



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Evelina Lund

Offentlighetsprincipen 250 år
– ett historiskt arv i en internationell kontext

Särtryck ur häfte 2/2016

OFFENTLIGHETSPRINCIPEN 250 ÅR – ETT HISTORISKT ARV I EN INTERNATIONELL KONTEXT

Av Evelina Lund¹

I samband med Sveriges inträde i EU förklarades högtidligt att offentlighetsprincipen är en del av Sveriges konstitutionella arv. I år fyller denna princip 250 år, och med anledning av detta uppmärksammas i denna betraktelse den svenska offentlighetsprincipen ur ett internationellt perspektiv. Vidare belyses hur en globaliserad värld och EU-samarbetet påverkat den svenska synen på öppenhet.

I. INLEDNING

Offentlighetsprincipen är inget rättsligt definierat begrepp utan ett uttryck för den allmänna ståndpunkten att medborgare ska ges full insyn i det allmännas verksamhet. Principen återfanns första gången i vår första tryckfrihetslagstiftning 1766.² Av 2 kap. 1 § TF framgår den så kallade handlingsoffentligheten, vilken innebär en rätt för varje svensk medborgare att, till främjande av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning, ta del av allmänna handlingar.³

Offentlighetsprincipen är ur ett internationellt perspektiv närmast unik, då många utländska rättssystem präglas av en begränsad insyn i den offentliga förvaltningen.⁴ Synen på vad som bör vara offentligt och vad som bör sekretessbeläggas skiljer sig sålunda stater emellan. Detta har utkristalliserat en intressekonflikt där Sverige å ena sidan för att kunna uppfylla sina EU-rättsliga åtaganden och för att vara en attraktiv avtalspart i internationella

¹ Jur. kand. Nu associate på Gernandt & Danielsson Advokatbyrå. Betraktelsen bygger på delar av mitt examensarbete från juridiska institutionen vid Uppsala universitet 2016.

² Axberger, H-G, *Tryckfrihetens gränser*, LiberFörlag 1984, s. 268.

³ Notera att denna betraktelse är koncentrerad till handlingsoffentligheten, varför offentlighetsprincipen i denna framställning endast åsyftar principen att det allmännas handlingar ska vara offentliga.

⁴ Prop. 2012/13:192 s. 23, Bernitz, U & Kjellgren, A, *Europarättens grunder*, 5 uppl., Norstedts Juridik 2014, s. 172 (hädanefter Bernitz, U & Kjellgren, A).

överenskommelser har ett intresse av att kunna garantera att uppgifter förblir sekretesskyddade.⁵ Å andra sidan utgör offentlighetsprincipen och den insyn som principen medför en hörnsten i den svenska rättsordningen.⁶ Med denna betraktelse vill jag, med anledning av offentlighetsprincipens 250-årsjubileum, belysa hur offentlighetsprincipen påverkats av ett ökat internationellt samarbete och hur synen på öppenhet och därmed också synen på sekretess har förändrats.

2. UTRIKESSEKRETESS I 15 KAP. I § OSL

2.1 BAKGRUND

I 15 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL) stadgas utrikessekretessen. Bestämmelsen föreskriver att sekretess gäller för uppgift som rör Sveriges förbindelser med en annan stat eller i övrigt rör annan stat, mellanfolklig organisation, myndighet, medborgare eller juridisk person i annan stat eller statslös, om det kan antas att det stör Sveriges mellanfolkliga förbindelser eller på annat sätt skadar landet om uppgiften röjs.

Bestämmelsen innehåller ett rakt skaderekvisit, vilket innebär att utgångspunkten är att uppgiften är offentlig. Om det kan antas att viss skada uppstår om uppgiften lämnas ut råder däremot sekretess.⁷ Det raka skaderekvisitet infördes i samband med Sveriges inträde i EU på grund av att det med hänsyn till EU-samarbetets omfattning och karaktär, bland annat för att säkra det demokratiska inflytandet, var av största vikt att den svenska beredningen av gemenskapsfrågorna sker under största möjliga öppenhet.⁸ En strävan mot en ökad öppenhet talade således för en presumtion för offentlighet avseende samtliga myndigheter.⁹

Vidare menade regeringen att EU-samarbetet innebar att många av de områden som hittills varit ren svensk inrikespolitik skulle komma att bli

5 Prop. 2012/13:192 s. 24 f.

6 Bohlin, A, *Offentlighetsprincipen*, 9 uppl., Norstedts Juridik 2015, s. 15.

7 Prop. 2008/09:150 s. 284.

8 Prop. 1994/95:112 s. 25, SOU 1994:49 s. 75.

9 Tidigare innehöll bestämmelsen, 2 kap. 1 § SekrL, ett omvänt skaderekvisit för uppgifter hos regeringen och inom utrikesrepresentationen, men ett rakt skaderekvisit för uppgifter hos annan myndighet.

utrikespolitik. Det ansågs därför angeläget att motverka att den medborgerliga insynen inskränktes till följd av EU-medlemskapet, varför ett rakt skaderekvisit ansågs vara av särskild betydelse.¹⁰ Det bör dock påpekas att oavsett skaderekvisit krävs, för att sekretessbeläggning ska kunna ske, att ett offentliggörande kan leda till skada. Valet av rekvisit har därmed sin främsta betydelse som markör för vilken generell hållning till offentlighet som råder för uppgifterna.¹¹

2.2 SKADEREKVISITEN

Rekvisiten *stör* och *skadar* i 15 kap. 1 § OSL ska inte ges en alltför vid innebörd. För att en störning eller skada ska föreligga krävs att det rör sig om en olägenhet. Mindre, tillfälliga störningar eller irritationer inom en annan stats ledning till följd av ett uppgiftslämnande bör således inte alltid leda till sekretess.¹² Vidare uttalades följande i propositionen:

”Vid en bedömning av om en uppgift som erhållits från en annan stat eller en mellanfolklig organisation kan lämnas ut eller inte kan avsändarens uppfattning i sekretessfrågan visserligen inte avgöra om uppgiften skall hållas hemlig. Avsändarens intresse av sekretess kan däremot ha betydelse för skadeprövningen i det enskilda fallet. Om den främmande staten eller den mellanfolkliga organisationen anser att en överlämnad uppgift är hemlig kan det givetvis vara ett skäl för att anse att ett utlämnande, med lagrummets ord, stör Sveriges mellanfolkliga förbindelser. Svenska domstolar och myndigheter kommer ändå att självständigt och med tillämpning av svensk lag pröva frågor om utlämnande av uppgifter som erhålls från EU:s institutioner eller övriga medlemsländer.”¹³

Att myndigheter ges en självständig rätt att pröva om sekretess gäller för en uppgift är ur ett internationellt perspektiv unikt. Många andra stater tillämpar istället principen om ursprungsinnehavarens vetorätt.¹⁴ Principen om

10 Prop. 1994/95:112 s. 27 och s. 29.

11 Prop. 1994/95:112 s. 28.

12 Prop. 1979/80:2 Del A s. 131.

13 Prop. 1994/95:112 s. 29.

14 Prop. 2012/13:192 s. 11.

ursprungsinnehavarens vetorätt innebär att den som har upprättat en handling har rätt att kontrollera till vem handlingen lämnas, även efter att ursprungsinnehavaren överlämnat handlingen till någon annan myndighet eller till ett annat land.¹⁵

Det ska även påpekas att Högsta förvaltningsdomstolen¹⁶ i RÅ 1998 ref. 42, *Scientologfallet*, konkretiserat bestämmelsens skaderekvisit och uttalat att det är en uppgifts konkreta innehåll, eller i vissa fall dess art och anknytning till en mellanfolklig eller internationell verksamhet, som medför att uppgiftens röjande kan skada landet.¹⁷

2.3 VISS PRAXIS

2.3.1 EU-FALLET

I RÅ 2000 ref. 22 behandlades frågan om utlämnande av allmän handling med koppling till ett EU-direktiv.¹⁸ Enligt artikel 19 i det aktuella direktivet får kommissionen och de behöriga myndigheterna inte till tredje part utlämna konfidentiella uppgifter som anmälts eller erhållits på annat sätt vid tillämpningen av direktivet. Artikeln avser att skydda de immateriella rättigheter som är knutna till direktivet. Direktivet införlivades i svensk rätt och i samband med detta anfördes att de bestämmelser som närmast kunde bli aktuella var de föreskrifter som rörde skyddet för den enskildes ekonomiska förhållanden, främst 8 kap. 6 § sekretesslagen (1980:100) (SekrL).¹⁹ Dock uttalades att även andra bestämmelser i SekrL kunde vara tillämpliga.

I *EU-fallet* konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen inledningsvis att underinstanserna, med hänvisning till 2 kap. 1 § SekrL,²⁰ nekat utlämnande av

¹⁵ Prop. 2012/13:192 s. 11.

¹⁶ Den 1 januari 2011 ändrade Regeringsrätten namn till Högsta förvaltningsdomstolen. I denna artikel används genomgående den nya beteckningen, även för tiden före den 1 januari 2011.

¹⁷ Rättsfallet rörde tillämpningen av 2 kap. 1 § SekrL vilken har ersatts av 15 kap. 1 § OSL.

¹⁸ Rådets direktiv 90/220/EEG av den 23 april 1990 om avsiktlig utsättning av genetiskt modifierade organismer i miljön.

¹⁹ 8 kap. 6 § SekrL motsvarar 30 kap. 23, 24 och 26 §§ OSL.

²⁰ 2 kap. 1 § SekrL motsvarar 15 kap. 1 § OSL.

en handling för att tillgodose en reglering (artikeln i direktivet), vilken avser att skydda enskilda intressen. I likhet med underinstanserna ansåg Högsta förvaltningsdomstolen att handlingen innehöll uppgifter som rörde en juridisk person i en annan stat och att det därför skulle kunna bli aktuellt att tillämpa utrikessekretessen om övriga förutsättningar för bestämmelsen var uppfyllda.

För att det skulle vara möjligt att tillämpa utrikessekretessen i 2 kap. 1 § SekrL var Högsta förvaltningsdomstolen först tvungen att ta ställning till det faktum att det fanns en risk för att det hos kommissionen och övriga EU-stater skulle kunna uppstå irritation över att Sveriges bedömning av sekretessfrågan var mindre sträng än övriga EU-länders. Därefter hänvisade Högsta förvaltningsdomstolen till sitt tidigare avgörande i *Scientologfallet* och uttalade att det är en uppgifts konkreta innehåll, eller i vissa fall dess art och anknytning till mellanfolklig eller annan internationell verksamhet, som medför att ett röjande av uppgiften kan skada landet. I anslutning till detta konstaterades att det inte var frågan om uppgiftens konkreta innehåll men väl dess anknytning till mellanfolklig verksamhet som kunde orsaka störning.

Det faktum att kommissionen inom ramen för EU-samarbetet överlämnat handlingen till Jordbruksverket skulle kunna medföra att Sveriges förbindelser med kommissionen och övriga EU-medlemsstater stördes, om de svenska sekretessreglerna uppfattades som otillräckliga. Mot bakgrund av att det i förarbetena uttalats att skadebegreppet inte ska ges en alltför vid innebörd och samtidigt som lagstiftaren uttalat en strävan mot fortsatt öppenhet även efter EU-inträdet fann Högsta förvaltningsdomstolen att den olägenhet det skulle kunna innebära för Sveriges mellanfolkliga förbindelser inte var av sådan karaktär att det förelåg förutsättningar att sekretessbelägga med stöd av utrikessekretessen i 2 kap. 1 § SekrL.

2.3.2 GULDFALLET

Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 7180-15 rör Sveriges Riksbanks förvaring av guldreserver hos centralbankerna i Storbritannien, Kanada, USA och Schweiz. Riksbanken genomför regelbundet inventeringar av dessa reserver och A.A. begärde att få ta del av alla dokument som rörde inventeringen samt en lista över guldtackornas serienummer. Riksbanken lämnade ut

revisionsrapporter från inventeringen men avslog i övrigt begäran med stöd av bestämmelsen om utrikessekretess i 15 kap. 1 § OSL.

Som skäl för avslaget angav Riksbanken att centralbankerna i Storbritannien, Kanada och Schweiz hade motsatt sig ett utlämnande av såväl uppgifterna om serienummer som uppgifter om minnesanteckningar från inventeringen av guldreserven. Ett utlämnande av uppgifterna skulle därför påverka de grundläggande förutsättningarna för fortsatt guldförvaring hos dessa centralbanker, vilket enligt Riksbanken kunde antas vara till skada för Sverige. Vad gällde centralbanken i USA motsatte sig denna att vissa uppgifter i minnesanteckningar från inventeringen av guld som förvarats där skulle lämnas ut. Därmed kunde ett utlämnande antas påverka de grundläggande förutsättningarna för fortsatt guldförvaring vilket i sin tur kunde antas vara till skada för Sverige.

Högsta förvaltningsdomstolen hänvisade inledningsvis till den rättsliga regleringen, 15 kap. 1 § OSL. Därefter konstaterades att de aktuella uppgifterna får anses röra Sveriges förbindelser med utländska myndigheter och att dessa motsatt sig utlämnande av de uppgifter som Riksbanken med hänvisning till utrikessekretess inte lämnat ut. Därefter poängterades att en begäran om utlämnande inte kan vägras enbart med hänvisning till att en utländsk aktör motsätter sig utlämnande av handlingarna och att det genom det raka skaderekvisitet föreligger en presumtion för offentlighet. Avgörande för frågan om sekretess blev därför om uppgifterna kunde skada landet.

Av utredningen i målet framkom att ett utlämnande av aktuella uppgifter kunde få till följd att Riksbanken inte längre fick förvara guld hos dessa centralbanker eller, att möjligheten att inventera guld kunde begränsas eller försvåras. Högsta förvaltningsdomstolen fann därför att ett utlämnande av uppgifterna skulle skada landet. Intressant att notera är att domstolen nämner att sekretess inte gäller *enbart* för att en utländsk aktör motsatt sig att uppgiften lämnas ut. Frågan återstår i vilken grad, för det fall att ytterligare någon omständighet är för handen, motpartens syn på utlämnandet kan och ska beaktas inom ramen för 15 kap. 1 § OSL:s tillämpningsområde.

3. UTRIKESSEKRETESS I 15 KAP. 1 A § OSL

3.1 BAKGRUND

15 kap. 1 a § OSL föreskriver att sekretess gäller för uppgift som en myndighet har fått från ett utländskt organ på grund av en bindande EU-rättsakt eller ett av EU ingånget eller av riksdagen godkänt avtal med en annan stat eller med en mellanfolklig organisation, om det kan antas att Sveriges möjlighet att delta i det internationella samarbete som avses i rättsakten eller avtalet försämras om uppgiften röjs.

Sverige har tidigare, vid flera lagstiftningsärenden, infört specialregleringar i OSL för att möta EU:s och andra staters krav på sekretess. Ett exempel är propositionen till införlivandet av ett direktiv om tillsyn av civil luftfart. I samband med implementeringen infördes en särskild bestämmelse, 17 kap. 6 § OSL, enligt vilken sekretess gäller i det internationella samarbetet avseende civil luftfart. Bestämmelsen innebär att hänsyn ska tas till vilket sekretesskydd uppgifterna har hos den stat som har lämnat uppgifterna och vilken effekt ett offentliggörande av uppgifterna kan antas ha på det framtida informationsutbytet.²¹

I förarbetena till 15 kap. 1 a § OSL framhålls återigen denna problematik. Framför allt har Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i ovan nämnda *Scientologfallet* och *EU-fallet* skapat en tvekan huruvida 15 kap. 1 § OSL kan tillämpas inom ramen för EU-direktiv och andra internationella överenskommelser.²² Den främsta argumentationslinjen för införandet av 15 kap. 1 a § OSL var därför att bestämmelsen säkerställer att svenska myndigheter kan uppfylla internationella förpliktelser rörande sekretess och tystnadsplikt i den utsträckning som krävs för att Sverige ska kunna delta i det internationella samarbetet.²³

21 Prop. 2006/07:110 s. 53.

22 Prop. 2012/13:192 s. 16 f. vilken hänvisar till prop. 2009/10:231 s. 29, prop. 2010/11:116 s. 87, prop. 2012/13:4 s. 63 och prop. 2012/13:7 s. 12.

23 Prop. 2012/13:192 s. 36.

3.2 EN FÖRÄNDRAD SEKRETESSBEDÖMNING

Sekretess enligt 15 kap. 1 a § OSL kräver att ett utlämnande av en uppgift som en myndighet har fått från ett utländskt organ på grund av en bindande EU-rättsakt eller ett av EU ingånget eller av riksdagen godkänt avtal med en annan stat eller mellanfolklig organisation kan antas försämra Sveriges möjlighet att delta i det internationella samarbetet. Det bör noteras att lagstiftaren har valt skilda skaderekvisit i 15 kap. 1 § och 15 kap. 1 a § OSL; i 1 § används rekvisitet *störa* och 1 a § föreskriver *försämra*. Det framgår inte av förarbetena vad skillnaden mellan dessa är och inte heller finns det någon belysande rättspraxis.

Vidare uttalas i förarbetena att 15 kap. 1 a § OSL förutsätter att myndigheter i varje enskilt fall, efter att hänsyn tagits till hur EU-rättsakten eller avtalet reglerar sekretessfrågan, självständigt tar ställning till huruvida ett utlämnande kan komma att skada det framtida samarbetet.²⁴ Betoningen på myndigheters självständighet ger vid första anblick intryck av att bestämmelsen är i linje med 15 kap. 1 § OSL, men lagstiftarens riktlinjer för hur skaderekvisitet i 15 kap. 1 a § OSL ska bedömas vittnar om annat.

”Om uppgiften finns hos den svenska myndigheten till följd av ett avtal som föreskriver vetorätt för ursprungsinnehavaren vad gäller utlämnande av den aktuella uppgiften, och ursprungsinnehavaren motsätter sig ett utlämnande, kan det typiskt sett antas att samarbetet försvåras om uppgiften lämnades ut. [...] För det fall att parterna enligt avtalet åläggs ett krav på ömsesidigt erkännande av sekretess bör myndigheten vid skadeprövningen ta hänsyn till vilket sekretesskydd uppgifterna har hos den stat som har lämnat uppgifterna. [...] Gäller sekretess för uppgifterna hos den utländska myndigheten eller det mellanstatliga organet är utgångspunkten typiskt sett att skaderekvisitet är uppfyllt.”²⁵

24 Prop. 2012/13:192 s. 34.

25 Prop. 2012/13:192 s. 34 f.

Lagstiftarens uppfattning är att det raka skaderekvisitet i kombination med myndigheters självständighet i sekretessbedömningen innebär en presumtion för offentlighet.²⁶ Nämnade utdrag från propositionen, gällande vilken vikt motpartens åsikt ska tillmätas i sekretessbedömningen, föranleder dock frågan om presumptionen för offentlighet är en chimär. Av propositionen att döma är dessutom intresset, internationellt sett, av att ge allmänheten insyn inte särskilt stort.²⁷ I praktiken blir det därför svårt att upprätthålla den svenska offentlighetsprincipen, eftersom motpartens intresse av sekretess ska ges betydande genomslag.²⁸

Den nya bestämmelsen vittnar om en ny inställning till systematiken i sekretessfrågor. Tidigare har det varit uppgiften som sådan som varit relevant och om ett utlämnande typiskt sett kan medföra skada för det intresse som ska skyddas genom sekretessbestämmelsen. I den nya sekretessbestämmelsen är det motparten i det aktuella avtalet eller i EU-rättsakten och dennes vilja som är utgångspunkten för bedömningen huruvida uppgiften ska omfattas av sekretess eller inte.²⁹ Bestämmelsen har dessutom likheter med en generalklausul, eftersom den kan användas som stöd för att sekretessbelägga uppgifter, vilka i övrigt saknar sekretessgrund i OSL, om ett utlämnande av uppgifterna kan försämra Sveriges möjlighet att delta i det aktuella internationella samarbetet.

4. DEN SVENSKA OFFENTLIGHETSPRINCIPEN UR ETT EU-RÄTTSLIGT PERSPEKTIV

4.1 KONSTITUTIONELLA UTGÅNGSPUNKTER

När Sverige blev medlem i EU inkorporerades, genom en särskild anslutningslag³⁰, den samlade EU-rätten inklusive rättspraxis och rättsprinciper i den svenska rättsordningen. En viss begränsning följer dock av 10 kap. 6 § RF,

26 Prop. 2012/13:192 s. 33 f.

27 Prop. 2012/13:192 s. 20 f.

28 Jfr Österdahl, I, Offentlighetsprincipen och det internationella samarbetet, SvJT 2015, s. 239, på s. 249 (hädanefter Österdahl, I).

29 Jfr Österdahl, I, s. 254.

30 Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

vilken föreskriver att riksdagen inom ramen för samarbetet i Europeiska unionen kan överlåta beslutanderätt som inte rör principerna för statsskicket. Konstitutionsutskottet (KU) uttalade i samband med Sveriges anslutning till EU att offentlighetsprincipen är en sådan beståndsdel som rör det svenska statsskicket och därmed inte kan överlåtas.³¹

Grundlagsstadgandet i kombination med KU:s uttalande antyder att Sverige inte har överlåtit kompetens rörande offentlighetsprincipen till EU. För att ytterligare poängtera den svenska hållningen valde Sverige att i det anslutningsfördrag som upprättades i samband med EU-medlemskapet att föreskriva ”offentlighetsprincipen, särskilt rätten att ta del av allmänna handlingar [...] är och förblir grundläggande principer som utgör en del av Sveriges konstitutionella, politiska och kulturella arv”.³²

Vidare ska påpekas att EU inte har tilldelats någon specifik lagstiftningskompetens beträffande frågor rörande handlingsoffentlighet och sekretess hos nationella myndigheter.³³ Det finns dock områden där EU har utsträckt sin kompetens,³⁴ varför rättsakter vilka primärt tar sikte på ett område EU har befogenhet över, innehåller bestämmelser som reglerar hur sekretess ska hanteras av nationella myndigheter.³⁵ Huruvida EU ska anses ha tilldelats kompetens är diskutabelt. Å ena sidan kan EU:s svarsförklaring med anledning av Sveriges medlemskap återges i vilken det noterades att Sverige avgett en unilateral förklaring om öppenhet och insyn. Vidare

31 KU:s betänkande 1993/94:KU21.

32 Handlingar beträffande Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till Europeiska unionen, Europeiska unionens officiella tidning nr C 241, 29 augusti 1994, förklaring 47.

33 Östlund, A, & Hallberg, J, Konsekvenser av att EU:s institutioner genom direkt tillämplig sekundärlagstiftning begränsar rätten att ta del av allmänna handlingar i Sverige, FT 2013 nr 4 s. 457, på s. 469 (hädanefter Östlund, A & Hallberg, J).

34 Tendensen benämns ”competence creep”, myntat av Stephen Watherill och innebär att EU successivt utökat sin kompetens inom ramen för redan befintlig kompetens.

35 Se t.ex. Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 996/2010 av den 20 oktober 2010 om utredning och förebyggande av olyckor och tillbud inom civil luftfart och om upphävande av direktiv 94/56/EG vilken kommer att beskrivas nedan.

förutsattes att ”Sverige som medlem i Europeiska unionen kommer att fullt ut följa gemenskapsrätten i detta avseende”.³⁶

Svarsförklaringen ger bland annat uttryck för principen om lojalitet. Förklaringen, i kombination med en ökad aktivitet på området för öppenhet och sekretess, talar för att EU-rätten ska ges företräde framför svensk rätt.³⁷ Även EU-domstolens avgörande *Internationale Handelsgesellschaft*³⁸, enligt vilket EU-rätten har företräde framför nationell rätt, oavsett vilken rättslig status den nationella regeln har, talar för att det svenska ställningstagandet är föga värt. Detta eftersom avgörandet synes innebära att det svenska grundlagsstadgandet i 10 kap. 6 § RF saknar betydelse ur ett EU-rättsligt perspektiv.³⁹

Å andra sidan föreskriver Lissabonfördraget, artikel 4.2 FEU, att ”unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer”. Bestämmelsen innebär ett stärkt skydd för den konstitutionella identiteten i fördragen, vilket öppnar för argumentationslinjen att offentlighetsprincipen är en del av den svenska konstitutionella identiteten.⁴⁰ Detta i kombination med Sveriges kommentar i anslutningsfördraget, i vilken det framgår att offentlighetsprincipen är en del av Sveriges konstitutionella arv, skulle kunna innebära att EU-rättens företräde får ge vika.⁴¹ Offentlighetsprincipens rättsliga ställning när skilda rättssystem gör anspråk

36 Handlingar beträffande Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till Europeiska unionen, Europeiska unionens officiella tidning nr C 241, 29 augusti 1994, svarsförklaring till förklaring 47.

37 Se t.ex. artikel 1 FEU, artikel 15.3 FEUF och artikel 42 EU-stadgan. Se även Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar.

38 Mål C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

39 Jfr mål C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* p. 3.

40 Se mål C-208/09 p. 83 och p. 92 i vilket EU-domstolen beaktade nationell identitet och konstitutionell historia. Se dock Abrahamsson, O & Jermsten, H, Myter och missförstånd om TF och YGL i ett EU-perspektiv – replik, SvJT 2015, s. 8.

41 Jfr Östlund, A & Hallberg, J, s. 471 ff.

på att stå överst i hierarkin innebär en oklarhet huruvida EU-rätten, i ett fall som detta, har företräde framför nationell rätt. Det har anförts att den konstitutionella pluralism som råder mellan EU och dess medlemsstater medför logiska bekymmer, men att dess lösning inte står att finna i ett avgörande från EU-domstolen eller de nationella domstolarna.⁴² Frågan är därför om den svenska lagstiftaren, medvetet eller omedvetet, har skapat en lösning genom att införa 15 kap. 1 a § OSL.

4.1.2 NORMKONFLIKTEN

För att konkretisera den presenterade normkonflikten mellan svensk rätt och EU-rätt, samt för att belysa 15 kap. 1 a § OSL som eventuell problemlösare, kommer förordningen om luftfartsolyckor⁴³ att agera exempel.⁴⁴ Förordningen reglerar primärt ett kompetensområde där Sverige har överlåtit kompetens, men innehåller även en rad bestämmelser angående sekretess, det vill säga ett område som Sverige inte har överlåtit. Förordningen föreskriver bland annat att en mängd uppgifter inte *ska*, respektive inte *får*, göras tillgängliga eller lämnas ut för andra ändamål än säkerhetsutredning.⁴⁵ Förordningen föreskriver dock ett undantag i artikel 14.3, enligt vilket utlämnande kan ske om fördelarna med att utlämna uppgifterna uppväger de ogynnsamma inhemska och internationella följder som en sådan åtgärd kan få för pågående eller framtida säkerhetsutredningar. Därutöver föreskrivs i artikel 14.4 att ett utlämnande måste vara absolut nödvändigt för att uppnå de syften som anges i nationell lagstiftning, vilka ska uppväga konsekvenserna av ett utlämnande.

En systematik där utlämnande av handlingar kan ske om fördelarna överväger nackdelarna samt kravet på absolut nödvändighet är främmande ur ett svenskt perspektiv. Konstruktionen ger utrymme för en hög grad av skönsmässighet

42 Bernitz, U & Kjellgren, A, s. 106.

43 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 996/2010 av den 20 oktober 2010 om utredning och förebyggande av olyckor och tillbud inom civil luftfart och om upphävande av direktiv 94/56/EG.

44 Inspiration hämtad från Östlund, A & Hallberg, J, s. 463.

45 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 996/2010 av den 20 oktober 2010 om utredning och förebyggande av olyckor och tillbud inom civil luftfart och om upphävande av direktiv 94/56/EG artikel 14.1 respektive artikel 14.2.

och möjliggör en restriktiv hållning till öppenhet och insyn, vilket står i kontrast till de svenska bestämmelserna med en tradition av en presumtion för offentlighet.⁴⁶ Eftersom frågan rör en förordning som därmed är direkt tillämplig i svensk rätt krävs inget införlivande, men någon anpassning av den svenska lagstiftningen till luftfartsolycksförordningen har heller inte ägt rum.

De bestämmelser i svensk rätt som skulle kunna aktualiseras i frågor om civilflygfart är 29 kap. 10 § och 30 kap. 23 § OSL. Dessa har inte kompletterats med skaderekvisit som ger möjlighet att väga fördelarna av ett utlämnande mot nackdelarna. Inte heller föreskrivs att ett utlämnande ska vara absolut nödvändigt.⁴⁷ Däremot noterade Näringsdepartementet i en promemoria rörande luftfartsolycksförordningens påverkan på bland annat svensk sekretesslagstiftning att förordningen har bestämmelser som kan leda till att sekretess kommer att gälla för uppgifter som idag inte täcks av någon befintlig sekretessbestämmelse enligt svensk nationell rätt.⁴⁸

Vidare ska noteras att det föreligger en motsättning på grundlagsnivå. I 2 kap. 2 § TF föreskrivs att rätten att ta del av allmänna handlingar endast får begränsas genom särskild lag, med vilken OSL avses. Det är också möjligt att sekretessbelägga genom annan lag, men det förutsätter att det finns en hänvisning till den lagen i OSL.⁴⁹ Någon hänvisning till luftfartsolycksförordningen förekommer inte i OSL varför ett sekretessbeläggande med stöd av förordningen är i strid med svensk grundlag.⁵⁰

I ett mål prövat av Kammarrätten i Stockholm 2011⁵¹ hade B. W. önskat ta del av handlingar tillhörande Statens haverikommission. Haverikommissionen avslög begäran med hänvisning till artikel 14 i luftfartsolycksförordningen, vilken föreskriver ett skydd för känslig säkerhetsinformation. Beslutet överklagades

46 Östlund, A & Hallberg, J, s. 464.

47 Östlund, A & Hallberg, J, s. 464.

48 Regeringskansliets faktapromemoria 2009/10:FPM53 om Förordning om olycksutredning inom civil flygfart, 3 mars 2010 s. 4.

49 Med annan lag avses även EU-förordningar.

50 Detta noteras även av Östlund, A & Hallberg, J, s. 464.

51 Kammarrätten i Stockholm mål nr 1592-11. Meddelad 2011-06-30.

till kammarrätten som underkände haverikommissionens beslut att inte utlämna handlingarna. Som skäl angav kammarrätten att haverikommissionen endast angett EU-förordningen som grund för sitt beslut. Därefter angav kammarrätten att ”någon föregående prövning med tillämpning av reglerna i tryckfrihetsförordningen och OSL har såvitt framkommit därmed inte gjorts”. Kammarrättens skrivelse *föregående prövning* har tolkats som att domstolen ansåg att OSL borde ha prövats i första hand och för det fall någon sekretess inte förelåg enligt OSL skulle förordningens bestämmelser ha tillämpats.⁵²

I ett liknande mål prövat av Kammarrätten i Jönköping 2012⁵³ yrkade HeliAir Sweden AB att Luftfartsverkets händelserapporter i sin helhet och deras incidentutredning från den 7 mars 2011 skulle utlämnas. Transportstyrelsen nekade ett utlämnande av dessa handlingar och beslutet överklagades till kammarrätten. Kammarrätten fann att det mot bakgrund av luftfartsolycksförordningen råder sekretess för de av HeliAir Sweden AB begärda uppgifterna och att vad som stadgas i 30 kap. 23 § OSL inte föranledde någon annan bedömning. Domskälen kan tolkas som att kammarrätten först prövade om sekretess förelåg enligt luftfartsolycksförordningen och att regleringen i OSL, efter att ha funnit att de begärda handlingarna omfattades av sekretess, inte ändrade denna bedömning.⁵⁴

4.3 EN MÖJLIG LÖSNING

De två ovan behandlade kammarrättsavgörandena illustrerar normkonfliktens kärna. Domskälen i avgörandet från Kammarrätten i Stockholm indikerar att det, innan en EU-rättslig prövning, krävdes en föregående prövning enligt svensk rätt trots att fråga var om en förordning. I motsats till Kammarrätten i Stockholm valde Kammarrätten i Jönköping att först pröva huruvida sekretess förelåg enligt EU-förordningen för att därefter konstatera

52 Östlund, A & Hallberg, J, s. 465 f. Det ska noteras att artikelförfattaren Jonas Hallberg var föredragande i målet i Stockholms kammarrätt varför det kan antas att hans tolkning av ”föregående prövning” är i enlighet med kammarrättens.

53 Kammarrätten i Jönköping mål nr 3605-11. Meddelad 2012-03-06.

54 Östlund, A & Hallberg, J, s. 466.

att svensk rätt inte föranledde någon annan tolkning. Konflikten hade ställts på sin spets om OSL föranlett en annan bedömning, eftersom domstolen hade behövt ta ställning till vilken rättsordning som i en sådan situation skulle ägt företräde. Målen överklagades inte till Högsta förvaltningsdomstolen varför det är oklart huruvida svensk rätt ska äga företräde i prövningen eller om EU-rätten har en oinskränkt förtur.⁵⁵ Trots dessa oklarheter bör diskuteras om 15 kap. 1 a § OSL, oaktat att lagstiftaren inte uttryckligen berört detta, kan anses vara en lösning på problematiken.

15 kap. 1 a § OSL föreskriver som bekant att sekretess gäller för uppgift som en myndighet har fått från ett utländskt organ på grund av en bindande EU-rättsakt eller ett av EU ingånget eller av riksdagen godkänt avtal med en annan stat eller med en mellanfolklig organisation, om det kan antas att Sveriges möjlighet att delta i det internationella samarbete som avses i rättsakten eller avtalet försämras om uppgiften röjs.

15 kap. 1 a § OSL innebär dels att det inte krävs någon ändring i OSL varje gång en ny EU-förordning träder i kraft eller en ny internationell överenskommelse ingås,⁵⁶ dels att den som har att handlägga ett ärende som rör uppgifter som omfattas av luftfartolycksförordningen, eller någon annan förordning, inte behöver ta ställning till huruvida EU-rätten ska äga företräde framför svensk rätt. Inte heller behöver något avseende fästas vid det faktum att det saknas bestämmelser i OSL eller en hänvisning i OSL till förordningen, vilket är ett krav enligt 2 kap. 2 § TF för att över huvud taget få begränsa offentlighetsprincipen. Med 15 kap. 1 a § OSL finns nämligen stöd för att sekretessbelägga uppgifter som härrör från en EU-förordning eller en annan internationell överenskommelse, om utlämnandet kan försämra Sveriges möjlighet att delta i det aktuella internationella samarbetet.⁵⁷ Det kan därför konstateras att 15 kap. 1 a § OSL till viss del löser den konstitutionella

55 Intressant att notera är dock att Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2006 ref. 87 fastslog att sekretess inte kan grundas på artikel 8 i Europakonventionen, eftersom OSL (då SekrL) inte innehåller någon hänvisning till Europakonventionen.

56 Jfr Algotsson, C-G, Tyst om hemlighetsstämplar, Uppsala Nya Tidning, debatt, den 15 december 2013 (hädanefter Algotsson, C-G), Österdahl, I, s. 249.

57 Jfr Österdahl, I, s. 249.

pluralism som råder mellan EU-rätt och svensk nationell rätt, eftersom bestämmelsen medför att rättstillämparen inte behöver besvara offentlighetsprincipens rättsliga ställning när det är fråga om uppgifter som omfattas av en EU-rättsakt. Rättstillämparen har istället att, enligt 15 kap. 1 a § OSL, i de fall en EU-rättsakt föreskriver sekretess, oavsett uppgifternas egentliga innehåll, att sekretessbelägga dessa om Sveriges möjlighet att delta i samarbetet försämrats.

5. AVSLUTANDE KOMMENTAR

5.1 INTERNATIONELLT SAMARBETE

Globaliseringen innebär att fler internationella avtal ingås i en allt högre takt och dessutom på nya områden. EU-samarbetet växer och den fria rörligheten kräver ett ökat informationsbyte mellan medlemsstaterna. Samarbets- och informationsavtal är av stor betydelse för Sverige eftersom ett utbyte av information och erfarenheter leder till en effektivare förvaltning.⁵⁸ Av förarbeten till 15 kap. 1 a § OSL att döma har andra länders tilltro till Sverige varit i gungning och därmed har Sverige gått miste om värdefull information. En sådan position är för svenskt vidkommande oroväckande. Med beaktande av detta får 15 kap. 1 a § OSL anses fylla en viktig funktion genom att stärka andra staters tillit till Sverige. Därutöver kan tänkas att bestämmelsen ger Sverige en stärkt förhandlingsposition i frågor som rör internationella samarbeten.

Vidare bör ett bredare perspektiv anläggas utifrån vilket Sveriges ordning kan ifrågasättas, det vill säga att Sverige har en rätt att avgöra hur andra staters information ska hanteras. Med tanke på att avtal och globala samarbeten består av flera parter kan det ifrågasättas huruvida det är lämpligt att Sverige ensidigt ska ha rätt att besluta hur uppgifter från andra stater ska behandlas. Visserligen har Sverige en stark rättstradition av öppenhet och uppgifter ska därför, oavsett varifrån de härrör, vara offentliga. I kontrast till den svenska öppenheten ska påminnas om andra staters rättstraditioner vilka många gånger har sekretess som huvudregel. Det ska påpekas att det redan i den ursprungliga utrikessekretessen i 15 kap. 1 § OSL ges möjlighet att beakta

⁵⁸ Prop. 2012/13:192 s. 23.

avsändaren eller motpartens intresse av sekretess. En ordning där sekretess typiskt sett råder om sekretess gäller hos den utländska myndigheten eller det mellanstatliga organet blev dock verklighet först genom 15 kap. 1 a § OSL.

5.2 EN FÖRÄNDRAD SYN PÅ SEKRETESS

15 kap. 1 a § OSL är försedd med ett rakt skaderekvisit, en presumtion för offentlighet. Regeringen uttalade, som skäl för ett rakt skaderekvisit, att ”med hänsyn till det förhållandevis starka insynsintresse som i allmänhet får anses gälla i fråga om Sveriges internationella samarbete framstår ett rakt skaderekvisit som mest lämpligt”.⁵⁹ Skaderekvisitet visar emellertid endast en initial inställning vilken kan ifrågasättas mot bakgrund av hur förarbetena föreskriver att skaderekvisitet ska bedömas.

”Om uppgiften finns hos den svenska myndigheten till följd av ett avtal som föreskriver vetorätt för ursprungsinnehavaren vad gäller utlämnande, kan det typiskt sett antas att samarbetet skulle försvåras om uppgiften lämnades ut [...]. För det fall parterna enligt avtalet åläggs ett krav på ömsesidigt erkännande av sekretess, bör myndigheten vid skadeprövning ta hänsyn till vilket sekretesskydd uppgifterna har hos den stat som har lämnat uppgifterna. [...] Gäller sekretess för uppgifterna hos den utländska myndigheten eller det mellanstatliga organet är utgångspunkten typiskt sett att skaderekvisitet är uppfyllt.”⁶⁰

När ett rakt skaderekvisit infördes i 15 kap. 1 § OSL med anledning av inträdet i EU uttalades att:

”Vid en bedömning av om en uppgift som erhållits från en annan stat eller en mellanfolklig organisation kan lämnas ut eller inte kan avsändarens uppfattning i sekretessfrågan visserligen inte avgöra om uppgiften skall hållas hemlig. Avsändarens intresse av sekretess kan däremot ha betydelse för skadeprövningen i det enskilda fallet. Om den

59 Prop. 2012/13:192 s. 33.

60 Prop. 2012/13:192 s. 34 f.

främmande staten eller den mellanfolkliga organisationen anser att en överlämnad uppgift är hemlig kan det givetvis vara ett skäl för att anse att ett utlämnande, med lagrummets ord, stör Sveriges mellanfolkliga förbindelser.⁶¹

Dessa uttalanden visar en förändrad inställning till sekretess i internationella sammanhang. Från att avsändarens intresse av sekretess kan ha betydelse till att utgångspunkten numera är att skaderekvisitet typiskt ska anses vara uppfyllt om sekretess gäller för uppgifterna hos den utländska myndigheten eller det mellanstatliga organet.

Betydelsen av ett rakt skaderekvisit, det vill säga en presumtion för offentlighet, kan dock ifrågasättas eftersom tillämparen vid bedömningen likväl ska fästa avseende vid huruvida uppgifterna är sekretessbelagda hos motparten. Som nämnts tidigare blir lätt det raka skaderekvisitet en chimär. Det bör ändock framhållas att valet av rekvisit belyser den svenska inställningen till öppenhet. Det hade därför varit än mer anmärkningsvärt om bestämmelsen försetts med ett omvänt skaderekvisit eller inget skaderekvisit alls.⁶²

Avslutningsvis ska sägas att förarbetsuttalandena visar att det utökade internationella samarbetet har påverkat offentlighetsprincipen och den svenska synen på denna. 15 kap. 1 a § OSL är fortfarande en relativt ny bestämmelse varför det är svårt att uttala i vilken grad synsättet har förändrats. Det går endast att påvisa tendenser och förarbetsuttalandena indikerar en förändring gällande vilken vikt motpartens intresse av sekretess ska tillmätas i förhållande till vikten av öppenhet och insyn. Det bör dock betonas att en av offentlighetsprincipens funktioner är att bidra till en effektivare förvaltning.⁶³ Internationella samarbeten som innebär utbyte av information och erfarenheter bidrar även dessa till en effektivare förvaltning varför förändringen, trots att följderna är en utökad sekretess, inte nödvändigtvis är av ondo. Även om det är betänkligt

61 Prop. 1994/95:112 s. 29.

62 Jfr Ds 2012:34 Sekretess i det internationella samarbetet s. 57 ff., vilken inte föreslog något skaderekvisit. Detta ändrades sedan genom prop. 2012/13:192.

63 SOU 1975:22 s. 87.

att Sverige, med en stark och långvarig tradition av öppenhet, så lättvindigt synes ha överlåtit till andra stater att avgöra huruvida svenska myndigheter ska utlämna uppgifter.

5.3 FRAMÅTBlickande REFLEKTION

15 kap. 1 a § OSL illustrerar med sitt raka skaderekvisit Sveriges hållning, vilken värnar om öppenhet och insyn i förvaltningen. Samtidigt visar bestämmelsen, med hänsyn till de instruktioner lagstiftaren gett för dess tillämpning, att Sverige insett vikten av ett fungerande samarbete med andra stater och betydelsen av att Sverige betraktas som en tillförlitlig avtalspart. Utifrån ett svenskt perspektiv kan införandet av den kompletterande utrikessekretessen upplevas skrämmande. Det ska dock påminnas om att offentlighetsprincipen har sitt ursprung i en tid där ett EU-projekt knappast ens var tänkbart. Nu, i en globaliserad tid, verkar ett införlivande av en bestämmelse likt 15 kap. 1 a § OSL ha varit nödvändigt för att Sverige ska kunna bedriva ett fungerande samarbete med andra stater. Den inskränkning som bestämmelsen medför bör därför inte betraktas som något negativt.

Vad som däremot är oroväckande är att införandet av bestämmelsen inte varit särskilt uppmärksammat.⁶⁴ En utebliven diskussion försvårar ett genomslag av offentlighetsprincipens syften – att främja ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning. Därför är det anmärkningsvärt att ett införande av en bestämmelse som påverkar principen som sådan inte har föregåtts av en omfattande offentlig diskussion kring hur offentlighetsprincipen bör hanteras i en tid som präglas av globalisering, EU och samarbeten över landsgränserna.

Det handlar om två motstående intressen, dels intresset av att Sverige kan verka på den internationella arenan och därmed garantera att uppgifter förblir sekretesskyddade, dels intresset av att den svenska rättstraditionen av öppenhet och insyn upprätthålls. I denna betraktelse har visats att det har skett en förskjutning i synen på vad som bör vara offentligt och vad som bör omfattas

⁶⁴ Se dock Algotsson, C-G, Funcke, N, Offentlighetsprincipen är på väg att vittra sönder, Dagens Nyheter, debatt, den 10 mars 2014, Fura, E, Våga värna öppenheten – den behövs nu mer än någonsin!, SvJT 2014 s. 267 och Österdahl, I, s. 239 ff.

av sekretess i frågor som har internationell koppling. Förskjutningen visar att offentlighetsprincipen är högst levande och att den kontext i vilken den verkar formar dess innehåll. Det faktum att offentlighetsprincipen är anpasslig talar för att den kommer att prägla svensk förvaltning i ytterligare 250 år. Dess förmåga till anpassning kräver dock att alla slår vakt om principens kärna; och värnar om öppenhet och insyn för att främja ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning. 