

# HÖGSTA DOMSTOLENS BESLUT

meddelat i Stockholm den 29 mars 2023

Mål nr

Ö 2318-22

## **PARTER**

### **Klagande**

Konsumentombudsmannen

Box 48

651 02 Karlstad

### **Motparter**

1. AB Svenska Spel, 556460-1812

621 80 Visby

Ombud: Advokaterna SK och CL

2. TV4 Aktiebolag, 556242-7152

115 79 Stockholm

Ombud: Advokaterna UI och MH

## **SAKEN**

Uppmaning av Konsumentombudsmannen

Dok.Id 252902

---

HÖGSTA DOMSTOLEN	Postadress	Telefon 08-561 666 00	Expeditionstid
Riddarhustorget 8	Box 2066	Telefax -	08:00–12:00
	103 12 Stockholm	E-post:	13:15–16:00
		hogsta.domstolen@dom.se	
		www.hogstodomstolen.se	

## **ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolens beslut 2022-03-16 i mål PMÖÄ 340-21

---

## **HÖGSTA DOMSTOLENS AVGÖRANDE**

Högsta domstolen upphäver Patent- och marknadsöverdomstolens beslut i själva saken och fastställer Konsumentombudsmannens beslut den 24 april 2020, dock med den ändringen att uppgifterna och samarbetsavtalet ska ges in till Konsumentombudsmannen senast fyra veckor efter detta avgörande.

Högsta domstolen upphäver Patent- och marknadsöverdomstolens beslut i fråga om rättegångskostnader.

## **YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN**

Konsumentombudsmannen har yrkat att Högsta domstolen, med ändring av Patent- och marknadsöverdomstolens beslut,

- avslår AB Svenska Spels och TV4 Aktiebolags överklaganden av Konsumentombudsmannens beslut, och
- befriar Konsumentombudsmannen från skyldigheten att ersätta motparterna för rättegångskostnader i Patent- och marknadsdomstolen och Patent- och marknadsöverdomstolen.

I andra hand har Konsumentombudsmannen yrkat att Högsta domstolen förordnar att AB Svenska Spel ska lämna den information och inkomma med det eventuella avtal som anges i Konsumentombudsmannens beslut, dock med undantag för eventuella uppgifter om personer som avses i 1 kap. 10 § och 2 kap. 5 § yttrandefrihetsgrundlagen.

AB Svenska Spel och TV4 Aktiebolag har motsatt sig att Patent- och marknadsöverdomstolens beslut ändras. De har vidare yrkat att Konsumentombudsmannens andrahandsyrkande avvisas.

AB Svenska Spel och TV4 Aktiebolag har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Högsta domstolen.

## **SKÄL**

### **Frågan i målet**

1. Målet rör Konsumentombudsmannens möjlighet att enligt 42 § marknadsföringslagen (2008:486) uppmana annan att lämna upplysningar och tillhandahålla handlingar. I målet aktualiseras framför allt frågan om under vilka förutsättningar en sådan uppmaning kan anses strida mot yttrandefrihetsgrundlagen, särskilt exklusivitetsprincipen i 1 kap. 14 § och efterforskningsförbudet i 2 kap. 5 § i den lagen.

### **Bakgrund**

2. Svenska Spel säljer trisslotter som är en form av skraplott. Den som har skrapat fram tre likadana symboler av visst slag får medverka i tv-programmet Nyhetsmorgon i TV4 och skrapa en ny trisslott som kommer att ge vinst.

3. Konsumentombudsmannen har inlett ett tillsynsärende mot Svenska Spel med anledning av tre sådana tv-inslag som sändes under år 2019.

4. Genom beslut den 24 april 2020 riktade Konsumentombudsmannen följande uppmaning till Svenska Spel.

AB Svenska Spel, 556460-1812, uppmanas enligt 42 § marknadsföringslagen (2008:486) att inkomma med svar på frågan huruvida AB Svenska Spel har ett samarbetsavtal avseende Triss-inslagen i Nyhetsmorgon med TV4 AB, alternativt något av övriga bolag i den koncern där TV4 AB ingår.

Om ett sådant avtal finns uppmanas AB Svenska Spel att inkomma med detta.

5. I beslutet angavs att uppgifterna skulle vara Konsumentombudsmannen tillhanda senast den 11 maj 2020. Av skälen för beslutet framgår att Konsumentverket hade gjort bedömningen att de aktuella inslagen, i strid med 9 § marknadsföringslagen, saknade tydlig reklamidentifiering och sändarangivelse och att de inte heller uppfyllde den informationsskyldighet som gäller för kommersiella meddelanden om spel enligt 15 kap. 3 § spellagen (2018:1138). Det angavs också att Konsumentverket behövde ta del av eventuella samarbetsavtal för att kunna handlägga tillsynsärendet.

6. Svenska Spel och TV4 överklagade Konsumentombudsmannens beslut. Patent- och marknadsdomstolen avslag överklagandena men Patent- och marknadsöverdomstolen har upphävt beslutet.

### **Parternas inställning i Högsta domstolen**

7. Konsumentombudsmannen har i Högsta domstolen gjort gällande att de aktuella inslagen kan vara att anse som marknadsföring av trisslotterna och att den begärda informationen behövs för att det ska kunna utredas om så är fallet och om det är möjligt att ingripa mot inslagen. Enligt Konsumentombudsmannen strider det överklagade beslutet inte – som Svenska Spel och TV4 har gjort gällande – mot yttrandefrihetsgrundlagen.

8. Bolagen har i Högsta domstolen gjort gällande i huvudsak följande. Inslagen omfattas av yttrandefrihetsgrundlagen och Konsumentombudsmannens uppmaning strider mot efterforskningsförbudet i 2 kap. 5 § i den lagen. Uppmaningen strider under alla förhållanden mot exklusivitetsprincipen i yttrandefrihetsgrundlagen. Den principen får till följd att marknadsföringslagen över huvud taget inte kan tillämpas på inslagen. Också detta medför att 42 § marknadsföringslagen inte kan tillämpas.

## Rättsliga utgångspunkter

### *Bestämmelser om marknadsföring*

9. Marknadsföringslagen har till syfte att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Med marknadsföring avses i lagen reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter. Lagen är tillämplig på bl.a. tv-sändningar som omfattas av radio- och tv-lagen (2010:696). (Se 1–3 §§ marknadsföringslagen.)

10. Enligt 9 § marknadsföringslagen ska all marknadsföring utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring. Reklam får alltså inte vara utformad så att den framstår som redaktionell, utan det ska framgå att det är fråga om just reklam (se prop. 1994/95:123 s. 165). Av 10 § framgår att en näringsidkare inte får utelämna väsentlig information i marknadsföringen av sin egen eller någon annans verksamhet.

11. Att marknadsföringsåtgärder ska framstå som just sådana utgör en grundläggande princip inom marknadsföringsrätten (se a. prop. s. 165). Principen grundar sig på intresset av ett gott konsumentskydd. Det är viktigt att konsumenter har möjlighet att avgöra vad som utgör kommersiella respektive icke-kommersiella budskap.

12. I 15 kap. spellagen finns särskilda bestämmelser om marknadsföring av spel riktad till konsumenter. Enligt 3 § ska kommersiella meddelanden om spel innehålla tydlig information om lägsta ålder för att spela. Det ska också finnas kontaktuppgifter till en organisation som tillhandahåller information om och stöd i samband med spelproblem. Om sådan information som anges i 3 § inte lämnas, ska marknadsföringslagen i dess helhet tillämpas, med undantag för 29–36 §§ om marknadsstörningsavgift (se 15 kap. 4 § spellagen).

13. Informationsskyldigheten enligt 15 kap. 3 § spellagen har motiverats med att barn och ungdomar är särskilt skyddsvärda och att det är viktigt att den som är spelberoende vet vart han eller hon kan vända sig vid behov av hjälp (se prop. 2017/18:220 s. 166).

*Närmare om upplysningskyldigheten enligt 42 § marknadsföringslagen*

14. Konsumentverket utövar genom Konsumentombudsmannen tillsyn över efterlevnaden av såväl marknadsföringslagen som bestämmelserna om informationsskyldighet i 15 kap. 3 § spellagen.

15. I 42–45 §§ marknadsföringslagen regleras Konsumentombudsmannens möjligheter att inom ramen för tillsyn infordra upplysningar och handlingar. Enligt 42 § får Konsumentombudsmannen förelägga var och en att yttra sig och lämna upplysningar och tillhandahålla de handlingar som behövs i ett ärende om tillämpningen av lagen.<sup>1</sup> Endast sådan information som är relevant för utredningsåtgärderna får infordras. Det ankommer på Konsumentombudsmannen att, utifrån förutsättningarna i varje enskilt fall, avgöra vilken information som verkligen behövs (se prop. 2019/20:120 s. 103).

16. Det ligger i själva tillsynsarbetets natur, särskilt med hänsyn till ändamålet bakom paragrafen, att 42 § kan tillämpas även innan det har kunnat konstateras att det föreligger en överträdelse av marknadsföringslagen. Det innebär att det är tillräckligt att en rimlig misstanke om överträdelse föreligger. Det innebär också att paragrafen kan tillämpas även innan det har slagits fast att en viss företeelse faller under marknadsföringslagens tillämpningsområde. På motsvarande sätt får Konsumentombudsmannen anses ha ett visst utrymme att tillämpa 42 § vid misstanke om överträdelse av 15 kap. 3 § spellagen även om det ännu inte är klarlagt att det ifrågasatta

---

<sup>1</sup> Ordalydelsen av 42 § har ändrats sedan Konsumentombudsmannens beslut i ärendet. Innebörden i nu aktuellt hänseende är dock densamma som tidigare.

förfarandet utgör sådan marknadsföring av spel som Konsumentombudsmannen kan ingripa mot. (Jfr a. prop. s. 40 f.)

17. En åtgärd enligt 42 § marknadsföringslagen måste dock, liksom annan myndighetsutövning mot enskild, vara proportionerlig (jfr 5 § tredje stycket förvaltningslagen, 2017:900). Det som tillsynsmyndigheten vill uppnå måste alltså stå i rimligt förhållande till de olägenheter som begäran innebär för den som ska tillhandahålla informationen (se a. prop. s. 103).

18. Vid proportionalitetsbedömningen kan olägenheter av olika slag beaktas. Det finns bl.a. anledning att beakta den arbetsinsats som begäran innebär för adressaten. Även karaktären av den information som uppmaningen avser kan få betydelse, särskilt om den rör uppgifter som adressaten eller annan har ett legitimt intresse av att skydda mot insyn. När det gäller uppgifter som har karaktär av affärshemligheter bör det exempelvis beaktas om ett utlämnande till Konsumentombudsmannen skulle innebära en risk för att uppgifterna sprids. I den mån den tryckfrihets- eller yttrandefrihetsrättsliga regleringen över huvud taget medger att uppgifter begärs ut – en fråga som behandlas ytterligare i det följande – kan de intressen som bär upp denna reglering behöva vägas in (jfr ”Husrannsakan på Aftonbladet” NJA 2015 s. 631 p. 30–35).

#### *Förhållandet mellan marknadsföringslagen och tryck- och yttrandefriheten*

19. Vid tillämpningen av marknadsföringslagen måste också den grundlagsfästa tryck- och yttrandefriheten beaktas. Vid en regelkonflikt mellan marknadsföringslagen och tryckfrihetsförordningen eller yttrandefrihetsgrundlagen ska grundlagarna ges företräde.

20. I detta mål får regleringen i yttrandefrihetsgrundlagen – som är tillämplig på bl.a. tv-program – särskild betydelse, främst exklusivitetsprincipen i 1 kap. 14 § och efterforskningsförbudet i 2 kap. 5 §.

21. Enligt 1 kap. 14 § får en myndighet eller ett annat allmänt organ inte utan grundlagens stöd ingripa mot någon för att han eller hon i ett program eller en teknisk upptagning har missbrukat yttrandefriheten eller medverkat till ett sådant missbruk. Inte heller får de utan stöd i grundlagen ingripa mot programmet eller upptagningen.

22. Som utgångspunkt gäller det som sägs i 1 kap. 14 § i fråga om allt material i de medier som grundlagen omfattar (se 1 kap. 1 §). I praxis har emellertid utvecklats ett undantag från det grundlagsskyddade området för framställningar av utpräglat kommersiell natur. Detta s.k. kommersiella undantag innebär att ingripanden kan ske mot framställningar som på grund av sin kommersiella karaktär faller utanför det som yttrandefrihetsgrundlagarna syftar till att skydda.

23. Att en framställning är av utpräglat kommersiell natur innebär att den ska ha gjorts i en kommersiell verksamhet samt ha ett kommersiellt syfte och rent kommersiella förhållanden till ändamål (se "Konsumannonsen" NJA 1977 s. 751, "Björnes Magasin" NJA 1999 s. 749 och "Helsidesannonsen" NJA 2007 s. 142 samt HFD 2011 ref. 46).

24. Vid bedömningen av om en framställning är av utpräglat kommersiell natur kan inte enbart beaktas hur framställningen framstår i betraktarens ögon. Av betydelse blir också bl.a. de syften som har föranlett framställningen liksom de eventuella överenskommelser som har förekommit mellan framställningens upphovsman och en näringsidkare, t.ex. överenskommelser om att näringsidkaren ska betala ersättning. Det är därför inte uteslutet att också framställningar som i en konsuments ögon har inslag av exempelvis underhållning vid en helhetsbedömning kan vara att anse som framställningar av utpräglat kommersiell natur och därmed kan falla utanför tillämpningsområdet för 1 kap. 14 §.



25. Bestämmelserna i 1 kap. 14 § innebär ett förbud att, utan stöd av yttrandefrihetsgrundlagen, ingripa mot missbruk av yttrandefriheten. Innebörden av bestämmelserna är avsedd att vara densamma som i 1 kap. 9 § tryckfrihetsförordningen (se prop. 1990/91:64 s. 109, även Hans-Gunnar Axberger, Yttrandefrihetsgrundlagarna. Rättigheter och gränser för medier och medborgare, 5 uppl., 2023, s. 39 f.). Enligt det sistnämnda lagrummet får ingen åtalas eller dömas till ansvar eller skadeståndsskyldighet för missbruk av tryckfriheten eller medverkan till sådant missbruk utan stöd av förordningen; andra slag av åtgärder omnämns inte. I praxis har dock även andra åtgärder som framstår som en bestraffning eller reprimand mot den som har utnyttjat sin yttrandefrihet ansetts utgöra förbjudna myndighetsåtgärder (jfr även 3 kap. 6 § tryckfrihetsförordningen och 2 kap. 6 § yttrandefrihetsgrundlagen).
26. Det nu sagda innebär att 1 kap. 14 § yttrandefrihetsgrundlagen inte kan anses ta sikte på varje myndighetsåtgärd med koppling till framställningar som grundlagen är avsedd att skydda. En viss möjlighet finns därmed att, utan hinder av yttrandefrihetsgrundlagen, vidta utredningsåtgärder som rör en publicering när det behövs för att bedöma om det är fråga om förhållanden som faller utanför tillämpningsområdet för grundlagen.
27. Bestämmelserna i 1 kap. 14 § innebär därför inte något hinder mot att Konsumentombudsmannen inom ramen för sin tillsyn vidtar utredningsåtgärder av det slag som avses i 42 § marknadsföringslagen. En annan sak är att myndigheten får anses sakna fog för åtgärden om det redan på utredningsstadiet står klart att grundlagens bestämmelser förhindrar myndigheten att ingripa – i bemärkelsen rikta sanktioner eller ge reprimander – mot den som är föremål för tillsyn (jfr p. 17 och 18).

*Förhållandet mellan 42 § marknadsföringslagen och efterforskningsförbudet i 2 kap. 5 § yttrandefrihetsgrundlagen*

28. Yttrandefrihetsgrundlagen innehåller ett långtgående meddelarskydd som syftar till att säkra att medierna på ett korrekt och allsidigt sätt kan förmedla nyheter med hjälp av upplysningar från olika källor.

29. Meddelarskyddet innefattar den s.k. meddelarfriheten i 1 kap. 10 § yttrandefrihetsgrundlagen. Att meddelarfrihet råder kan sägas innebära att var och en har rätt att lämna uppgifter för publicering, utan risk för att utsättas för bestraffning eller annat obehag från det allmännas sida. Meddelarfriheten gäller dock endast för uppgifter som lämnas i syfte att de ska offentliggöras i en grundlagsskyddad medieform och endast om uppgifterna lämnas till vissa utpekade representanter för massmedia (jfr ”Den inspelade föreläsningen” NJA 2000 s. 355).

30. Vidare ger yttrandefrihetsgrundlagen, genom det s.k. anonymitetsskyddet, skydd åt källor som inte vill framträda (se 2 kap. 1 §). Anonymitetsskyddet gäller för upphovsmannen till ett program eller en teknisk upptagning, för den som har framträtt i en sådan framställning och för den som har lämnat en uppgift för offentliggörande enligt 1 kap. 10 §.

31. En del av anonymitetsskyddet utgörs av det s.k. efterforskningsförbudet i 2 kap. 5 §. Förbudet innebär att det allmänna inte får – annat än i undantagsfall som inte är aktuella här – efterforska vissa kategorier av personer. Kretsen av dem som inte får efterforskas överensstämmer i huvudsak med den krets som omfattas av anonymitetsskyddet. Förbudet anses gälla även på områden som omfattas av det kommersiella undantaget. Det innebär att förbudet omfattar även efterforskning av upphovsmän till rent kommersiella framställningar (jfr RÅ 2000 ref. 58), i den utsträckning dessa vill åtnjuta anonymitet.

32. Uttrycket efterforska ska förstås i vid mening; alla former av förfrågningar eller åtgärder som syftar till att få kunskap om vem som har lämnat ut en uppgift är principiellt otillåtna. Efterforskningsförbudet förutsätter inte att det finns någon som i det enskilda fallet har använt sin meddelarfrihet. Det är själva sökandet som är förbjudet.

33. Såsom efterforskningsförbudet är avgränsat omfattar det inte all efterforskning av omständigheterna kring en viss framställning, utan endast efterforskning av de personer vilkas anonymitet yttrandefrihetsgrundlagen skyddar. Även efterforskningar som är inriktade på andra typer av uppgifter kan dock strida mot förbudet, om det finns en beaktansvärd risk för att skyddade uppgifter röjs.

34. Det nu sagda innebär att en åtgärd enligt 42 § marknadsföringslagen som tar sikte på en viss framställning av det slag som avses i yttrandefrihetsgrundlagen kan strida mot efterforskningsförbudet men i det enskilda fallet inte behöver göra det. Frågan får bedömas med hänsyn till karaktären av de efterfrågade uppgifterna och, vid begäran om utfående av handlingar, vilka uppgifter dessa kan innehålla. Om det är oklart om ett visst material innehåller skyddade uppgifter, måste det beaktas om det finns en konkret risk för att åtgärden leder till att skyddad information röjs.

35. Konsumentombudsmannen måste därvid agera med respekt för de intressen som bär upp efterforskningsförbudet. Till de omständigheter som bör beaktas hör karaktären på den begärda informationen eller handlingen. Det kan då vara av betydelse om åtgärden avser uppgifter som typiskt sett är nära knutna till det som yttrandefrihetsgrundlagen avser att skydda. De uppgifter som adressaten lämnar om exempelvis en viss handlings innehåll bör givetvis beaktas. Ett blankt påstående om att handlingen innehåller skyddade uppgifter utgör dock i allmänhet inte hinder för att efterfråga handlingen. Också

omfattningen av det material som efterfrågas måste vägas in; ju mer omfattande information som begärs, desto större är normalt risken för att skyddad information röjs. (Jfr ”Husrannsakan på Aftonbladet”.)

### **Bedömningen i detta fall**

*Det finns förutsättningar att tillämpa 42 § marknadsföringslagen*

36. De aktuella inslagen, där varumärket Triss framhävs, förmedlar en positiv bild av de möjligheter som ett deltagande i spelet ger. Även om det råder oklarhet om graden av samverkan mellan Svenska Spel och TV4 – och det därmed inte kan slås fast att det verkligen är fråga om marknadsföring – framstår Konsumentombudsmannens bedömning att det *kan* vara fråga om marknadsföring som befogad.

37. Konsumentombudsmannen har därför varit behörig att utreda om inslagen har stått i överensstämmelse med marknadsföringslagens och spellagens regler och att därvid, om övriga förutsättningar föreligger, efterfråga upplysningar och handlingar enligt 42 § marknadsföringslagen (jfr p. 16).

38. En sådan åtgärd utgör inte något ingripande i den mening som avses i 1 kap. 14 § yttrandefrihetsgrundlagen. Det är visserligen möjligt att den bedömning av inslagen som kan göras sedan Konsumentombudsmannen har fått tillgång till den begärda informationen innebär att Konsumentombudsmannen inte kan ingripa mot inslagen. Det framstår emellertid inte som uteslutet att inslagen, i belysning av den information som har begärts in, kan bedömas vara så utpräglat kommersiella att ett ingripande är möjligt. Åtgärden möter därför inte något hinder enligt 1 kap. 14 § yttrandefrihetsgrundlagen (jfr p. 25–27).

39. Det material som Konsumentombudsmannen har begärt in måste antas ha betydelse såväl för frågan om inslagen över huvud taget är att bedöma som marknadsföring som för frågan om inslagen har så utpräglat kommersiell natur att myndigheten, trots 1 kap. 14 § yttrandefrihetsgrundlagen, kan ingripa mot dem. Åtgärden avser alltså för tillsynsärendet relevant information (jfr p. 15). Det har inte framkommit något som ger anledning att bedöma åtgärden som oproportionerlig (jfr p. 17 och 18).

*Uppmaningen strider inte mot efterforskningsförbudet*

40. Såsom Patent- och marknadsöverdomstolen har konstaterat är det genom de uppgifter som bolagen inledningsvis lämnade till Konsumentombudsmannen klarlagt att det vid den tidpunkten förekom någon form av samarbete mellan Svenska Spel och TV4, bl.a. på så sätt att Svenska Spel tillhandahöll lotter, förmedlade kontakten med vinnare och bidrog med rekvisita till TV4. Att det förelåg något slag av samverkan mellan bolaget bakom Triss, dvs. Svenska Spel, och TV4 måste för övrigt ha varit uppenbart även för tittarna.

41. Att Svenska Spel på visst sätt bidrog till inslagen var således ingen hemlighet. Ingenting tyder heller på att Konsumentombudsmannens syfte med åtgärden var att få kännedom om personer vilkas anonymitet yttrandefrihetsgrundlagen skyddar. Det är tydligt att Konsumentombudsmannens syfte i stället var att få ytterligare information om de affärsmässiga villkoren för samverkan mellan två kända parter. En åtgärd med detta syfte kan inte i sig anses strida mot efterforskningsförbudet.

42. Frågan är då om åtgärden likväl skulle strida mot efterforskningsförbudet på grund av att ett utlämnande av ett eventuellt samarbetsavtal skulle kunna röja identiteten hos personer vilkas anonymitet yttrandefrihetsgrundlagen skyddar. Så skulle t.ex. kunna vara fallet om avtalet innehåller uppgifter om den eller de personer som är upphovsmän till inslagen.

43. Bedömningen av denna fråga bör, som redan har konstaterats, ske med respekt för de intressen som bär upp efterforskningsförbudet (jfr p. 35). I detta fall saknas helt uppgifter om vad ett eventuellt samarbetsavtal kan innehålla. Omständigheterna ger inte anledning att räkna med att ett avtal av detta slag innehåller uppgifter om personer som omfattas av efterforskningsförbudet, dvs. personer som har utformat eller lämnat uppgifter till inslagen eller andra program, personer som kommer att göra det och personer som omfattas av meddelarfriheten. Svenska Spel och TV4 har inte lämnat några konkreta uppgifter i den här delen. Särskilt som det som Konsumentombudsmannen vill ta del av är en preciserad handling, som måste antas vara av begränsad omfattning, kan ett utlämnande av en sådan handling i detta fall inte anses innebära någon beaktansvärd risk för ett röjande av skyddade uppgifter.

44. I sammanhanget bör framhållas att det – om det skulle vara så att en sådan handling ändå innehåller uppgifter som omfattas av efterforskningsförbudet – ytterst finns en möjlighet för Svenska Spel att ange detta och då inte lämna ut just dessa specifika uppgifter med hänvisning till yttrandefrihetsgrundlagens bestämmelser om tystnadsplikt.

#### *Sammanfattande bedömning*

45. Den åtgärd som Konsumentombudsmannen har beslutat om har stöd i 42 § marknadsföringslagen. Den strider inte heller mot yttrandefrihetsgrundlagen.

46. Konsumentombudsmannens förstahandsyrkande ska därför bifallas. Tidpunkten för Svenska Spels fullgörande bör dock ändras till fyra veckor från detta beslut.

*Rättegångskostnader*

47. Vid denna utgång ska Konsumentombudsmannen befrias från skyldigheten att svara för Svenska Spels och TV4:s rättegångskostnader i Patent- och marknadsdomstolen och Patent- och marknadsöverdomstolen.

---

---

---

---

---

---

I avgörandet har deltagit justitieråden Anders Eka (skiljaktig), Sten Andersson (referent), Stefan Johansson, Petter Asp och Cecilia Renfors  
Föredragande har varit justitiesekreteraren Cecilia Andgren

## SKILJAKTIG MENING

Justitierådet Anders Eka är skiljaktig och fastställer Patent- och marknadsöverdomstolens beslut i själva saken samt anför följande.

Tillämpningsområdet för yttrandefrihetsgrundlagen bestäms som utgångspunkt utifrån formella krav. Grundlagen är tillämplig på vissa kommunikationstekniker, däribland ljudradio, television och liknande överföringar. Det är alltså genom framställningens tekniska form som det avgörs om ett visst yttrande faller innanför eller utanför regleringen.

Den bakomliggande tanken är att det inte ska vara yttrandets innehåll som ska styra om yttrandefrihetsgrundlagens reglering gäller eller inte.

Utgångspunkten är således att om en framställning till sin tekniska form är sådan att den omfattas av grundlagen så skyddas allt som framställningen innehåller. Som anges i 1 kap. 1 § yttrandefrihetsgrundlagen gäller då en principell rätt att ge uttryck för uppgifter i ”vilket ämne som helst”.

Från denna huvudregel gäller ett antal undantag. Flera av undantagen har ett uttryckligt stöd i yttrandefrihetsgrundlagen och innebär ofta att lagstiftaren ges möjlighet att i vanlig lag reglera olika frågor som annars skulle ha träffats av grundlagens tillämpningsområde. Det gäller exempelvis i fråga om marknadsföring av alkohol och tobak och offentliggörande av kreditupplysningar.

Det finns också undantag som anses följa av en tolkning utifrån innebörden och syftet med det särskilda grundlagsskyddet. Ett sådant undantag gäller reklam och annan kommersiell marknadsföring. Även om också sådant innehåll i och för sig faller under yttrandefrihetsgrundlagen har det ansetts att marknadsföring (exempelvis annonser) i kommersiell verksamhet som har ett kommersiellt syfte och som har ”rent kommersiella förhållanden till föremål” inte skyddas mot ingripanden vid sidan av grundlagen. Undantaget tar



således sikte på reklam och andra marknadsföringsåtgärder som är av utpräglat kommersiell natur.

Som Högsta domstolen har uttalat bl.a. i NJA 1999 s. 749 kan det i vissa fall vara svårt att dra en gräns mellan sådan reklam och annan marknadsföring som nu nämnts och andra framställningar. Med hänsyn till grundlagens ställning och de viktiga intressen som den avser att skydda får, enligt vad domstolen har framhållit, vid oklarhet eller tveksamhet företräde ges åt grundlagen.

Frågan uppkommer då om de i målet aktuella inslagen kan undantas med stöd av en sådan tolkning som nu har angetts.

Triss-inslagen har ingått som inslag i TV-programmet Nyhetsmorgon. Det är fråga om redaktionella inslag med ett tydligt underhållningsvärde. Sedan inslagen har sänts blir de i sig nyheter som vidareförmedlas i tidningar och annan media. Även om det står klart att inslagen också innebär att Svenska Spels lotteriverksamhet främjas kan inslagen inte anses utgöra åtgärder av så utpräglat kommersiell natur som gör att det är möjligt att ingripa mot inslagen utan stöd i yttrandefrihetsgrundlagen.

När det är fråga om framställningar som faller under yttrandefrihetsgrundlagens tillämpningsområde gäller den exklusivitetsprincip som kommer till uttryck i 1 kap. 14 § i grundlagen. Där anges att en myndighet eller annat allmänt organ inte får ingripa mot någon för att han eller hon i en framställning som täcks av grundlagen har missbrukat yttrandefriheten eller medverkat till ett sådant missbruk. Innebörden av bestämmelsen är att det finns ett förbud mot i första hand åtal och straffrättsligt ansvar som inte har stöd i yttrandefrihetsgrundlagen. Bestämmelsen sträcker sig dock längre och får närmast ses om ett allmänt förbud mot myndighetsingripanden som inte har stöd i yttrandefrihetsgrundlagen. Den har ibland beskrivits som ett allmänt

repressalieförbud. Alla ingripanden med anledning av att någon har utnyttjat sin yttrandefrihet enligt yttrandefrihetsgrundlagen måste ha stöd i grundlagen och det är Justitiekanslern som har getts uppgiften att ingripa. (Jfr Axberger, Yttrandefrihetsgrundlagen, 1 kap. 14 §, Karnov 2023-02-01 (JUNO), samt bl.a. JO 1987/88 s. 193 och JO 2010/11 s. 605.)

I detta mål har Konsumentombudsmannen med stöd av 42 § marknadsföringslagen uppmanat Svenska Spel att lämna viss information samt i förekommande fall ge in avtal. En sådan uppmaning kan förenas med vite. Även om åtgärden inte direkt har riktat sig mot någon som gjort bruk av sin grundlagsskyddade yttrandefrihet är det ingen tvekan om att åtgärdens övergripande syfte har varit att i förlängningen kunna ingripa med anledning av de triss-inslag som har visats i TV-programmet Nyhetsmorgon. Yttrandefrihetsgrundlagen ger inte utrymme för något sådant ingripande från Konsumentombudsmannens sida.

Konsumentombudsmannens uppmaning har därmed stått i strid med yttrandefrihetsgrundlagen. Patent- och marknadsöverdomstolens beslut ska fastställas.

Överröstad i denna del är jag i övrigt ense med majoriteten.

---