

# KONSEKVENSER AV ATT EU:S INSTITUTIONER GENOM DIREKT TILLÄMPLIG SEKUNDÄR- LAGSTIFTNING BEGRÄNSAR RÄTTEN ATT TA DEL AV ALLMÄNNA HANDLINGAR I SVERIGE

*av Allison Östlund & Jonas Hallberg*

## 1. Inledning

Ola Zetterquist, docent tillika hovrättsråd, skrev år 2008 om EU:s företrädesprincipens vara eller icke vara att

Dess förekomst i positiverad form har saknat betydelse för argumentationen såväl för [EU-domstolen] som för dess kritiker. Den egentliga företrädesfrågan befinner sig ”en trappner” i den rättsliga strukturen, dvs. på den nivå i rättens djupstruktur som kan betecknas som den samhällskontraktsliga och vars yttersta valideringsgrund inte är rättslig till sin karaktär.<sup>1</sup>

Zetterquist gjorde i sin artikel gällande att företrädesprincipens genomslag hänger på domstolarnas igenkänning medan principens legitimitet vilar på dess förankring i medlemsstaternas parlamentariska processer.

Denna artikel tar sin utgångspunkt i ett scenario som ställer företrädesprincipens genomslag i Sverige på sin spets: antagandet av direkt tillämplig EU-lagstiftning som inskränker rätten för individer att ta del av allmänna handlingar hos svenska myndigheter och därigenom träder in i ett område där den svenska lagstiftaren, enligt regeringsformen, RF, är förbjuden att överföra kompetens till EU. Vi har identifierat ett lagstiftningsområde där just detta har skett: inom ramen för EU:s transportpolitik har en förordning (Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 996/2010 om utredning av olyckor och tillbud inom civil luftfart och om upphävande av direktiv 94/56/EG), ”luftfartsolycksförordningen”, antagits som väsentligt försvårar för individer att ta del av material ur luftfartsolycksutredningar. Allmänhetens intresse för insyn i exempelvis Transportstyrelsens utredningsverksamhet är förvisso en angelägen fråga, men desto viktigare är att denna inskränkning i offentlighetsprincipen synes ha gått allmänheten förbi, samt att lagstiftaren valt att inte

---

<sup>1</sup> Zetterquist, Ola, ”Esse, non videri – företrädesprincipens vara eller icke vara”, Europapolitisk analys, nr 6, 2008, s. 8.

agera på den. Detta är inte första gången som EU:s institutioner hittar indirekta vägar att påverka nationella myndigheters hantering av handlingsoffentlighet och sekretess,<sup>2</sup> och det är kanske inte heller den sista.

Idén att skriva denna artikel väcktes ur ett önskemål om att denna fråga skulle övervägas både på politisk nivå och av domstolar som hanterar sekretessärenden. I linje med Zetterquists resonemang ovan menar vi att företrädesprincipens och därmed EU-rättens genomslag inte enbart ligger i händerna på EU:s institutioner, utan även på den nationella lagstiftarens och domarens igenkänning av EU-rättens hantering av företrädesprincipen. I centrum för denna artikel står därför frågan vilka handlingsalternativ som står till lagstiftarens, regeringens och svenska domares förfogande när de hanterar ett känsligt område för företrädesprincipens genomslag, såsom restriktiv EU-rättslig sekretesslagstiftning.

Artikeln kommer att struktureras på följande sätt: Nästföljande avsnitt 2 ger en bakgrund till Sveriges och EU:s skilda ansatser till offentlighet och sekretess. I avsnitt 3 undersöks hur den svenska lagstiftaren i förarbeten ställt sig till frågan huruvida EU har någon befogenhet att inskränka tillgången till allmänna handlingar utöver vad som följer av svensk lagstiftning. I syfte att placera kompetensfrågan i en dagsaktuell kontext tittar vi i avsnitt 4 närmare på luftfartsolycksförordningens utformning och dess konsekvenser för svensk sekretesslagstiftning. I anslutning till detta ger vi två exempel på hur scenariot hanterats av svenska domstolar.

De mål vi berör i avsnitt 4 hamnade varken på Högsta förvaltningsdomstolens eller EU-domstolens bord. Det är emellertid angeläget att inför framtiden överväga hur EU-domstolen skulle besvara eventuella frågor från en svensk domstol rörande EU:s kompetens att lagstifta om sekretess, samt huruvida lagstiftning av grundläggande betydelse för medlemsstaternas statskick förtjänar särbehandling. I avsnitt 5 lämnar vi därför den svenska rättsliga kontexten och undersöker EU:s respektive medlemsstaternas kompetens att lagstifta om sekretess, utifrån ett internt EU-rättsligt perspektiv (det vill säga huruvida en sådan kompetens kan utövas med stöd i EU-fördragen). I avsnitt 6 undersöker vi betydelsen av den svenska tryckfrihetslagstiftningen som en del av Sveriges ”konstitutionella identitet” såsom den följer av Fördraget om Europeiska Unionen, FEU, och av EU-domstolens rättspraxis. I avsnitt 7

---

<sup>2</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter, EU-domstolens mål C-536/11 Bundeswettbewerbssbehörde mot Donau Chemie AG av den 6 juni 2013 och mål C-223/98 Adidas AG av den 14 oktober 1999.

introduceras dilemmat ("the Ultra Vires Lock") rörande vem som egentligen har det sista ordet beträffande EU-rättsakters ogiltighet.

I de två avslutande avsnitten ger vi en sammanfattande beskrivning av existerande handlingsalternativ för svenska förvaltningsdomstolar (avsnitt 8) samt för regeringen och lagstiftaren (avsnitt 9). Handlingsalternativen har inspirerats av de faktiska förutsättningarna för den situation som luftfartsolycksförordningen gett upphov till, men tar framförallt sikte på hur ett liknande scenario skulle kunna hanteras i framtiden för att undvika att lämna svenska domstolar i limbo.

## 2. Offentlighet och sekretess i Sverige och EU – en bakgrund

År 1999 lyfte Staffan Vängby i Juridisk tidskrift frågan om det i framtiden skulle bli aktuellt att "genom [...] grundlagsändringar överlåta beslutanderätt [till EU] som direkt tar sikte på tryck- och yttrandefrihetsfrågor".<sup>3</sup> Vängby menade att rätten att ta del av allmänna handlingar, så som den följer av svensk grundlag, saknar motsvarighet i EU-rätten, varför "svenska domstolar inte kan godta EG-rättsliga inskränkningar i offentlighetsprincipen [...]".<sup>4</sup>

Vängbys resonemang bör läsas i ljuset av att EU:s institutioner traditionellt präglats av en "brittisk-kontinental förvaltningsprincip" vilken kännetecknas av utgångspunkten att interna handlingar är belagda med sekretess i frånvaro av ett uttryckligt undantag om offentlighet.<sup>5</sup> Sekretessprincipen, som förvisso har försvagats inom EU under de senaste åren,<sup>6</sup> har sin grund i ett allmänt folkrättsligt skydd för sekretessen hos den diplomatiska verksamheten.<sup>7</sup> Huvudregeln om sekretess hos EU:s institutioner kan kontrasteras mot den i Sverige sedan länge rådande offentlighetsprincipen, som innebär att

---

<sup>3</sup> Vängby, Staffan, "Undantag från EG-rättens överhöghet?", Juridisk tidskrift, nr 2, 1998–99, s. 368.

<sup>4</sup> Vängby, Staffan, JT 1998–99, s. 369.

<sup>5</sup> Öberg, Ulf, "Europeiska offentlighetsprinciper – ett svenskt dilemma?" ur Bernitz, Ulf, Gustavsson, Sverker och Oxelheim, Lars (red.), Europaperspektiv: årsbok för Europaforskning inom ekonomi, juridik och statskunskap 2000, 2000, s. 195–196.

<sup>6</sup> Genom bland annat antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar, Europeiska öppenhetsakten, samt genom en kodifiering av allmänhetens rätt till insyn i EU-institutionernas handlingar i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna 2010/C 83/02, EU-stadgan, art. 42. Bohlin, Alf, Offentlighetsprincipen, åttonde upplagan, 2010, s. 286. Ulf Öberg gör emellertid gällande att den europeiska öppenhetsakten i praktiken inneburit en försvagning av allmänhetens rätt till insyn i EU:s institutioner. Öberg, Ulf, "Sura svenska krusbär", Europarättslig tidskrift, nr 2(4), 2001, s. 235.

<sup>7</sup> Öberg, Ulf, ur Bernitz, Ulf, et al., 2000, s. 197; Bohlin, Alf, 2010, s. 286.

myndigheters och domstolars verksamhet ska utövas under kontroll och insyn från medborgare och media.<sup>8</sup>

Sedan år 1999 har EU:s rättighetsskydd genomgått en dramatisk utveckling, bland annat genom antagandet av EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, EU-stadgan, i samband med Nicefördraget, och den gradvisa utvidgningen av EU:s kompetenser, vilka i sin tur har placerats in i ett nytt regelverk genom Lissabonfördragen. Vängbys poäng har emellertid inte försvagats av denna utveckling eftersom rätten för medborgare att ta del av allmänna handlingar från *inhemska* myndigheter i princip inte omfattas av EU:s rättighetskatalog.<sup>9</sup>

Vid en diskrepans mellan nationell lagstiftning och EU:s sekundärlagstiftning är det rimligt att förvänta sig att en implementeringslösning tillhandahålls av lagstiftaren. Vid implementeringen av dataskyddsdirektivet<sup>10</sup> löstes exempelvis problematiken kring dess förenlighet med den svenska tryckfrihetslagstiftningen genom en formulering enligt vilken personuppgiftslagen (1998:204) endast kunde tillämpas i den mån detta inte stod i strid med tryckfrihetsförordningens, TF:s, regler.<sup>11</sup> När det gäller EU-förordningar kan det naturligtvis vara svårare för den svenska lagstiftaren att finna lämpliga lösningar eftersom förordningar är direkt tillämpliga i EU:s medlemsstater utan nationella transponerings- eller inkorporeringsåtgärder. Vängby har i linje med detta påpekat att man inte alltid kan räkna med att från svenskt håll hinna med att med ”kort varsel införliva EG-direktiv [...] eller upphäva svensk lag som står i strid med en EG-förordning”,<sup>12</sup> vilket kan leda till att en svensk domstol ställs inför en normkollision mellan EU-lagstiftning och

---

<sup>8</sup> Öberg, Ulf, ur Bernitz, Ulf, et al., 2000, s. 196; Strömberg, Håkan och Lundell, Bengt, Handlingsoffentlighet och sekretess, upplaga 10:1, 2007, s. 8–9.

<sup>9</sup> Art. 42 EU-stadgan föreskriver tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar, men inte till nationella myndigheters. Art. 11 EU-stadgan, som motsvarar art. 10 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, EKMR, föreskriver däremot frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning. I SOU 2008:43 (del I) Europeiska Unionens Stadga om Grundläggande Rättigheter, s. 30, menar Thomas Bull och Anna-Sara Lind att en rätt att ta del av allmänna handlingar kan uttolkas av art. 8 och 10 EKMR. Det är emellertid tveksamt om detta för med sig en möjlighet för EU-medborgare att förlita sig på art. 11 EU-stadgan för att ta del av allmänna handlingar från nationella myndigheter. Däremot förekommer rättsfall i EU-domstolen där individer för detta ändamål framgångsrikt förlitat sig på effektivitetsprincipen – se exempelvis EU-domstolens mål C-536/11 Bundeswettbewerbbehörde mot Donau Chemie AG av den 6 juni 2013 och mål C-223/98 Adidas AG av den 14 oktober 1999.

<sup>10</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter.

<sup>11</sup> 7 § personuppgiftslagen (1998:204).

<sup>12</sup> Vängby, Staffan, JT 1998–99, s. 364.

svensk lagstiftning.<sup>13</sup> I nästföljande avsnitt redogör vi för den allmänna hållningen i svenska lagmotiv beträffande hur en dylik situation bör hanteras, för att i efterföljande avsnitt 4 ge ett konkret exempel på hur denna situation hanterats i praktiken.

### 3. Överlåtelse av kompetens till EU enligt den svenska regeringsformen

Inför Sveriges anslutning till EU framhöll konstitutionsutskottet att tryckfrihetslagstiftningen tillhör sådana grundläggande principer för statsskicket för vilka kompetens enligt 10 kap. 5 §, numera 6 § RF, inte får överlätas. Detta avsnitt tar avstamp i den kontroversiella fråga som konstitutionsutskottet hade att överväga redan år 1994: vad som skulle hända om EU:s (då EG:s) institutioner skulle anta regler av ”sådan räckvidd att de rubbar de principer på vilka svensk tryck- och yttrandefrihetslagstiftning och den svenska offentlighetsprincipen bygger.”<sup>14</sup>

Genom antagandet av proposition 2001/02:72 infördes en uttrycklig bestämmelse i RF om vilka befogenheter som utan grundlagsändring kan överlätas till ett mellanfolkligt samarbete. Sedan tidigare gällde att beslutanderätten inte fick röra ”principerna för statsskicket”,<sup>15</sup> men denna begränsning framgick inte direkt ur lagtexten. Formuleringen var inte avsedd att enbart gälla RF:s specifika bestämmelser om grunderna för statsskicket, utan även ”andra bestämmelser som bär upp grundläggande principer i vårt konstitutionella system”.<sup>16</sup> Som exempel på sådana bestämmelser framhölls särskilt offentlighetsprincipen.<sup>17</sup> I syfte att kodifiera dessa principer för befogenhetsöverföring till EU gavs 10 kap. 5 § RF år 2002 följande formulering:

Inom ramen för samarbetet i Europeiska unionen kan riksdagen överlåta beslutanderätt som inte rör principerna för statsskicket. Sådan överlåtelse förutsätter att fri- och rättighetsskyddet inom det samarbetsområde till vilket överlåtelsen sker motsvarar det som ges i denna regeringsform och i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> På detta tema, se även Kirchhof, Paul, ”The Balance of Powers Between National and European Institutions”, *European Law Journal*, nr 3(5), 1999, s. 227–231.

<sup>14</sup> Bet. 1993/94:KU21, s. 27 f. Se även prop. 1994/95:112, s. 19–21.

<sup>15</sup> Prop. 2001/02:72, s. 34.

<sup>16</sup> Bet. 1993/94:K21, s. 27.

<sup>17</sup> Prop. 2001/02:72, s. 34.

<sup>18</sup> Lag (2002:903) om ändring i regeringsformen.

I samma proposition övervägdes hur svenska domstolar skulle hantera situationen då de hade att tillämpa en EU-rättsakt som begränsade det svenska fri- och rättighetsskyddet.<sup>19</sup> Utgångspunkten var att dåvarande 10 kap. 5 § RF var avsedd som en anvisning enbart för lagstiftaren, innebärande att det inte var domstolarnas sak att åsidosätta en EU-rättsakt med stöd i den aktuella bestämmelsen.<sup>20</sup>

Om däremot en svensk domstol skulle finna att EU-rättsakten låg ”utanför det område där Sverige och de övriga medlemsstaterna i fördragsenlig ordning har överlåtit beslutanderätt” så är enligt 2002 års lagmotiv rättsakten inte att betrakta som *giltig* EU-rätt; den ”saknar rättsverkan [...] i Sverige.”<sup>21</sup> Lagstiftaren har i senare förarbeten upprepat detta resonemang<sup>22</sup> samt konstitutionsutskottets tidigare utlåtande om att EU inte på fördragen kunde grunda några som helst befogenheter att lagstifta på offentlighetsprincipens område.<sup>23</sup> I anslutning till Lissabonfördragets ikraftträdande förtydligade lagstiftaren att dessa situationer inte bör hanteras som en konflikt mellan EU-rätt och svensk rätt; frågan bör snarare vara ”om EG-organet haft rätt att med verkan för Sverige fatta ett sådant beslut som det fattat och om den beslutande rättsakten ligger inom det område där beslutanderätten överlåtit.”<sup>24</sup> I förhållande till EU-rättsakter, som ligger utanför området inom vilket riksdagen enligt 10 kap. 6 § RF är behörig att överlåta kompetens till EU, måste detta uttalande tolkas som att det i princip kvittar huruvida rättsakten var behäftad med bristfälligheter av den typ som anges i art. 263.2 Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt, FEUF. Om regeringen saknade befogenhet att med verkan för Sverige godkänna rättsakten så är den ogiltig.

Motivuttalandena om att svenska domstolar ska underlåta att tillämpa EU-rättsakter inom lagstiftningsområden som ligger utanför EU:s kompetensområde ger upphov till en spänning i förhållande till EU-rätten; frågan är om nationella domstolar har möjlighet att självständigt pröva EU:s lagstiftningskompetens.

Överlag genomsyras de svenska lagförarbetena av en idé om att den svenska domaren, i värsta fall, kan komma att behöva ogiltigförklara EU-rättsakter på basis av deras externa giltighet, det vill säga huruvida de vilar på kompetens som enligt nationell lagstiftning överlåtit i behörig ordning.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> Prop. 2001/02:72, s. 35.

<sup>20</sup> Prop. 2001/02:72, s. 35.

<sup>21</sup> Prop. 2001/02:72, s. 35.

<sup>22</sup> Bet. 2003/04:KUU1, s. 51; prop. 2007/08:168, s. 44.

<sup>23</sup> Bet. 2003/04:KUU1, s. 45.

<sup>24</sup> Prop. 2007/08:168, s. 43–44.

<sup>25</sup> Kirchhof, Paul, 1999, s. 228.

Instruktionen utgör en tydlig markering gentemot EU-domstolen, vars rättspraxis vi utgår ifrån att den svenska lagstiftaren hade kännedom om.<sup>26</sup> Frågan är om lagstiftaren idag, i praktiken, skulle utmana EU-domstolen genom att vidhålla denna ståndpunkt i händelse av en faktisk motsättning mellan den svenska sekretesslagstiftningen och en direkt tillämplig sekundärrättsakt.

Som antydde i inledningen har, genom luftfartsolycksförordningens ikraftträdande, en sådan diskrepans uppkommit. I nästföljande avsnitt beskrivs ett lagstiftningsförfarande på EU-nivå som inom ett avgränsat område inskränkte rätten för individer att ta del av material ur luftfartsolycksutredningar hos nationella myndigheter. För att få en bild av vad som egentligen hände har vi följt upp förhandlingsprocessens gång i COREPER (EU:s ständiga representanters kommitté) samt ärendets beredning hos Näringsdepartementet.

#### 4. Luftfartsolycksförordningens förhållande till svensk sekretesslagstiftning

I syfte att förbättra flygsäkerheten och förebygga framtida olyckor och tillbud antogs luftfartsolycksförordningen av Europaparlamentet och rådet den 20 oktober 2010, enligt det ordinarie lagstiftningsförfarandet.<sup>27</sup> Luftfartsolycksförordningen utgör en lagstiftningsakt som (till skillnad från ett direktiv) inte behöver införlivas genom nationell lagstiftning; den förutsätts vara direkt tillämplig hos svenska myndigheter och i svenska domstolar oavsett hur lagstiftningen på området ser ut i övrigt.

Luftfartsolycksförordningen föreskriver att en mängd kategorier av uppgifter inte ”ska” (art. 14.1) respektive inte ”får” (art. 14.2) göras tillgängliga eller lämnas ut ”för andra ändamål än säkerhetsutredning [...]”.<sup>28</sup> Dessa förbud mot ett utlämnande har försetts med ett undantag i art. 14.3 luftfartsolycksförordningen:

Utan hinder av punkterna 1 och 2 får den domstol eller den myndighet som är behörig att besluta om utlämnande av handlingar enligt nationell lagstiftning besluta att fördelarna med att lämna ut de uppgifter som avses i punkterna 1 och 2 för något annat ändamål som

---

<sup>26</sup> EU-domstolens mål 314/85 Foto-Frost mot Hauptzollamt Lübeck-Ost av den 22 oktober 1987, punkt 17; mål 66/80 SpA International Chemical Corporation mot Amministrazione delle finanze dello Stato av den 13 maj 1981, punkt 12.

<sup>27</sup> Art. 1 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 996/2010 om utredning av olyckor och tillbud inom civil luftfart och om upphävande av direktiv 94/56/EG, ”luftfartsolycksförordningen”.

<sup>28</sup> Statens haverikommissions beslut i ärende L 07/20 av den 14 februari 2011.

är tillåtet i lag uppväger de ogynnsamma inhemska och internationella följder som en sådan åtgärd kan ha för den aktuella säkerhetsutredningen eller framtida säkerhetsutredningar.

Utöver denna intresseavvägning uppställs ett krav i art. 14.4 luftfartsolycksförordningen på att ett utlämnande måste vara ”absolut nödvändig[t]” för de syften som angivits ovan. Förordningens ordalydelse – att man kan lämna ut handlingar om fördelarna med ett tillgängliggörande överväger nackdelarna, samt att ett utlämnande ska vara absolut nödvändigt – är inte lik den menprövning som genomsyrar offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, utan ligger istället mer i linje med den brittisk-kontinentala förvaltningsprincipen. Sekretessregelns konstruktion ger utrymme för en hög grad av restriktivitet och skönsmässighet, vilket står i kontrast till sekretessbestämmelsers gängse konstruktion såsom de historiskt utformats i Sverige.

I det här aktuella fallet har den svenska lagstiftningen inte anpassats för att motsvara luftfartsolycksförordningens bestämmelser. Skaderekvisiten i exempelvis 29 kap. 10 §<sup>29</sup> samt 30 kap. 23 § OSL<sup>30</sup>, som skulle vara tillämpliga på de aktuella handlingarna, har varken kompletterats med bestämmelser om att menprövningen ska inkludera allmänna intressen, såsom avses i art. 14.3 luftfartsolycksförordningen (”ogynnsamma inhemska eller internationella följder som en sådan åtgärd kan ha”) eller om att utlämnandet ska vara ”absolut nödvändig[t]” såsom föreskrivs av art. 14.4 luftfartsolycksförordningen. I 29 kap. 10 § samt 30 kap. 23 § OSL hänvisas idag enbart till skada som kan drabba ”enskild eller närstående.”

Utöver denna diskrepans på lagstiftningsnivå förekommer en motsättning på grundlagsnivå. Av TF framgår att rätten att ta del av allmänna handlingar endast får begränsas genom angivelse i särskild lag, varigenom OSL avses, eller i annan lag eller förordning som OSL hänvisar till, varigenom offentlighets- och sekretessförordningen (2009:641), OSF, avses.<sup>31</sup> Någon hänvisning till luftfartsolycksförordningens sekretessbestämmelse förekommer inte i OSL eller OSF – alltså tillåter inte svensk tryckfrihetslagstiftning att handlings-offentligheten inskränks därigenom.

---

<sup>29</sup> Gällande sekretess för rapport om händelse inom civil luftfart stadgas här att sekretess gäller ”om det kan antas att den enskilde eller någon närstående till denne lider men om uppgiften röjs.”

<sup>30</sup> Gällande sekretess i tillsynsverksamhet stadgas här att sekretess gäller ”1. för uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att den enskild lider skada om uppgiften röjs, och 2. för uppgift om andra ekonomiska eller personliga förhållanden [...] för den som har trätt i affärsförbindelse eller liknande förbindelse med den som är föremål för myndighetens verksamhet.”

<sup>31</sup> 2 kap. 2 § 2 st. tryckfrihetsförordningen, TF.



I en beredningspromemoria från Näringsdepartementet diskuterades lagförslagets effekt på svensk sekretesslagstiftning. Näringsdepartementet uppmärksammade att förslaget "[m]öjligen innebär [...] sekretess för uppgifter som inte idag täcks av någon befintlig sekretessbestämmelse."<sup>32</sup> Regeringen var med andra ord medveten om att luftfartsolycksförordningens bestämmelser kunde komma att leda till sekretess för uppgifter som inte är sekretessbelagda enligt svensk lagstiftning, men avstod från att föreslå ändringar i den svenska lagtexten: "I den mån de nu föreslagna sekretessbestämmelserna avser skyddet för enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden bör den befintliga regleringen i 29 kap. 10 § och 30 kap. 24 § [sic.] OSL vara tillräcklig för att täcka det sekretessbehov som kan följa av förordningen."<sup>33</sup>

Att den befintliga regleringen i OSL i själva verket inte motsvarade luftfartsolycksförordningens sekretessbehov visade sig tydligt i två avgöranden från svenska kammarrätter som meddelats under tiden sedan luftfartsolycksförordningens ikraftträdande.<sup>34</sup> Målen avsåg hur svenska myndigheter skulle hantera en begäran om utlämnande av allmän handling i fall då OSL respektive luftfartsolycksförordningen tillhandahöll olika långtgående sekretessskydd.

#### 4.1 Kammarrättens i Stockholm mål nr 1592-11 (Wiklund-målet)

I ett avgörande från den 30 juni 2011 begärde Bo Wiklund att få ta del av två handlingar beträffande Statens haverikommissionens (haverikommissionens) upphandling av externa tjänster. Haverikommissionen avlog Wiklunds begäran med hänvisning till art. 14 luftfartsolycksförordningens om skydd för känslig säkerhetsinformation.

Kammarrätten i Stockholm underkände haverikommissionens vägran att lämna ut handlingarna, på grund av att myndigheten "som skäl för sitt beslut enbart angett att tillämpningen av reglerna i EU-förordningen [...] medför att handlingarna inte kan lämnas ut. Någon *föregående* prövning med tillämpning av reglerna i tryckfrihetsförordningen och OSL har såvitt framkommit

---

<sup>32</sup> Regeringskansliets faktapromemoria 2009/10:FPM53 Förordning om olycksutredning inom civil luftfart, 3 mars 2010, <http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/EU/Fakta-PM-om-EU-forslag/Forordning-om-olycksutredning-GX06FPM53/>, s. 8, senast besökt den 27 september 2013.

<sup>33</sup> Regeringskansliets faktapromemoria 2009/10:FPM53, s. 8. Eftersom 30 kap. 24 § avser internationella avtal, utgår vi från att det var 30 kap. 23 § (som inte bytt plats sedan offentlighets- och sekretesslagens (2009:400), OSL, ikraftträdande) som här avsågs.

<sup>34</sup> Kammarrättens i Stockholm mål nr 1592-11 av den 30 juni 2011 och Kammarrättens i Jönköping mål nr 3605-11 av den 6 mars 2012.

därmed inte gjorts”.<sup>35</sup> Formuleringen ”utan föregående prövning” måste läsas som att OSL skulle ha prövats först, och att om det inte hade förelegat sekretess enligt OSL skulle luftfartsolycksförordningen istället ha tillämpats.<sup>36</sup>

I detta sammanhang kan påminnas om 7 kap. 3 § OSL, där det framgår att om flera sekretessbestämmelser är tillämpliga på en uppgift hos en myndighet, och en prövning i ett enskilt fall resulterar i att uppgiften inte är sekretessbelagd enligt en bestämmelse samtidigt som den är sekretessbelagd enligt en annan, så råder sekretess. Effekten av detta är att det för utgången i det aktuella målet inte spelar någon roll i vilken ordning prövningen sker. En återförvisning borde i normalfallet bli aktuell när endast en grund har prövats och domstolen finner att denna grund inte räcker till. Något sådant resonemang fördes emellertid inte i Wiklund-målet.

#### 4.2 Kammarättens i Jönköping mål nr 3605-11 (Heli-air-målet)

Heli-air Sweden AB överklagade Transportstyrelsens avslag gällande begäran om utlämnande av händelserapporter i deras helhet samt Luftfartsverkets incidentutredning. Till stöd för överklagandet anfördes bl.a. att rätt till partsinsyn förelåg.

Kammarätten fann i detta fall ”[m]ot bakgrund av nämnda förordning [luftfartsolycksförordningen] att det råder sekretess för de av Heli-air Sweden AB begärda uppgifterna. Vad som stadgas i 30 kap. 23 § OSL föranleder inte någon annan bedömning.”<sup>37</sup> Med andra ord prövade Kammarätten i Jönköping först huruvida sekretess förelåg enligt förordningen. Först efter att ha konstaterat att de begärda handlingarna omfattades av sekretess enligt luftfartsolycksförordningen konstaterade kammarätten att OSL:s regler inte ändrade denna bedömning. Detta resonemang kan tolkas som att Kammarätten i Jönköping ansåg att luftfartsolycksförordningens sekretessbestämmelse vid tillämpning av 7 kap. 3 § OSL bör hanteras såsom vilken svensk sekretessbestämmelse som helst.

---

<sup>35</sup> Kammarätten i Stockholm mål nr 1592-11, s. 2–3. Här kursiverat.

<sup>36</sup> Kammarätten i Stockholm återförvisade målet till haverikommissionen för ny prövning. Efter återförvisningen hänvisade haverikommissionen till att sekretess föreligger enligt 30 kap. 23 § OSL, jämförd med 9 § offentlighets- och sekretessförordningen (2009:641), OSF. Eftersom myndigheten i det därpå följande beslutet inte använde sig av luftfartsolycksförordningen utan istället motiverade sitt beslut med hänvisning till OSL, föll frågan om EU-rättens tillämplighet bort i samband med Statens haverikommissions avslag till Wiklunds begäran. Kammarätten underkände i anslutning till överklagandet de åberopade sekretessgrunderna i OSL men frågan om möjligheten att lägga luftfartsolycksförordningen till stöd för sekretess var i detta läge inte längre föremål för prövning. Kammarätten i Stockholm mål nr 4568-11, s. 3 av den 5 september 2011.

<sup>37</sup> Kammarättens i Jönköping mål nr 3605-11, s. 5.

Beträffande rätten till partsinsyn konstaterade kammarrätten till att börja med att luftfartsolycksförordningen ger domstolar och myndigheter behörighet att besluta om ett utlämnande, förutsatt att ”fördelarna med att lämna ut de uppgifter som avses [...] för något annat ändamål som är tillåtet i lag uppväger de ogynnsamma inhemska och internationella följder som en sådan åtgärd kan ha för den aktuella säkerhetsutredningen eller framtida säkerhetsutredningar.”<sup>38</sup> Luftfartsolycksförordningens reglering liknar på detta sätt ett omvänt skaderekvisit, alltså en presumtion för sekretess.<sup>39</sup> I slutändan tillämpade kammarrätten dock inte förordningens bestämmelser om undantag från sekretess, utan övervägde istället möjligheten till partsinsyn enligt svensk lagstiftning. Rätten till partsinsyn får enligt 10 kap. 3 § OSL endast begränsas om det ”av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs.” Med andra ord förekommer enligt svensk rätt en stark presumtion för offentlighet. Kammarrätten avlog överklagandet eftersom det ansågs vara av ”synnerlig vikt” att det sekretessbelagda materialet inte röjdes.

#### 4.3 Många frågor, få svar...

Vi vill uppmärksamma läsaren på två viktiga aspekter av kammarrätternas avgöranden; för det första fann båda kammarrätterna att luftfartsolycksförordningens sekretessbestämmelse var tillämplig och för det andra pekade de två avgörandena i olika riktningar beträffande betydelsen av ordningen i vilken sekretessbestämmelserna i OSL respektive luftfartsolycksförordningen prövas.

Varken Högsta förvaltningsdomstolen eller EU-domstolen har uttalat sig om möjligheten att lägga direkt tillämpliga EU-rättsakter till grund för sekretess. Däremot finns två näraliggande prejudikat.

I RÅ 2006 ref. 87 prövade Högsta förvaltningsdomstolen huruvida sekretess kan grundas på Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, EKMR. I detta mål hade en enskild begärt ut handlingar från Riksrevisionen rörande ett anställningsförfarande, som inkluderade resultat från ett personlighetstest som utförts. Riksrevisionen fann att det förelåg sekretess enligt art. 8 EKMR till skydd för privat- och familjeliv. Högsta förvaltningsdomstolen underkände detta resonemang eftersom den då gällande sekretesslagen (1980:100) inte innehöll

---

<sup>38</sup> Art. 14.3 luftfartsolycksförordningen.

<sup>39</sup> Jämför Bohlin, Alf, 2010, s. 202.

någon hänvisning till Europakonventionen; regleringen i 2 kap. 2 § TF gjorde att sekretess inte kunde grundas på artikel 8 EKMR.<sup>40</sup>

EU-domstolens avgörande *Adidas AG*,<sup>41</sup> hänskjutet från Kammarrätten i Stockholm, avsåg en situation som kan beskrivas som omvänd jämfört med Wiklund- och Heliair-målen, såtillvida att en EU-förordning rörande varumärkesförfalskning talade för offentlighet medan sekretess gällde för de begärda uppgifterna enligt den svenska sekretesslagens bestämmelser. EU-domstolen fann att sekretesslagens regler hindrade sökanden från att tillvarata sina rättigheter enligt förordningen och att sekretesslagens regler därför måste sättas åt sidan till förmån för förordningens bestämmelser.<sup>42</sup> Med andra ord kan en individ under vissa förutsättningar förlita sig på en EU-rättslig bestämmelse för att undkomma nationella regler som föreskriver en starkare sekretess.<sup>43</sup> Av detta avgörande kan, för svenskt vidkommande, slutsatsen dras att 7 kap. 3 § OSL måste sättas åt sidan till förmån för en särbehandling av EU-rättsliga bestämmelser.

Mot bakgrund av den rättspraxis som återgivits kan vi inte annat än konstatera att det idag föreligger ett oklart rättsläge. Varken Heliair-målet eller Wiklund-målet överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen, och ingendera av kammarrätterna begärde något förhandsavgörande från EU-domstolen. Ett kammarrättsråd som i framtiden ställs inför en likartad situation skulle behöva fundera över hur EU-domstolen skulle se på EU:s institutioners kompetens att lagstifta om sekretess hos svenska myndigheter. Justitieråd anvisas i art. 267.3 FEUF att hänskjuta uppkomna frågor om EU-rättsakters giltighet till EU-domstolen genom en begäran om förhandsavgörande. I nästföljande tre avsnitt utforskar vi den EU-lagstiftning och rättspraxis som skulle hjälpa svenska domare att uppskatta EU-domstolens hållning.

---

<sup>40</sup> RÅ 2006 ref. 87 av den 20 oktober 2010.

<sup>41</sup> EU-domstolens mål C-223/98 *Adidas AG* av den 14 oktober 1999.

<sup>42</sup> EU-domstolens mål C-223/98 *Adidas AG* av den 14 oktober 1999, punkt 27, 33.

<sup>43</sup> Härutöver kan RÅ 2005 ref. 88 och RÅ 2005 ref. 87, båda av den 23 november 2005, nämnas som exempel på mål där sekretesslagens bestämmelser prövades mot EKMR:s respektive EU-rättsliga bestämmelser. Från underrättspraxis förekommer även Kammarrättens i Stockholms mål nr 5127-12 av den 7 november 2012. I detta fall försökte Statens haverikommission på nytt, men utan framgång, sig på luftfartsolycksförordningens art. 14 som grund för att vägra lämna ut allmänna handlingar. Kammarrätten återförvisade målet till haverikommissionen för en ”noggrann prövning” enligt TF och OSL. Kammarrättens i Stockholm mål nr 8596-12 av den 7 januari 2013, som avsåg samma ärende efter återförvisning, överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen där prövningstillstånd inte beviljades.

## 5. EU:s respektive medlemsstaternas kompetens enligt fördragen att lagstifta om sekretess

Ingår egentligen antagandet av en direkt tillämplig sekretessbestämmelse såsom art. 14 luftfartsolycksförordningen i EU:s lagstiftningskompetens? För att angripa detta problem undersöker vi i innevarande avsnitt kompetensen på vilken luftfartsolycksförordningen vilar.

Som utgångspunkt har EU delad kompetens med medlemsstaterna inom bland annat transportpolitikområdet.<sup>44</sup> Detta innebär att medlemsstaternas kompetens kvarstår fram tills dess att EU:s institutioner lagstiftar på området.

Luftfartsolycksförordningen är antagen på basis av art. 100.2 FEUF, som stadgar att Europaparlamentet och rådet får anta lagstiftning inom området sjö- och lufttransport enligt det ordinarie lagstiftningsförfarandet. I och med att EU genom denna och tidigare lagstiftning har utnyttjat sin kompetens på området anses medlemsstaternas kompetens ha upphört. Omfattningen hos den exklusionseffekt (eng: "pre-emptive effect") som uppstår i samband med att EU utnyttjar en delad befogenhet behandlas i Lissabonfördragets protokoll 25,<sup>45</sup> vilket förtydligar att endast de frågor som specifikt regleras i en unionsakt omfattas av befogenhetsutövandet (och därmed av dess exklusionseffekt).

Sekretess till skydd för känslig säkerhetsinformation regleras uttryckligen i luftfartsolycksförordningens art. 14. Som utgångspunkt innebär detta att lagstiftningsaktens exklusionseffekt även omfattar motsvarande bestämmelser om sekretess hos nationella myndigheter. Samtidigt måste det hållas i minnet att EU inte tilldelats någon specifik lagstiftningskompetens beträffande handlingsoffentlighet och sekretess hos nationella myndigheter. Att sekretessbestämmelser ändå inkluderats i förordningen utgör ett exempel på vad Stephen Weatherill kallar för en "competence creep":<sup>46</sup> EU:s institutioner utökar successivt EU:s kompetensområde inom ramen för utövandet av en befintlig kompetens. Eftersom EU saknar så kallad kompetens-kompetens,<sup>47</sup> är förutsättningarna för ett sådant utvidgande kringgärdade med restriktioner, och framförallt användningen av flexibilitets- och harmoniseringsklausulerna har

---

<sup>44</sup> Art. 4.2 g Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt, FEUF.

<sup>45</sup> Tilläggsprotokoll 25 till Lissabonfördragen om utövandet av delade befogenheter, enda artikel.

<sup>46</sup> Weatherill, Stephen, "Competence Creep and Competence Control", *Yearbook of European Law*, nr 23(1), 2004, s. 1–55.

<sup>47</sup> Avsaknad av kompetens-kompetens innebär att EU:s institutioner inte får tilldela sig någon utökad kompetens utöver vad som följer av fördragen. Kirchhof, Paul, 1999, s. 240; Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, tredje upplagan, 2007, s. 21.

varit föremål för prövning i EU-domstolen ett flertal gånger.<sup>48</sup> Beträffande luftfartsolycksförordningens samtliga bestämmelser har emellertid Europaparlamentet och rådet förlitat sig på EU:s sektorsspecifika kompetens utan användning av flexibilitets- och harmoniseringsklausulerna.

Får EU göra så här? Svaret på denna fråga varierar troligen beroende på vem som tillfrågas. Å ena sidan står vi inför det faktum att luftfartsolycksförordningen har antagits och trätt i kraft utan några svenska reservationer beträffande sekretessreglerna.<sup>49</sup> Som utgångspunkt skulle ett svenskt ifrågasättande av EU:s institutioners kompetens i dessa delar sakna trovärdighet redan av detta skäl. Härutöver kan noteras att ingen ogiltighetstalan har förts mot luftfartsolycksförordningen, från svenskt eller annat håll, samt att tidsfristen för en ogiltighetstalan har gått ut.<sup>50</sup> Å andra sidan, och oaktat EU-domstolens processregler, kvarstår frågan huruvida den svenska regeringen överhuvudtaget hade befogenhet att bemyndiga Europaparlamentet och rådet att lagstifta inom ett område som tillhör det svenska statsskickets kärna.<sup>51</sup> Läsaren noterar kanske här att denna ”andra sidan myntet” leder oss in i ett cirkelresonemang, som getts beteckningen ”the Ultra Vires Lock”. I avsnitt 7 kommer detta cirkelresonemang att utvecklas, men först några ord om EU-domstolens förhållningssätt till medlemsstaternas statsskick.

---

<sup>48</sup> Angående art. 352 FEUF (flexibilitetsklausulen) se EU-domstolens yttrande 2/94 av den 28 mars 1996 (”EKMR”) och angående art. 114 FEUF (harmoniseringsklausulen) se EU-domstolens mål C-376/98 Förbundsrepubliken Tyskland mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd av den 5 oktober 2000 (”Tabacco Advertising case”).

<sup>49</sup> Faktum är att Sverige inte synes ha reserverat sig i någon del mot kommissionens förslag på förordning. Två andra medlemsstater, Tyskland och Frankrike, invände däremot mot sekretessbestämmelsen i art. 14 (då art. 15). Av EU:s ständiga representanters kommittés (COREPER:s) protokoll över förhandlingarna (doc 7085/10 2009/1070 (COD)) framgår att dessa delegationer framhöll risken för en kompetensrock med nationella regler beträffande rättskipande myndigheters kompetens. Den slutgiltiga ordalydelsen förtydligade, delvis i linje med Tysklands och Frankrikes föreslagna ordalydelse, att såväl domstolar som myndigheter hade rätt att besluta om ett utlämnande. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st07/st07085.en10.pdf>, s. 4, 27–28, senast besökt 2013-08-13.

<sup>50</sup> Art. 263.6 FEUF stadgar att talan om EU-rättsaktens ogiltighet ska väckas inom två månader från den dag då åtgärden offentliggjordes.

<sup>51</sup> Om riksdagen enligt 10 kap. 6 § regeringsformen, RF, saknar befogenhet att genom fördragsratificering överlåta kompetens till EU inom ett visst område så har naturligtvis heller inte regeringen rätt att göra detta genom att medverka till rådets antagande av en lagstiftningsakt. Och om riksdagen enligt 10 kap. 6 § RF inte har haft rätt att föra över lagstiftningskompetens till EU, torde heller inte någon lagtolkningsbefogenhet i den delen ha överförts till EU-domstolen.

## 6. Ett ökat utrymme för den nationella konstitutionella identiteten?

Förhållandet mellan EU-rättens företräde och nationella principer om statskicketets grunder har hanterats av flera av medlemsstaternas författningsdomstolar.<sup>52</sup> Sedan länge råder en situation där EU-domstolen och författningsdomstolarna inte är överens om hierarkin mellan EU-rättsliga normer och nationella konstitutionella sådana. Resultatet är att medlemsstaternas regeringars argument inför EU-domstolen, angående avvikelser från EU-rätten till skydd för den nationella konstitutionella identiteten, sällan haft framgång hos EU-domstolen.<sup>53</sup>

Under senare år har det dock skett en viss konsolidering på området. Å ena sidan har exempelvis Tysklands författningsdomstol nyligen luckrat upp sina reservationer mot företrädesprincipen genom att förstärka den sedan tidigare existerande presumtionen för att EU:s fri- och rättighetsskydd ligger på en nivå som motsvarar det tyska rättighetsskyddet.<sup>54</sup> Å andra sidan har den nationella konstitutionella identiteten, i samband med Lissabonfördragets ikraftträdande år 2009, tilldelats ett fristående skydd genom art. 4.2 FEU: ”Unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer [...]”. Siniša Rodin har argumenterat att Lissabonfördragets uttryckliga hänvisning till ”konstitutionell” tillför begreppet ett mervärde:

[T]he wording of Article 4(2) TEU would appear to protect the right of the Member States and their citizens to define, independently of EU law, such elements of their constitutional

---

<sup>52</sup> BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Internationale Handelsgesellschaft (Solange I) av den 29 maj 1974; BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Wünsche Handelsgesellschaft (Solange II) av den 22 oktober 1986; BVerfGE 89, 155 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 Brunner m.fl. mot Europeiska Unionens Fördrag (Maastricht) av den 12 oktober 1993; Italienska konstitutionsdomstolen, mål nr 183/73 Frontini mot Ministero delle Finanze av den 27 december 1973.

<sup>53</sup> Se exempelvis EU-domstolens mål 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel av den 17 december 1970, punkt 3 samt mål C-212/06 Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon mot Gouvernement flamand av den 1 april 2008, punkt 58, där EU-domstolen uttalade att: ”en medlemsstat inte kan åberopa bestämmelser, praxis eller förhållanden i sin interna rättsordning, inbegripet sådana som följer av statens konstitutionella organisation, som grund för att underlåta att iakttä skyldigheter som föreskrivs i gemenskapsrätten.”

<sup>54</sup> BVerfGE 126, 286 2 BvR 2661/06 Ultra-vires-Kontrolle Mangold (”Honeywell”) av den 6 juli 2010. På detta tema, se Craig, Paul och de Búrca, Gráinne, EU Law. Text, Cases and Materials, femte upplagan, 2011, Oxford University Press, New York, s. 277–279.

and political order which make them unique and at the same time different from any other Member State or, indeed, from the European Union at large.<sup>55</sup>

Vilken betydelse kan då art. 4.2 FEU ha i praktiken? Redan sedan Maastrichtfördraget stadgas om respekt för den nationella identiteten. Hänvisningen till ”konstitutionella grundstrukturer” tillkom ursprungligen i det konstitutionella fördraget, som signerades år 2004 men aldrig ratificerades. I EU-domstolens rättspraxis från före år 2004 har konstitutionella värderingar och principer i förekommande fall åberopats till stöd för undantag från den fria rörligheten.<sup>56</sup> Rodin har dock övertygande argumenterat för att bestämmelsen även är relevant för att hantera kompetensfördelning i lagstiftningsstadiet:

In its regulatory dimension, Article 4(2) TEU can be understood as a rule that delimits the exercise of the powers conferred. In other words, it can be interpreted as prohibiting the Union from acting even in areas where regulatory competences have been conferred, if the exercise of such competences would affect Member States’ national identity.<sup>57</sup>

Sedan år 2004, och i synnerhet sedan Lissabonfördragets ikraftträdande, har EU-domstolen visat större lyhördhet. EU-domstolens rättspraxis har under senare år skiftat från det traditionella testet för undantag från den fria rörligheten (legitimt syfte, proportionell och ändamålsenlig utformning) i riktning mot en ökad handlingsfrihet (”margin of discretion”), i synnerhet beträffande så kallade ”essential elements” i den nationella identiteten.<sup>58</sup> Med detta avses att medlemsstaterna inte kan använda begreppet ”konstitutionell identitet” som trumfkort för att kringgå företrädesprincipen (vilken alltså träffar såväl lagnormer som grundlagsnormer<sup>59</sup>). Exempelvis fann EU-domstolen i målet Rottman att rätten att återkalla medborgarskap tillhör kärnan i den nationella suveräniteten, ett resonemang som ligger nära Generaladvokat Maduros

<sup>55</sup> Rodin, Siniša, ”National Identity and Market Freedoms after the Treaty of Lisbon”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, nr 7, 2011, s. 14.

<sup>56</sup> EU-domstolens mål C-473/93 Europeiska kommissionen mot Storhertigdömet Luxemburg av den 2 juli 1996; mål C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn av den 14 oktober 2004, punkt 12, 31–33.

<sup>57</sup> Rodin, Siniša, 2011, s. 18.

<sup>58</sup> von Bogdandy, Armin och Schill, Stephan, ”Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”, *Common Market Law Review*, nr 48, 2011, s. 1430–31; Rodin, Siniša, 2011. Det kan noteras att orden ”essential elements” inte förekommer explicit i EU-domstolens begreppsapparat, utan är ett samlingsnamn som i doktrinen tillskrivits ett antal näraliggande begrepp.

<sup>59</sup> Jämför EU-domstolens mål 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA av den 9 mars 1978, punkt 24 samt mål 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel av den 17 december 1970, punkt 3.



beskrivning i samma mål av medborgarskapsbestämmelser som en ”betydande del” i medlemsstaternas konstitutionella identitet.<sup>60</sup> I Sayn-Wittgenstein fann EU-domstolen att en särpräglad österrikisk ansats till jämlikhetsprincipen ingick som en del i den nationella konstitutionella identiteten, varför den ansågs kunna legitimera ett undantag från den fria rörligheten.<sup>61</sup> Detta mål ingår, enligt Armin von Bogdandy och Stephan Schill, i en fåra av rättspraxis enligt vilken den återopade aspekten av den konstitutionella identiteten måste knytas till nationella ”konstitutionella grundstrukturer” för att legitimera begränsningar av den fria rörligheten.<sup>62</sup>

Vi har så långt konstaterat att Lissabonfördragets nya ordalydelse och EU-domstolens senare rättspraxis talar för ett ökat handlingsutrymme för medlemsstaterna att förlita sig på argument om sin konstitutionella identitet. Offentlighetsprincipens betydelse för det svenska statskicket underströks specifikt i EU:s anslutningsfördrag i samband med Sveriges förklaring om offentlighetsprincipen:

Offentlighetsprincipen, särskilt rätten att ta del av allmänna handlingar, och grundlagsskyddet för meddelarfriheten, är och förblir grundläggande principer som utgör en del av Sveriges konstitutionella, politiska och kulturella arv.<sup>63</sup>

TF:s föreskrift om att alla begränsningar av tillgången till allmänna handlingar måste ske i eller genom hänvisning i OSL utgör en grundförutsättning för att säkerställa att inskränkningar i offentlighetsprincipen ligger under den svenska lagstiftarens kontroll.

Vi utesluter av dessa skäl inte möjligheten att även EU-domstolen (processrättsliga hinder oaktade) skulle erkänna offentlighetsprincipens genomslag som en konstitutionell grundstruktur hänförlig till den svenska konstitutionella identiteten.

---

<sup>60</sup> EU-domstolens mål C-135/08 Janko Rottman mot Freistaat Bayern av den 2 mars 2010, punkt 32. Förslag till avgörande av Generaladvokat M. Poiares Maduro i mål C-135/08 Janko Rottman mot Freistaat Bayern av den 30 september 2003, punkt 25.

<sup>61</sup> EU-domstolens mål C-208/09 Ilonka Sayn-Wittgenstein mot Landeshauptmann von Wien av den 22 december 2010, punkt 83.

<sup>62</sup> von Bogdandy, Armin och Schill, Stephan, 2011, s. 1430. Författarna hänvisar även till Generaladvokat M. Poiares Maduros förslag till avgörande i EU-domstolens mål C-213/07 *Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis m.fl.* av den 8 oktober 2008, punkt 33.

<sup>63</sup> Akt om villkoren för Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen av den 1 januari 1995, Slutakt, del III(J)(47) Förklaring av Sverige om offentlighetsprincipen och svarsförklaring av de nuvarande medlemsstaterna.

## 7. Lagprövningsbefogenhetens yttre gränser (cirkelresonemanget)

Vi slutar nu bortse från EU-domstolens processregler. Frågan om vilken domstol som är behörig att pröva EU-rättsakters giltighet är ett kontroversiellt spörsmål som ibland beskrivits som en blockering i EU-rätten ("the Ultra Vires Lock"<sup>64</sup>). Blockeringen beror på att företrädesprincipens räckvidd (enligt EU-domstolen) omfattar konstitutionella normer, men även på de processrättsliga förutsättningarna för en ogiltighetstalan. I det så kallade Maastricht-målet övervägde Tysklands författningsdomstol år 1993 den eventualiteten att EU:s institutioner skulle utöva befogenheter utan någon kompetensgrund i fördragen.<sup>65</sup> Efter att ha förbehållit sig rätten att även fortsatt pröva EU-rättsakters giltighet på grundval av Tysklands anslutningslag, tillade författningsdomstolen att produkter av ett eventuellt utövande av kompetens utanför fördragens explicita befogenhetsområden skulle komma att betraktas som ogiltiga i Tyskland.<sup>66</sup> Förutsättningarna under vilka den tyska författningsdomstolen ensidigt kunde tänka sig att ogiltigförklara en EU-rättsakt på grund av bristande kompetens utvecklades i Honeywell-målet.<sup>67</sup>

Ett grundläggande skäl för medlemsstater att förbehålla sig rätten att pröva EU-rättsakters giltighet är att EU-domstolens egen ogiltighetsprövning tar sikte på EU-rättsakters interna giltighet (deras förenlighet med fördragen) och inte deras externa giltighet (huruvida de vilar på kompetens som överlätit i behörig ordning enligt den nationella lagstiftningen).<sup>68</sup> Redan i Internationale Handelsgesellschaft uttalade EU-domstolen att "giltigheten av en gemenskapsakt eller dess verkan inom en medlemsstats territorium inte [påverkas] av att det görs gällande att den kränker grundläggande rättigheter i en medlemsstats författning eller principerna i dess författningsstruktur."<sup>69</sup>

Samtidigt förbjuder EU-rätten nationella domstolar att ensidigt ogiltigförklara EU-rättsakter – för detta anser sig EU-domstolen ha exklusiv behörig-

<sup>64</sup> Craig, Paul och de Búrca, Gráinne, 2011, s. 276.

<sup>65</sup> BVerfGE 89, 155 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 Brunner m.fl. mot Europeiska Unionens Fördrag (Maastricht) av den 12 oktober 1993.

<sup>66</sup> BVerfGE 89, 155 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 Brunner m.fl. mot Europeiska Unionens Fördrag (Maastricht) av den 12 oktober 1993, punkt 55, 99.

<sup>67</sup> BVerfGE 126, 286 2 BvR 2661/06 Ultra-vires-Kontrolle Mangold ("Honeywell") av den 6 juli 2010, punkt 61.

<sup>68</sup> Kirchhof, Paul, 1999, s. 228.

<sup>69</sup> EU-domstolens mål 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel av den 17 december 1970, punkt 3. Resonemanget upprepades i mål C-212/06 Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon mot Gouvernement flamand av den 1 april 2008, punkt 58.

het.<sup>70</sup> Vi tillämpar dessa principer på det svenska dilemma som står i centrum för denna artikel. Som tidigare nämnts har Sverige missat chansen att föra en så kallad direkt ogiltighetstalan mot luftfartsolycksförordningen.<sup>71</sup> Om en svensk domstol skulle hysa tvivel om luftfartsolycksförordningens giltighet anvisas denna, enligt EU-domstolens avgöranden i Foto-frost och ICC, istället att begära ett förhandsavgörande.<sup>72</sup> Av målet Textilwerke Degendorf följer emellertid att en part som hade tillfälle att föra en direkt ogiltighetstalan inom den i art. 263 FEUF angivna tidsfristen, men underlät att göra detta, inte kan föra en indirekt ogiltighetstalan inom ramen för ett förhandsavgörande.<sup>73</sup> Att detta även gäller då parten är en medlemsstat framgår av målet National Farmers' Union.<sup>74</sup> Dessa avgöranden försvårar, men gör det inte omöjligt, för svenska myndigheter och enskilda individer att under de här aktuella förutsättningarna föra en indirekt ogiltighetstalan mot luftfartsolycksförordningen.<sup>75</sup> I nästföljande avsnitt utvecklas det mer sannolika scenariot av de två, nämligen att en enskild åberopar ogiltigheten hos luftfartsolycksförordningens sekretessklausul inför en svensk förvaltningsdomstol.

## 8. Slutsatser beträffande luftfartsolycksförordningens giltighet och hantering

I detta avsnitt presenteras och utvärderas några tänkbara handlingsalternativ för en svensk domstol som i framtiden överprövar en myndighets beslut om att lägga art. 14 luftfartsolycksförordningen till grund för en vägran om att lämna ut en allmän handling.<sup>76</sup>

---

<sup>70</sup> EU-domstolens mål 314/85 Foto-Frost mot Hauptzollamt Lübeck-Ost av den 22 oktober 1987, punkt 17; mål 66/80 SpA International Chemical Corporation mot Amministrazione delle finanze dello Stato av den 13 maj 1981, punkt 12.

<sup>71</sup> Art. 263.6 FEUF stadgar att talan om EU-rättsaktens ogiltighet ska väckas inom två månader från den dag då åtgärden offentliggjordes.

<sup>72</sup> EU-domstolens mål 314/85 Foto-Frost mot Hauptzollamt Lübeck-Ost av den 22 oktober 1987, punkt 17; mål 66/80 SpA International Chemical Corporation mot Amministrazione delle finanze dello Stato av den 13 maj 1981, punkt 12.

<sup>73</sup> EU-domstolens mål C-188/92 Textilwerke Degendorf GmbH mot Bundesrepublik Deutschland av den 9 mars 1994, punkt 17–18.

<sup>74</sup> EU-domstolens mål C-241/01 National Farmers' Union mot Secrétariat général du gouvernement av den 22 oktober 2002, punkt 26–36.

<sup>75</sup> I myndighetens fall beror detta på huruvida dess förhållande till den svenska regeringen gör att den anses tillhöra kretsen av privilegierade taleberättigade, art. 263.2 FEUF. I individens fall beror detta på huruvida denne uppfyller de rekvisit som anges i art. 263.4 FEUF. Se vidare avsnitt 8.

<sup>76</sup> Vi utgår i detta avsnitt från att den relevanta svenska domstolen agerar utifrån en önskan om att främja offentlighetsprincipens genomslag.

Ett alternativ är för domstolen att med stöd i svenska förarbeten konstatera att vi har att göra med en ogiltig rättsakt som saknar rättsverkan i Sverige. Zetterquist menar att Lord Dennings följande ståndpunkt troligen delas av många domare i EU:s medlemsstater (vars värdegrund i likhet med Förenade kungarikets utgörs av det parlamentariska demokratiska statskicket<sup>77</sup>).

If the time should come when our Parliament [...] intentionally act[s] inconsistently with [the Treaty] and says so in express terms then I should have thought that it would be the duty of our courts to follow the statute of our Parliament.<sup>78</sup>

Ett sådant förfarande riskerar emellertid att underkännas av EU-domstolen vars rättspraxis tydliggör att nationella domstolar inte har rätt att ensidigt ogiltigförklara EU-rättsakter. Som vi tidigare påtalat skulle en sådan hållning även sakna trovärdighet i frånvaron av svenska invändningar mot sekretessbestämmelsen vid förhandlingarna i COREPER.<sup>79</sup>

Nästa alternativ är för den svenska domaren att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Som tidigare diskuterats har Sverige försuttit möjligheten att föra en direkt ogiltighetstalan. Men vad skulle hända om en individ som av en svensk myndighet nekats tillgång till allmänna handlingar, vilka omfattades av sekretess enligt 14 § luftfartsolycksförordningen, i samband med ett överklagande gjorde gällande att förordningen var ogiltig? Förutsatt att domstolen hänsköt frågan till EU-domstolen, skulle upptagandet till sakprövning bero på huruvida individen ursprungligen (hypotetiskt sett) skulle ha haft talan enligt art. 263 FEUF. Eftersom luftfartsolycksförordningen antagits enligt det ordinarie lagstiftningsförfarandet<sup>80</sup> skulle denna individ behöva visa att han var direkt och personligen berörd, ett krav som i rättspraxis visat sig vara nästintill omöjligt att uppnå.<sup>81</sup> Mot bakgrund av EU-domstolens restriktiva rättspraxis beträffande talerätt enligt art. 263 FEUF torde en individ i Bo Wiklunds eller Heliair Sweden AB:s situation inte kunna åstadkomma en direkt ogiltighetstalan. Under denna förutsättning öppnas emellertid möjligheten för en *indirekt* ogiltighetstalan genom art. 267 FEUF (begäran om förhandsavgörande). Det är detta scenario som skulle ha kapacitet att föra frågan om luftfartsolycksförordningens giltighet till EU-domstolens bord.

---

<sup>77</sup> Zetterquist, Ola, 2008, s. 8.

<sup>78</sup> House of Lords [1979] 3 All ER 329, hänvisning i Zetterquist, Ola, 2008, s. 7.

<sup>79</sup> COREPER:s protokoll över luftfartsolycksförordningens förhandlingar (doc 7085/10 2009/1070 (COD)) <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st07/st07085.en10.pdf>, s. 4, 27–28, senast besökt 2013-08-13.

<sup>80</sup> EU-domstolens mål C-583/11 P Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mot parlamentet och rådet av den 3 oktober 2013.

<sup>81</sup> EU-domstolens mål 25/62 Plaumann & Co. mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission av den 15 juli 1963.

I detta fall vore det fruktbart för förvaltningsdomstolen att till EU-domstolen hänskjuta frågan huruvida nationella domstolar och myndigheter kan underlåta att tillämpa art. 14 luftfartsolycksförordningen på grund av att en tillämpning av densamma skulle strida mot den nationella konstitutionella identiteten. Detta skulle sedermera ge den svenska regeringen möjlighet att genom observationer inför EU-domstolen argumentera för att så är fallet.

Mot bakgrund av EU-domstolens senare rättspraxis på området är det inte uteslutet att EU-domstolen för svenskt vidkommande skulle godta offentlighetsprincipens genomslag såsom hänförlig till den ”konstitutionella grundstrukturen”. Detta skulle dock inte per automatik innebära att luftfartsolycksförordningen är att betrakta som ogiltig – den mest långtgående tänkbara eftergiften skulle vara att EU-domstolen tillerkänner Sverige ett undantag från luftfartsolycksförordningens tillämpning, förutsatt att kraven om proportionalitet och ändamålsenlighet varit uppfyllda.

Frågan kvarstår hur en svensk lösning skulle kunna utformas för att tillgodose luftfartsolycksförordningens krav på hantering av känslig säkerhetsinformation, utan att göra oacceptabla avkall på offentlighetsprincipens genomslag. I luftfartsolycksförordningens fall skulle exempelvis en hänvisning kunna föras in i OSL eller OSF till sekretessbestämmelsen i art. 14. Denna lösning skulle förvisso avhjälpa den sedan år 2010 rådande diskrepansen mellan luftfartsolycksförordningen och svensk sekretesslagstiftning, men den skulle inte förebygga uppkomsten av en senare likartad situation. Vi avslutar därför med några ord om framtiden.

## 9. Framåtblick

Om EU:s institutioner i framtiden antar direkt tillämplig lagstiftning som inskränker rätten för individen att ta del av allmänna handlingar, vilka handlingalternativ står till regeringens och lagstiftarens förfogande? Vår uppfattning, vilken också är den allmänna hållningen i svenska lagmotiv, är att EU inte har kompetens att lagstifta på området offentlighet och sekretess för allmänna handlingar hos svenska myndigheter. Emellertid utgör den instruktion som följer av svenska lagmotiv (att domstolen ensidigt ogiltigförklarar EU-rättsakten) ett politiskt kostsamt alternativ. Detsamma gäller möjligheten att föra en ogiltighetstalan inom tvåmånadersfristen.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> En indikation på detta är hur EU:s övriga medlemsstater uttryckt sig i sin svarsförklaring till Sveriges förklaring om offentlighetsprincipen ”Unionens nuvarande medlemsstater noterar att Sverige avgett en unilateral förklaring om öppenhet och insyn. De förutsätter att Sverige som medlem i Europeiska unionen kommer att fullt ut följa gemenskapsrätten i detta avseende.” Akt om villkoren för Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Kon-

Om liknande sekretessföreskrifter för nationella myndigheter föreslås på EU-nivå är det därför vår förhoppning att Brysselrepresentationen verkar för en formulering som ger utrymme för skillnader mellan nationella myndigheters handläggning av sekretessärenden, såsom exempelvis förespråkades av Tyskland och Frankrike vid förhandlingarna om luftfartsolycksförordningen.<sup>83</sup>

I andra hand efterfrågar vi att nödvändiga åtgärder genomförs av lagstiftaren. Att en EU-rättsakt antas i form av en förordning innebär inte att medlemsstaterna är befriade från att anpassa den inhemska lagstiftningen. Exempelvis skulle den svenska lagstiftaren kunna a) föra in ett stycke i OSL eller den svenska regeringen i OSF som i sin tur hänvisar till den relevanta EU-rättsliga sekretessbestämmelsen (såsom vi föreslagit ovan beträffande art. 14 luftfartsolycksförordningen); b) föra in en allmän hänvisning i OSL till möjligheten att genom EU-förordningar begränsa rätten att ta del av allmänna handlingar; eller c) ta bort villkoret i 2 kap. 2 § TF om att sekretessbestämmelser skall anges i eller genom hänvisning i OSL. De sistnämnda två alternativen skulle emellertid utgöra ett frikort för EU att genom framtida lagstiftningsåtgärder ytterligare begränsa rätten att ta del av allmänna handlingar hos nationella myndigheter, vilket skulle få svåröverskådliga konsekvenser för offentlighetsprincipens effektiva genomslag i Sverige.

Det alternativ som skulle innebära minsta möjliga inskränkning av rätten att ta del av allmänna handlingar är alltså att i förekommande fall föra in nödvändiga hänvisningar i OSL eller OSF till eventuella EU-rättsliga bestämmelser om sekretess hos nationella myndigheter. Detta skulle säkerställa att offentlighetsprincipens genomslag kvarstod under riksdagens kontroll och samtidigt befria svenska domare från att behöva välja mellan två motstridiga konstitutionella normer.

---

ungariket Sveriges anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen av den 1 januari 1995, Slutakt, del III(J)(47) Förklaring av Sverige om offentlighetsprincipen och svarsförklaring av de nuvarande medlemsstaterna.

<sup>83</sup> Se vidare fotnot 49 ovan.