

Nordiskt ljus under skäppan? Om allmänna presumtioner för undantag i EUs öppenhetsförordning

1 Inledning

Fram till år 1992 innehöll EU-fördragen inga regler om allmänhetens tillgång till handlingar hos EUs institutioner. Man såg lagstiftningsarbetet i första hand som en diplomatisk process mellan medlemsländerna och ansåg också att dessa och EUs domstol(ar) och institutioner på den ena sidan och berörda parter på den andra måste kunna utföra sitt förberedelsearbete och sina förhandlingar utan att störas av "utomstående".

Sverige har en lång tradition när det gäller öppenhet och transparens, och allmänhetens insyn i den offentliga förvaltningen får anses utgöra ett svenskt kärnvärde. Det är därför inte förvånande att Sveriges medlemskap i EU 1995 bidrog till en betydande förändring i synen på öppenhet. Den attitydförändringen ledde senare fram till den förordning om ökad öppenhet och insyn som antogs av EU 2001. Sverige har tillsammans med övriga nordiska medlemsländer fortsatt att driva på utvecklingen och Sverige uppträder inför EUs domstolar för att försvara och vidga den rätt till insyn som uppnåtts.

Rättspraxis i EUs domstolar har emellertid delvis gått i motsatt riktning. Detta tog sin början i ett mål där just Sverige var en av parterna, *Sverige och Turco mot Rådet*.¹ Målet rörde Rådets vägran att på begäran av Europaparlamentsledamoten Maurizio Turco lämna ut vissa delar av ett yttrande av Rådets rättstjänst rörande ett förslag om asylrätt. Tribu-

¹ Dom den 1 juli 2008 i mål C-39/05 P och C-52/05 P Sverige och Turco mot Rådet, EU:C:2007:75.

nalen hade upprätthållit Rådets beslut eftersom ett offentliggörande enligt Tribunalen kunde så tvivel om lagenligheten i EUs lagstiftning och underminera rättstjänstens oavhängighet samtidigt som den öppenhet, demokrati och medborgarnas deltagande i beslutsprocesserna som eftersträvades genom öppenhetsförordningens regler inte i sig ansågs utgöra ett övervägande allmänintresse enligt förordningen.

Domstolen underkände resonemanget på samtliga punkter och ogiltigförklarade Tribunalens dom och Rådets beslut. Domstolen menade att lagenligheten av en rättsakt snarare förstärks om dess motivering förbättras för att undvika kritik och att ökad insyn istället leder till ökad legitimitet för beslutsprocessen i dess helhet. Rådets påståenden om faran för rättstjänstens oavhängighet fann Domstolen för allmänt hållna. Slutligen framhöll Domstolen att ökad öppenhet, och i förlängningen ökad legitimitet för förvaltningen, kan utgöra ett övervägande allmänintresse.

Men Domstolen gjorde samtidigt (i p 50) ett uttalande som kom att bli utgångspunkten för en rättsutveckling som i viss mån gått i motsatt riktning. Domstolen uttalade följande vad gällde Rådets motiveringsplikt när det gäller undantag från principen om öppenhet:

”Det står härvidlag rådet i princip fritt att grunda sig på allmänna presumptionsregler, som är tillämpliga på vissa kategorier av handlingar, eftersom allmänna överväganden av liknande slag kan tillämpas på ansökningar om utlämnande av handlingar av samma art. Rådet är emellertid skyldigt att i varje enskilt fall kontrollera huruvida de allmänna överväganden som normalt sett är tillämpliga på handlingar av visst slag, faktiskt är tillämpliga på den handling som begärs utlämnad.”

Det är om dessa presumptionsregler och den rättspraxis, som senare utvecklats runt dem, som denna artikel ska handla. Men låt oss först ta ett steg tillbaka.

2 Lagstiftningen

1992 antogs deklaration nr 17 till Maastricht-fördraget som, även om deklarationen inte själv hade någon bindande effekt, får anses utgöra grunden för utvecklingen av rätten för allmänheten att få tillgång till EUs handlingar.² I förklaringen understryks att transparens i beslutsfattandet stärker demokratin och allmänhetens förtroende för förvaltningen,

² EGT 1992; C 191, p 101.

och ett uppdrag gavs åt Rådet att under 1993 lämna en rapport om hur allmänhetens tillgång till information och handlingar skulle kunna förbättras. Senare antog också Rådet och Kommissionen en uppförandekod för att åstadkomma en sådan tillgång för allmänheten.³ Dessa följdes av motsvarande koder för Parlamentet, Ekonomiska och Sociala Kommittén samt Regionkommittén.⁴

Men det var först genom Amsterdam-fördraget (1999) som allmänhetens tillgång till handlingar hos EUs institutioner lagfästes (artikel 255). Därmed lades grunden till den förordning om allmänhetens tillträde till Parlamentets, Rådets och Kommissionens handlingar som tillkom 2001 och som alltjämt är ikraft.⁵ Jag kallar den hädanefter öppenhetsförordningen eller förordningen.

Denna rätt till insyn har fått ett förstärkt skydd genom EUs rättighetsstadga (2000) i artikel 42 och Lissabon-fördraget (2009) i artiklarna 1 (2) EU och 15 EUF. Idag får rätten för allmänheten att få tillgång till institutionernas handlingar, med hänsyn till dessa artiklar och Domstolens praxis, anses utgöra en allmän rättsprincip inom EU.

Men sedan har det inte hänt så mycket på lagstiftningssidan. I sin rapport 2004 enligt artikel 17(2) i öppenhetsförordningen nöjde sig Kommissionen med att föreslå vissa begränsade åtgärder för att t ex förbättra registerhållningen av handlingar.⁶ Genom en senare grönbok 2007 inleddes en allmän konsultation om förändringar av öppenhetsförordningen⁷, som följdes av en rapport om resultatet 2008.⁸ Samma år lämnade Kommissionen ett förslag om ändringar av öppenhetsförordningen genom vilket bland annat allmänhetens tillgång till rättegångshandlingar och utredningsakter helt skulle undantas.⁹ De lagstiftande organen, Parlamentet, Rådet och Kommissionen, har dock inte kunnat enas.

Den fortsatta rättsutvecklingen har därför skett i EUs domstolar.

³ EGT 1993, L 340/41 och EGT 1994, L 46/58.

⁴ EGT 1997, L 263/27, EGT 1997, L 339/18 respektive EGT 1997, L 351/70.

⁵ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar.

⁶ COM(2004) 45 final.

⁷ COM(2007) 185 final.

⁸ SEC(2008) 29/2.

⁹ COM(2008) 229 final. Ett ytterligare förslag av teknisk natur lämnades 2011, COM(2011) 137 final.

3 Närmare om öppenhetsförordningen och dess tillämpning

Innan vi kommer till denna rättspraxis, som är föremålet för min artikel, är det på sin plats att något uppehålla sig vid själva förordningen. Här återger jag bara de delar som jag bedömer ha direkt betydelse för ämnet.

Syftet är att skapa största möjliga tillgång till handlingar (skäl 4 och artikel 1). Förordningen tillämpas på alla handlingar hos en institution oavsett verksamhetsområde och oberoende av form eller medium (artikel 2.3 och 3.a). Enligt ingressen ska större tillgång ges åt handlingar när institutionerna agerar i egenskap av lagstiftare (skäl 6).¹⁰ En sökande behöver inte ange något skäl för sin ansökan (artikel 6.1). Om ansökan t ex omfattar ett mycket stort antal handlingar, får institutionen samråda med sökanden för att hitta en lösning på hur ansökan ska hanteras (artikel 6.3).

En ansökan ska bekräftas av institutionen och ska behandlas skyndsamt (artikel 7.1). Tillgång ska beviljas eller motiverat avslag meddelas inom 15 arbetsdagar. Vid avslag eller uteblivet besked kan sökanden ge in en bekräftande ansökan inom 15 arbetsdagar (artikel 7.2 och 7.4). Även denna ska behandlas skyndsamt och leda till beslut inom 15 arbetsdagar. I undantagsfall, t ex om ansökan omfattar ett stort antal handlingar, får fristen förlängas med 15 arbetsdagar (artikel 7.3). Man kan således tala om en prövning i två steg hos den berörda institutionen, där det är det slutliga beslutet som överklagas. Vid slutligt avslag eller uteblivet beslut kan sökanden väcka talan mot institutionen inför Tribunalen och/eller framföra klagomål hos EUs ombudsman (artikel 8).

Undantagen från skyldigheten att ge allmänheten tillgång till handlingar regleras i artikel 4. Den innehåller dels vissa absoluta förbud, dels vissa relativa sådana. De absoluta förbuden rör skyddet för allmänna samhällsintressen som säkerhet, försvar och internationella förbindelser (artikel 4.1.a) samt den enskildes privatliv och integritet (artikel 4.1.b).

De relativa förbuden avser dels skyddet för affärsintressen, rättsliga förfaranden och juridisk rådgivning samt inspektioner och utredningar (artikel 4.2), dels skyddet för institutionernas beslutsförfarande (artikel 4.3). Dessa undantag kräver att ett skaderekvisit (att skyddet "undergrävs" eller "allvarligt undergrävs") uppfylls för att undantaget ska kunna

¹⁰ Se även dom av den 1 juli 2008 i mål C-39/05 P och C-52/05 P Sverige och Turco mot Rådet, EU:C:2007:75, p 46.

tillämpas. De innebär vidare att en avvägning ska ske mellan det skyddsvärda intresset och allmänintresset av att ett utlämnande sker. Väger samhällsintresset över, ska handlingen lämnas ut.

Om handlingen kommer från en utomstående, ska samråd ske med denna om det inte är uppenbart att utlämnade ska eller inte ska ske (artikel 4.4). Härrör handlingen från en medlemsstat, kan denna behöva lämna sitt medgivande (artikel 4.5).

Om undantaget i fråga endast täcker en del av handlingen ska övriga delar lämnas ut (artikel 4.6).

Utgångspunkten är att man ska ge så vidsträckt tillgång till handlingar som möjligt¹¹ och att undantagen ska tolkas så restriktivt som möjligt¹² samtidigt som institutionerna i komplexa frågor som rör skyddet för till exempel viktiga samhällsintressen har ett betydande utrymme för en skönsmässig bedömning.¹³

Även om det inte klart framgår av öppenhetsförordningen, är huvudregeln att institutionen måste granska varje berörd handling för att bedöma om ett utlämnande, helt eller delvis, kan ske.¹⁴

Domstolen har som regel angivit ett förfarande i tre steg för att bedöma om en handling kan lämnas ut.¹⁵ För det första ska institutionen ifråga försäkra sig om att ett undantag är tillämpligt och vilka delar av handlingen som i så fall omfattas av undantaget. Här är det naturligtvis inte benämningen på handlingen i sig utan själva innehållet i den som faller avgörandet. För det andra ska prövas om utlämnandet kan äventyra det skyddsintresse som undantaget ifråga avser. Denna risk får inte enbart vara hypotetisk utan måste rimligen kunna förutses. För det tredje ska kontrolleras om det finns något allmänintresse som väger tyngre än det aktuella skyddsintresset. I så fall ska handlingen (eller de känsliga delarna) lämnas ut trots att skyddsintresset ifråga kan äventyras av utlämnandet.

Domstolen har vidare angivit vilken motivering som krävs när utlämnande vägras.¹⁶ Den berörda institutionen ska förklara dels hur tillgång

¹¹ Dom den 1 februari 2007 i mål C-266/05 P Sison mot Rådet, EU:C:2007:75, p 61.

¹² Dom den 18 december 2007 i mål C-64/05 P Sverige mot Kommissionen, EU:C:2007:802, p 66.

¹³ Dom den 1 februari 2007 i mål C-266/05 P Sison mot Rådet, EU:C:2007:75, p 34.

¹⁴ Dom den 7 februari 2002 i mål T-211/00 Kuijer mot Rådet, EU:T:2002:30, p 56.

¹⁵ Dom den 1 juli 2008 i mål C-39/05 P och C-52/05 P Sverige och Turco mot Rådet, EU:C:2007:75, p 37–45.

¹⁶ Dom den 1 juli 2008 i mål C-39/05 P och C-52/05 P Sverige och Turco mot Rådet, EU:C:2007:75, p 48–49.

till handlingen (eller delar av den) ”konkret och faktiskt” skulle riskera att skada det skyddade intresset, dels varför det inte föreligger något övervägande allmänintresse.

4 De allmänna presumtionsreglerna

Låt oss nu återvända till de presumtionsregler som etablerades 2008 av Domstolen i målet *Turco* men som inte kom till användning i det målet. Den fortsatta redogörelsen för praxis kommer dock att av utrymmesskäl bli summarisk och långt ifrån fullständig.

Det verkliga avstampet i utvecklingen av allmänna presumptioner för undantag från insyn av hela grupper, för att inte säga akter, av handlingar kom att ske 2010 genom Domstolens dom i statsstödsålet *TGI* (där Sverige intervenerade) som rörde TGIs begäran att få ut samtliga handlingar (d v s hela akten) i ett statsstödsärende som angick bolaget.¹⁷ Kommissionen vägrade med motiveringen att tillgång till handlingarna riskerade att undergräva skyddet för syftet med inspektioner och utredningar (4.2 tredje strecksatsen). TGI överklagade till Tribunalen (med stöd av bland andra Sverige som intervenient).

Tribunalen fann att undantagen i öppenhetsförordningen avsåg enskilda handlingar och att en konkret prövning som utgångspunkt måste ske för varje handling som avsågs i ansökan. En sådan enskild granskning kunde enligt Tribunalen bara undvikas om det var uppenbart att samtliga handlingar skulle eller inte skulle lämnas ut eller om dessa handlingar redan varit föremål för en individuell prövning under liknande omständigheter. Tribunalen konstaterade att någon individuell och konkret prövning inte skett och fann vidare att Kommissionens hänvisning till behovet av ett lojalt samarbete och ömsesidigt förtroende mellan Kommissionen, medlemsstaten och de berörda företagen var för allmänt hållen för att motivera ett undantag av samtliga handlingar i ärendet.

Domstolen upphävde Tribunalens dom och ogillade TGIs talan mot Kommissionen. Domstolen anknöt (p 54) härvid till de presumtionsregler som den redan etablerat i målet *Turco*.

Domstolen framhöll att en sådan presumtionsregel fann stöd i den aktuella statsstödsförordningen som inte föreskrev någon rätt till tillgång till handlingar i Kommissionens ärenden utöver skyldigheten att

¹⁷ Dom den 29 juni 2010 i mål C-139/07 P Europeiska kommissionen mot Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, EU:C:2010:376.

överlämna inkommande synpunkter för yttrande till den medlemsstat som är motpart i ärendet. Även om den begränsade rätten till tillgång till handlingar i ett statsstödsärende vilar på en annan rättslig grund än rätten till tillgång enligt öppenhetsförordningen, menade Domstolen att de funktionellt leder till ett jämförbart resultat. Oavsett rättslig grund innebär nämligen en insyn för samtliga intresserade parter att dessa kan beakta denna kunskap i sina egna yttranden och att systemet för granskning av statliga stödåtgärder äventyras. De begränsningar i rätten till en sådan tillgång som finns i statsstödsreglerna borde därför ha beaktats av Tribunalen vid tolkningen av undantaget i öppenhetsförordningen till skydd för inspektioner och utredningar.

Tribunalen borde därför enligt Domstolen ha dragit slutsatsen att det finns en allmän presumptionsregel av innebörd att utlämnandet av handlingar i ett statsstödsärende i princip alltid undergräver skyddet för syftet med utredningen. Domstolen tillade att det står intresserade parter fritt att styrka att en viss handling inte omfattas av presumptionsregeln eller ska utlämnas med hänsyn till ett övervägande allmänintresse.

Samma år meddelade Domstolen sin dom i *API*-målen (där Sverige var part). Nu rörde det sig om tillgång till en institutions rättegångshandlingar i mål vid EUs domstolar.¹⁸

Målen avsåg en ansökan av en sammanslutning av journalister (API) om att få tillgång till Kommissionens inlagor i en rad av mål inför EUs domstolar rörande bland annat förfaranden om koncentrationskontroll, statsstöd och fördragsbrott. Kommission hade vägrat att lämna ut handlingarna under åberopande av undantaget till skydd för rättsliga förfaranden (4.2 andra strecksatsen). Kommissionen hänvisade dels till att vissa rättsliga förfaranden fortfarande pågick, dels till att andra förfaranden visserligen avslutats men att det förelåg ett nära samband med pågående mål, dels slutligen till att handlingarna i ett mål om fördragsbrott alltid var undantagna enligt undantaget till skydd för inspektioner och utredningar (4.2 tredje strecksatsen).

Tribunalen underkände Kommissionens beslut vad avser vägran att lämna ut dels inlagorna i ett avslutat mål med hänsyn till ett nära samband till ett annat mål, dels inlagorna i ett antal fördragsbrottsmål med hänvisning till undantaget till skydd för inspektioner och utredningar eftersom någon utredningsverksamhet inte pågick. Däremot upprätthölls

¹⁸ Dom den 21 september 2010 i mål C-514/07 P, C-528/07 P och C-532/07 P Sverige mot API och Kommissionen, EU:C:2010:541.

Kommissionens beslut vad avser inlagorna i pågående mål så länge muntlig förhandling i målen inte hållits.

Domstolen slog fast (p 94) att det finns en allmän presumtion att tillgång (hos institutionen) till en institutions inlagor i ett domstolsförfarande undergräver skyddet för detta förfarande under den tid förfarandet pågår (d v s även i tiden efter det muntliga förfarandet). Domstolen framhöll (p 77) att sådana inlagor snarare hör till den dömande verksamheten än till institutionens förvaltningsverksamhet och att den senare inte heller kräver samma omfattande insyn som en institutions lagstiftningsverksamhet. Domstolen påpekade (p 82–90) att EUs domstolar i sin dömande verksamhet överhuvudtaget inte omfattas av öppenhetsreglerna i fördraget eller förordningen och att en insyn för motparten i en institutions inlagor riskerar att påverka institutionens ståndpunkt i målet och balansen mellan parterna i detta. Det rättsliga förfarandet måste få pågå ostört och utan risk för påverkan på den dömande verksamheten. Domstolen påminde också (p 103) om möjligheten att motbevisa presumtionens tillämplighet och att styrka att en viss handling inte omfattas av den.

Det kan avslutningsvis noteras att Domstolen avvisade (p 101–102) APIs hänvisningar till öppenheten i andra nationella rättssystem som skäl för att ge insyn med hänvisning till att motsvarande regler just saknas i unionsdomstolarnas rättegångsregler. Här återfinner vi således samma resonemang som i målet TGI ovan av innebörd att avsaknaden av rätt till insyn för andra än direkt berörda parter enligt reglerna för ett visst förfarande ska beaktas vid bedömningen av frågan om en allmän presumtion kan uppställas för undantag till skydd för ett sådant förfarande.

I sin dom 2012 i målet *Agrofert Holdings*¹⁹ (där Sverige intervenerade) utvidgade Domstolen den allmänna presumtionen till att gälla även för undantag till skydd för inspektioner och utredningar i koncentrationskontrollärenden.

Med hänsyn till de känsliga uppgifterna om inblandade företags ekonomiska verksamhet fann Domstolen (p 66) att presumtionen, vad gäller handlingar som utväxlats i ärendet med berörda företag, ska tillämpas på undantaget till skydd för inspektioner och utredningar även i tiden efter det att ärendet avslutats, eftersom ett utlämnande bland annat kan skada företagets beredvillighet att samarbeta med Kommissionen. Återigen påminde Domstolen (p 68) om möjligheten att motbevisa presumtionen.

¹⁹ Dom den 28 juni 2012 i mål C-477/10 P Europeiska kommissionen mot Agrofert Holdings a.s., EU:C:2012:394.

Däremot framhöll Domstolen (p 74), med hänvisning till sin dom i målet *My Travel* (där Sverige var part),²⁰ att den berörda institutionen, när en undersökning i ett koncentrationskontrollförfarande har slutförts och beslutet vunnit laga kraft, måste göra en konkret och individuell prövning av varje intern handling och vid en vägran att lämna ut den förklara varför ett utlämnande skulle medföra ”konkret och faktisk skada” på de skyddade intressena.

I sin dom samma år i målet *Odile Jacobs*²¹ (där Sverige intervenerade) bekräftade Domstolen att utväxlade handlingar med berörda företag i ett koncentrationskontrollförfarande omfattas av en allmän presumtion för undantag oavsett om förfarandet avslutats eller inte (p 124) medan interna handlingar inklusive juridiska yttranden av Kommissionens rättstjänst endast omfattas av denna till dess beslutet i förfarandet vunnit laga kraft. Domstolen tillade dock (p 130) att en allmän presumtion till skydd för beslutsförfarandet (4.3 andra stycket) gäller även för den sistnämnda kategorin av handlingar så länge det är oklart om den berörda institutionen kan behöva återuppta utredningen med anledning av en domstolsprövning av beslutet. Domstolen påminde åter om möjligheten till motbevisning (p 126) och preciserade att tillämpning av en allmän presumtion innebär att det inte heller behöver prövas om en handling kan lämnas ut delvis (p 133).

År 2013 avkunnade Domstolen sin dom i målet *LPN*²² (där Sverige intervenerade) som rörde en miljöorganisations begäran om tillgång till handlingar i ett fördragsbrottsärende mot Portugal rörande ett dammbygge. Domstolen påpekade inledningsvis (p 46) att den redan har slagit fast att allmänna presumptionsregler kan tillämpas i tre specifika fall, nämligen handlingar i Kommissionens akt i statsstödsärenden, handlingar som utväxlats mellan Kommissionen och berörda företag i koncentrationskontrollärenden samt en institutions inlagor i ett domstolsförfarande. Den konstaterade sedan att LPN begärt tillgång till en grupp handlingar hos Kommissionen och att detta skett när förfarandet alltjämt befann sig i den administrativa fasen hos Kommissionen. Efter att ha klargjort förhållandet mellan öppenhetsförordningen och en annan för-

²⁰ Dom den 21 juli 2011 i mål C-506/08 P Sverige mot Europeiska kommissionen (*My Travel*), EU:C:2011:496.

²¹ Dom den 28 juni 2012 i mål C-404/10 P Europeiska kommissionen mot *Éditions Odile Jacob SAS*, EU:C:2012:393.

²² Dom den 14 november 2013 i mål C-514/11 P och C-605/11 P Liga para a Protecção da Natureza (LPN) och Finland mot Europeiska kommissionen, EU:C:2013:738.

ordning²³ som reglerar tillgång till handlingar i miljöärenden (som inte befanns tillämplig) slog Domstolen fast (p 64) att alla handlingar i den administrativa fasen i ett fördragsbrottsärende utgör en och samma kategori av handlingar vid tillämpningen av den allmänna presumtionsregeln. Därefter fastställde Domstolen att det kan presumeras att ett utlämnande av handlingar hänförliga till denna fas kan ändra förfarandets karaktär och förlopp och undergräva det skydd för syftet med utredningen som avses i öppenhetsförordningen (4.2 tredje strecksatsen).

Domstolen repeterade (p 66) åter att det står sökanden fritt att styrka att en viss handling i akten inte omfattas av presumptionen eller ska utlämnas med hänsyn till ett övervägande samhällsintresse samt tillade (p 67) att Kommissionen inte är skyldig att grunda sitt beslut på allmänna presumtionsregler. En institution kan således välja, i ett fall där en allmän presumtion är tillämplig, att ändå göra en konkret prövning av de handlingar som omfattas av ansökan. Enligt Domstolen är en institution till och med skyldig att lämna ut handlingar om den konstaterar att ett förfarande har sådana särdrag att ett helt eller partiellt utlämnande av handlingar kan ske.

Vad gäller frågan om ett övervägande allmänintresse uttalade Domstolen (p 92–96) att det ankommer på sökanden att ”på ett konkret sätt” åberopa de omständigheter som visar att det finns ett sådant intresse. Domstolen fann samtidigt att omständigheten att LPN i sin egenskap av miljöorganisation begärt ut handlingarna för att kunna komplettera de uppgifter som Kommissionen hade i fördragsbrottsärendet inte visade ett sådant allmänt intresse som avses i öppenhetsförordningen.

Domstolens dom senare samma år i målet *Acces Info*²⁴ rörde en begäran om tillgång till en enda handling hos Rådet bestående i ett internt meddelande rörande ett förslag till en ny öppenhetsförordning. Domstolen bekräftade åter, trots att det endast rörde sig om en handling, att en institution kan grunda sig på allmänna presumtionsregler för att uppfylla sin skyldighet att förklara hur tillgången till handlingen ”konkret och faktiskt” skulle skada det intresse som skyddas av ett undantag i artikel 4 i öppenhetsförordningen. Domstolen tillade emellertid att det ankom-

²³ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1367/2006 av den 6 september 2006 om tillämpning av bestämmelserna i Århuskonventionen om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor på gemenskapens institutioner och organ.

²⁴ Dom den 17 oktober 2013 i mål C-280/11 P Europeiska unionens råd mot Access Info Europe, EU:C:2013:671.

mer på institutionen att precisera vilka allmänna överväganden som utgör grunden för presumptionen att ett utlämnande skulle undergräva ett av de intressen, som skyddas av undantagen, men detta kan således ske utan att institutionen behöver göra en konkret bedömning av varje handling. Domstolen ansåg dock att Rådet inte uppfyllt sin skyldighet i detta avseende.

2014 kom Domstolens dom i målet *Sophie in 't Veld*²⁵, som avsåg en Europaparlamentsledamots ansökan om att få tillgång till ett yttrande av Rådets juridiska avdelning rörande ett bemyndigande att inleda förhandlingar med USA om ett internationellt avtal för att bekämpa finansiering av terrorism. Tribunalen hade funnit att Rådet haft stöd för sin vägran i den del den avsåg de delar av yttrandet som kunde röja EUs strategiska mål med förhandlingarna medan så inte var fallet vad gäller de delar som avsåg avtalets rättsliga grund. Tribunalen påpekade i den senare delen att någon risk för EUs trovärdighet i förhandlingarna inte kunde presumeras på grund av att det förekommit en diskussion om institutionernas behörighet i internationella frågor.

Domstolen godtog Tribunalens resonemang. Efter att ha repeterat (p 51–53) den analys i tre steg som regelmässigt ska ske vid en prövning av om en handling kan utlämnas, konstaterade Domstolen (p 56) att det inte ur rättspraxis är möjligt att skönja någon allmän regel av innebörd att meningsskiljaktigheter om behörigheten att träffa internationella avtal skulle skada det allmänna samhällsintresset ifråga om EUs internationella förbindelser (artikel 4.1.a tredje strecksatsen). I det konkreta fallet var det dessutom enligt Domstolen rätt att ta hänsyn till att väsentliga delar av yttrandet redan hade offentliggjorts trots att detta skett i strid med tillämpliga regler.

Efter att således ha avvisat tillämpningen av en allmän presumption, påminde Domstolen (p 63–64) om att en institution, även om den ska ges ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning vid sin prövning av frågan om ett undantag kan tillämpas på en viss handling, likväl är skyldig att förklara hur tillgången till handlingen rent konkret och faktiskt kan riskera att skada det berörda skyddsintresset och att denna risk måste kunna förutses och inte endast vara hypotetisk.

Ej heller kan skyddet för juridisk rådgivning (artikel 4.2 andra strecksatsen) presumeras endast på den grunden att det rör sig om interna-

²⁵ Dom den 3 juli 2014 i mål C-350/12 P Europeiska unionens råd mot Sophie in 't Veld, EU:C:2014:2039.

tionella förbindelser utan en sådan presumtion måste enligt Domstolen (p 101) bli föremål för en särskild förklaring som avviker från den som redan underkänts för det särskilda undantaget för sådana förbindelser.

Samma år meddelade Domstolen sin dom i målet *EnBW*²⁶ (där Sverige intervenerade), som avsåg en ansökan av ett bolag (*EnBW*), som ansåg sig ha lidit skada till följd av en kartell där Kommissionen efter undersökning fattat sitt beslut, att (med vissa undantag) få tillgång till Kommissionens akt i ärendet. Kommissionen hade vägrat tillgång till handlingarna under åberopande av undantagen till skydd för inspektioner och undersökningar (4.2 tredje strecksatsen), institutionens beslutsförfarande (4.3) samt berörda företags affärsintressen (4.2 första strecksatsen).

Domstolen påminde om (p 66) att den vid det här laget godtagit att allmänna presumptionsregler kan tillämpas i fyra specifika fall (där således skyddet för handlingar under den administrativa fasen av ett fördragsbrottsförfarande tillkommit genom domen i målet *LPN* ovan). Därefter framhöll Domstolen (p 67–68) att ansökan i samtliga dessa mål avsett inte endast en handling utan en uppsättning av handlingar och att det därför var möjligt för institutionen att, i ett fall där utlämnande avsåg handlingar av en viss art, behandla en sådan allmän ansökan och ge denna ansökan ett allmänt svar. Domstolen konstaterade också (p 70) att en rättegång om ogiltigförklaring av beslutet alltjämt pågick inför Tribunalen vid tiden för Kommissionens beslut att vägra tillgång till handlingarna.

Domstolen påpekade (p 79) att insamlade uppgifter från berörda företag i kartellutredningar ofta innehåller affärshemligheter och att undantaget till skydd för affärsintressen (4.2 första strecksatsen) och undantaget till skydd för syftet med inspektioner och utredningar (4.2 tredje strecksatsen) därför är nära förbundna med varandra. Domstolen slog sedan fast (p 81–93), efter att ha hänvisat till målen *TGI*, *Odile Jacob* och *Agrofert Holding*, att samma överväganden gör sig gällande i ett förfarande enligt artikel 101. Domstolen drog därför slutsatsen att Kommissionen haft rätt att presumera (p 93) att ett utlämnande av handlingarna skulle undergräva såväl skyddet för de inblandade företagens affärsintressen som skyddet för syftet med utredningarna och att denna presumtion gällde till dess Kommissionens beslut i ärendet vunnit laga kraft (p 99).

Domstolen påminde åter (p 100) om möjligheten för en sökande att visa att en viss handling inte omfattas av presumptionen eller att det före-

²⁶ Dom den 27 februari 2014 i mål C-365/12 P Europeiska kommissionen mot *EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, EU:C:2014:112.

ligger ett övervägande allmänintresse. I den senare delen menade Domstolen (p 132) att bolaget inte förmått visa varför tillgång till handlingarna var nödvändig för bolagets avsedda skadeståndstalan mot kartell-deltagarna. Domstolen framhöll att det hade krävts att bolaget visat att tillgång till handlingarna dels hade möjliggjort en sådan talan, dels att det inte fanns någon annan möjlighet att införskaffa denna bevisning.

Vi kan således konstatera att Domstolen godkänt att allmänna presumptionsregler för undantag kan tillämpas på handlingar i fem olika typer av förfaranden – nämligen statsstödsutredningar, koncentrationskontroll, kartellutredningar, fördragsbrottsförfaranden samt rättegångar inför EUs domstolar. Domstolen är också beredd att, om än i mer begränsad omfattning, godkänna en sådan presumption även i lagstiftningsförfaranden.

Tribunalen har därutöver godkänt att en presumption tillämpas till skydd för affärsintressen (4.2 första strecksatsen) på handlingar som inges i en offentlig upphandling av EU²⁷, till skydd för inspektioner och utredningar (4.2 tredje strecksatsen) på handlingar som inhämtas under förstadiet till en fördragsbrottsutredning (s k EU Pilot procedur)²⁸ samt till skydd för såväl affärsintressen som inspektioner och utredningar på handlingar som utväxlat mellan Kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter.²⁹

Den här översikten avslutas med en i skrivande stund av Domstolen nyligen meddelad dom i målet *ClientEarth*³⁰. Målet avsåg en engelsk miljörelses ansökan om att få ut handlingar rörande Kommissionens undersökningar om överensstämmelsen mellan lagstiftningen i olika medlemsstater och unionens miljölagstiftning. Kommissionen hade vägrat att lämna ut vissa delar av dessa handlingar med hänvisning till bland annat undantaget avseende skyddet för syftet med inspektioner och utredningar (artikel 4.2 tredje strecksatsen).

²⁷ Dom den 29 januari 2013 i mål T-339/10 och T-532/10 Cosepuri Soc. Coop. PA mot Europeiska myndigheten för livsmedelssäkerhet (EFSA), EU:T:2013:38.

²⁸ Dom den 25 september 2014 i mål T-306/12 Darius Nicolai Spirlea och Mihaela Spirlea mot Europeiska kommissionen, EU:T:2014:816. Överklagat av Sverige, C-562/14 P; se även dom av den 16 juli 2015 i mål C-612/13 P ClientEarth mot Europeiska kommissionen, EU:C:2015:486, kommenterat nedan.

²⁹ Dom den 12 maj 2015 i mål T-623/13 Unión de Almacenistas de Hierros de España mot Europeiska kommissionen, EU:T:2015:268.

³⁰ Dom den 16 juli 2015 i mål C-612/13 P ClientEarth mot Europeiska kommissionen, EU:C:2015:486.

Domstolen fann (p 69–76) att Kommissionen haft rätt att grunda sig på allmänna presumptionsregler vid tillämpningen av undantaget till skydd för inspektioner och utredningar när Kommissionen vid tidpunkten för sitt beslut redan hade inlett den administrativa fasen i ett fördragsbrottsförfarande. Däremot fann Domstolen (p 79) att en sådan presumption inte kan tillämpas innan en sådan formell fas har inletts. Kravet på att det föreligger ett klart och tydligt avgränsat och pågående administrativt förfarande förklaras enligt Domstolen (p 78, 81) av att en sådan presumption måste tillämpas strikt eftersom den utgör ett undantag från den berörda institutionens skyldighet att göra en konkret och individuell prövning av varje handling som omfattas av en ansökan om tillgång. Vissa handlingar ansågs därför omfattas av presumptionen medan andra inte gjorde det.

När det gäller frågan om det fanns ett övervägande allmänintresse beträffande de handlingar, där en presumption kunde tillämpas, bekräftade Domstolen (p 90–93) sina tidigare uttalanden att det ankommer på sökanden att åberopa de omständigheter som innebär att ett sådant intresse föreligger. De allmänna överväganden om öppenhet och demokrati som ClientEarth åberopat ansågs emellertid inte (p 91–93) räcka för att styrka att dessa principer var av sådan särskild betydelse i ärendet att de vägde tyngre än skälen för undantag.

5 Kommentar

Som väl framgått har det skett en betydande rättsutveckling på området, vilket förklaras av att öppenhetsförordningen inte lämnar så mycket vägledning när det gäller hur undantagsprövningen ska gå till när handlingar begärs ut.

Vi kan således konstatera att en EU-institution har rätt att, vid en ansökan om tillgång till handlingar, i vissa fall avstå från att göra en individuell prövning av varje sådan handling med stöd av en allmän presumption för ett eller flera undantag enligt öppenhetsförordningens artikel 4.

För att tillämpa en sådan allmän presumptionsregel måste institutionen försäkra sig om att handlingarna är sådana att de kan omfattas av ett undantag. Institutionen ska också åberopa de omständigheter som gör presumptionen tillämplig och kontrollera att berörd kategori av handlingar omfattas av den. Institutionen ska därvid förklara hur syftet med tillämpligt undantag annars riskerar att äventyras. Om det finns särskilda regler för tillgång till handlingar i vissa förfaranden, ska dessa regler beaktas vid bedömningen av om en presumption kan tillämpas.

Om det är uppenbart att en handling kan utlämnas, ska detta ske. Det står en sökande fritt att visa att en eller flera handlingar inte omfattas av presumptionen eller ska lämnas ut med hänsyn till ett övervägande samhällsintresse. Det ställs emellertid relativt långtgående krav på en sådan bevisning och denna är inte alltid lätt att föra för en sökande som ju inte har tillgång till de handlingar vars känslighet ska vägas mot samhällsintresset.³¹

När en allmän presumption tillämpas, innebär den således att den berörda institutionen inte behöver göra en individuell granskning av varje berörd handling i en akt. Detta innebär att även handlingar, som med hänsyn till sitt innehåll hade kunnat lämnas ut, stannar i akten. Institutionen behöver inte heller pröva om delar av en handling kan lämnas ut.

Här kan man tala om ett skydd snarare för funktionen i det berörda förfarandet som sådant än för innehållet i de handlingar som givits in eller upprättats under det. Den begränsade insyn eller det akttillträde, som kan gälla enligt de specifika reglerna för förfarandet ifråga, syftar därför till att tillmötesgå ett annat intresse än allmänhetens insyn i förfarandet, nämligen rätten för en berörd part att få veta, och yttra sig över, det som kan läggas parten till last. Av samma skäl är det inte antalet handlingar, eller omfattningen av dessa, som avgör om en presumption kan tillämpas. Denna fråga regleras istället i öppenhetsförordningen enligt vad som redan framgått av reglerna om förlängd svarstid och samråd med sökanden. För övrigt kan det knappast anses försvarligt att i detta avseende väga allmänhetens rätt till insyn mot arbetsbelastningen hos institutionen ifråga.

Samtidigt kan man konstatera att funktionsskyddet varierar beroende dels på typen av förfarande, dels i vilket stadium det befinner sig. Min framställning lånar sig inte till en djupare analys av dessa frågor men allmänt kan konstateras att skyddet för handlingar tillkomna under ett lagstiftningsförfarande sällan motiverar tillämpningen av en presumptionsregel och att en sådan gör sig gällande med betydligt mindre kraft, eller omfattar färre kategorier av handlingar, i rättegångsförfaranden eller administrativa förfaranden när dessa avslutats genom dom eller beslut.

³¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser; det reglerar emellertid inte EU:s skyldigheter i detta avseende.

Som framgår av själva ingressen till öppenhetsförordningen syftar denna till största möjliga öppenhet. Man kan således tala om ett slags presumtion för tillgång till handlingar. Det är därför naturligtvis inte oproblemiskt att det nu finns allmänna presumtioner för undantag som delvis går i motsatt riktning. I *ClientEarth* har Domstolen emellertid gjort en välbehövlig precisering av innebörd att en sådan presumtion ska tillämpas strikt och att det måste finnas en tydlig och klar avgränsning av det förfarande inom vilken en presumtion för undantag kan komma till användning. Detta ligger ju också i linje med att undantagen själva enligt Domstolens praxis ska tillämpas strikt (vilket ju i princip alltid bör gälla för ett undantag om inte regeln ska bli meningslös).

Även med den begränsningen kan vi konstatera att allmänna presumtionsregler av Domstolen tillämpats på fem olika typer av förfaranden. Och ytterligare sådana (om än klart och tydligt avgränsade) kan tillkomma. Förfaranden rörande t ex statsstöd, företagskoncentrationer och karteller rör också ofta betydande värden och kan få stor inverkan på en företagssektors, och ibland till och med ett lands, ekonomi.

Samtidigt ställer dessa förfaranden långtgående krav på skydd från insyn, både under och efter förfarandet, för att de ska vara effektiva. Här uppstår en konflikt mellan "presumtionen" för öppenhet i förordningen och de av Domstolen utvecklade presumtionsreglerna för undantag till skydd för själva funktionen i institutionernas arbete. Principen om öppenhet på den ena sidan och strävan efter ett effektivt förfarande på den andra tjänar ju var och en på sitt sätt medborgarnas intressen och bidrar båda, rätt avvägda mot varandra, till en ökad legitimitet hos EUs institutioner. Domstolen är, som dess praxis visar, väl medveten om detta och känsligheten i avvägningen mellan dessa intressen.

Det finns idag en lång rad öppenhetsmål inför EUs domstolar, och vi kan därför förvänta oss en fortsatt utveckling på området när det gäller såväl preciseringar av presumtionsreglernas tillämplighet som på vilka förfaranden de kan komma till användning.