



Yttrandefrihetskommittén

Ju 2003:04

Göran Lambertz, ordförande

goran.lambertz@dom.se

08 – 561 666 13

070 – 31 288 31

Yttrandefrihet och EU-rätt

1. Bakgrund och syfte

Denna promemoria är ett försök till kort beskrivning av hur vår yttrandefrihetsrätt förhåller sig till EU-rätten i de mest centrala frågorna och hur de EU-rättsliga kraven påverkar kommittén i dess arbete. Den är också ett slags rapport från det expertmöte som hölls den 4 februari angående dessa frågor. Slutligen innehåller den mina (GL:s) preliminära slutsatser när det gäller valet mellan de tre modellerna.

Beskrivningen av rättsläget tar sin utgångspunkt i dels den EU-rättsliga genomgången i debattbetänkandet (SOU 2010:68), dels vad som har framkommit i de rapporter som kommittén har hämtat in och de skriftliga reaktionerna på dessa, dels slutligen diskussionen vid expertmötet.

Avsikten är att promemorian ska bilda utgångspunkt för det EU-rättsliga avstamp som kommittén måste göra i sitt slutbetänkande. Till att börja med är den tänkt att vara ett avstamp för diskussionen vid mötena i februari och mars om val av modell.

2. Skillnader i synsätt

Experterna i kommittén (inkl. ordföranden och sekreterarna) har inte alltid samma syn på de EU-rättsliga frågorna. Man kan förenklat beskriva skillnaderna på ungefär följande sätt: Några ansluter sig i huvudsak till Olle Abrahamssons och Stig von Bahrs stränga hållning, som kan sägas innebära en EU-rättslig renlärighet. Olle och Stig uppvisar en betydande pessimism vad gäller möjligheterna att få den svenska tryck- och yttrandefrihetsrätten i samklang med EU-rätten. Andra ansluter sig i stora delar till Anna-Sara Lind och Magnus Strand och ser relativt optimistiskt på

konfliktytorna, till vissa delar utifrån ett svenskt konstitutionellt betraktelsesätt. De menar att problem visserligen finns men oftast kan överbryggas genom bl.a. ett fast nationellt förhållningssätt till EU-rätten. Lotta Lerwall befinner sig någonstans däremellan med en hållning som är bekymrad i fråga om svensk rätts överensstämmelse med EU-rätten och som något mer än de andra betonar osäkerheten.

Jag (GL) vill genast deklarerera att jag själv ligger närmast Stig von Bahr och Olle Abrahamsson när det gäller den rent EU-rättsliga analysen. Det gör jag *dels* på grund av mitt förtroende för dem som två av Sveriges främsta EU-rättskännare, Stig som domare i EU-domstolen (och dessförinnan EU-rättslig expert i Finansdepartementet) och Olle som mångårig rättschef för bl.a. EU-rätt och konstitutionell rätt i Justitiedepartementet, *dels* utifrån mina sju år i Justitiedepartementet med EU-rättsliga förhandlingar och genomförande av EU-rättsakter i svensk rätt, *dels slutligen* på grund av den goda överensstämmelsen med det som Lotta Lerwall säger. Det finns enligt min mening inte anledning att räkna med något annat än att det som Stig och Olle säger om EU-rättens krav på svensk rätt är väsentligen riktigt.

När det gäller de konstitutionella aspekterna har vi dock anledning att lyssna särskilt på bl.a. vår egen expert Thomas Bull, som framhäver inte minst betydelsen av att svensk grundlag sätter gränser för vad som har överlåtits till EU att lagstifta om. Denna fråga är central i diskussionen och behandlas allra först nedan (avsnitt 3). Därefter behandlas dataskyddsdirektivet och EU-rätten (avsnitt 4) och övriga berörda rättsakter (avsnitt 5). I avsnitt 6 sägs några ord om den omdiskuterade frågan om det spelar någon roll för de EU-rättsliga övervägandena om vi har en ny grundlag eller behåller de gamla. I avsnitt 7 sammanfattas sedan det som har sagts i avsnitten 3 – 6, varefter några preliminära slutsatser för valet av modell anges i avsnitt 8.

Jag skrev nyss att jag ligger närmast Stig von Bahr och Olle Abrahamsson när det gäller *den rent EU-rättsliga analysen*. Men jag har en mer optimistisk uppfattning än deras i fråga om möjligheterna att få den svenska tryck- och yttrandefrihetsrätten i nödvändig samklang med EU-rätten (se framför allt avsnitt 8).

3. EU-rätten och den svenska grundlagen

I 10 kap. 6 § regeringsformen (tidigare 10:5) sägs att riksdagen inom ramen för EU-samarbetet kan överlåta beslutanderätt som inte rör *principerna för statsskicket*. Vid expertmötet visade det sig att experterna i varje fall inledningsvis hade vitt skilda synsätt på tolkningen av detta uttryck i lagen, inte minst när det gällde frågan hur långt ”principerna för statsskicket” sträcker sig på tryck- och yttrandefrihetens område. Avser *hela TF och YGL principerna för statsskicket*? Eller är det *endast grund-*

bultarnas hårda kärna som rör dessa principer, alltså (ungefär) att det över huvud taget finns censurförbud, etableringsfrihet, meddelarskydd, ensamansvar, en brottskatalog och kanske en särskild rättegångsordning? Eller ligger sanningen någonstans däremellan?

För att illustrera de skilda synsätten kan nämnas en fråga som diskuterades vid expertmötet. Frågan var om det tillhör ”principerna för statskicket” att vi i Sverige inte straffar några andra tryck- och yttrandefrihetsbrott än de som räknas upp i den s.k. brottskatalogen, exempelvis sexuellt ofredande eller brott mot personuppgiftslagen. Här visade det sig efter diskussionen finnas en ganska stor enighet om att principerna för statskicket inte sträcker sig så långt. När det gäller brottskatalogen antogs i stället ”principerna” innebära att det ska finnas en sluten uppräkningslista av brott (en ”katalog”) i grundlag, alltså att lagstiftaren inte kan införa nya yttrandefrihetsbrott utan att iaktta den ordning som gäller för att ändra grundlagarna.

Det konstaterades att det nu sagda visserligen innebär problem i förhållande till EU-rätten. Om det där införs ett brott som enligt EU-rättens principer ska gälla före det svenska yttrandefrihetsskyddet har nämligen EU-lagstiftaren tillåtits göra något – slå en kil i skyddet för yttrandefriheten – som den svenske lagstiftaren inte får göra. Så blir det om medlemsstaterna är skyldiga att implementera straffbestämmelsen även på yttrandefrihetsrättens område och i den mån brottet inte redan är ett yttrandefrihetsbrott i Sverige. Den svenske grundlagstiftaren måste då komplettera brottskatalogen med det nya brottet. Detta kan som sagt uppfattas som ett problem men gäller likväl. Bestämmelsen om ”principerna för statskicket” kan inte återopas häremot.

Det kan diskuteras om det i själva verket slogs en sådan kil som nu sagts i de svenska grundlagarna genom det i sammanhanget viktiga dataskyddsdirektivet. Denna fråga diskuteras nedan, under rubriken Särskilt om dataskyddsdirektivet.

Oavsett synsätt har man i fråga om tolkningen av RF 10:6 anledning att hänvisa till det uttalande av Konstitutionsutskottet som återgavs i kommitténs debattbetänkande (SOU 2010:68 s. 84 f.). KU har som exempel på ”principerna för statskicket” pekat på den fria åsiktsbildningens betydelse för det svenska statskicket och sagt att det inte är möjligt att överlåta beslutanderätt som ”väsentligt rubbar” de tryck- och yttrandefrihetsrättsliga principer som bär upp den fria åsiktsbildningen (bet. 1993/94:KU21, vartill hänvisas i bet. 2001/02:KU18). De principer som nämns av utskottet är offentlighetsprincipen, meddelarfriheten, förbudet mot censur, skyddet av uppgiftslämnare och ansvarighetssystemet.

Det finns också anledning att hänvisa till det som anfördes i samband med Sveriges anslutning till EU, då det gjordes vissa ändringar i TF i syfte att bringa den i överensstämmelse med vissa EG-direktiv som införlit-

vades med den svenska rätten i samband med anslutningen. I förarbetena anfördes att ändringarna inte beredde några principiella svårigheter eftersom de inte berörde tryckfrihetens ”egentliga kärnområde” (jfr prop. 1993/94:114 s. 29).

När det gäller EU-rättens förhållande till den svenska grundlagen bör det också konstateras att det inte råder någon tvekan om att EU-rätten har företräde framför svensk rätt – inkl. våra grundlagar – på de områden som ligger *utanför* vad som omfattas av ”principerna för statsskicket”. Det ska också konstateras att den beslutanderätt som *redan har överlåtits* till EU i princip inte berörs av bestämmelsen i nuvarande 10 kap. 6 § regeringsformen (se bet. 2001/02:KU18 under rubriken Utskottets ställningstagande i avsnittet Riksdagens möjlighet att överlåta beslutanderätt). Riksdagen har flera gånger uttalat att bestämmelsen i fråga riktar sig till riksdagen och inte till de rättstillämpande organen (se bet. 1993/94:KU21 och bet. 2001/02:KU18). Meningen är alltså inte, enligt riksdagens uttalanden, att överlåtbarheten ska kontrolleras av svenska domstolar. Detta torde dock inte hindra domstolarna från att underkänna EU-rättsakter som har tillkommit i klar strid med överlåtelseförbudet. Något sådant har dock hittills aldrig skett, och man får räkna med att det blir mycket ovanligt.

4. Dataskyddsdirektivet och yttrandefrihetsrätten

Det kan, som sagts tidigare, diskuteras om det i själva verket har slagits en kil i de svenska grundlagarna genom dataskyddsdirektivet. Att direktivet gäller fullt ut i Sverige har aldrig ifrågasatts (se 3 § andra stycket lagen 1994:1500 med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen och prop. 1997/98:44 Personuppgiftslag). I stället har TF och YGL ansetts gå fria från påverkan av direktivet genom *tolkning* av detta.¹ Uttrycket ”uteslutande för journalistiska ändamål” i artikel 9 ansågs tillåta denna slutsats eftersom artikeln ansågs ge ett visst spelrum till medlemsstaterna och göra det möjligt att vid utformningen av nationella undantag bl.a. beakta konstitutionella traditioner och principer (prop. 1997/98:44 s. 50). Lagrådet var kritiskt mot detta synsätt och rekommenderade en ändring i grundlagen. Men regeringens ståndpunkt accepterades av riksdagen.

¹ 7 § första stycket PuL lyder: Bestämmelserna i denna lag tillämpas inte i den utsträckning det skulle strida mot bestämmelserna om tryck- och yttrandefrihet i tryckfrihetsförordningen eller yttrandefrihetsgrundlagen.

Artikel 9 i direktivet lyder: Medlemsstaterna skall med avseende på behandling av personuppgifter som sker uteslutande för journalistiska ändamål eller konstnärligt eller litterärt skapande besluta om undantag och avvikelser från bestämmelserna i detta kapitel, kapitel IV och kapitel VI.

Vid införandet av det frivilliga grundlagsskyddet för databaser år 2003 anförde regeringen att utvidgningen av grundlagsskyddet skedde "väsentligen till en krets som sysslar med massmedial verksamhet" och därför inte innebar "några principiella nyheter när det gäller tillämpningsområdet" (prop. 2001/02:74 s. 54). Undantagsmöjligheten för personuppgiftsbehandling "uteslutande för journalistiskt ändamål" ansågs därför omfatta det utvidgade tillämpningsområdet. Lagrådet nämnde inte saken i sitt yttrande (prop. 2001/02:74 s. 179 f.). Konstitutionsutskottet var bekymrat för skyddet för personuppgifter och uttalade bl.a. att "grundlagsskyddet kan i värsta fall komma att omfatta databaser som utgör rena personuppgifter". Utskottet instämde ändå i regeringens bedömning att direktivets undantagsmöjlighet fick anses rymma även det frivilliga grundlagsskyddet. KU ansåg dock – liksom riksdagsmajoriteten – att regeringen borde ytterligare analysera eller låta analysera huruvida det frivilliga grundlagsskyddet kunde komma i konflikt med bestämmelserna med syfte att skydda den personliga integriteten. Skulle en sådan analys visa att det behövs ändrad lagstiftning, borde enligt KU regeringen återkomma med förslag till sådan lagstiftning. (Se bet. KU2001/02:21 s. 32 och 33 f.)

De skilda synsätt som finns bland kommitténs experter (inkl. ordföranden och sekreterarna) i fråga om EU-rättens inverkan på vår yttrandefrihetsrätt visar sig bl.a. i synen på dataskyddsdirektivet. Vissa vill hänvisa till de uttalanden som den svenske lagstiftaren har gjort och inte ompröva ställningstagandet att TF och YGL – inkl. det frivilliga grundlagsskyddet – helt kan undantas från direktivets krav. Andra menar att direktivets undantag för "uteslutande journalistiska ändamål" inte vare sig kan eller bör hävdas omfatta exempelvis mobbning på en grundlagsskyddad webbplats eller privata databaser med enbart personuppgifter.

Vid expertmötet framhölls att det diskuterade problemet fanns i princip i lika hög grad innan det frivilliga grundlagsskyddet för databaser infördes. Ett exempel är om kränkande personuppgifter – exempelvis mobbning eller nakenbilder – skulle förekomma på tryckta flygblad som sprids utan berörda personers samtycke. Detta är straffritt även om det skulle nå upp till nivån för ofredande eller sexuellt ofredande, däremot inte om det utgör förtal (vilket det normalt inte gör).

Oavsett vilket synsätt man har på frågan om personuppgiftsbehandling i frivilligt grundlagsskyddade medier kan undantas från dataskyddsdirektivets tillämpning borde man enligt min (GL:s) mening kunna enas om två saker: Det finns en *betydande risk* att EU-domstolen faller Sverige om saken kommer under domstolens prövning.² Därmed skulle vi tvingas att

² Det gäller t.ex. om EU-domstolen får pröva ett fall där A på sin grundlagsskyddade blogg skriver nedvärderande saker om sin granne, t.ex.: "Pelle Karlsson håller ingen ordning i sin trädgård. Nu ligger det mängder av skräp där, och han bryr sig inte det minsta om vad grannarna tycker." Detsamma gäller om A lägger ut en förteckning över grannarna i kvarteren

ändra grundlagarna. Detta betyder *redan i sig* att det vid en reformering av svensk yttrandefrihetsrätt finns anledning att se till att inte vem som helst kan skaffa sig grundlagsskydd för en personuppgiftsbehandling som strider mot dataskyddsdirektivet.

Mot detta kan anföras att dataskyddsdirektivet kommer att omarbetas och att det inte finns skäl att utforma svensk yttrandefrihetsrätt med utgångspunkt helt och hållet från direktivets krav. Detta har bl.a. Olle Abrahamsson framhållit trots sin i övrigt EU-rättstrogna grundhållning. Men man kan sannolikt vara säker på att inte heller ett kommande direktiv om personuppgifter kommer att tillåta kränkande behandling av personuppgifter utanför ett skyddat område (som i dag alltså är journalism, litteratur och konst). Och det lär inte bli tillåtet att skriva kränkande om någon bara för att man talar om vem man är och på så sätt "tar ansvar" för uppgifterna. Ansvarstagandet betyder ju inte att man drabbas av någon sanktion.

5. Andra EU-rättsakter och yttrandefrihetsrätten

Lotta Lerwall har liksom Anna-Sara Lind och Magnus Strand identifierat ett antal rättsakter som kan eller skulle kunna medföra problem i förhållande till TF och YGL resp. en ny yttrandefrihetsgrundlag. Vi har förtecknat rättsakterna i en "EU-rättstabell" som hade distribuerats inför expertmötet och som sänds till kommittén inför mötet den 16 februari. [Har vi redan skickat ut den?] Vid expertmötet hann vi inte diskutera alla rättsakterna (som det var tänkt enligt dagordningen) utan hade en mer övergripande diskussion. Därvid konstaterades inledningsvis att stora delar av de nämnda rättsakterna är på olika sätt "bortdefinierade" från yttrandefrihetens område, varför konfliktytorna i regel är små.

Det konstaterades att vissa av de straffprocessrättsliga rättsakterna (nr 10-15, 17 och 18 i tabellen) kan komma att medföra problem. Det innebär att svenska domstolar och myndigheter ibland kanske blir skyldiga att lämna straffprocessrättsligt bistånd åt de andra EU-ländernas myndigheter och domstolar på yttrandefrihetsrättens område även i den mån den svenske lagstiftaren har utgått från att detta inte ska behöva ske. Men det konstaterades också att detta inte är något stort problem. För det första kan en del av konflikterna lösas genom det nya förslag om internationellt rättsligt bistånd på yttrandefrihetsrättens område som kommittén arbetar med. Och för det andra innebär det knappast något grundskott för vare sig TF och YGL eller en ny yttrandefrihetsgrundlag om vi tvingas ge EU-länderna rättsligt bistånd utan att ha räknat med det.

omkring och anger vad de jobbar med och vilka bilar de har, kanske vad han vet eller tror om deras äktenskap.

En rättsakt som inte har nämnts av experterna och som inte nämns i tabellen är det s.k. läkemedelsdirektivet. Här har det skett en miss från svensk sida under förhandlingarna, den enda som man känner till från Justitiedepartementets sida. Direktivet innebär att man ibland kan komma i konflikt med censurförbudet genom att man måste kunna granska och förbjuda reklam för läkemedel. [Rätt uppfattat?]

En annan rättsakt som inte har nämnts av experterna och inte heller nämns i tabellen är det s.k. terrorismrambeslutet som föreskriver att ”offentlig uppmaning till terroristbrott” ska vara straffbar. Men där har Sverige fått in ett undantag för tryck- och yttrandefrihetsområdet. [Gäller undantaget bara för medverkan, eller kan en uppmaning över huvud taget inte straffas om den sker genom medierna?]

Slutligen ska nämnas det s.k. rasismdirektivet. Enligt detta måste medlemsstaterna förbjuda hets och hot mot folkgrupper, något som inte innebär problem för Sverige. Dessutom måste rasistiska organisationer förbjudas, men där har Sverige fått in ett undantag i direktivtexten. [Spelar det sistnämnda någon roll för tryck- och yttrandefriheten?]

Vad gäller framtida rättsakter i EU säger man från Justitiedepartementet att man vinner mycket i förhandlingarna på att kunna förklara vilka principer som ligger bakom de undantag som Sverige vill ha för sina yttrandefrihetsgrundlagar. Det är sannolikt därför lättast att få förståelse för Ändamålsmodellen i en förhandlingssituation, i varje fall klart lättare än det är att få förståelse för dagens reglering.

6. Spelar det någon roll för de EU-rättsliga frågorna om vi har en ny grundlag eller de gamla?

Flera personer har uttryckt farhågor för att EU-kommissionen och EU-domstolen kommer att bli mer benägna att underkänna en ny svensk grundlagsreglering än den gamla (se SOU 2010:68 s. 106 f.). Vid expertmötet konstaterade vi att det inte finns någon möjlighet att säkert ta reda på hur det egentligen är med detta. Stig von Bahr menar att det inte spelar någon roll utan att det är det faktiska rättsläget som gäller. Från Justitiedepartementets sida tycks man också i dag vara närmast benägen att säga att det knappast har någon betydelse.

Frågan kan inte avfärdas. Man bör rimligen dra slutsatsen att någon ny grundlag inte bör föreslås om kommittén gör bedömningen att det finns klara risker att en sådan ny grundlag kommer att underkännas i något väsentligt hänseende på grund av de krav som EU-rätten ställer.

7. De viktigaste slutsatserna av avsnitten 3 – 6

De viktigaste slutsatserna för det ställningstagande som kommittén ska göra angående val av modell är följande.

1. Endast sådan beslutanderätt som inte rör ”principerna för statskicket” får överlåtas till EU (RF 10:6). Det kan antas betyda bl.a. att riksdag och regering inte får överlåta beslutanderätt som ”väsentligt rubbar” de tryck- och yttrandefrihetsrättsliga principer som bär upp den fria åsiktsbildningen. Bland annat censurförbudet, meddelarskyddet, ensamansvaret och brottskatalogen får därför inte rubbas på något väsentligt sätt.
2. Utanför området för principerna för statskicket har EU-rätten företräde framför svensk rätt. Vi är därmed skyldiga att anpassa vår lagstiftning så att den stämmer med EU-rätten.
3. Det finns en betydande risk att det med hänsyn till EU-rätten inte går att upprätthålla ett sådant frivilligt särskilt starkt grundlagsskydd för yttranden som bl.a. 1:9 andra stycket YGL (databasregeln) och 1:5 första stycket andra meningen TF (stencilregeln) innebär.
4. I övrigt har det inte identifierats några sådana konflikter med EU-rätten som stjälp TF och YGL eller en ny yttrandefrihetsgrundlag enligt de tre modellerna. Vissa konflikter finns, och ibland kommer de sannolikt att innebära att svensk yttrandefrihetsrätt får vika för EU-rätten. Även om EU-rätten ibland tar över innebär det inte några grundskott för den svenska yttrandefrihetsrätten och sålunda inte något behov av grundläggande förändringar i grundlagen.
5. Kommittén bör inte föreslå en ny yttrandefrihetsgrundlag om den gör bedömningen att det finns klara risker att en sådan ny grundlag kommer att underkännas i något väsentligt hänseende av EU-domstolen.

8. Vad betyder detta för valet av modell?

8.1 Ändamålsmodellen?

Sedan tidigare har vi konstaterat att Ändamålsmodellen har allvarliga brister. Det gäller framför allt genom att gränserna för grundlagens tillämplighet är otydliga och svåra att hantera i rättstillämpningen. Det skulle ofta bli diskussion om huruvida ett yttrande har grundlagsskydd eller inte. Även om Ändamålsmodellen har fördelar i relation till EU-rätten – och dessutom den fördelen att den bygger på en tydlig princip – bör den därför knappast rekommenderas. Den bör därför inte heller väljas som den bästa av de tre.

8.2 Verksamhetsmodellen?

Den genomgång som har gjorts av EU-rättens förhållande till svensk yttrandefrihetsrätt innebär att Verksamhetsmodellen inte är godtagbar i sin nuvarande utformning. Den risk som finns enligt punkt 3 i avsnitt 7 bör föranleda kommittén att avstå från att föreslå en modell med ett så omfattande frivilligt grundlagsskydd som modellen innehåller. Vi bör sålunda inte föreslå att TF och YGL ersätts med en modell som visserligen är modernare än de nuvarande grundlagarna men som löper i allt väsentligt samma risk att underkännas av EU-domstolen.

Verksamhetsmodellen skulle däremot sannolikt klara en EU-rättslig prövning om det frivilliga grundlagsskyddet (dvs. möjligheten att få grundlagsskydd genom att sätta ut ansvarsuppgifter) slopades. Man torde kunna utgå från att även ett framtida dataskyddsdirektiv gör undantag för ”journalistisk verksamhet” eller något liknande. Det lär bli möjligt att hävda att ”massmedieföretag” bedriver journalistisk verksamhet (eller hur det nu kommer att uttryckas) i direktivets mening.

Mot verksamhetsmodellen brukar anföras att den blir en ”privilegielagstiftning”, att den skyddar massmedieföretagen medan yttrandefriheten i grunden är till för människorna. Vid ett sådant resonemang glömmer man emellertid två saker:

1) Att yttranden från massmedieföretagen skyddas beror inte på att lagstiftaren vill värna om dessa företag för deras egen skull. Det beror på att *de behöver värnas för yttrandefrihetens skull*, alltså för människors rätt till en fri opinionsbildning och informationsspridning. Detta är de viktigaste komponenterna i yttrandefriheten. Och de viktigaste verktygen för opinionsbildning och informationsspridning är massmedierna inkl. de nya medierna. Det sist sagda innebär att det inte får göras skillnad mellan traditionella medier och sådana som är verksamma på internet.

2) Den yttrandefrihet som i övrigt är viktig för människorna är friheten att yttra i princip vad som helst. Den friheten värnas, förutom genom en särreglering för massmedierna, genom regeringsformen, Europakonventionen och EU-rätten. För människornas rätt att själva sprida yttranden genom massmedier har det knappast någon avgörande betydelse att friheten värnas mer än så.

Mot verksamhetsmodellen kan emellertid också anföras att den inte tillräckligt tar hänsyn till de nya medierna och att den kan komma att ses som en tillbakagång i yttrandefriheten på nätet. Detta är en synpunkt som har bärkraft. Ska man ha en ren verksamhetsmodell behöver man nog därför släppa lite grand på definitionen på massmedieföretag. I dag är den ”sammanslutningar och enskilda vilkas huvudsakliga verksamhet består i att på yrkesmässiga grunder framställa eller sprida massmedier”. Kanske skulle man kunna släppa kravet ”på yrkesmässiga grunder”? Vi har visserligen förkastat den möjligheten tidigare, framför allt för att de-

definitionen då stämmer illa med uttrycket ”företag”. Men det behöver kanske inte vara fråga om ”företag”? Kanske kan vi ersätta begreppet massmedieföretag med ”massmedieverksamhet”? I så fall skulle ändamålsbestämmelsen i 1:2 första stycket andra meningen lyda:

Grundlagen ger ett särskilt skydd åt sådana yttranden som är riktade till allmänheten och som har spritts i massmedieverksamhet.

Massmedieverksamhet skulle kunna definieras, i 1:4, så här:

Med massmedieverksamhet avses i denna grundlag sådan verksamhet som huvudsakligen består i att framställa eller sprida massmedier.

Ett problem är emellertid att ”verksamhet” är ett vagt begrepp, betydligt vagare än ”företag”. En person som sitter vid sin dator större delen av sin tid och bloggar, eller som sprider yttranden på annat sätt, skulle t.ex. möjligen inrymmas. Och det skulle i så fall gälla även om personen inte skaffat utgivningsbevis e.d. Att ge automatiskt grundlagsskydd i ett sådant fall skulle förmodligen vara nästan lika diskutabelt från EU-rättslig synpunkt som ett helt frivilligt grundlagsskydd. Dessutom skulle man få en luddighet i tillämpningsområdet som blir nästan lika stor som i Ändamålsmodellen. Inte bara ordet ”verksamhet” är svårtolkat, utan också i viss mån ordet ”huvudsakligen”.

Vore det då möjligt, för att stärka modellen EU-rättsligt och i fråga om tillämpbarhet, att kräva utgivningsbevis av samtliga som driver massmedieverksamhet och vill ha grundlagsskydd? Onekligen skulle det lösa en del tillämpningsproblem. Mot detta har dock tidigare anförts framför allt att ett automatiskt grundlagsskydd för vissa medier har en mycket stark tradition i Sverige och att det är principiellt högst diskutabelt att frångå denna tradition. Mot detta kan dock i sin tur sägas att Ansvarsmodellen bygger på en sådan lösning.

Ett annat alternativ vore att nöja sig med en *anmälan* för utgivningsbevis för att grundlagsskydd ska uppkomma. Då börjar vi närma oss den tidigare diskuterade varianten ”2 b”. Den övergav vi (eller de flesta av oss) på grund av de tillämpningssvårigheter som skulle uppkomma. Det är nog inte läge att plocka fram den ur garderoben.

Den skisserade blandningen av Verksamhets- och Ansvarsmodellerna ter sig som en möjlig utväg. Den innebär alltså att grundlagsskydd skulle tillkomma *alla yttranden i massmedier som har spritts i sådan massmedieverksamhet för vilken det har beviljats utgivningsbevis*.

8.3 Ansvarsmodellen

Genomgången ovan innebär att inte heller Ansvarsmodellen är godtagbar i sin nuvarande utformning. Den risk som finns enligt punkt 3 i avsnitt 7 innebär utan tvivel att det inte bör föreslås en modell som helt och hållet bygger på ett frivilligt grundlagsskydd.

Frågan är då om Ansvarsmodellen kan justeras så att den blir godtagbar från ett EU-rättsligt perspektiv.

Anledningen till att Ansvarsmodellen inte bör föreslås är att den inte klarar de EU-rättsliga krav som ställs genom dataskyddsdirektivet eller det direktiv som sannolikt kommer i stället om några år. Om vi utgår från att direktivet kommer att undanta bl.a. journalistisk verksamhet skulle man kanske kunna tänka sig att justera modellen så att det görs undantag från tillämpningsområdet för sådana yttranden som *inte avser journalistisk verksamhet*. Då läggs ju hela grundlagen vid sidan om direktivet. En grundlag med ett sådant undantag blir dock ganska egendomligt. En yttrandefrihetsgrundlag tillskapas som i förstone ser ut att gälla för alla yttranden men som strax därefter undantar allt som inte är journalistiskt. Nej, det går inte.

Bättre blir det om man för in även litterära och konstnärliga yttranden och undantar bara det som *inte avser journalistisk verksamhet eller litterärt eller konstnärligt skapande*. Då skulle vi få en ”omvänd ändamålsmodell” genom att allt med ”fel” ändamål skulle undantas. I princip skulle vi då få samma problem som med ändamålsmodellen, men tillämpningssvårigheterna skulle bli betydligt mindre genom att enbart massmedier med ett tydligt ansvarstagande skulle bli aktuella för prövning.

Kanske skulle man dock våga vara lite fräckare mot EU-rätten och göra Ansvarsmodellen aptitligare från ett svenskt yttrandefrihetsrättsligt perspektiv. Det skulle kunna ske genom att man specificerar undantagen positivt i stället för negativt. Lagstiftaren skulle alltså ange vilka slags yttranden som grundlagen inte gäller för. I dagens grundlagar finns sådana undantag – men oskrivna – för t.ex. yttranden som innebär bedrägeri och svindleri.

Med utgångspunkt från vad vi tidigare har sagt om vad som inte är journalistiskt, litterärt eller konstnärligt (se författningskommentaren till Ändamålsmodellen i debattbetänkandet, SOU 2010:68 s. 302 f.) skulle vi då kunna utesluta bl.a. yttranden som huvudsakligen är avsedda att *vilsledda, stjäla, förödmjuka, såra eller marknadsföra*.³ Möjligen skulle man också behöva göra undantag för yttranden avsedda att *underhålla, predika och undervisa*. Men det skulle utan större svårigheter kunna hävdas att de

³ Även ”lämna kreditupplysningar” skulle kunna nämnas där om det anses nödvändigt. – Orden förödmjuka och såra är avsedda att täcka in det som annars brukar benämnas kränka, mest för att det sistnämnda ordet är så utslitet.

sistnämnda yttrandena faller under – eller borde falla under – undantaget i dataskyddsdirektivet. Och i så fall behöver de inte undantas.

En fördel med en modell som denna skulle vara att man utan stora svårigheter skulle kunna göra undantag för ytterligare vissa typer av yttranden om det så småningom visar sig att EU-rätten inte medger att de ges grundlagsskydd. Då faller inte hela grundlagskonstruktionen, utan man kan ändra den ”på marginalen”.

Med en sådan ”modifierad Ansvarsmodell” skulle man sålunda behöva införa ytterligare ett undantag i 1 kap. 12 § (se Bilaga 4 i debattbetänkandet). Det senast beskrivna undantaget finns i alt. 1, det tidigare beskrivna i alt. 2.

Utan hinder av denna grundlag gäller vad som sägs i lag om

...

7. alt. 1 begränsningar i fråga om yttranden som huvudsakligen är avsedda att vilseleda, stjäla, förödmjuka, sära eller marknadsföra.

7. alt. 2 skydd mot behandling av personuppgifter som sker för annat än journalistiska ändamål eller konstnärligt eller litterärt skapande.

Vi skulle behöva tänka igenom detta undantag ordentligt innan det kan anses någorlunda färdigt att presentera i ett lagförslag.

Om vi skulle föreslå ett undantag enligt alt. 1 löser vi samtidigt på sätt och vis vår utredningsuppgift i fråga om integritetsskyddet. Med ett sådant undantag skulle nämligen grundlagstiftaren överlämna åt den vanlige lagstiftaren (riksdagen genom ett enda beslut) att bestämma om t.ex. straff och skadestånd för yttranden avsedda att kränka. Det innebär att grundlagstiftaren lämnar ett förtroende till lagstiftaren som potentiellt minskar yttrandefriheten vad gäller yttranden avsedda att förödmjuka eller sära.

Om detta är ett bra eller dåligt sätt att lösa utredningsuppgiften beträffande skyddet för privatlivet måste – om kommittén anser att det över huvud taget är aktuellt – analyseras noggrant. Ett problem är att ”avsedda att förödmjuka/sära” är svårtillämpat genom sitt subjektiva rekvisit. Ett annat problem är att det kan bli konstigt att lyfta bort kränkningar av privatlivet från grundlagsområdet medan ärekränkningar (förtal och förödlämpningar) lämnas kvar. Ett tredje problem är att vissa allvarliga kränkningar av privatlivet lämnas osanktionerade, t.ex. spridning av nakenbilder för den sexuella njutningens skull eller publicering av obduktionsbilder för nyfikenhets skull.

8.4 Slutsats beträffande modellerna

Det förefaller mig som om både den modifierade Verksamhetsmodellen (med krav på utgivningsbevis, alternativt utgivningsbevis eller ansvarsuppgifter) och den modifierade Ansvarsmodellen (med undantag för sådana yttranden som måste regleras i lag på grund av nuvarande eller kommande dataskyddsdirektiv) kan göras acceptabla från EU-rättslig synpunkt och även i övrigt godtagbara. Jag lutar dock åt att den modifierade Ansvarsmodellen inte är ett bra sätt att lösa kommitténs utredningsuppgift när det gäller skyddet för privatlivet. Det kan i så fall betyda att undantaget bör formuleras så att det tydligare ansluter till dataskyddsdirektivet och PuL, dvs. enligt alternativ 2.

Jag kan inte för närvarande säga vilken av de båda modellerna jag föredrar. De har båda sina fördelar och sina nackdelar.