

Stockholm den 2 augusti 2017

R-2017/0799

Till Finansdepartementet

Fi2017/01644/OU

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 25 april 2017 beretts tillfälle att avge yttrande över Spellicensutredningens betänkande En omreglerad spelmarknad (SOU 2017:30).

Sammanfattning

Advokatsamfundet välkomnar en reform av den svenska lagstiftningen på området för spel och vadhållning. Det är angeläget att undanröja de många tvivelaktigheter som vidlåder rättsläget i dag och i stället åstadkomma en god överensstämmelse med framför allt unionsrättsliga och konstitutionella krav.

Advokatsamfundet konstaterar emellertid att utredningen innehåller förslag som framstår som rättsligt tveksamma och svagt underbyggda.

Advokatsamfundet saknar en grundlig juridisk analys av förslagets förenlighet med reglerna på flera viktiga områden. Bland de frågor som borde ha blivit föremål för en djupare bedömning än vad som blivit fallet, märks de rättsliga principerna för den fria rörligheten för varor och tjänster och etableringsfriheten, statligt stöd samt de konstitutionella krav som uttrycks i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen. Dessutom anser Advokatsamfundet att hänsyn till den personliga integriteten inte har beaktats tillräckligt.

Reformbehovet

Utredningen konstaterar korrekt att det nuvarande systemet är obsolet. Den tekniska utvecklingen är förvisso ett skäl till detta förhållande och för en förändring. Ett annat skäl är att den nuvarande spelregleringen strider mot unionsrätten. Det är känt att regeringens initiativ till utredningen följde på EU-kommissionens beslut att väcka tala mot Sverige, för fördragsbrott med avseende på svensk lags oförenlighet med unionsrätten. Frågan om hur svensk lag ska anpassas till unionsrätten framstår därför som central för utformningen av en ny lag. Frånvaron i betänkandet av en grundlig analys i detta hänseende är en brist.

Advokatsamfundet ifrågasätter vidare om vare sig den kanalisering av spel eller intresset av skatteintäkter som utredningen framhåller, kan vara tungt vägande inslag i en ny reglering. En nationell reglering som inskränker den fria rörligheten för varor och tjänster bör vila på annan grund än dessa två förhållanden.

Sammanfattning av det nuvarande rättsläget

Advokatsamfundet vill inledningsvis ge sin bild av det rådande rättsläget på spelmarknaden och särskilt hur den svenska regleringen förhåller sig till unionsrätten.

Efter Sveriges medlemskap i EU år 1995 har det för svenskt vidkommande inte varit möjligt att ingripa mot svenska konsumenters deltagande i spel och lotterier, som är lagligt anordnade i andra medlemsstater. Sådana spelföretags erbjudanden till svenska konsumenter faller också i princip utanför svensk jurisdiktion. Svensk myndighet har heller aldrig uttryckt annat än att den svenska lagen på detta område gäller uteslutande i Sverige.

Vad gäller regleringen i Sverige av utländsk spelverksamhet här i landet, kan konstateras att all form av statlig reglering av nationella spelmarknader (system med tillstånd eller exklusiva rättigheter) innebär inskränkningar i den fria rörligheten för speltjänster på EU:s inre marknad, framför allt med avseende på fri rörlighet för varor och tjänster och etableringsfrihet.

Det är en viktig utgångspunkt att en nationell spelreglering av det slag som utredningen skisserar endast kan utformas inom ramen för de undantag som unionsrätten medger från kraven på fri rörlighet för varor och tjänster. EU-domstolen har i en rad avgöranden preciserat vilka skäl som kan åberopas för undantag på området för spel och vadhållning. Dessutom har EU-domstolen uppställt detaljerade krav på genomförandet av nationella undantagsregler, både i rättsligt och praktiskt hänseende.

Ett övergripande krav som har blivit särskilt betydelsefullt på spelområdet är att den nationella regleringen måste framstå som sammanhängande och systematisk, se exempelvis dom i mål C-48/08 Carmen Media Group Ltd mot Land Schleswig-Holstein, Innenminister des Landes Schleswig-Holstein (REG 2010 I-08149) punkt 53. Detta krav kan betraktas som ett utflöde av kravet på proportionalitet. Den politik som i praktiken

förs, t.ex. genom statligt kontrollerade bolag, måste på ett objektivt sätt leda till uppfyllandet av de mål som eftersträvas i den bakomliggande lagstiftningen. Annars är inte den nationella regleringen ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas, vilket är ett krav som följer av proportionalitetsprincipen.

En central fråga för den svenska regleringens förenlighet med unionsrätten är således om de nämnda inskränkningarna har en visad effekt på de angivna skälen, bland dessa folkhälsointresset av att stävja och undvika spelmissbruk. Bedömningen av denna fråga ska naturligtvis göras mot bakgrund av de reella förhållandena som råder på spelmarknaden i dag.

Av intresse är därför utredningens uppgift att spelföretag utan licens i Sverige har en marknadsandel på cirka 23 procent på en marknad som vuxit under 20 år. Återstående 77 procent kontrolleras av svenska myndigheter. Vidare anger utredningen att en stor del av de spel som föreslås konkurransutsättas är spel som redan erbjuds ”av de i Sverige oreglerade onlinespelsföretagen” på den svenska marknaden och att ”den nuvarande lagstiftningen är således partiell och obsolet och svarar vare sig mot nuvarande eller framtida spelmarknad.”

Av uppgifterna i utredningen framgår att ensamrätten och främjandeförbudet i 38 § lotterilagen inte har varit normerande för förhållandena på dagens spelmarknad och har inte heller haft någon effekt i förhållande till de åberopade skyddshänsynen. Utvecklingen visar i stället en ökning av spelutbudet både hos Svenska Spel, ATG och utländska företag, en omsättningsökning hos samtliga aktörer samt intäkter om flera miljarder kronor till staten.

Den fråga som behöver besvaras är om inskränkningarna är ägnade att säkerställa förverkligandet av folkhälsan i Sverige eller om inskränkningarna går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning. För att utgöra lagliga inskränkningar måste således staten först visa att det över huvud taget föreligger ett orsakssamband mellan ensamrätten och främjandeförbudet å ena sidan och folkhälsan å andra sidan. För det andra måste staten visa att folkhälsan har förbättrats som en följd av inskränkningarna.

Till detta ska läggas att staten (regeringen och Lotteriinspektionen) inte vid något enskilt tillfälle, i domstolar eller i myndigheter, har fört någon bevisning om att inskränkningarna i det nuvarande systemet är effektiva.

Dessa förhållanden har stor betydelse för den föreslagna regleringens förenlighet med unionsrätten. Att den nuvarande ordningen varken är sammanhängande eller systematisk står klart. Tvivlen även på den föreslagna regleringen är betydande och frånvaron av en analys är besvärande.

Unionsrättsliga synpunkter i fråga om kanalisering och intresset av skatteintäkter

Enligt Advokatsamfundet borde analysen av de unionsrättsliga kraven ha varit betydligt större än vad som kommer till uttryck i betänkandet. De resonemang som förs är alltför kortfattade för att kunna accepteras som ett stöd för förslagets förenlighet med unionsrätten.

I särskilt två fall ifrågasätter Advokatsamfundet de överväganden som redovisats, nämligen avseende *dels* den kanalisering av intäkter som ska uppnås genom ett nytt system, *dels* det föregivna intresset av skatteintäkter till staten. Advokatsamfundets uppfattning är att inget av dessa förhållanden kan godtas som juridiska skäl för en nationell spelreglering, som inskränker den fria rörligheten för varor och tjänster.

Frågan om kanalisering

Advokatsamfundet noterar att det i betänkandet framhålls att syftet med den föreslagna regleringen är att *”så gott som allt spel som erbjuds på marknaden ska erbjudas av företag som har licens i Sverige”* och att *”målsättning är en ”kanalisering” på 90 procent”* (se s. 25). Vidare anføres att det *”Med stöd i Placanica-domen får det anses klarlagt att kanalisering av spel kan anföras som ett skäl för en reglering”* (se s. 290).

Av EU-domstolens avgörande framgår emellertid inget tydligt stöd för den slutsats utredningen bär fram. I punkt 55 av domen i förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, angående tre beslut om förhandsavgörande i brottmålen mot Massimiliano Placanica, Christian Palazzese och Angelo Sorricchio (REG 2007, s. I-01891) uttrycker EU-domstolen i själva verket att möjligheten att *”styra in”* spel och vadhållning i banor som är möjliga att kontrollera förutsätter att en sådan styrning eller kanalisering är menad att *”...förhindra att hasardspelsverksamhet används i bedrägliga eller brottsliga syften...”* Den kanalisering som utredningen haft för ögonen tycks dock väsentligen avse den spel- och vadhållningsverksamhet som erbjuds av företag som driver sin verksamhet med tillstånd i andra medlemsstater. Sådana verksamheter är inte brottsliga, vare sig enligt lagen i Sverige eller i den aktuella medlemsstaten.

Intresset av skatteintäkter

EU-domstolen fastslog i dom i målet C-243/01 angående begäran om förhandsavgörande i brottmålet mot Piergiorgio Gambelli m.fl. (REG 2003, s. I-13031) att marknadsföring som lockar och uppmuntrar konsumenter att delta i spel och vadhållning i syfte att stärka statskassan, innebär att myndigheterna i medlemsstaten inte kan åberopa detta intresse som ett skäl för en generell inskränkning av spelmöjligheterna. Däremot kan intäkter till det allmänna accepteras som en positiv accessorisk konsekvens av den nationella spelregleringen, om den i övrigt möter de unionsrättsliga kraven (se mål C-443/01 (Gambelli m.fl.) punkt 66 ff.).

Utredningen är relativt tydlig vad gäller det statsfinansiella syftet med förslaget. Det understryks att gränsöverskridande spelbolag representerar en marknadsandel på cirka 23 procent och att deras marknadsandel ökar samt att de 15 börsnoterade onlinespelsföretagen i Sverige representerar ett börsvärde om 69 miljarder kronor. Utredningen anger att en del av dessa vinster ska föras till statskassan. Den uppkomna situationen (se s. 28 f.) "... speglar de stora vinster företagen gör och de ännu större förväntningarna marknaden har. Få onlinespelsföretag har så stora vinstmarginaler som onlinespelsföretagen. Nettoomsättningen för de i Sverige oreglerade onlinespelsföretagen var år 2016, 5,1 miljarder kronor. Statens motiv för en omreglering av spelmarknaden är att genom reglering och licensering få kontroll över denna del av marknaden. Det rör bland annat frågor avseende skatt [understrykning här], spelansvar och konsumentskydd."

Mot den beskrivna unionsrättsliga bakgrunden framstår det som tveksamt att som utredningen gör betona intresset av att "säkra" skatteintäkter, se betänkandet under avsnittet *Utgångspunkter för och syftet med en ny spelreglering* (s. 24). De stramare regler för marknadsföring som utredningen förordar, se avsnitt 21, kan inte innebära någon annan bedömning. Dessa regler är uppenbarligen inte menade att förhindra marknadsföring som lockar och uppmuntrar till spel.

Främjandeförbudet

Advokatsamfundet finner det egendomligt att utredningen inte uppehåller sig vid frågan om främjandeförbudets förenlighet med tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen. Det finns flera prejudikat som fastslår främjandeförbudets begränsningar vad avser möjligheten att utverka förbud mot annonsering i grundlagsskyddade medier, se exempelvis RÅ 2010 ref. 115. Frånvaron av en analys i dessa hänseenden gör det svårt att bedöma effekten av utredningens förslag.

Advokatsamfundet ställer sig vidare frågande till effektiviteten av ett sådant främjandeförbud som utredningen föreslår även av andra skäl än de konstitutionella. Regeln som exempelvis förbjuder marknadsföring som länkar till online spelbolag utan licens, hindrar inte en svensk medborgare från att på egen hand besöka spelföretagets webbplats. Tillhandahållandet av länkar till sådana spelföretag innebär bara en mycket liten förenkling för konsumenten. Effekten av ett länkningsförbud blir av allt att döma försumbar.

Marknadsförhållanden och produktutbud m.m.

Advokatsamfundet erinrar om att det är viktigt att företag på en marknad som regleras av ramlagstiftning erbjuds affärsförutsättningar som grundar sig i konstitutionella hänsyn som rättssäkerhet och legalitet. Annars riskeras marknaden funktionssätt, både praktiskt och regulatoriskt.

Advokatsamfundet anser att det är viktigt att regeringen noggrant med hjälp av Konkurrensverket övervakar att ATG och Svenska Spel agerar på ett konkurrensrättsligt

korrekt sätt under tiden fram till att ett förslag träder i kraft. Konkurrensövervakning är vidare särskilt viktig om licenssystemet träder i kraft.

Den föreslagna licensordningen omfattar ett brett spektrum av spelprodukter: kasinospel online, vadhållning online, poker online och bingo online. Även landbaserad vadhållning på sport och landbaserad hästsport kommer att omfattas av licenssystemet. Lotterier och landbaserade spelautomater kommer att förbli monopoliserade.

Advokatsamfundet vill även lyfta fram det faktum att utredningen inte ger någon verksam definition av lotteribegreppet. Detta är en brist och riskerar att leda till osäkerhet om vilka spel som omfattas av licenssystemet.

Sanktionssystemet

Advokatsamfundet vill erinra om att utredningens förslag är avsett att reglera en begränsad del av spelmarknaden. Det har inte hindrat utredningen från att förorda ampert hållna ordvändningar om nya sanktioner och resurser, bland annat (se s. 25) uppgiften att ”Den föreslagna omregleringen innebär att en stor del av statens samlade arsenal av legala, ekonomiska och administrativa åtgärder mobiliseras för att ta kontroll över spelmarknaden och förhållanden där den gamla lagen blivit alltmer omordern.”

Advokatsamfundet kan inte se annat än att en sådan administrativ organisation innebär betydande kostnader för rättsväsendet.

Förutom flera nya sanktioner introducerar utredningen ett antal ytterligare krav på spelaktörerna. Mest anmärkningsvärda är marknadsföringsbegränsningarna och en bred arsenal av spelansvarsbestämmelser som ska följas.

Vidare har Advokatsamfundet svårt att se att det föreligger proportionalitet och kongruens vad avser straffbestämmelserna. Straffsätserna förefaller orimligt höga mot bakgrund av överträdelsernas allvarlighet. Utredningen har vidare inte presenterat några skäl och överväganden bakom kriminaliseringar och straffsätser.

Det tycks således, försiktigt uttryckt, inte självklart att införa ett så omfattande straffrättsligt kontrollmaskineri för att säkra ett licenssystem som omfattar en begränsad del av spelmarknaden, som måste anses vara en underhållningsmarknad. Sanktionerna står med andra ord inte i ett rimligt förhållande till straffvärdet.

Advokatsamfundet noterar i denna del att den föreslagna regleringen inte heller kommer att omfatta utländska aktörers marknadsföring, oavsett om marknadsföringen når svenska konsumenter.

Marknadsdomstolens avgöranden, se exempelvis MD 1989:6 och MD 1998:17, visar att svensk marknadsföringsrätt visserligen kan omfatta reklam som är avsedd för en svensk publik, men att den undantar utländska subjekt i utlandet, även om reklamen kan ses i

Sverige. Det betyder att annonsering i TV3 och Kanal 5 även kommer att kunna ske framdeles och utan hinder av de regler som utredningen föreslår. Detta förhållande är ägnat att i hög grad försvaga effekten av stramare marknadsföringsbestämmelser.

Svenska Spels och ATG:s roll

Svenska Spel och ATG ges möjlighet att verka på den konkurrensutsatta delen av marknaden. Utredningen föreslår att Svenska Spel ska delas i två delar med ett holdingbolag på toppen. Advokatsamfundet ställer sig utifrån konkurrensrättsliga skäl tveksamt till detta, eftersom det innebär att de två delarna i praktiken kommer att kunna agera som ett bolag. Delningen måste göras bolagsrättsligt och organisatoriskt tydligare. Bolagen ska vara åtskilda och styras av separata styrelser utan persongemenskap. De ska vidare rapportera till ansvariga ägare i olika departement. Tekniska system, lokaler och personal måste skiljas åt. Synergieffekter vad avser teknik, databaser och affärsinflytande mellan bolagen måste undvikas för att konkurrensförhållandena ska vara rättvisa.

Vidare måste Konkurrensverket tillse att inte ATG missbrukar sin dominerande ställning på marknaden för spel på hästar. ATG har redan visat prov på ett beteende där man använder den styrka bolaget tillskansat sig som monopolist för att trycka ut mindre aktörer från marknaden och i övrigt skaffa sig konkurrensfördelar.

Slutligen är det viktigt att regeringen noggrant med hjälp av Konkurrensverket övervakar att ATG och Svenska Spel agerar på ett konkurrensrättsligt korrekt sätt under tiden fram till att ett förslag träder i kraft.

Ramlag - rättssäkerhetsfrågor

Den nya lagen är en ramlag som i stor utsträckning kommer fyllas ut med föreskrifter beslutade av regering och spelmyndighet. Det pressade tidsschemat har gjort att regeringen valt att inte inkludera dessa i remissbehandlingen. Valet av ramlagstiftning, tidspress och politiskt tryck är omständigheter som ofta leder till brister vad avser konstitutionella krav på förutsägbarhet och legalitet.

I den föreslagna lagen finns ett antal obestämda och vaga mål för vad som ska uppnås angivna och de allmänna principerna som ska respekteras för lagens efterlevnad. Dessa vaga bestämmelser måste fyllas med mera konkreta krav för att vara meningsfulla. Valet av regleringsmetod skapar ett omfattande utrymme för skönmässiga bedömningar hos domstolar och myndigheter som riskerar leda till rättsosäkerhet och bristfällig stadga i domstolspraxis. Detta leder till att de operatörer som ansöker om licens "köper grisen i säcken." Om de regulatoriska förutsättningarna för licenshavarna förändras är risken stor att många väljer att stå utanför systemet.

Advokatsamfundet erinrar om att det är viktigt att företag på en marknad erbjuds affärsförutsättningar som grundar sig i konstitutionella hänsyn som rättssäkerhet och legalitet.

Statsstöd

Om den svenska regeringen misslyckas med att erhålla skattebefrielse av EU-kommissionen för den relativt vagt definierade ideella lotterisektorn enligt EU:s statsstödsregler, är risken stor att utredningens förslag inte leder till lag.

Advokatsamfundet vill flagga för att det föreligger en risk för att EU-kommissionen kommer att ifrågasätta affärsmodellerna för några av de så kallade välgörenhetsorganisationerna, som agerar i den skattebefriade sektorn. Ett exempel är Postkodlotteriet, som tillämpar en affärsmodell som snarare fokuserar på vinst än välgörenhet. Ett annat exempel är det socialdemokratiska partiet, som har stora intäkter från speloperatören A-lotterierna. Som utredningen själv anger är rättsläget inte klarlagt.

Den personliga integriteten

Intresset av att stävja och undvika spelmissbruk är en både erkänd och rimlig grund för lagstiftning på området för spel och vadhållning. Advokatsamfundet ställer sig ändå frågande till om det finns skäl för att utforma regler som innebär en så långtgående insyn i enskilda konsumenters privata förhållanden, som förefaller följa på utredningens förslag. Enligt Advokatsamfundets mening bör mindre ingripande åtgärder finnas att tillgå som på ett ändamålsenligt sätt möter dessa syften och utan att äventyra den personliga integriteten.

Advokatsamfundet har tagit del av Datainspektionens yttrande till Finansdepartementet den 19 juni (dnr 1015-2017). Advokatsamfundet instämmer i Datainspektionens kritik mot utredningens förslag om behandling av personuppgifter. Inte minst saknar utredningens förslag i dessa delar en mer ingående bedömning av förslagets inverkan på enskildas personliga integritet i ljuset av de krav som följer av såväl dataskyddsförordningen och regeringsformen.

Det ska i detta sammanhang framhållas att Datainspektionen redan år 2015 framförde betydande kritik mot Svenska Spels brister i behandlingen av känsliga personuppgifter om spelkunder. (Datainspektionens beslut den 15 oktober 2015, Diarienumr 1382-2014). Frågan är tydligen av stor betydelse ur ett såväl praktiskt som juridiskt perspektiv.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg