

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

föredraget den 18 juli 2007¹

1. Domstolen har anmodats att pröva Konungariket Sveriges överklagande av den dom som Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt avkunnade den 30 november 2004 i målet IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds mot kommissionen² (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillades den talan om ogiltigförklaring som IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds gGmbH (nedan kallat IFAW) väckt mot kommissionens beslut av den 26 mars 2002 att neka IFAW tillgång till vissa handlingar avseende upphävande av ett områdes status som särskilt skyddsområde.

2. Enligt den överklagande parten har förstainstansrätten felaktigt ansett att det i artikel 4.5 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar³ (nedan kallad förordningen), vilken utgör grund för det omtvistade beslutet, föreskrivs en skyldighet för den institution som innehar en handling som härrör från en

medlemsstat att avslå varje begäran om att lämna ut denna handling om medlemsstaten motsatt sig ett utlämnande.

3. Såsom kommer att framgå av bedömningen i förevarande mål visar det juridiska spörsmålet i detta mål och den diskussion som detta gett upphov till på de kulturella skillnaderna vad gäller öppenhet samtidigt som de ställer dessa på sin spets. Det föreligger skillnader mellan gemenskapens kultur, som först på senare tid och med mer eller mindre entusiasm anammade kravet på öppenhet, och de nordiska ländernas kultur, som har en gammal och synnerligen stark tradition av öppenhet.⁴ Skillnader finns också mellan medlemsstaternas kulturer, vilket framgår av förfarandet, eftersom sex medlemsstater här konfronterades, varav fyra intrevenerade vid förstainstansrätten och/eller vid domstolen i syfte att bestrida förstainstansrättens tolkning och två för att försvara denna. Målet och det juridiska problem som härmed lyfts fram vittnar också om en ömsesidig växelverkan mellan de olika

1 — Originalspråk: portugisiska.

2 — Dom av den 30 november 2004 i mål T-168/02, IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds gGmbH mot kommissionen (REG 2004, s. II-4135).

3 — EGT L 145, s. 43.

4 — För ett åskådliggörande av denna kontrast, se Ragnemalm, H., "Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires", *Mélanges G. F. Mancini*, vol. II, éd. Dott. A. Giuffrè, Milan, 1998, s. 809. Jag erinrar endast om att rätten till tillgång till offentliga handlingar finns inskriven i den svenska grundlagen sedan år 1766.

lagstiftningarna om öppenhet: ”närda av de nationella öppenheterna, ger de europeiska öppenheterna i sin tur upphov till mutationer som angår medlemsstaterna”⁵. Målet avser slutligen en bestämmelse i förordningen, som är särskilt omstridd. Under de två år som förordningen har tillämpats har sex av de elva mål som anhängiggjorts vid förstainstansrätten mot kommissionens beslut att vägra tillgång avsett genomförandet av artikel 4.5.⁶

I — Överklagandet

4. För en bättre förståelse av målet, dess betydelse och dess eventuella lösning, kommer jag att redogöra för de huvudsakliga tillämpliga bestämmelserna, bakgrunden och den lösning som förstainstansrätten förordade.

A — Tillämpliga bestämmelser

5. Artikel 255.1 EG och 255.2 EG har följande lydelse:

5 — Se Rideau, J., "Jeux d'ombres et de lumières en Europe", i *La transparence dans l'Union européenne: mythe ou principe juridique?*, LGDJ, Paris, 1998, s. 1.

6 — Se rapport från kommissionen om genomförandet av principerna i förordning (EG) nr 1049/2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar, av den 30 januari 2004 (KOM(2004) 45 slutlig, punkt 3.5.2).

”1. Varje unionsmedborgare och varje fysisk eller juridisk person som är bosatt eller har sitt säte i en medlemsstat skall ha rätt till tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar enligt de principer och villkor som skall bestämmas i enlighet med punkterna 2 och 3.

2. Rådet skall, under hänsynstagande till allmänna eller enskilda intressen, inom två år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande i enlighet med förfarandet i artikel 251 fastställa allmänna principer och gränser för rätten till tillgång till handlingar.”

6. I förklaring nr 35, som bilagts Amsterdamfördragets slutakt (nedan kallad förklaring nr 35), föreskrivs följande:

”Konferensen är enig om att de principer och villkor som avses i artikel [255] i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen skall ge en medlemsstat rätt att begära att kommissionen eller rådet inte vidarebefordrar en handling med ursprung från den staten till tredje man, utan att medlemsstaten dessförinnan har lämnat sitt medgivande.”

7. Rådet antog förordningen med stöd av artikel 255.2 EG. Skälen 4, 6, 9, 10 och 15 har följande lydelse:

för särskild behandling. En ordning för hur Europaparlamentet skall informeras om innehållet i sådana handlingar bör fastställas i ett interinstitutionellt avtal.

”4) Syftet med denna förordning är att ge allmänhetens rätt till tillgång till handlingar största möjliga effekt och att fastställa allmänna principer och gränser för denna rätt i enlighet med artikel 255.2 i EG-fördraget.

10) För att öka öppenheten i institutionernas arbete bör Europaparlamentet, rådet och kommissionen bevilja tillgång såväl till handlingar som upprättats av institutionerna själva som till sådana de mottagit. Det skall i detta sammanhang påpekas att en medlemsstat, enligt förklaring nr 35 som fogas till slutakten till Amsterdamfördraget, kan begära att kommissionen eller rådet inte vidarebefordrar en handling som härrör från den staten till tredje part, utan att medlemsstaten dessförinnan har lämnat sitt medgivande.

...

6) Större tillgång till handlingar bör ges i de fall där institutionerna agerar i egenskap av lagstiftare, även när det rör sig om delegerade befogenheter, samtidigt som effektiviteten i institutionernas beslutsförfarande bevaras. Sådana handlingar bör göras direkt tillgängliga i så stor utsträckning som möjligt.

...

...

9) Vissa handlingar bör på grund av sitt mycket känsliga innehåll vara föremål

15) Denna förordning har varken till syfte eller effekt att ändra nationell lagstiftning om tillgång till handlingar; på grund av den princip om lojalt samarbete som styr förbindelserna mellan institutionerna och medlemsstaterna, är det dock uppenbart att medlemsstaterna bör se till att inte hindra en korrekt tillämpning av denna förordning och respektera institutionernas säkerhetsbestämmelser.”

8. Artikel 1 a i förordningen har följande ...
lydelse:

”Syfte

Syftet med denna förordning är

a) att fastställa principer, villkor och gränser, under hänsynstagande till allmänna eller enskilda intressen, för rätten till tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens (nedan kallade institutionerna) handlingar i enlighet med artikel 255 i EG-fördraget på ett sätt som garanterar största möjliga tillgång till handlingar.”

9. Artikel 2 i denna förordning har följande lydelse:

”Tillgångsberättigade och tillämpningsområde

1. Varje unionsmedborgare och varje fysisk eller juridisk person som är bosatt eller har sitt säte i en medlemsstat skall ha rätt till tillgång till institutionernas handlingar, med beaktande av de principer, villkor och gränser som fastställs i denna förordning.

3. Denna förordning skall tillämpas på alla handlingar som finns hos en institution, det vill säga handlingar som upprättats eller mottagits och som innehas av institutionen, inom samtliga Europeiska unionens verksamhetsområden.

5. Känsliga handlingar enligt definitionen i artikel 9.1 skall vara föremål för särskild behandling i enlighet med den artikeln.

... ”

10. Enligt artikel 3 b i denna förordning avses, för tillämpningen av densamma, med ”tredje part” ”varje fysisk eller juridisk person eller enhet utanför den berörda institutionen, däribland medlemsstaterna, övriga gemenskapsinstitutioner och gemenskapsorgan eller andra institutioner och organ samt tredje länder”.

11. Artikel 4 i förordningen har följande lydelse:

b) den enskildes privatliv och integritet, särskilt i enlighet med gemenskapslagstiftningen om skydd av personuppgifter.

”Undantag

2. Institutionerna skall vägra att ge tillgång till en handling om ett utlämnande skulle undergräva skyddet för

1. Institutionerna skall vägra att ge tillgång till en handling om ett utlämnande skulle undergräva skyddet för

— en fysisk eller juridisk persons affärsintressen, inklusive immateriella rättigheter,

a) det allmänna samhällsintresset i fråga om

— rättsliga förfaranden och juridisk rådgivning,

— allmän säkerhet,

— syftet med inspektioner, utredningar och revisioner,

— försvar och militära frågor,

— internationella förbindelser,

om det inte föreligger ett övervägande allmänintresse av utlämnandet.

— gemenskapens eller en medlemsstats finansiella, monetära eller ekonomiska politik,

3. Tillgång till en handling som upprättats av en institution för internt bruk eller mottagits av en institution, och som gäller

en fråga där institutionen inte fattat något beslut, skall vägras om utlämnande av handlingen allvarligt skulle undergräva institutionens beslutsförfarande, om det inte föreligger ett övervägande allmänintresse av utlämnandet.

Tillgång till en handling som innehåller yttranden för internt bruk och som är en del av överläggningar och inledande samråd inom den berörda institutionen skall vägras även efter det att beslutet fattats, om utlämnande av handlingen allvarligt skulle undergräva institutionens beslutsförfarande, om det inte föreligger ett övervägande allmänintresse av utlämnandet.

4. För handlingar som härrör från tredje part skall institutionen samråda med den berörda tredje parten för att bedöma om de undantag som anges i punkterna 1 och 2 skall tillämpas, om det inte är uppenbart att handlingen skall eller inte skall lämnas ut.

5. En medlemsstat får begära att institutionen inte skall lämna ut en handling som härrör från denna medlemsstat utan att medlemsstaten dessförinnan har lämnat sitt medgivande.

...

7. De undantag som anges i punkterna 1–3 ovan skall enbart tillämpas under den period då skyddet är motiverat på grundval av handlingens innehåll. Undantagen får gälla i högst 30 år. För handlingar som omfattas av undantagen gällande privatliv eller affärsintressen och för känsliga handlingar får undantagen om det är nödvändigt fortsätta att gälla även efter denna period.”

12. Artikel 5 i denna förordning har följande lydelse:

”Handlingar i medlemsstaterna

När en medlemsstat tar emot en begäran om tillgång till en handling som medlemsstaten innehar och som härrör från en institution skall medlemsstaten, om det inte är uppenbart att handlingen skall eller inte skall lämnas ut, rådgöra med institutionen i fråga för att fatta ett beslut som inte äventyrar att syftena med denna förordning uppnås.

En medlemsstat kan i stället hänskjuta en sådan begäran till institutionen.”

13. Artikel 9 i denna förordning har följande lydelse:

”1. En känslig handling är en handling som härrör från institutionerna eller organ som har upprättats av dem eller från medlemsstaterna, tredje länder eller internationella organisationer och som i enlighet med den berörda institutionens bestämmelser klassificerats som 'TRÈS SECRET/TOP SECRET', 'SECRET' eller 'CONFIDENTIEL' och som skyddar Europeiska unionens eller en eller flera av dess medlemsstaters väsentliga intressen på de områden som omfattas av artikel 4.1 a, i synnerhet allmän säkerhet, försvar och militära frågor.

2. En ansökan om tillgång till en känslig handling i enlighet med de förfaranden som anges i artiklarna 7 och 8 skall behandlas enbart av personer som har rätt att befatta sig med sådana handlingar. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 11.2 skall dessa personer även avgöra vilka hänvisningar till känsliga handlingar som kan göras i det offentliga registret.

3. Känsliga handlingar skall registreras eller lämnas ut endast om den [myndighet] varifrån handlingen härrör givit sitt samtycke.

4. En institution som beslutar att vägra tillgång till en känslig handling skall ange skälen för sitt beslut på ett sådant sätt att de intressen som skyddas i artikel 4 inte skadas.

5. Medlemsstaterna skall vidta lämpliga åtgärder för att se till att principerna i den här artikeln och i artikel 4 respekteras vid behandling av ansökningar om tillgång till känsliga handlingar.

6. Institutionernas bestämmelser om känsliga handlingar skall offentliggöras.

7. Kommissionen och rådet skall informera Europaparlamentet om känsliga handlingar i enlighet med en ordning om vilken institutionerna skall komma överens.”

B — *Bakgrund*

14. Den 19 april 2000 avgav Europeiska gemenskapernas kommission ett meddelande (nedan kallat meddelandet) enligt

vilket Förbundsrepubliken Tyskland fick tillstånd att upphäva området Mühlenberger Lochs status som skyddsområde enligt rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter.⁷ Beslutet antogs i syfte att genomföra ett projekt som bestod i att bygga ut fabriken Daimler Chrysler Aerospace Airbus och använda en del av en flodmynning som förlängning av landningsbanan.

15. Genom skrivelse till kommissionen av den 20 december 2001 ansökte IFAW, icke-statlig organisation som är aktiv inom området för djurens välbefinnande och naturskydd, om att få tillgång till bland annat skriftväxlingen mellan Förbundsrepubliken Tyskland och staden Hamburg avseende detta område och det därtill knutna projektet liksom till skrivelser från den tyska förbundskanslern.

16. Förbundsrepubliken Tyskland, som rådfrågats av kommissionen om detta, motsatte sig ett utlåtande av de nämnda handlingarna. Kommissionen bedömde att den i enlighet med artikel 4.5 i förordningen under dessa omständigheter var förhindrad att bevilja tillgång till handlingarna och fattade således den 26 mars 2002 det angripna beslutet att avslå IFAW:s ansökan.

17. IFAW väckte, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 4 juni 2002, talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 26 mars 2002.

C — Den överklagade domen

18. Sökanden anförde till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring bland annat en grund rörande åsidosättande av artikel 4 i förordningen. Sökanden gjorde gällande att den tolkning som kommissionen gett artikel 4.5 i denna förordning, enligt vilken kommissionen är skyldig att vägra tillgång till en handling som härrör från en medlemsstat om denna senare motsätter sig ett utlåtande, var felaktig. Den möjlighet som den medlemsstat varifrån en handling härrör har att enligt artikel 4.5 i förordningen begära att den institution som innehar handlingen inte lämnar ut den, skall inte förstås som en vetorätt, eftersom det slutliga avgörandet ligger hos institutionen.

19. Förstainstansrätten godtog inte denna grund av de skäl som framgår av punkterna 50–65 i den överklagade domen. Förstainstansrätten ogillade följaktligen talan om ogiltigförklaring.

20. Enligt den överklagade domen utgör den möjlighet som en medlemsstat ges i arti-

⁷ — EGT L 206, s. 7; svensk specialutgåva, område 15, volym 11, s. 114.

kel 4.5 i den ovannämnda förordningen att begära att en institution inte beviljar tillgång till en handling som härrör från denna medlemsstat utan att denna dessförinnan har lämnat sitt medgivande ett åläggande för institutionen att inte lämna ut handlingen i fråga för det fall medlemsstaten skulle motsätta sig detta. Medlemsstaten är inte skyldig att motivera sin begäran och institutionen är förpliktad att rätta sig efter åläggandet utan att kunna kontrollera om ett icke-utlämnande av handlingen i fråga kan motiveras av bland annat hänsyn till allmänintresset.

21. Ur denna synpunkt utgör artikel 4.5 i förordningen enligt förstainstansrätten en *lex specialis* för medlemsstaterna i jämförelse med artikel 4.4 i samma förordning, enligt vilken tredje part endast har rätt till samråd med institutionen för att bedöma huruvida de undantag som anges i artikel 4.1 och 4.2 i förordningen skall tillämpas på den inlämnade handlingen, under förutsättning att det inte är uppenbart att handlingen skall eller inte skall lämnas ut.

22. Förstainstansrätten anförde som stöd för sin tolkning av artikel 4.5 i förordningen att skyldigheten att innan utlämnandet inhämta medlemsstatens medgivande skulle riskera att bli verkningslös om inte medlemsstaten beviljades en vetorätt. Förstainstansrätten stödde sig likaledes på förklaring nr 35, enligt vilken konferensen är enig om att de principer och villkor som avses i artikel 255 EG skall ge en medlemsstat rätt att

begära att kommissionen eller Europeiska unionens råd inte vidarebefordrar en handling som härrör från den staten till tredje man, utan att medlemsstaten dessförinnan har lämnat sitt medgivande. Av detta följer, fortfarande enligt förstainstansrätten, att den möjlighet som ges i artikel 4.5 i förordningen följer av att denna förordning varken har till syfte eller effekt att ändra nationell lagstiftning om tillgång till handlingar, vilket för övrigt framgår av skäl 15 i förordningen. När en medlemsstat således har begärt tillgång till en handling i enlighet med artikel 4.5 i förordningen, regleras således inte tillgången till handlingen i förordningen, utan genom relevanta nationella bestämmelser i den berörda medlemsstaten, vilka inte har förändrats genom att förordningen har antagits.

23. Förstainstansrätten tillade följande: ”För att säkerställa en tolkning av bestämmelserna i artikel 4.5 i förordningen som överensstämmer med förklaring nr 35 och för att underlätta tillgången till handlingen i fråga genom att göra det möjligt för medlemsstaten att i förekommande fall ge sitt medgivande till att den lämnas ut, åligger det institutionen att samråda med denna medlemsstat när en begäran om tillgång till handlingar avser en handling som härrör från medlemsstaten. Om denna medlemsstat efter det att samråd skett inte inger en begäran enligt artikel 4.5 i förordningen, ankommer det fortfarande på institutionen att med tillämpning av artikel 4.4 i förordningen bedöma om handlingen skall lämnas ut eller inte.”⁸

⁸ — Se den överklagade domen, punkt 60.

24. Förstainstansrätten konstaterade att de handlingar som begärts utlämnade utgjorde handlingar som härrörde från en medlemsstat i den mening som avses i artikel 4.5 i förordningen och att Förbundsrepubliken Tyskland hade begärt att kommissionen inte skulle lämna ut dem. Förstainstansrätten slog följaktligen fast att kommissionens beslut på intet sätt åsidosatte artikel 4 i denna förordning.

II — Bedömning av överklagandet

25. Det är denna dom som Konungariket Sverige, intervenient till stöd för sökandens yrkanden i förfarandet vid förstainstansrätten, överklagat vid domstolen. Till stöd för sitt överklagande har klaganden gjort gällande att gemenskapsrätten åsidosatts genom att innebörden av artikel 4.5 i förordningen har misstolkats. I artikel 4.5 i förordningen ges medlemsstaterna ingalunda en vetorätt, såsom förstainstansrätten slagit fast, utan endast en rätt att rådfrågas innan den institution som innehar handlingen lämnar ut den. Institutionen behåller emel-

lertid behörigheten att besluta om handlingen skall lämnas ut eller inte, varvid ett beslut att inte bevilja tillgång endast kan motiveras med ett av de undantagsfall som motiverar sekretess enligt artikel 4.1–4.3 i förordningen.

26. Det är alltså två diametralt motsatta synsätt av innebörden av artikel 4.5 i förordningen som står emot varandra. I syfte att försöka klargöra tolkningen av denna bestämmelse skall det först avgöras om den är relevant. I detta syfte skall jag visa att, tvärtemot vad förstainstansrätten har slagit fast, varken en bokstavstolkning av artikel 4.5 eller beaktandet av medlemsstaternas vilja, som kommer till uttryck i förklaring nr 35, leder till en sådan lösning som förstainstansrätten har förespråkats. En systematisk och ändamålsenlig tolkning ger i stället upphov till en annan lösning.

A — Avsaknad av ett övertygande svar genom en bokstavlig tolkning och mot bakgrund av partsviljan

1. Ordalydelsen av artikel 4.5 i förordningen

27. Det skall inledningsvis erinras om att rätten till tillgång till handlingar, enligt de

bestämmelser som gällde innan förordningen antogs, endast avsåg de handlingar som upprättats av institutionerna.⁹ Vad däremot gäller de handlingar som en institution innehar men som upprättats av en tredje part, det vill säga en fysisk eller juridisk person, en medlemsstat, en annan institution eller ett gemenskapsorgan eller alla andra nationella eller internationella organ, tillämpades den så kallade upphovsmannaregeln. Enligt denna hade institutionen inte rätt att lämna ut handlingar som härrörde från tredje part, eftersom den som begärde tillgång var skyldig att ställa sin ansökan direkt till handlingens upphovsman.¹⁰ Trots att denna upphovsmannaregel redan från början i rättspraxis definierades som en begränsning av den allmänna principen om rätt till tillgång och således skulle tolkas och tillämpas restriktivt,¹¹ har den likväl klassificerats som "ett absolut undantag avseende handlingar vars upphovsman är en utomstående, utan att det föreskrivs några möjliga avsteg från detta undantag"¹².

28. Ett av de mest betydelsefulla bidragen i förordningen är alltså att den vidgat tillämpningsområdet för den gemenskapsrättsliga principen om tillgång till gemenskapsinstitutionernas handlingar genom att den ovanstående upphovsmannaregeln tagits bort. Således skall rätten till tillgång enligt artikel 2.3 i denna förordning numera gälla "alla

handlingar som finns hos en institution, det vill säga handlingar som upprättats eller mottagits och som innehas av institutionen". Av detta följer att institutionerna kan tvingas överlämna handlingar som härrör från en tredje part och att denna, enligt definitionen av begreppet tredje part i artikel 3 b i förordningen, bland annat kan vara en medlemsstat. Att upphovsmannaregeln övergavs uppvägs av en särskild hantering, enligt artikel 4.5 i förordningen, som ges i synnerhet handlingar som härrör från medlemsstater. Att avgöra vad denna särskilda hantering exakt består i är kärnfrågan för förevarande tvist.

29. Om lydelsen i den aktuella bestämmelsen hade varit tydlig, hade man rätteligen kunnat utgå från att regeln skulle tillämpas på det sätt den formulerats, *in claris non fit interpretatio*. Att ge ett svar utifrån ordalydelsen visar sig emellertid i förevarande fall vara omöjligt, eftersom denna är långt ifrån entydig. I bestämmelsen föreskrivs att "[e]n medlemsstat får begära att institutionen inte skall lämna ut en handling som härrör från denna medlemsstat utan att medlemsstaten dessförinnan har lämnat sitt medgivande". Såsom kommissionen själv har medgett anges det inte "[i] formuleringen av artikel 4.5 ... i vilken mån institutionerna är skyldiga att följa en medlemsstats ståndpunkt när denna motsätter sig att en handling lämnas ut"¹³. Om tyngdpunkten läggs på den omständigheten att en institution endast får lämna ut en handling som en medlemsstat har

9 — Se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 12 oktober 2000 i mål T-123/99, JT's Corporation mot kommissionen (REG 2000, s. II-3269), punkt 53, och av den 11 december 2001 i mål T-191/99, Petrie m.fl. mot kommissionen (REG 2001, s. II-3677), punkt 47.

10 — Se härvid förstainstansrättens dom av den 26 april 2005 i de förenade målen T-110/03, T-150/03 och T-405/03, Sison mot rådet (REG 2005, s. II-1429), s. 92.

11 — Se förstainstansrättens dom av den 19 juli 1999 i mål T-188/97, Röthmans mot kommissionen (REG 1999, s. II-2463), punkt 55, och av den 7 december 1999 i mål T-92/98, Interporc mot kommissionen (REG 1999, s. II-3521), punkt 69.

12 — Se förstainstansrättens dom av den 16 oktober 2003 i mål T-47/01, Co-Frutta mot kommissionen (REG 2003, s. II-4441), punkt 59.

13 — Rapport från kommissionen om genomförandet av principerna i förordningen, av den 30 januari 2004, punkt 3.5.2.

inkommit med under förutsättning att den senare, på begäran, ”dessförinnan lämnat sitt medgivande”, talar detta faktiskt för att medlemsstaterna skall tillerkännas en veto-rätt. Å andra sidan tyder ordet ”begära” på att beslutet att lämna ut en handling slutligen åvilar den institution som innehar handlingen, eftersom begreppet begäran – vilket kan definieras som själva handlandet eller att någon anholder om något – i likhet med vad sökanden i målet vid förstainstansrätten med rätta har gjort gällande, tyder på att den part som lämnat in begäran väntar sig ett svar på denna liksom att den part som skall besvara begäran skall utöva sitt utrymme för sköns-mässig bedömning. Denna tvetydighet i ordalydelsen i artikel 4.5 i förordningen förstärks av lydelsen i artikel 9.3, av vilken det otvetydigt framgår en vetorätt, eftersom det där föreskrivs att ”[k]änsliga handlingar skall registreras eller lämnas ut endast om den varifrån handlingen härrör givit sitt samtycke”. Jag kan mot denna bakgrund således inte förstå hur förstainstansrätten, i den överklagade domen, kunde konstatera att skyldigheten för den institution som innehar en handling som härrör från en medlemsstat att inhämta denna senares medgivande före utlämnandet av handling i fråga tydligt framgår av artikel 4.5 i förordningen.¹⁴

tre institutionerna utfört i sina arbetsordningar i samband med genomförandet av den skyldighet att anpassa arbetsordningen till bestämmelserna i förordningen, som föreskrivs i artikel 18 i förordningen. Det framgår vid en genomläsning av förändringarna att kommissionen inte verkar se sig förhindrad att lämna ut en handling mot upphovsmannens uttryckliga vilja, trots att medlemsstaten begärt att handlingen inte skall lämnas ut utan dennes medgivande.¹⁵ Rådet å sin sida har nöjt sig med att återge ordalydelsen av artikel 4.5 i förordningen.¹⁶ Vad gäller Europaparlamentet föreskrivs det i dess arbetsordning ingen särskild hantering av handlingar som härrör från medlemsstater, utan däri föreskrivs endast att Europaparlamentet, i fråga om en handling från tredje part, hör denna part, ”så att det kan avgöras om ett av de undantag som föreskrivs i artiklarna 4 och 9 i förordning (EG) nr 1049/2001 är tillämpligt”.¹⁷

30. Dessutom bekräftas, om detta nu skulle vara nödvändigt, tvetydigheten i ordalydelsen i artikel 4.5 genom de förändringar som de

31. Det råder i doktrinen delade meningar om vilken innebörd som skall tillskrivas lydelsen av artikel 4.5 och räckvidden av denna bestämmelse. Vissa anser att ordalydelsen i denna bestämmelse ger uttryckligt

14 — Se den överklagade domen, punkt 58.

15 — Se artikel 5.4 b och 5.6 i kommissionens beslut 2001/937/EG, EKSG, Euratom av den 5 december 2001 om ändring av dess arbetsordning (EGT L 345, s. 94).

16 — Se artikel 2.1 b i bilaga II till rådets beslut 2001/840/EG av den 29 november 2001 om ändring av rådets arbetsordning (EGT L 313, s. 40).

17 — Se artikel 9.3 i presidietts beslut om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets handlingar av den 28 november 2001 (EGT C 374, s. 1).

stöd för en vetorätt för medlemsstaterna.¹⁸ Andra har däremot förespråkat en annan tolkning, nämligen en rätt för den institution som innehar handlingen att slutgiltigt avgöra en begäran som institutionen fått om att lämna ut handlingen.¹⁹

32. I verkligheten utgör tvetydigheten i lydelsen av artikel 4.5, såsom den danska regeringen på goda grunder har påpekat, en ”konstruktiv tvetydighet” som, i sig, har möjliggjort för gemenskapslagstiftaren att anta bestämmelsen.²⁰ Denna är nämligen konsekvensen av de spänningar som följt av tillkomsten av förordningen, eftersom en konflikt mellan anhängarna av att upprätthålla en relativ sekretess och de som förespråkar en större öppenhet har splittrat protagonisterna i lagstiftningsprocessen.²¹ Kommissionen ville behålla medlemsstaternas kontroll över utlämnandet av de handlingar som dessa lämnat in till institutionerna. I kommissionens ursprungliga förslag föreskrevs i artikel 4 d att ”[i]nstitutionerna skall vägra att ge tillgång till handlingar som om de sprids avsevärt kan skada skyddet för

sekretess som begärts av tredje parter som tillhandahållit handlingen eller upplysningarna eller som krävs enligt lagstiftningen i medlemsstaten i fråga”.²² Parlamentet ansåg att beslutet att lämna ut en handling som härrör från en medlemsstat borde ligga hos den institution som innehar handlingen. Parlamentet föreslog således en ändring i denna riktning i kommissionens förslag till förordning.²³ I rådet var medlemsstaterna av olika uppfattning, vilket illustreras av att det franska ordförandeskapets förslag som presenterades i december 2000, enligt vilket medlemsstaterna uttryckligen tillerkändes en vetorätt, slutligen inte antogs.

2. Räckvidden av förklaring nr 35

33. Kompromisslösningen har varit att i artikel 4.5 bokstavligen återge förklaring nr 35, vilket förstainstansrätten själv har påpekat²⁴ och som framgår av skäl 10 i förordningen, enligt vilket omfånget av rätten till tillgång till de handlingar som

18 — Se, för ett liknande resonemang, bland annat, Cabral, P., ”Access to Member State documents in EC law”, *ELR* vol. 31 (2006), nr 3, s. 378 och 385. Se också, De Leeuw, M.E., ”The regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?” *ELR* vol. 28 (2003), nr 3, s. 324, s. 337 och s. 338.

19 — Se, bland annat, Harden, I., ”Citizenship and Information”, *European Public Law* vol. 7 (2001), nr 2, s. 165 och s. 192, och Peers, S., ”The new regulation on access to documents: a critical analysis”, *YEL*.

20 — Se också, för ett liknande resonemang, Heliskoski, J., och Leino, P., ”Darkness at the break of noon: the case law on Regulation n° 1049/2001 on access to documents”, *CMLR* vol. 43 (2006), nr 3, s. 735, s. 771 och s. 772.

21 — För en återblick avseende splittringen mellan de olika aktörerna i lagstiftningsprocessen, se Bjurulf, B., och Elgstöm, O., ”Negotiating transparency: the role of institutions”, *JCMS* vol. 42 (2004), nr 2, s. 249.

22 — Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT C 177 E, 2000, s. 70).

23 — Se ändring nr 36 i rapport A5 — 318/2000 av den 27 oktober 2000.

24 — Se den överklagade domen, punkt 57. Se även förstainstansrättens dom av den 17 september 2003 i mål T-76/02, Messina mot kommissionen (REG 2003, s. II-3203), punkt 41, och av den 17 mars 2005 i mål T-187/03, Scippacercola mot kommissionen (REG 2005, s. II-1029), punkt 56.

institutionerna har tagit emot i huvudsak skall tolkas mot bakgrund av förklaring nr 35.

34. Hur skall då räckvidden av förklaring nr 35 mätas? Det är fortfarande oklart vilken ställning de förklaringar som bifogats fördragen skall ges. Även om det i artikel 311 EG föreskrivs att de protokoll som medlemsstaterna i samförstånd fogar till detta fördrag skall utgöra "en integrerad del" av fördraget och att de således har samma rättsliga värde,²⁵ sägs det inget i fördraget om hur förklaringar skall behandlas. I den förhärskande doktrinen²⁶ är man enig om att de förklaringar som bifogats slutakten i gemenskapens fördrag inte har någon normativt tvingande verkan och att de endast utgör uttryck för politiska åtaganden. I rättspraxis har ämnet under lång tid inte alls behandlats. Det är endast nyligen som domstolen har erkänt förklaringarna som tolkningshjälpmedel.²⁷ Denna lösning motsvarar de lösningar som är förhärskande inom internationell rätt. Enligt artikel 31 i Wienkonventionen om traktaträtten, av den 23 maj 1969, skall ett

traktat tolkas i sitt sammanhang, "förutom texten inklusive dess preambel och bilagor, ... dokument som upprättats av en eller flera parter i samband med traktatens ingående och godtagits av de andra parterna som dokument sammanhörande med traktaten". Således skall parternas förklaringar tjäna som underlag för tolkningen.²⁸ Kan en sådan tolkning av en traktat som tillkommit genom de fördragsslutande staternas överenskommelse gå så långt att fördragsvillkoren kan ändras? Även om det i internationell rätt redan finns vissa exempel härför, eftersom de fördragsslutande staterna kan tolka fördrag med giltig verkan,²⁹ är så inte fallet inom gemenskapsrätten med tanke på stelheten i de grundfördrag som utgör gemenskapens konstitutionella urkund.³⁰

35. Om förklaring nr 35 således kan tjäna som underlag vid tolkningen av artikel 4.5 i förordning nr 1049/2001 återstår det att undersöka om denna förklaring kan bidra till att klargöra förordningens innehåll. Enligt Förenade kungariket framgår det av förklaringen att medlemsstaterna, efter antagandet av artikel 255 EG vars räckvidd sträcker sig till handlingar som upprättats av tredje part och som innehas av gemenskapens institutioner, har säkerställt att institutionerna inte

25 — Domstolen har sedan länge slagit fast (se dom av den 23 april 1956 i målen 7/54 och 9/54, *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises mot Höga myndigheten* (REG 1956, s. 53 och s. 90) att "orden i detta fördrag" i artikel 84 i fördraget skall förstås så att därmed avses fördragets klausuler och bilagor, såsom protokollen och konventionen om övergångsbestämmelser, och att bestämmelserna i dessa texter således har samma tvingande verkan ..."

26 — Se Thot, A., "The legal status of the declarations annexed to the Single european act", *CMLR* 1986, s. 803, Constantinesco, V., "La structure du Traité instituant l'Union européenne", *CDE* 1993, numren 3 och 4, s. 251, s. 261, Petit, Y., "Commentaire de l'article R", i Constantinesco, V., Kovar, R. och Simon, D., *Traité sur l'Union européenne: commentaire article par article*, éd. Economica, Paris, 1995, sidorna 913 och 922-924; Simon, D., *Le système juridique communautaire*, tredje upplagan, PUF, 2001, s. 306.

27 — Se förstainstansrättens dom av den 7 juni 2001 i mål T-187/99, *Agrana Zucker und Stärke mot kommissionen* (REG 2001, s. II-1587), och domstolens beslut av den 5 november 2002 i mål C-321/01 P, *Agrana Zucker und Stärke mot kommissionen* (REGP 2002, s. I-10027).

28 — Se Combacau, J., och Sur, S., *Droit international public*, sjunde upplagan, Paris: Montchrestien, 2006, s. 174 och s. 175.

29 — *Ibidem*.

30 — Se dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, *Les Verts mot parlamentet* (REG 1986, s. 1339, svensk specialutgåva, volym 8, s. 529), punkt 23.

lämnar ut handlingar som härrör från dem utan deras medgivande. Förstainstansrätten har gett bestämmelsen samma innebörd, eftersom den, efter att ha erinrat om bestämmelsens lydelse, ur bestämmelsen härlett en vetorätt för medlemsstaterna vad gäller varje begäran om att lämna ut en handling som dessa överlämnat till en institution.³¹ Eftersom förklaring nr 35 emellertid har samma lydelse som artikel 4.5 i förordningen, präglas den av samma tvetydighet. Förklaring nr 35 kan således knappast tjäna som hjälp för att klargöra artikelns innebörd. En uttrycklig och otvetydig bekräftelse av en vetorätt för medlemsstaterna framgår inte mer av lydelsen av förklaring nr 35 än av lydelsen i artikel 4.5 i förordningen.

36. Jag måste medge att lydelsen i artikel 4.5 i förordningen ger sken av en oerhörd tvetydighet. Visserligen kan den tolkning som förstainstansrätten gjort inte uteslutas. Ordalydelsen i bestämmelsen innebär inte att de garantier som medlemsstaterna gets i de fall då en institution mottar en begäran om att en handling som härrör från dem skall lämnas ut uttryckligen begränsas till ett enkelt samråd. I detta avseende skall artikel 4.5, ur en strikt bokstavlig synvinkel, inte ses som en motsvarighet till artikel 5, som har följande lydelse: "När en medlemsstat tar emot en begäran om tillgång till en handling som medlemsstaten innehar och som härrör från en institution skall medlemsstaten ... rådgöra med institutionen i fråga för att fatta ett beslut som inte äventyrar att syftena med denna förordning uppnås." En sådan tolkning som förstainstansrätten har gjort är inte en nödvändig följd av ordalydelsen i artikel 4.5. Förstainstansrätten har nämligen slagit fast att den möjlighet som medlemsstaterna har att kräva att tredje part inte skall

få insyn i deras handlingar utan deras föregående samtycke, utgör ett "undantag" från tillgång till institutionernas handlingar.³² Enligt fast rättspraxis skall alla undantag från rätten till tillgång till institutionernas handlingar tolkas och tillämpas restriktivt.³³ En tolkning enligt vilken medlemsstaterna har en ovillkorlig vetorätt vad gäller tillgång till handlingar som dessa överlämnat till en institution kan således endast godtas om det finns tillräckligt stöd därför i själva lydelsen av artikel 4.5.

B — *B Systematisk och ändamålsenlig tolkning*

37. Eftersom en bokstavstolkning av artikel 4.5 i förordning nr 1049/2001 inte ger något otvetydigt svar, skall jag försöka precisera den aktuella bestämmelsens innebörd genom att återberöra den till sitt normativa sammanhang och genom att beakta dess ändamål. I detta avseende ingår den aktuella bestämmelsen i ett rättsligt sammanhang som kännetecknas av det lång-

32 — Se domen i det ovannämnda målet Messina mot kommissionen, punkt 55.

33 — Se, bland annat, dom av den 11 januari 2000 i de förenade målen C-174/98 P och C-189/98 P, Nederländerna och van der Wal mot kommissionen (REG 2000, s. I-1), punkt 27, av den 6 december 2001 i mål C-353/99 P, rådet mot Hautala (REG 2001, s. I-9565), punkt 25, av den 6 mars 2003 i mål C-41/00 P, Interporc mot kommissionen (REG 2003, s. I-2125), punkt 48, av den 1 februari 2007 i mål C-266/05 P, Sison mot rådet (REG 2007, s. I-1233), punkt 63, och förstainstansrättens dom av den 5 mars 1997 i mål T-105/95, WWF UK mot kommissionen (REG 1997, s. II-313), punkt 56.

31 — Se den överklagade domen, punkterna 57 och 58.

samma men obevekligt ökade genomslaget i gemenskapsrätten av kravet på öppenhet i allmänhet och av en rätt till tillgång till institutionernas handlingar i synnerhet.

38. En rätt till tillgång till institutionernas handlingar var länge okänd inom gemenskapsrätten. Dess utveckling har däremot bestått i att allmänhetens rätt till handlingar som innehas av offentliga myndigheter "gradvis har stärkts"³⁴. Jag skall begränsa mig till att kortfattat redovisa de mest utmärkande milstolparna. Intresset av öppenhet i beslutsförandet uttrycktes för första gången högtidligt i förklaring nr 17 om rätten till tillgång till information, som bilagts slutakten till Fördraget om Europeiska unionen, som undertecknades i Maastricht den 7 februari 1992, enligt vilken åtgärder för att förbättra allmänhetens tillgång till den information som är tillgänglig för institutionerna skall inrättas. Eftersom det inte fanns några allmänna gemenskapsrättsliga bestämmelser som reglerade räckvidden av rätten till tillgång, var det upp till institutionerna att bryta med den traditionella principen om administrativ sekretess genom att de själva fick bestämma om de ville ge tillgång till de handlingar de innehade eller inte. Efter antagandet den 6 december 1993 av en uppförandekodex om principerna för allmänhetens tillgång till rådets och kommissionens handlingar,³⁵

fattade dessa institutioner, på grundval av sin behörighet att reglera den egna interna organisationen,³⁶ var för sig ett beslut om genomförande av dessa principer³⁷ och ett beslut om att formellt anta denna kodex.³⁸ Trots denna gradvisa bekräftelse av allmänhetens rätt till tillgång till institutionernas handlingar, trots uppmaningar från de egna generaladvokaterna³⁹ eller vissa av de egna ledamöterna,⁴⁰ trots vissa incitament genom förstainstansrättens ställningstaganden,⁴¹ och trots att den själv medgett att en majoritet av medlemsstaterna⁴² – som grundlagsfäst eller rättslig princip – stadfäst rätten till tillgång till handlingar som innehas av offentliga myndigheter, har domstolen inte formellt erkänt denna rätt som en gemenskapsrättslig princip.⁴³

39. Utvecklingen har emellertid inte upphört där. Nästa etapp bestod i att genom

34 – För att återge domstolens egna ord (dom av den 30 april 1996 i mål C-58/94, Nederländerna mot rådet, REG 1996, s. I-2169, punkt 36, och av den 6 mars 2003 i det ovannämnda målet Interporc mot kommissionen, punkt 38).

35 – Uppförandekodex 93/730/EG för allmänhetens tillgång till rådets och kommissionens handlingar (EGT L 340, s. 41; svensk specialutgåva, område 1, volym, s. 86).

36 – Denna grunds laglighet har godtagits (se domen i det ovannämnda målet Nederländerna mot rådet).

37 – Rådets beslut 93/731/EG av den 20 december 1993 om allmänhetens tillgång till rådets handlingar (EGT L 340, s. 43; svensk specialutgåva, område 16, volym 2, s. 64).

38 – Kommissionens beslut 94/90/EKSG, EG, Euratom av den 8 februari 1994 om allmänhetens tillgång till kommissionens handlingar (EGT L 46, s. 58; svensk specialutgåva, område 16, volym 2, s. 66).

39 – Se generaladvokaten Tesausors förslag till avgörande i det ovannämnda målet Nederländerna mot rådet, punkt 19, och generaladvokaten Légers förslag till avgörande i det ovannämnda målet rådet mot Hautala.

40 – Se, bland annat, ovan Ragnemalm, H., "Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires", sidorna 809, 826 och 827.

41 – Som bland annat behandlat "principen om rätt till information" (förstainstansrättens dom av den 19 juli 1999 i mål T-14/98, Hautala mot rådet, REG 1999, s. II-2489, punkt 87) eller "öppenhetsprincipen" (förstainstansrättens dom av den 7 februari 2002 i mål T-211/00, Kujter mot rådet, REG 2002, s. II-485, punkt 52).

42 – Se domen i det ovannämnda målet Nederländerna mot rådet, punkt 34.

43 – Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet rådet mot Hautala, punkt 31, i vilken domstolen inte ansåg det nödvändigt att uttala sig om "förekomsten av en princip om rätt till information", och det uttalande som generaladvokaten Léger gjorde i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Interporc mot kommissionen, punkterna 75–80.

Amsterdamfördraget stadfästa dels en "öppenhetsprincip" i artikel 1 i andra stycket EU, dels en rätt till tillgång till parlamentets, rådets och kommissionens handlingar i artikel 255 EG. Visserligen kan inte dessa bestämmelser, på grund av att de inte har direkt effekt, utgöra stöd för en begäran om tillgång till handlingar som innehas av en institution. Rätten till tillgång kan nämligen endast utövas på grundval av en bestämmelse vari utövandet av rätten regleras.⁴⁴ I detta avseende utgör artikel 255.2 EG, vilken härrör från Amsterdamfördraget, den rättsliga grunden genom att rådet, tillsammans med parlamentet, ges behörighet att fastställa de allmänna principerna och gränserna för rätten till tillgång till institutionernas handlingar. Det är på denna rättsliga grund som den allmänna gemenskapslagstiftningen om rätt till tillgång till handlingar som innehas av institutionerna, det vill säga förordningen, har antagits. Rätten till tillgång till institutionernas handlingar grundar sig hädanefter varken på åtgärder som vidtas med stöd av institutionernas interna arbetsordning (institutionerna måste nämligen efterkomma rätten till tillgång på grundval av sentensen *patere legem quam ipse fecisti* (den som har stiftat en lag måste själv följa den)) eller på förordningen. Denna rätt följer i stället av en grundlagsliknande bestämmelse.

40. Denna normativa utveckling av rätten till tillgång har skett jämte ett materiellt befrämjande. Det är inte längre fråga om en enkel

44 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan nämnda målet *Petrie m.fl. mot kommissionen*, punkterna 34–38.

tjänst från institutionens sida i utövandet av dess skönsrättsliga bedömning, utan om en verklig grundläggande subjektiv rättighet, som beviljas individer. Så länge som det ankom på institutionerna att fatta beslut om allmänhetens tillgång till deras handlingar, var nämligen syftet med de bestämmelser som antagits för att fastställa behandlingen av en sådan begäran om tillgång endast att garantera deras interna funktion enligt god förvaltningsd. Genom dessa bestämmelser tillförsäkrades enskilda ingen subjektiv rätt till den information de önskade, inte ens om de kunde kräva att de antagna bestämmelserna skulle efterlevas.⁴⁵ Genom införandet av artikel 255 EG i Amsterdamfördraget har tillgången till institutionernas handlingar blivit en subjektiv rättighet som tillkommer "[v]arje unionsmedborgare och varje fysisk eller juridisk person som är bosatt eller har sitt säte i en medlemsstat". Rätten till tillgång har dessutom karaktären av en grundläggande rättighet, vilket bekräffas av den omständigheten att den införts i artikel 42 i Stadga om de grundläggande rättigheterna.⁴⁶

41. Förstärkning av den ställning som rätten till tillgång har är nära knuten till omvälvningen av de syften som eftersträvas genom "krav[et] på öppenhet".⁴⁷ De få skyldigheter som på ett eller annat sätt ingår i detta krav

45 — Se generaladvokaten Tesausros förslag till avgörande i det ovan nämnda målet *Nederländerna mot rådet*, punkterna 18–20.

46 — Angående stadgans ställning som tolkningskriterium för artikel 6 EU, se mitt förslag till avgörande av den 14 december 2006 i mål C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl.*, där domstolen meddelade dom den 26 juni 2007 (REG 2007, s. I-5305), punkt 48.

47 — Se dom av den 25 april 2007 i mål T-264/04, *WWF European Policy Programme mot rådet* (REG 2007, s. II-911), punkt 61.

och som ålåg institutionerna från första början, har som främsta syfte att garantera att gemenskapsätgårderna fungerar väl och att den är lagenlig, oavsett om man söker eftersträva iakttagande av rätten till försvar eller skyldigheten att motivera och att offentliggöra gemenskapsakter. Genom tillkomsten av rätten till tillgång till de handlingar som innehas av offentliga myndigheter tjänar öppenheten snarare till att förstärka den demokratiska legitimiteten av gemenskapätgårderna.⁴⁸ Om man ville provocera skulle man utan tvekel kunna ifrågasätta sambandet mellan öppenhet och demokrati. Skulle inte detta kunna vara ett tecken på medborgarens allmänna misstankar gentemot makthavarna och gentemot det representativa demokratiska systemet? Dessutom finns det en risk för att öppenheten inte utnyttjas på samma sätt av alla medborgare och att den används för att främja vissa intressegruppers tillträde till det politiska systemet. Hur som helst har detta samband med principen om demokrati, vilken utgör en av unionens grunder,⁴⁹ framhållits från första början. Det nämns redan i förklaring nr 17 om rätten till tillgång till information, som utgör en bilaga till slutakten till fördraget om Europeiska unionen, att "insyn i beslutsprocessen stärker institutionernas demokratiska karaktär". Lydelsen i denna förklaring har flertalet gånger repeterats i rättspraxis,⁵⁰ varvid det har förklarats att öppenheten, vars syfte är att ge allmänheten största möjliga tillgång till handlingar, till-

försäkrar administrationen en "större legitimitet, effektivitet och ansvar i förhållande till medborgarna i ett demokratiskt system",⁵¹ eftersom medborgarna därigenom "kan utöva en faktisk och effektiv kontroll av gemenskapsinstitutionernas maktutövning".⁵² "I själva verket är det endast då verksamheten hos den lagstiftande och verkställande makten samt den offentliga förvaltningen ges en adekvat offentlighet som en reell och effektiv kontroll – även på den allmänna opinionens nivå – kan ske av de styrande organens verksamhet och en utveckling av organisationsformer med ett verkligt deltagande i förhållandet mellan förvaltning och medborgare kan äga rum."⁵³ De samband mellan öppenhet och demokrati som jag här har visat exempel på, har slutligen införts i andra skälet i förordningen.

42. Jag vill erinra om att så länge som principen om största möjliga tillgång till institutionernas handlingar endast fastställdes genom åtgärder inom den interna arbetsordningen, drogs det i rättspraxis den slutsatsen att de undantag och de begränsningar som satts upp i dessa bestämmelser skulle tolkas och tillämpas restriktivt så att tillämpningen av huvudregeln inte under-

48 — För en redogörelse av sambanden mellan öppenhet och demokrati, se Lequesne, Ch., "La transparence, vice ou vertu des démocraties?", i *La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique?*, ovannämnt arbete, s. 11; Meisse, E., "La démocratie administrative dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe", i Constantinesco, V., Gautier, Y., och Michel, V. (under ledning av), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe, Analyses et commentaires*, PUS, 2005, s. 397.

49 — Såsom anges i artikel 6.1 EU.

50 — Se förstainstansrättens dom av den 17 juni 1998 i mål T-174/95, Svenska journalistförbundet mot rådet (REG 1998, s. II-2289), punkt 66, av den 14 oktober 1999 i mål T-309/97, Bavarian Lager mot kommissionen (REG 1999, s. II-3217), punkt 36, och domen i det ovannämnda målet Petrie m.fl. mot kommissionen, punkt 64.

51 — Se domen i det ovannämnda målet Kujjer mot rådet, punkt 52, och domstolens dom av den 6 mars 2003 i det ovannämnda målet Interporc mot kommissionen, punkt 39.

52 — Se förstainstansrättens dom av den 7 december 1999 i det ovannämnda målet Interporc mot kommissionen, punkt 39.

53 — Se generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i det ovannämnda målet Nederländerna mot rådet, punkt 14.

grävdes.⁵⁴ Genom att rätten till tillgång till institutionernas handlingar numera har blivit en grundläggande rättighet av grundlagskaraktär, som är knuten till principerna om demokrati och öppenhet, skall i synnerhet sekundärakter avseende genomförandet av rätten tolkas mot bakgrund av densamma, och begränsningar av rätten skall tolkas än mer restriktivt.⁵⁵ Av detta följer bland annat att så länge som rätten till tillgång till institutionernas handlingar endast fastställdes genom bestämmelser i den interna arbetsordningen, kunde institutionerna utsluta vissa handlingar från sitt tillämpningsområde, särskilt de handlingar som inte upprättats av institutionerna själva. Gemenskapslagstiftaren är numera – på grund av att det föreligger en grundläggande rätt till tillgång till institutionernas handlingar, som tillförsäkras genom en bestämmelse av högre rang – förhindrad att begränsa tillämpningsområdet.⁵⁶ En tolkning av artikel 4.5 i förordningen, som innebär att medlemsstaterna tillerkänns en vetorätt vad gäller utlämnandet av handlingar som härrör från dem, skulle leda till samma begränsning. I detta fall har nämligen förstainstansrätten slagit fast att den handling som en medlems-

stat har begärt inte skall utlämnas inte regleras i gemenskapsrätten, utan i relevanta nationella bestämmelser i den berörda medlemsstaten.⁵⁷ I vilket fall som helst skulle en ovillkorlig vetorätt för medlemsstaterna, vad gäller institutionernas utlämnande av de handlingar som medlemsstaterna har överlämnat till dem, dessutom innebära en alltför stor påverkan på den grundläggande rätten till tillgång till handlingar och på den öppenhet i det gemenskapsrättsliga beslutsförfarandet som rätten avser att säkerställa. För det första härrör nämligen en stor del av de handlingar som utgör beslutsunderlag för gemenskapen från medlemsstaterna. Eftersom de flesta medlemsstaterna i sin lagstiftning om öppenhet föreskriver ett undantag från rätten till tillgång i de fall då de berörda handlingarna är knutna till den statens utrikespolitik, det vill säga statens relationer med andra stater eller internationella organisationer, kan det för det andra med stor sannolikhet befaras att de näst intill systematiskt skulle åberopa artikel 4.5 i syfte att förhindra att de handlingar som de överlämnat till unionens institutioner lämnas ut.

54 — Se, bland annat, förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet WWF UK mot kommissionen, punkt 56, och förstainstansrättens dom av den 6 februari 1998 i mål T-124/96, Interporc mot kommissionen (REG 1998, s. II-231), punkt 49, samt förstainstansrättens domar i de ovannämnda målen Svenska journalistförbundet mot rådet, punkt 110, Bavarian Lager mot kommissionen, punkt 39, Kuijer mot rådet, punkt 55, och WWF European Policy Programme mot rådet, punkt 39, samt domstolens domar i de ovannämnda målen Nederländerna och van der Wal mot kommissionen, punkt 27, rådet mot Hautala, punkt 25, och Interporc mot kommissionen, punkt 48.

55 — För en redogörelse av skyldigheten att tolka gemenskapsrätten i jämförelse med de grundläggande rättigheterna såsom dessa garanteras i gemenskapsrätten, se dom av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88 (REG 1989, s. 2859), punkt 12, och generaladvokat Légers förslag till avgörande i det ovannämnda målet rådet mot Hautala.

56 — Detta framgår vid en läsning *e contrario* av rättspraxis. Se dom i det ovannämnda målet Interporc mot kommissionen, punkterna 41–43, och förstainstansrättens domar av den 7 december 1999 i de ovannämnda målen Interporc mot kommissionen, punkt 66, JT's Corporation mot kommissionen, punkt 53, och Petrie m.fl. mot kommissionen, punkt 47.

43. Det skall dessutom påpekas att det av det samband som i Europeiska unionen uppstått mellan öppenhetsprincipen och det demokratiska systemet framgår att tillgången till en handling skall bestämmas på grundval av handlingens betydelse för kändedomen om

57 — Se den överklagade domen, punkt 61.

och inflytandet i det gemenskapsrättsliga beslutsförfarandet, och inte så mycket på grundval av dess upphovsman.

44. För övrigt är syftet med förordningen just att åskådliggöra den rätt till tillgång till institutionernas handlingar som stadfästas i artikel 255 EG, genom att fastställa de allmänna principerna, villkoren och gränserna. Såsom framgår av artikel 1 i förordningen, jämförd med bland annat skäl 4, och såsom domstolen själv har framhållit, har förordningen "till syfte att ge en så omfattande rätt till tillgång till handlingar som finns hos institutionerna som möjligt".⁵⁸ Ur denna synvinkel är, såsom jag redan har påpekat och såsom förstainstansrätten själv har framhållit i den överklagade domen,⁵⁹ en av de största fördelarna med förordningen, jämfört med det tidigare rättsläget, att upphovsmannaregeln tagits bort. Att, såsom förstainstansrätten gjort, ge medlemsstaterna en ovillkorlig vetorätt vad gäller institutionernas utlämnande av sådana handlingar som medlemsstaterna överlämnat till dem skulle innebära att denna upphovsmannaregel, åtminstone delvis, indirekt återinfördes. Detta synes mig varken vara förenligt med föremålet för eller syftet med förordningen.

45. Enligt kommissionen och Förenade kungariket skulle en nekad vetorätt för de

medlemsstater varifrån de handlingar härrör som har begärts utlämnade, genom att låta den institution som innehar dessa handlingar besluta om handlingarnas utlämnande, innebära en indirekt harmonisering av nationella bestämmelser om rätt till tillgång, utan hänsyn till syftet med förordningen och i strid med subsidiaritetsprincipen. Detta är också förstainstansrättens inställning, som grundar sin lösning på skäl 15 i förordningen, enligt vilken förordningen "varken [har] till syfte eller effekt att ändra nationell lagstiftning om tillgång till handlingar".⁶⁰ I syfte att skydda tillämpningen av nationell rätt slog förstainstansrätten således fast att varje begäran om nekad tillgång, som en medlemsstat framställer i enlighet med artikel 4.5, innebär att den handling som medlemsstaten har överlämnat undandras gemenskapsrättens inflytande vad gäller tillgång, i den mån som denna begäran utgör "ett åläggande för institutionen att inte lämna ut handlingen i fråga",⁶¹ för att i stället regleras av nationell rätt i den berörda medlemsstaten.⁶²

46. Denna slutsats befinner sig emellertid inte i jämvikt med den uttryckliga lydelsen i artikel 2.3 i förordningen, enligt vilken förordningen "skall tillämpas på alla handlingar som finns hos en institution, det vill säga handlingar som upprättats eller mottagits och som innehas av institutionen". Slutsatsen går likaså illa ihop med artikel 2.2, enligt vilken "[i]nstitutionerna får ... bevilja fysiska

58 — Se dom av den 1 februari 2007 i det ovannämnda målet *Sison* mot rådet, punkt 61.

59 — Se den överklagade domen, punkterna 53 och 54.

60 — Se den överklagade domen, punkt 57.

61 — Se den överklagade domen, punkt 58.

62 — Se den överklagade domen, punkt 61.

eller juridiska personer som inte är bosatta eller har sitt säte i en medlemsstat tillgång till handlingar”. Vid en kombinerad läsning av dessa båda bestämmelser framgår att en handling som en nationell myndighet överlämnat till en institution, från och med denna tidpunkt, uteslutande omfattas av gemenskapsrätten och denna institutions ansvar. Vid en samtidig läsning av artikel 5 åskådliggörs på ett tydligt sätt den logik som bygger upp förordningen: vilken rätt som skall tillämpas på en begäran om tillgång och vilken myndighet som skall vara behörig att bestämma huruvida handlingen skall lämnas ut beror varken på handlingens ursprung eller på dess upphovsman, utan på den myndighet som innehar den, eller närmare bestämt ställningen på det organ till vilket begäran om tillgång riktar sig.

begäran skulle nämligen komma att prövas enligt nationell rätt. Med förbehåll för, såsom föreskrivs i artikel 5 i förordningen, att syftena med denna förordning inte äventyras, kan alltså en medlemsstat lämna ut de handlingar som gemenskapsinstitutionen har nekat tillgång till, eftersom dess nationella bestämmelser om tillgång är generösare. Å andra sidan kan en institution, på de villkor och med de begränsningar som jag skall redogöra för längre fram, bevilja tillgång till en handling till vilken tillgång har nekats av den medlemsstat som överlämnat den, eftersom de gemenskapsrättsliga bestämmelser som medlemsstaterna tillsammans har kommit överens om skall gälla för institutionerna erbjuder en större tillgång till handlingar än rättsordningen i den berörda medlemsstaten. Man får inte chockeras av dessa skilda bedömningar på vilka det visas exempel i domen i det ovannämnda målet Svenska journalistförbundet mot rådet.⁶³ Dessa både påvisar och är resultatet av att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om tillgång varken har till syfte eller effekt att harmonisera de nationella lagstiftningarna på detta område.

47. Rädslan för att de nationella lagstiftningarna om öppenhet skall ifrågasättas för det fall den institution som innehar den aktuella handlingen ges behörighet att bestämma huruvida en handling som härrör från en medlemsstat skall lämnas ut verkar inte vara befogad. Gemenskapsrätten och de nationella lagstiftningarna förblir självständiga, eftersom de avser olika områden. Visserligen kan det uppstå viss överlappning när en handling omfattas av både nationell rätt och gemenskapsrätten. Men inte heller i dessa fall är det beslut som en institution fattat på grundval av förordningen bindande för den medlemsstat från vilken den begärda handlingen härrör om en begäran om tillgång till denna handling samtidigt har skickats direkt till denna medlemsstat. En sådan

48. Även om en ändamålsenlig och systematisk tolkning, såsom jag har redovisat ovan, ger vid handen att artikel 4.5 inte innebär att medlemsstaterna har en vetorätt, skall denna bestämmelse ges direkt effekt. I detta avseende får man hålla med förs-

63 — Det skall erinras om att de svenska myndigheterna i detta mål översände 18 av de 20 handlingar från rådet rörande inrättandet av den europeiska polisbyrån, medan rådet endast lämnade ut 4.

tainstansrätten⁶⁴ om att artikel 4.5 utgör en *lex specialis* genom att medlemsstaterna ges en särställning i förhållande till andra tredje parter vars situation regleras i artikel 4.4. För att ge artikel 4.5 en ändamålsenlig verkan, räcker det dock att bestämmelsen tolkas så, att medlemsstaten anses ha rätt att på begäran bli rådfrågad av den institution som erhållit en begäran om att lämna ut den handling som medlemsstaten har överlämnat. Den medlemsstat som avser att utnyttja artikel 4.5 befinner sig således i en fördelaktigare situation i förhållande till andra tredje parter, eftersom medlemsstaten garanteras en rätt att inför den institution som innehar handlingen som härrör från medlemsstaten redogöra för varför medlemsstaten inte anser att handlingen skall lämnas ut, även om det för institutionen framstår som uppenbart att handlingen skall eller inte skall lämnas ut. Med andra ord, antingen lämnar den medlemsstat som den begärda handlingen härrör från inte in en begäran enligt artikel 4.5, varvid den i enlighet med artikel 4.4 och i likhet med andra tredje parter således enbart kommer att rådfrågas av den institution som innehar handlingen, under förutsättning att det inte är uppenbart huruvida handlingen skall lämnas ut eller inte, eller också lämnar medlemsstaten in en sådan begäran varvid föregående samråd skall ske under alla omständigheter.

49. Förenade kungariket har visserligen invänt att om artikel 4.5 inskränks till att

endast vara en enkel formell skyldighet att systematiskt samråda med den medlemsstat från vilken den begärda handlingen härrör i de fall medlemsstaten har begärt detta, ges denna bestämmelse inte någon verklig innebörd i förhållande till artikel 4.4, eftersom samrådet enligt artikel 4.5, som skall hållas när det är uppenbart att handlingen skall eller inte skall lämnas ut, skulle sakna intresse. Denna invändning kan inte godtas, eftersom de skäl som en medlemsstat kan ange till varför den institution som innehar den handling som medlemsstaten har överlämnat inte skall lämna ut handlingen i fråga inte begränsas till sådana undantag från rätten till tillgång, som avses i artikel 4.1–4.3. Det är nämligen endast med hänvisning till dessa grunder som det kan vara uppenbart för den ifrågavarande institutionen om handlingen skall lämnas ut eller inte.

50. Visserligen kan den medlemsstat från vilken den begärda handlingen härrör inte ange vilka skäl som helst för att motsätta sig att den institution som tillställts begäran om tillgång lämnar ut den berörda handlingen. Det framgår av artikel 255.2 EG att dessa skäl nödvändigtvis skall återspegla allmänna eller enskilda intressen. De "allmänna eller enskilda intressen" som en medlemsstat kan stödja sig på begränsas inte till de undantag från rätten till tillgång som anges i förord-

64 — Se den överklagade domen, punkt 58.

ningen, utan de kan också hämtas i den berörda medlemsstatens nationella rättssystem.

motiverad av sådana allmänna eller enskilda intressen som föreskrivs i nationell rätt.

51. Det ankommer dock slutligen på den institution som innehar handlingen att fatta beslut om begäran om tillgång, och detta utan att vara bunden av utlåtandet från den medlemsstat som handlingen härrör från. I detta avseende är det här ännu inte möjligt att följa förstainstansrättens tolkning, att medlemsstaten inte är skyldig att motivera sin begäran enligt artikel 4.5.⁶⁵ Om medlemsstaten inte redogör för de skäl som, enligt denna, skulle motivera att rätten till tillgång nekades, hur skall då institutionen kunna få kännedom om och *a fortiori* övertygas om att det föreligger ett särskilt behov av sekretess?

52. En institution kan vid prövningen av den motivering som medlemsstaten har lämnat förvisso ändra sin bedömning av om det föreligger ett särskilt behov av sekretess enligt ett av de undantag från tillgång som anges i förordningen. Den kan emellertid inte göra detta om medlemsstatens begäran att handlingen inte skall lämnas ut är

53. Jag anser att institutionen emellertid skulle kunna neka en sådan begäran om att inte lämna ut en handling som grundar sig på ett särskilt behov av sekretess enligt nationell rätt, om institutionen ansåg att detta krävdes för öppenheten i den gemenskapsrättsliga beslutsprocessen. Med andra ord kan – och till och med skall – institutionen på begäran bevilja den sökande tillgång till handlingar som härrör från en medlemsstat, om det krävs för en god förståelse av skälen till att det berörda gemenskapsbeslutet antagits, även om den nämnda medlemsstaten motsätter sig detta på grund av att sekretess råder för handlingen enligt nationell rätt. Det handlar om att iakttäta det krav på öppenhet som uppställts, i vilket den grundläggande rätten till tillgång till handlingar ingår.⁶⁶ Det handlar vidare om effektiviteten av principen om demokrati, till vilken, såsom redovisats ovan, öppenheten numera är tätt knuten. Slutligen handlar det om kravet på strukturell kongruens, eftersom överföringen av behörighet till gemenskapen inte får leda till en minskning av den demokratiska maktkontroll som medlemsstaternas medborgare utför. Detta skulle nämligen kunna bli fallet om en medlemsstat, för samtliga handlingar som den överlämnar till institutionerna för gemenskapsbeslut, åberopade att sekretess förelåg enligt nationell rätt med hänsyn till

65 — Se den överklagade domen, punkt 59.

66 — För en bekräftelse hänvisar jag i sista hand till artikel I-50 i Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa.

medlemsstatens utrikespolitik. Om en medlemsstat redan genom att åberopa sådan sekretess systematiskt kunde hindra tillgång till handlingar avseende medlemsstatens medverkan i gemenskapens beslutsprocesser, skulle öppenhetsprincipens betydelse för den demokratiska kontrollen av den politiska processen äventyras. Det kan inte tillåtas att vissa befogenheter som på ett nationellt plan underkastats demokratisk kontroll, hädanefter, genom att dessa överförs till gemenskapen, systematiskt befrias från en liknande demokratisk kontroll av det skälet att de fortsättningsvis skulle utgöra en del av "medlemsstaternas utrikespolitik".

54. Vid prövningen av, förutom kravet på öppenhet i gemenskapens beslutsprocess, en begäran om tillgång till en handling som härrör från en medlemsstat skall en institution emellertid även beakta nationell rätts integritet, då medlemsstaten åberopat just nationell rätt som stöd för sin begäran enligt artikel 4.5 att den berörda handlingen inte skall lämnas ut. Det skall återigen upprepas att institutionen kommer att vara desto mer lyhörd om medlemsstaten, genom att motivera sin begäran om icke-utlämnande, gjort det möjligt att förstå varför sekretess är nödvändig med hänvisning till nationell rätt och dess syften. Denna intresseavvägning krävs enligt principen om lojalt samarbete, som styr förbindelserna mellan institutionerna och medlemsstaterna och som anges i skäl 15 i förordningen. Enligt denna princip krävs även att medlemsstaterna översänder de handlingar som är nödvändiga för ett

gemenskapsbeslut. Omvänt får medlemsstaterna inte äventyra uppfyllandet av förordningens syften när de, i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 5 i förordningen, fattar beslut med stöd av nationell rätt med anledning av en begäran om tillgång till handlingar som de innehar och som härrör från en institution.

55. Att ge den institution som innehar en handling som härrör från en medlemsstat rätt till sista ordet när det gäller att avgöra en begäran om tillgång som riktats till institutionen är det enda som enligt min mening överensstämmer med beskaffenheten av den grundläggande rätten till tillgång till institutionernas handlingar. Varje inskränkning i en grundläggande rättighet kan nämligen endast motiveras om den har till syfte att skydda legitima intressen och endast om den, i enlighet med proportionalitetsprincipen, inte går utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det eftersträfvade målet.⁶⁷

56. Jag vill slutligen påpeka att den tolkning av artikel 4.5 i förordningen som jag föreslår och som följer av rättsliga överväganden endast har liten om inte rättslig så i vart fall

⁶⁷ — Se, till exempel, dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651, svensk specialutgåva, volym 8, s. 597), punkt 38.

praktisk, betydelse för omfattningen av samrådet med medlemsstaten. Det kan nämligen förmodas att institutionen i de flesta fall följer den åsikt som medlemsstaten, varifrån den begärda handlingen härrör, har framfört.⁶⁸

57. Av det ovan anförda följer att förstainstansrätten i den överklagade domen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att tolka artikel 4.5 i förordningen så, att medlemsstaterna har en vetorätt i frågan huruvida en institution som innehar handlingar som översänts till den av medlemsstaten skall bifalla en begäran att lämna ut dessa.

58. För det fall domstolen väljer att inte följa mitt förslag utan i stället anser att den överklagade domen skall fastställas, anser jag att domskälen i vart fall skall ändras genom att förstainstansrättens motivering korrigeras. Förstainstansrätten har tolkat⁶⁹ artikel 4.5 så, att det i denna bestämmelse

föreskrivs en systematisk skyldighet för den institution som innehar en begärd handling att samråda med den medlemsstat varifrån handlingen härrör innan institutionen fattar beslut om handlingens utlämnande även om medlemsstaten inte tidigare har lämnat in en begäran om konfidentiell behandling, vilket i verkligheten förefaller utgöra just en förfrågan om huruvida den önskar lämna in en sådan begäran i enlighet med artikel 4.5. Enligt min mening strider denna tolkning mot den klara lydelsen av denna bestämmelse. Enligt denna bestämmelse krävs uttryckligen, för att samråd skall ske, att medlemsstaten först har begärt att handlingen inte skall lämnas ut. Visserligen har de tyska myndigheterna i det förevarande fallet skickat in de begärda nationella handlingarna före ikraftträdandet av förordningen. Beträffande sådana fall föreskrivs det i genomförandebestämmelserna till denna förordning, vilka kommissionen infört i sin arbetsordning,⁷⁰ att institutionen skall samråda med den myndighet som upprättat handlingen, oavsett om en begäran enligt artikel 4.5 har lämnats in. Den omständigheten att kommissionen i det förevarande fallet har rådfrågat de tyska myndigheterna utan en föregående begäran från de senares sida har således föga betydelse för den överklagade domens lagenlighet. Däremot är det mot bakgrund av de allmänna ordalagen i förstainstansrättens formulering lätt att tro att förstainstansrättens uppmaning till institutionerna, att samråda med den medlemsstat varifrån den begärda handlingen härrör i syfte att fråga denna medlemsstat huruvida den vill åberopa artikel 4.5, gäller såväl handlingar som överlämnats till institutionen innan förordningen började tillämpas som handlingar som överlämnats efter denna

68 — Som redan framgått av en första utvärdering av kommissionen (se den ovannämnda rapporten från kommissionen om genomförandet av principerna i förordningen, punkt 3.5.1) har institutionerna endast i sällsynta fall frångått de åsikter som lämnats in av en tredje part i enlighet med artikel 4.4.

69 — Se den överklagade domen, punkt 60.

70 — Se artikel 5.4 a i beslut 2001/937. För en redogörelse för detta krav, se domen i det ovannämnda målet *Messina mot kommissionen*, punkt 42.

tidpunkt. Därigenom strider domskälen mot den uttryckliga ordalydelsen i artikel 4.5 och kan således inte godtas. Jag föreslår således att domstolen korrigerar domskälen i förstainstansrättens dom och slår fast att den skyldighet som den institution som mottagit en begäran om tillgång till en

handling som härrör från en medlemsstat har att samråda med den berörda medlemsstaten (i syfte att undersöka huruvida denna önskar åberopa artikel 4.5) endast gäller i de fall då medlemsstaten överlämnat denna handling till institutionen innan förordningen trädde i kraft.

III — Förslag till avgörande

59. Av dessa skäl föreslår jag att domstolen bifaller överklagandet på den grund som avser åsidosättande av gemenskapsrätten och följaktligen upphäver den dom som Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt avkunnade den 30 november 2004 i mål T-168/02, IFAW Internationaler Tierschutz Fonds mot kommissionen.