för marknadsföring blir tillämplig.

Huvudregeln enligt den svenska marknadsföringsrätten är att tillämpa effektlandsprincipen.¹⁰¹ Effektlandsprincipen tillkom genom förarbetsuttalanden och rättspraxis från marknadsdomstolen och finns inte uttryckt i svensk lag.¹⁰² Enligt principen ska den jurisdiktion i det mottagarland som marknadsföringen delvis eller helt riktar sig mot vara tillämplig.¹⁰³ Effektlandsprincipen innebär, för Sveriges del, att den svenska reglering är tillämplig på marknadsföring som har effekt på eller riktar sig mot den svenska marknaden även om marknadsföringen härrör från utlandet.¹⁰⁴ Principen innebär att svenska myndigheter är behöriga att vidta åtgärder mot sådan marknadsföring.¹⁰⁵

Frågan om en marknadsföringsåtgärd kan anses riktad mot den svenska marknaden får avgöras efter en helhetsbedömning i det enskilda fallet.¹⁰⁶ Bedömningen görs med beaktande av språket i marknadsföringen, den tänkta målgruppen och marknadsföringens faktiska spridning.¹⁰⁷ Vilket borde innebära att bestämmelsen gällande måttfullhetskravet är tillämplig på all marknadsföring av spel som har effekt mot eller riktar sig till den svenska marknaden. Sådan marknadsföring ska följaktligen utformas i enlighet med svensk lagstiftning. Regeringen redogör även för att så borde vara fallet eftersom "[svenska spel]licenshavarnas ansvar att följa svensk marknadsföringsrätt bör (...) gälla oavsett om andra regler gäller för marknadsföring i det land från vilket t.ex. tv-reklam sänds".¹⁰⁸

¹⁰¹ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 163.

¹⁰² Se Prop. 2009/10:125. En ny alkohollag, s. 90; och MD 1989:6. Scanorama.

¹⁰³ Prop. 2006/07:6. Kompletterande bestämmelser till EG-förordningen om konsumentskyddssamarbete, s. 15.

¹⁰⁴ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 163.

¹⁰⁵ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 33.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Prop. 1970:57. Förslag till lag om otillbörlig marknadsföring, m. m, s. 92 f.

¹⁰⁸ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 163.

Vad gäller sändarlandsprincipen innebär den att marknadsföringen ska bedömas enligt den jurisdiktionen som gäller i det land där marknadsföringen kommer ifrån.¹⁰⁹ Vilket vidare innebär att marknadsföring som överensstämmer med jurisdiktionen i den medlemsstat marknadsföringen härrör ska anses giltig även i andra medlemsstater inom EU.¹¹⁰ Principen är däremot till stor del undantagen svensk marknadsföringsrätt med hänsyn till effektlandsprincipens företräde.

4.3 Regeringsbeslut och Lotteriinspektionens föreskrifter

Innan omregleringen av den svenska spelmarknaden fanns regeringsbeslut som beviljade Svenska Spel och ATG att bedriva olika spelformer på den svenska marknaden. Det var bland annat genom dessa tillstånd som regeringen genom olika villkor kunde reglera de lagliga aktörernas marknadsföring.¹¹¹ Enligt regeringen ansågs dessa krav och begränsningar för tiden stå i relation till den risk för spelproblem som varje spelform då var förknippad med.¹¹²

I villkoren fanns en generell bestämmelse som tillät marknadsföring av lotterier och vadhållning till konsumenter under förutsättning att den var *särskilt* måttfull.¹¹³ Vidare fick marknadsföringen inte rikta sig särskilt till personer under 18 eller 25 år med hänsyn till vilken spelform som avsågs. Marknadsföringsåtgärden fick inte heller vara påträngande eller uppsökande. I samband med marknadsföringen skulle telefonnumret till stödlinjen anges, med undantag för reklam i radio. Krav ställdes på att vidta särskild försiktighet i samband med marknadsföring av jackpottar samt att eventuella jackpottars storlek inte fick utgöra huvudbudskapet i marknadsföringen.¹¹⁴

¹⁰⁹ Skäl 33 och artikel 4. Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/13/EU av den 10 mars 2010 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster (AV-direktivet).

¹¹⁰ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 53.

¹¹¹ SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 710.

¹¹² Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 27.

¹¹³ SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 710.

¹¹⁴ A. a s. 710 ff.

För Svenska Spels del gällde ytterligare krav vid marknadsföring. Vid marknadsföring av lotterier, vadhållning och poker över internet fick inte länkning ske till den webbsida där spelet anordnades och vad särskilt gällde poker över internet fick inte länkas till bolagets webbplats. Vidare fanns ett förbud mot att marknadsföra värdeautomatspel till konsumenter och krav på att följa SPER:s etiska riktlinjer för ansvarsfull marknadsföring av spel om pengar.¹¹⁵

I regeringsbesluten fanns även krav på att Svenska Spel och ATG skulle följa de föreskrifter som Lotteriinspektionen ställde upp.¹¹⁶ En av föreskrifterna gällde skydd för sociala intressen vid lotterier som anordnades i samband med sändning i radio eller TV samt internet.¹¹⁷ I föreskriften fanns villkor som bland annat krav på att marknadsföringen skulle innehålla informationsuppgifter om vem som var tillståndsgivare, att personer under 18 år inte fick delta i spelet, om telefonnumret till stödlinjen för problemspelande samt information om riskerna förknippade med spel om pengar.¹¹⁸ Vidare fanns begränsningar av marknadsföring till personer som stängt av sig från spel.¹¹⁹

4.4 Måttfullhetskravet enligt förarbeten

4.4.1 Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen

Av propositionen¹²⁰ till införandet av måttfullhetskravet i lotterilagen framgår det att en bedömning av en marknadsföringsåtgärds måttfullhet bör göras utifrån en helhetsbedömning. Avgörande för bedömingen bör vara hur marknadsföringen är ägnad att uppfattas av den krets till vilken den riktar sig, det medium som används och det innehåll marknadsföringen har.¹²¹ Vidare bör inte marknadsföringen väcka särskild uppmärksamhet genom sin utformning.

¹¹⁵ SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 710 f.

¹¹⁶ A. a, s. 712.

¹¹⁷ 1 § LIFS 2014:2. Lotteriinspektionens föreskrifter till skydd för sociala intressen avseende sådana lotterier som avses i 21 a § lotterilagen (1994:1000).

¹¹⁸ A. a, 10 § punkt a, b, c och d samt 14 § om information.

¹¹⁹ A. a, 15 §.

¹²⁰ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen.

¹²¹ A. a, s. 31.

Dessutom ska budskapens utformning, samt deras färg, bild, typografi, layout med mera bedömas utifrån kravet på måttfullhet.¹²²

En utgångspunkt för utformandet av marknadsföringen bör enligt regeringen vara att bild och text skulle ge en saklig, balanserad och vederhäftig presentation av spelformen.¹²³ Marknadsföringen av spel bör även begränsas till relevanta fakta om spelformen, presenterade i så saklig form som möjligt och utan ovidkommande inslag.¹²⁴

I propositionen hänvisar regeringen till att vägledning för bedömningen för vad som inte kan betraktas som måttfull marknadsföring kan hämtas ur Europeiska kommissionens rekommendation om konsumentskydd i samband med onlinespel.¹²⁵ Regeringen redogör för att marknadsföringen enligt rekommendationen inte bör rikta sig mot sårbara grupper. Vidare framgår det att marknadsföringsåtgärder inte heller bör framställa lotterier som något socialt attraktivt eller använda sig av välkända personer för att antyda att lotterier *bidrar till social framgång*. Något som däremot var relativt vanligt i Sverige.¹²⁶ Vidare framgår det av rekommendationen att marknadsföring inte bör antyda att lotterier kan vara ett alternativ till arbete, en lösning på finansiella problem eller en form av finansiell investering.¹²⁷

Regeringen påminner i samband med redogörelsen av kommissionens rekommendationer även om att svenska spelbranschens (SPER:s) egna riktlinjer för marknadsföring kan ge vägledning vid bedömning av måttfullhetskravet. Regeringen framhåller särskilt att det i riktlinjerna bland annat anges att marknadsföringen av spel inte får framstå på ett påträngande sätt, påstå att det saknas risker med ett överdrivet spelande eller riktas mot särskilt utsatta grupper.¹²⁸

¹²² Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 46.

¹²³ A. a, s. 31.

¹²⁴ A. a, s. 46.

¹²⁵ A. a, s. 31 ff.

¹²⁶ Se bland annat skådespelaren Mikael Persbrandt. Casinofeber. Persbrandt ansiktet utåt för spelbolaget bet365. 2019. (hämtad 2019-05-19).

¹²⁷ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 31 ff.

¹²⁸ A. a, s. 31 f.

Marknadsföring som enligt regeringen inte borde vara överensstämmande med måttfullhetskravet är direktmarknadsföring till sårbara grupper eller personer som spärrat sig för spel. I samband med direktmarknadsföring redogör regeringen för utomhusreklam av spel. För sådana fall av måttfullhetsprövning gällande utomhusreklam bör särskild hänsyn tas till var reklamen är placerad och hur den är utformad.¹²⁹ Särskild vikt läggs vid fall då det rör sig om en placering i nära anslutning till skolor och andra platser där barn och ungdomar naturligen befinner sig.¹³⁰

Enligt regeringen kan själva användningen av olika premier, som exempelvis bonusar i sig, inte anses strida mot måttfullhetskravet. Däremot måste presentationen av detsamma vara förenlig med måttfullhetskravet.¹³¹

Regeringen framhåller även att måttfullhetskravet borde gälla marknadsföring som bedrivs på försäljningsstället. Dessutom borde måttfullhetskravet inte innebära ett hinder mot att högre krav uppställs i tillståndsvillkor, som vid tiden redan fanns i Svenska Spel och ATG:s villkor i tillstånden från regeringen.¹³² Regeringen konstaterar slutligen att det inte är möjligt att närmare ange vad som strider mot kravet på måttfull marknadsföring. Dessvärre redogörs inte varför men troligen var det med hänsyn till avsikten att bestämmelsen ska vara flexibel. Vidare förtydligande av kravet överlämnade regeringen till rättstillämpningen.¹³³

4.4.2 En omreglerad spelmarknad

Spellicensutredningen föreslog i betänkandet En omreglerad spelmarknad¹³⁴ att måttfullhetskravet borde förtydligas i lagtext. Förtydligandet skulle ske genom att införa sex specifika kriterier som särskilt skulle beaktas vid en måttfullhetsbedömning. Enligt Spellicensutredningen skulle ett sådant införande göra att spellagen blev tydligare för de som skulle tillämpa den.¹³⁵

¹²⁹ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 32.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

¹³² A. a, s. 31.

¹³³ A. a, s. 32.

¹³⁴ SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad.

¹³⁵ A. a, s. 732.

Ett av kriterierna som Spellicensutredningen föreslog att beakta var om ”marknadsföringen på ett korrekt och balanserat sätt presenterar chanserna att vinna och inte skapar ett intryck av att chanserna att vinna är större än vad de faktiskt är”.¹³⁶ Liknande kriterium finns i Europeiska kommissionens rekommendation om konsumentskydd i samband med onlinespel.¹³⁷ Det andra kriteriet som även skulle beaktas var om ”marknadsföringen förmedlade bilden av att spel är socialt attraktivt”.¹³⁸ Det tredje skulle vara att beakta om ”marknadsföringen riktades särskilt mot barn eller ungdomar som inte har fyllt 18 år”.¹³⁹ Senast nämnda kriterium återspeglas i Europeiska kommissionens rekommendationer om konsumentskydd i samband med onlinespel.¹⁴⁰

Ytterligare kriterier som skulle beaktas var, vilka också anges i Europeiska kommissionens rekommendationer¹⁴¹, om ”marknadsföringen genom att använda välkända personer antydde att personernas deltagande i spel har *bidragit till deras framgång*”¹⁴², samt om ”marknadsföringen förmedlade intrycket av att deltagande i spel är en lösning på ekonomiska problem eller kan förbättra spelarens sociala ställning”¹⁴³. Det sjätte kriteriet som föreslogs beaktas var om ”marknadsföringen förmedlade bilden av att ett erbjudande om spel är gratis, fritt eller liknande men så inte var fallet”¹⁴⁴. Beträffande det sjätte kriteriet innebär hänvisades det till sådan marknadsföring som exempelvis går ut på att ange att ett erbjudande är gratis men kräver att spelaren själv måste satsa pengar eller göra någon annan motprestation, till exempel lämna personuppgifter, för att kunna ta del av det. Om så var fallet skulle det strida mot måttfullhetskravet.¹⁴⁵

Spellicensutredningen framhåller även att en helhetsbedömning ska göras vid bedömningen av om en marknadsföringsåtgärd anses måttfull eller ej och

¹³⁶ SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 730.

¹³⁷ Punkt 41 a. Kommissionens rekommendation av den 14 juli 2014 om principer för att skydda konsumenter och spelare i samband med onlinespeltjänster och för att förhindra att underåriga spelar onlinespel om pengar (Text av betydelse för EES (2014/478/EU) (Kommissionens rekommendation).

¹³⁸ SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 731.

¹³⁹ A. a, s. 731.

¹⁴⁰ Punkt 8–14. Kommissionens rekommendation.

¹⁴¹ Se punkt 41 d och e. Kommissionens rekommendation.

¹⁴² SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 731 f.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ A. a, s. 441 f.

påpekar att kriterierna inte var avsedda att vara uttömmande. Utredningen konstaterade även att förslaget på införandet av kriterierna var det lämpligaste närmandet för att klargöra hur en bedömning av marknadsföringens måttfullhet bör genomföras.¹⁴⁶

Spellicensutredningens förslag på att införa särskilda kriterier ledde inte till framgång. Av propositionen, med samma namn som betänkandet, betonade regeringen däremot att ett behov av att tydliggöra måttfullhetskravet fanns men att det ej borde konkretiseras till den nivån att det inte finns någon flexibilitet kvar i begreppet måttfullhet.¹⁴⁷ Viss flexibilitet krävs för att bibehålla möjligheten att möta en förändrande och utvecklande spelmarknad. Därav ansåg regeringen att kriterierna inte borde fastslås i lag utan snarare utvecklas genom praxis.¹⁴⁸

I propositionen till spellagen håller regeringen fast vid att en prövning om en marknadsföringsåtgärd är måttfull bör göras utifrån en helhetsbedömning. Regeringen understryker även att vägledning för bedömning av vad som kan anses strida mot kravet på måttfull marknadsföring bland annat finns i Europeiska kommissionens rekommendation om onlinespeltjänster och även SPER:s riktlinjer för marknadsföring.¹⁴⁹

Regeringen redogör tydligt för Europeiska kommissionens rekommendationer och framhäver att marknadsföring av spel bör ”presentera chanserna att vinna på ett korrekt och balanserat sätt så att det inte ges ett intryck av att chanserna att vinna är större än de faktiskt är”¹⁵⁰. Dessutom bör marknadsföring inte ”förmedla bilden av spel som socialt attraktivt eller innehålla uttalanden från välkända personer, med antydning om att deltagande i spel har bidragit till deras framgång”¹⁵¹. Marknadsföringen bör inte heller ”förmedla intrycket av att deltagande i spel är en lösning på ekonomiska problem eller kan förbättra

¹⁴⁶ SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 733.

¹⁴⁷ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 163.

¹⁴⁸ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 163; jfr SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad, s. 730 f.

¹⁴⁹ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 164 f.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid.

spelarens sociala ställning”¹⁵². Marknadsföringen bör vidare ”inte förmedla bilden av att ett erbjudande om spel är gratis, riskfritt eller liknande om så inte är fallet”¹⁵³. Regeringen påpekar även att marknadsföring som exempelvis anger att ett erbjudande är gratis, men att det i själva verket krävs att spelaren själv måste satsa pengar eller göra någon annan motprestation för att kunna ta del av erbjudandet, får anses strida mot måttfullhetskravet. Som exempel på motprestationer hänvisas till betänkandets exempel.¹⁵⁴ Regeringen är noga med att poängtera att det anförda i propositionen är exempel på vad som bör tas i beaktning och inte uttömmande, samt att vidare förtydligande lämnas till rättstillämpningen.¹⁵⁵

4.5 Rekommendationer och riktlinjer för marknadsföring av spel

4.5.1 SPER:s och BOS riktlinjer

Spelbranschens Riksorganisation (SPER) och Branschorganisationen för onlinespel (BOS) är två betydelsefulla spelbranschorganisationer på den svenska marknaden. Organisationerna utfärdar etiska riktlinjer gällande spelmarknaden för deras enskilda medlemmar och har även tillsammans tagit fram vad som kallas för Svenska spelbranschens Riktlinjer för marknadsföring. Dessa riktlinjer bör, som av ovan anført, utgöra komplement till det som inte uttrycks i lagtext.

SPER grundades med syftet att åstadkomma branschöverenskommelser avsedda för att skydda konsumenterna. Idag uppgår antalet medlemmar till 20 stycken och tillsammans representerar SPER 75 procent av marknaden för spel i Sverige.¹⁵⁶ Enligt SPER är det särskilt viktigt att medlemmarna strävar efter att minimera de negativa konsekvenserna av spel. Därför arbetar SPER med att utveckla och upprätthålla en sund, modern och hållbar spelmarknad där alla medlemmar förväntas tillgodose konsumentens bästa.¹⁵⁷

¹⁵² Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 164 f.

¹⁵³ Ibid

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Prop. 2017/18:220 s. 164.

¹⁵⁶ SPER. Om oss. Vår bakgrund. 2019. (hämtad 2019-05-14).

¹⁵⁷ Ibid.

Enligt SPER har måttfull marknadsföring och omsorg för spelarna varit deras huvudfokus sedan organisationen grundades. Detta har reglerats genom SPER:s etiska riktlinjer, som likt spelbranschen, ständigt har förändrats. Riktlinjerna har varit betydelsefulla för lagstiftaren i arbetet med den nya spellagen. Det bästa konsumentskyddet åstadkoms enligt SPER med hjälp av en tydlig lagstiftning och komplettering i form av självreglering där det behövs. Regleringen blir på så sätt förankrad, ändamålsenlig och bidrar till transparens. Dessutom kan sådan reglering relativt snabbt anpassas till en föränderlig marknad.¹⁵⁸

Den andra branschorganisationen, BOS, består av flertalet utländska medlemmar vilka alla har licens för den svenska spelmarknaden. BOS är en organisation för främst spelbolag med spellicenser även i andra medlemsstater. BOS har tidigare verkat för en avreglering av spelmonopolet. Numera är ambitionen upprätthålla den omreglerade marknaden som en sund och säker spelmarknad, med lika rättigheter och skyldigheter för alla spelbolag verksamma på den svenska marknaden. BOS uppmuntrar bland annat till höga krav på redbarhet, integritet och socialt ansvar för deras medlemmar.¹⁵⁹

Vad gäller SPER:s och BOS riktlinjer (Svenska spelbranschens Riktlinjer för marknadsföring) är syftet att främja en ansvarsfull marknadsföring av spel, sett ifrån ett konsumentskyddsperspektiv. Riktlinjerna beskriver vad som utgör en miniminivå för god marknadsföringssed i den svenska spelbranschen.¹⁶⁰ Därtill reglerar riktlinjerna hur marknadsföring av spel ska utformas och gäller framför allt för medlemmarna inom de båda branschorganisationerna SPER och BOS samt delvis eventuell tredje part som producerat eller förmedlat medlemmens marknadsföring som bör blivit informerad om riktlinjerna.¹⁶¹

Beträffande den första riktlinjen uttrycks att marknadsföring ska vara vederhäftig och inte vilseledande.¹⁶² Vilket innebär att påståenden i marknadsföring ska vara sanningsenliga och faktamässigt korrekta. Dessutom

¹⁵⁸ Inledningen, SPER:s riktlinjer för etisk marknadsföring (Reviderade 2018).

¹⁵⁹ BOS. Om BOS. 2019. (hämtad 2019-05-14).

¹⁶⁰ Inledning. Svenska spelbranschens Riktlinjer för marknadsföring, Gäller från 1 april 2019.

¹⁶¹ A. a, punkt 9.

¹⁶² A. a, punkt 1.

ska marknadsföring framställas så att inte konsumenternas förtroende för spel som nöjesform skadas. Särskilda krav på att marknadsföringen säkerställer detta följer av riktlinjerna och är bland annat, ”att marknadsföring inte överdriver möjligheterna till vinst eller framställer det som att en spelare garanterat kommer att vinna”¹⁶³, ”att det inte upplevs genom marknadsföring att det går att spela anonymt eller utan registrering för spel som enligt spellagen kräver registrering”¹⁶⁴, samt ”att marknadsföring inte kan förväxlas med reklam för spelbolag/varumärken som ej har spellicens”¹⁶⁵. Det två senare kraven bör anses synonyma med lagstridighetsprincipen som generellt gäller för marknadsföring.

Den andra riktlinjen tar sikte på att måttfullhetskravet i 15 kap. 1 § spellagen följs vilket bland annat innebär att marknadsföringen inte ska uppmana konsumenten till ett överdrivet spelande. Detta borde betyda att spelbolagen ska iaktta omsorgsplikten som följer av 14kap. 1 § spellagen. Kraven i den andra riktlinjen som exemplifierar marknadsföringens utformning är många och återfinns därför i *bilaga 1*.

Den tredje riktlinjen avser reglera marknadsföring som sker med hjälp av tilläggsförmåner. Sådana tilläggsförmåner är att betrakta som ekonomiska incitament som avser att göra tjänsten mer tilltalande, som till exempel rabatter och bonusar. Enligt SPER och BOS ska särskild försiktighet iakttas vid utformningen av sådan marknadsföring.¹⁶⁶

Ofta tillkommer en tilläggsförmån i form av en välkomstbonus vid ett nytt medlemskap i ett spelbolag. Ibland kräver spelbolag att välkomstbonusen omsätts i flera spel innan kunden kan göra ett uttag. Enligt riktlinjerna finns krav på att marknadsföring av en välkomstbonus ska föras med tydlig information om villkoren för erhållandet av sådan förmån.¹⁶⁷

¹⁶³ Punkt 1. krav 5. Svenska spelbranschens Riktlinjer för marknadsföring, Gäller från 1 april 2019.

¹⁶⁴ A. a, punkt 1. krav 11.

¹⁶⁵ A. a, punkt 1. krav 12.

¹⁶⁶ A. a, punkt 3.

¹⁶⁷ A. a, punkt 3. krav 1.

Den fjärde riktlinjen avser marknadsföring av spel som vänder sig mot minderåriga. Sådan marknadsföring är förbjuden. Av rekommendationen följer höga krav på att spelbolagen ska förhindra att minderåriga spelar på spel om pengar. Vid en granskning av marknadsföring som misstänks tilltala minderåriga bör bedömningen göras efter ett helhetsintryck. Betydande blir val av exempelvis, musik, miljöer och distributionskanal. Särskilt framhålls att marknadsföringen inte ska ske i anslutning till skolor och skolgårdar.¹⁶⁸ Dessutom ska inte marknadsföring av spelbolag, deras tjänster eller logotyper finnas på kläder som är avsedda att användas av minderåriga.¹⁶⁹

Av femte riktlinjen följer att sponsring ska ske i en anda av spelansvar. Vilket innebär att sådan marknadsföring ska vara transparent utifrån ett konsumentperspektiv. Konsumenten ska enkelt förstå att det rör sig om ett sponsorskap. Spelbolag får sponsra allmännyttiga aktiviteter för minderåriga och i samband återge varumärket. Däremot inte på kläder, utrustning eller produkter som ska användas av minderåriga.¹⁷⁰

Den sjätte riktlinjen uttrycker att marknadsföring även ska informera om var konsument eller anhörig kan vända sig vid problemspelande. Informationen om hjälp ska finnas lättillgänglig i samband med tillhandahållandet av spelet. I och med riktlinjen återges särskilt kravet på att informationen, vid marknadsföringen, ska vara tydlig och enkelt läsbar.¹⁷¹

Gällande sjunde riktlinjen ska marknadsföring inte utformas så att den upplevs som påträngande. Särskilt poängteras att hänsyn ska tas till konsumenters integritet vid samband av direktreklam. Sådan reklam får inte skickas till spelare som stängt av sig från spelande hos spelbolaget. Avstängningsfunktionen `spelpaus.se` ska respekteras och dessutom ska det, vid misstanke om spelproblem, vidtas extra försiktighet i samband med marknadsföring.¹⁷²

¹⁶⁸ Punkt 4. krav 5. Svenska spelbranschens Riktlinjer för marknadsföring. Gäller från 1 april 2019.

¹⁶⁹ A. a, punkt 4. krav 8.

¹⁷⁰ A. a, punkt 5.

¹⁷¹ A. a, punkt 6. krav 3.

¹⁷² A. a, punkt 7.

Av åttonde riktlinjen tillkommer att marknadsföring av spel som sker via social media eller partnerskap ”inte får förekomma på sajter som är olagliga eller på annat sätt sprider en bild av spelindustrin som SPER och BOS inte vill associeras med”.¹⁷³ Vidare gäller enligt nionde riktlinjen att spelbolag alltid ansvarar för sina marknadsföringsåtgärder. Detta oberoende av om den framställts eller förmedlats med hjälp av en tredje part.¹⁷⁴

4.5.2 Europeiska kommissionens rekommendation

År 2014 utfärdade den Europeiska kommissionen en rekommendation i syfte att skydda konsumenter och spelare i samband med onlinespeltjänster. Rekommendationen avser att hålla en hög skyddsnivå för konsumenter, spelare och underåriga vad gäller deras hälsa och minimera den ekonomiska skada som ett problemspelande kan ge leda till.¹⁷⁵ Syftet är ämnat att säkerställas genom att medlemsstaterna antar rekommendationens principer. Rekommendationen är däremot inte bindande för medlemsstaterna.¹⁷⁶

Av rekommendationen framgår det att medlemsstaterna är berättigade att själva reglera sin egen spelpolitik och de säkerhetsnivåer som ska gälla för konsumentskyddet eftersom det inte finns någon harmonisering beträffande spelpolitiken på EU- nivå.¹⁷⁷ Däremot gäller för medlemsstaterna att iaktta de fyra friheterna på den inre marknaden. Vilket innebär att medlemsstaterna inte bör inskränka på friheterna om inte sådana rättfärdigas genom de EU- rättsliga undantagen.¹⁷⁸ Detta innebär att en medlemsstat kan begränsa rörelsefriheten för spel om pengar inkluderat onlinespeltjänster under förutsättning att åtgärderna avser att skydda konsumenterna och följer de EU- rättsliga kraven för undantag.

I rekommendationen ställs krav på särskild informationsplikt som bland annat innebär att marknadsföring bör vara tydligt identifierbar.¹⁷⁹ Därtill gäller även

¹⁷³ Punkt 8. Svenska spelbranschens Riktlinjer för marknadsföring. Gäller från 1 april 2019.

¹⁷⁴ A. a, punkt 9.

¹⁷⁵ Punkt 1. Kommissionens rekommendation.

¹⁷⁶ A. a, punkt 2.

¹⁷⁷ A. a, skäl 5 och punkt 2.

¹⁷⁸ A. a, skäl 5.

¹⁷⁹ A. a, punkt 39.

att marknadsföringen bör innehålla information som på ett sakligt och tydligt sätt informerar om de risker som följer av problemspelande.¹⁸⁰

Vidare bör marknadsföringen inte innehålla ogrundade uttalanden om vinstmöjligheter eller att det går att påverka utfallet av ett turspel. Därtill ”bör marknadsföringen inte utformas så mottagaren känner sig pressad att spela eller att det är förringande att inte spela”¹⁸¹. Marknadsföringen ”bör inte heller ge intryck av att spelande är socialt attraktivt eller innehålla uttalanden från kända personer som ger intryck av att spelande *bidrar till social framgång*”¹⁸². Marknadsföringen ”bör inte påstå att spelande kan vara en lösning på sociala, yrkesmässiga eller personliga problem”¹⁸³. Inte heller bör marknadsföringen ”påstå att spelande kan vara ett alternativ till en anställning, en lösning på ekonomiska problem eller en form av ekonomisk investering”.¹⁸⁴ Rekommendationen redogör även särskilt att marknadsföring inte bör riktas mot spelare med spelproblem eller indikationer på sådant. Har en person stängt av sig från spel bör inte spelbolagens marknadsföring direkt rikta sig till denne person.¹⁸⁵

Därutöver bör medlemsstaterna säkerställa att spelbolag vid marknadsföring av spel iakttar den potentiella risk som den marknadsförda onlinespeltjänsten omfattar.¹⁸⁶ Detta borde i praktiken medföra att kommissionen öppnar för en särskild reglering av marknadsföring av spel som beaktar riskerna med onlinespel. Att värdera och fastställa riskerna med vissa speltjänster är däremot svårt eftersom de kan förändras över tid.¹⁸⁷

¹⁸⁰ Punkt 40. Kommissionens rekommendation.

¹⁸¹ A. a, punkt 41 a– f.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Punkt 44. Kommissionens rekommendation.

¹⁸⁶ A. a, punkt 45.

¹⁸⁷ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 32.

4.5.3 ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation

ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation sträcker sig tillbaka till 1930-talet. Reglerna har flitigt reviderats i samband med utvecklingen av olika marknadsföringsåtgärder. Sedan 2006 gäller en konsoliderad version, kallad *Koden*, där samtliga av ICC:s regler finns samlade. Koden tillämpas globalt och aktualiserar självständiga egenåtgärdssystem i fråga om marknadskommunikation världen över.¹⁸⁸ Därutöver tillämpas Koden ofta som tolkningsunderlag vid bedömning av god marknadsföringssed enligt 5 § MFL.¹⁸⁹ Vilket innebär att Koden bör utgöra minimikrav för måttfullhetskravet med tanke på att det som strider mot god marknadsföringssed enligt 5 § MFL även strider mot måttfullhetskravet.

ICC:s riktlinjer tillämpas även av Reklamombudsmannen (RO) och Reklamombudsmannens opinionsnämnd (RON) som behandlar ärenden beträffande tvivelaktig reklam och prövar om reklamen strider mot ICC:s regler eller ej.¹⁹⁰ Eftersom de båda är organ som stiftats på näringslivets initiativ genomförs på så sätt en självreglering av marknadsföring. Vid fall av marknadsföring som bryter mot Koden utdelas däremot inga sanktioner enligt svensk lag eftersom organisationen inte är en myndighet. Däremot kan vissa sociala efterverkningar förekomma i och med att besluten av ärendena publiceras på deras hemsida, i nyhetsbrev och pressmeddelanden.¹⁹¹

Syftet med Koden är att verka som ett hjälpmedel för självreglering av marknadskommunikation.¹⁹² Reglerna i Koden är avsedda att statuera exempel på vad som bör anses som ansvarsfull och tillbörlig marknadskommunikation. Därutöver syftar Koden bland annat till att skapa respekt för konsumenters integritet och stärka allmänhetens förtroende för marknadsföring. Vidare avser Koden att underlätta för nationell lagstiftning och även minimera behovet av detaljregleringar för särskilda marknadsföringsåtgärder.¹⁹³

¹⁸⁸ Koden, s. 1 f.

¹⁸⁹ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 55; se även Koden, s. 3.

¹⁹⁰ Reklamombudsmannen. Om oss. 2019. (hämtad 2019-05-15).

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Koden, s. 3.

¹⁹³ Ibid.

Grundförutsättningar för marknadsföring är enligt Koden att sådan ska vara laglig, hederlig och vederhäftig, det vill säga sanningsenlig, och inte vara utformad på ett stötande sätt. Vidare framgår det att marknadsföring ska vara utformad med vederbörlig känsla för socialt och yrkesmässigt ansvar samt att marknadsföring ska vara förenlig med god affärssed. Marknadsföring får likaså inte vara utformad så att allmänhetens förtroende för marknadsföringen skadas.¹⁹⁴

Viktigt beträffande marknadsföring av spel borde vara artikeln som uttrycker att marknadsföring inte får utan vägande skäl spela på rädsla eller fruktan eller utnyttja olycka eller lidande.¹⁹⁵ Huruvida det kan anses att vissa spelbolags marknadsföring utnyttjar olycka eller lidande vad gäller spelmissbrukare bör lämnas till det enskilda fallet.

Vidare ställs krav på användandet av termerna *gratis*, *present* och *gåva*. Dessa får enligt Koden endast brukas vid marknadsföring om erbjudandet helt saknar krav på motprestation från konsumenten.¹⁹⁶ Vad en motprestation består av är ej fastställt men vid fall då ett gratis erbjudande kräver registrering, det vill säga en motprestation i personuppgifter, bör erbjudandet kunna ifrågasättas. Vilket regeringen påpekar propositionen till spellagen.¹⁹⁷

Därutöver ställer även Koden krav på att marknadsföringen ska vara enkel att identifiera, oavsett utformning och distributionskanal. Beträffande marknadsföring i redaktionellt material ställs höga krav på att marknadsföringen tydligt presenteras så att det omedelbart framgår att det är fråga om reklam. Likaså ställs informationskrav på vem som ligger bakom reklamen.¹⁹⁸ Enligt Koden ska marknadsföringen inte heller dölja eller vilseleda om sitt kommersiella syfte.¹⁹⁹ I samband med tolkningen av marknadsföring och

¹⁹⁴ Koden, artikel 1.

¹⁹⁵ A. a, artikel 4.

¹⁹⁶ A. a, artikel 7.

¹⁹⁷ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 164.

¹⁹⁸ Koden, artikel 9 och 10.

¹⁹⁹ A. a, artikel 9.

tillämpningen av Koden görs en helhetsbedömning med utgångspunkt i hur åtgärden är ägnad att påverka genomsnittskonsumenten.²⁰⁰

4.6 Konsumentombudsmannens stämningsansökan mot Elec Games Limited

4.6.1 Ärendet

Ett vägledande ärende för måttfullhetskravets räckvidd är den stämningsansökan som, under författandet av uppsatsen, ligger hos Patent- och marknadsdomstolen (PMD). I ärendet ställs frågan om Elec Games Limited (Elec), som genom varumärket Ninja Casino bedriver spelverksamhet, använt sig av otillbörlig marknadsföring för deras spel. Stämningsansökan behandlar vad som faller inom och utanför måttfullhetskravet och utgår från ett antal framställningar och påståenden av Elec.

Stämningsansökan belyser måttfullhetskravet med hänsyn till vad som, enligt Konsumentombudsmannen, bör anses som otillbörlig marknadsföring. I ärendet utgår visserligen Konsumentombudsmannen från 47 § lotterilagen vilken talar om att måttfullhet ska iakttas vid marknadsföring av lotterier. Även om lotterilagen har ersatts av spellagen gäller måttfullhetskravet och bör därmed tolkas likadant. I ärendet redogör däremot Konsumentombudsmannen för SPER:s etiska riktlinjer²⁰¹. Dessa riktlinjer har dessvärre reviderats sedan ärendet inkom till PMD och kan inte med säkerhet sägas gälla idag om inte domstolen fastslår det i domen.

Konsumentverket är den myndighet som tillsammans med Spelinspektionen har tillsynsansvar över marknadsföring av spel. Vilket innebär att det framför allt är hos dem som tillämpningen av måttfullhetskravet sker. Konsumentverket har det primära tillsynsansvaret i synnerhet vad gäller 15 kap. 1–3 §§ i spellagen.²⁰² Hur Konsumentverket tillämpar måttfullhetskravet är därmed vägledande även om

²⁰⁰ A. a, s. 6.

²⁰¹ Se SPER:s riktlinjer för etisk marknadsföring (Reviderade 2018).

²⁰² Konsumentverket. Marknadsföring av spel. 2019. (hämtad 2019-04-17); samt prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 75.

det inte är en legitim juridisk källa som med auktoritet konstaterar vad kravet innebär.

Stämningens ansökan grundar sig på Elecs tidigare marknadsföring som under april 2018 exponerats på Expressen, Aftonbladet, Nyheter365 och Traderas webbsidor. Marknadsföringen följer av diverse påståenden och bilder som tar olika form, där i bland som pop up-annonser, traditionella annonser och artiklar i redaktionellt material. Enligt Konsumentombudsmannen har marknadsföringen inte följt måttfullhetskravet.²⁰³ Dels på grund av att påståendena *i sig* strider mot måttfullhetskravet, dels att på grund av att påståendena *vid en helhetsbedömning* av marknadsföringen strider mot måttfullhetskravet.²⁰⁴ Konsumentombudsmannen yrkar därmed bland annat på att ”PMD vid vite förbjuder Elec att vid marknadsföring av spel använda [särskilda påståenden som nämns i fallet] eller andra påståenden med väsentligen samma innebörd”.²⁰⁵

Enligt Konsumentombudsmannen ska det svenska regelverket tillämpas, med hänvisning till effektlandsprincipen, eftersom Elecs marknadsföring genom sin utformning och val av medium huvudsakligen riktar sig mot svenska konsumenter.²⁰⁶ Vidare redogör Konsumentombudsmannen för att sändarlandsprincipen inte är tillämplig eftersom spel om pengar är undantagen Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (2002:562) som utgår från sändarlandsprincipen.²⁰⁷ Följaktligen konstaterar Konsumentombudsmannen att den svenska lagstiftningen ska tillämpas i ärendet.²⁰⁸

Konsumentombudsmannen visar på att vägledning ska härledas ur förarbetena till 47 a § lotterilagen av vilka det bland annat framgår att en helhetsbedömning av marknadsföringen bör göras vid prövning av måttfullhetskravet. Avgörande

²⁰³ Punkt 3. 3. Stämningens ansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²⁰⁴ A. a, punkt 2.

²⁰⁵ A. a, punkt 1–2.

²⁰⁶ A. a, punkt 7.

²⁰⁷ Se 1 § punkt 6. Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (2002:562).

²⁰⁸ Punkt 7. Stämningens ansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

för bedömningen är vilken krets som åtgärden riktar sig till, mediet som används och innehållet. Dessutom framgår det att utformningen av marknadsföringen inte bör väcka särskild uppmärksamhet, att bild och text ska ge en saklig, balanserad och vederhäftig presentation av spelformen som marknadsförs och att marknadsföringen inte heller ska framställa spel som socialt attraktivt eller ge intryck av att spelande kan leda till social framgång. Vidare gäller att marknadsföringen presenteras tydligt och utan ovidkommande inslag. Marknadsföringen av spel bör begränsas till relevanta fakta rörande lotteriet och bör inte heller vara påträngande.²⁰⁹

För vidare vägledning av innebörden för måttfullhetskravet hänvisar Konsumentombudsmannen till Europeiska kommissionens rekommendation²¹⁰ och SPER:s etiska riktlinjer²¹¹.

Enligt Konsumentombudsmannen strider Elecs marknadsföring mot måttfullhetskravet beträffande påståenden som ger intryck av att det är snabbt och enkelt att börja spela samt få ut vinsterna, påståenden om överdrivna vinstchanser och uppmaningar om att spela samt påståenden som ger intryck om möjligheten att påverka utfallet under spelet.

Vidare anför Konsumentombudsmannen att vid en helhetsbedömning ska de medium som används beaktas. Bland annat redogör Konsumentombudsmannen för marknadsföringsmetoden med pop up- annonser som en åtgärd där konsumenterna saknar möjlighet att värja sig från spelreklamen. Konsumentombudsmannen anser att sådan annons av spel är påträngande och drar till sig särskild uppmärksamhet med tanke på att konsumenterna själva måste klicka bort annonsen.

²⁰⁹ Punkt 4. Stämningensökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508; jfr Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 31 och 46.

²¹⁰ Kommissionens rekommendation av den 14 juli 2014 om principer för att skydda konsumenterna och spelarna i samband med onlinespeltjänster och för att förhindra att underåriga spelar onlinespel om pengar (Text av betydelse för EES (2014/478/EU).

²¹¹ SPER:s riktlinjer för etisk marknadsföring (Reviderade 2018).

Konsumentombudsmannen redogör för att domstolen ska utgå från att målgruppen är en konsument tagen ur hela konsumentkollektivet. Eftersom webbplatserna där marknadsföringen förekom var offentliga och lästes av alla. Därför ska enligt Konsumentombudsmannen, PMD pröva vilket intryck nämnda konsument får av marknadsföringsåtgärderna och vilken påverkan den har.²¹² Dessutom understryker Konsumentombudsmannen att om marknadsföringen riktas eller riskerar att nås av sårbara grupper, exempelvis spelmissbrukare, ska det särskilt beaktas vid bedömningen av vilket intryck den genomsnittliga konsumenten i den särskilda sårbara gruppen får av marknadsföringen.²¹³ Detta eftersom denne målgrupp antas påverkas mer av marknadsföringen för att de i högre grad lägger märke till och reagerar på spelreklam.²¹⁴ Det bör tilläggas att detta däremot inte gäller om näringsidkaren bakom marknadsföringen inte rimligen kunde förutse att en sårbar genomsnittskonsument skulle påverkas av marknadsföringen.²¹⁵

Beträffande marknadsföringen i fallet konstaterar Konsumentombudsmannen att påståendena *inom 5 minuter, blixtnabba, ingen registrering*, ger intryck av att det är snabbt och enkelt att börja spela samt få ut vinsterna. Enligt Konsumentombudsmannen kan påståendena mycket väl kan vara vederhäftiga men menar på att sättet som det framställs på inte borde anses som måttfullt. Enligt Konsumentombudsmannen visar marknadsföringen inte väsentliga fakta på ett sakligt och tydligt sätt. Vidare anför Konsumentombudsmannen att sådana påstående leder till oöverlagda beslut att börja spela.²¹⁶ Det bör tilläggas att i och med den nya spellagen krävs numera att en spelare registrerar sig för att spela, vilket borde innebära att påståenden om *ingen registrering* är olagliga i sig med hänsyn till lagstridighetsprincipen.²¹⁷ Visserligen tillämpas inte spellagen.

²¹² Punkt 5. 1. Stämningensökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²¹³ Punkt 5. 1. Stämningensökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²¹⁴ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 162.

²¹⁵ Direktivet om otillbörliga affärsmetoder, skäl 19 och artikel 5. 3.

²¹⁶ Punkt 5.2.2.2. Stämningensökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²¹⁷ Se 12 kap. spellag (2018:1183).

Vidare gör Konsumentombudsmannen analogier till konsumentkreditlagen och hävdar att motsvarande bedömningsgrunder som gäller vid bedömning av kreditreklam även bör tillämpas vid en måttfullhetsbedömning. Särskilt belyses påståenden om snabba utbetalningar av krediter, vilket anses strida mot kravet på god kreditgivningssed som bland annat kräver att marknadsföring av krediter ska vara måttfull och återhållsam.²¹⁸ Påståendena anses av Konsumentombudsmannen varken vara måttfulla eller i enlighet med det bakomliggande syftet med konsumentkreditlagen, det vill säga att konsumenten ska skyddas mot risken för överskuldssättning. Inte heller ska då, enligt Konsumentombudsmannen, påståenden om snabba registreringar och utbetalningar av vinster motsvara det bakomliggande syftet med lotterilagen, nämligen att skydda sårbara grupper mot ekonomiska problem.²¹⁹

Vad gäller påståendena om överdrivna vinstchanser, bland annat *ta hem miljoner* och *vägen till miljonerna*, hänvisar Konsumentombudsmannen till SPER:s och EU-kommissionens riktlinjer som klargör att påståenden inte får överdriva möjligheter till vinst och inte heller bör innehålla ogrundade uttalanden om vinstmöjligheter.²²⁰ Enligt Konsumentombudsmannen ska påståenden som ger intrycket att chansen att vinna på ett ”överdrivet, obalanserat, och delvis osakligt och ovidkommande sätt”²²¹ vara i strid med måttfullhetskravet. Vad gäller sådana påståenden påverkas konsumenten att fatta ett icke välgrundat affärsbeslut och vad särskilt gäller den sårbara gruppen spelmissbrukare kan sådana påståenden verka särskilt lockande.²²²

Konsumentombudsmannen anför även att Elec använt sig av påståenden som uppmanar till spel. Dessa är bland annat *Spela nu!*, *Spela direkt*, *Vad väntar du på?*. Enligt Konsumentombudsmannen är dessa påståenden att anse som obalanserade och osakliga och innehåller inga eller ovidkommande fakta.

²¹⁸ Punkt 5. 2. 2. 2. Stämningensansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²¹⁹ Punkt 5. 2. 2. 2. Stämningensansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²²⁰ A. a, punkt 5. 2. 2. 3.

²²¹ A. a, punkt 5. 2. 2. 3.

²²² Punkt 5.2.2.3. Stämningensansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508; jfr punkt 2 c. SPER:s riktlinjer för etisk marknadsföring (Reviderade 2018); och artikel 41 a. Kommissionens rekommendation.

Dessutom ger det senare påståendet intryck av en förringande attityd över att inte spela. Vidare framhåller Konsumentombudsmannen att det vid uppmanande påståenden är troligt att mottagaren påverkas mer.²²³

Elec har, enligt Konsumentombudsmannen, ytterligare använt sig av påståenden som ger intryck av att en spelare har möjlighet att påverka utfallet i spelet och att det därmed inte enbart är slumpen som avgör. Elec har bland annat använt sig av påståenden som *Så utnyttjade de tekniken för att vinna storvinsterna, Knepet sprids som en löpeld* och *Succétaktiken*. Användandet av sådana påståenden i samband med marknadsföring av turspel, vilket Konsumentombudsmannen anser att spelen i det aktuella fallet är, strider både mot EU-kommissionens rekommendationer och SPER:s riktlinjer.²²⁴ Konsumentombudsmannen anför även att påståendena är obefogade och osakliga för turspel.²²⁵

Om inte PMD skulle välja att bedöma påståendena enskilt har Konsumentombudsmannen även anfört att domstolen ska pröva påståendenas måttfullhet med utgångspunkt i en helhetsbedömning. Det vill säga det helhetsintryck genomsnittskonsumenten får av en samlad bedömning av bland annat textens utformning, intilliggande bilder och det medium som används.²²⁶

Enligt Konsumentombudsmannen ska vid en helhetsbedömning text och bild vägas samman.²²⁷ Vidare framförs att genomsnittskonsumenten ”normalt sett [får ett] mycket starkare intryck av marknadsföring som innehåller både text och bild”.²²⁸ Elec använder sig av bilder på personer som enligt Konsumentombudsmannen är lyckliga och bilder på sedlar vilket enligt Konsumentombudsmannen ”förstärker påståenden om stora vinster och snabba utbetalningar”.²²⁹ Detta förmedlar, enligt Konsumentombudsmannen, ett helhetsintryck av att ”den som spelar på Ninja Casinos spel vinner mycket

²²³ Punkt 5. 2. 2. 4. Stämmingsansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²²⁴ Jfr punkt 41. Kommissionens rekommendation.

²²⁵ Punkt 5. 2. 2. 5. Stämmingsansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²²⁶ A. a, Punkt 5. 2. 3. 1.

²²⁷ A. a, Punkt 5. 2. 3. 2.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid.

pengar och blir lycklig”.²³⁰ Däremot anför Konsumentombudsmannen att det inte finns något förbud mot att vid marknadsföring använda sig av bilder på personer som är lyckliga och sedlar men att sådana bilder tillsammans med texter om vinster inte är måttfulla. Enligt Konsumentombudsmannen anspelar marknadsföringen på känslor och stämningar vilket inte är att anse som måttfullt.²³¹ Troligen menar Konsumentombudsmannen att marknadsföringen ger intrycket av att den som spelar hos Ninja casino har möjlighet till storvinster som löser finansiella problem och socialframgång vilket strider mot vad regeringen anförde i propositionen till måttfullhetskravet.²³²

Beträffande marknadsföringens utformning anför Konsumentombudsmannen att formen och färgen av texten som påståendena har ska vägas in vid en helhetsbedömning. Konsumentombudsmannen redogör även för att påståenden som anges återkommande på flera ställen bör beaktas vid en helhetsbedömning. Troligen är avsikten med en sådan redogörelse att pröva om mängden påståenden kan ha betydelse för måttfullhetskravet.

Vidare anför Konsumentombudsmannen att domstolen särskilt bör beakta det marknadsföringsformat som Nyheter365 använder eftersom det ”i praktiken är en enda marknadsföringsåtgärd där enskilda artiklar inte ska anses som egna marknadsföringsåtgärder”.²³³ Värt att nämna är att Nyheter365 är ett företag som producerar marknadsföring som är utformat som redaktionellt material.²³⁴ Sådan marknadsföring kan enligt Konsumentombudsmannen antas påverka mer än traditionell marknadsföring. Dessutom ska det, enligt Koden, vid sådan marknadsföring omedelbart framgå att det rör sig om marknadsföring.²³⁵ Den aspekten väljer däremot inte Konsumentombudsmannen att poängtera.

²³⁰ Punkt 5. 2. 3. 2. Stämningensansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²³¹ Ibid.

²³² Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 46.

²³³ Punkt 5. 2. 3. 3. Stämningensansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²³⁴ Nyheter 365. Native advertising. 2019. (hämtad 2019-05-17).

²³⁵ Koden, artikel 9.

Vidare redogör Konsumentombudsmannen för användandet av länkar vid marknadsföring. Elecs länkning tar sig formen som knappar med texter som *Spela nu!* och *Spela direkt*. Sådan marknadsföring underlättar på ett påtagligt vis för konsumenten att börja spela direkt. Förvisso yrkar Konsumentombudsmannen inte för ett förbud mot länkningen som sådan. Däremot anser den att helhetsintrycket inte är måttfullt.²³⁶ Slutligen konstaterar Konsumentombudsmannen att marknadsföringen vid en helhetsbedömning påverkar genomsnittskonsumenten att fatta ett icke välgrundat affärsbeslut. Återigen framhåller Konsumentombudsmannen att beaktande särskilt ska göras till påverkandet hos sårbara grupper med spelmissbruksproblematik.

Förefaller domstolen bevilja Konsumentombudsmannens yrkanden om förbud vid vite, ska enligt 26 § MFL ett sådant förbud förenas med vite om det inte av särskilda skäl är obehövt. Konsumentombudsmannen anser ej att några sådana skäl ej föreligger.

4.6.2 Analys av stämningsansökan

Betydande för utfallet av ärendet bör vara bedömningen av mottagare. Konsumentombudsmannen framhåller att mottagaren ska betraktas som en genomsnittskonsument i en sårbar grupp. Om inte bör domstolen i vart fall beakta hur marknadsföringen påverkar genomsnittskonsumenten ur en sårbar grupp. Detta eftersom denne målgrupp antas påverkas mer av marknadsföringen för att de i högre grad lägger märke till och reagerar på spelreklam.²³⁷ Näringsidkaren kan däremot inte stå till svars för sådant fall om näringsidkaren inte rimligen kunde förutse att den sårbara genomsnittskonsumenten skulle påverkas av marknadsföringen.²³⁸ Beträffande syftet med lotterilagen bör det kollektivt beaktas inte bara om marknadsföringen riskerar att nå målgruppen eller inte, utan även eftersom ett syfte med regleringen av spel är att motverka spelproblem.²³⁹

²³⁶ Punkt 5. 2. 3. 4. Stämningsansökan. Patent- och marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr 2018/508.

²³⁷ Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad, s. 162.

²³⁸ Skäl 19 och artikel 5.3. Direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

²³⁹ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 30.

Enligt Europeiska kommissionens rekommendation bör inte marknadsföring rikta sig mot sårbara grupper.²⁴⁰ Bedömningen av och när en marknadsföringsåtgärd anses riktad mot sådant kollektiv bör därför besvaras. Inte för att domstolen är bundna kommissionens rekommendation men på grund av att vägledning kan hämtas från den. Dessutom kan marknadsföringen i fråga, särskilt vad gäller påståendena om möjligheten att påverka utfallet, efter en helhetsbedömning även ge intryck om att spelande kan vara en lösning på ekonomiska problem, ett problem dessvärre spelmissbrukare ofta har.

I detta samband bör även redogöras för om och hur många gånger en minderårig besöker *Aftonbladet*, *Expressen* eller *Tradera*. Att använda sig av pop up-annonsering vid marknadsföring av spel bör inte anses måttfullt med tanke på att val av distributionskanal bör vara av betydelse vid bedömning om marknadsföringen riktar sig mot utsatta grupper.²⁴¹ Däremot bör en näringsidkare inte i större utsträckning kunna kontrollera vem eller vilka som tar del av marknadsföringen. Troligen händer det att även minderåriga bladdrar i en nyhetstidning och utsätts för alkoholreklam, från vilken de måste värja sig och själva vända blad.

4.7 Spelmarknadsutredningens uppdrag

Under författandet av denna uppsats tillsattes en utredning med uppdrag att föreslå begränsningar av spelreklamen. Detta eftersom regeringen anser att konsumenter utsätts för ändlös och aggressiv spelreklam. Utredningen avser att undersöka om och hur marknadsföringen av spel kan begränsas både vad gäller omfattning och innehåll.²⁴² Denna åtgärd från regeringens sida kom delvis som en effekt av branschens försök till självreglering. Eftersom Shekarabi tidigare gav spelbranschen möjlighet att själva förbättra situationen. Självregleringen som spelbranschen kom fram till ”innehöll bra delar, men var långt ifrån tillräckligt för att komma tillrätta med situationen”²⁴³, enligt Shekarabi själv.

²⁴⁰ Prop. 2016/17:8. Tydligare tillståndsgivning enligt lotterilagen, s. 31; jfr punkt 44. Kommissionens rekommendation.

²⁴¹ Se punkt. 4. Svenska spelbranschens Riktlinjer för marknadsföring, Gäller från 1 april 2019.

²⁴² Regeringskansliet. Utredning ska föreslå begränsningar av spelreklamen. 2019. (hämtad 2019-04-25).

²⁴³ Ibid.

Utredningens uppdrag, som senast ska redovisas den 31 oktober 2020, utgörs av att redogöra för olika åtgärder som kan begränsa marknadsföringen av spel. Åtgärderna ska även analyseras utifrån förenligheten med EU-rätten.²⁴⁴ Syftet med utredningen är att skydda Sveriges konsumenter och uppdraget består bland annat av att klarlägga följande punkter:

- analysera praxis och branschens egna åtgärder för att uppfylla kravet på måttfullhet vid marknadsföring av spel,
- bedöma om, och i så fall hur, regleringen av marknadsföringen bör skilja sig åt mellan olika spelformer,
- föreslå åtgärder för att minska uppsökande, påträngande eller på annat sätt olämplig marknadsföring, exempelvis genom att införa ett krav på särskild måttfullhet eller begränsningar av marknadsföring av bonusar, jackpottar och gratisspel,
- överväga och lämna förslag på lämpliga åtgärder för att begränsa omfattningen av marknadsföring av spel, såsom exempelvis reglering av när eller var sådan marknadsföring får finnas,
- som ett alternativ till begränsande regler, analysera konsekvenserna av ett totalt eller partiellt förbud mot marknadsföring av spel.²⁴⁵

4.8 Analys och sammanfattning av kravet på måttfullhet

Av det ovan anförda kan konstateras att paragrafen som reglerar måttfullhetskravet avsiktligt är formulerad för att förbli flexibel så att den kan anpassas till förändringar på spelmarknaden. Svårigheter med bedömning av måttfullhetskravet kan uppkomma. Vägledning för bedömning av kravet hänvisas då till SPER:s riktlinjer och Europeiska kommissionens rekommendationer.

Tydligare förklaring finns kring begreppen marknadsföring och konsument som ska inbegripa detsamma som i marknadsföringslagen. Spel bör vidare avse riskfyllt spel om pengar där möjligheten att vinna delvis eller helt avgörs av slumpen samt att spelet handlar om pengar eller andra vinster med ett värde i

²⁴⁴ Kommittédirektiv. Tilläggsdirektiv till Spelmarknadsutredningen (Fi 2018:03). Dir. 2019:18.

²⁴⁵ A. a, s. 3 f.

pengar. Vidare kan konstateras att i enlighet med den svenska marknadsföringsrättsliga effektlandsprincipen bör den svenska jurisdiktionen bli tillämplig under förutsättning att en marknadsföringsåtgärd är riktad mot den svenska marknaden. En sådan bedömning avgörs efter en helhetsbedömning i det enskilda fallet med beaktande av språket, den tilltänkta målgruppen och marknadsföringens faktiska spridning.

Bedömning av marknadsföringens måttfullhet bör göras utifrån ett helhetsintryck. Avgörande för bedömningen bör vara hur marknadsföringen är ägnad att uppfattas av den krets till vilken den riktar sig, det medium som används och det innehåll marknadsföringen har. Utöver tillkommer att marknadsföringen inte får vara påträngande och att spelbolag bör beakta riskerna med den marknadsförda spelformen. Därmed kan tyckas att vid en helhetsbedömning bör även domstol ta ställning till den marknadsförda spelformen. Exempel kan vara marknadsföring av turspel som genom påståenden ger intryck av att en spelare kan påverka utfallet. Påståenden som ger intryck av förringande attityd bör inte vara förenliga med kravet på måttfullhet. Krav ställs vidare på att iaktta försiktighet i samband med jackpottar.

Vidare följer ett konsekvent hänvisande till SPER:s och Kommissionens rekommendationer. Rekommendationerna återger alla av spellicensutredningens föreslagna kriterier. Däremot beträffande kommissionens rekommendationer följer strängare krav än den tolkning som återfinns formulerad i förarbeten. Särskilt kravet som gäller användandet av välkända personer i marknadsföring av spel. Av kommissionens rekommendation följer att sådan marknadsföring inte bör ”innehålla uttalanden från kända personer som ger intryck av att spelande *bidrar till social framgång*”.²⁴⁶ När det i propositionen till spellagen uttrycks att marknadsföring av spel inte bör ”innehålla uttalanden från välkända personer, med antydning om att deltagande i spel har *bidragit till deras framgång*”. Därmed infinner sig en skillnad i tolkandet av rekommendationen och utrymme borde finnas för att skärpa kravet på marknadsföring av spel i samband med

²⁴⁶ Punkt 41 d. Kommissionens rekommendation.

välkända personer. Härtill kan ifrågasättas vilken källa som bör ha företräde vid tillämpning om det är förarbetet eller Kommissionens rekommendation.

Vidare kan ifrågasättas användandet av påståenden om att något är gratis eller en gåva i samband med marknadsföring av spel. Ett sådant påstående bör endast brukas vid marknadsföring om erbjudandet helt saknar krav på motprestation. Mot prestation kan som framgått vara i form av personuppgifter. I och med att det enligt den nya lagen ställs krav på registrering kan det ifrågasättas om möjligheten finns till att fortfarande använda dessa termer vid marknadsföring av spel.

Utöver anförda kan konstateras att marknadsföring i form av redaktionellt material bör vara tydlig. Av Koden framgår det till och med att reklamidentifikationen ska vara så tydlig att det omedelbart framgår att det är marknadsföring. Med hänsyn till det bakomliggande syftet med spellagen att upprätthålla ett starkt konsumentskydd bör vägledning även ges av Koden beträffande sådan marknadsföring.

Vad gäller utredningens uppdrag avser det att finna svar på om och hur marknadsföring av spel kan begränsas. Utredningen har att ta ställning till om man kan klassificera spelformer utifrån risker och tillämpa strängare krav, både ifråga om totala och partiella förbud. Vidare ska konsekvenserna av sådana åtgärder analyseras. Här kan påpekas att det tidigare har funnits stränga krav på marknadsföringen av spel. Vid sidan av måttfullhetskravet i 47 a § lotterilagen gällde villkoren i regeringsbesluten för ATG och Svenska Spel och Lotteriinspektionens föreskrifter. I vilka det fanns ett krav på särskild måttfullhet vid marknadsföring av spel och totalförbud mot marknadsföring av värdeautomater. Därmed kan tydas en vändpunkt där regeringen öppnade släppte på kraven för marknadsföring av spel men nu återgår till strängare krav.

Vidare förtydligas att enligt kommissionens rekommendationer finns utrymme för nationella åtgärder som begränsar marknadsföringen av spel under förutsättning att åtgärderna avser att skydda konsumenterna och följer de EU-rättsliga kraven för undantag.

5. EU-rättsligt perspektiv

5.1 Den inre marknaden

5.1.1 Inledning

Ett av EU:s grundläggande mål är upprättandet av en inre marknad.²⁴⁷ Den inre marknaden ”omfattar ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital (även kallat *de fyra friheterna*²⁴⁸) säkerställs i enlighet med bestämmelserna i fördragen”.²⁴⁹ Marknaden avser att främja en effektiv konkurrens mellan varor och tjänster som rör sig fritt mellan medlemsländerna och produceras där det är ekonomiskt lämpligast.²⁵⁰ Den inre marknaden syftar till att varje medlemsstat bör syssla med det som gynnar landets förutsättningar bäst.²⁵¹ Ett centralt intresse för EU är därmed att undanröja inre hinder som försvårar för rörelsefriheten.

Skapandet av den inre marknaden utgår från positiv och negativ harmonisering mellan medlemsstaterna. Varav den positiva harmoniserar nationell rätt genom att ersätta befintliga nationella regler med gemensamt och specifikt innehåll. Den negativa harmoniseringen syftar till detsamma men utförs genom att förbjuda särskild nationell lagstiftning som kan hämma samordningen av en inre marknad.²⁵² Det omfattar exempelvis förbud mot upprättandet av handelshinder.

Betydande för funktionen av den inre marknaden är bland annat två principer. Dels likabehandlingsprincipen som förbjuder indirekt och direkt diskriminering på grund av nationalitet. Principen innebär att bland annat unionsmedborgare, näringsidkare eller tjänster från andra medlemsstater ska behandlas utifrån

²⁴⁷ Artikel 3. 3. Fördraget om Europeiska unionen (konsoliderad version).

²⁴⁸ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt I Konkurrensrätten och marknadsekonomins grundvalar. Fjärde upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2015, s. 23.

²⁴⁹ Artikel 26, punkt 2. Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (konsoliderad version).

²⁵⁰ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt I Konkurrensrätten och marknadsekonomins grundvalar. Fjärde upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2015, s. 23.

²⁵¹ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. Sjätte upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2018, s. 284.

²⁵² A. a, s. 287.

samma förutsättningar som inhemska.²⁵³ Dels principen om ömsesidigt erkännande som bygger på att medlemsstater ska ömsesidigt godkänna varor och tjänster som lagligen tillhandahålls eller marknadsförs i en annan medlemsstat.²⁵⁴ Den senare principen innebär att inget ska få utsättas för dubbla bördor, för marknadsföringsrättens del kan det handla om en belastning av att konstruera olika marknadsföringsåtgärder med hänsyn till olika nationella regelverk. Med principen tillkommer ett krav på ömsesidigt förtroende. Medlemsstater ska inte bara erkänna varandras godkännande utan måste även lita på den andra medlemsstatens kompetens vid erkännandet.

5.1.2 Fri rörlighet för tjänster

Den fria rörligheten för tjänster innebär en rörelsefrihet för personer och företag att fritt utöva tjänster i och mellan unionens medlemsstater.²⁵⁵ Den fria rörligheten har till syfte att underlätta utövandet av ekonomisk verksamhet mellan medlemsstaterna och är en förutsättning för en väl fungerande inre marknad.

Med tjänster avses alla prestationer som i regel utförs mot ersättning och inte omfattas av kategorierna varor, kapital eller personer.²⁵⁶ Vilket innebär att tolkningen av tjänstebegreppet är vidsträckt. Vidare gäller för den fria rörligheten inte bara utförandet av tjänster utan även möjligheten att motta tjänster.²⁵⁷

Bestämmelserna om den fria rörligheten framkommer av artikel 56 FEUF och har genom van Binsbergen-domen tilldelats direkteffekt.²⁵⁸ Det innebär att artikeln erkänns samma auktoritet som lag i en medlemsstat och kan av unionsmedborgare och företag åberopas inför nationella domstolar. För att bestämmelserna om den fria rörligheten först ska vara tillämpliga ställs krav på

²⁵³ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. Sjätte upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2018, s. 37.

²⁵⁴ A. a, s. 294.

²⁵⁵ Artikel 56. Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (konsoliderad version).

²⁵⁶ A. a, artikel 57.

²⁵⁷ Weiss, Friedl & Kaupa, Clemens. European Union internal market law. Cambridge University Press. Cambridge. 2014, s. 244.

²⁵⁸ Domstolens dom av den 3 december 1974 i Mål 33/74. Van Binsbergen (1974) ECR 1299.

ett gränsöverskridande moment. Däremot gäller generellt för rörelsefriheten att nationella åtgärder, oavsett om de har skett ett gränsöverskridande moment eller ej, inte ska hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de fyra friheterna.²⁵⁹ Det innebär att ett hinder för den fria rörligheten måste vara berättigat, oavsett om åtgärden påverkar ett gränsöverskridande moment eller inte.

5.2 Inskränkningar i rörelsefriheten för tjänster

5.2.1 Inledning

Inskränkningar i rörelsefriheten för tjänster avser alla nationella åtgärder som påverkar den fria omsättningen av tillhandahållandet och mottagandet av tjänster.²⁶⁰ Krav ställs enligt artikel 56 FEUF på upprätthållandet av den fria rörligheten. För att den inre marknaden ska fungera så bra som möjligt ställs krav på att alla näringsidkare ska ha lika möjlighet att agera och verka inom varje medlemsstat.

Ett hinder mot rörelsefriheten för tjänster är att anse som en inskränkning. Hindret kan bland annat utgöras av handelshinder så som särskilda tullar (fiskala handelshinder) eller kvantitativa begränsningar för utövandet av särskild tjänst. Ett hinder kan även utgöras av olika nationella åtgärder som förbjuder, hindrar eller gör det mindre attraktivt att utföra tjänster som, lagligen tillhandahålls i värdlandet.²⁶¹ Sådana åtgärder innebär alltid en inskränkning i rörelsefriheten för tjänster.

²⁵⁹ Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94. Gebhard. REG 1995, punkt 37.

²⁶⁰ Dom av den 8 september 2009 i mål C-42/07. Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International. REG 2009. s. I-7633, punkt 51.

²⁶¹ Se Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94. Gebhard. REG 1995.

5.2.2 Begränsningar av marknadsföring

Ett långtgående krav på marknadsföring, exempelvis särskilda förbud mot marknadsföring av vissa produkter och tjänster eller begränsningar av utformade och mängd, kan ses som en inskränkning på den fria rörligheten för tjänster på den inre marknaden.²⁶² En marknadsföringsåtgärd kan ses utgöra ett led av försäljningen av en tjänst eller produkt. Att begränsa möjligheten för säljfrämjande åtgärder, som marknadsföring är, av tjänster eller produkter kan därmed utgöra handelshinder och inskränka på den fria rörligheten.²⁶³

5.2.3 Rättsliga undantag

Generellt gäller att medlemsstaterna får utforma långtgående begränsningar för marknadsföring av spel eftersom det inte finns någon heltäckande harmonisering på området.²⁶⁴ Flera direktiv är undantagna spelverksamhet, exempelvis tjänstedirektivet²⁶⁵, direktivet om otillbörliga affärsmetoder²⁶⁶ och E-handelsdirektivet²⁶⁷. Däremot infinner sig det så kallade AV-direktivet tillämpligt på spelreklam via TV-sändningar inom EU.²⁶⁸

AV-direktivet utgår från principen om fri rörlighet för TV-sändningar och tillämpar sändarlandsprincipen.²⁶⁹ Direktivet innehåller minimiregler om bland annat marknadsföringsåtgärder vilket innebär att medlemsstaterna får införa särskilda mer detaljerade eller längre gående bestämmelser för leverantörer av medietjänster under deras jurisdiktion förutsatt att bestämmelserna överensstämmer med EU-rätten.²⁷⁰ Det innebär att TV-sändningar, inkluderat sändningar av spelreklam, från utlandet kan undgå svenska

²⁶² Se Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, punkt 37; och De förenade målen C-34/95 och 35–36/95 Agostini & TV-Shop, punkt 39.

²⁶³ Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013, s. 25.

²⁶⁴ Skäl 5 och punkt 2. Kommissionens rekommendation.

²⁶⁵ Skäl 25. Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.

²⁶⁶ Skäl 9. Direktiv om otillbörliga affärsmetoder.

²⁶⁷ Skäl 16. Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden.

²⁶⁸ Skäl 22. AV-direktivet.

²⁶⁹ A. a, skäl 33.

²⁷⁰ Ibid.

marknadsföringsrättsliga regler om inte särskilda förutsättningar gäller.²⁷¹ Enligt direktivet kan sändarlandsprincipen bli ogiltig under vissa förutsättningar.²⁷²

Med hänsyn till spelverksamhetens särart kan nationella åtgärder eller lagstiftning som hindrar eller gör det mindre attraktivt att utöva rörelsefriheten rättfärdigas under särskilda villkor. Dels utifrån begränsningen av rörligheten för speltjänster eftersom en sådan åtgärd kan göra det mindre attraktivt att utöva speltjänster i Sverige, dels eftersom reklam är att anse som en tjänst och det kan bli mindre attraktivt att tillhandahålla eller utöva spelreklam i Sverige.²⁷³

Möjligheterna att upprätthålla handelshinder som inskränker på den fria marknaden bygger på undantagen som utvecklats genom Gebhard-målet. Målet lade grunden för det som kallas för det EU- rättsliga testet som vidare gäller för alla nationella åtgärder som hindrar den fria rörligheten.²⁷⁴

För att en åtgärd som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget ska rättfärdigas krävs att vissa kriterier uppfylls. Dessa är att åtgärden motiveras med hänsyn till ett tvingande allmänintresse, som exempelvis folkhälsoskäl, konsumentskydd, och/ eller bevara den allmänna ordningen vilket kan vara att minska spelandet. Framför allt ställs det krav på att det inte får vara av ekonomiska intressen.²⁷⁵

Vidare gäller att åtgärden alltid tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, det vill säga tillämpas likadant på utländska tjänster som på inhemska. Dessutom ska åtgärden vara ändamålsenlig vilket innebär att åtgärden ska förverkliga det tilltänkta syftet.²⁷⁶ Utöver ställs krav på att åtgärden står i proportion till sitt syfte vilket innebär att åtgärden inte går längre än nödvändigt för att uppnå syftet. Detta betyder att syftet inte ska vara möjligt att uppnås med mindre ingripande

²⁷¹ Skäl 22. AV-direktivet

²⁷² Se särskilt artikel 3 i AV-direktivet om undantag från ursprungslandprincipen när en sändning innebär en allvarlig överträdelse av artikel 27. 1 eller 27. 2 eller artikel 6 och artikel 4 punkt 3 b.

²⁷³ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. Sjätte upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2018, s. 355.

²⁷⁴ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.). EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning. Andra upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2011, s. 103.

²⁷⁵ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. Sjätte upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2018, s. 355 f.

²⁷⁶ A. a, s. 353 f.

åtgärder.²⁷⁷ Uppfyller den nationella åtgärden inte det EU- rättsliga testet är åtgärden inte heller tillåten. Detta eftersom EU- rättsliga bestämmelser, i sådana fall artikel 56 FEUF, har företräde framför nationell lagstiftning.²⁷⁸

Beträffande principen om ömsesidigt erkännande tillåts medlemsstaterna att hindra särskilda tjänster under åberopande av tvingande allmänintresse. Däremot gäller ej detsamma för sändarlandsprincipen som i princip kräver att medlemsstater ska godta den tjänst som är accepterade i och härrör från ursprungslandet.

Frågan om ett reklamförbuds förenlighet med EU- rätten har tidigare prövats i De Agostini. I det målet gällde det ännu aktuella förbudet mot barnreklam. I målet diskuterades komplikationer mellan sändarlandsprincipen och effektlandsprincipen med hänsyn till att den tidigare principen fastställs i AV-direktivet. Enligt EUD hindrade däremot inte AV-direktivet att mottagarlandet tillämpande nationella förbud mot barnreklam på TV under förutsättning att de gällde inhemska sändningar. Däremot stred förbudet mot EU- rätten med hänsyn till ursprungslandsprincipen vilken tillåter sändningar från andra medlemsstater som följer jurisdiktionen där. EUD hänvisade däremot att frågan om förbudet utgjorde ett otillåtet handelshinder till Marknadsdomstolen. Något Marknadsdomstolen ansåg att det inte gjorde med hänsyn till det allmänna intresset att skydda konsumenterna och uppfyllandet av det EU-rättsliga testet.²⁷⁹

²⁷⁷ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.). EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning. Andra upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2011, s. 103.

²⁷⁸ A. a, s. 173 ff.

²⁷⁹ Se De förenade målen C-34/95 och 35–36/95 Agostini & TV-Shop; och MD 1998:17. De Agostini.

5.3 Analys av EU-rätten

Den inre marknaden avser främjandet av en effektiv konkurrens. En förutsättning för en effektiv och sund konkurrens bör vara en informationsfrihet vad gäller främjandet av tjänster. Ett långtgående krav på måttfullhet vid marknadsföring av spel, exempelvis särskilda förbud mot marknadsföring av vissa spelformer eller begränsningar av utformade och mängd, kan ses som en inskränkning på den fria rörligheten för tjänster på den inre marknaden.²⁸⁰

Att inom måttfullhetskravet rymma ett förbud mot riskfyllda spel skulle kunna innebära en åtgärd som gör det mindre attraktivt för att utnyttja den fria rörligheten. Vidare skulle ett långtgående måttfullhetskrav som ställer upp åtgärder som i någon form hindrar eller gör det mindre attraktivt att utöva en tjänst kunna inskränka på den fria rörligheten.

Ett förbud mot att marknadsföra särskilda spel skulle kunna göra det mindre attraktivt för nya aktörer som avser att tillträda den svenska marknaden. I synnerhet när det finns redan väl inarbetade varumärken som Svenska Spel och ATG. Även om det ställs lika krav på licens kan förbud eller ett för långtgående måttfullhetskrav förhindra marknadstillträde. Visserligen är medlemsstaten i princip fri vad gäller upprättandet av åtgärder för spelverksamheter. Däremot måste sådana åtgärder rättfärdigas utifrån särskilda undantag.

För ett rättfärdigat långtgående måttfullhetskrav förutsätts att åtgärden tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt och motiveras utifrån tvingande allmänintresse. Tvingande allmänintresse kan avse exempelvis konsumentskydd. För Sveriges del bör även utrymme finnas att motivera ett förbud utifrån spelmissbrukares utsatta position eller att upprätthålla den allmänna ordningen och begränsa spelandet. Däremot krävs att sambandet mellan spelreklam och ökat spelande eller spelmissbruk bevisas för att uppfylla kravet på ändamålsenligheten. Det vill säga bevisa att den åtgärden tillgodoser det tilltänkta syftet.

²⁸⁰ Se Dom av den 30 november 1995 i mål C- 55/94. Gebhard. REG 1995, punkt 37.

Därutöver ställs krav på proportionalitet, det vill säga att åtgärden inte går längre än nödvändigt för att uppnå syftet, vilket innebär att syftet inte ska vara möjligt att uppnås med mindre ingripande åtgärder. Därmed kan det vara fördelaktigt att låta Konsumentombudsmannens stämningsansökan bli vägledande för proportionalitetsbedömningen med hänsyn till att fallet kan vara prejudicerande för måttfullhetskravet. I tidigare rättsfall har det hamnat på svensk domstol att avgöra proportionalitetsbedömningen.

Med hänsyn till AV-direktivet som avser tillämpa sändarlandsprincipen problematiseras likabehandlingsprincipen. Inhemska nationella förbud mot utländska sändningar av reklam kan inte aktualiseras på grund av att man då tillämpar ursprungslandsprincipen. Det bör därmed inte anses varken icke-diskriminerande eller ändamålsenligt om det fortfarande förekom marknadsföring av spel på TV. Visserligen ställs samma krav på alla aktörer inom Sverige som har licens men kraven gäller däremot inte för dem utan licens.

Av ovan anförda kan konstateras att en ytterligare begränsning av måttfullhetskravet är en politisk fråga. I och med att en stor del faller på regering och riksdag att besluta utifrån en intresseavvägning mellan ett tvingande allmänintresse, exempelvis ett högt konsumentskydd, och den fria rörelsen på den inre marknaden.

6. Sammanfattning och slutsatser

Av ovan anförda kan konstateras att förmedla ett konkret svar på frågan vad ett krav på måttfullhet innebär inte är möjligt. Kravet på måttfullhet är alldeles för omfattande för att konkretiseras. Ett konkret svar på innebörden har inte heller varit avsikten med lagstiftandet av måttfullhetskravet. Syftet har sedan införandet varit att förhålla kravet flexibelt för en snabbt utvecklande spelmarknad. Däremot finns det betydelsefulla rekommendationer och riktlinjer som förtydligar hur marknadsföring av spel bör framställas. Visserligen har SPER:s och BOS riktlinjer kritiserats av regeringen som ”otillräckliga” däremot förespråkar det inte att domstol skulle vid bedömning välja att ta hänsyn till dem vid en bedömning.

Den klart framträdande vägledningen förefaller vara Europeiska kommissionens rekommendation. Rekommendationen lämnar vidare stort utrymme för att skärpa marknadsföringen av spel. Därtill bör vid tillämpning av måttfullhetskravet vägledning hämtas av Koden beträffande god marknadsföringssed med tanke på att måttfullhetskravet är ett strängare rekvisit än god marknadsföringssed. Av ovan anförts ställs även höga krav på marknadsföringens utformning enligt Koden. Att iaktta rekommendationer med stränga kvar bör ligga i linje med spellagens grundläggande syfte att tillgodose ett högt konsumentskydd. Däremot bör kraven inte vara stränga nog att de aktualiserar en inskränkning på den fria rörelsen för tjänster.

Klart är att ett långgående och oproportionerligt krav på marknadsföring kan inskränka på den fria rörelsen. Däremot bör inte så vara fallet utifrån de förutsättningar som uttrycks enligt rekommendationerna och riktlinjerna. Särskilt inte med tanke på att det är kommissionen själv som utfärdat en rekommendation. Skulle däremot rättstillämpningen välja att tolka ett långtgående krav måste detta vara berättigat utifrån EU- rätten.

En begränsning av marknadsföringen kan utgöra en nationell åtgärd som hindrar eller gör det mindre attraktivt att utöva den fria rörligheten för speltjänster. En sådan åtgärd kan däremot rättfärdigas om den grundar sig på tvingande allmänintresse, som exempelvis folkhälsoskäl, konsumentskydd, eller bevara den allmänna ordningen, vilket kan vara att minska spelandet. Därutöver gäller att bestämmelsen alltid tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, vilket kan problematiseras utifrån AV-direktivet och den sändarlandsprincip som där fastställs. Sedan krävs att det kan bevisas att en begränsning av marknadsföringen av spel uppfyller ändamålet och att åtgärden inte går längre än nödvändig för att uppnå syftet, vilket innebär att syftet inte ska uppnås med mindre ingripande åtgärder. Nödvändigt blir då att testa måttfullhetskravets kapacitet. Något som ännu inte gjorts men ligger på bordet hos PMD.

Bilaga 1

2. MÅTTFULLHET SKA IAKTTAS VID MARKNADSFÖRING

Måttfullhet ska iakttas vid marknadsföring av spel till konsumenter. Det innebär bl.a. att konsumenten inte ska uppmanas till överdrivet spelande. Spelbolag ska ta hänsyn till detta skyddsintresse och inta ett ansvarsfullt förhållningssätt vid utformningen och genomförandet av sina marknadsföringsaktiviteter. Detta ska säkerställas genom:

1. att marknadsföring inte innehåller påståenden om att spel kan erbjuda en lösning på finansiella bekymmer, ett alternativ till anställning eller en väg att åstadkomma försörjning eller finansiell trygghet;
2. att marknadsföring inte innehåller påståenden om att spel kan erbjuda en lösning på sociala, personliga eller professionella problem;
3. att marknadsföring inte utmålar spel som nödvändigt, eller som en prioritet i livet, t.ex. framför familj, vänner, utbildning eller professionella åtaganden;
4. att marknadsföring inte förmedlar eller framställer en bild av att spelande leder till social framgång, exempelvis genom att använda välkända personer där det antyds att personernas deltagande i spel har bidragit till deras framgång;
5. att marknadsföring av spel om pengar inte påstår att spelarens attraktionsförmåga ökar på ett sätt som leder till sexuell framgång;
6. att marknadsföring inte innehåller påståenden om att spelande i sig medför – eller kan förstärka – positiva personliga kvaliteter, som att spelande kan förbättra konsumentens självkänsla eller självaktning eller resultera i erkännande eller beundran;
7. att marknadsföring inte återger spel i en kontext som sammankopplar spelande med styrka eller ansvarslöshet;
8. att marknadsföring inte innehåller påståenden om att spel påverkar spelarens individuella styrka och förmåga till ansvar;
9. att marknadsföring inte förmedlar eller framställer nedvärderande åsikter om återhållsamt spelande;
10. att marknadsföring inte främjar spelbeteenden som innebär att konsument ljuger om sitt spelande;
11. att marknadsföring inte främjar spelbeteenden som innebär att konsument lånar till sitt spelande;
12. att marknadsföring inte främjar spelbeteenden som innebär att konsument tänker mer på sitt spelande än vad konsumenten egentligen vill;
13. att marknadsföring inte främjar spelbeteenden som innebär att konsument satsar mer tid och pengar på sitt spelande än vad konsumenten egentligen vill;
14. att marknadsföring inte uppmanar eller uppmuntrar konsument att jaga ikapp tidigare ekonomiska förluster;
15. att marknadsföring inte uppmuntrar till spel för pengar som konsumenten inte kan undvara;
16. att marknadsföring inte främjar eller uppmuntrar kriminellt eller asocialt beteende;
17. att marknadsföring inte antyder att det är riskfritt att spela eller att det finns produkter som inte kan leda till spelproblem;
18. att marknadsföring inte påstår att sannolikheten för vinst påverkas av faktorer som utgör vidskepelse eller skrock;
19. att marknadsföring inte innehåller kraftigt påtryckande och pressande budskap så som ”du måste”, ”du har inget att förlora” eller ”kom igen nu”;
20. att marknadsföring inte anspelar på stereotypa föreställningar om manligt och kvinnligt;
21. att alkohol inte förekommer i marknadsföring av spel;
22. att marknadsföring har en formgivning och ett bildspråk som inte uppfattas på annat sätt än måttfullt och ansvarstagande.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Proposition

Prop. 1970:57. Förslag till lag om otillbörlig marknadsföring, m. m.

Prop. 2002/03:93. Vissa frågor inom spelområdet m.m.

Prop. 2006/07:6. Kompletterande bestämmelser till EG-förordningen om konsumentskyddssamarbete.

Prop. 2007/08:115. Ny marknadsföringslag.

Prop. 2009/10:125. En ny alkohollag.

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

Prop. 2017/18:220. En omreglerad spelmarknad.

Statens offentliga utredningar

SOU 2006:11. Betänkande av Lotteriutredningen. Spel i en föränderlig värld.

SOU 2008:124. Betänkande av Spelutredningen. En framtida spelutredning.

SOU 2017:30. Betänkande av Spellicensutredningen. En omreglerad spelmarknad.

Direktiv

Kommittédirektiv. Tilläggsdirektiv till Spelmarknadsutredningen (Fi 2018:03). Dir. 2019:18.

Kommittédirektiv. Omreglering av spelmarknaden. Dir. 2015/95.

Europeiska unionen

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (Direktiv om otillbörliga affärsmetoder).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/13/EU av den 10 mars 2010 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster.

Kommissionens rekommendation av den 14 juli 2014 om principer för att skydda konsumenter och spelare i samband med onlinespeltjänster och för att förhindra att underåriga spelar onlinespel om pengar (Text av betydelse för EES) (2014/478/EU).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.

Litteratur

Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 1 Konkurrensrätten och marknadsekonomins grundvalar. Fjärde upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2015.

Bernitz, Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten. Första upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2013.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. Sjätte upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2018.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.). EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning. Andra upplagan. Norstedts juridik. Stockholm. 2011.

Nordell, Per Jonas. Marknadsrätten: en introduktion. Sjunde upplagan. Wolters Kluwer. Stockholm. 2017.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.). Juridisk metodlära. Andra upplagan. Studentlitteratur. Lund. 2018.

Weiss, Friedl & Kaupa, Clemens. European Union internal market law. Cambridge University Press. Cambridge. 2014.

Internetkällor

BOS. Om BOS. 2019. <https://www.bos.nu/om-bos/>. (hämtad 2019-05-14).
Reklamombudsmannen. Om oss. 2019.
https://reklamombudsmannen.org/ro__ron. (hämtad 2019-05-15).

Casinofeber. Persbrandt ansiktet utåt för spelbolaget bet365. 2019.
<https://www.casinofeber.se/nyhet/316/persbrandt-ansiktet-utat-for-spelbolaget-bet365>. (hämtad 2019-05-19).

Hedlund, Viktor. Stor ökning av reklam efter nya spellagen. 2019-02-20. <https://www.expressen.se/dinapengar/stor-okning-av-reklam-efter-nya-spellagen/>. (hämtad 2019-03-01).

Konsumentverket. Marknadsföring av spel. 2019.
<https://www.konsumentverket.se/foretag/marknadsforing/marknadsforing-av-spel/>. (hämtad 2019-04-17).

Makar, Maria. Upprop mot spelreklamen: "Totalförbud den". 2019-02-06.
<https://www.svt.se/nyheter/inrikes/kritik-mot-spelreklamen-totalforbud-den>. (hämtad 2019-04-17).

Nationalencyklopedin. Spelindustri. 2019.
<http://www.ne.se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/spelindustri>. (hämtad 2019-01-31).

Nilsson, Anton. m.fl. Branschens eget förslag – för att tämja spelreklamen. 2019-03-28. <https://www.expressen.se/dinapengar/branschens-eget-forslag-for-att-tamja-spelreklamen/>. (hämtad 2019-04-23).

Nyheter 365. Native advertising. 2019.
<https://www.nyheter365.se/nyheter365/n365/native-advertising-dar-din-malgrupp-finns>. (hämtad 2019-05-17).

Regeringskansliet. Utredning ska föreslå begränsningar av spelreklamen. 2019. <https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2019/04/utredning-ska-foresla-begransningar-av-spelreklamen/>. (hämtad 2019-05-18).

Reklamombudsmannen. Om oss. 2019.
https://reklamombudsmannen.org/ro__ron. (hämtad 2019-05-15).

SPER. Om oss. Vår bakgrund. 2019. <https://www.sper.se/bakgrund/>. (hämtad 2019-05-14).

SPER. Ny spellag. 2019. <https://www.sper.se/fakta-om-spelbranschen/>. (hämtad 2019-01-31).

SPER och BOS. Spelbranschens åtgärder för att uppnå måttfullare marknadsföring. 2019. <https://www.sper.se/wp-content/uploads/2019/03/Skrivelse-från-spelbranschen-till-Ardalan-Shekarabi-190328.pdf>. (hämtad 2019-05-18).

SVD. Otillåten spelreklam får ministern att ryta till. <https://www.svd.se/otillaten-spelreklam-far-ministern-att-ryta-till>. (hämtad 2019-04-16).

Wikén. Erik. Sifo: Majoritet av svenskarna vill förbjuda spelreklam. 2019-02-12. <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/70-procent-av-svenskarna-positiva-till-att-forbjuda-spelreklam>. (hämtad 2019-04-16).

Övriga källor

Lotteriinspektionens föreskrifter till skydd för sociala intressen avseende sådana lotterier som avses i 21 a § lotterilagen (1994:1000).

SPER:s riktlinjer för etisk marknadsföring (Reviderade 2018).

Svenska spelbranschens Riktlinjer för marknadsföring, Gäller från 1 april 2019.

ICC- Regler för Reklam och Marknadskommunikation.

Hettne, Jörgen. Statens roll på den svenska spelmarknaden – ett EU-perspektiv. Rapport för Riksrevisionen. 2012.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Marknadsdomstolen

MD 1989:6. Scanorama.

MD 1998:17. De Agostini.

MD 2009:15. Svenska Postkodföreningen.

MD 2012:15. Elskling.

MD 2013:7. Maxi Elit.

MD 2016:10. Konsumentombudsmannen mot A.B.

Patent- och marknadsdomstolen

Stämningsansökan. Patent- och marknadsdomstolen.
Konsumentombudsmannen mot Elec Games Limited. 2018-12-17. Dnr
2018/508.

Regeringsrätten

Regeringsrättens dom i Wermdö Krog 2004, Mål nr 5819, RÅ 2004 ref. 95.

Europeiska unionen

EU-domstolen

Van Binsbergen C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131.

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

De Agostini och TV- Shop C-34-36/95, EU:C:1997:344.

Estée Lauder C- 220/98, ECLI:EU:2000:8.

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

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

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

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