

YTTRANDE
Stockholm den 3 augusti 2017
Dnr 17/0049

Finansdepartementet
103 33 Stockholm
Fi2017/01644/OU

En omreglerad spelmarknad (SOU 2017:30)

Med tanke på Sieps uppdrag och verksamhet, faller det sig naturligt att Sieps främst ger synpunkter på utredningens analys av huruvida de framlagda förslagen är förenliga med EU:s inre marknadsregler och statsstödsregler.

I dag har som bekant AB Svenska Spel (Svenska Spel), AB Trav och Galopp (ATG) och det ideella föreningslivet tillstånd att bedriva spelverksamhet i Sverige. De utgör därmed den reglerade delen av dagens spelmarknad. I Spellicensutredningen (SOU 2017:30) framhålls att den nuvarande situationen i Sverige präglas av att oreglerade, onlinebaserade och gränsöverskridande spelföretag, som i dag har en marknadsandel på cirka 23 procent, tar en ökande del av den svenska marknaden på de reglerade företagens bekostnad. Den påpekar att den statliga kontrollen, som är en väsentlig del av dagens spelreglering, därmed är obefintlig när det gäller denna del av spelmarknaden. De onlinebaserade företagen verkar skattefritt i Sverige och konsumentskyddet är begränsat. Härigenom försvåras möjligheterna att hantera problemspelande och spelmissbruk. Enligt utredningen är den nuvarande lagstiftningen således partiell och obsolet och svarar vare sig mot nuvarande eller framtida spelmarknad.¹

Utredningen föreslår mot denna bakgrund en nyordning som innebär en marknadsuppdelning i tre huvudsakliga delar:

För det första en konkurrensutsatt del där onlinespelsföretag, en del av Svenska Spel (den konkurrensutsatta verksamheten) och ATG får verka med stöd av licens. De speltyper som får erbjudas är onlinebaserade kasinospel samt onlinebaserad vadhållning, poker och bingo. Även landbaserad sportvadhållning och landbaserad hästvadhållning föreslås ingå i den konkurrensutsatta delen. Detta innebär att ATG inte längre ska ha monopol på vadhållning på hästar. Alla licenstagare föreslås betala en särskild skatt om 18 % beräknad

¹ SOU 2017:30, del 1, s. 23.

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

på spelnettot, dvs. företagets behållning efter utbetalda vinster. Härtill kommer skyldighet att betala licens- och tillsynsavgifter.

För det andra en del av marknaden där Svenska Spel föreslås ha ensamrätt på vissa spelformer. Detta gäller värdeautomater och landbaserade kasinon, nuvarande Casino Cosmopol AB.

För det tredje en allmännyttig del som är öppen för Svenska Spel och det allmännyttiga föreningslivet. Detta gäller lotteriverksamhet, såväl landbaserat som online, och landbaserad bingo.

Utredningen föreslår därmed inga större förändringar för det allmännyttiga föreningslivet (tillstånd för ideella föreningar med allmännyttigt ändamål). Föreningslivet föreslås även fortsättningsvis få bedriva lotteriverksamhet, såväl landbaserad som online samt landbaserad bingo på en delvis skyddad marknad. De ideella aktörerna föreslås också vara fortsatt skattebefriade. I den mån föreningslivet önskar bedriva spel som tillhör den konkurrensutsatta delen av marknaden gäller dock samma villkor för dem som för övriga spelföretag på den delen av marknaden.

Utredningen flaggar dock för en viss osäkerhet vad beträffar skattefriheten för föreningslivet i framtiden. Den påpekar att en sådan ordning, som innebär att skatt tas ut av vissa aktörer men inte alla, kan komma i konflikt med EU:s statsstödsregler. Den lutar åt att skattefrihet för det allmännyttiga föreningslivet bör kunna accepteras enligt EU:s regler men rekommenderar att regeringen snarast efter utredningen har presenterats gör en föransökan eller en ”pre-notifiering” till EU-kommissionen för att få besked i frågan.²

En annan fråga som kräver EU-rättslig analys enligt utredningen är att den nuvarande schablonartade modellen för beskattning av s.k. restaurangkasinon och kasinospel på fartyg i internationell trafik föreslås behållas. Här föreligger andra skatteförhållanden än de som utredningen föreslår för andra delar av spelmarknaden. Skatten föreslås tas ut per spelbord med ett belopp på 5 000 kronor. Insatserna liksom vinsterna är relativt låga. Om en skattesats på 18 procent skulle tillämpas skulle man betala 34 miljoner kronor mer. I övrigt betalas 22 procent bolagsskatt. Utredningen anser att detta är en välfungerande ordning som fyller sitt syfte. Den påpekar dock att även här finns en statsstödsproblematik och föreslår att man även i detta fall så snart som möjligt inleder ett s.k. pre-notifieringsförande hos EU-kommissionen för att reda ut om detta är möjligt.³

EU-rätten och nationell spelreglering

En bedömning i förhållande till EU:s statsstödsregler bedöms alltså viktig av utredningen. Denna fråga berörs i det följande, men först ska diskuteras några andra EU-rättsliga frågor som aktualiseras av den föreslagna omregleringen. Efter en kort redogörelse för de villkor

² Ibid, s. 33.

³ Ibid, s. 34-35.

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

som gäller enligt EU-rätten, behandlas frågan om marknadsuppdelning, i synnerhet att en del av marknaden i princip reserveras för föreningslivet. Därefter behandlas frågan om olika beskattning i förhållande till den fria rörligheten för tjänster och etableringsfriheten och slutligen frågan om skatteskillnader och statligt stöd.

Allmänt

Att den svenska marknaden delvis konkurrensutsätts ligger naturligtvis i linje med en utveckling som är positiv i ett inremarknads- och konkurrensperspektiv. Europeiska kommissionen har varit starkt pådrivande och har bl.a. inlett flera överträdelseärenden mot Sverige för att den ansett att den svenska ordningen inte fullt ut respekterar EU:s regler. Samtidigt införs även vid en liberalisering nya inträdeshinder i form av licenskrav samt en uppdelning av marknaden som innebär att endast en del av den är öppen för privata spelbolag. Det följer av EU:s regler om fri rörlighet för tjänster att alla statliga inskränkningar som försvårar marknadstillträdet ska kunna rättfärdigas. Utgångspunkten enligt artikel 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) är att alla begränsningar för friheten att tillhandahålla tjänster ska avskaffas, även om begränsningarna gäller utan åtskillnad mellan nationella tjänsteleverantörer och leverantörer från andra medlemsstater, om begränsningarna medför att tjänster från utländska tjänsteleverantörer förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva än där de lagligen tillhandahåller liknande tjänster.⁴ Enligt rättspraxis gäller också att om en medlemsstat har lagstiftning enligt vilken leverantörer i en annan medlemsstat inte får erbjuda tjänster i den första medlemsstaten via internet utgör detta en begränsning av friheten att erbjuda tjänster enligt artikel 56 FEUF.⁵ Dessutom utgör den fria rörligheten för tjänster en rättighet både för leverantörerna och för mottagarna av tjänster, dvs. även svenska spelkonsumenter.⁶

Begränsningar av dessa grundläggande friheter godtas endast i form av de undantagsåtgärder som uttryckligen anges i artikel 52 FEUF eller om de kan motiveras enligt rättspraxis på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset. Enligt artikel 52.1 FEUF tillåts begränsningar som motiveras med allmän ordning, allmän säkerhet eller hälsa. I fråga om spelverksamhet har domstolen i sina domar erkänt ett antal motiveringar av tvingande allmänintresse, såsom konsumentskydd, förebyggande av bedrägeri och begränsningar av incitament till överdrivna utgifter på spelande samt det allmänna behovet att bevara den allmänna ordningen. I det sammanhanget kan moraliska, religiösa och kulturella faktorer och de moraliskt och finansiellt skadliga följderna för individen och samhället förknippade med spelande och vadhållning tjäna som motivering för att ge de nationella myndigheterna en tillräcklig bedömningsmarginal, så att de kan avgöra vad som krävs för konsumentskyddet och skyddet av allmän ordning. Det betyder att begränsningarna under alla omständigheter måste motiveras med tvingande krav med tanke på allmänintresset, vara lämpliga för att det eftersträvade målet ska nås och inte gå längre

⁴ Se t.ex. mål C-76/90, Säger, EU:C:1991:331, punkt 12, mål C-58/98, Corsten, EU:C:2000:527, punkt 33.

⁵ Se t.ex. mål C-243/01, Gambelli, EU:C:2003:597, punkt 54.

⁶ Se t.ex. de förenade målen 286/82 och 26/83, Luisi och Carbone, EU:C:1984:35, punkt 16.

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

än vad som är nödvändigt för att nå målet. Begränsningarna måste också tillämpas utan diskriminering.⁷

På spelområdet finns mot denna bakgrund ett stort antal exempel då ett allmänintresse har vägt tyngre än fritt tillträde till en medlemsstats spelmarknad.⁸ Samtidigt har EU-domstolen ställt allt mer tydliga krav på att den politik som förs i syfte att rättfärdiga begränsningar i den fria rörligheten för speltjänster är *systematisk och sammanhängande*.⁹ Den har också sökt säkerställa att de medlemsstater som valt koncessionssystem, i likhet med det italienska systemet som berördes ovan, är öppna för utländska spelföretag som är beredda att underkasta sig kraven i den nationella regleringen.¹⁰

Frågan om marknadsuppdelning

Ett argument för att uppdelningen av marknaden i tre delar i sig inte är problematisk är att de samhällsintressen den grundas på i princip har accepterats av EU-domstolen i en tidigare svensk dom, nämligen i domen i målet *Sjöberg och Gerdin*.¹¹ EU-domstolen påpekade i denna dom att kulturella, moraliska eller religiösa överväganden kan motivera inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster för arrangörer av hasardspel, bl.a. eftersom det kan anses oacceptabelt att tillåta att *privata vinstintressen* drar nytta av ett socialt gissel eller spelares svaghet och olycka. Enligt den värdeskala som är specifik för varje medlemsstat, och med beaktande av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning, är det således tillåtet för en medlemsstat att begränsa anordnandet av hasardspel *och att förbehålla offentliga organ eller allmännyttiga organisationer anordnandet av sådana spel*.

Det är alltså enligt EU-domstolen, i vart fall inom ramen för den nuvarande svenska ordningen, tillåtet att förbehålla ideella organisationer med allmännyttigt ändamål anordnandet av spel inom ett segment av marknaden.

Den fråga som nu aktualiseras är därför om det gör skillnad i rättsligt hänseende att en annan del av den svenska marknaden än den där ideella föreningar hittills har verkat öppnas för konkurrens. Svaret kan tyckas självklart. Varför skulle en förändring i liberaliserande riktning på den svenska marknaden innebära ett problem i förhållande till EU:s marknadsreglering? Förändringen sker trots allt mot bakgrund av kommissionens tidigare kritik och i linje med EU-rätten. Frågan måste dock betraktas i ett vidare sammanhang. Enligt EU-domstolens rättspraxis har medlemsstaterna som framgått ett omfattande skönsmässigt utrymme avseende hur de reglerar sin spelmarknad, men de

⁷ Se t.ex. mål C-19/92, Kraus, EU:C:1993:125, punkt 32 och mål C-55/94, Gebhard, EU:C:1995:411, punkt 37, samt specifikt ang. speltjänster mål C-243/01, Gambelli, EU:C:2003:597, punkterna 63–65 och de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., EU:C:2007:133, punkterna 46–49.

⁸ Se t.ex. mål C-176/11, HIT och HIT LARIX, EU:C:2012:454.

⁹ Se särskilt mål C-258/08, Ladbrokes Betting och Stichting de Nationale, EU:C:2010:308, de förenade målen C-316/07, C-358/07 – C-360/07, C-409/07 och C-410/07, Markus Stoß m.fl., EU:C:2010:504, och mål C-347/09, Jochen Dickingher och Franz Ömer, EU:C:2011:582.

¹⁰ Se bl.a. mål C-203/08, Sporting Exchange, EU:C:2010:307 och mål C-64/08, Engelmann, EU:C:2010:506.

¹¹ De förenade målen C-447/08 och C-448/08, Sjöberg och Gerdin, EU:C:2010:415.

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

måste agera på ett systematiskt och sammanhängande sätt. Det är i ett sådant perspektiv lättare att hävda att ett totalförbud mot allt spelande är systematiskt och sammanhängande än att en ordning som ger ensamrätt avseende vissa spel till vissa aktörer, medan andra spelformer konkurrensutsätts, är det.¹² I ett tidigare mål lyckades Tyskland, mot denna bakgrund, inte att övertyga EU-domstolen om att den tyska spelregleringen var systematisk och sammanhängande. EU-domstolen efterfrågade skäl för den tyska marknadsuppdelningen, t.ex. riskanalyser beroende på spelens farlighet, vilket kan motivera att spel som visat sig ha tendens att lättare generera ett spelberoende hos spelare kontrolleras av statliga aktörer.¹³ I förslaget till omreglering märks dessa tankar. Att Svenska Spel föreslås ha ensamrätt avseende värdeautomater och landbaserade kasinon är ett uttryck för en sådan farlighetskalkyl. Dessa spelformer är kända för att skapa beroende hos spelare. När det gäller lotteriverksamhet och landbaserad bingo gäller snarare det omvända. Dessa spel finns i den andra änden av skalan över spels ”farlighet”. Kan det ändå anses som en konsekvent och sammanhängande spelpolitik att marknaden för dessa spel förbehålls Svenska Spel och ideella aktörer? Ett skäl som talar emot detta, vilket EU-domstolen vid flera tillfällen har upprepat, är det tidigare nämnda utlåtandet att även om det inte är likgiltigt huruvida spel om pengar på ett avgörande sätt kan bidra till finansieringen av oegennyttig verksamhet eller verksamhet av allmänintresse, så kan ett sådant skäl *inte i sig* anses utgöra ett objektivt berättigande till inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster. Sådana inskränkningar är nämligen endast tillåtna om exempelvis finansieringen av sådan social verksamhet utgör en positiv bieffekt och inte det verkliga skälet till den restriktiva politiken på området.¹⁴

Det är alltså långt ifrån glasklart hur man ska se på den svenska marknadsuppdelningen i ett EU-rättsligt perspektiv. Det finns dock också flera skäl som talar för att den borde vara tämligen oproblematisk. Till att börja med måste den historiska bakgrunden, som alltid, beaktas. Den svenska politiken på spelområdet har länge tagit hänsyn till ideella föreningars behov av att finansiera sin verksamhet. Att en del av överskottet på detta sätt kan styras till allmännyttig verksamhet är ett uttalat syfte med den svenska lagstiftningen. I praktiken handlar det därför om ett marknadssegment som inte berörs av den reform som föreslås. Det är snarare ett område som hamnar utanför reformen. Att det handlar om en viktig inkomstkälla för det svenska föreningslivet har dessutom som nämnts accepterats av EU-domstolen i målet Sjöberg och Gerdin.

Det går inte heller att sätta likhetstecken mellan tidigare domar, där allmännyttiga ändamål hävdades i tämligen allmänna ordalag som skäl för statlig kontroll av spelmarknader, med den svenska situationen där en del av marknad står öppen för ideella föreningar och en annan del för kommersiella aktörer. Marknaden för ideella aktörer föreslås inte bli stängd utan tvärtom öppen för de företag som väljer att anpassa sig till de villkor som gäller,

¹² Ett illustrativt exempel är EU-domstolens acceptans för den portugisiska ordningen i mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, EU:C:2009:519.

¹³ de förenade målen C-316/07, C-358/07 – C-360/07, C-409/07 och C-410/07, Markus Stoß m.fl., EU:C:2010:504.

¹⁴ Se mål C-67/98, Zenatti, EU:C:1999:514, punkterna 36 och 37 och de förenade målen C-316/07, C-358/07 – C-360/07, C-409/07 och C-410/07, Markus Stoß m.fl., EU:C:2010:504, punkt 104.

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

vilket t.ex. Postkodslotteriet tidigare gjort. EU-domstolens tidigare uttalanden måste naturligtvis betraktas i dåvarande sammanhang. EU-domstolen syftade på det förhållandet att en medlemsstat inte ska ha rätt att själv lägga beslag på intäkterna från den nationella spelmarknaden av ekonomiska skäl och i synnerhet att ett statligt bolag med ensamrätt inte ska försöka öka statens intäkterna genom reklamåtgärder då detta genererar ökat spelande, vilket leder till ökad risk för spelberoende. Att intäkterna sedan investeras i allmännyttig verksamhet är under sådana omständigheter inte ett tillräckligt för att EU-domstolen ska acceptera att marknaden stängs för utländska spelbolag.

Det ska slutligen nämnas att EU-domstolen har accepterat att vissa marknadssegment förbehålls ideella aktörer och andra bolag stängs ute i andra sammanhang. Den angav t.ex. i mål *Sodemare m.fl.*¹⁵ att en medlemsstat vid utformning av sitt sociala trygghetssystem, för att uppnå de målsättningar som eftersträvas (i det aktuella fallet ett socialtjänstsystem för äldre som pga. sitt tillstånd behöver vård), kan kräva att anslutningen till systemet av privata aktörer som ska utföra socialvårdstjänster *underkastas villkoret att de ska verka utan vinstsyfte*. En liknande möjlighet ges inom EU:s upphandlingsrätt för s.k. *reserverade kontrakt*. Medlemsstaterna har möjligheten att under vissa omständigheter reservera kontrakt för *organisationer som inte drivs i vinstsyfte*.¹⁶

Frågan om olika beskattning

Hittills har den lotteriverksamhet som bedrivits av ideella föreningar med allmännyttiga ändamål i Sverige varit undantagen skatteplikt. Tanken är inte att de privata operatörer som via licens föreslås få tillträde till den svenska marknaden ska vara befriade från skatt. Om nuvarande ordning bevaras inom ett avgränsat segment på den svenska spelmarknaden uppstår därför en skillnad i beskattningshänseende beroende på om en aktör är en ideell förening med allmännyttigt ändamål eller ett kommersiellt bolag.

EU-domstolen har, i fråga om skatteskillnader, i många fall påpekat att även om frågor om direkta skatter inte direkt faller inom EU:s befogenhet, är medlemsstaterna inte desto mindre skyldiga att respektera unionsrätten vid utövandet av de befogenheter som de har.¹⁷ Detta betyder att inte bara det förhållandet att den ovan behandlade marknadsuppdelningen kan utgöra en inskränkning i etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster, utan också olika behandling av spelaktörer i skattehänseende. Skälet för detta är att ett bolag,

¹⁵ Mål C-70/95, *Sodemare m.fl.*, EU:C:1997:301, punkt 32.

¹⁶ Bestämmelser om reserverade kontrakt återfinns bl.a. i artikel 77 i det s.k. LOU-direktivet (direktiv 2014/24/EU). Möjligheten är emellertid begränsad i fråga om vilka tjänster som omfattas, vilken typ av organisationer som kan komma i fråga och kontraktets löptid. Enbart vissa särskilt definierade sociala tjänster kan komma i fråga och den maximala löptiden är tre år. Organisationer ska, för att kunna tilldelas reserverade kontrakt, ha till syfte att utföra offentliga uppdrag kopplat till de aktuella tjänsterna, återinvestera sina vinster och ha en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande eller som kräver aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.

¹⁷ Jfr t.ex. mål C-246/89, kommissionen mot Förenade kungariket, EU:C:1991:375, punkt 12 och mål C-279/93, *Schumacker*, EU:C:1995:31, punkt 21.

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

pga. en skattelagstiftning, kan avhållas från viss verksamhet med anledning av sådana skillnader.¹⁸

Eftersom skatteskillnaden hänger samman med marknadsuppdelningen tillför den dock inte mycket till bedömningen om huruvida den svenska omregleringen är acceptabel. Det som utgör inskränkningen är de *sammantagna villkor* som måste respekteras för att tillhandahålla de verksamheter som är förbehållna föreningslivet, dvs. skyldigheter att ikläda sig en sådan organisationsform och att ge en del av överskottet till allmännyttiga ändamål samt acceptera de kriterier för maximal återbetalning av vinster som gäller (dessa kriterier diskuteras närmare nedan i förhållande de reglerna om statligt stöd). Skattebefrielse är en del i detta ”paket” och är därför knappast ett självständigt problem när det gäller den fria rörligheten för tjänster och etableringsfriheten.

EU-domstolen har för övrigt betonat att den frihet som bolag har, när det gäller att välja i vilken medlemsstat de ska etablera sig, inte på något sätt innebär att dessa medlemsstater är skyldiga att anpassa sina egna skattesystem till de olika skattesystemen i de övriga medlemsstaterna, för att därigenom säkerställa att ett bolag som valt att etablera sig i en given medlemsstat på nationell nivå beskattas på samma sätt som ett bolag som valt att etablera sig i en annan medlemsstat, med hänsyn till att detta beslut – beroende på omständigheterna – kan vara mer eller mindre fördelaktigt eller ofördelaktigt för ett sådant bolag.¹⁹ För att det ska föreligga en inskränkning i etableringsfriheten eller den fria rörligheten för tjänster pga. skatteskillnader måste det handla om situationer som är *objektivt jämförbara*,²⁰ vilket knappast är fallet om de olika villkoren för verksamheterna beaktas. Slutligen kan en skillnad av objektivt jämförbara situationer rättfärdigas även då det finns tvingande skäl av allmänintresse, vilket enligt de resonemang som har förts ovan kan hävdas föreligga.²¹ Det hänvisas därför till den tidigare bedömningen i denna fråga.

Frågan om statligt stöd

Artiklarna 107–109 FEUF innehåller bestämmelser om statligt stöd som ska säkerställa att konkurrensen på EU:s inre marknad inte snedvrids.

För att en ekonomisk överföring av något slag ska kunna kvalificeras som statligt stöd i EU-rättslig mening måste emellertid fyra kumulativa villkor vara uppfyllda:²²

¹⁸ Se mål C-446/03, Marks & Spencer, EU:C:2005:763, punkterna 32 och 33, mål C-471/04, Keller Holding, EU:C:2006:143, punkt 35, och mål C-293/06, Deutsche Shell, EU:C:2008:129, punkt 29. Ang. speltjänster jfr mål C-98/14, Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató, EU:C:2015:386.

¹⁹ Jfr mål C-293/06, Deutsche Shell, EU:C:2008:129, punkt 43 och mål C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, EU:C:2008:588, punkt 50.

²⁰ Jfr mål C-18/11, Philips Electronics UK, EU:C:2012:532, punkt 17.

²¹ Jfr mål C-446/03 Marks & Spencer, EU:C:2005:763, punkt 51, mål C-231/05, Oy AA, EU:C:2007:439, punkt 51, och mål C-123/11, A, EU:C:2013:84, punkt 46.

²² Se t.ex. mål C-399/08 P, kommissionen/Deutsche Post, EU:C:2010:481, punkt 39 och där angiven rättspraxis.

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

- 1) Det måste vara fråga om en selektiv ekonomisk förmån, dvs. ett visst företag eller viss produktion måste gynnas,
- 2) förmånen måste finansieras direkt eller indirekt genom offentliga medel,
- 3) förmånen måste snedvrída eller hota att snedvrída konkurrensen och
- 4) förmånen måste påverka handeln mellan medlemsstaterna.

Trots att skattelättnaden för i synnerhet de ideella föreningarna inte införs genom omregleringen, hamnar den i ett nytt ljus när andra aktörer inträder på den svenska spelmarknaden och betalar skatt. En skattelättnad som p.g.a. avsaknaden av en fungerande spelmarknad (frånvaro av privata vinstintressen) tidigare vara oproblematisk blir nu ett *potentiellt konkurrensproblem*.²³

Av intresse i sammanhanget är därför att diskutera om förmånliga villkor för ideella föreningar kan utgöra en *selektiv* ekonomisk förmån (jfr punkt 1 ovan), dvs. innebär skillnaden i beskattning en fördel i form av en lägre skattebörda för de ideella föreningarna jämfört med den som gäller de kommersiella spelbolagen? Om detta inte är fallet är det nämligen inte fråga om statligt stöd i den mening som avses i artikel 107 FEUF. Samma prövning ska göras beträffande den nuvarande schablonartade modellen för beskattning av s.k. restaurangkasinon och kasinospel på fartyg i internationell trafik. Spellicensutredningen föreslår som framgått även här att den äldre ordningen behålls.

När det gäller de ideella föreningarna kan det tyckas rimligt att betrakta frågan om selektivitet på samma sätt som frågan om likabehandling i förhållande till den fria rörligheten för tjänster och etableringsfriheten, vilken redogjordes för ovan. Skattelättnader för en verksamhet som inte är objektivt jämförbar med någon annan skulle därmed inte betraktas som en selektiv förmån. Prövningskriterierna är dock inte identiska när det gäller frihetsreglerna och statsstödsreglerna, vilket kan förklaras av att de grundas på delvis skilda syften. Frihetsreglerna motverkar särbehandling och andra restriktioner vid gränsöverskridande verksamhet, medan statsstödsreglerna ska säkerställa rättvisa konkurrensvillkor. Under senare tid har också konkurrensbedömningen i selektivitetskriteriet kommit att sammanfalla med kampen mot skatteflykt och annat skatteundandragande, senast illustrerat av kommissionens beslut angående det irländska stödet till Apple.²⁴ Detta gör att både kommissionen och EU:s domstolar är restriktiva med att inte kvalificera en skatteåtgärd som kan påverka konkurrensförhållanden på marknaden som selektiv då konsekvensen annars kan bli att åtgärden faller helt utanför EU-rättens tillämpningsområde.

Den etablerade tolkningen av selektivitet i rättspraxis är att en åtgärd är selektiv om den är avsedd att delvis undanta vissa företag från de ekonomiska belastningar som uppstår vid normal tillämpning av det allmänna skattesystemet.²⁵ Kommissionen är – när den har

²³ Jfr mål 57/86, kommissionen mot Grekland, EU:C:1988:284, punkt 10.

²⁴ Kommissionens beslut (EU) 2017/1283 av den 30 augusti 2016 om det statliga stöd SA.38373 – (2014/C) (f.d. 2014/NN) (f.d. 2014/CP) som Irland har genomfört till förmån för Apple, EUT 2017, L 187, s. 1.

²⁵ Jfr mål 173/73, Italien mot kommission, EU:C:1974:71, punkt 33 och mål C-78/08 to C-80/08, Paint Graphos m.fl., EU:C:2011:550, punkt 49.

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

upptäckt att en fördel i vid bemärkelse föreligger, som direkt eller indirekt skapats av en given åtgärd – skyldig att styrka att denna fördel särskilt kommer ett eller flera företag till godo. Det ankommer närmare bestämt på kommissionen att styrka att åtgärden medför särbehandlingar mellan de företag som med hänsyn till åtgärdens målsättning befinner sig i en jämförbar situation. Det krävs således att fördelen ges selektivt och att vissa företag kan försättas i en situation som är mer fördelaktig jämförd med andra företags situation.²⁶ Det undersöks alltså sammantaget om en given åtgärd gynnar vissa företag i förhållande till andra företag som befinner sig i en *jämförbar rättslig och faktisk situation med tanke på det mål som gäller för åtgärden i fråga*.²⁷ Om bedömningen tyder på att åtgärden avviker från det allmänna skattesystemet ska det också undersökas om avvikelsen följer av arten eller strukturen hos det skattesystem som åtgärden utgör del av.²⁸ Det ska med andra ord undersökas om den aktuella åtgärden, som *a priori* verkar vara selektiv, kan motiveras med tanke på *skattesystemets logik*.²⁹

Detta test gjorde kommissionen när den 2011 prövade den då föreslagna danska spelregleringen.³⁰ I den danska lagen om spelskatt fastställdes olika skattesatser, beroende på om spelen tillhandahölls via onlinekasinon eller via landbaserade kasinon. I kommissionens bedömning ansågs skattesystemet för dansk spelverksamhet utgöra referenssystemet för att bedöma om skatteskillnaden utgjorde en selektiv förmån eller inte. Kommissionen påpekade att syftet med lagen om spelskatt var att reglera betalningen av skatt på all spelverksamhet som erbjöds eller anordnades i Danmark, oavsett om verksamheten var online- eller landbaserad. Den berörda åtgärden (dvs. differentierad skattemässig behandling till förmån för onlinespel) skulle därför bedömas mot detta referensskattesystem. Trots ett antal objektiva skillnader mellan online- och landbaserade spelaktörer (såsom närvaro online och fysisk närvaro samt skillnader när det gäller plattform, kostnader, ekonomiska marginaler, sociala upplevelser, leverantörer och produkter), ansåg kommissionen inte att dessa skillnaderna mellan online- och landbaserade kasinon var tillräckliga för att det skulle kunna fastslå en väsentlig och avgörande rättslig och faktisk skillnad mellan de två typerna av företag.

Kommissionen fann därför att vissa företag gynnades i jämförelse med andra företag *vars rättsliga och faktiska situation var jämförbar med tanke på det mål som gäller för ordningen i fråga*. Den menade vidare att Danmark *inte hade kunnat visa att åtgärden kunde motiveras genom det danska skattesystemets logik*.

²⁶ Se bl.a. mål C-403/10 P, Mediaset v Commission, EU:C:2011:533, punkt 36, mål C-106/09 P och C-107/09 P, Kommissionen och Spanien mot kommissionen och Spanien mot Government of Gibraltar och Förenade kungariket, EU:C:2011:732, punkterna 75 och 101, mål C-518/13, Eventech, EU:C:2015:9, punkterna 53 – 55 och mål C-15/14 P, Kommissionen mot MOL, punkt 59.

²⁷ Se mål C-88/03, Portugal mot kommissionen, EU:C:2006:511, punkt 54, mål C-172/03, Heiser, EU:C:2005:130, punkt 40, mål C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri, EU:C:2009:709, punkt 61.

²⁸ Mål C-487/06 P, British Aggregates Association mot kommissionen, EU:C:2008:757, punkt 83.

²⁹ Jfr mål 173/73, Italien mot kommission, EU:C:1974:71, punkt 33 samt kommissionens meddelande om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på åtgärder som omfattar direkt beskattning av företag, EGT C 384, 10.12.1998, punkt 23.

³⁰ Kommissionens beslut av den 20 september 2011 om åtgärd C 35/10 (f.d. 302/10) som Danmark avser att genomföra i form av beskattning av onlinespel enligt den danska lagen om spelskatter (2012/140/EU).

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

I slutändan rättfärdigades dock den danska skatteskillnaden med stöd av undantagen för statligt stöd i artikel 107.3 c FEUF (underlätta utvecklingen av vissa näringsverksamheter som inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset) eftersom den ansågs grundad på ett allmänintresse.

Betyder detta att också olika skattesatser i Sverige för ideella föreningar och kommersiella bolag, när de bedriver spelverksamhet, måste behandlas lika i skattehänseende för att undgå prövning enligt statsstödsreglerna? EU-domstolen har förvisso påpekat att regleringstekniken inte är avgörande. Om jämförbara företag – vilket ideella föreningar och kommersiella bolag kan betraktas som, behandlas olika är åtgärden *a priori* selektiv. Åtgärden behöver dock som framgått inte betraktas som selektiv när jämförelseobjekten inte befinner sig i en jämförbar faktisk och rättslig situation. Befinner sig då ideella föreningar som tillhandahåller lotterier i samma faktiska och rättsliga situation som ett kommersiellt bolag som bedriver vadslagningsverksamhet på den svenska spelmarknaden? Argumenten som talar för att de befinner sig i *olika* situationer är som framgått att det finns en skyldighet för allmännyttiga ideella föreningar att investera överskott från verksamheten i allmännyttig verksamhet, vilket inte gäller kommersiella bolag. Återbetalningsprocent till spelare får vidare inte vara högre än 50 % vilket gör att de ideella föreningarna aldrig kan göra sina spel lika attraktiva för en viss kategori av spelare som istället söker sig till den konkurrensutsatta marknaden där återbetalningsprocenten ligger på 95 % och däröver.

Sammantaget talar detta för att de ideella föreningarna *inte* befinner sig i en jämförbar rättslig och faktisk situation med tanke på de mål som avses uppnås med den svenska lagstiftningen. Som påpekats av generaladvokat Jääskinen i *Paint Graphos* kan en skattefördel mycket väl balanseras eller motiveras av skyldigheter som härrör från en viss juridisk persons rättsliga struktur, vilket gör att fördelen förlorar sin karaktär av fördel i ekonomisk mening.³¹ I samma mål konstaterade EU-domstolen att vinstmarginalen för organisationsformen kooperativ var betydligt längre än den för kapitalassociationer, som bättre kan anpassa sig till marknads krav.³² Skattelättnader för kooperativ utgjorde därmed inte statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. I den svenska situationen framstår skattelättnaden på motsvarande sätt inte som en reell ekonomisk fördel för de ideella föreningarna i jämförelse med de kommersiella spelbolagen.³³ EU-domstolen har också klarlagt att det förhållandet att enbart skattskyldiga som uppfyller villkoren för en viss skattelättnad kan dra nytta av denna (t.ex. de särskilda villkor som gäller för spel som tillhandahålls av ideella aktörer), inte i sig betyder att den är selektiv.³⁴

³¹ De förenade målen C-78/08 to C-80/08, *Paint Graphos*, EU:C:2010:411, punkt 73.

³² De förenade målen C-78/08–C-80/08 *Paint Graphos*, EU:C:2011:550, punkt 60.

³³ Se mål C-353/95 P, *Tiercé Ladbroke* mot kommissionen, EU:C:1997:596, och mål C-53/00, *Ferring*, EU:C:2001:627, där en skillnad i beskattningshänseende inte ansågs utgöra en ekonomisk förmån. För motsatt utgång se mål C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, EU:C:2006:8, punkt 137.

³⁴ Se mål C-20/15 P, kommissionen mot *World Duty Free Group*, EU:C:2016:981, punkt 59 och mål C-417/10, *3M Italia*, EU:C:2012:184, punkt 42

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

Om den svenska ordningen likväl skulle anses *a priori* selektiv tillkommer ytterligare skäl för att vända på presumtionen. I detta sammanhang får det betydelse hur väl förankrad skattelättnaden för ideella föreningar är i det svenska skattesystemet.³⁵

Lika starka argument för att det föreligger en skattesystematiskt skillnad finns dock knappast när det gäller beskattning av restaurangkasinon och kasinospel på fartyg i internationell trafik. I detta fall blir det tydligare en fråga om huruvida undantagen i artikel 107.3 FEUF är uppfyllda, vilket det ankommer på kommissionen att pröva.

Det kan konstateras att i Sverige är den EU-rättsliga problemställningen avseende statligt stöd på många sätt motsatt den danska. Det är inte utländska onlineföretag som gynnas av en låg skattesats utan ideella föreningar som är skattebefriade samt restaurangkasinon och kasinospel på fartyg som betalar en lägre skatt. Det är alltså inte den nya skatten som införs som i sig väcker frågor om statligt stöd, vilket var fallet i Danmark, utan problemet är att en tidigare ordning inom en begränsad del av marknaden inte påverkas. I det svenska fallet finns dock mer som talar för att kommissionen (och i slutändan EU:s domstolar) kan övertygas om att åtminstone skattelättnaden för ideella föreningar *inte* är selektiv. Det finns en klart tydligare koppling till det svenska skattesystemets inre logik än det vara fråga om i det danska fallet och därmed också argument för att Sverige måste få utforma sitt eget skattesystem.³⁶ Det är dock sannolikt svårare att rättfärdiga åtgärden såsom nödvändig för att det ska vara möjligt att liberalisera den del av den svenska spelmarknaden som föreslås konkurransutsättas. Undantaget som användes i fråga om den danska regleringen, artikel 107.3 c FEUF som anger att vissa näringsverksamheter ska utvecklas, passar inte lika väl in. Det måste i så fall visas att en särbehandling av den ideella verksamheten underlättar utvecklingen av lotteriverksamhet och landbaserad bingo på ett sätt som inte påverkar handeln i negativ riktning och inte strider mot EU:s gemensamma intresse. Som antytts ovan framstår undantagsmöjligheterna för restaurangkasinon och kasinospel på fartyg vara något enklare att argumentera för.

Avslutande ord

Mot bakgrund av de svårigheter som föreligger när det gäller statsstödsreglerna, anser Sieps att det är olyckligt att utredningen inte har gått närmare in på den EU-rättsliga statsstödsproblematiken. Utredningen har identifierat problemen men inte försökt lösa dem eller ens på djupet analysera dem i sitt betänkande. I en något märklig formulering i utredningens sammanfattning anges att EU i princip anger fyra villkor för att avvikelser ska kunna göras från statsstödsreglerna.³⁷ Utredningen anger att ett undantag ska tillämpas på

³⁵ Se t.ex. uttalanden i budgetpropositionen för 2016 (prop. 2015/16:1, s. 254 f) angående skattefrihet för ideella föreningar.

³⁶ Medlemsstaterna förfogar inom ramen för skattepolitiken över ett betydande utrymme för skönmässig bedömning vad gäller valet och omfattningen av produktionsfaktorernas beskattning. Se förslag till avgörande av generaladvokat Jääskinen i de förenade målen C-78/08 to C-80/08, *Paint Graphos*, punkt 77 samt Bacon, K., *European Union Law of State Aid*, Oxford University Press 2013 (Kindle Edition, locations 9115-9116 och Schön, W., *Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid* in (ed.) Richelle, I., Schön, W and Traversa, E., *State Aid Law and Business Taxation*, Springer 2016, p. 20.

³⁷ SOU 2017:30, del 1, s. 33.

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

ett icke diskriminerande sätt. Det ska därtill vara svar på ett trängande allmänintresse och verkligen fungera utifrån sitt syfte samt slutligen inte innebära större ingripande än vad allmänintresset motsvarar. Detta tycks vara en sammanblandning med undantagen som gäller enligt artiklarna i EUF-fördraget om fri rörlighet för tjänster och etablering. Utredningen tycks helt förbigå det förhållandet att den primära frågan när det i synnerhet gäller skattebefrielsen för de ideella föreningarna är om ideella föreningar och kommersiella spelbolag befinner sig i en jämförbar rättslig och faktisk situation med tanke på det mål som gäller för ordningen i fråga. Kommissionen föredrar sannolikt att de båda situationerna betraktas som jämförbara, i syfte att inte skapa ett prejudicerande beslut som kan utnyttjas av andra stater i andra situationer. För kommissionen är det sannolikt tryggare att skattebefrielsen bedöms som en statlig stödåtgärd och möjligen godtas med stöd av undantagsbestämmelserna i artikel 107.3 FEUF. Det ligger dock i Sveriges intresse att ta strid i kvalificeringsfrågan (om det är stöd eller inte), i synnerhet eftersom det är en rent rättslig fråga där kommissionen saknar skönsmässigt utrymme i sin bedömning, vilket den har vid en undantagsprövning. Frågan om det är stöd eller inte enligt artikel 107.1 FEUF avgörs ytterst av EU-domstolen. Om en åtgärd inte bedöms utgöra stöd behöver den inte anmälas till kommissionen. Det är dock möjligt att såsom Danmark gjorde, anmäla en åtgärd av rättssäkerhetsskäl, dvs. i syfte att få bekräftat att det inte är fråga om stöd, vilket i slutändan dock ledde till en undantagsprövning av de danska åtgärderna. En stödåtgärd behöver dock bara anmälas om det är fråga om *nytt stöd*.³⁸ I det aktuella fallet kan det hävdas att om det överhuvudtaget är stöd så handlar det om *befintligt stöd*.³⁹ Skattebefrielsen för ideella föreningar, och även schablonskatten för restaurangkasinon och kasinospel på fartyg, gäller sedan länge och berörs inte av omregleringen, eftersom det är en annan del av marknaden som föreslås liberaliseras. Om detta argument godtas finns inte heller någon skyldighet att återbetala eventuella stöd retroaktivt, dvs. de redan erhållna ekonomiska fördelar som hävdas följa av skattebefrielsen eller skattelättnad kan inte återkrävas oavsett vad det slutliga rättsliga beskedet blir. Det ska dock påpekas att inte heller gränsdragningen mellan nytt och befintligt stöd är helt given. Det finns en risk att de äldre ordningarna anses inbäddade i reformen och därmed betraktas som ”nya”. Det är också viktigt att påpeka att kommissionen har rätt att ifrågasätta även en befintlig ordning och kräva förändringar. Skillnaden är att det inte föreligger anmälningsskyldighet och ingen retroaktiv återbetalningsskyldighet.

I detta ärende har direktör Eva Sjögren beslutat. Jörgen Hettne har varit föredragande.

³⁸ Se artikel 108.3 FEUF och artikel 1 och 2 i rådets förordning (EU) 2015/1589 av den 13 juli 2015 om genomförandebestämmelser för artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT L 248, s. 9

³⁹ Se artikel 21 i förordning (EU) 2015/1589.

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.



Eva Sjögren,
Direktör, Sieps

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.