

REGERINGSRÄTTENS DOM

Mål nr
2208-09

meddelad i Stockholm den 30 november 2010

KLAGANDE

Lotteriinspektionen
Box 199
645 23 Strängnäs

MOTPART

AB Kvällstidningen Expressen, 556025-4525

Ombud: Advokat Ulf Isaksson
Danowsky & Partners Advokatbyrå KB
Box 16097
103 22 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms dom den 10 mars 2009 i mål nr 139-08, se bilaga

SAKEN

Vitesföreläggande enligt lotterilagen

REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Regeringsrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Lotteriinspektionen yrkar att Regeringsrätten, med upphävande av kammarrättens dom, ska fastställa inspektionens beslut och anför bl.a. följande.

Dok.Id 97019

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Wallingatan 2

Telefon
08-561 676 00
E-post: regeringsratten@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:30

Främjandeförbudet i 38 § lotterilagen (1994:1000) innebär ett generellt förbud mot reklam avseende utländska spelordnare. Det är däremot inget generellt förbud mot reklam för spel. Vid kriminaliseringen av främjandeförbudet i den nu gällande lotterilagen diskuterades huruvida förbudet skulle komma att stå i strid med tryckfrihetsregleringen. Lagrådet konstaterade dock att det sedan länge ansetts att s.k. lotterimeddelanden utgör en egen grupp av gärningar som undantas från tryckfriheten (prop. 1998/99:29 s. 17). Principen har slagits fast i NJA 1961 s. 715. Praxis innebär således att sådana förfaranden som är aktuella i målet inte omfattas av tryckfrihetsförordningen, TF. Under alla förhållanden avser föreläggandet företeelser – annonser för utländska spelbolags spelverksamhet – som kan sägas ha utpräglad kommersiell natur med rent kommersiella förhållanden till sitt föremål.

Inspektionen är väl medveten om att det aktuella föreläggandet är relativt generellt till sin utformning. Det är emellertid utformat på det enda sätt som är möjligt om föreläggandet ska kunna få någon som helst effekt. Att förelägga någon att inte göra om samma sak igen torde i ett sammanhang som detta vara meningslöst då man enkelt kan ändra annonsens innehåll. Givetvis kan föreläggandet inte avse material som skyddas av tryckfriheten. Chefredaktören på en tidning kan mycket väl avgöra om en annons som ett utländskt spelbolag vill införa omfattas av föreläggandet eller inte. Domstolprövning kommer att ske i varje enskilt fall eftersom det inte är inspektionen som avgör om vite ska utdömas. Det kan däremot ifrågasättas om domstol ska pröva om föreläggandet strider mot TF redan i samband med dess meddelande.

AB Kvällstidningen Expressen (Expressen) bestrider bifall till överklagandet. Expressen yrkar att Regeringsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen om det inte är obehövligt på grund av att överklagandet inte ska bifallas oavsett utfallet av ett förhandsavgörande.

Expressen anför bl.a. följande. Någon särskild tryckfrihetsrättslig princip för publicering av information om lotterier finns inte. Frågan om publiceringsförbudet är förenligt med TF ska bedömas utifrån allmänna tryckfrihetsrättsliga principer och utifrån det grundlagsstadgade förbudet mot censur och andra hindrande åtgärder. Av detta följer att en bedömning måste göras i varje enskilt fall. Det är oförenligt med TF att utfärda generellt utformade publiceringsförbud såsom förbud mot publicering av reklam för visst slag av varor eller tjänster (se bl.a. MD 1999:26). Det aktuella vitesförbudet skiljer sig väsentligt från den typ av förbud som Marknadsdomstolen utfärdar med stöd av marknadsföringslagen (2008:486) och som anses förenliga med TF. Dessa förbud riktar sig mot en upprepning av en konkret och i domstol konstaterad otillåten marknadsföring. Förelägganden som generellt förbjuder marknadsföring av en viss produkt eller tjänst förekommer inte. Huruvida det i lag finns ett förbud mot marknadsföring av produkten eller tjänsten ifråga saknar betydelse i sammanhanget eftersom TF har företräde. Generella förbud rörande marknadsföring av alkoholhaltiga drycker och tobaksvaror kan däremot utfärdas eftersom sådana förbud har stöd i en uttrycklig bestämmelse i TF, 1 kap. 9 §.

Främjandeförbudet är uttryckligen avsett att ha samma räckvidd som motsvarande bestämmelse i äldre lotterilagstiftning. Förbudet är alltså inte avsett att omfatta alla meddelanden om utländska lotterier, utan endast vissa, särskilda meddelanden som på ett tydligt sätt främjar deltagande i lotterierna. Det aktuella vitesförbudet är dock inte avgränsat till åtgärder som utgör ett otillåtet främjande i lagens mening, utan avser all publicering av kommersiell reklam för utländska lotterier. Såsom föreläggandet har utformats saknar det lagstöd.

SKÄLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tryckfriheten sådan den garanteras i TF syftar till att säkerställa ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning (1 kap. 1 § andra stycket TF). Med denna utgångspunkt stadgas i TF (1 kap. 2 §) att någon tryckningen föregående

granskning av skrift eller något förbud mot tryckningen av skrift inte får förekomma (det s.k. censurförbudet) och att myndigheter och andra allmänna organ är förbjudna att genom åtgärder utan stöd i TF hindra tryckning, utgivning eller spridning av en skrift på grund av dess innehåll.

Missbruk av tryckfriheten får inte föranleda straff eller ersättningsskyldighet i annan ordning eller i annat fall än som anges i förordningen, dvs. TF är exklusivt tillämplig i fråga om missbruk av det fria ordet som sker genom meddelande i tryckt skrift (1 kap. 3 § TF). Rättsutvecklingen har emellertid klarlagt att TF:s exklusivitet enbart gäller missbruk av tryckfriheten såsom en art av yttrandefriheten (jfr NJA 1979 s. 602). Enligt praxis anses således att meddelande som är lagstridigt i annat hänseende än som ett överskridande av gränserna för yttrandefriheten, t.ex. som ett led i ett bedrägligt förfarande, faller utanför TF:s särskilda regler om lagföring och straff, varför ingripande kan ske med stöd av regler i allmän lag. Uppfattningen att TF inte reglerar allt bruk av tryckta skrifter utan begränsar sig till sådant som hänför sig till tryckfrihetens syfte har vidare kommit till uttryck på så sätt att det har befunnits möjligt att i viss utsträckning ingripa med stöd av allmän lag mot meddelanden av kommersiell natur i tryckt skrift. Reklam anses generellt inte falla utanför TF:s tillämpningsområde (jfr 1 kap. 9 §). I praxis har emellertid den principen utvecklats att ingripanden mot reklamåtgärder kan ske utanför TF:s regler i fall då åtgärderna är av utpräglat kommersiell natur, dvs. när de vidtagits i kommersiell verksamhet och i kommersiellt syfte samt har rent kommersiella förhållanden till föremål (NJA 1975 s. 589 och 1977 s. 751). Vid oklarhet eller tveksamhet får, med hänsyn till TF:s ställning och de viktiga intressen som den avser att skydda, företräde ges åt förordningen (NJA 1999 s. 749).

Förhållandet mellan TF och reklam är således komplicerat. Det har gjorts försök att utforma regler för att i TF klargöra räckvidden gentemot den kommersiella reklamen och flera utredningsförslag har lagts fram. Samtliga har dock blivit kritiserade. Den slutsats som har dragits hittills är att frågan om i vilken mån

ingripanden mot reklam kan ske utanför TF:s ram ska fortsätta att vara oreglerad (prop. 1986/87:151 s. 54).

Den kommersiella reklamen faller alltså inte utanför TF:s tillämpningsområde – utom vad avser den i 1 kap. 9 § uttryckligen särreglerade reklamen för bl.a. alkohol och tobak – men åtnjuter inte fullt ut samma skydd som andra yttranden i tryckt skrift. Vissa beståndsdelar i yttrandefriheten är i princip undantagslösa. Det gäller t.ex. censurförbudet som gäller fullt ut även i fråga om den kommersiella reklamen. Det innebär att myndigheter inte har rätt att i förväg granska en näringsidkares tilltänkta annonsering i t.ex. dagstidningar. Det har däremot inte ansetts möta några tryckfrihetsrättsliga hinder att en myndighet förbjuder att kommersiell reklam upprepas om den strider mot t.ex. marknadsföringslagen (se t.ex. prop. 2001/02:64 s. 31).

Lotterilagens s.k. främjandeförbud

Främjande av deltagande i ett utom landet anordnat lotteri har varit förbjudet sedan 1800-talet. I 1939 års lotteriförordning var förbudet straffsanktionerat. Även 1982 års lotterilag (1982:1011) innehöll en bestämmelse om straffsanktion.

Av 38 § lotterilagen framgår att det inte är tillåtet att i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte främja deltagande i ett inom landet anordnat lotteri som inte är tillåtet eller ett utom landet anordnat lotteri. Förbudet är – sedan den 1 januari 1999 – åter straffsanktionerat (jfr 54 §).

Ett främjande av deltagande i ett lotteri har ansetts kunna ske genom annonsering eller annan spridning av meddelanden om lotteriet. Vid tillkomsten av 1982 års lotterilag aktualiserades frågan om en ansvarstalan rörande annonsering för ett utländskt lotteri i en tidning kan upptas och prövas utan hinder av TF:s bestämmelser. I motiven uttalas bl.a. följande (prop. 1981/82:170 s. 134, se även prop. 1998/99:29 s. 9). Frågan om ansvar avseende annonsering för ett utländskt

lotteri i en tidning bör bedömas efter samma principer som i övrigt gäller när fråga är om ansvar för brottsligt förfarande. En annons som avser ett utländskt lotteri bör som regel betraktas som en åtgärd av utpräglad kommersiell natur som inte avser nyhetsförmedling eller åsiktsbildning av det slag som TF har att värna om. Frågan om ansvar för införande av en sådan annons bör därför kunna prövas enligt de särskilda bestämmelserna i lotteriregleringen, vilket också har skett i rättspraxis (NJA 1961 s. 715).

Enligt 52 § lotterilagen får en tillsynsmyndighet meddela de förelägganden och förbud som behövs för att lotterilagen och föreskrifter och villkor som har meddelats med stöd av lagen ska följas. Ett sådant föreläggande eller förbud får förenas med vite.

Möjligheten att meddela förelägganden och förbud infördes genom tillkomsten av 1994 års lotterilag. Syftet var att skapa förutsättningar för effektiva ingripanden. Som exempel på när vitesmöjligheten ska kunna utnyttjas nämns i motiven att förmå en tillståndshavare eller den som kan antas bedriva otillåtet lotteri att dels lämna upplysningar eller sända in handlingar som behövs för tillsynen, dels upphöra med otillåten verksamhet (prop. 1993/94:182 s. 42).

Frågan om TF:s tillämplighet

Som kammarrätten framhållit kan Högsta domstolens uttalanden i NJA 1961 s. 715 uppfattas som att alla förfaranden i strid med lotterilagstiftningen faller utanför TF:s syfte och det finns – som kammarrätten har redovisat – visst stöd för en sådan tolkning i förarbetena till TF och i uttalanden i litteraturen. Högsta domstolen har emellertid återkommit till frågan om TF:s exklusivitet i bl.a. NJA 1979 s. 602 och NJA 1999 s. 275. Av dessa avgöranden kan den slutsatsen dras att huvudregeln i straffrättsliga sammanhang numera får anses vara att en bedömning i det enskilda fallet av huruvida en framställning omfattas av TF eller inte ska göras. Regeringsrätten noterar vidare att det ovan återgivna motivuttalandet till

1982 års lotterilag – där bedömningen görs att vissa annonser förmodas falla utanför TF – är svårt att förena med en grundläggande föreställning om att alla sådana förfaranden som i och för sig skulle kunna träffas av lotterilagens främjandeförbud automatiskt ska anses falla utanför TF:s syfte.

Mot den angivna bakgrunden finner Regeringsrätten att den bedömning som ska ske beträffande TF:s tillämplighet i förevarande mål ska göras med beaktande av omständigheterna i det aktuella fallet. Frågan blir då om Expressens publicering av annonserna omfattas av den yttrandefrihet som TF syftar till att skydda.

Av handlingarna framgår följande. Under hösten 2004 polisanmälde Lotteriinspektionen Expressens chefredaktör för främjande av deltagande i utom landet anordnat lotteri. Expressen hade vid ett flertal tillfällen publicerat annonser i tidningen Expressen avseende utländska spelbolag. Expressens chefredaktör dömdes den 21 juni 2005 av Stockholms tingsrätt för brott mot lotterilagen till 50 dagsböter. Genom det nu överklagade beslutet förbjöd Lotteriinspektionen Expressen att i sin tryckta upplaga jämte bilagor införa ”kommersiell reklam (annonser) för lotterier som är anordnade utom landet”. Förbudet förenades med ett vite om 150 000 kr för varje publicerad annons. Motivet till förbudet var enligt inspektionen att Expressen, trots den fällande domen, fortsatt att publicera annonser för utländska spelbolag.

Som framgår ovan har det i praxis slagits fast att ingripanden mot reklamåtgärder kan ske utanför TF:s regler i fall då åtgärderna är av utpräglat kommersiell natur, dvs. när de vidtagits i kommersiell verksamhet och i kommersiellt syfte samt har rent kommersiella förhållanden till föremål. Av handlingarna i målet framgår att den publicering som har föranlett inspektionens ingripande har avsett annonser som får anses ha en sådan utpräglat kommersiell karaktär att de inte omfattats av TF:s tillämpningsområde.

Expressen gör gällande att ett förbud mot att publicera annonserna ändå strider mot TF eftersom det är fråga om ett sådant generellt förbud mot reklam som har

Mål nr
2208-09

ansetts kräva stöd i TF. Expressen pekar därvid på den regel i 1 kap. 9 § TF som gör det möjligt att genom lag förbjuda reklam för bl.a. alkohol och tobak.

Den aktuella bestämmelsen tillkom år 1974 i syfte att öppna en möjlighet för generella ingripanden mot kommersiell reklam i tryckt skrift för alkoholhaltiga drycker och tobaksvaror. Bakgrunden var att det ansågs osäkert om TF medgav generella åtgärder mot reklam enbart av det skälet att reklamen avsåg vissa slag av varor vars bruk av sociala eller liknande skäl inte borde främjas (prop. 1973:123 s. 42). I samband med ändringar av TF år 1988 gjordes uttalanden av innebörd att motsvarande undantagsregler borde införas om andra reklam begränsande åtgärder av denna art skulle aktualiseras (prop. 1986/87:151 s. 53). Regeln i 1 kap. 9 § TF har därefter ändrats vid två tillfällen, dels i samband med det svenska medlemskapet i EU i syfte att undanröja varje tveksamhet om huruvida vissa reklam begränsande föreskrifter i olika EG-direktiv kunde genomföras i svensk lagstiftning (prop. 1993/94:114), dels år 2002 i syfte att möjliggöra införandet av ett förbud mot s.k. indirekt tobaksreklam (prop. 2001/02:64). Av det anförda kan den slutsatsen dras att, om lagstiftaren skulle överväga att införa motsvarande generella reklamförbud för andra varor eller varuslag, mycket talar för att man skulle anse att detta kräver ändring av TF.

Som har framgått ovan har det inte ansetts möta hinder från tryckfrihetsrättslig utgångspunkt att med stöd av t.ex. marknadsföringslagen förhindra upprepad publicering av otillåten reklam. Inspektionen får därmed anses ha haft fog för att med stöd av lotterilagen utfärda ett vitesföreläggande i syfte att förhindra upprepad publicering av sådana otillåtna annonser som bedömts inte åtnjuta TF:s skydd.

Det nu aktuella föreläggandet gäller emellertid generellt och omfattar enligt sin lydelse alla sådana annonser som kan betecknas som kommersiella och som kommer från utländska spelbolag. Som Regeringsrätten har funnit ovan ska frågan om TF:s tillämplighet avgöras utifrån en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Föreläggandet är så utformat att det inte medger detta eftersom all publicering av kommersiella annonser från utländska spelbolag omfattas. TF

Mål nr
2208-09

hindrar därmed att ett föreläggande som det nu aktuella utfärdas. Överklagandet ska därför avslås.

Susanne Billum

Peter Kindlund

Henrik Jermsten

Kristina Ståhl

Olle Stenman

Ingela Hofvander

Föredragande regeringsrätts-
sekreterare

Avdelning II

Föredraget 2010-09-08