



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johan Ericsson

Sekretess för affärsrelaterad information i
myndigheters affärsverksamhet –
särskilt med fokus på kommunala bolag

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Bengt Lundell

Termin för examen: HT 2012

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
SUMMARY	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställning	5
1.2 Metod och material	6
1.3 Disposition och avgränsningar	7
2 OFFENTLIGHET OCH SEKRETESS –DEFINITIONER AV UPPSATSENS CENTRALA BEGREPP	9
2.1 Offentlighetsprincipen	9
2.1.1 Inledning	9
2.1.2 Allmänna handlingar	9
2.1.3 Myndighetsbegreppet	10
2.2 Sekretess och tystnadsplikt	10
2.2.1 Inledning	10
2.2.2 Meddelarfriheten	11
2.2.3 Skaderekvisiten i OSL	11
2.3 Särskilt om uttrycket ”kommunala bolag”	12
3 SEKRETESS TILL SKYDD FÖR MYNDIGHETENS EKONOMISKA INTRESSEN	14
3.1 Inledning	14
3.2 Vad innebär affärsverksamhet?	14
3.2.1 Konkurrenskriteriet	15
3.2.2 Självständighetskriteriet	16
3.2.3 Bolagsformen som ett tecken på affärsverksamhet	17
3.3 Affärs- och driftförhållanden	18
3.4 Skadebedömningen	19
3.4.1 Olika slags uppgifters typiska karaktär	20
3.4.1.1 Löne- och anställningsuppgifter i kommunala bolag	20
3.4.1.2 Uppgifter som även omfattas av upphandlingssekretessen	21
3.4.1.3 Andra affärsrelaterade uppgifter	23

3.4.2	Generellt om rättens utredningsansvar	23
3.4.3	Utredningsansvaret vid skadebedömning enligt 19 kap 1 § OSL	24
4	SEKRETESS TILL SKYDD FÖR ENSKILD AFFÄRSMOTPART	27
4.1	Översikt	27
4.2	Särskilt om avvägningen i 31 kap 16 § OSL	28
4.3	Den enskildes inflytande över sekretessfrågan	29
4.3.1	Verkan av sekretessavtal med enskild	31
4.3.2	Betydelsen av vem som efterfrågar en uppgift	32
5	MEDDELARFRIHET OCH TYSTNADSPLIKT	34
5.1	Annat än allmänna handlingar	34
5.1.1	Meddelarfriheten	34
5.1.2	Undantaget för ledande personer i kommunala bolag	36
5.1.3	Företagshemligheter hos myndigheter	36
5.2	Avtal om tystnadsplikt	39
5.3	Bevisanskaffning och efterforskningsförbudet	40
6	SEKRETESS VID MOTPARTS BEVISANSKAFFNING FÖR TVISTEMÅL	43
6.1	Inledning	43
6.1.1	Bevisanskaffning i allmänhet	43
6.1.2	Den fredade zonen i myndigheters affärsverksamhet	44
6.2	Edition av allmänna handlingar	45
6.3	Edition eller begäran om allmän handling?	46
6.4	Särskilt om uppgifter som inte finns i allmänna handlingar	47
7	SLUTSATSER	49
7.1	De materiella grunderna för affärssekretessen	49
7.1.1	Grunder hänförliga till det allmänna	49
7.1.2	Särskilt om den personliga tystnadsplikten	50
7.1.3	Grunder hänförliga till enskilda intressen	51
7.2	Materiella skillnader beträffande de kommunala bolagen	52
7.2.1	Inledning	52
7.2.2	Verksamhetsformens betydelse för sekretessen	52
7.2.3	Skillnader avseende löne- och anställningsuppgifter	53
7.2.4	Skillnader avseende meddelarfrihet och tystnadsplikt	53
7.3	Avslutande ord	54
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55

Sammanfattning

Myndigheter kan, precis som privata rättssubjekt, bedriva verksamhet av affärsinriktad karaktär. Ett vanligt exempel på detta är det kommunala bolaget. En myndighets affärsverksamhet har dock vissa särskilda krav på sig, inte minst ifråga om offentlighet, och insyn i verksamheten. Samtidigt finns ett behov av att kunna hemlighålla en viss typ av information, vars röjande kan tänkas skada verksamheten ur ett affärsmässigt perspektiv. Avvägningen mellan dessa intressen är en problematik i sig, och utgör det yttre ramverket för detta arbete.

Avsikten med denna uppsats är att utreda på vilka grunder det är möjligt att sekretessbelägga affärsrelaterad information i en affärsverksamhet som drivs av en myndighet. Med myndighet jämföras även det kommunala bolaget, i fråga om handlingsoffentlighet och insyn. Enligt förarbetena till OSL skall det inte innebära någon skillnad avseende offentlighet och insyn om en verksamhet drivs i myndighetsform eller i bolagsform. Därför analyseras också i detta arbete huruvida det uppstår några materiella skillnader om verksamheten drivs i form av ett kommunalt bolag.

En närmare analys görs av de centrala rättsregler som finns på området, deras närmare innebörd och hur de normalt tillämpas. Arbetet visar på vilka faktorer som beaktas vid sekretessprövningen, och hur exempelvis en uppgifts typiska karaktär får betydelse för kravet på utredningen i det enskilda fallet. Uppsatsen visar också att det faktiskt finns vissa materiella skillnader i sekretesshänseende, beroende på om en verksamhet drivs i myndighetsform eller som ett kommunalt bolag. Detta gäller inte minst ifråga om tystnadsplikt för de personer som intar en ledande ställning i bolaget, eller de materiella möjligheterna till att sekretessbelägga uppgifter om individuella löner eller anställningsförhållanden.

Summary

It is not uncommon that Swedish public authorities run their own business enterprises. Some of the most frequent examples are companies owned by local municipalities, which for example provide apartments with right of tenancy. However, these enterprises are somewhat different from privately owned businesses. This is because of the Principle of Public Access, which guarantees a certain amount of transparency in the activities run by public authorities.

On the other hand, there is a need for being able to classify certain information, if publicity could cause economic damage to the business. One can for instance imagine situations, where a competitor would use the Principle of Public Access to gain personal advantage. Certain price lists, or budget documents could be valuable resources for a company that competes with a publically owned business enterprise. The balance between these two interests is a question that needs careful consideration by the legislator.

In the Swedish law of publicity and secrecy (OSL), companies run by a local municipality, and where the authorities have the majority vote, on a shareholders meeting, are equal to a public authority, in the matter of Public Access. The government has stated that there should not be any difference between an authority and such a company run by a local municipality, when it comes to publicity and transparency.

This essay is, therefore, based on two questions. The first question is on what grounds business-related information could be classified by a public authority. The other question is whether it makes any difference to the possibilities of classifying information, if the enterprise is such a company run by a local municipality. A closer analysis will be made of some central rules of importance, about secrecy in the Swedish public management, and the application of those rules. Furthermore, the essay will show that a few differences regarding publicity exist, if the enterprise is run as a company, and not in a common public-authority form.

Förord

Detta arbete tillägnas Sanna och Alice.
Tack för ert tålamod, och er förståelse!

Författaren önskar också tacka docent Bengt Lundell för god handledning och trevliga samtal, justitierådet Marianne Eliason för värdefulla synpunkter vid det initiala skedet av detta arbete, samt jur. kand. Annika Landfors, tingsnotarien Kristofer Öberg och Lena Posselwhite för hjälpen med korrekturläsning. Slutligen vill jag även tacka mina föräldrar, Sverker och Maria Ericsson, för ert stöd.

Tack!

Med detta arbete avslutar jag mina studier vid Lunds universitet, och ställer siktet mot nya utmaningar. O jerum, jerum, jerum, o quae mutatio rerum!

Lund den 10 januari 2013

Johan Ericsson

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
BrB	Brottsbalk (1962:700)
FHL	Lag (1990:409) om skydd f. företagshemligheter
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen. <i>(För att uppnå konsekvens används denna förkortning i den löpande texten även gällande äldre avgöranden, trots att domstolens namn tidigare var Regeringsrätten).</i>
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen
KamR	Kammarrätt
KL	Kommunallagen (1991:900)
MO	Militieombudsmannen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OSL	Offentlighets- och sekretesslag (2009:400)
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsform (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SekrL	Sekretesslag (1980:100) (Upphävd)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställning

Att myndigheter driver affärsverksamhet är inte ovanligt. Under år 2011 omsatte exempelvis de kommunägda företagen 185 miljarder kr, och uppvisade ett sammanlagt resultat på 6,7 miljarder kr.¹ Viktigt att komma ihåg är dock att de affärsverksamheter som drivs av myndigheter, verkar under delvis andra förutsättningar än företag av rent privaträttslig karaktär. Inte minst skiljer sig det allmännas verksamheter åt ifråga om möjligheterna till insyn och offentlighet. Så är fallet även för de bolag, där kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande. De sistnämnda jämförelsevis nämligen med myndigheter vid tillämpningen av OSL.

Offentlighetsprincipen inom myndigheters verksamhet är naturligtvis grundläggande i en demokrati. Offentligheten ökar kunskapen om hur väl samhället fungerar, och utgör ett viktigt skydd mot maktmissbruk.² Tillgång till information är även en grundläggande förutsättning för ett politiskt ansvarsutkrävande i form av de allmänna valen.³ Genom information om hur förvaltningen bedrivits, kan exempelvis var och en ta ställning till huruvida den sittande regeringen, eller kommunstyrelsen, skall få ett fortsatt förtroende eller inte.

Offentlighetsprincipen gäller dock inte undantagslöst. Om en uppgifts offentliggörande kan vara till skada, för enskilda eller allmänna intressen, kan detta utgöra ett skäl att sekretessbelägga uppgiften. Det blir då en avvägning mellan två intressen; *offentligheten* å ena sidan, och det särskilda *enskilda eller allmänna intresset* å den andra. Att formulera detta i skrivna rättsregler blir naturligtvis en särskild utmaning för lagstiftaren.⁴

Det är också fullt möjligt att någon försöker missbruka offentlighetsprincipen. Man kan exempelvis föreställa sig hur en konkurrent till ett kommunalt bolag skulle vilja utnyttja insynsmöjligheterna, för att tillskansa sig själv konkurrensfördelar. Denna uppsats handlar om vilka materiella möjligheter som finns för att motverka detta.

Uppsatsens syfte är att analysera vilka möjligheter som finns att hemlighålla affärs- och driftrelaterad information, inom en myndighets affärsverksamhet samt inom vissa kommunala bolag. I första hand utgår undersökningen från de regler som finns i 19 kap OSL. Här står framförallt 1 § i fokus. Bestämmelsen avser att skydda det allmänna, i egenskap av aktör på en konkurrensutsatt marknad. För att skydda detta intresse, har lagstiftaren bedömt att det i vissa fall finns skäl att ge avkall på offentlighetsprincipen. Det handlar om de fall då ett röjande av en uppgift kan antas *gynna en konkurrent, på det allmännas bekostnad*. Även vissa andra regler och principer har betydelse för möjligheterna att hemlighålla

¹ SCB, Offentligt ägda företag 2011.

² Strömberg & Lundell (2009) s. 7, samt Bohlin (2010) s. 17.

³ Ahlbäck i Rothstein (2005) s. 287f.

⁴ Strömberg & Lundell (2009) s. 11.

affärs- och driftrelaterad information, och dessa får således också utrymme i detta arbete. Det främsta syftet med uppsatsen är således att försöka utröna *vilka materiella möjligheter en affärsverksamhet som drivs av en myndighet, har att hemlighålla affärsrelaterad information.*

I sammanhanget utgör de bolag där kommuner eller landsting utövar ett *rättsligt bestämmande inflytande*, en intressant hybridform. Dessa omfattas normalt av associationsrättsliga regler, men är beträffande skyldighet att utge allmänna handlingar och de anställdas meddelarfrihet att anse som myndigheter enligt OSL.⁵ Dessa omfattas därför normalt av offentlighetsprincipen, men kan också åberopa sekretessbestämmelser, exempelvis för att skydda affärsrelaterad information, som annars kan komma att skada bolaget på en konkurrensutsatt marknad.

I samband med att dessa företag blev jämställda med myndigheter, i den mening som avses i OSL, uttalades att möjligheterna till insyn och kontroll inte skulle vara avhängiga om en verksamhet drevs i myndighetsform eller företagsform.⁶ Denna föranleder en fråga, som också är av intresse i detta arbete. Är det verkligen så att det inte föreligger någon materiell skillnad i sekreteshänseende, om en affärsverksamhet drivs i en ren myndighetsform, eller om den drivs som ett kommunalt bolag?

Den övergripande frågeställningen för denna uppsats blir således som följer; *på vilka grunder går det att sekretessbelägga affärsrelaterad information, i en affärsverksamhet som drivs av en myndighet, och blir det någon materiell skillnad om verksamheten drivs i form av ett kommunalt bolag?*

1.2 Metod och material

Materialet som används för undersökningen består i första hand av erkända rättskällor. Dessa är lag, förarbeten, praxis och doktrin. Den metod som används är att, utifrån dessa rättskällor, skapa en bild av vad som utgör gällande rätt. I denna mening utgörs metoden i detta arbete av vad som vanligen brukar kallas för *juridisk metod*.⁷

Denna undersökning har dock ett något bredare underlag. Beroende på de få avgöranden som finns från högsta instans, angående det aktuella rättsområdet, hör även ett större antal kammarrättsfall till undersökningsmaterialet. Detta är fall från kammarrätter över hela landet. Författaren till detta arbete är ytterst medveten om att det finns en viss problematik med dessa avgöranden; kammarrätterna leder inte rättstillämpningen, och man kan inte ta dessa avgöranden som rättskällor på samma sätt som avgöranden från högsta instans. Någon har även sagt att om man letar tillräckligt länge, hittar man alltid ett kammarrättsfall som stöder ens hypotes.

Jag har försökt att under hela arbetets gång vara medveten om detta, och att inte dra några förhastade slutsatser enbart utifrån kammarrättsfallen. Tyngdpunkten i resonemanget läggs på de avgöranden som kommer från

⁵ 2 kap 3 § samt 13 kap 2 § OSL.

⁶ Prop. 1993/94:48 s. 18.

⁷ Sandgren (2007) s. 38.

HFD. Resonemang utifrån kammarrättsfallen kommer i första hand göras utifrån de fall där ett stort antal avgöranden pekar åt samma håll. Enligt min åsikt fyller kammarrättsavgörandena en viktig roll, eftersom de, i brist på mer talrika avgöranden från högsta instans, ger en bild av hur sekretessbestämmelserna faktiskt tolkats i praktiken.

Jag anser att det viktigaste är att vara öppen med vilka ställningstaganden som görs enbart utifrån kammarrättsfall, och vilka som också har stöd i avgöranden från högsta instans. På detta sätt kan läsaren själv bilda sig en uppfattning om de slutsatser som görs utifrån rättsfallen. Min ambition är att under hela arbetet upprätthålla en sådan transparens, och upprätthålla en distinktion mellan dessa två typer av avgöranden. I rättsfallsförteckningen i slutet av arbetet, anges även från vilka kammarrätter de olika avgörandena kommer.

1.3 Disposition och avgränsningar

Den yttre ramen för arbetet utgörs av möjligheterna att sekretessbelägga affärsrelaterad information, på bekostnad av offentlighetsprincipen. Det är viktigt att framhålla att denna problematik inte enbart rör tillgången till allmänna handlingar, och den sekretessprövning som görs av dessa. Inom en affärsverksamhet finns naturligtvis även en mängd annan information, som kan gynna konkurrenter. Information kan vara av avgörande betydelse, även om den inte utgör allmän handling. Det kan vara skriftlig information som inte ännu färdigställts, eller personliga minnesanteckningar. Det kan även vara muntlig information om vad som diskuterats vid affärsmöten eller dylikt. För att få en rättvisande bild av sekretessen i myndighets affärsverksamhet, måste således alla dessa olika former av information omfattas av undersökningen.

Initialt görs en analys av vad som gäller beträffande sekretess för de *allmänna handlingarna*. Till detta ägnas de två första kapitlen. Här är framförallt 19 kap 1§ av betydelse för det aktuella resonemanget. Denna regel styr sekretessen i myndigheters affärsverksamhet, beträffande uppgifter om affärs- eller driftförhållanden. Vidare kommer att analyseras vilka verkningar ett affärsförhållande mellan en myndighet och en enskild, kan få för sekretessfrågan. Detta förhållande omfattas framförallt av 31 kap 16 § OSL, som reglerar sekretessen till förmån för den enskilde, i en affärsrelation mellan det allmänna och en enskild. Dessa två skyddsintressen överlappar nämligen till viss del varandra.

Beträffande sådan information som inte utgör allmän handling, är framförallt *myndighetsanställds tystnadsplikt* enligt samma bestämmelser av intresse. Sekretessen gäller som bekant oavsett i vilken form uppgiften förekommer.⁸ Vad tystnadsplikten anbelangar, kan det dock ha betydelse om en uppgift röjs i publiceringssyfte. Därför ges även *meddelarfrihetens* betydelse i detta sammanhang ett visst utrymme i detta arbete.

Även om uppgifter är offentliga ur ett offentlighetsrättsligt perspektiv, kan också det faktum att uppgifterna utgör *företagshemligheter* i en myndighets

⁸ Strömberg & Lundell (2009) s. 13.

affärsverksamhet, få betydelse för huruvida det är möjligt att undanhålla dem från insyn. Det är således inte säkert att en uppgift är offentlig, även om den inte omfattas av sekretess enligt OSL. Ytterligare ett problemområde är, i vilken utsträckning en myndighet skall tvingas lämna ut sådan information som kan försämra dess ställning som *part i ett tvistemål*. Särskilda avsnitt har därför vikts åt dessa två perspektiv.

Alla dessa olika aspekter kommer således att behandlas i detta arbete. Vid en första anblick kan säkerligen dessa olika problemområden tyckas dra åt olika håll. Det är dock viktigt att komma ihåg, att det är den *affärsrelaterade informationen* som är den gemensamma nämnaren i uppsatsens olika kapitel. Det är således alltid *samma typ av uppgifter* som avses; dvs *uppgifter om myndighetens affärs- eller driftförhållanden*. Det som skiljer de olika avsnitten åt, är exempelvis vilken form uppgifterna har, vem som efterfrågar dem, i vilket syfte uppgifterna lämnas ut, eller vem det är som drabbas av att informationen röjs. Ambitionen är att dessa olika perspektiv sammanfattningsvis skapar en god bild över vilka möjligheter som finns, eller inte finns, att hemlighålla affärsrelaterad information i en verksamhet av det aktuella slaget. Förhoppningen är också att detta arbete kommer att påvisa vilken skillnad det kan göra i sekretesshänseende huruvida verksamheten bedrivs genom ett kommunalt bolag.

Det är också viktigt att poängtera att detta arbetes problemområde är av det *materiella* slaget. Det är de materiella möjligheterna till sekretess, som är av intresse i undersökningen. Exempelvis utelämnas helt frågeställningar rörande kommunala bolags faktiska efterlevnad av skyldigheten att diarieföra handlingar och att skyndsamt lämna ut dessa. Dessa frågor utgör enligt författaren till detta arbete en mer formell aspekt av problematiken rörande insyn i kommunala bolag, som därför faller helt utanför uppsatsens frågeställning. Dessa frågor har även redan avhandlats i en inte obetydlig omfattning.⁹ Även frågor som rör lämpligheten av att ett kommunalt bolag beträffande vissa skriftliga uppgifter själva avgör om de skall arkiveras eller inte, kommer att helt utelämnas i uppsatsen.

⁹ Se exempelvis *Hyltner & Velasco* (2009), samt SOU 2011:43 s. 571 ff.

2 Offentlighet och sekretess – definitioner av uppsatsens centrala begrepp

2.1 Offentlighetsprincipen

2.1.1 Inledning

Offentlighetsprincipen har en fundamental betydelse för den svenska demokratin. Principen har kanske sin mest framträdande form i *handlings-offentligheten*, vilket är den grundlagsskyddade rätten för svenska medborgare att ta del av allmänna handlingar.¹⁰ En annan aspekt av offentlighetsprincipen är *förhandlingsoffentligheten*, enligt vilken offentlighet skall råda vid domstolsförhandling. De *offentliganställdas yttrande- och informationsfrihet*, kan också ses som en viktig del av offentlighetsprincipen. Grundprincipen är att dessa får yttra sig, så länge uppgifterna inte omfattas av tystnadsplikt enligt lag. I vissa fall kan det även vara tillåtet för en offentlig funktionär att yttra sig om sådant som omfattas av tystnadsplikt. Detta är om uppgifterna ges i publiceringssyfte, inom ramen för *meddelarfriheten*, och uppgifterna inte omfattas av någon kvalificerad sekretess.¹¹

2.1.2 Allmänna handlingar

Allmänna handlingar är sådana handlingar som förvaras hos *myndighet*, och är inkomna till eller upprättade hos myndighet.¹² Handlingen anses *inkommen* när den anlänt till myndigheten, eller kommit behörig befattningshavare tillhanda.¹³ *Upprättad* blir handlingen då den expedieras, om ärendet den tillhör slutbehandlats, eller om den justerats av myndigheten eller på annat sätt färdigställts.¹⁴

Minnesanteckningar som inte tillfört ett ärende sakuppgift, utan endast tillkommit för ett ärendes föredragning eller beredning, blir allmänna handlingar endast om de arkiveras. Detsamma gäller utkast till beslut, eller skrivelse och därmed jämställd handling.¹⁵ Ett sådant utkast behåller även sin status om den överlämnas till en annan myndighet. Att ett utkast därför skickas för konsultation för att sedan returneras betyder därför inte att den automatiskt anses som upprättad.¹⁶

¹⁰ *Bohlin* (2010) s. 19.

¹¹ *Bohlin* (2010) s. 17f.

¹² 2 kap 3 § TF.

¹³ 2 kap 6 § TF.

¹⁴ 2 kap 7 § TF.

¹⁵ 2 kap 9 § TF.

¹⁶ *Strömberg & Lundell* (2009) s. 31.

Att en handling är allmän betyder heller inte nödvändigtvis att den är offentlig. En allmän handling kan även vara sekretessbelagd, för att skydda både enskilda och allmänna intressen.¹⁷ Handlingsoffentligheten innebär således inte en rätt att ta del av alla allmänna handlingar, utan endast en rätt att ta del av de handlingar som inte omfattas av någon sekretess enligt OSL.

2.1.3 Myndighetsbegreppet

Med myndigheter avses i TF samma definition som den som finns i RF. Det handlar således om regering, statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter, samt domstolarna. Beträffande handlingsoffentligheten jämföras dock även vissa andra organ med myndigheter, även om de formellt inte omfattas av myndighetsbegreppet.¹⁸ Till exempel skall, enligt 2 kap 4 § OSL, vissa organ som förekommer i OSL:s bilaga jämföras med myndigheter i fråga om rätten att ta del av allmänna handlingar. Vidare stadgas i 2 kap 3 § OSL att även aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där *kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande*¹⁹, skall jämföras med myndigheter vid tillämpningen av OSL.

2.2 Sekretess och tystnadsplikt

2.2.1 Inledning

Av 2 kap 2 § TF framgår att rätten att ta del av allmän handling endast får begränsas i de fall det är påkallat med hänsyn till; 1. rikets säkerhet eller dess förhållande till annan stat eller mellanfolklig organisation, 2. rikets centrala finanspolitik, penningpolitik eller valutapolitik, 3. myndighets verksamhet för inspektion, kontroll eller annan tillsyn, 4. intresset att förebygga eller beivra brott, 5. det allmännas ekonomiska intresse, 6. skyddet för enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden, 7. intresset att bevara djur eller växtart.

Regler om sekretess i det allmännas verksamheter finner vi i OSL. Dessa regler gäller egentligen oavsett om den aktuella uppgiften förekommer i en allmän handling eller inte.²⁰ Reglerna i OSL utgör därför även ramen för den tystnadsplikt som följer av anställning hos en myndighet.²¹ Om en myndighetsanställd bryter mot sekretessen kan det vara fråga om ett brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap 3 § BrB. I fråga om straffbarhet har det betydelse huruvida en myndighetsanställd brutit mot sin tystnadsplikt inom ramen för meddelarfriheten eller inte.

¹⁷ Strömberg & Lundell (2009) s. 13.

¹⁸ Strömberg & Lundell (2009) s. 19.

¹⁹ Innebörden av ett rättsligt bestämmande inflytande avhandlas i stycke 2.3.

²⁰ Strömberg & Lundell (2009) s. 13.

²¹ Bohlin (2010) s. 19.

Det är aldrig tillåtet att ge ut allmänna handlingar i strid med en sekretessbestämmelse, eller ett förbehåll, men om uppgiften har en annan form, och lämnas för publicering, blir det avgörande om den som röjt uppgiften brutit mot en så kallad *kvalificerad tystnadsplikt*. Detta är sådana tystnadsplikter som enligt särskilt stadgande i OSL bryter meddelarfriheten.

2.2.2 Meddelarfriheten

De offentliganställdas yttrandefrihet begränsas normalt av den sekretess som framgår av OSL.²² I vissa fall sträcker sig dock yttrandefriheten längre, och det är i de fall någon röjer en uppgift i publiceringssyfte. Detta är den så kallade meddelarfriheten. Naturligtvis har även meddelarfriheten begränsningar. Exempelvis skyddar den inte att någon lämnar ut allmän handling i strid med en sekretessbestämmelse, eller något av de andra meddelarbrotten i 7 kap 3 § TF.²³ Beträffande muntliga uppgifter krävs dock att dessa omfattas av en så kallad *kvalificerad sekretess*, för att ett röjande inte skall skyddas av meddelarfriheten. Någon sådan kvalificerad tystnadsplikt gäller inte för uppgifter i myndighets affärs- eller driftförhållanden. Längre fram i detta arbete kommer en mer fördjupad analys, av vilken betydelse meddelarfriheten har för huruvida det går att hemlighålla affärs- och driftrelaterad information i myndigheters affärsverksamhet.²⁴

2.2.3 Skaderekvisiten i OSL

Vissa sekretessregler gäller oavsett om någon skaderisk föreligger eller inte. Dock har de flesta av dem försetts med ett skaderekvisit, vilket är avgörande för huruvida sekretess skall föreligga i det enskilda fallet. Här särskiljer man mellan *raka skaderekvisit*, där offentlighet presumeras, och *omvända skaderekvisit*, där uppgiften blir offentlig endast om det kan visas att ingen lider skada eller men.²⁵

Uppgifter i myndigheters affärsverksamhet är skyddade av ett rakt skaderekvisit. De är således normalt offentliga, och skall endast omfattas av sekretess i de fall man kan påvisa en risk för skada. Detta kan jämföras med exempelvis uppgifter om enskild inom socialtjänsten, vilka givits ett omvänt skaderekvisit, och följaktligen omfattas av sekretess så länge det inte står klart att ett röjande inte orsakar den enskilde eller dennes närstående skada eller men.²⁶

Med begreppet *skada* avses i huvudsak ekonomisk skada, och med *men* har lagstiftaren främst avsett olika typer av integritetskränkningar, men kan i vissa fall även innefatta situationer där ett röjande av en uppgift får ekonomiska konsekvenser för enskild. Det är också tänkbart att skada eller

²² Bohlin (2010) s. 19.

²³ Se avsnitt 5.1.1.

²⁴ Se avsnitt 5.1.1.

²⁵ Strömberg & Lundell (2009) s. 48.

²⁶ 26 kap 1 § OSL. Se även Bohlin (2010) s. 202.

men kan uppstå, även på grund av helt rättsenliga åtgärder som till exempel att en person blir utsatt för indrivningsåtgärder, eller satt i fängelse.²⁷

I vissa fall har skaderekvisitet i en sekretessregel specificerats ytterligare. Man talar då om *kvalificerade skaderekvisit*, där exempelvis *betydande men* ställts upp som ett krav för att sekretess skall föreligga. Dessa kvalificerade rekvisit kan vara ett sätt att ytterligare markera presumtionen för offentlighet.²⁸ I detta arbete utgör bestämmelsen i 31 kap 16 § OSL, ett viktigt exempel på ett sådant kvalificerat skaderekvisit.²⁹

2.3 Särskilt om uttrycket ”kommunala bolag”

Att kommuner driver affärsverksamhet i bolagsform är ingen ny företeelse. Under slutet av 1900-talet ökade dock antalet kommunala aktiebolag på ett markant sätt.³⁰ År 2011 var antalet kommunalt ägda bolag 1696 stycken.³¹ Det är dock viktigt att komma ihåg att begreppet kommunala bolag kan innefatta dels sådana bolag där en kommun utövar ett rättsligt bestämmande inflytande, men även sådana bolag utan ett sådant inflytande. Dessa två varianter får nämligen helt skilda verkningar avseende offentlighet och sekretess.

I de bolag där kommun eller landsting utövar ett *rättsligt bestämmande inflytande*, infördes 1 januari 1995 samma handlingsoffentlighet som hos myndigheter. Här avses sådana bolag som kommunen eller landstinget ensamma eller tillsammans 1. äger aktier eller andelar med mer än hälften av samtliga röster i bolaget, eller på annat sätt förfogar över så många röster, 2. har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i styrelsen, eller 3. utgör samtliga obegränsat ansvariga i ett handelsbolag. Denna typ av bolag jämställs alltså med myndigheter vid tillämpningen av OSL.³²

Om kommunen eller landstingen däremot äger bolaget tillsammans med ett privaträttsligt subjekt, och *inte har ett bestämmande inflytande*, gäller inte automatiskt någon handlingsoffentlighet. Vill man åstadkomma liknande skyldigheter för ett sådant företag måste detta i så fall regleras genom bolagsordningar, avtal eller dylikt.³³ Huvudprincipen är att bolaget i princip inte omfattas av kommunalrättsliga bestämmelser, utan endast av reglerna i exempelvis ABL. Kommunen däremot, omfattas av KL i sin roll som ägare, och har således krav på sig att kontrollera bolaget via exempelvis bolagsordningen.³⁴ På så sätt kan kommunen göra exempelvis de kommunalrättsliga principerna bindande för bolaget.³⁵ Detta sker således på associationsrättslig väg, och inte på offentlighetsrättslig.

²⁷ Prop. 1979/80:2 s. 79f. & s. 83.

²⁸ *Bohlin* (2010) s. 205.

²⁹ Se avsnitt 4.2.

³⁰ *Stattin* (2007) s. 21f.

³¹ SCB, Offentligt ägda företag 2011, s. 6.

³² 2 kap 3§ och 13 kap 2 § OSL.

³³ SOU 2011:43 s. 565f.

³⁴ *Stattin* (2007) s. 19f.

³⁵ SOU 2011:43 s. 525f.

Möjligheten att göra offentligrättsliga regler gällande via avtal och dylikt, är naturligtvis mycket intressant. Dock faller detta helt utanför detta arbetes ramar. Därför bortses i denna uppsats helt från sådana företag, där kommun eller landsting saknar ett rättsligt bestämmande inflytande. *När begreppet "kommunala bolag" används i detta arbete, avses alltså endast de bolag där kommun eller landsting utövar ett rättsligt inflytande, och som således är jämställda med myndighet vid tillämpningen av OSL.*

Av de kommunala bolag som fanns år 2011 var 92 procent aktiebolag, och inom aktiebolagen fanns 98 procent av omsättningen, samt 97 procent av antalet anställda.³⁶ Det råder således inget tvivel om att aktiebolaget är den mest dominerande bolagsformen, när det gäller kommuners affärsverksamhet.

Det statistiska underlaget tillåts därför påverka innebörden av begreppet kommunala bolag i detta arbete. Med tanke på att aktiebolaget är överrepresenterat inom kommuners och landstings affärsverksamheter, förutsätts i vissa av uppsatsens resonemang, att verksamheten drivs i aktiebolag. Även om ett kommunalt bolag naturligtvis kan ha en annan bolagsform, utgår exempel och ställningstaganden i denna uppsats stundom ifrån att det kommunala bolaget typiskt sett drivs i aktiebolagsform.

³⁶ SCB, Offentligt ägda företag 2011, s. 6.

3 Sekretess till skydd för myndighetens ekonomiska intressen

3.1 Inledning

Enligt 19 kap 1 § OSL gäller sekretess i en myndighets *affärsverksamhet*, för *uppgifter om myndighetens affärs- eller driftförhållanden*, om det kan antas att någon som driver en likartad rörelse gynnas på myndighetens bekostnad om uppgiften röjs. Som myndighet räknas i detta fall även de kommunala bolagen.³⁷ För förståelsen av denna affärssekretess krävs en närmare förståelse av regelns olika rekvisit, och hur dessa skall tolkas. I detta kapitel kommer därför en närmare analys att göras, av vad som avses med en affärsverksamhet, vilka uppgifter som typiskt sett är hänförliga till affärs- och driftförhållanden, samt vad som krävs för att anta att det finns risk för att en konkurrent gynnas på verksamhetens bekostnad.

3.2 Vad innebär affärsverksamhet?

Enligt förarbetena åsyftas med begreppet affärsverksamhet, sådan verksamhet som är ”antingen i sin helhet eller i viss avgränsad del affärsinriktad. Begreppet får inte fattas alltför snävt.”³⁸ Som exempel ges de affärsdrivande verken eller andra myndigheter, som konkurrerar om uppdrag med andra aktörer. Det som också kännetecknar affärsverksamhet, är att verksamheten har ett krav på vinst, eller att den åtminstone skall gå ihop ekonomiskt. Den får vara subventionerad, men kan inte innehålla utförande av renodlade förvaltningsuppgifter.³⁹

De kanske mest typiska exemplen på myndighets affärsverksamhet är kanske tillhandahållande av hyresbostäder eller energi, men det kan naturligtvis handla även om andra sorters verksamheter såsom kreditmarknadsbolag⁴⁰ eller inkassoverksamhet.⁴¹ Det är naturligtvis inte heller nödvändigt att verksamheten drivs i bolagsform för att affärsverksamhet skall anses föreligga. Som exempel på affärsverksamhet driven i förvaltningsform kan nämnas RÅ 1990 not 9, där en avdelning inom den kommunala serviceförvaltningen i Göteborg ansågs bedriva affärsverksamhet bestående av tillhandahållande av ADB-tjänster till andra kommunala förvaltningar och bolag.

³⁷ 2 kap 3 § 1 st. OSL.

³⁸ Prop. 1979/80:2 Del A s. 144.

³⁹ Prop. 1979/80:2 Del A s. 145.

⁴⁰ Se RÅ 2003 not 11.

⁴¹ Se RÅ 1998 not 125.

Som ett tydligt exempel på myndighets affärsverksamhet har framhållits de affärsdrivande verken, och nämnden för statens gruvegendom. Utöver detta har man avsett myndigheter vilka åtar sig uppdrag i konkurrens med andra. Som exempel ges olika provningsanstalter, viss tillverkningsindustri, eller utlåningsverksamhet. Alla med den gemensamma nämnaren att de drivs av det allmänna, men verkar på en konkurrensutsatt marknad.⁴² Kravet att verksamheten skall drivas på detta sätt, kallas för framställningens skull *konkurrenskriteriet*.

I förarbetena nämns ytterligare ett kännetecken på affärsverksamhet. Detta är att, även om den till viss del kan vara subventionerad, är föremål för ett krav att i vart fall gå ihop ekonomiskt.⁴³ Detta kriterium får i detta arbete namnet *självständighetskriteriet*. Förarbetena ger oss således i vart fall två kriterier på vad som kännetecknar en myndighets affärsverksamhet. Låt oss undersöka dessa närmare.

3.2.1 Konkurrenskriteriet

Vid en närmare analys av praxis, kan konstateras att stor betydelse tillmäts det faktum att verksamheten faktiskt konkurrerar med andra aktörer.⁴⁴ Konkurrenskriteriet är också i många fall det som särskiljer sekretessen i myndigheters affärsverksamhet, från sekretess enligt den så kallade upphandlingssekretessen i 19 kap 3 §. Dessa två sekretessregler överlappar nämligen till viss del varandra, då vissa typer av uppgifter kan omfattas av sekretess enligt både 1 § och 3 §.⁴⁵ Skillnaden är att upphandlingssekretess kan tillämpas, oavsett om verksamheten är utsatt för konkurrens eller inte.⁴⁶

Sekretess grundad på 19 kap 1 § syftar alltså framförallt till att skydda det allmänna i egenskap av konkurrensutsatt aktör, och det är detta som är det skyddsvärda intresset i sammanhanget. Konkurrenskriteriet torde således vara det kriterium som är det minst kontroversiella, men kanske det mest centrala, för huruvida en myndighet kan anses bedriva affärsverksamhet.

Det har exempelvis ansetts att kommunal verksamhet som är konkurrensutsatt, är att anse som affärsverksamhet eftersom detta är något annat än en förvaltningsuppgift i snäv bemärkelse.⁴⁷ Som exempel kan återigen ges den enhet inom Göteborgs kommun som sålde administrativa tjänster åt andra kommunala förvaltningar och bolag, men även till tredje person. Centralt var att avdelningen, genom sin utåtriktade verksamhet, konkurrerade med aktörer på den fria marknaden. Av detta rättsfall framgår klart och tydligt, att det faktum att avdelningen verkade på en *konkurrensutsatt marknad* var en avgörande omständighet i bedömningen.⁴⁸

Ett liknande exempel är den tekniska avdelning inom Malmö kommun som ansågs utöva affärsverksamhet trots att den drevs i förvaltningsform.

⁴² Prop. 1979/80:2 s. 144f.

⁴³ Prop. 1979/80:2 s. 145.

⁴⁴ Se exempelvis RÅ 2003 ref. 28, RÅ 2003 not. 11, RÅ 1998 ref. 32, RÅ 1990 not. 9.

⁴⁵ Se avsnitt 3.4.1.2 om vilka uppgifter som omfattas av upphandlingssekretessen.

⁴⁶ *Lenberg mfl.* (2012) kommentar till 19 kap 1 § OSL.

⁴⁷ Prop. 1993/94:188 s. 89. Se även RÅ 1990 not. 9.

⁴⁸ RÅ 1990 not. 9.

Även i detta fall drevs verksamheten affärsmässigt på en konkurrensutsatt marknad.⁴⁹

Finns ingen konkurrens, kan heller inte skaderekvisitet uppfyllas, eftersom det då inte finns någon som kan gynnas på grund av att uppgifterna röjs. Detta är dock en senare fråga, som uppstår i samband med skadebedömningen. Till exempel ansågs vissa uppgifter hos Svenska kraftnät inte omfattas av sekretess, eftersom det enligt HFD inte fanns några egentliga alternativ till verksamheten på marknaden.⁵⁰ Konkurrenskriteriet har således betydelse såväl för det objektiva rekvisitet affärsverksamhet, som för bedömningen av risken för skada.⁵¹

3.2.2 Självständighetskriteriet

Som tidigare nämnts har affärsverksamhet ett ”krav på viss vinst, eller åtminstone på att verksamheten går ihop ekonomiskt, låt vara att den kan vara delvis subventionerad”.⁵² Dessa uttalanden från förarbetena kan tyckas motsatsfulla, och bidrar knappast till att göra klagarna vad lagstiftaren avsett med begreppet affärsverksamhet. Hur man kan säga att en verksamhet går ihop ekonomiskt, om den samtidigt får respiratorisk hjälp i form av subventionering från det allmänna, må vara osagt. Om man bortser från detta, är det dock tydligt att ett visst mått av självförsörjning måste föreligga, för att en verksamhet skall kunna anses affärsinriktad i den mening som avses i OSL. Denna omständighet ges i denna framställning namnet *självständighetskriteriet*.

Självständighetskriteriet tycks exempelvis komma till uttryck i RÅ 2004 ref. 74, där HFD uttrycker att om meningen med en försäljning endast är att få bidrag till utvecklingskostnader, kan detta inte resultera i att verksamheten enbart på grund av detta anses vara affärsdrivande. Fallet berörde ett datorprogram som utvecklats vid den företagsekonomiska institutionen vid Stockholms universitet. Anledningen var att underlätta den egna administrationen. Det faktum att institutionen även sålt programmet vidare för att täcka en del av sina kostnader föranledde inte att någon affärsverksamhet ansågs föreligga. HFD uttryckte sig på följande vis:

”Det aktuella datorprogrammet är ett hjälpmedel i Företagsekonomiska institutionens administration av den egna verksamheten. Det används således inte i någon affärsdrivande verksamhet vid universitetet. Det förhållandet att programmet i ett fall har sålts till en annan högskola och att ytterligare sådan försäljning kan komma att ske i syfte att skaffa institutionen bidrag till sina utvecklingskostnader för programmet innebär enligt Regeringsrättens mening inte att universitetet kan anses ägna sig åt affärsdrivande verksamhet bestående i försäljning av datorprogram.”⁵³

⁴⁹ RÅ 1994 not. 596.

⁵⁰ RÅ 1998 ref. 32.

⁵¹ Se mer om skadebedömningen i avsnitt 3.4.

⁵² Prop. 1979/80:2 s. 145.

⁵³ RÅ 2004 ref. 74.

Jag tolkar detta som att HFD ser brister beträffande självständighetskriteriet. Omständigheten att dataprogrammet är skapat som ett rent internt hjälpmedel, får en central betydelse vid bedömningen av huruvida affärsverksamhet föreligger. Den aktuella programvaruverksamheten utgör *ingen egen verksamhet*. Att en myndighet tar betalt för att få ersättning för vissa utlagda kostnader, inom den egna verksamheten, kan alltså inte ensamt föranleda att en affärsverksamhet anses föreligga.⁵⁴

I andra avgöranden framgår även att en verksamhets uppbyggnad tycks beaktas, och en tydlig organisatorisk avgränsning tycks kunna ha betydelse för frågan huruvida en viss del av verksamheten drivs på ett affärsmässigt sätt. Exempelvis förefaller det faktum att en verksamhet, till skillnad från den övriga myndigheten, bedrivs på ett effektivt och affärsmässigt sätt ha betydelse för huruvida självständighetskriteriet är uppfyllt.⁵⁵ Det faktum att en verksamhet drivs utan anslag, och således finansierar sig själv, förefaller också beaktas som ett tecken på att självständighet.⁵⁶

3.2.3 Bolagsformen som ett tecken på affärsverksamhet

Vad som kännetecknar de bolag som drivs av en myndighet, är att de förmodligen redan genom sin bolagsform, kan förutsättas uppfylla i vart fall självständighetskriteriet. Ett kommunalt aktiebolag förutsätts nämligen vara vinstdrivande, och sätta aktieägarnas ekonomiska intressen i första rummet, såvida inte annat framgår av bolagsordningen.⁵⁷ Även om bolaget inte skulle vara vinstdrivande, måste det ändå i själva essensen av bolagsformen föreligga en avsikt att detta åtminstone skall kunna stå på egna ben. Om en kommun startat ett bolag för att därigenom driva viss verksamhet, är bolaget därigenom dedikerat till att utföra den verksamheten. Ett myndighetsägt aktiebolag torde därför, med beaktande av det som framkommit tidigare, uppfylla *självständighetskriteriet* redan på grund av reglerna i ABL, och det faktum att bolaget utgör en tydlig självförsörjande enhet.

Ponera att omständigheterna i RÅ 2004 ref. 74 sett något annorlunda ut. I detta fall var det nämligen självständighetskriteriet som inte ansågs uppfyllt.⁵⁸ Låt säga att den aktuella programvaran, istället tillkommit i ett kommunalt bolag, som grundats för detta ändamål. Särskild personal skulle anställas i bolaget, och dess verksamhetsbeskrivning skulle vara utveckling samt försäljning av personaladministrativ programvara. Skulle HFD då ha ansett att uppgiften omfattades av sekretess enligt 19 kap 1 § OSL? Förmodligen hade bedömningen blivit en annan.

⁵⁴ Jfr även KamR 3263-11 där hänvisning sker till RÅ 2004 ref. 74. Kammarrätten ansåg att försäljning av utbildningsmaterial enbart för att få tillbaka det man investerat, inte kunde anses utgöra affärsverksamhet.

⁵⁵ RÅ 1994 not. 596.

⁵⁶ RÅ 1990 not. 9.

⁵⁷ Prop. 2004/05:85 s. 219, samt *Sandström* (2007) s. 76.

⁵⁸ Konkurrenssituationen ifrågasätts aldrig av HFD.

Om vi istället tänker oss att programvaran utvecklats vid universitetet, fast vid en tydligt åtskild avdelning, där ambitionen är att avdelningen skall bekosta sig själv. Skulle detta ha ändrat HFD:s bedömning?

Naturligtvis går det inte att svara säkert på en sådan hypotetisk fråga, men tankeexperimentet är ändå i högsta grad relevant. Om ett särskilt bolag startas för ett visst ändamål, finns det skäl att anta att självförsörjningskriteriet i och med detta anses uppfyllt. Detta eftersom man då tydligt avknoppat viss verksamhet, för att låta denna stå på egna ben. Att det genom bolagsformen blir enklare att uppfylla självförsörjningskriteriet, är förmodligen inte ett alltför djärvt antagande. I vissa fall torde det därför kunna finnas vissa fördelar ur sekretessynpunkt, med att bedriva verksamheten i ett särskilt bolag, eller i vart fall som en organisatoriskt tydligt avgränsad del av verksamheten.⁵⁹

3.3 Affärs- och driftförhållanden

Alla uppgifter inom affärsverksamheten omfattas inte av sekretessen. Det är endast sådant som kan hänföras till affärs- eller driftförhållanden som kan göra det, förutsatt att det raka skaderekvisitet är uppfyllt. De uppgifter som avses är till att börja med sådana som rör exempelvis förvärv, överlåtelser, upplåtelser eller användning av egendom, tjänster eller annat, till exempel elektricitet, gas, vatten och värme.⁶⁰ Sådana uppgifter är inte unika för sekretess enligt 19 kap 1 §, utan kan även omfattas av den sk upphandlingssekretessen.⁶¹

Affärs- och driftförhållanden är dock ett vidare begrepp, och kan även omfatta affärshemligheter av mer allmänt slag, såsom marknadsundersökningar, marknadsplaneringar, prissättningskalkyler och planerade reklamkampanjer. Även andra utredningar, förhandlingar eller affärsändelser kan höra dit.⁶² Till affärs- eller driftförhållanden hänförs också ett kommunalt bolags budget⁶³, eller uppgifter om anställdas individuella löner i sådana bolag.⁶⁴ Förutsatt att det går att påvisa en risk för att en konkurrent gynnas, går det således att uppnå ett mer omfattande sekretesskydd genom att åberopa sekretess i myndighets affärsverksamhet, än vad som är möjligt genom den generella upphandlingssekretessen i 3 §.

Att hänföra löneuppgifter till affärs- eller driftförhållanden kan tyckas något förvånande i sammanhanget. Särskilt som HFD i senare praxis, samtidigt som man framhåller att löneuppgifter är hänförliga till affärs- och driftförhållandena, framhåller att löneuppgifter och anställningsvillkor för offentliganställda enligt praxis är offentliga.⁶⁵ I vart fall två justitieråd har

⁵⁹ Organisationsmässiga aspekter förefaller som tidigare nämnts ha haft betydelse i RÅ 1994 not. 596 samt RÅ 1990 not. 9.

⁶⁰ *Lenberg m.fl.* (2012) kommentar till 19:1§ OSL.

⁶¹ På så sätt kan exempelvis prislistor i vissa fall omfattas av sekretess enligt 3 § oavsett om verksamheten är utsatt för konkurrens eller inte. Se stycke 3.4.1.2.

⁶² Prop. 1979/80:2 s. 145.

⁶³ RÅ 1998 not. 124.

⁶⁴ RÅ 1998 ref. 32.

⁶⁵ RÅ 2003 ref. 28.

också ställt sig frågande till detta, och de konsekvenser detta kan tänkas få.⁶⁶ HFD har således valt att lägga frågan om löneuppgifters sekretess i samband med skadebedömningen. Vi återkommer till detta längre fram, men kan här konstatera att sådana uppgifter i vart fall tillhör bolagets affärs- eller driftförhållanden.⁶⁷

3.4 Skadebedömningen

Eftersom sekretesskyddet för en myndighets affärsverksamhet är utformat med ett rakt skaderekvisit, är offentlighetsprincipen huvudregeln. Endast om det kan *antas* att en konkurrent gynnas på affärsverksamhetens bekostnad, skall sekretessen gälla.⁶⁸ Således måste en sekretessprövning innefatta en bedömning av den risken.

Lagstiftaren synes dock inte ha avsett att denna bedömning nödvändigtvis måste göras i beaktande av ett enskilt fall. Man ansåg istället att det, i första hand är huruvida ett utlämnande *typiskt sett* kan anses orsaka skada, som skall beaktas vid skadebedömningar. Det avgörande skall således vara om en viss typ av uppgift rent generellt kan anses medföra skada eller inte.⁶⁹ Denna tankegång kommer även till uttryck i exempelvis RÅ 1998 not 124, där det talas om att *uppgiftens art* är av avgörande betydelse vid skadebedömningen. Även i RÅ 1986 not 142 förefaller det faktum att uppgiften *typiskt sett kan leda till skada* ha varit tillräckligt för att besluta om sekretess.⁷⁰

Möjligen utgör därför RÅ 2003 ref. 28 ett trendbrott i praxis. Detta 3/2-avgörande, kan möjligen inte ses som ett starkt prejudikat, men med tanke på de få vägledande avgöranden som finns från högsta instans, måste det naturligtvis beaktas. I detta fall uttryckte HFD ett krav på *konkreta skaderisker*, för att det skall vara möjligt att besluta om sekretess grundat på 19 kap 1 § OSL. Med beaktande av detta krav på konkretion, torde det således inte längre vara tillräckligt att bedöma en efterfrågad uppgift enbart utifrån dess typiska karaktär, om ingen konkret skaderisk ansetts föreligga. Uttalandet tycks även ha fått en bred förankring i kammarrätternas tillämpning.⁷¹

RÅ 2003 ref. 28 lämnar även vägledning beträffande vissa andra faktorer att beakta vid själva skadebedömningen. HFD nämner exempelvis att *konkurrensneutraliteten* skall beaktas. Det är således viktigt att tänka på att aktörer på en viss marknad konkurrerar utifrån samma förutsättningar. Detta måste vägas emot att den demokratiska insynen skall vara densamma, oavsett om en verksamhet bedrivs i bolagsform eller i myndighetsform. Det bör även, enligt HFD, tas med i bedömningen att vissa uppgifter, som

⁶⁶ Se Melin och Schäders skiljaktiga meningar i RÅ 2003 ref. 28 samt RÅ 2003 not. 11.

⁶⁷ Se avsnitt 3.4.1.1.

⁶⁸ Jfr formuleringen i 19 kap 1 § OSL.

⁶⁹ Prop. 1979/80:2 s. 80.

⁷⁰ Se formuleringen i RÅ 1998 not 124 och RÅ 1986 not 142 av vad som visserligen är kammarrätternas domskäl. HFD delade dock bedömningen utan ändring.

⁷¹ Jfr KamR 1343-09, KamR 7204-09, KamR 6473-11, KamR 46-12, KamR 6112-05, KamR 667-07, KamR 2936-05, KamR 7023-06, KamR 714-07.

exempelvis löner och anställningsvillkor inom den offentliga sektorn normalt är offentliga.⁷²

Även om HFD ställt upp ett krav på konkret skaderisk, hänvisas dock fortfarande i stor utsträckning till förarbetenas idé om en typisk skaderisk.⁷³ Det är tydligt att dessa två tillvägagångssätt på något sätt *samexisterar* i rättstillämpningen. Frågan är på vilket sätt detta sker.

Fråga kvarstår därför vad det är som skall bevisas. Är det att en konkret skaderisk föreligger i det aktuella fallet, eller räcker det med att stödja sig på praxis och med stöd av detta påtala att vissa uppgifter rent typiskt sett ansetts kunna orsaka skada? Det senare vore i så fall näppeligen en bevisbörda, utan påminner snarare om vad som brukar avses med begreppet åberopsbörda.⁷⁴

Detta kapitel utgörs av en närmare analys av vilka uppgifter som typiskt sett ansetts kunna skada en myndighets affärsverksamhet, vilka som inte ansetts göra det, samt vilken betydelse uppgiftens art har för bedömningen huruvida en konkret skaderisk föreligger.

3.4.1 Olika slags uppgifters typiska karaktär

3.4.1.1 Löne- och anställningsuppgifter i kommunala bolag

Enligt vad HFD uttalat i RÅ 1998 ref. 32, hör löneuppgifter till ett bolags affärs- eller driftförhållanden. De hör således till det slags uppgifter som *i princip* kan omfattas av sekretess, förutsatt att skaderekvisitet i 19 kap 1 § är uppfyllt. Den avgörande frågan är därför alltid huruvida ett utlämnande av löneuppgifter i exempelvis ett kommunalt helägt bolag kan gynna dess konkurrenter på bolagets bekostnad.

Tydligt är att RÅ 2003 ref. 28 fått genomslag i tillämpningen beträffande huruvida ett röjande av löneuppgifter typiskt sett kan anses orsaka skada. Fallet gällde huruvida löneuppgifter för vissa nyckelpersoner inom Helsingborgs Lasarett AB omfattades av sekretess. I detta fall uttalade HFD att *”skadebedömningen bör ske mot bakgrund av att uppgifter om offentlig anställdas löner och anställningsvillkor i övrigt enligt en fast etablerad praxis är offentliga.”*⁷⁵

En genomgång av aktuella kammarrättsavgöranden visar också att det vid bedömning av risken för skada, helt i enlighet med RÅ 2003 ref. 28, normalt beaktas att denna typ av uppgifter normalt är offentliga, när rätten har att göra en bedömning av en skaderisk. Dessa uppgifter anses därför inte typiskt sett kunna skada bolaget. Dock framgår det även av ett flertal kammarrättsfall att löneuppgifter i princip kan omfattas av sekretess, men att utredningen i det aktuella målet inte visar på någon konkret skaderisk.⁷⁶

⁷² RÅ 2003 ref. 28.

⁷³ Se exempelvis KamR 3093-10, KamR 1074-12, KamR 2936-05 samt KamR 4189-12.

⁷⁴ Jfr *Ekelöf* (2009) s. 93.

⁷⁵ RÅ 2003 ref. 28.

⁷⁶ Se exempelvis KamR 2586-12, KamR 1074-12, KamR 46-12, KamR 6473-11, KamR 7204-09, KamR 4634-08.

Det blir därför, för framställningens skull, viktigt att upprätthålla en distinktion mellan vad som i princip inte omfattas av 19 kap 1 §, och vad som typiskt sett inte anses orsaka någon skada. Eftersom HFD uttalat att löneuppgifter hör till ett bolags affärs- eller driftförhållanden, torde det redan på grund av detta föreligga en viktig skillnad beträffande insyn i personalrelaterade kostnader, mellan en vanlig myndighet och ett kommunalt bolag. Löneuppgifter för myndighetens anställda är nämligen offentliga per se.⁷⁷

Eftersom löneuppgifter i kommunala bolag däremot omfattas av 19 kap 1 § OSL, kan de således i princip bli föremål för sekretess. Naturligtvis endast under förutsättning att det kan antas att det föreligger en skaderisk. Även om skillnaden i praktiken säkerligen inte bör överdrivas, är detta ändå en viktig distinktion.

Det finns i vart fall ett exempel på hur denna skillnad fått praktiska konsekvenser, och detta synliggör hur HFD, genom att hänföra löneuppgifter till ett kommunalt bolags affärs- eller driftförhållanden, öppnat upp för en möjlighet att i vissa fall låta sådana uppgifter omfattas av sekretess. I KamR 6536-11 antogs att konkurrenter till ett kommunalt bolag skulle kunna gynnas på bolagets bekostnad, om uppgifter om VD:s lön och övriga ersättningar lämnades ut till en tidning. Kammarrätten ansåg därför att uppgifterna omfattades av sekretess enligt 19 kap 1 § OSL. Avgörandet är något säreget, och domskälen lämnar visst övrigt att önska beträffande rättens överväganden, men kammarrätten tycks ha ansett att bolaget konkretiserat skaderisken tillräckligt.

Tydligt är dock att uppgifter om lönekostnader och dylikt för anställda inom helägda kommunala bolag inte automatiskt måste anses offentliga. Oavsett tyngden i HFD:s uttalande, att det vid skadebedömningen skall beaktas att sådana uppgifter normalt är offentliga, finns det uppenbarligen visst utrymme för bolaget att argumentera för att dessa uppgifter bör omfattas av sekretess. Så är fallet, även om rätten vanligtvis anser att denna typ av uppgifter inte kan skada bolaget till fördel för dess konkurrenter. Det går uppenbarligen att föreställa sig situationer, där ett offentlighöjande av anställdas löneuppgifter är till skada för ett kommunalt bolag.

3.4.1.2 Uppgifter som även omfattas av upphandlingssekretessen

Vissa uppgifter om en myndighets ekonomiska förehavanden kan omfattas av sekretess, oavsett om uppgiften förekommer i affärsverksamhet eller inte. Uppgifter som hänför sig till ärende om *förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet*, kan nämligen sekretessbeläggas redan på den grunden att ett röjande av uppgifterna orsakar skada för det allmänna. Detta regleras i 19 kap 3 § OSL, där vi återfinner den så kallade *upphandlingssekretessen*. Denna sekretess avser i första hand upphandlings- och entreprenadärenden, men även vissa andra transaktioner. En myndighets egna tjänsteställningsärenden är dock

⁷⁷ RÅ 2003 ref 28.

undantagna från upphandlingssekretessen.⁷⁸ Uppgifter som omfattas av upphandlingssekretessen har ansetts skyddsvärda oberoende av om affärsverksamhet föreligger eller inte.⁷⁹

Precis som i 1 § är regeln försedd med ett rakt skaderekvisit, vilket innebär att offentlighet är huvudregeln för avslutade upphandlingsärenden. Naturligtvis är det viktigt för övriga anbudsgivare att kunna få tillgång till uppgifter om det vinnande budet. Regeln syftar dock till att förhindra att denna presumtion för offentlighet exempelvis försvagar det allmännas position vid framtida förhandlingar, eller framtida anbudsförfaranden.⁸⁰

I RÅ 1992 not. 51 ansågs exempelvis prisuppgifter i en så kallad årsentreprenad omfattas av sekretess, eftersom dessa ansågs utgöra ett slags stående anbud, och att ett offentliggörande av uppgifterna skulle skada det upphandlande bolaget, eftersom anbudslämnarna då enkelt skulle kunna ta reda på var de prismässigt borde lägga sig vid nästa års upphandling.

HFD tog i RÅ 1993 not. 345 fasta på det begränsade antalet potentiella anbudsgivare, och meddelade att ett röjande av uppgifterna därför kunde innebära en begränsning av konkurrensen till nackdel för den upphandlande myndigheten.

Ett avtal om köp av fastighet som upprättats mellan en myndighet och en privatperson i samband med utbyggnad av västkustbanan, ansågs i RÅ 1993 not. 36 också omfattas av sekretess, eftersom ett offentliggörande skulle kunna skada myndighetens förhandlingsposition vid liknande ärenden.

I en pågående upphandling gäller dock alltid en *absolut sekretess*. Detta innebär att innan en upphandlande myndighet har fattat ett tilldelningsbeslut, får uppgifter som rör anbud inte ges ut till någon annan än den som lämnat anbudet.⁸¹

Som framgår av ovanstående kan vissa uppgifter omfattas av sekretess redan på den grunden att de tillhör upphandlingssekretessens område. Det spelar därför ingen roll huruvida de förekommer i myndighets affärsverksamhet eller inte, om denna typ av uppgifter kan antas skada myndigheten om de offentliggörs. För verksamheter som faktiskt utgör affärsverksamhet kan det därför bli aktuellt att hävda sekretess enligt både 1 § och 3 §.⁸² Gränsen mellan dessa två regler blir därför i vissa fall flytande, och går det inte att visa på att ett offentliggörande av en viss uppgift kan komma att gynna en konkurrent, går det i dessa fall lika bra att åberopa 3 §, där det räcker med att myndigheten lider skada.⁸³ På det sättet kan vissa uppgifter omfattas av sekretess, även om någon konkurrenssituation inte föreligger.

Även om sekretess åberopas enligt 3 § måste dock viss konkretion finnas beträffande skaderisken, då endast ”allmänt hållna uppgifter” inte varit tillräckligt för att anta en risk för skada.⁸⁴ Precis som vid sekretessprövning

⁷⁸ Lenberg *m fl.* (2012) kommentar till 19:3 § OSL.

⁷⁹ Prop. 1979/80:2 s. 145f.

⁸⁰ Lenberg *m fl.* (2012) kommentar till 19:3 § OSL.

⁸¹ Pedersen (2011) s. 132, samt 19 kap 3 § OSL.

⁸² Lenberg *m fl.* (2012) kommentar till 19:1 § OSL.

⁸³ Se exempelvis RÅ 1988 not. 236.

⁸⁴ RÅ 1991 ref 56.

enligt 1 §, torde det således krävas att utredningen visar på någon form av *konkret skaderisk* för att uppgiften skall anses omfattad av sekretessen.⁸⁵

3.4.1.3 Andra affärsrelaterade uppgifter

Det finns en mängd olika sorters uppgifter, som kan vara av stort intresse för insynen i myndigheters affärsverksamhet. Exempelvis utgör ett kommunalt bolags *budget* en sådan handling som typiskt sett bör omfattas av sekretess. Detta på grund av att budgeten avslöjar ett bolags kalkyleringar och överväganden inför framtiden.⁸⁶ Ett liknande resonemang har förts i kammarrätt angående ett kommunalt bolags *resultaträkning*.⁸⁷

Dock har exempelvis inte deltagarlistor, och konferensprogram där det framgått vilka ämnen som avhandlats ansetts vara uppgifter som typiskt sett kan gynna en konkurrent.⁸⁸

Vidare har uppgift i en anbudsinfordran om ett bolags *genomsnittliga uthyrningsvolym* omfattats av sekretess enligt 19 kap 1 § OSL. Likaså gällde vissa *kvantitativa prisuppgifter*, samt *protokoll från prispförhandlingar*.⁸⁹

Prisuppgifter, investeringar, planeringar och strategier ansågs, i ett annat kammarrättsavgörande, vara uppgifter som typiskt sett kan skada ett konkurrensutsatt företag till förmån för en konkurrent.⁹⁰

Avtal, fakturor och timredovisning har ytterligare ett kammarrättsfall ansetts kunna beläggas med sekretess, till den del uppgifterna avsåg *kostnader och pris*. Särskilt intressant är att kammarrätten ansåg att detta är uppgifter som typiskt sett kan skada en konkurrensutsatt verksamhet, och de således omfattades av sekretess, trots att bolaget inte närmare konkretiserat skaderisken. I detta fall förefaller det således ha räckt att bolaget påtalade risken, för att rätten skulle ta i beaktande vilken verkan uppgifterna typiskt sett kan få.⁹¹

3.4.2 Generellt om rättens utredningsansvar

Att förvaltningsdomstol har ett utredningsansvar framgår av 8 § FPL. Här stadgas att rätten skall tillse att ett mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Utredningsansvaret kan ta sig uttryck på flera sätt. Dels har rätten ett officialansvar för att utredningen är fullständig, men även en processledande uppgift. Till utredningsansvaret hör även domstolens möjligheter till officialprövning. Dessa tre sidor av utredningsansvaret överlappar till viss del varandra.⁹² Förenklat innebär utredningsansvaret att rätten har viss

⁸⁵ RÅ 1993 not. 345. Se även RÅ 1991 not. 307 samt RÅ 1991 not. 465.

⁸⁶ RÅ 1998 not. 124.

⁸⁷ KamR 1074-12.

⁸⁸ KamR 667-07.

⁸⁹ RÅ 1994 not. 596.

⁹⁰ KamR 3536-09.

⁹¹ KamR 3093-10.

⁹² *Wennnergren* (2011) kommentar till 8 § FPL.

möjlighet att styra över utredningen och i viss mån gå utöver vad parterna yrkat eller åberopat.

Utredningsansvaret skall inte förväxlas med bevisbörda och beviskrav, som fortfarande åvilar parterna. Rättens utredningsansvar handlar istället om att försäkra sig om utredningens *fullgodhet*, och att den är tillräcklig för att avgöra målet på ett tillfredsställande sätt.⁹³ Vad som kan anses som en fullgod utredning styrs av målets beskaffenhet, och här får målets materiella karaktär och partsförhållandena i målet betydelse.⁹⁴

Enligt von Essen skall målets materiella karaktär förstås som vad målet gäller i sak. Vissa faktorer kan få särskild betydelse för målets materiella karaktär, såsom exempelvis i vilken utsträckning det finns starka enskilda intressen, eller storleken på de verkningar avgörandet kan få. Domstolens utredningsansvar bör öka i takt med målets betydelse.⁹⁵

Vidare bör även partsförhållandena påverka graden av utredningsansvar. Särskilt i de fall där den enskilde har bevisbördan, och riskerar att tappa målet, bör ett större krav ställas på utredningens fullgodhet.⁹⁶

I praktiken är utredningsansvaret främst avsett att komma till uttryck genom att rätten vid behov *anvisar parterna hur utredningen bör kompletteras*. Det är alltså i huvudsak dessa som skall föra in material i målet, även om domstolen inte är förhindrad till detta om situationen skulle kräva det.⁹⁷ Att domstolen ex officio utför en egen utredning torde dock framförallt kunna bli aktuellt i de fall *starka processekonomiska skäl* talar för det, eller om en part har uppenbart *svårt att tillvarata sina intressen*.⁹⁸

3.4.3 Utredningsansvaret vid skadebedömning enligt 19 kap 1 § OSL

Domstolens utredningsansvar för med sig att en sekretessprövning, även om den gäller uppgifter som typiskt sett kan orsaka skada, måste göras utifrån de handlingar som faktiskt förekommer i det aktuella fallet. Om dessa uppgifter inte presenteras för rätten av den part som hävdar sekretess, måste rätten begära in dessa. Detta har också särskilt slagits fast i RÅ 2003 not. 2, där kammarrätten fällt sitt avgörande utan att ha tagit del av själva handlingarna. Kammarrätten hade enligt HFD brustit i sitt utredningsansvar, och målet återförvisades så att ärendet kunde avgöras med handlingarna tillgängliga. Fallet visar att en sekretessprövning har tydliga indispositiva moment. Ett avgörande skall således aldrig grundas *enbart* på parternas argumentation, eller regler om bevisbördan. Rätten måste ta utgångspunkten i den efterfrågade uppgiften.⁹⁹ Detta betyder att ett resonemang om bevisbördans placering, inte säger oss hela sanningen om hur skade-

⁹³ von Essen (2012) s. 32 samt Wennergren (2011) kommentar till 8 § FPL.

⁹⁴ von Essen (2012) s. 36.

⁹⁵ von Essen (2012) s. 36ff.

⁹⁶ von Essen (2012) s. 46.

⁹⁷ Prop. 1971:30 s. 530.

⁹⁸ von Essen (2009) s. 244ff.

⁹⁹ RÅ 2003 not. 2.

bedömningen sker i denna typ av ärenden. Även rätten har ett ansvar över avgörandets materiella riktighet.

Om en myndighet hävdar att en affärsuppgift i allmän handling bör omfattas av sekretess, får denna myndighet presentera utredning för detta.¹⁰⁰ Det beviskrav som lagstiftaren angett är som redan nämnts, att skaderisken skall vara *antaglig*. För att en uppgift skall omfattas av sekretess skall det kunna *antas* att ett röjande av uppgiften gynnar en konkurrent på verksamhetens bekostnad. Är detta inte antagligt, skall handlingen lämnas ut.

Till detta kommer kravet på en *konkret skaderisk*, vilket HFD ställt upp i exempelvis RÅ 2003 ref. 28. Detta uttryck förefaller närmast vara avsett att påverka beviskravet i en skärpande riktning. Det torde nämligen vara skillnad mellan en skada som endast är antaglig, och en konkret risk för skada. Kravet på en konkret skaderisk torde därför närmast förstärka presumtionen för en uppgifts offentlighet. På grund av utredningsansvaret, och kravet på en konkret skaderisk, kan det därför inte vara möjligt att fatta beslut, *enbart* på grund av en uppgifts typiska karaktär.

Värt att notera är dock att en uppgifts typiska karaktär, uppenbarligen har *viss betydelse för vilket krav som ställs på själva utredningen*. Om rätten konstaterar att uppgiften normalt bör omfattas av sekretess, torde nämligen den som hävdar sekretessen enkelt kunna påvisa en konkret skaderisk. Om rätten istället anser att en uppgift typiskt sett inte kan anses orsaka någon skada, torde däremot kravet på utredningen ställas högt. Låt oss ta ett par exempel på hur detta tar sig uttryck i den praktiska tillämpningen.

Som redan nämnts bör löneuppgifter i ett helägt kommunalt bolag normalt vara offentliga. Dock är det inte otänkbart att en sekretessprövning görs, eftersom dessa uppgifter trots allt hör till bolagets affärs- eller driftförhållanden. Eftersom skadebedömningen skall göras mot bakgrund av att sådana uppgifter normalt är offentliga, bör dock rätten i de flesta fall ställa ett högre krav på utredningen, för att en sådan uppgift skall omfattas av sekretess. Detta framgår inte minst av RÅ 2003 ref. 28, och det där uppställda kravet på en *konkret skaderisk*, men även ett stort antal kammarrättsfall talar i samma riktning.¹⁰¹ Ett liknande resonemang förekommer även i KamR 667-07, där sökanden begärde ut deltagarlistor samt konferensprogram för en konferens som ett kommunalt bolag genomfört. Enligt kammarrätten lyckades inte bolaget med att påvisa en konkret skaderisk. I de fall en uppgifts karaktär inte talar för att en skaderisk typiskt sett föreligger, förefaller det alltså som att kravet på utredningen påverkas i skärpande riktning.

I andra fall, där uppgiftens typiska karaktär talar för att sekretess bör föreligga, ställs kravet på parternas egen utredning uppenbarligen lägre. Beträffande vissa uppgifter förefaller det räcka med att sekretess yrkas, med hänvisning till skydd mot verksamhetens konkurrenter. Ett exempel på detta är RÅ 1998 not 124, där det kommunala bolag som yrkat på sekretess endast förefaller ha yttrat ett generellt påstående, om att handlingen skulle

¹⁰⁰ Offentlighet är som bekant huvudregeln i både 19 kap 1 och 3 §§.

¹⁰¹ Se exempelvis KamR 2586-12, KamR 1074-12, KamR 46-12, KamR 6473-11, KamR 1343-09, KamR 7204-09, KamR 4634-08, KamR 714-07 och KamR 7023-06.

innebära fördelar för konkurrenter.¹⁰² HFD hämtade i detta fall ex officio in egen utredning, i form av ett yttrande från Svenska Kommunförbundet, som talade till bolagets fördel.¹⁰³ Den efterfrågade handlingen var företagets budget, och HFD ansåg att denna omfattades av sekretess, förutom de uppgifter som visade bolagets beräkning av fastighetsskatt. Kravet på bolagets egen utredning ställdes uppenbarligen lågt.

Likaså var fallet i KamR 3093-10, där uppgifter om kostnader och pris ansågs omfattas av sekretess, trots att rätten påpekade att kommunen i fråga *inte ens närmare beskrivit den skaderisk man ansett föreligga*. Även i KamR 1074-12 och KamR 2936-05 förefaller tämligen generella uttalanden från företagen, om att deras budgetar innehöll affärsstrategier för bolagen, ha ansetts tillräckligt för att handlingarna skulle omfattas av sekretess enligt 19 kap 1 § OSL.

I de fall rätten kommer fram till att en efterfrågad uppgift typiskt sett kan anses skada en verksamhet, torde således kravet på parternas utredning påverkas i mildrande riktning. I vissa fall, som exempelvis KamR 3093-10, torde den prestation som förväntas av parterna närmast kunna liknas vid en åberopsbörda. Detta i det avseendet att det inte handlar om en börda att bevisa något, utan snarare om en börda att påstå något, för att rätten skall ta en viss omständighet i beaktande.¹⁰⁴

Det förhåller sig uppenbarligen så, att en uppgifts typiska karaktär har viss betydelse för sekretessprövningen, men att den inte ensam kan utgöra grund för beslut. Domstolen måste nämligen, på grund av sitt utredningsansvar, ta utgångspunkt i den aktuella uppgiften. De här redovisade rättsfallen visar dock att en uppgifts typiska karaktär uppenbarligen kan tillmätas betydelse, vid bedömningen av kravet på parternas utredning om huruvida en konkret skaderisk föreligger.

¹⁰² Se RÅ 1998 not. 124.

¹⁰³ Att yttrandet begärdes in på rättens initiativ framgår inte explicit av referatet. Detta har dock bekräftats genom telefonsamtal med arkivarie på Högsta Förvaltningsdomstolen 121119.

¹⁰⁴ *Ekelöf* (2009) s. 93.

4 Sekretess till skydd för enskild affärsmotpart

4.1 Översikt

Även om en affärsrelaterad uppgift inte kan anses omfattad av sekretess enligt 19 kap OSL, är det naturligtvis inte säkert att den är offentlig. Den efterfrågade uppgiften kan vara omfattad av sekretess enligt många andra regler. Flertalet av dessa faller dock utanför ramen för detta arbete. Beträffande sådana uppgifter som rör affärs- eller driftförhållanden finns dock vissa regler som kompletterar sekretessen enligt 19 kap.

En inte ovanlig situation är att det allmänna ingår en affärsrelation med en enskild aktör. I en sådan relation uppstår nämligen i vart fall ytterligare ett skyddsintresse att ta hänsyn till vid en sekretessprövning; detta är den enskildes ekonomiska förhållanden.

Man skulle kunna säga att reglerna till skydd för den enskildes affärsförhållanden, och skyddet för det allmännas konkurrensutsatta verksamhet till viss del överlappar varandra. I de flesta fall torde nämligen ett offentliggörande av affärsuppgifter kunna skada båda avtalsparterna. Både en anbudsgivare och en mottagare kan få ett försämrat förhandlingsläge gentemot övriga potentiella affärskontakter, om exempelvis deras prisöverenskommelser görs offentliga. Dock finns det utan tvekan uppgifter, för vilka det allmänna saknar behov av sekretess, och som kan orsaka skada enbart för den enskilde.¹⁰⁵

En enskild kan vara berättigad till sekretesskydd av en mängd olika anledningar. De regler som är av intresse för detta arbete återfinnes dock i huvudsak i 31 kap OSL, där lagstiftaren samlat regler *till skydd för enskild i annan verksamhet med anknytning till näringslivet*. Här återfinner vi de regler som i första hand påverkar en affärsmässig avtalsrelation mellan det allmänna och en enskild, och som kan åstadkomma att affärsuppgifter som finns hos en myndighet kan komma att omfattas av sekretess.

Till att börja med kan konstateras att ett särskilt sekretesskydd för enskild finns för *Riksgäldskontorets upplåningsverksamhet*. Här gäller sekretess utan undantag i tjugo år.¹⁰⁶

Även i *affärsverksamhet hos bank, kreditmarknadsföretag eller värdepappersbolag* som drivs under ett rättsligt bestämmande inflytande av samverkande kommuner eller landsting, åtnjuter en enskild ett förstärkt skydd mot insyn. Regeln är försedd med ett omvänt skaderekvisit, vilket innebär att sekretess är huvudregeln, och sekretessprövningen skall omfatta både skada och men för den enskilde. Det är således inte endast ekonomisk skada som avses.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Prop. 1979:80/2 s. 240.

¹⁰⁶ 31 kap 2 § OSL.

¹⁰⁷ Prop. 1979/80:2 s. 83 samt *Strömberg & Lundell* (2009) s. 48.

Beträffande *övrig upplåningsverksamhet eller affärsmässig utlåningsverksamhet* har sekretesskyddet dock försetts med ett rakt skaderekvisit. Här är således offentlighet huvudregeln, och sekretess gäller endast om det kan antas att den enskilde lider skada.¹⁰⁸

Sekretess till förmån för enskild i sådan affärsverksamhet som drivs av det allmänna, och som inte omfattas av bestämmelserna ovan, regleras av 31 kap 16-17 §§ OSL. 16 § reglerar *övrig affärsförbindelse med myndighet*, och följaktligen även sådana *bolag där kommun eller landsting har ett rättsligt bestämmande inflytande*.¹⁰⁹ 17 § avser istället affärsförbindelse med bolag, föreningar, samfälligheter eller stiftelser, där det allmänna utövar bestämmande inflytande eller revision, men som inte omfattas av 16 §.¹¹⁰

4.2 Särskilt om avvägningen i 31 kap 16 § OSL

Med tanke på allmänhetens behov av insyn i offentlig verksamhet, har i 16 § införts ett kvalificerat rakt skaderekvisit. Det krävs här att det *av särskild anledning kan antas* att den enskilde lider skada för att sekretess skall gälla. I 17 § räcker det däremot med att det kan *antas* att den enskilde lider skada. Presumtionen för offentlighet är således starkare när det gäller en affärsförbindelse direkt med en myndighet, eller sådant bolag som skall anses som en myndighet vid tillämpningen av OSL; exempelvis de kommunala bolag som tilldrar sig detta arbetes intresse.

Bakgrunden till det kvalificerade skaderekvisitet är den inte helt okomplicerade avvägningen mellan offentlighetsprincipen och den enskildes affärsintressen.¹¹¹ Den bakomliggande tanken är att sekretess skall kunna bryta genom offentlighetsprincipen, där det finns särskilda skäl att anta att den enskilde drabbas av *en inte alltför obetydlig skada*.¹¹²

Detta är ingen ny konstruktion. Förarbetena till 1980 års SekrL är fortfarande aktuella beträffande det aktuella lagrummet. Där hänvisas ännu längre tillbaka i tiden, och man lyfter särskilt fram ett uttalande från Militieombudsmannens ämbetsberättelse år 1946, som exempel på en *rimlig avvägning* mellan offentlighetsprincipen och skyddet för den enskildes affärsverksamhet.¹¹³ Uttalandet behandlar tillämpningen av dåvarande 34 § 2 st 1937 års SekrL och återges i propositionen till 1980 års SekrL:

”Anledning att hemlighålla anbudshandlingar som avses i lagrummet kan sägas föreligga, när det finns anledning att befara att ett offentliggörande av handlingarna skulle kunna medföra en inte alltför obetydlig skada för vederbörande verk eller anbudsgivare. Det bör emellertid för lagrummets tillämpning krävas att det skall föreligga

¹⁰⁸ 31 kap 4 § OSL.

¹⁰⁹ Sådana bolag som jämställas med myndigheter vid tillämpande av OSL.

¹¹⁰ Detta framgår *e contrario* av 2 kap 3 § OSL. De kommunala bolagen omfattas således av 16 § och inte av 17 §.

¹¹¹ Prop. 1979/80:2 s. 240ff.

¹¹² Prop. 1979/80:2 s. 241.

¹¹³ Prop. 1979/80:2 s. 241f, (gällande dåvarande 8 kap 10 § SekrL).

någon speciell omständighet eller särskilda förhållanden som kan åberopas som skäl härför. Något krav på en mera ingående utredning härom bör emellertid inte ställas upp. Om vederbörande myndighet med hänsyn till omständigheterna finner sannolikt att handlingarnas offentliggörande skulle medföra skada för verket i fråga eller myndigheten finner sig böra sätta tilltro till vad anbudsgivare har uppgett om att handlingarnas offentliggörande kan befaras medföra skada för honom, bör något hinder för anbudshandlingarnas hemlighållande i regel inte anses föreligga. En viss avvägning bör alltid företas med hänsyn till offentlighetsintresset. En begäran om konfidentiell behandling, som framställs av en anbudsgivare men som inte närmare motiveras och inte heller har karaktären av ett anbudsvillkor, bör i regel inte föranleda beslut om handlingarnas hemlighållande. Om det på grund av omständigheter, som är kända för myndigheten, kan befaras att underlåtenhet att efterkomma en sådan begäran skulle kunna medföra skada eller olägenhet för vederbörande verk eller för anbudsgivaren, bör dock handlingarna kunna hemlighållas.”¹¹⁴

Av uttalandet kan vi i vart fall konstatera följande. En särskild omständighet bör föreligga, för att sekretess för enskild enligt 31 kap 16 § skall vara aktuell. Annars finns inga skäl att överge offentlighetsprincipen. Av formuleringen att döma, räcker det dock med att risken för skada är *sannolik*. Men det framgår också att det inte måste vara myndigheten själv som identifierar skaderisken. Enligt uttalandet bör den sekretessprövande myndigheten kunna besluta om sekretess, om den finner vad en anbudsgivare angett om skaderisk vara trovärdigt. Det förefaller även räcka med att man anser att den enskilde har fog för sin uppfattning att risk för skada föreligger.¹¹⁵

Således bör alltså *den enskildes uppfattning* kunna tillmätas viss betydelse, när man prövar skaderisken. Den enskilde kan således få ett visst inflytande över sekretessfrågan, som vid en jämförelse med vissa andra skyddsintressen även kan tyckas generöst. Mer om detta följer nedan.

4.3 Den enskildes inflytande över sekretessfrågan

Handlingsoffentligheten är grundlagsskyddad, och en myndighets beslut om sekretess kan överklagas. Att handlingar kan behöva lämnas ut är därför något som en näringsidkare till viss del får ta med i beräkningen, när ett affärsförhållande upprättas med en myndighet.¹¹⁶ Normalt sett är det också bedömningen av om en viss uppgift typiskt sett kan anses ägnad att medföra skada, som är avgörande för huruvida den skall omfattas av sekretess.¹¹⁷ Det förefaller dock som att en enskilds begäran om sekretess i stor utsträckning beaktas, ifråga om huruvida det finns särskild anledning att anta en risk för

¹¹⁴ Prop. 1979/80:2 s. 241. Se även originaltexten, vilken dock har ett något äldre språkbruk; MO:s ämbetsberättelse 1946, s. 330.

¹¹⁵ Se särskilt formuleringen ”[...] eller myndigheten finner sig *böra sätta tilltro*[min kursiv] till vad anbudsgivare har uppgett”.

¹¹⁶ Pedersen (2011) s. 134.

¹¹⁷ Bohlin (2010) s. 202.

skada föreligger. MO:s uttalande förefaller nämligen fortfarande ha bred förankring vid tillämpningen av 31 kap 16 § OSL.

Den sista meningen i utdraget från MO:s utredning, d v s huruvida det ”på grund av omständigheter som är kända för myndigheten, kan befaras att underlåtenhet att efterkomma en sådan begäran skulle kunna medföra skada”¹¹⁸ förefaller vara en viktig pusselbit i förståelsen av sekretessprövningen enligt 31 kap 16 §. Formuleringen innebär nämligen att om den enskilde har redogjort för sådana omständigheter, och på grund av dessa framfört en begäran om att uppgifterna bör omfattas av sekretess, känner myndigheten till omständigheterna, och kan således beakta den enskildes begäran vid sekretessprövningen.

I ett flertal fall har rätten inte enbart fäst avseende vid vad den enskilde uppgett om skaderisken, utan även beaktat det faktum att den enskilde i samband med avtalets ingående *begärt* att sekretess skall föreligga. I RÅ 1987 not 626 beaktade rätten exempelvis ett bolags hemställan om sekretess, i samband med avtalets ingående, och fann att bolaget kunde antas lida skada om uppgiften lämnades ut. Så var även fallet i RÅ 1989 not. 21, där bolaget åberopade konkurrensskäl för sin begäran om sekretess för kostnadsberäkningar. I bägge dessa fall beaktades det faktum att myndighetens affärspartner, i samband med avtalets ingående, ensidigt *begärt* att uppgifterna skall omfattas av sekretess, vid bedömningen av huruvida en särskild anledning att anta att risk för skada förelåg.¹¹⁹

I RÅ 1991 not. 465 tillfrågades den enskilde motparten om sin inställning till sekretess. Bolagets uppfattning beaktades av HFD, trots att det framstår som att den inte yttrats förrän i samband med själva sekretessprövningen. Även i RÅ 2007 not. 154 förefaller det som att bolagets uttalande om att vissa uppgifter utgjorde företagshemligheter, var en av flera omständigheter som togs i beaktande vid bedömningen om huruvida *särskild anledning* förelåg.

Det är dock uppenbart att det måste finnas viss grund för ett påstående att en uppgift bör omfattas av sekretess. Det har till exempel krävts att en begäran om sekretess skall ha viss konkretion, då endast allmänt hållna krav på sekretess inte ansetts tillräckligt.¹²⁰ Naturligtvis bör även det materiella innehållet i handlingarna ha beaktats, i enlighet med rättens utredningsansvar, även om detta inte tydligt framgår av referaten.¹²¹

Oavsett detta kan vi konstatera att den enskildes uppfattning i samband med avgivandet av ett anbud, eller ett avtals ingående, ändå tycks få *viss betydelse* för sekretessprövningen, och i förlängningen för insynen i det allmännas affärsverksamhet. Uppgifter om priser har exempelvis inte utan särskild motivering ansetts böra omfattas av sekretess.¹²² Om däremot det allmännas motpart kan presentera viss grund för att ett röjande av prisuppgifterna är ägnat att medföra skada, finns det stor möjlighet att denna

¹¹⁸ Prop. 1979/80:2 s. 241, samt MO:s ämbetsberättelse 1946, s. 330.

¹¹⁹ Se särskilt HFD:s domskäl i RÅ 1989 not. 21.

¹²⁰ RÅ 1991 ref. 56, se även KamR 5493-12 samt KamR 2140-11.

¹²¹ Om skyldigheten att göra sekretessprövningen med utgångspunkt i själva handlingen, se RÅ 2003 not. 2, samt stycke 3.4.3.

¹²² RÅ 1991 ref. 56.

önskan beaktas vid sekretessprövningen.¹²³ Det är även tydligt att detta synsätt återspeglas i avgöranden från kammarrätterna.¹²⁴ På detta sätt läggs en del av inflytandet över sekretessen på myndighetens affärspartner. Detta betyder att det utan tvekan finns anledning för ett privaträttsligt subjekt som har en affärsrelation med en myndighet, att i samband med avtalets ingående, eller anbudets ingivande, framställa en motiverad begäran om att vissa uppgifter skall omfattas av sekretess.

Möjligheten för den enskilde motparten att åberopa sekretess framstår som särskilt fördelaktig, i ljuset av att denne inte har någon talerätt i mål om utlämnande av handling. Det är endast beslut till nackdel för den sökande som kan överklagas, och detta kan endast göras av denne.¹²⁵ Att tredje man då, får yttra sig över skaderisken framstår som generöst i jämförelse med andra skyddsintressen. Till och med i resningsärenden, där enskilda genom resning försökt hindra utlämnande av integritetskänsliga uppgifter har HFD intagit en restriktiv hållning i talerätsfrågan.¹²⁶ Att praxis ändå uppvisar en välvillig inställning till en enskilds begäran om sekretess enligt 31 kap 16 §, måste tyda på att detta anses vara ett särskilt skyddsvärt intresse.

4.3.1 Verkan av sekretessavtal med enskild

I en avtalssituation mellan det allmänna och en enskild, är det viktigt att hålla isär vad som är möjligt för det allmänna att avtala om, och vad som inte är det. En myndighet är naturligtvis oförhindrad att sluta avtal med en enskild, men myndighetens avtalsrättsliga kompetens avgränsas däremot av offentlighetsregler.¹²⁷ Den offentliga rätten utgör därför en yttre gräns för vilka sorters avtal det allmänna kan anses bundet utav. Låt vara att viss civilrättslig bundenhet i viss mån kan uppstå, och det allmänna kan vara skyldig att utge skadestånd på grund av kontraktsbrott.¹²⁸

Sekretessprövningen och utlämnande av allmän handling innefattar dock *myndighetsutövning*. Detta är verksamhet, där myndigheter fattar beslut med befogenhet från offentlighetsregler, och där dessa beslut har verkningar för den enskildes personliga eller ekonomiska situation.¹²⁹ Sekretessprövningen är således klart utanför det område där en myndighet har avtalsrättslig restkompetens.¹³⁰ Inskränkningar i handlingsoffentligheten kan endast göras i lag, och en myndighet kan därför inte med bindande verkan avtala om en sekretess som går utöver det som står stadgat.¹³¹

Mycket talar dock för att ett sekretessavtal som upprättats mellan en myndighet och dess affärspartner, *ändå* kan få betydelse för sekretessprövningen, även om myndigheten inte är formellt bunden av dylika avtal.

¹²³ RÅ 1991 not. 465.

¹²⁴ Se exempelvis KamR 4453-10, KamR 2945-11, KamR 3284-12, KamR 1677-12, KamR 7673-03.

¹²⁵ Se formuleringen i 6 kap 7 § OSL.

¹²⁶ RÅ 2003 ref. 18.

¹²⁷ Se exempelvis *Madell* (2000) s. 12ff.

¹²⁸ *Madell* (2000) s. 14.

¹²⁹ *Ragnemalm* (2012) s. 42ff.

¹³⁰ *Strömberg & Lundell* (2006) s. 20.

¹³¹ *Bohlin* (2010) s. 193f.

Det avgörande torde vara, precis som vid en ensidig begäran om sekretess, att den enskilde motparten uttrycker en önskan om att en viss uppgift bör omfattas av sekretess, samt att denna önskan inte framstår som ogrundad. RÅ 2006 not. 103 talar för detta antagande. Kammarrätten beaktade här det faktum att parterna ingått *avtal* om sekretess för vissa uppgifter, och konstaterade att det därför fanns särskild anledning att anta att den enskilde skulle skadas av handlingens offentlighöörande. HFD konstaterade att för vissa av uppgifterna hade den övre tidsgränsen redan passerat. Dessa uppgifter skulle således redan ha lämnats ut. Beträffande det återstående avtalet delade HFD dock den bedömning kammarrätten gjort. För detta avtal hade inte den femåriga maxtiden passerats. Trots att parterna formellt överskridit vad som är möjligt att avtala om, förefaller sekretessklausulen ändå ha fått betydelse för huruvida det fanns en särskild anledning att anta att den enskilde skulle komma att lida skada av ett offentlighöörande.¹³²

4.3.2 Betydelsen av vem som efterfrågar en uppgift

Det går heller inte att bortse ifrån, att det i vissa fall också kan ha betydelse för sekretessprövningen vem som begär ut en viss uppgift. Grundtanken är att begäran om utlämnande av allmän handling skall gå att genomföra utan risk för repressalier, och att den som begär ut en viss uppgift skall kunna vara anonym. Inte heller skall dennes syfte ha någon betydelse. 2 kap 14 § 3 st. TF lämnar dock utrymme för en myndighet att, i de fall en sekretessbestämmelse är försedd med skaderekvisit, efterfråga syfte och identitet på den som begär ut en handling.¹³³ Detta bör dock endast bli aktuellt i de fall det finns särskild anledning.¹³⁴

Sekretessprövning enligt 31 kap 16 § OSL är ett sådant tillfälle, där det är tydligt att det i högsta grad kan få betydelse vem som begär ut en uppgift, samt vilka bakomliggande syften denne kan tänkas ha. Är den begärda uppgiften av en viss karaktär kan det säkerligen även ge en misstanke om själva syftet med ansökan.

RÅ 2007 not. 154 är ett bra exempel på hur den sökandes syfte får betydelse vid själva sekretessprövningen. Entreprenadföretaget NCC hade lämnat ett vinnande anbud till Vägverket. I samband med avlämnandet meddelade bolaget att uppgifterna i en viss prislista utgjorde affärshemlighet hos bolaget. Peab, som även deltagit som anbudsgivare, begärde ut den aktuella prislistan. Enligt Peab hade NCC systematiskt använt sig av underprissättning. Man ville därför kontrollera uppgifterna. HFD uttalade att ”mot bakgrund av vad Peab anfört om syftet med sin framställning, att det av särskild anledning kan antas att NCC lider skada om uppgifterna lämnas ut.”¹³⁵

¹³² RÅ 2006 not. 103.

¹³³ *Strömberg & Lundell* (2009) s. 71.

¹³⁴ Prop. 1979/80:2 s. 81.

¹³⁵ RÅ 2007 not. 154.

Redan i förarbetena till 1980 års SekrL konstaterades att ”helt rättsenliga åtgärder ibland kan få bedömas som skada eller men.”¹³⁶ Så kan alltså vara fallet, om en sökande begär ut uppgifter som kan skada en konkurrent. Det spelar då ingen roll om sökanden stödjer sig på ett syfte som framstår som rättsenligt. Detta blir särskilt tydligt i RÅ 2007 not. 154, då Peabs syfte förefaller utgöra huvudskälet till att HFD fastslår sekretessen. Oavsett sanningshalten i Peabs uppgifter, fanns det således särskild anledning att anta att NCC skulle lida ekonomisk skada, om Peab fått tillgång till de efterfrågade uppgifterna.

En liknande situation förelåg i RÅ 1994 not. 508, där en sökande anförde tvivel kring riktigheten av en upphandling, som syfte till att man efterfrågade handlingarna. Även i detta fall ansågs vissa prisuppgifter omfattas av sekretess enligt 31 kap 16 § OSL.

I RÅ 1993 not 748 ansågs också prisuppgifter i ett avtal om skolmåltider omfattas av sekretess, eftersom sökanden uppgett att han bedrev liknande verksamhet, och begärde ut uppgiften i komparativt syfte.

Möjligheten att beakta vem som begär ut en viss uppgift, och syftet med detta, utgör naturligtvis ett förstärkt skydd för det allmännas motpart i en affärsrelation. Det faktum att även rättsenliga syften kan leda till skada i den mening som avses i OSL, gör även att begäran om allmän handling framstår som ett trubbigt verktyg för exempelvis bevisanskaffning. Särskilt i den mån syftet med begäran är att rikta rättsliga krav, eller andra åtgärder mot den enskilde som har en affärsmässig relation med en myndighet. Jag kommer längre fram att återkomma till exempelvis möjligheten att åberopa edition av allmänna handlingar som skriftliga bevis i tvistemål.¹³⁷

¹³⁶ Prop. 1979/80:2 s. 83.

¹³⁷ Se kapitel 6.

5 Meddelarfrihet och tystnadsplikt

5.1 Annat än allmänna handlingar

Hittills har detta arbete främst fokuserat på tillgången till allmänna handlingar. Naturligtvis blir bilden av insyn och sekretess i myndigheters affärsverksamhet inte fullständig om man stannar där, och utgår ifrån att sådan information är den enda tillgängliga. Det går nämligen inte att komma ifrån, att även förtroliga samtal, mötesdiskussioner, förhandlingar et cetera, har en stor betydelse för verksamheten. Det finns således en stor mängd information om hur ett bolag drivs, som aldrig når skriftlig form, och aldrig blir tillgänglig i vare sig minnesanteckningar eller allmänna handlingar. Tillgången till denna information, och möjligheterna att hemlighålla den, är därför en problematik i sig.

5.1.1 Meddelarfriheten

I särskilt ett avseende skiljer sig de kommunala bolagen på ett avgörande sätt, från andra bolag som drivs i privaträttslig regi. Det handlar om den meddelarfrihet som stadgas i 1 kap 1 § 3 st. TF och 1 kap 2 § YGL, och de anställdas möjligheter att, utan att riskera efterforskning och repressalier, kunna läcka uppgifter för publicering. Denna grundlagsfästa rättighet är i princip lika för alla medborgare, avseende skyddet från *myndighetsåtgärder*. Alla är däremot inte garanterade skydd mot efterforskning och repressalier från sin *arbetsgivare*, på grund av att man lämnat ut känslig information.¹³⁸ Att sprida information som skadar arbetsgivaren, kan särskilt komma i konflikt med den lojalitetsplikt som följer av en anställning hos ett privat bolag.¹³⁹ De eventuella konsekvenser som kan uppstå för den enskilde arbetstagaren, är således direkt beroende av vem dennes arbetsgivare är.

Meddelarfriheten för en myndighetsanställd innebär att ett förfarande som annars skulle ha utgjort ett brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap 3 § BrB, omfattas av ansvarsfrihet, om själva *syftet* med att röja uppgifterna varit publicering. Huruvida publicering sedan faktiskt sker är dock irrelevant i sammanhanget.¹⁴⁰

Meddelarfriheten är naturligtvis inte obegränsad, även om uppgiften kommer från exempelvis en anställd vid ett kommunalt bolag. Undantagna från ansvarsfriheten är sådana så kallade meddelarbrott som avses i 7 kap 3 § TF. Bland annat är sådant uppgiftslämnande som utgör vissa *allvarliga brott mot rikets säkerhet* undantaget från meddelarfriheten. Vidare är *oriktigt utlämnande av allmän handling*, eller tillhandahållande av sådan

¹³⁸ Prop. 2005/06:162 s. 11, samt *Munukka* (2007) s. 214.

¹³⁹ Prop. 2005/06:162 s. 7f.

¹⁴⁰ *Bohlin* (2010) s. 277.

handling i strid med myndighets förbehåll undantaget, förutsatt att gärningen är uppsåtlig. Utöver detta är även uppsåtligt *åsidosättande av sådan kvalificerad tystnadsplikt* i de fall som anges i OSL, eller däri angiven annan lag, undantaget från meddelarfrihetens skyddsområde.¹⁴¹

Att lämna ut en allmän handling som omfattas av sekretess, är alltså att anse som ett brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap 3 § BrB, även om avsikten är publicering. Utlämnande i publiceringssyfte av en handling som inte är att anse som allmän, omfattas däremot inte av undantaget, och detta utgör således inget meddelarbrott, förutsatt att kvalificerad sekretess inte gäller för uppgiften.¹⁴²

Röjande av muntliga uppgifter för publicering utgör meddelarbrott endast om de omfattas av sådan kvalificerad sekretess, som anges i OSL. Någon sådan sekretess finns inte stadgad vare sig beträffande myndigheters affärsverksamhet i 19 kap OSL, eller sekretess till förmån för enskild i 31 kap 16 § OSL. En arbetstagare inom en myndighets affärsverksamhet torde därför ha stora möjligheter att muntligen röja uppgifter, som rör bolagets affärs- eller driftförhållanden, utan att riskera att därigenom göra sig skyldig till meddelarbrott.¹⁴³ Så är alltså fallet, så länge avsikten med förfarandet är publicering, och uppgiften inte innefattar även sådan information som skyddas av kvalificerad sekretess enligt andra skyddsintressen.¹⁴⁴

Om avsikten med att röja informationen inte är publicering, utan exempelvis att samarbeta med en konkurrent kommer naturligtvis saken i ett annat läge. I en sådan situation gäller den anställdes tystnadsplikt enligt OSL, och ett röjande av uppgift i strid med detta är att anse som ett brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap 3 § BrB.¹⁴⁵ Intressant är dock att straffansvaret för information som skyddas med hänsyn till just myndighets affärsverksamhet, i 19 kap 1 § OSL, *upphör* i samband med att den anställda avslutar sin anställning. Sådana uppgifter undantas uttryckligen, i 14 kap 2 § OSL, från ett mer utsträckt skydd. Efter att en anställd inom en myndighets affärsverksamhet avslutat sin anställning, riskerar denne således inte att göra sig skyldig till brott mot tystnadsplikt, om vederbörande röjer sådant som rör affärs- eller driftförhållanden.

Anledningen till att lagstiftaren valt att ta bort straffansvaret, efter anställningens upphörande, är att man velat harmonisera reglerna i OSL, med vad som gäller angående företagshemligheter i FHL. Hade man inte gjort detta, skulle myndighetsanställda ha omfattats av ett straffansvar även efter anställningens upphörande, för röjande av samma slags uppgifter som inom privat affärsverksamhet endast är förknippade med ett skadeståndsansvar.¹⁴⁶ En anställd vid ett kommunalt bolag, kan därför exempelvis efter pensionen uttala sig om omständigheter som omfattas av 19 kap 1 § OSL, utan att riskera straffansvar. Dock kan skadestånd enligt FHL fortfarande bli

¹⁴¹ 7 kap 3 § TF.

¹⁴² *Bohlin* (2010) s. 279.

¹⁴³ Se exempelvis JK:s beslut 1994-09-27, Dnr 349-94-30.

¹⁴⁴ Man kan exempelvis tänka sig att exempelvis ett kommunalt bolag innehar information som exempelvis berör enskilds personliga eller ekonomiska situation. Då skulle uppgiften kunna omfattas av kvalificerad sekretess på andra grunder.

¹⁴⁵ Se 14 kap 2 § OSL, som hänvisar till ansvar enligt 20 kap 3 § BrB.

¹⁴⁶ Prop. 1987/88:155 s. 32.

aktuellt i en sådan situation, om uppgiften är till skada för bolaget. Mer om detta följer nedan.¹⁴⁷

5.1.2 Undantaget för ledande personer i kommunala bolag

Det kommunala bolaget är på flera sätt en hybridform. Detta gäller inte minst i fråga om meddelarfrihetens täckningsområde. Dessa bolag, som vid tillämpningen av OSL skall anses vara en myndighet, omfattas nämligen av meddelarfriheten, men endast såtillvida det handlar om anställda eller uppdragstagare.¹⁴⁸ Meddelarfriheten gäller nämligen *inte* för bolagets VD, vice VD, styrelseledamot eller styrelsesuppleant.¹⁴⁹ Denna personkrets har medvetet undantagits från rätten till meddelarfrihet. Detta torde i viss grad påverka informationsåtkomsten i denna typ av bolag. I vart fall i jämförelse med en verksamhet som drivs i ren myndighetsform.

Anledningen till specialregleringen är att dessa ledande personer, på associationsrättslig grund, har en särskild lojalitetsplikt gentemot bolaget. Deras förhållande till bolaget är av sysslomannakarakter, och i denna relation uppstår en vårdplikt.¹⁵⁰ Man har därför inte velat införa regler som kan komma i konflikt med vad som gäller för dessa personer enligt exempelvis ABL:s regler om skadeståndsansvar.¹⁵¹ En VD eller styrelseledamot skall alltid sätta bolagets vinstsyfte i första hand. Styrelseledamöter och VD har även en lojalitetsplikt gentemot bolagsstämman.¹⁵² Om dessa personer brustit i sin omsorgs- och lojalitetsplikt kan detta orsaka att de gör sig skadeståndsskyldiga enligt ABL:s regler.¹⁵³ Även arbetsrättsliga åtgärder kan komma ifråga.¹⁵⁴

Bolagets ledande personer garanteras därför inget skydd mot att bolaget vidtar sanktioner mot dem, om de skulle läcka uppgifter om bolagets verksamhet till media. Frågan om bevisanskaffning, beträffande huruvida ett sådant röjande skett, är dock en helt annan sak.¹⁵⁵

5.1.3 Företagshemligheter hos myndigheter

Även om viss affärsrelaterad information inte omfattas av sekretess enligt OSL, är det inte helt säkert att en arbetstagare hos en myndighet eller ett kommunalt bolag kan röja dessa utan att drabbas av påföljder. Det går nämligen att föreställa sig uppgifter som varken omfattas av sekretesskydd, eller reglerna om offentlighet, men som ändå inte får ges ut, på grund av att

¹⁴⁷ Se avsnitt 5.1.3.

¹⁴⁸ 13 kap 2 § OSL.

¹⁴⁹ 13 kap 2 § 2 st. OSL.

¹⁵⁰ *Stattin* (2007) s. 137f.

¹⁵¹ Prop. 2005/06:162 s. 11.

¹⁵² *Sandström* (2007) s. 249f.

¹⁵³ *Sandström* (2007) s. 385.

¹⁵⁴ Prop. 2005/06:162 s. 12.

¹⁵⁵ Se avsnitt 5.3.

en arbetstagare genom sin anställning har en viss *lojalitetsplikt* mot sin arbetsgivare. Det avgörande för om agerandet är klandervärt eller inte, är om uppgifterna innehåller *företagshemligheter*, och om arbetstagaren bort inse detta. Sådana uppgifter som inte omfattas av sekretess enligt OSL, kan nämligen istället omfattas av FHL. Bestämmelserna i denna lag kan till en viss del ses som en kodifiering av lojalitetsplikten.¹⁵⁶

De företagshemligheter som avses är uppgifter som innebär information om *affärs- eller driftförhållanden* i en *näringsidkares* rörelse, som näringsidkaren *håller hemliga*, och vars röjande är ägnat att medföra *skada* för näringsidkaren i konkurrenshänseende.¹⁵⁷

En företagshemlighet kan föreligga även i de fall en näringsverksamhet drivs av en myndighet.¹⁵⁸ Tre kriterier finns som kännetecknar en näringsidkare; verksamheten skall vara av *ekonomisk natur*, samt bedrivs *yrkesmässigt* samt *självständigt*.¹⁵⁹ Likheten med konkurrenskriteriet och självständighetskriteriet i OSL är utan tvekan slående. Sådan verksamhet som omfattas av OSL, bör därför även på i stort sett samma grunder kunna omfattas även av FHL.

Även i FHL används således uttrycket *affärs- eller driftförhållanden* för att ange vilket slags uppgifter det är fråga om, och begreppet är tänkt att ha samma innebörd som vid tillämpningen av OSL.¹⁶⁰ Det är alltså *samma typ av information* som avses, och precis som vid tillämpningen av OSL kan även mer allmänna uppgifter som exempelvis marknadsundersökningar, marknadsplaneringar, kalkyler för prissättning och kampanjer, utgöra sådana uppgifter som anses vara företagshemligheter.¹⁶¹

FHL kräver att ett offentliggörande medför en typisk risk för skada, för att uppgiften skall anses vara hemlig.¹⁶² Informationen skall vara sådan som näringsidkaren håller hemlig, och så är fallet om denne klagat för detta för den anställde, eller om detta ändå står klart.¹⁶³ Här får företagets åtgärder betydelse för huruvida den anställde bort inse detta.¹⁶⁴ Företaget kan exempelvis *avtala* om sekretess för vissa uppgifter, för att på detta sätt klargöra för arbetstagaren vilka uppgifter som hålls hemliga. Ett sådant avtal är naturligtvis viktigt ur bevissynpunkt.¹⁶⁵

Det är uppenbarligen så att OSL och FHL *överlappar* varandra i vissa avseenden, eftersom de i en myndighets affärsverksamhet huvudsakligen tycks skydda samma sak, nämligen uppgifter om verksamhetens affärs- och driftförhållanden.¹⁶⁶ Beträffande sådana uppgifter som omfattas av OSL skall dock denna lag, med tillhörande straffansvar i 20 kap 3 § BrB, i första hand tillämpas för myndighetsanställda. Eftersom detta straffansvar inte gäller längre än till anställningens upphörande, torde FHL dock i vissa fall

¹⁵⁶ *Munukka* (2007) s. 215.

¹⁵⁷ 1 § FHL.

¹⁵⁸ Prop. 1987/88:155 s. 35.

¹⁵⁹ *Wainikka* (2010) s. 39f.

¹⁶⁰ *Wainikka* (2010) s. 36.

¹⁶¹ Jfr Prop. 1979/80:2 s. 145.

¹⁶² Prop. 1987/88:155 s. 35.

¹⁶³ Prop. 1987/88:155 s. 36.

¹⁶⁴ Prop. 1987/88:155 s. 45.

¹⁶⁵ SvJT 2009 s. 1051ff.

¹⁶⁶ Se särskilt Prop. 1987/88:155 s. 32.

kunna bli tillämplig för sådana personer som inte längre är anställda hos myndigheten.¹⁶⁷

FHL bygger på en grundtanke om att en arbetstagare, så länge denne är anställd av ett företag, har en lojalitetsplikt mot sin arbetsgivare.¹⁶⁸ Därför blir en person som avslutat sin anställning, endast *om synnerliga skäl föreligger*, skadeståndsskyldig för skada som uppstått på grund av att personen utnyttjat eller röjt en företagshemlighet som denne *genom sin anställning* fått del av.¹⁶⁹ För anställda i privat sektor, är det dock möjligt att avtala om en tystnadsplikt som sträcker sig längre än till anställningens upphörande. Giltigheten av ett sådant avtal är då beroende av vanliga avtalsrättsliga principer om exempelvis skälighet.¹⁷⁰

Även om FHL kan ha viss betydelse för anställda vid en myndighet, är det dock viktigt att påpeka att dessa inte påverkas i samma utsträckning som anställda inom privat sektor. Eftersom de anställda i exempelvis ett kommunalt bolag redan har vissa grundlagsskyddade rättigheter, genom anskaffar- och meddelarfriheterna, kan dessa inte inskränkas enbart på grund av FHL. Detta innebär att ett handlande som är försvarligt enligt TF eller YGL, inte kan angripas med LHF. Så länge exempelvis avsikten med att muntligt läcka information är publicering, är det därför inte möjligt att komma åt detta agerande med hjälp av FHL.¹⁷¹

Skulle däremot syftet med att läcka muntlig information, eller skriftlig information som inte utgör allmän handling, exempelvis vara att gynna en konkurrent till företaget, blir naturligtvis situationen en annan. Den anställde har då lämnat meddelarfrihetens skyddsområde.¹⁷² Om uppgiften skulle ha karaktär av företagshemlighet, och inte redan omfattas av sekretess enligt OSL, blir det straffbart enligt FHL om personen ifråga *olovligen berett sig tillgång* till uppgiften.¹⁷³ Om uppgiften däremot är sådan att en arbetstagare tagit del av den *inom ramen för sin anställning*, och bortom inse att arbetsgivaren håller den hemlig, är arbetstagaren enligt FHL skyldig att ersätta den skada som uppstått. Här föreligger således inget straffansvar, men väl ett skadeståndsansvar.

Arbetstagare vid myndighet, och således även vid ett kommunalt bolag, har därför ett visst ansvar enligt lojalitetsplikten och FHL för att företagshemligheter inte röjs.¹⁷⁴ Ansvaret gäller alltså i första hand sådana uppgifter som inte redan omfattas av meddelarfrihet enligt grundlag, eller sekretess enligt OSL. Eftersom de bägge lagarna avser att skydda samma slags uppgifter, nämligen uppgifter om verksamhetens affärs- eller driftförhållanden, torde det dock endast i vissa särskilda fall vara aktuellt att föra en talan grundad på FHL. Exempelvis beträffande uppgifter där

¹⁶⁷ Prop. 1987/88:155 s. 32.

¹⁶⁸ Prop. 1987/88:155 s. 45f.

¹⁶⁹ 7 § FHL. Andra regler gäller för sådant som anskaffats på ett obehörigt sätt.

¹⁷⁰ Prop. 1987/88:155 s. 47.

¹⁷¹ SOU 2008:63 s. 80f.

¹⁷² *Bohlin* (2010) s. 277.

¹⁷³ 3-4 §§ FHL.

¹⁷⁴ 7 § FHL är strikt avgränsad till arbetstagare. Det är den arbetsrättsliga tolkningen av begreppet arbetstagare som avses, *Wainikka* (2010) s. 53. Det är således i varje fall fråga om en helhetsbedömning, där vissa centrala kriterier har betydelse, se exempelvis *Källström & Malmberg* (2006) s. 27ff.

straffansvaret för tystnadsplikt enligt 19 kap 1 § OSL bortfallit i samband med anställningens upphörande.

Vad som sagts hittills om tillämpningen av FHL gäller som bekant för arbetstagare. Vad som avses här är det arbetstagarbegrepp som avses inom arbetsrätten. Bedömningen av vem som är ansvarig enligt FHL, kan därför bli olika från fall till fall. Om den person som läcker en företagshemlighet inte kan anses vara en arbetstagare, faller handlandet i vart fall utanför lagens tillämpningsområde. Exempelvis undantas styrelseledamöter från att omfattas av ansvar enligt FHL.¹⁷⁵ För både VD och styrelse finns som tidigare nämnts dock andra ansvarsbestämmelser i samband med ABL:s lojalitetsplikt.¹⁷⁶

5.2 Avtal om tystnadsplikt

Principen är att en myndighetsanställd endast kan ges en tystnadsplikt genom stöd i en författning. I den privata sektorn däremot, är den anställdes tystnadsplikt föremål för avtalsfrihet. Detta anses även till viss del inrymt i den lojalitetsplikt som följer av en anställning.¹⁷⁷ Huruvida en person är anställd inom offentlig eller privat sektor, får därför avgörande betydelse för möjligheterna till att, med bindande verkan, avtala om tystnadsplikt.

Eftersom en myndighetsanställds tystnadsplikt måste ha stöd genom författning, finns det i princip inga möjligheter för exempelvis ett kommunalt bolag att avtala om en mer vittgående tystnadsplikt för dess anställda.¹⁷⁸ Beträffande anställda i privata företag är dock utrymmet större. Här anses avtal om tystnadsplikt i princip övertrumpas meddelarfriheten, oavsett om tystnadsplikten kommer av ett särskilt avtal, eller endast som ett utflöde av lojalitetsplikten.¹⁷⁹

Att lagstiftaren valt att undanta vissa ledande personer från meddelarfriheten i de kommunala bolagen, betyder dock att dessa på en mycket viktig punkt skiljer sig ifrån vad som i övrigt gäller inom myndighets affärsverksamhet. Det blir nämligen, *beträffande dessa personer*, möjligt att *med bindande verkan avtala om tystnadsplikt*.¹⁸⁰ Avseende möjligheten att avtala om tystnadsplikt för VD, vice VD eller styrelsefunktionär, har det kommunala helägda bolaget således mer gemensamt med ett privat bolag än med en myndighet. Detta får särskilda verkningar, då förtroendevalda personer ofta sitter i styrelsen för kommunala bolag. Deras tystnadsplikt gäller då även i förhållande till exempelvis det egna partiet. De bolagsintressen som tas till vara genom tystnadsplikten, får här företräde framför de politiska intressen som gett styrelseledamöten sitt förtroende.¹⁸¹

¹⁷⁵ Wainikka (2010) s. 53.

¹⁷⁶ Wainikka (2010) s. 97.

¹⁷⁷ Prop. 2005/06:162 s. 14.

¹⁷⁸ SOU 2008:63 s. 84.

¹⁷⁹ SOU 2008:63 s. 85f.

¹⁸⁰ Prop. 2005/06:162 s. 15.

¹⁸¹ Stattin (2007) s. 62f.

Det går inte att avtala om en tystnadsplikt som står i strid med grundlag, men den avtalsrättsliga restkompetensen *beträffande dessa personers tystnadsplikt*, torde i vart fall omfatta all information som bolaget inte enligt övrig lagstiftning är skyldiga att lämna ut. Låt vara att bolagets möjligheter att i efterhand efterforska vem som läckt uppgifter, är en annan fråga, vilken kommer att behandlas nedan.

Beträffande övrig personal inom det kommunala bolaget, går det inte att med bindande verkan, avtala om en mer omfattande tystnadsplikt än vad som framgår av lag. Frågan är då hur ett sådant avtal som upprättats för att underlätta bolagets bevisbörda enligt FHL skall uppfattas. Är ett sådant avtal giltigt om det ingås mellan en myndighet och en av dess anställda?

Eftersom det är samma typ av affärs- eller driftrelaterad information som avses i både OSL och FHL, finns ingenting som tyder på att ett dylikt avtal skulle syfta till att *utöka* själva tystnadsplikten. FHL:s bestämmelser är också indispositiva, i den meningen att det inte genom avtal går att utöka vad som skall anses utgöra företagshemlighet, men väl att inskränka detta.¹⁸² *Ett avtal om företagshemligheter torde därför inte innefatta någon mer omfattande tystnadsplikt än vad som redan framgår av OSL.*

Dock kan man säkerligen diskutera om avtalet får någon materiell verkan, med tanke på att det är samma typ av affärs- och driftrelaterad information som avses i både OSL och FHL. *Eftersom OSL har företrädare torde ett sådant avtal, för en vanlig myndighetsanställd, som inte har en ledande ställning i ett kommunalt bolag, framförallt få betydelse i bevishänseende efter att denne avslutat sin anställning.* Ett visst skadeståndsansvar kvarstår vid denna tidpunkt, och avtalet kommer då att utgöra ett bevis på att arbetstagaren insett att vissa uppgifter utgör företagshemlighet hos bolaget.

5.3 Bevisanskaffning och efterforskningsförbudet

Till meddelarfriheten hör även ett förbud för myndighet eller annat allmänt organ att efterforska vem som lämnat en uppgift för publicering. Detta stadgas i 3 kap 4 § TF. Det är dock viktigt att komma ihåg, att efterforskningsförbudet är avhängigt att ett röjande av en uppgift skyddas av meddelarfriheten. Om ett röjande således inte ryms inom meddelarfriheten, finns heller *i princip* inget skydd mot efterforskning.¹⁸³ Om gärningen utgör ett sådant meddelarbrott enligt 7 kap 3 § TF, är det dock endast JK som har rätt att bedriva efterforskning, i sin roll som åklagare för tryckfrihetsbrott.¹⁸⁴ Bolaget självt har begränsade möjligheter att efterforska vem som läckt informationen.

¹⁸² SvJT 2009 s. 1056, med därtill hörande fotnoter.

¹⁸³ Se exempelvis JK:s beslut 2011-03-22 med Dnr 1787-11-30, samt 1994-09-27 med Dnr 349-94-30.

¹⁸⁴ Prop. 2005/06:162 s. 13.

När det gäller det kommunala bolagets möjligheter att efterforska, vem som lämnat ut uppgifter för publicering, måste man därför ha i åtanke att reglerna om efterforskning ser olika ut för vanliga anställda, respektive VD, vice VD samt styrelseledamöter. Då denna typ av bolag hänförs till det allmänna, gäller förbud mot att hos *anställda* eller *uppdragstagare* efterforska vem som inom ramen för meddelarfriheten lämnat uppgifterna.¹⁸⁵ De ledande personer som inte omfattas av meddelarfriheten, skyddas i princip dock inte mot en efterforskning från bolaget.¹⁸⁶

Ett visst problem uppkommer dock avseende anskaffningen av bevis om att någon röjt information. Om bolaget avser vidta rättsliga åtgärder, på grund av att en styrelseledamot röjt sekretessbelagd information i publiceringssyfte, måste bolaget kunna bevisa att så skett. För att kunna genomföra en efterforskning måste det kommunala bolaget dock ha en viss föraning varifrån uppgifterna kommer, för att inte riskera att bryta mot efterforskningsförbudet.

I de fall det inte framgår, om en uppgift kommer från en VD, styrelseledamot eller från en vanlig anställd, måste bolaget iaktta särskild *försiktighet* eftersom en vanlig anställd åtnjuter ett särskilt skydd mot efterforskning.¹⁸⁷ Det faktum att en uppgift kan tänkas komma ifrån en anställd, torde därför begränsa möjligheterna till efterforskning, även om uppgiften i praktiken kommer från en styrelseledamot. Denna typ av försiktighetsåtgärder torde kraftigt påverka bolagets handlingsutrymme, i fråga om bevisanskaffning.

Om uppgiften däremot inte röjts i publiceringssyfte, kommer saken i ett annat läge. Brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap 3 § BrB faller då förmodligen under allmänt åtal.¹⁸⁸ Inom ramen för förundersökningen, får åklagare och polis naturligtvis efterforska hur det gått till när en uppgift röjts. Eftersom röjandet i detta fall inte omfattas av efterforskningsförbudet, finns det heller i princip ingenting som hindrar att det kommunala bolaget är behjälpligt med efterforskningen.

Vad som dock ytterligare komplicerar saken, är att det inte krävs att en uppgift faktiskt publiceras för att en uppgiftslämnare skall omfattas av meddelarskydd. Det är således syftet med förfarandet som avgör om handlingen är skyddsvärd. Ett påstående från den som röjt uppgiften, om att detta gjorts i publiceringssyfte, skall godtas om det inte framstår som helt osannolikt.¹⁸⁹ Det kan därför inte hållas för otroligt att detta öppnar upp för en möjlighet att missbruka meddelarfriheten. Inte heller torde det vara ett djärvt antagande att detta även kan leda till en inskränkning av möjligheterna till efterforskning och bevisanskaffning. *Sammanfattningsvis finns det all anledning för ett kommunalt bolag att iaktta försiktighet, när det gäller efterforskning av vem som röjt en sekretessbelagd uppgift.*

Beträffande möjligheterna till efterforskning om röjande av företags-hemlighet, till annat syfte än publicering, är detta till stor del beroende av huruvida den som röjt uppgiften arbetar kvar i bolaget eller inte. Om

¹⁸⁵ 13 kap 2 § 1 st. OSL.

¹⁸⁶ 13 kap 2 § 2 st. OSL.

¹⁸⁷ Prop. 2005/06:162 s. 13.

¹⁸⁸ Detta är inget tryckfrihetsbrott, se exempelvis JK:s beslut 1994-09-27 Dnr 349-94-30.

¹⁸⁹ *Holmqvist m fl.* (2009) s. 20:66, samt Prop. 1975/76:204 s. 130.

personen fortfarande är arbetstagare, kan uppgifterna vara sådana som även omfattas av sekretess enligt 19 kap OSL. Ett röjande i annat syfte än publicering utgör då förmodligen ett brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap 3 § BrB, och åtal väcks av allmän åklagare.¹⁹⁰ Om personen däremot inte längre är anställd i bolaget, har straffansvaret upphört.¹⁹¹ Bolaget får då på egen hand bedriva efterforskning och bevisanskaffning och ta tillvara sina skadeståndsanspråk i en vanlig civilprocess. Beträffande uppgifter som utgör företagshemlighet, och som röjts av en arbetstagare, har bolaget bevisbördan för att arbetstagaren insett att uppgifterna är företagshemligheter. I dessa fall kan ett sekretessavtal säkerligen underlätta bevisbördan.¹⁹² Vad som är viktigt att komma ihåg är att, beträffande myndighetsanställda som inte är ledande personer i ett kommunalt bolag, finns det inte någon möjlighet att avtala om en sekretess som är mer omfattande än vad som framgår av författning.

¹⁹⁰ JK:s beslut 1994-09-27 Dnr 349-94-30.

¹⁹¹ 14 kap 2 § 2 st. OSL.

¹⁹² Prop. 1987/88:155 s. 43.

6 Sekretess vid motparts bevisanskaffning för tvistemål

6.1 Inledning

Vi har nu sett hur konkurrensmässiga skäl, den enskildes ekonomiska intressen, samt olika former av tystnadsplikter får betydelse för huruvida det är möjligt att hemlighålla affärsrelaterad information i en myndighets affärsverksamhet. En inte oviktig fråga är hur offentlighetsprincipen skall kunna inverka på exempelvis ett kommunalt bolags ställning som part i ett tvistemål. Även detta är ett område där transparensen inom den offentliga verksamheten kan tänkas missbrukas av en motpart, inte minst för att anskaffa bevisning som talar emot det allmänna. Frågan är således i vilken utsträckning en myndighets affärsverksamhet skall kunna tvingas lämna ut affärs- eller driftrelaterad information av betydelse som bevis, och som kan försvaga dess egen ställning vid exempelvis ett tvistemål mot en enskild.

6.1.1 Bevisanskaffning i allmänhet

Huvudprincipen vid tvistemål är att parterna själva svarar för anskaffning av sin egen bevisning. Detta förutsätts parterna göra på egen hand, utan någon hjälp från domstolen.¹⁹³ Om detta inte är möjligt kan en part försöka att, med hjälp av reglerna om *syn, edition eller bevisning till framtida säkerhet*, få rätten att ålägga den andre att ge ut material. I detta läge uppkommer dock ett krav på att den eftersökta informationen har betydelse som bevisning, och att det finns belägg för att motparten verkligen besitter informationen.¹⁹⁴ Kravet på bevisrelevans gäller även vid sådan edition som avser allmänna handlingar vilka förvaras hos myndighet.¹⁹⁵

I svensk rätt finns ingen generell skyldighet att bistå motparten med dennes bevisanskaffning. Innan ett processuellt förfarande kan respektive parts förberedelser och bevismaterial anses befinna sig inom en *fredad zon*.¹⁹⁶ Det finns således små möjligheter att syna motpartens kort, inför en förestående tvist, vid en jämförelse med exempelvis de amerikanska instituten *discovery* och *disclosure*.¹⁹⁷

Fråga uppstår hur väl tanken om den fredade zonen är förenlig med den offentliga rätten, om bevisningen finns i en affärsverksamhet som drivs av en myndighet. I denna situation blir i vart fall tre motstående intressen gällande; partens skydd för den fredade zonen, motpartens behov av

¹⁹³ Westberg (2010) s. 104.

¹⁹⁴ Westberg (2010) s. 104f.

¹⁹⁵ Se ordalydelsen i 38 kap 8 § RB.

¹⁹⁶ Westberg (2010) s. 517.

¹⁹⁷ Westberg (2010) s. 514ff.

information, samt allmänhetens behov av insyn genom offentlighetsprincipen.

6.1.2 Den fredade zonen i myndigheters affärsverksamhet

Även en affärsverksamhet som drivs av en myndighet åtnjuter ett visst skydd för den fredade zonen. Beträffande *handlingsoffentligheten* kommer detta framförallt i uttryck genom 19 kap 9 § OSL. Här stadgas att ”sekretess gäller för uppgift som har tillkommit eller inhämtats för en myndighets räkning med anledning av myndighetens eller ett statligt eller kommunalt företags rättstvist, om det kan antas att det allmännas eller företagets ställning som part försämras om uppgiften röjs.”¹⁹⁸ Då det är den myndighet som besitter den efterfrågade informationen som gör sekretessprövningen, finns det således *viss möjlighet* för myndigheten att sekretessbelägga allmänna handlingar för att tillvarata sin egen ställning som part i en rättstvist.¹⁹⁹

Att den efterfrågade informationen tillkommit eller inhämtats *med anledning av rättstvisten*, innebär dock att det finns ett krav på ett samband mellan dessa. Vilken information som helst kan därför inte sekretessbeläggas, utan vad som avses är till exempel ”rättsutredningar, värderingsutlåtanden, uppgifter om bevisning och förhandlingstaktiska överväganden som hänför sig till en[...]både pågående och möjligen blivande rättstvist.”²⁰⁰ Det är således inte möjligt för myndigheten att med hjälp av 9§ sekretessbelägga exempelvis uppgifter som enbart har affärsmässig betydelse, om dessa inte tillkommit med anledning av rättstvisten. Detta har en avgörande betydelse för gränsdragningen av den fredade zonen.

Om myndigheten åberopar att uppgifterna bör omfattas av sekretess på grund av en blivande rättstvist har också HFD ställt upp ett visst krav på konkretion, då det inte ansetts tillräckligt med enbart ”ett allmänt hållet påstående[...]om att handlingarna hänför sig till sådan rättstvist.”²⁰¹

Resultatet av detta blir att en myndighet har viss möjlighet att freda sig mot att handlingsoffentligheten utnyttjas till att eftersöka information som skadar myndighetens *partsställning*. Kravet på att uppgifterna skall ha tillkommit eller inhämtats med anledning av tvisten, på så sätt som anges i förarbetena inskränker dock regelns tillämpningsområde, till sådant som faktiskt tillkommit med anledning av tvisten. Flertalet uppgifter om affärs- eller driftförhållanden torde därför hamna utanför täckningsområdet för sekretess enligt 9 §.

¹⁹⁸ 19 kap 9 § OSL.

¹⁹⁹ Låt vara att beslutet naturligtvis kan överklagas.

²⁰⁰ Prop. 1979/80:2 s. 152.

²⁰¹ RÅ 2007 ref. 12.

6.2 Edition av allmänna handlingar

Det har redan konstaterats i detta arbete, att sekretesskyddet för enskilda affärsverksamhet i vissa fall torde göra handlingsoffentligheten till ett opraktiskt instrument när det gäller bevisanskaffning.²⁰² Det faktum att en myndighet i viss utsträckning även har möjlighet att sekretessbelägga information som kan skada dess ställning som part i tvist, pekar i samma riktning. Det är helt enkelt föga troligt att en myndighet eller ett kommunalt bolag kommer att lämna ut vissa uppgifter som riskerar att skada dem själva eller deras affärskontakter. Det faktum att även rättsenliga åtgärder kan anses utgöra en skada, i den mening som avses i OSL, styrker även denna tes.²⁰³

Om en part i en tvistemålsprocess inte lyckas att på egen hand anskaffa bevis, finns möjlighet att använda sig av rättegångsbalkens regler för att komma åt information hos motparten. När det gäller insyn i affärsverksamhet är det troligen *edition* som framförallt är av betydelse, även om *syn* eller *bevisning till framtida säkerhet* i vissa situationer skulle kunna tänkas vara användbara även till detta.²⁰⁴ När det gäller åtkomst av information genom rättegångsbalkens regler, är det rätten som formellt kräver ut informationen. Handlingen skall således ges ut till domstolen i stället för till den sökande parten.²⁰⁵

Vad som är värt att understryka, och vad som särskiljer edition från en begäran om allmän handling, är att om rätten finner att en allmän handling har bevisrelevans, och begär att en myndighet skall lämna ut den, har *myndigheten ingen prövningsrätt* och kan heller inte föra talan mot beslutet.²⁰⁶

Typiskt för edition, med stöd av RB, är dock, som tidigare nämnts, att den part som efterfrågar viss uppgift, måste kunna *identifiera* vilka uppgifter han vill komma åt. Om så inte vore fallet skulle edition kunna användas till så kallade *fishing expeditions*, vilket är något som inte har stöd i vårt rättssystem.²⁰⁷ Den part som efterfrågar information måste således känna till att den finns hos motparten.²⁰⁸ Vidare måste informationen kunna antas äga betydelse som bevis; sk *bevisrelevans*.²⁰⁹ Detta gäller oavsett om det som efterfrågas är allmänna handlingar eller annan skriftlig bevisning.²¹⁰ Uppgiften skall således antas ha, om än mindre, betydelse för bevisemat.²¹¹

²⁰² Se särskilt stycke 4.3.2.

²⁰³ Prop. 1979/80:2 s. 83.

²⁰⁴ Förutsättningarna för dessa metoder är snarlika, varför endast edition lyfts fram som exempel i denna uppsats.

²⁰⁵ *Fitger*, kommentar till 38 kap 8 § RB.

²⁰⁶ *Fitger*, kommentar till 38 kap 8 § RB, samt NJA 1981 s. 982.

²⁰⁷ *Ekelöf* (2009) s. 263.

²⁰⁸ *Westberg* (2010) s. 105.

²⁰⁹ *Westberg* (2010) s. 615.

²¹⁰ Jfr 38 kap 2 § och 8 § RB.

²¹¹ *Fitger*, kommentar till 38 kap 2 § RB.

6.3 Edition eller begäran om allmän handling?

Begäran om allmän handling utgör utan tvekan ett särskilt fördelaktigt verktyg när det gäller att leta efter information. När man utnyttjar denna möjlighet behöver man inte ha en förförståelse av den eftersökta informationens innehåll. Vill någon exempelvis granska en viss typ av kostnader, inom en viss typ av verksamhet, står det vilken medborgare som helst fritt att begära ut de handlingar som finns, även om ett visst krav på konkretion finns, så att myndigheten vet vad som eftersöks.²¹²

Till viss del föreligger dock ett krav på identifikation även när det gäller allmänna handlingar, eftersom en sökande inte tillåts att på egen hand genomsöka en myndighets arkiv i jakt på intressant material. Myndigheten kan alltid sekretesspröva handlingen innan den sökande tar del av den.²¹³ Misstanke om oegentligheter behöver dock inte föreligga, även om detta naturligtvis kan vara en anledning till att någon fäster uppmärksamheten på särskilda uppgifter. Att begära ut handlingar kan även vara en väg att gå för att skapa, eller bekräfta misstankar om oegentligheter inom den offentliga sektorn. Handlingsoffentligheten torde exempelvis vara ett ovärderligt verktyg för den grävande journalisten.

Å andra sidan har en myndighet viss möjlighet att sekretessbelägga sådan information som kan skada dess affärsverksamhet. Tidigare har beskrivits hur exempelvis konkurrensskäl, en enskild affärsmotparts inställning i sekretessfrågan, eller den sökandes syfte med de efterfrågade uppgifterna kan få betydelse när myndigheten gör sekretessprövningen. Detta innebär att en viss typ av information rörande myndigheters affärsverksamhet helt enkelt inte blir tillgänglig genom handlingsoffentligheten. Denna problematik försvinner helt vid edition, eftersom myndigheten då fråntas sin prövningsrätt.

När det gäller edition krävs däremot en viss *förkunskap*. Den som efterfrågar informationen förväntas veta om att den finns tillgänglig hos motparten.²¹⁴ När det gäller allmänna handlingar som förvaras hos en myndighet, torde diariet få en viktig betydelse för detta identifikationskrav. Detta torde gälla oavsett om allmänna handlingar begärs ut genom edition, eller genom en vanlig ansökan hos myndigheten. Diariet utgör en viktig mekanism för insyn i offentlig verksamhet, och gör det svårt att undanhålla i vart fall inkomna och upprättade handlingar.²¹⁵

Skillnaden mellan edition och begäran om allmän handling tar sig kanske mest uttryck i det krav på bevisrelevans som förknippas med edition, och att själva informationen skall ha betydelse för den sökande i dennes ställning som part i målet. Genom edition finns därför inte samma möjlighet att planlöst söka igenom handlingar i jakt på relevans för den egna saken. Inom ramen för tvistemålsprocessen blir tanken om den fredade zonen åter

²¹² Bohlin (2010) s. 138.

²¹³ Bohlin (2010) s. 125f.

²¹⁴ Westberg (2010) s. 105.

²¹⁵ Bohlin (2010) s. 25.

aktuell.²¹⁶ En part som begär edition måste således veta vad han åberopar som bevis, och vilken omständighet detta bevis är tänkt att styrka.

Ytterligare en nackdel med edition, är att ett domstolsförfarande måste pågå för att möjligheten skall öppnas, och att det inte finns möjlighet att *leta* efter information på samma sätt som vid begäran om allmänna handlingar, och därigenom bygga sin rättsliga talan. Som verktyg för ett rent informationssökande i en myndighets affärsverksamhet, har edition uppenbarligen klara begränsningar, i jämförelse med begäran om allmän handling.

Om en part däremot vill vidta rättsliga åtgärder mot vad en myndighet i sin affärsverksamhet har åstadkommit, framstår således edition inom ramen för en tvistemålsprocess, som en mer fruktbar väg att gå, när det gäller anskaffning av bevis, än begäran om allmän handling. På detta sätt undviks helt sekretessprövningen. Detta gäller i vart fall så länge man vet att en viss handling finns hos myndigheten. Att en myndighets diarium också är att anse som en handling, vilken anses upprättad så snart något antecknats i den, torde utan tvekan medföra vissa fördelar för en part som efterforskar viss information i bevissäkringssyfte.²¹⁷

6.4 Särskilt om uppgifter som inte finns i allmänna handlingar

Beträffande sådant material som inte utgör allmänna handlingar, får talan om *edition* istället föras enligt 38 kap 2 § RB. Beträffande sådana dokument torde ingen särskild skillnad föreligga på grund av att innehavaren av dokumenten är en affärsdrivande myndighet.²¹⁸ Därför behandlas detta endast översiktligt i denna framställning. Edition enligt RB täcker även upp ett bredare underlag än de allmänna handlingarna, även om det också här finns regler som undantar exempelvis minnesanteckningar, avsedda uteslutande för personligt bruk, från editionsplikten om det inte finns synnerliga skäl.²¹⁹ Anteckningar som gjorts av en företagsanställd omfattas också av denna bestämmelse, då det inte finns något krav på att minnesanteckningarna skall ha ett personligt innehåll.²²⁰

Beträffande muntliga uppgifter om en myndighets affärsverksamhet, finns ingenting som hindrar att exempelvis en anställd kallas som vittne vid rättegång. Vittnesplikten är i vissa fall inskränkt till förmån för regler i OSL, men detta gäller endast sådana uppgifter som omfattas av sekretess enligt vissa regler i 15, 16 eller 18 kap OSL.²²¹ Varken uppgifter om affärs- eller driftförhållanden eller uppgifter som kan skada enskilda ekonomiska förhållanden åtnjuter något skydd mot vittnesplikten. Advokater som haft uppdrag åt verksamheten, och biträden till dessa, har dock ingen vittnesplikt

²¹⁶ Se *Westberg* (2010) s. 517.

²¹⁷ 2 kap 7 § TF, samt *Bohlin* (2010) s. 93f.

²¹⁸ Talan får då föras enligt 38 kap 2 § RB (s a s ”vanlig edition”).

²¹⁹ 38 kap 2 § 3 st. RB.

²²⁰ *Fitger*, kommentar till 38 kap 2 § RB.

²²¹ 36 kap 5 § RB.

om inte annat stadgas i lag, verksamheten lämnat sitt medgivande, eller vittnesmålet avser brott med två års fängelse eller mer i straffskalan.²²²

²²² Se särskilt *Fitger*, kommentar till 36 kap 5 § RB.

7 Slutsatser

7.1 De materiella grunderna för affärssekretessen

Den övergripande frågeställningen för denna uppsats har varit att analysera på vilka grunder det är möjligt att sekretessbelägga affärsrelaterad information, i en affärsverksamhet som drivs av en myndighet, och huruvida det blir någon materiell skillnad om verksamheten drivs i form av ett kommunalt bolag?

Vad som är viktigt att komma ihåg, är att *offentlighet alltid är huvudregeln* för denna typ av uppgifter. På grund av det raka skaderekvisitet är det endast om en skada kan göras antaglig, som det kan bli aktuellt med sekretess.

Som tidigare framgått, finns det två huvudsakliga skyddsintressen som kan ligga till grund för att sekretessbelägga den aktuella typen av information. Dessa är dels det allmännas, dels den enskildes ekonomiska intressen. Det är när dessa intressen riskerar att skadas som det kan bli aktuellt att sekretessbelägga affärs- eller driftuppgifter.

7.1.1 Grunder hänförliga till det allmänna

Typen av uppgifter som kan sekretessbeläggas, till skydd för det allmänna, varierar något beroende på vilket lagrum som åberopas. *Sekretessen till skydd för affärs- eller driftförhållanden i myndighets affärsverksamhet täcker exempelvis ett större antal uppgifter än vad upphandlingssekretessen gör.* Som tidigare nämnts kan även affärshemligheter av mer allmänt slag, såsom marknadsundersökningar, marknadsplaneringar, prissättningskalkyler och planerade reklamkampanjer omfattas av denna sekretess. Även löneuppgifter i ett kommunalt bolag, eller en budget tillhör verksamhetens affärs- eller driftförhållanden. *Det avgörande för sekretess gällande sådana uppgifter, är huruvida verksamheten är att anse som en affärsverksamhet, och om denna riskerar att skadas till förmån för en konkurrent.*

För förståelsen av begreppet affärsverksamhet, har i detta arbete två kriterier ställts upp, utifrån de krav som ställs på en affärsverksamhet i förarbeten och praxis. Dessa är *konkurrenskriteriet*, samt *självständighetskriteriet*. I korthet innebär dessa att verksamheten, för att kunna betraktas som en affärsverksamhet, bör verka på en konkurrensutsatt marknad, samt vara en tydligt avgränsad självständig del av verksamheten.

Det är naturligtvis inget krav att verksamheten drivs i bolagsform för att den skall kunna uppfylla definitionen på en affärsverksamhet. Det förefaller dock som att den *omständigheten att en myndighet avsatt viss verksamhet i ett bolag, i vart fall torde underlätta möjligheten att få verksamheten betraktad som en affärsverksamhet.* Inte minst den specialreglering som finns för ett aktiebolag torde betyda att verksamhet som drivs i sådan form

presumeras bedriva affärsverksamhet. I de fall bolaget verkar på en större marknad, torde det heller inte innebära några större problem att visa på att verksamheten även uppfyller konkurrenskriteriet. Det kan därför inte uteslutas att det ur sekretesshänseende kan finnas fördelar med att en verksamhet drivs i aktiebolagsform.

När det gäller risken för skada kan konstateras att en uppgifts typiska karaktär har betydelse för skadebedömningen. Dock visar detta arbete att *uppgiftens egenskaper har fått en delvis annan betydelse än lagstiftaren från början avsett.* Det krav på en konkret skaderisk, som ställts upp i praxis, har nämligen en annan innebörd, än den ursprungliga tanken om att uppgiftens typiska karaktär ensamt skulle kunna tas i beaktande i sekretessfrågan. Detta torde även bidra till att presumptionen för offentlighet, beträffande uppgifter om affärs- eller driftförhållanden, till viss del torde vara starkare än vad lagstiftaren ursprungligen tänkt sig.

En uppgifts typiska karaktär får däremot betydelse för kravet på parternas utredning i det enskilda fallet. Exempelvis ställs ett högt krav på utredningen för att en uppgift som normalt inte orsakar någon skada, skall omfattas av sekretessen. Likaså förefaller det uppstå en lättnad på kravet i de fall uppgiftens röjande normalt sett innebär en skada. Detta förklarar hur tanken om att en uppgifts typiska karaktär skall ligga till grund för skadebedömningen, samverkar med kravet på en konkret skaderisk vid sekretessprövning enligt 19 kap 1-3 §§ OSL.

Det kan också konstateras, att en myndighets affärsverksamhet har vissa möjligheter att sekretessbelägga sådan information som kan påverka dess partsställning i tvistemål. Dock torde uppgifter av affärs- eller driftkaraktär i många fall hamna utanför detta skyddsområde, då det krävs att uppgiften faktiskt tillkommit med anledning av tvisten. *Den fredade zonen för en myndighets affärsverksamhet är därför betydligt mer avgränsad än vad som gäller för ett privat företag i motsvarande situation,* och det finns inget hinder för motparten att utnyttja handlingsoffentligheten till att begära ut uppgifter som enbart har bevisbetydelse i målet, men som inte tillkommit med anledning av detsamma. Inte heller finns något som hindrar att exempelvis en anställd kallas som vittne, för att höras om uppgifter av det aktuella slaget.

7.1.2 Särskilt om den personliga tystnadsplikten

För myndighetsanställda är den lagstadgade tystnadsplikten tvingande, och går inte att modifiera genom avtal i vare sig skärpande eller mildrande riktning. Beträffande sådana uppgifter som är föremål för denna undersökning, finns heller ingen kvalificerad sekretess. Ett muntligt röjande av dylika uppgifter kan således inte ensamt utgöra ett meddelarbrott. *Avgörande för huruvida en anställd i myndighets affärsverksamhet gör sig skyldig till brott mot tystnadsplikt, är därför om uppgifterna röjts i publiceringssyfte eller ej.* Om så varit fallet övertrumfar meddelarfriheten tystnadsplikten. Har uppgifter som omfattas av sekretessen röjts av andra

skäl än publicering, gör den anställde sig däremot skyldig till brott mot tystnadsplikt.

Straffansvaret för brott mot den tystnadsplikt som avser uppgifter om affärs- och driftförhållanden sträcker sig dock aldrig längre än till anställningens upphörande. *Dock kan det även efter denna tidpunkt, om det finns synnerliga skäl, föreligga ett skadeståndsansvar för sådana uppgifter som utgör företagshemligheter i verksamheten.* Ett sekretessavtal kan ha betydelse ur bevishänseende, för huruvida en anställd faktiskt insett att en uppgift utgjort företagshemlighet.

Även om en anställd formellt brutit mot tystnadsplikten, torde efterforskningsförbudet och repressalieförbudet i vart fall begränsa en myndighets möjligheter att anskaffa bevisning om handlandet. I de fall uppgifterna omfattas av meddelarfriheten, råder nämligen förbud mot efterforskning och repressalier. Här skall även påminnas om det faktum, att ett påstående om att en viss uppgift röjts i publiceringssyfte, skall godtas om detta inte framstår som osannolikt. Möjligheterna att läcka uppgifter om exempelvis ett kommunalt bolags affärs- eller driftförhållanden inom ramen för meddelarfriheten framstår på det hela taget som generösa.

7.1.3 Grunder hänförliga till enskilda intressen

En viktig slutsats i detta arbete är *betydelsen av en enskilds intressen*, vid sekretessprövningen av affärs- eller driftrelaterade uppgifter. Det är viktigt att komma ihåg att *sådana uppgifter kan omfattas av sekretess, framförallt enligt 31 kap 16 § OSL, även om ingen risk för skada kan antas ifråga om myndigheten.* På detta sätt tar sekretessen till förmån för den enskilde vid, där sekretess enligt 19 kap slutar. Det avgörande är således om det finns en särskild anledning att anta att den enskilde kommer att lida skada på grund av att uppgiften röjs. *Denna uppsats visar särskilt hur den enskilde tillmätts ett visst inflytande över denna fråga, och i förlängningen över insynen i uppgifter, vilka tillhör en myndighets affärsverksamhet.*

Som tidigare framgått, skall sekretessprövningen ta sin utgångspunkt i den efterfrågade uppgiften. Detta hindrar dock inte att den enskildes uppfattning om skaderisken tas i beaktande, när denna skall prövas. *I detta arbete har getts flera exempel ur praxis, på hur en begäran om sekretess från den enskilde, i samband med avgivandet av ett anbud, beaktas vid en senare skadebedömning.* Likaså har den enskildes uppfattning om skaderisken beaktats, även om detta inte uttryckts förrän i samband med sekretessprövningen.

Resultatet av att den enskildes uppfattning tas i beaktande får ett något säreget resultat. *Även om det allmänna, formellt sett, inte kan avtala om en mer vittgående sekretess än som framgår av lag, torde ändå en utfästelse från det allmänna i ett sådant avtal kunna beaktas, ifråga om huruvida den enskilde riskerar att lida skada på grund av uppgiftens röjande.*

Den enskildes skyddsintresse gör också att det i vissa fall får betydelse vem som begär ut en uppgift, och vilket syfte denna person har. Eftersom även helt rättsenliga åtgärder kan anses orsaka skada för den enskilde, kan *enskilda intressen förhindra ett röjande av affärs- eller driftrelaterad*

information i en myndighets affärsverksamhet, om syftet med ansökan exempelvis är att vidta rättsliga åtgärder mot en enskild.

7.2 Materiella skillnader beträffande de kommunala bolagen

7.2.1 Inledning

En särskild uppgift i detta arbete har varit att ta reda på huruvida de kommunala bolagen i ett materiellt hänseende skiljer sig åt beträffande möjligheterna att sekretessbelägga information som rör affärs- eller driftförhållanden. Det är viktigt att komma ihåg att denna typ av bolag jämföras med *myndigheter* vid tillämpningen av OSL. Beträffande den materiella tillämpningen av de centrala sekretessbestämmelserna bör därför inte verksamhetens form innebära någon skillnad. Vid en närmare granskning av de rättsfall som detta arbete hänvisar till, har jag heller inte funnit några som helst tecken på att det skulle förhålla sig på annat sätt. Dock finns det vissa skillnader avseende verksamhetsformens karaktär, vilka resulterar i materiella skillnader, beträffande exempelvis huruvida en viss bestämmelse skall tillämpas eller inte. Avslutningsvis presenteras de viktigaste exemplen på detta.

7.2.2 Verksamhetsformens betydelse för sekretessen

En fråga som tidigare berörts är möjligheterna till att avgränsa en verksamhet genom att omvandla den till bolagsform. Eftersom det i aktiebolagsformen föreligger en presumtion för vinstsyfte, torde ett aktiebolag redan på grund av sin karaktär uppfylla i vart fall självständighetskriteriet. Av de fall som granskats i detta arbete har rätten, i de fall verksamheten drivits i bolagsform, aldrig problematiserat huruvida affärsverksamhet faktiskt föreligger i bolaget eller inte. Att sekretess i vissa fall uteslutits på grund av att någon konkurrenssituation inte föreligger är en annan fråga, som tillhör skadebedömningen i det enskilda fallet. *Att det genom bolagsformen tillkommer en presumtion för att verksamheten utgör affärsverksamhet, torde därför inte vara en alltför djärv slutsats.*

Naturligtvis kan konkurrens- och självständighetskriterierna uppfyllas även på andra sätt. Exempel har getts på hur en tydlig organisatorisk uppdelning i vissa fall tycks kunna tillmätas betydelse i fråga om självständigheten. Även om självständighet kan uppnås på annat sätt än genom att bilda ett bolag, skall skillnaden mellan myndighetsformen och aktiebolagsformen inte underskattas. *Presumtionen för att den verksamhet som bedrivs i aktiebolaget är affärsinriktad, torde i förlängningen utan tvekan få betydelse för huruvida sekretess för uppgifter om affärs- eller driftförhållanden bör föreligga.*

7.2.3 Skillnader avseende löne- och anställningsuppgifter

En viktig principiell skillnad mellan verksamhet som drivs i myndighetsform och sådan som drivs i kommunalt bolag, är att löneuppgifter i den senare är hänförliga till bolagets affärs- eller driftförhållanden. De omfattas därför *i princip* av täckningsområdet för affärssekretessen. Att HFD senare uttalat att *skadebedömningen* skall göras med beaktande av att denna typ av uppgifter normalt är offentliga, är en annan sak.

Det har visat sig att det därför är möjligt att i vissa fall sekretessbelägga denna typ av uppgifter, låt vara att ett mycket högt krav säkerligen ställs på själva utredningen i ärendet. Ett stort antal kammarrättsfall talar dock för att man så gott som uteslutande beaktar offentligheten vid skadebedömningen. Bland materialet till detta arbete finns endast ett kammarrättsfall där rätten ansett att en VD:s löneuppgifter bort omfattas av sekretess. *Dock förtar inte den statistiska skillnaden det faktum att löneuppgifterna i denna typ av bolag således inte är offentliga per definition. Även om rätten i de flesta fall kommer fram till att röjande av löneuppgifter inte innebär någon skaderisk, visar analysen i detta arbete att det, om risk för skada föreligger, faktiskt är möjligt att sekretessbelägga denna typ av uppgifter eftersom de hör till bolagets affärs- eller driftförhållanden.* De avgöranden som finns från högsta instans lämnar helt klart öppet för denna möjlighet. Detta innebär naturligtvis en viktig principiell skillnad för de kommunala bolagen, i jämförelse med verksamheter som drivs i myndighetsform.

7.2.4 Skillnader avseende meddelarfrihet och tystnadsplikt

Utmärkande för ett kommunalt bolag är också den skillnad som finns beträffande meddelarfrihet för bolagets VD, vice VD, styrelseledamot samt styrelsesuppleant. Denna skillnad blir särskilt tydlig, eftersom sekretessen enligt 19 kap, eller 31 kap 16 § OSL inte är av kvalificerad art. Det är således fullt *möjligt för en vanlig anställd att röja affärsinformation i publiceringssyfte, utan att riskera efterforskning eller repressalier, medan en person i ledande ställning inte har denna möjlighet.*

Med tanke på att det i denna typ av bolag ofta sitter förtroendevalda personer med i styrelsen, och då dessa även har en framträdande lojalitetsplikt gentemot bolaget och dess intressen, torde regleringen i vissa fall kunna få aningen säregna resultat. *Att exempelvis styrelseledamöter kan avtala om sekretess med bindande verkan, gör att även kommunens förtroendevalda, genom avtal kan beläggas med tystnadsplikt avseende den verksamhet som drivs i bolaget.* Detta utgör naturligtvis en avsevärd skillnad, i jämförelse med vad som varit fallet om verksamheten istället drivits i myndighetsform.

7.3 Avslutande ord

Förhoppningsvis kan denna uppsats underlätta förståelsen av möjligheterna till sekretess i ett kommunalt bolag, eller en annan typ av affärsverksamhet som drivs av en myndighet. De olika aspekter som kommit till uttryck i arbetet, avhandlas ofta åtskilda i den juridiska doktrinen. Ambitionen har hela tiden varit att ta ett helhetsgrepp, och att sammanställa dessa skilda perspektiv, för att på så sätt få en samlad bild av problemområdet. Det är författarens förhoppning att detta når fram även till läsaren.

Arbetet väcker även nya frågor. Det faktum att vissa ledande personer i kommunala bolag undantas från meddelarfrihet, är exempelvis i grund och botten resultatet av en avvägning mellan demokratisk insyn och den associationsrättsliga vårdplikten. Vad skulle exempelvis hända om lagstiftaren gjorde tvärtom, och införde en generell meddelarfrihet som även gällde VD och styrelseledamöter? Detta skulle utan tvekan förbättra den demokratiska insynen, men skulle det då överhuvudtaget kunna vara möjligt att driva myndigheters affärsverksamhet i en ren aktiebolagsform?

Det kommer även bli intressant att följa hur praxis utvecklas, beträffande löne- och anställningsuppgifter i de kommunala bolagen. Även om domstolarna i de flesta fall bedömt att ett utlämnande inte kan vara till skada, finns det inget som säger att detta inte kan förändras, exempelvis på grund av en ökad konkurrens inom vissa branscher.

Om detta får framtiden utvisa.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur:

Bohlin, Alf (2010) *Offentlighetsprincipen*. Upplaga 8:1, Stockholm: Norstedts Juridik.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik (2009) *Rättegång, fjärde häftet*. Åttonde upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik.

von Essen, Ulrik (2009) *Processramen i förvaltningsmål: ändring av talan och anslutande frågor*. Stockholm; Norstedts Juridik.

Fitger, Peter, Sörbom, Monika, Eriksson, Tobias, Hall, Per, Palmkvist, Ragnar, Renfors; Cecilia (2012) *Rättegångsbalken*. Version den 1 april 2012, Stockholm; Norstedts Juridik. Hämtad från webbplatsen Zeteo senast 121218.

Hellners, Tryggve, Malmqvist, Bo (2010) *Förvaltningslagen med kommentarer*. Tredje upplagan. Norstedts Juridik. Hämtad från webbplatsen Zeteo 121121.

Holmqvist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole, Wennberg, Suzanne (2009) *Brottsbalken – En kommentar. Del II*. Studentutgåva 6. Stockholm; Norstedts Juridik.

Hyltner, Mårten, Velasco, Micha (2009) *Kommunala bolag – laglöst land*. Stockholm; Den Nya Valfärden. Hämtad 121218 från http://www.dnv.se/komm_bolag/rapport-webb.pdf

Källström, Kent, Malmberg, Jonas (2006) *Anställningsförhållandet, inledning till den individuella arbetsrätten*. Uppsala; Justus.

Lenberg, Eva, Geijer, Ulrika, Tansjö, Anna (2012) *Offentlighets- och sekretesslagen, En kommentar*. Version den 1 juli 2012. Norstedts Juridik. Hämtad från webbplatsen Zeteo 121121.

Madell, Tom (2000) *Avtal mellan kommuner och enskilda – Avtalsslut och rättsverkningar*. Stockholm; Norstedts Juridik

Munukka, Jori (2007) *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Stockholm; Jure förlag.

Pedersen, Kristian (2011) *Upphandlingens grunder – En introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*. Stockholm: Jure Förlag.

Ragnemalm, Hans (2012) *Förvaltningsprocessrättens grunder*. Nionde upplagan. Stockholm; Juristförlaget

Rothstein, Bo, (red) (2005) *Politik som organisation*. Tredje upplagan, Stockholm; SNS Förlag.

Sandgren, Claes (2007) *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation*. Stockholm; Norstedts Juridik AB.

Sandström, Torsten (2007) *Svensk aktiebolagsrätt*. Upplaga 2:1, Stockholm; Norstedts Juridik.

Stattin, Daniel (2007) *Kommunal aktiebolagsrätt*. Upplaga 2:1, Stockholm; Norstedts Juridik

Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt (2006) *Allmän förvaltningsrätt*. Upplaga 23:1, Malmö; Liber.

Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt (2009) *Handlingsoffentlighet och sekretess*. Upplaga 11:1, Lund; Studentlitteratur.

Wainikka, Christina (2010) *Företagshemligheter - en introduktion*. Upplaga 1:1, Lund; Studentlitteratur.

Wennergren, Bertil (2011) *Förvaltningsprocesslagen m.m. En kommentar*. Femte upplagan, version den 1 augusti 2011, Stockholm; Norstedts Juridik. Hämtad från webbplatsen Zeteo 121121.

Westberg, Peter (2010) *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, Stockholm: Norstedts Juridik AB

Artiklar:

von Essen, Ulrik (2012) *Förvaltningsdomstols utredningsansvar*. ur Förvaltningsrättslig Tidskrift nr 1 2012, s. 29 – 62.

Waerme, Daniel (2009) *Bevisläget vid brott mot sekretessavtal – förhindrar lagen om företagshemligheter avtalsdispositioner?* Ur Svensk Juristtidning 2009 s. 1051 – 1061.

Offentligt tryck:

Prop. 1971:30 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.

Prop. 1975/76:204

Prop. 1979/80:2 med förslag till sekretesslag m.m.

Prop. 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter.

Prop. 1993/94:188 Lokal demokrati.

Prop. 2004/05:85 Ny aktiebolagslag.

Prop. 2005/06:162 Förstärkt meddelarskydd för anställda i kommunala företag m.m.

SOU 2008:63 Förstärkt skydd för företagshemligheter.

SOU 2011:43 Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor. (OFUKI-utredningen).

Beslut:

Militieombudsmannens ämbetsberättelse år 1946 s. 313.

JK Beslut 1994-09-27 Dnr 349-94-30

JK Beslut 2011-03-22 Dnr 1787-11-30

Officiell statistik:

Sveriges officiella statistik, Statistiska meddelanden OE 27 SM 1201, *Offentligt ägda företag 2011*. Statistiska centralbyrån. Hämtad 2012-12-03 från:http://www.scb.se/Statistik/OE/OE0108/2011A01/OE0108_2011A01_SM_OE27SM1201.pdf

Muntliga källor:

Telefonsamtal med arkivarie vid Högsta Förvaltningsdomstolen 121119 angående vem som begärt in ytterligare utredning i RÅ 1998 not. 124.

Rättsfallsförteckning

NJA 1981 s. 982

RÅ 1986 not. 142

RÅ 1987 not. 626

RÅ 1988 not. 236

RÅ 1989 not. 21

RÅ 1990 not. 9

RÅ 1991 ref. 56

RÅ 1991 not. 307

RÅ 1991 not. 465

RÅ 1992 not. 51

RÅ 1993 not. 36

RÅ 1993 not. 345

RÅ 1993 not. 748

RÅ 1994 not. 508

RÅ 1994 not. 596

RÅ 1998 ref. 32

RÅ 1998 not. 124

RÅ 1998 not. 125

RÅ 2003 not. 2

RÅ 2003 not. 11

RÅ 2003 ref. 18

RÅ 2003 ref. 28

RÅ 2004 ref. 74

RÅ 2006 not. 103

RÅ 2007 ref. 12

RÅ 2007 not. 154

KamR 7673-03 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2004-02-16).

KamR 2936-05 (Kammarrättens i Sundsvall dom, 2006-01-09).

KamR 6112-05 (Kammarrättens i Göteborg dom, 2005-12-15).

KamR 7023-06 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2006-11-28).

KamR 667-07 (Kammarrättens i Göteborg dom, 2007-04-04).

KamR 714-07 (Kammarrättens i Sundsvall dom, 2007-04-18).

KamR 4634-08 (Kammarrättens i Göteborg dom, 2008-09-04).

KamR 1343-09 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2009-03-17).

KamR 3536-09 (Kammarrättens i Göteborg dom, 2010-10-07).

KamR 7204-09 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2009-11-18).

KamR 3093-10 (Kammarrättens i Jönköping dom, 2011-02-03).

KamR 4453-10 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2010-08-17).

KamR 2140-11 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2011-05-16).

KamR 2945-11 (Kammarrättens i Sundsvall dom, 2012-02-08).

KamR 3263-11 (Kammarrättens i Göteborg dom, 2011-07-11).

KamR 6473-11 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2012-01-31).

KamR 6536-11 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2011-12-22).

KamR 46-12 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2012-04-12).

KamR 1074-12 (Kammarrättens i Jönköping dom, 2012-05-25).

KamR 1677-12 (Kammarrättens i Jönköping dom, 2012-08-23).

KamR 2586-12 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2012-06-05).

KamR 3284-12 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2012-07-19).

KamR 4189-12 (Kammarrättens i Stockholm dom, 2012-08-17).

KamR 5493-12 (Kammarrättens i Göteborg dom, 2012-10-01).