

Karin Åhman

Företagen och förvaltningen – ett konstitutionellt perspektiv på förekomsten av tillstånd i viss lagstiftning

1 Inledning

Äldre tiders förvaltning präglades av ett större mått av stabilitet än vi sedan länge är vana vid. Människors och företags verksamhet vilade tidigare på mer solid grund, trots att samhället på många andra sätt präglades av social osäkerhet. I den moderna staten, med mångfacetterad verksamhet och mera frekventa och kännbara ingrepp i relationerna med både människor och företag, är läget ett helt annat. Man måste helt enkelt räkna med förändringar i rättsläget på ett annat sätt än tidigare.

Ett tidstypiskt uttryck för detta är den ökande utsträckning i vilken tillståndskrav har kommit att gälla och tillståndsvillkor uppställs och ändras. Verksamhet som tidigare kunde bedrivas fritt kräver numera ofta tillstånd. Genom tillståndsvillkoren begränsas aktörernas handlingsfrihet. Ingen tvekan råder om att denna utveckling – vid sidan av positiva effekter som hänger samman med samhällets ökade komplexitet – skapar viktiga rättssäkerhetsproblem, särskilt i förening med sådana företeelser som förvaltningens expansion och fragmentering samt myndigheternas ökande makt genom ramlagar som ökar deras handlingsfrihet.

Lösningarna på dessa problem har stor betydelse för samhällets och framför allt samhällsekonomin effektivitet. De har därigenom en ständigt ökande betydelse för hur samhället uppfyller kraven på en *god förvaltning* som är den röda tråden för denna bok. Det gäller att skapa en optimal balans mellan de olika intressen som gör sig gällande.

I allt större omfattning kommer företag i olika storlekar och i olika former (t.ex. aktiebolag och handelsbolag) i kontakt med förvaltningsmyndigheter, både statliga och kommunala, i sin verksamhet. En viktig del av dessa kontakter rör ansökan om tillstånd för att företa en viss verksamhet/handling. Det kan också röra sig om återkallelse eller omprövning av ett befintligt tillstånd. Krav på tillstånd förefaller uppställas allt oftare i svensk lagstiftning. Tendensen har fortsatt efter det svenska medlemskapet i EU.¹

Tillståndskrav förekommer inom vitt skilda områden som t.ex. inom miljörätten (se t.ex. MB 9:6 som föreskriver tillstånd för miljöfarlig verksamhet och MB 12:1 som föreskriver tillstånd för att ta berg, sten, grus etc.), politirätten (t.ex. alkohollagen (1994:1738) som i 7:5 föreskriver tillstånd för servering av alkohol) eller fastighetsrätten (se t.ex. lagen (1975:1132) om förvärv av hyresfastighet m.m. som i § 1 föreskriver tillstånd för vissa förvärv). Listan kan göras lång. Genom de krav som fastställs i lag minskar utrymmet för ett företag att kunna på egen hand långsiktigt planera sin verksamhet. Företaget kan komma att bli ekonomiskt beroende av tillstånd för sin verksamhet. Många gånger kan ett sådant vara avgörande för dess fortsatta och framtida existens.² I flera av dessa situationer aktualiseras enbart svensk offentlig rätt, framför allt förvaltningsrätt, men inte sällan har EG-rätten ett stort inflytande på den prövning som en myndighet företar.³ I många situationer kan även renodlat konstitutionella frågor uppkomma.

När ett beslut om tillstånd överklagas provas det numera i regel av en förvaltningsdomstol. Beslutet har vanligtvis fattats av en förvaltningsmyndighet. Tidigare var det vanligt att regeringen eller någon central förvaltningsmyndighet som t.ex. Jordbruksverket, var sista prövande instans. Emellanåt sker dock prövningen i allmän domstol.⁴

I denna uppsats avser jag att belysa hur olika sorters tillstånd hanteras av myndigheter och domstolar. I uppsatsen kommer jag att inrikta mig på tillstånd där företag regelmässigt berörs. En fråga som skall behandlas är om kravet på rättssäkerhet uppfylls (avsnitt 3). I detta sammanhang skall jag behandla frågor om legalitet (avsnitt 3.2) och retroaktivitet

¹ Jämför Bohlin och Warnling-Nerep, s. 4. Se även Mäenpää, s. 19.

² Bohlin och Warnling-Nerep, s. 4.

³ Se t.ex. RÅ 2004 ref. 95 som rörde den svenska lotterilagstiftningen. Se Nerep och Warnling-Nerep, s. 98 om tillåtligheten av monopol – och även s. 88 ff.

⁴ Se t.ex. § 25 lagen (1975:1132) om förvärv av hyresfastighet m.m. som anger Svea hovrätt som domstol för överklagande från hyresnämnd.

(avsnitt 3.3). I ett följande avsnitt skall jag diskutera vilken inverkan tillståndet har för företaget i ekonomiskt hänseende (avsnitt 4). Den rättsliga frågan är om och i så fall hur hanteringen av ett tillstånd menligt inverkar på ett företags äganderätt jämlikt RF 2:18 och artikel 1 första tilläggsprotokollet till Europakonventionen.⁵ Slutligen ställs frågan i avsnitt 5 om en annan lagstiftningsmetod skulle kunna vara möjlig (och att föredra) i stället för tillståndsregleringen. Frågan är inte bara av juridisk karaktär och den får betydelse när vi kan välja mellan olika metoder för att uppnå samma syfte. En rent konstitutionell fråga är emellertid i vad mån lagstiftaren i sitt val av metod uppfyller proportionalitetsprincipen som används både i renodlat nationella och i europeiska rättsliga sammanhang.⁶ Jag sammanfattar uppsatsen i avsnitt 6.

Något kort skall inledningsvis sägas om vad som tidigare har skrivits om tillstånd i svensk rätt.

2 Tillstånd i svensk offentligrättslig doktrin

2.1 Allmänt

Det finns i svensk doktrin ingen monografi som behandlar ämnet tillstånd. För att få besked om en tillståndsreglering är problematisk eller inte får man söka information inom det aktuella rättsområdet. Förvaltningsrättsliga eller konstitutionella framställningar ger inget stort utrymme åt tillståndskrav o. dyl. Tillståndsfrågor behandlas dock mer allmänt (och ges utrymme) inom ramen för olika förvaltningsrättsliga framställningar.

Halvar Sundberg i *Allmän förvaltningsrätt* från 1955⁷ behandlar tillstånd inom ramen för en beskrivning av olika förvaltningsåtgärder. Ett beslut om tillstånd är enligt Sundberg en positiv förvaltningsåtgärd som grundlägger en ”viss rättslig befogenhet, som därförutan ej existerar”.⁸ Till skillnad från s.k. kvalifikationsakter – som grundar en viss status hos en person – innebär tillstånden att ”ett subjekt erhåller en särskild rättslig handlingsbefogenhet, som den därförutan skulle sakna.”⁹ Tillståndsbeslutet kan innebära en rätt att företa en viss handling eller en viss åtgärd.

⁵ Jämför Åhman, s. 174 ff. Se även Nerep och Warnling-Nerep, s. 91 f.

⁶ Principen gäller både för lagstiftaren och för rättstillämparen.

⁷ Sundberg, Halvar, *Allmän förvaltningsrätt*, PA Norstedt & Söners förlag, 1955, s. 148–153.

⁸ Sundberg, s. 148.

⁹ A st.

Det kan även innebära att ett förbud mot ett visst handlande upphävs. En sådan tillåtelse blir att betrakta som en dispens. Sundberg kvalificerar även olika tillstånd.

En typ av tillstånd innebär en förklaring om *hinderslöshet* att företa en åtgärd eller ett handlande. Som exempel på detta anger Sundberg byggnadslov, import- och exportregleringar samt rätten att utöva jakt. Syftet med ett sådant beslut är inte att tillåta en förbjuden handling utan snarare att en tillsyn skall upprätthållas och att verksamheten skall vara underkastad en allsidig kontroll "som tillståndsgivningen innebär".¹⁰

Nära det som Sundberg kallar *hinderslöshet* står *legitimationen*. Genom denna får en person rätten att utöva ett visst yrke som kräver vissa kvalifikationer. Sundberg anger att den rätt som ges är en s.k. förvärvad rättighet, och han ger som exempel rätten att utöva yrke som skeppsklarerare, fastighetsmäklare, läkare, tandläkare, sjukgymnaster osv.¹¹ Föreligger i sak de stipulerade kvalifikationerna skall *legitimationen* utges.

Genom *näringstillståndet* (vilket Sundberg också betraktar som en förvärvad rättighet) ges rätt att idka en annars förbjuden näring. Denna sorts tillstånd är inte enbart beroende av kvalifikationer (som *legitimationen* ovan) utan prövningsmyndigheten kan också efter sitt fria skön vägra eller ge ut tillståndet. En bedömningsgrund kan t.ex. vara lämplighet. Denna sorts tillstånd syftar till att upprätthålla ordning och säkerhet, och de får därför endast ges i begränsad utsträckning. Sundberg skriver att medan kravet på *hinderslöshet* "väl är en statsdirigering av näringslivet men ej uppfattas såsom ingrepp i rätten för envar till näringsens idkande, d.v.s. näringsfriheten, inskränker fordran på *näringstillstånd* själva näringsfriheten, d.v.s. rätten att över huvud idka näringen ifråga."¹² Som exempel anges tillstånd till pantlånerörelse och tillverkning av eldfarliga oljor och av explosiva varor.

¹⁰ Sundberg, s. 150.

¹¹ Sundberg utvecklar (s. 169 f) innebörden av förvärvade rättigheter under rubriken Återkallelsemöjlighet. Han refererar till § 16 i gamla RF samt anger att "alla ekonomiska värden och däribland den enskildes näringsrättigheter i hans 'välfärd' och 'gods, löst eller fast', som ej må berövas honom annorledes än genom domstols dom, och de kunna därför inte återkallas utan att ett skadeståndsanspråk för hans del uppkommer." Sundberg anför vidare att denna rättsliga trygghet är nödvändig om den enskilde skall göra ekonomiska uppoffringar som krävs för att påbörja, bedriva och utveckla en verksamhet. Om en förvaltningsåtgärd har gett upphov till ett ekonomiskt värde "av någon betydelse, synes den hava skapat en förvärvad rättighet".

¹² Sundberg, s. 151.

Ett näringsstillstånd kan slutligen, enligt Sundberg, innebära *koncession eller oktroj*. Båda utgår från att det finns en allmännyttig karaktär med tillstånden. Termen koncession har regelmässigt använts när tillståndet inneburit någon slags dispositionsrätt över mark.¹³ Ett exempel är stenkolsfyndigheter. En oktroj kan innebära t.ex. tillstånd att bedriva bankrörelse.¹⁴

I modern förvaltningsrätt är Håkan Strömbergs bok *Allmän förvaltningsrätt*¹⁵ viktig. Där beskrivs kortfattat – inom ramen för en framställning om de olika huvudtyperna av förvaltningsbeslut – tillstånd som ett exempel på *gynnande förvaltningsbeslut*. Strömberg anger att syftet med krav på tillstånd främst är att få en viss kontroll över de enskildas verksamhet; verksamheten är förbjuden för den som saknar tillstånd. I vissa sammanhang däremot – fortfarande enligt Strömberg – är förbudet att betrakta som huvudregel. Tillståndet får därmed karaktären av en dispens.¹⁶ Någon mer utförlig problematisering kring olika typer av tillstånd eller motsvarande ger inte Strömberg i sin framställning.

I övriga förvaltningsrättsliga framställningar¹⁷ tillförs inget ytterligare i sak. Alf Bohlin och Wiweka Warnling-Nerep påpekar dock i *Förvaltningsrättens grunder* att kraven på tillstånd tycks öka samt att företagen kan vara ekonomiskt beroende av dem.¹⁸ På motsvarande sätt anger Erik Nerep och Wiweka Warnling-Nerep i *Marknad & myndighet* att i ett samhälle där det allmännas intresse att ”styra och reglera intensifieras” ökar enskildas behov, däribland företags, att ta tillvara sin rätt i förhållande till myndigheter. Detta, anför de, kan i sin tur förklara det ökande intresse för förvaltningsrätt som har kunnat förmärkas på senare år.¹⁹

En annan sorts tillstånd, som numera – under 2000-talet – torde vara

¹³ Ett tillstånd att bedriva kärnkraftverk är också att betrakta som en koncession. Frågan om tillståndets fortsatta innehav fick stor betydelse i Barsebäckmålet (RÅ 1999 ref. 76).

¹⁴ För en utförlig beskrivning av de bakomliggande syftena med bl.a. banktjänster se Falkman, Henric; Bank- och finansieringstjänster, Varför krävs reglering? Norstedts Juridik AB, 2004.

¹⁵ Strömberg, Håkan, (under medverkan av Bengt Lundell), *Allmän förvaltningsrätt*, Liber AB, 2006.

¹⁶ Strömberg, s. 58, (se även Sundberg, s. 148 f).

¹⁷ T.ex. Warnling-Nerep, Wiweka, (tillsammans med Bohlin, Alf); *Förvaltningsrättens grunder*, Norstedts juridik AB, 2004, Warnling-Nerep, Wiweka, *En introduktion till förvaltningsrätten*, Norstedts juridik AB, 2006.

¹⁸ Se fotnot 1 och 2.

¹⁹ Nerep och Warnling-Nerep, s. 11. I sin bok redogör författarna för flera fall, bl.a. det under våren 2006 mycket uppmärksammade fallet (s. 74–76) avseende frågan om Finansinspektionens återkallelse av tillstånd.

vanligt förekommande, är sådana som innebär fördelning av begränsade resurser under ett begränsat antal sökande. Exempel på detta är fördelning av frekvensrättigheter för 3G-telefoni,²⁰ sändningstillstånd att driva lokalradio²¹ samt s.k. utsläppsrätter.²² Utsläppsrätter kan fritt överlåtas på marknaden.

2.2 Tillstånd – ett gynnande förvaltningsbeslut

Att ett beslut om tillstånd är ett gynnande förvaltningsbeslut innebär att ett nytt beslut i saken inte kan fattas utan vidare.²³ Beslutet vinner negativ rättskraft. Företaget skall kunna lita på beslutet och kunna agera i enlighet med det. Denna princip gäller förstås enbart så länge som det rör sig om materiellt samma sak. Om nya omständigheter tillkommer eller om ett företag ansöker om ett nytt tillstånd, efter det att ett tidsbegränsat tillstånd har löpt ut, hindrar detta inte en ny prövning av kvalifikationerna i fråga.²⁴

Det finns tre viktiga undantag från denna huvudregel.²⁵ För det första kan ett beslut vara förenat med villkor om *återkallelse*. Detta är ganska vanligt.²⁶ Ett sådant förbehåll kan tas in i själva beslutet eller kan ges i den författning som ligger till grund för beslutet. I PBL föreskrivs t.ex. att ett bygglov förfaller om inte byggnationen påbörjas inom två år från dagen för beslutet (PBL 8:33). Strömberg skriver att huvudregeln att gynnande beslut inte får återkallas ”i själva verket försetts med talrika och betydelsefulla undantag.”²⁷ En annan grund för ett nytt beslut är s.k. *tvingande säkerhetsskäl*. Om det finns fara för människors liv eller hälsa eller trafikfara eller brandfara föreligger, kan ett beslut rivas upp.²⁸ Ett gynnande beslut kan även upphävas om det vilar på *felaktiga grunder* och myndigheten har *vilseletts*. Omständigheterna har inneburit att myndigheten har fattat ett felaktigt beslut. Vilseledande i irrelevanta frågor påverkar där-

²⁰ För en rättsekonomisk analys av 3G se, Bjurgren, Per-Olof; 3G och skönhetstävlingar ur ett kontraktsperspektiv, s. 29–42, i Studier i rättsekonomi, Festskrift till Ingemar Ståhl.

²¹ Se radio- och TV-lagen (1996:844).

²² Se lagen (2004:1199) om handel med utsläppsrätter.

²³ Ragnemalm, s. 87.

²⁴ Strömberg, s. 74.

²⁵ Jämför RÅ 2004 ref. 47.

²⁶ Ragnemalm, s. 87.

²⁷ Strömberg, s. 73.

²⁸ Jämför JO 87/88 s. 258.

emot inte beslutets rättskraft.²⁹ Slutligen – vilket framhölls av Regeringsrätten i RÅ 1999 ref. 76 – ”kan ett gynnande beslut upphävas med stöd av senare tillkommen lagstiftning, förutsatt att denna lagstiftning inte är uppenbart oförenlig med RF eller i övrigt behäftad med någon grundläggande brist.”³⁰

Det finns i lagstiftningen en hel uppsjö av regleringar om tillstånd. De har olika syften och bärs upp av olika ideologier. Som förvaltningsrättsliga fenomen utgör tillståndsbeslut positiva förvaltningsbeslut och de är orubbliga i princip men med vissa undantag. En viktig funktion (och den främsta) är (1) den *kontrollerande*. Viss verksamhet bör inte släppas helt fri utan bör vara föremål för tillsyn. Det kan t.ex. handla om att kontrollera miljön,³¹ konkurrensen,³² människors hälsa³³ eller deras ekonomi.³⁴ De kontrollerande tillstånden kan i princip ges ut i hur stor omfattning som helst. Uppfyller företaget de villkor som anges i den aktuella föreskriften, bör tillståndet delas ut. Emellanåt kan kontrollfunktionen kombineras med syftet att viss verksamhet inte bör få förekomma i allt för stor *omfattning*. De av Sundberg kvalificerade näringstillstånden kan falla under denna kategori, som bl.a. syftar till att upprätthålla ordning och säkerhet. Vid en sådan situation kan en konflikt uppstå mellan kravet på legalitet och tillståndsregelns syften dvs. att kontrollera (och därmed även i viss mån inskränka) en verksamhet. En annan funktion är att (2) *fördela knappa resurser* på ett för samhället effektivt sätt. Inom den nya teknologin fördelas t.ex. frekvenser av olika slag som har ett ekonomiskt värde för innehavaren.³⁵ Dessa olika tillstånd (licenser) ges under andra villkor än

²⁹ Jämför RÅ 1992 ref. 64.

³⁰ RÅ 1999 ref. 76, avsnitt 4.7 i domen. Jämför Darpö. Jan; Ett evigt tillstånd? i, Miljönet, s. 3 som anger (när han diskuterar återkallande av gynnande beslut) att ”varje rättsområde därutöver kunde bjuda på egna förutsättningar”.

³¹ Se t.ex. MB.

³² Se t.ex. konkurrenslagen.

³³ Se t.ex. förordning (1998:1513) om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område.

³⁴ Lagen om bankrörelse.

³⁵ Se t.ex. lagen om lokalradio. Det bör påpekas att resursfördelningen – om än viktig – ofta paras med andra skäl för licensiering. Det kan då röra sig om samhälleliga intressen av att, återigen, kontrollera resursen. Genom att utsläppsrätter numera kan köpas och säljas på en marknad, efter det att de auktionerats bort, regleras miljöfarliga utsläpp till en viss nivå. Genom att reglera användningen av lokalradiosändare kontrolleras kvaliteten på sändningarna, lokalförankringen kan bibehållas samt yttrandefriheten kan regleras. Slutligen genom att reglera 3G-licenser kontrollerar lagstiftaren utbyggnaden så att t.ex. samtliga delar av landet får täckning.

de som är av renodlat kontrollerande karaktär. De sökande ställs t.ex. i regel mot andra sökande och den som kan uppvisa de starkaste skälen vinner (s.k. skönhetsstävlingar). Ett alternativt sätt att fördela sådana knappa resurser är att auktionera ut dem. Den som bjuder högst får tillståndet. Detta gällde bl.a. för utsläppsrätterna.

Oavsett vilken funktion ett tillstånd har innebär det i regel, att innehavet motsvaras av en förväntan om en viss inkomst/vinst som har direkt bäring på tillståndet. Ett företag får tillverka, sälja, utöka sin verksamhet och agera i enlighet med tillståndet vilket inte hade kunnat ske tillståndet förutan.

3 Rättssäkerhet

3.1 Allmänt

Begreppet rättssäkerhet är vitt och diskuteras i många sammanhang. På engelska talar man istället om *rule of law*. Begreppets innebörd skall inte utredas närmare här utan jag tar det för givet och hänvisar till det som sagts tidigare.³⁶ Utgångspunkten blir den formella och den materiella sidan av rättssystemets utformning. Den ena sidan handlar om krav på legalitet, vilket leder till förutsebarhet. Legalitetsprincipen är bärande för hela vårt juridiska tänkande och är grundlagsfäst i RF 1:1 st. 3.³⁷ Den gäller förstås också i internationella sammanhang och förekommer i alla internationella dokument som handlar om fri- och rättigheter. Den andra sidan ställer ett krav på innehåll i rättssystemet. Det handlar bl.a. om olika rättigheter som den enskilde (och i vissa sammanhang ett företag) skall få tillgodosett och som regelmässigt finns angivna i grundlagen eller annan lagstiftning eller i internationella dokument om fri- och rättigheter. Här behandlas särskilt retroaktivitetsförbudet. Retroaktivitetsförbudet i RF 2:10 gäller enbart strafflag och skattelag. I andra hänseenden gäller försiktighet med sådan lagstiftning som drabbar retroaktivt.³⁸ Ett förbud mot retroaktiv lagstiftning finns också i artikel 7 Europakonventionen samt tillämpas av EG-domstolen inom EG-rätten.

³⁶ Se t.ex. Frändberg, Åke, Om rättssäkerhet, i Rättsordningens idé, En antologi i allmän rättslära, s. 283–295, IUSTUS förlag, 2005.

³⁷ För en närmare beskrivning av denna princip i svensk rätt, se Sterzel, Fredrik; Legalitetsprincipen, s. 43–69, i Offentlighetsprinciper, IUSTUS förlag, 2005.

³⁸ Se bl.a. SOU 1975:75, s. där fri- och rättighetsutredningen (FRU) manade till försiktighet med retroaktiv lagstiftning.

3.2 Legalitet

Legalitetskravet innebär ett krav på lagstöd (författningsstöd) för beslutsfattandet. I och med att maktutövningen är normbunden kan enskilda garanteras förutsebarhet vilket är ett av legalitetskravets bärande syften.³⁹

Vissa regler måste beslutas på en viss nivå i enlighet med 8 kap. RF. Krävs det en formell lag beslutad av riksdagen för en viss reglering (i enlighet med RF 8:1 t.ex.) innebär det att den processas på annat sätt än en föreskrift som ges av regeringen eller underlydande myndighet. Det tar längre tid (regel-mässigt) med normbeslut fattade av riksdagen. Sådana beslut ger också i regel mer utrymme för offentlig debatt och diskussion. Lagrådet kan höras i samband med renodlade lagförslag vilket inte gäller för en myndighetsföreskrift. Det skall dock noteras att delegationsmöjligheterna i 8 kap. är omfattande vilket medför att många rättsområden som innefattar tillståndsgivning m.m. *kan delegeras*. Besluten om normer kan därmed fattas relativt snabbt, utan alltför stor debatt och utan att Lagrådet hörs.

Givetvis måste gällande rätt tolkas men inom vissa vedertagna ramar. Förarbeten kan ge förtydliganden likaväl som prejudikat kan leda i en viss riktning. Det finns etablerade principer för hur en viss författning får tolkas. Det är sålunda otillåtet enligt denna princip att hävda att en lagstiftning är föråldrad och bör bytas ut, något som bl.a. kritiserades i JO 1990/91 s. 283. En miljö- och hälsoskyddsnämnd hade vägrat att tillämpa hälsoskyddslagen § 7 som rörde tillstånd för enskilda avloppsanläggningar. Detta enligt JO stred bl.a. mot legalitetsprincipen.

Ett intressant nyligen avkunnat mål från Regeringsrätten⁴⁰ handlar om hur begreppet tillhanda (avseende avgift för tillståndsprövning) skulle tolkas i ett ärende om tillstånd att bygga ett nytt nationellt mobiltelefonnät. Regeringsrätten biföll Nordisk Mobiltelefons överklagande och underkände därmed kammarrättens beviljade resning i ärendet där företaget inte ansågs ha inkommit med sin avgift i tid. Regeringsrätten menade att det inte var ett fel av det slag att resning skulle ha beviljats. Avgiften hade genom en miss från banken redovisats något för sent.

³⁹ Warnling-Nerep, W; En introduktion till förvaltningsrätten, 2006, s. 17. Se även Nerep och Warnling-Nerep s. 21 ff som på ett intressant sätt kopplar samman beslutskompetens med legalitet, en fråga som verkar bli mer och mer aktuell.

⁴⁰ Regeringsrättens beslut 2006-06-27, målnummer 2553-06.

Legalitetsprincipen är kanske viktigast då tillståndplikten är straffsanktionerad (se t.ex. MB 29:4), eftersom risk föreligger för att böter eller t.o.m. fängelse kan utdömas i vissa fall. Men legalitetsprincipen gör sig även gällande när det gäller att förstå innebörden av tillståndskraven och under vilka förutsättningar ett tillstånd kan återkallas.

Om ett företag uppfyller de krav på tillstånd som en författning anger skall beslutsmyndigheten bevilja ansökan. En författning kan i detta hänseende vara uttryckt mer eller mindre tydligt, och myndigheten kan ha varierad grad av skönsmån till sitt förfogande.⁴¹ Likaså får inte ett tillstånd återkallas om det inte finns lagstöd för det⁴² eller är uttryckt genom villkor i tillståndet, vilka i sig skall ha stöd i en författning. I många fall gäller samma villkor för att erhålla tillstånd som för att återkalla dem.

Det finns flera intressanta rättsfall som behandlar frågan om villkoren i gällande författning är uppfyllda för att få ett sökt tillstånd eller om villkoren är uppfyllda för att återkalla detsamma. I ett mål var dock fråga om det (som målet kom att handla om slutligen) krävdes tillstånd för vilthägn avsett för strutsar.⁴³ Hur skulle begreppet vilt tolkas – vad var dess legala definition?

Inledningsvis rörde målet en ansökan om vilthägn för struts som avslogs och prövades i sak av både länsstyrelsen och länsrätten. Regleringen i fråga var dåvarande naturvårdslagens 24 a § första stycket (lagen upphävdes i samband med att miljöbalken infördes) som angav att vilthägn inte får uppföras utan särskilt tillstånd på områden där allmänheten färdas fritt. I kammarrätten diskuterades om struts var att anses som sådant vilt som anges i 24 a § att tillstånd överhuvudtaget krävdes. Kammarrätten konstaterade för det första att begreppet vilt inte förklarades i lagen men att det förekom i andra bestämmelser i lagen. Domstolen jämförde begreppet med hur det användes i jaktlagen (1987:259) och i jaktförordningen (1987:905) som man hänvisade till i naturvårdslagen, och kom fram till att det omfattade djur som förekommer fritt i den svenska naturen. Strutshägn var därför inte tillståndspliktigt enligt lagen. Regeringsrätten kom till en annan slutsats när det

⁴¹ Jämför Mäenpää, s. 24. Warnling-Nerep skriver om kraven på kök för allsidig matlagning i samband med att serveringstillstånd enligt alkohollagen meddelas eller dras in på ett intresseväckande sätt, se Warnling-Nerep, W; ”Kök för allsidig matlagning” och serveringstillstånd enligt alkohollagen (1994:1738), i 9 FT, s. 305–312.

⁴² Vanligtvis ges förutsättningarna för återkallelse i den författning som reglerar verksamhetens utövning. I vissa fall har lagstiftaren istället valt att genomföra en ny lagstiftning som fungerar parallellt med den gamla lagen för att kontrollera en viss verksamhet i framtiden. Detta ägde t.ex. rum med avvecklingen av kärnkraften.

⁴³ RÅ 2002 ref. 37.

gällde definitionen av begreppet vilt. Av förarbetena till 24 a § framgick att djur som hålls i hägn – även om de fötts i fångenskap – var att anses som vilda. Som exempel angavs hjorddjur och vildsvin. Regeringsrätten fann mot denna bakgrund att struts skulle ingå i begreppet vilt. Både inhemska och främmande arter av vilt ansågs innefattas i begreppet. ”Den enda rimliga tolkningen av bestämmelserna i jaktlagen är därför att såväl inhemskt som främmande vilt omfattas av regleringen.” Domstolen menade slutligen att övervägande skäl talade för att ge begreppet vilt samma innebörd i naturvårdslagen som i jaktlagen. Det fanns sålunda ett krav på tillstånd, och målet återförvisades till kammarrätten för ny, korrekt, handläggning.

Från förutsebarhetssynpunkt kan inte Regeringsrättens bedömning ses annat än som helt korrekt. Det fanns föga utrymme att gå ifrån de relativt sett tydliga uttalandena i förarbetena till naturvårdslagen. Det fanns också goda skäl att upprätthålla en enhetlig syn inom ramen för regler som rör vilt och dess hantering. Kammarrättens resonemang om innebörden av begreppet kunde därför med fog ifrågasättas. Att lagstiftaren tillgodoser ett sådant krav på enhetlighet är inte orimligt att begära. Om inte detta sker bör domstolarna, inom ramen för vad legalitetsprincipen medger, kunna ta detta ansvar.

En inte ointressant iakttagelse är att Naturvårdsverket – som överklagade domen till Regeringsrätten – åberopade att en delegationsregel som verket använt inte längre skulle gå att använda som ett resultat av kammarrättens dom. Verket skulle inte – om kammarrättens dom stod fast – längre med stöd av en regel i jaktvårdsförordningen kunna förbjuda hållandet av främmande viltarter i hägn i strid med lagstiftarens intentioner.

I Barsebäckmålet⁴⁴ ifrågasattes bl.a. om regeringens beslut att stänga Barsebäck I var lagligen grundat och därmed om återkallelsen av tillståndet av bedriva kärnkraft hade stöd i lag. Företaget (BKAB) hävdade att regeringens tillämpning av lagen (1997:1320) om kärnkraftens avveckling, avvecklingslagen, var lagstridig och att legalitetskravet således hade åsidosatts. Det ursprungliga tillståndet att inneha och driva kärnkraft i Barsebäck hade getts med stöd av atomenergilagen (1953:306).

Sökanden gjorde gällande att lagens utformning och konstruktion var sådan att den gav liten förutsebarhet vad gäller *tidpunkten* och *turordningen* för avvecklingen av olika reaktorer. Som grund åberopades artikel 1 första tilläggsprotokollet till Europakonventionen och dess krav på lagstöd för att

⁴⁴ RÅ 1999 ref. 76.

göra ingrepp i rättigheten. I denna del fann domstolen – utan motivering – att lagen inte stred mot artikel 1.⁴⁵ Sökandena menade också att valet av tidpunkt för stängningen av Barsebäck stred mot lagens syfte såsom det angavs i 1 § avvecklingslagen. Här invände regeringen att den hade gjort bedömningen att stängningen av Barsebäck vid en viss tidpunkt bäst gynnade syftet med omställningen av energisystemet. Slutligen menade sökandena att turordningsfrågan, som den kom till uttryck i 3 §, inte med nödvändighet skulle peka ut Barsebäck som första kärnkraftverk att ta ur drift. Regeringsrätten fann i dessa delar att starttidpunkten bedömdes utifrån kravet på att det skulle gagna syftet med den planerade omställningen av energisystemet och samtidigt inte leda till konflikt med målet att tillhandahålla el på internationellt konkurrenskraftiga villkor. Denna bedömning som regeringen gjort rörde sig om en lämplighetsbedömning som föll väl inom lagens ramar och den kunde därför inte heller anses som rättsstridig. När det gällde val av reaktor och om regeringen i denna del hade stöd i lagen för att välja just Barsebäck I prövades detta mot turordningskriterierna i 3 § andra stycket. Regeringsrätten hänvisade till förarbetena till avvecklingslagen där man tillmätte det geografiska läget stor vikt (och där befolkningstätheten angavs som ett viktigt skäl). Det var därför inte oförenligt med lagen att tillmäta det geografiska läget större betydelse än andra kriterier.

En annan fråga som behandlades i målet var om kravet på generalitet var uppfyllt. Här gjorde inte Regeringsrätten någon annan bedömning än vad som gjorts i tidigare liknande ärenden. Den godkände lagen utifrån ett formellt synsätt. Med tanke på målets stora rättspolitiska karaktär och den debatt som föregick lagen kan inte domstolens bedömning i denna del ifrågasättas. Dock kunde man ha gjort en mer utförlig redogörelse för vad Europakonventionen anger om lagkravet när det t.ex. gäller förutsebarhet och frågan om kvalitet på lagen. I denna del är domstolen helt tyst.

En annan fråga av intresse rör tillåtligheten av att överlåta ett redan erhållet tillstånd tillsammans med den rörelse som har fått tillståndet. Om ett företag som innehar ett tillstånd säljs men fortsätter med samma verksamhet och som samma juridiska person som tidigare, torde inte förutsättningarna för tillståndet ha ändrats. I många fall är dock tillståndsprövningen kopplad till en enskild persons (i företaget) lämplighet. I sådana fall kan inte överlåtelse ske utan en ny prövning sker. Oavsett detta måste lagstiftningen tydligt ange vilka förutsättningar som gäller. Är lagstiftningen tyst i frågan, bör man kunna utgå från att en rörelse kan

⁴⁵ Avsnitt 4.5 i domen.

övergå till en ny ägare tillsammans med befintliga tillstånd.⁴⁶ Situationen bör vara den motsatta om en *ny juridisk person* träder in. I detta fall föreligger ju inte de förutsättningar som var för handen vid själva tillståndsgivningen.

Kvaliteten på lagstiftningen är mycket viktig när det gäller hanteringen av tillstånd inför myndigheter och domstolar. Inte alltför sällan tycks det som om det råder en viss osäkerhet om innebörden av tillståndskrav eller förutsättningar för indragning o. dyl. Oavsett om ett visst skön tilldelas den prövande instansen får detta inte ske på bekostnad av förutsebarhet och rättssäkerhet för den som söker.

3.3 Retroaktivitet

Något uttryckligt förbud (se avsnitt 3.1) i svensk grundlag finns inte mot *äkt retroaktiv* lagstiftning om inte RF 2:10 går att tillämpa. Tillståndsfrågor hamnar generellt sett inte under något av de båda styckenas tillämpningsområden eftersom de uttryckligen endast rör straff- och skattelagstiftning. Något förbud mot regler som *verkar* retroaktivt, s.k. *oäkt retroaktiv* lagstiftning finns inte alls i grundlagen. Som inledningsvis i detta avsnitt påpekats förordas dock försiktighet med retroaktiv lag även om detta inte uttrycks i grundlagen. Denna försiktighet gäller endast den äkta retroaktiviteten. Ulf Bernitz karaktäriserar det svenska rättsläget 1997 att ny lagstiftning ”normalt inte givits retroaktiv verkan till enskildas nackdel men att man varit öppen för att i vissa hänseenden kunna ge lagstiftning sådan effekt om det funnits särskilda skäl som angetts påkalla detta.”⁴⁷

Artikel 7 i Europakonventionen ger inget ökat skydd då den enbart ger uttryck för den s.k. straffrättsliga legalitetsprincipen och förbudet att

⁴⁶ Se t.ex. beslut av Trafikkontoret i Stockholm stad, 2006-02-02 rörande Folckers stekbord KB. Bolaget hade av de kommunala myndigheterna vägrats att sälja sin rörelse tillsammans med tillståndet för upplåtelse av en korvförsäljning. I en prövning av Trafikkontoret medgavs dock överlåtelsen. De allmänna villkoren för att sälja korv på ambulerande vagn angavs i ordningslagen där bl.a. regler om villkor för tillstånd ges. Kontoret skrev: ”I detta fall gäller som villkor för tillståndet att det inte får överlätas till annan. Tillståndet innehas av den juridiska personen Folckers stekbord KB. Byte av ägare till denna juridiska person innebär inte att tillståndet överläts till annan. Det innehas fortfarande av Folckers stekbord KB. Enbart den omständigheten att bolag byter ägare utgör således inte något skäl för kommunen att hos polismyndigheten begära att tillståndet återkallas. Enbart denna omständighet utgör inte heller skäl för att avstyrka förlängt tillstånd.”

⁴⁷ Bernitz, s. 139.

dömas för handling eller underlåtenhet som vid tidpunkten för dess begående inte var straffbar etc.⁴⁸ Utgår vi från dessa två regelverk är alltså rättsläget något otillfredsställande och möjligen något oklart på det allmänna planet om vi bortser från straffrätten samt skatterätten.

Genom den praxis som utvecklats inom EU-rätten ges dock ett ökat skydd mot olika sorters retroaktivitet. EG-domstolen har utvecklat s.k. allmänna rättsprinciper däribland förbudet mot retroaktiv lag, vilket ger enskilda och företag en mer flexibel prövning. Domstolen tar bl.a. hänsyn till om det funnits legitima förväntningar om en viss förmån/rättighet vilket även kan innebära att oäkta retroaktiv lagstiftning i något enskilt fall kan underkännas.⁴⁹

Om de föreskrifter ändras som gäller för ett visst tillstånd, kan tillståndshavaren drabbas av retroaktiva *effekter*. Antingen kan tillståndet komma att återkallas helt eller partiellt eller så kan nya villkor komma att gälla i enlighet med nya regler. Innebörden – vilken har påpekats tidigare i texten – är en avvikelse från den förvaltningsrättsliga principen att gynnande förvaltningsbeslut inte får ändras annat än under vissa förutsättningar. Ett tillstånd som gäller en viss tid och med vissa förutsättningar (angivna i en föreskrift eller i ett villkor) kan alltså dras in (helt eller partiellt) på grund av nya regler.

Företeelsen som beskrivits är inte ovanlig utan snarare vanligt förekommande och ses som ett normalt ingrepp i enskildas och företags verksamhet. Det ges med andra ord inga uttryckliga garantier för att inte nya, strängare regler tar över. Av praxis framgår inte heller att domstolarna är benägna att underkänna sådana förändringar om inga större, grova fel begåtts i sammanhanget. Med grova fel menas då t.ex. att legalitetsprincipen trätts för när eller att någon rättighet i RF eller i Europakonventionen kommer ifråga.

I RÅ 1995 ref. 10 uttrycks en viss benägenhet att strama upp kraven. Fallet behandlades dock inte som ett fall rörande retroaktiv lagstiftning utan fråga var om det fanns lagstöd för en partiell återkallelse av ett tillstånd att anordna automatspel.

En näringsidkare hade 1990 fått ett icke tidsbegränsat tillstånd till automatspel. Kommunen kom några år senare att ompröva tillståndet samt att partiellt återkalla det samtidigt som strängare villkor ställdes upp. Omprövningen

⁴⁸ Danelius, s. 252 f.

⁴⁹ Warnling-Nerep i Festskrift till Fredrik Sterzel; Betydelsen av konstitutionell rätt: Retroaktiv lagstiftning, kommunalt självstyre och europarättens inverkan, s. 388.

grundades på nya strängare krav på tillstånden enligt ny lag. Regeringsrätten underkände återkallelsen och menade att en sådan åtgärd kunde vidtas under de förutsättningar som angavs i återkallelseregeln i nämnda lag (6 §) vilken inte hade förändrats, och inte enbart på grund av att villkoren för meddelande av tillstånd skärpts.

Om återkallelse hade godkänts på den grunden, att villkoren för utgivande av tillstånd skärpts, skulle regleringen tydligare ha medfört retroaktiva effekter för näringsidkaren i målet. Nu undvek domstolen en sådan effekt genom att kräva ett uttryckligt lagstöd för återkallelsen vilket inte fanns i fallet. Det kan te sig en aning underligt – så här dryga 10 år efter domen – att domstolen undvek att diskutera frågan i ett retroaktivitetsperspektiv. Skulle man ha godkänt återkallelsen hade den ju inneburit en slags retroaktivitet!

Det finns med andra ord inget uttryckligt rättsligt skydd mot dessa effekter som kan uppstå om vi bortser från EG-rätten. En del författare menar även att effekten inte är att anse som retroaktiv.⁵⁰ Närmast blir det domstolarna som får kontrollera gränserna för tillåtna ändringar i sådana förhållanden och detta främst mot bakgrund av hur EG-rätten utvecklas. Det är förvisso inte alla gånger fråga om äkta retroaktivitet utan det handlar närmast om att regler ger sådana effekter på redan uppkomna rättsförhållanden. Andra principer som skyddar mot ingrepp får i stället större utrymme, detta gäller t.ex. kravet på legalitet, skyddet för äganderätten etc. I den pågående grundlagsutredningen är detta en fråga som inte bör bortses ifrån. Vilken syn skall gälla i framtiden för samtliga fall av retroaktiv reglering (inklusive de s.k. oäkta retroaktiva fallen) och hur skall denna syn ta sig uttryck i grundlagen?

Som rättsläget är idag ter det sig otillfredsställande med en särreglering i grundlagen för straff- och skattelag samtidigt som många är ense om att övrig retroaktiv reglering skall äga rum med försiktighet i synnerhet när det drabbar enskilda och företag negativt. Ny lagstiftning som påverkar ett rättsförhållande kan ju inte undvikas – men det är långt ifrån självklart att lagstiftning som ingriper i gällande och rättsenliga beslut (om tillstånd o. dyl.) alltid skall godkännas ur ett vidare, konstitutionellt

⁵⁰ Se t.ex. Darpö, J; Ett evigt tillstånd?, i Miljönet. Darpö skriver på angivet stället att ”uttrycket ’retroaktiv lagstiftning’ [ibland används] om reglering som träffar rådande förhållanden, vilket jag anser vara missvisande”.

perspektiv.⁵¹ I sådana fall kan en förbättrad grundlagsregel och därmed praxis som tar sin utgångspunkt i förbudet mot retroaktivitet ge ett skydd mot alltför stränga regleringar ut enskildas och företags synpunkt.

4 Skydd för äganderätten

Skydd för äganderätten stadgas både i regeringsformen och i Europakonventionen. Här skall konventionen behandlas först. I flera sammanhang kan ett företags äganderätt jämligt RF 2:18 och artikel 1 tilläggsprotokoll 1 till Europakonventionen påverkas vid hanteringen av olika tillstånd.⁵² Enligt Europadomstolens praxis är artikel 1 tillämplig om det finns ett ekonomiskt intresse och/eller förväntningar avseende utövandet av näringsverksamheten. *Förlorar* t.ex. företaget sitt tillstånd riskerar det att göra en ekonomisk förlust genom att tillståndet varit den väsentliga förutsättningen för verksamheten. En sådan återkallelse är därmed också att betrakta som ett ingrepp i ett företags äganderätt.⁵³ Domstolen ser i regel ett sådant ingrepp som ”control of the use of property” om det inte kan jämföras med en de facto expropriation enligt de principer som tillämpas för detta.⁵⁴ Ingreppet kan visserligen anses ha ett legitimt allmänt intresse och därmed anses som konventionsenligt. Men hur blir det om det dras in i förtid av skäl som inte förelåg vid själva tillståndsgivningen dvs. att nya strängare föreskrifter drabbar företaget?⁵⁵ Är återkallelsen fortfarande att anse som tillätlig? Några rättsfall från Europadomstolen för mänskliga rättigheter med svenska staten inblandad behandlar sådana frågor. Inte i

⁵¹ Jämför Nerep och Warnling-Nerep, s. 65, som där behandlar gynnande besluts negativa rättskraft. De skriver på anført ställe att ”en icke tidsbegränsad koncession att driva Barsebäck (ansågs) inte hindra tillämpning av en ny lag i syfte att inleda avvecklingen av kärnkraft i Sverige. Riksdagens vilja – uttryckt i en ny lag – tog helt enkelt över sedvanliga förvaltningsrättsliga principer i detta klart exceptionella fall.”

⁵² I regel har inte juridiska personer några mänskliga fri- och rättigheter med några (få) undantag. Skyddet för äganderätten (i enlighet med grundlagen och Europakonventionen) samt rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 i Europakonventionen tillhör några av undantagen och kan tillskrivas båda enskilda fysiska personer såväl som juridiska personer.

⁵³ Jämför Danelius synsätt som i korta ordalag går ut på att den som förlorar ett tillstånd – om villkoren inte längre är uppfyllda eller om tiden för tillståndet gått ut – inte kan hävda att det skett ett ingrepp i äganderätten, se Danelius, s. 375.

⁵⁴ Se t.ex. *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, Judgment of 29 November 1991, Ser. A, vol. 222, para. 56.

⁵⁵ En sådan lagstiftning får för övrigt retroaktiva verkningar.

något fall har dock domstolen fällt Sverige för att ha brutit mot konventionen. I t.ex. Tre Traktörer-fallet⁵⁶ behandlade Europadomstolen frågan om indragning av ett utskänkningstillstånd. Indragningen grundade sig delvis på nya regler.

I samband med att myndigheterna ändrade sina föreskrifter för restaurangens innehav av tillstånd infördes förtydliganden i lagen som fick till följd att restaurangen kom att förlora sitt tillstånd. Restaurangen hade egentligen inte längre förväntningar om att få ha kvar sitt tillstånd (mot bakgrund av nya regler) men trots detta ansågs det utgöra ett ingrepp i äganderätten. Indragningen grundade sig på brister i bokföringen. Europadomstolen godkände förfarandet mot bakgrund av att det fanns ett starkt allmänt intresse (sociala hänsyn) att reglera alkoholförsäljningen på restauranger. Klaganden hade vidare inte visat att någon ekonomisk förlust hade drabbat företaget som en direkt följd av beslutet. Beslutet var också förutsebart för klaganden varför domstolen ansåg att det förelåg proportionalitet i åtgärden.

Ett annat svenskt fall inför domstolen rörde tillstånd till grustäkt, Fredin-fallet.⁵⁷

Makarna Fredin innehade sedan 1963 tillstånd för att ta grus på sin mark. Genom lagändring 1973 förändrades tillståndsmöjligheterna såtillvida att länsstyrelsen gavs möjlighet att dra in tillstånd efter 10 års giltighet. Detta var beroende av miljöskäl. Länsstyrelsen kom sedan att meddela att tillståndet skulle dras in 1984 som en direkt följd av de nya reglerna. Beslutet innebar att tälten skulle få fortsatt tillstånd till utgången av 1987. Detta förlängdes till 1988. Europadomstolen fann att det fanns lagstöd för ingreppet och att det inte skett oväntat. Det fanns inga legitima förväntningar om dess fortsatta giltighet. Villkoren för tillståndet var fortfarande uppfyllda om än att det fanns ökade möjligheter till indragning p.g.a. miljöskäl.

I både dessa fall fanns det lagstöd för att återkalla tillstånden om än att regleringarna i fråga hade *förändrats* under tiden som verksamheten pågick. En viktig aspekt för domstolen tycks vara hur man agerar när de nya föreskrifterna ges och vilka ekonomiska risker som görs i samband med detta.

Två andra svenska fall rörde *vägran* att utge sökta tillstånd.⁵⁸ I Allan Jacobsson-fallet framhöll Europadomstolen (som inte fällde staten) att det

⁵⁶ Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, Judgment of 7 July 1989, Ser. A, vol. 159.

⁵⁷ Fredin v. Sweden, Judgment of 18 February 1991, Ser. A, vol. 192.

⁵⁸ Allan Jacobsson v. Sweden, Judgment of 25 October 1989, Ser. A, vol. 163 och Håkansson och Stureson v. Sweden, Judgment of 21 February 1990, Ser. A, vol. 171-A.

inte tidigare funnits någon ovillkorlig rätt att bygga på marken i fråga och att Jacobsson då han köpte marken visste om att den var belagd med byggförbud. Byggnadsförbudet omprövades också med jämna mellanrum och det fanns en möjlighet att få dispens i vissa situationer. I Håkansson och Sturesson-fallet innebar beslutet att inte få förvärvstillstånd för jordbruksfastighet att fastigheten kom att säljas på exekutiv auktion. Här fann domstolen att lagens syfte (att främja ett rationellt jordbruk) var legitimt. Det pris som klagandena fick vid försäljningen stod också i rimlig proportion till värdet på fastigheten. Klagandena hade även – fann domstolen – tagit en medveten risk vid det första köpet innan frågan om tillstånd hade lösts.

Övriga mål som rör någon slags tillståndsprövning och som har prövats av domstolen har med några undantag godkänts som proportionerliga.⁵⁹ Samma slags faktorer som beskrivits ovan har påverkat utgången. Det rör sig alltså om att ingreppen hade ett allmänt intresse men också om att enskilda tagit en medveten risk och att förbuden inte var totala. Frågan om ersättning för eventuell förlust har inte haft någon större betydelse.

I ett sista fall från 2005 fällde dock Europadomstolen Polen för att ha brutit mot artikel 1.⁶⁰

Ett företag hade fått tillstånd att inneha ett tullupplag (inklusive införsel och utförselstillstånd för sina varor). Efter någon tid återkallades tillståndet och bolaget ålades att lägga ner sin verksamhet. Europadomstolen konstaterade först att återkallelse av tillstånd att bedriva affärsverksamhet utgjorde ett ingrepp i äganderätten enligt konventionen. I förevarande fall hade inte myndigheterna visat att det fanns lagliga skäl att dra in tillståndet och inte

⁵⁹ Se t.ex. Van Marle m.fl. v. Netherlands, Judgment of 26 Juni 1986, Ser. A, vol. 101 (vägran att godkännas som revisor), Katte Klitsche de la Grange v. Italy, Judgment of 27 October 1994, Ser. A, vol. 293 B (exploateringsrätt som kom att inskränkas) och Chapman v. United Kingdom, Judgment of 18 January 2001 (vägran att få ställa husvagnar för boende på egen mark).

⁶⁰ Rosenzweig and Bonded Warehouse LTD v. Poland, Judgment of 28 July, 2005. Jämför med Pine Valley Developments Ltd and Others – fallet, fotnot 54 som resulterade i en friande dom. Klagandebolaget ansågs dock ha haft (para. 51) ”at least a legitimate expectation of being able to carry out their proposed development and this has to be regarded, for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1, as a component part of the property in question”. Trots att myndigheterna initialt hade meddelat beslut om tillstånd på felaktiga grunder godkändes irländska Högsta domstolens beslut att annullera tillståndet (som i sig grundades på nya (med retroaktiv verkan) föreskrifter för att åtgärda felaktigheterna). Det fanns ett allmänt intresse (bevarandet av en grön zon) och beslutet var lagenligt. Likaså var bolaget medvetet om att det tog en kommersiell risk.

heller att bolaget misstänkts för att ha brutit mot några regler i övrigt varför domstolen konstaterade att en kränkning hade skett.

Att domstolen kom till denna slutsats här är inte oväntat med tanke på hur myndigheterna hade agerat. De hade inte lagstöd för sina beslut vilket också hade konstaterats i den polska Högsta domstolen. Här rörde det sig med andra ord om något slags myndighetsmissbruk.

Härefter går jag över till att säga något om betydelsen av äganderätts-skyddet i regeringsformen i detta sammanhang. Eftersom RF 2:18 är mer begränsad i sitt tillämpningsområde så faller inte all slags hantering av tillstånd in under lydelsen. Undantaget från grundlagsregeln är tillstånd-reglering som rör *lös egendom* och som inte avser åtgärder som *inskränker användningen av mark eller byggnad* (jämför stycke 1). Regleringar som t.ex. avser tillstånd för alkoholförsäljning på restaurang eller för att utöva visst yrke kan inte prövas mot RF 2:18. De regleringar om tillstånd som kan komma att bli aktuella i sammanhanget rör t.ex. tillstånd enligt MB, PBL, minerallagen etc. Ges inte tillstånd eller återkallas det av olika skäl (eller ändras villkoren) måste paragrafens krav på angeläget allmänt intresse vara uppfyllt. Kapitlets 12 § är heller inte tillämplig på åtgärder enligt 18 §, nämligen att de skall vara nödvändiga etc. Uppstår fråga om en åtgärd varit proportionerlig – där 18 § är tillämplig – kan dock Europakonventionens motsvarande princip komma till användning.

Såsom stycke 2 är utformat ges ersättning om det allmänna inskränker ”användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten”. Om ett tillstånd återkallas eller dess villkor ändras bör – om förutsättningarna i övrigt enligt 18 § är uppfyllda – ersättning alltså utgå.⁶¹

Om *tillståndsplikt* införs för en viss verksamhet som inte tidigare varit tillståndspliktig kan eventuella förluster som ett företag drabbas av – och som har att göra med att tillstånd inte ges – komma att bedömas som icke ersättningsgilla enligt RF 2:18. Detta eftersom kravet på pågående markanvändning inte kan anses uppfyllt enligt stycke 2. Kravet på att det skall finnas ett angeläget allmänt intresse att införa tillståndsplikt (och därmed i vissa fall vägra tillstånd) måste dock fortfarande vara uppfyllt.

Sammantaget aktualiseras skyddet för egendom i samband med in-dragning av ett tillstånd men även vid ansökningsförfarandet. Den euro-

⁶¹ Bengtsson, s. 116–117.

peiska regleringen ger ett något starkare skydd, vilket inte är helt tillfredsställande ur ett svenskt grundlagsperspektiv. Det skall dock till en hel del innan Europadomstolen faller en stat för brott mot denna rättighet, i synnerhet när det gäller tillståndsfrågor. Dock måste grundläggande krav på förutsebarhet, allmänt intresse samt i viss mån ersättning vara uppfyllda för att ett ingrepp skall godkännas.

5 Tillstånd som lagstiftningsmetod

I detta avsnitt avser jag att diskutera regleringstekniken ur ett mer allmänt perspektiv där den bärande frågan är om det finns andra sätt att komma till rätta med behovet av att viss verksamhet måste kontrolleras. Finns det mindre ingripande metoder för att med tvång reglera viss verksamhet bör lagstiftaren, enligt mitt förmenande, i första hand fundera över dessa metoder. En fråga som även bör ställas är om tillståndsgivning i realiteten innebär den kontroll över verksamhet som eftersträvas. En underfråga är om all verksamhet som avses verkligen måste kontrolleras och om det inte emellanåt kostar mer än det smakar ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Ett annat perspektiv som bör föras in i den diskussionen är det inledningsvis angivna om effektivitet i förvaltningen gentemot rättssäkerhet för enskilda och företag.

En annan metod än den som bygger på tillståndsprövning är att ha en fungerande *tillsyn* över de verksamheter som måste kontrolleras av olika skäl. Genom denna släpps verksamhet fri utan någon egentlig förprovning men lagstiftaren kan t.ex. ange vilka krav som ställs och vilka sanktioner som gäller om man bryter mot dessa krav. Fördelen med en sådan metod är att enskilda och företag slipper onödig administration och därmed kostnader. Nackdelen kan vara att missbruk upptäcks för sent och att skador som uppstår inte går att reparera. Handlar det t.ex. om extremt farliga utsläpp med stor miljöpåverkan eller utövandet av verksamhet som rör liv och hälsa på annat sätt kan ett misstag från en enskild eller ett företag anses vara oacceptabelt och irreparabelt. Om tillsynen inte visar sig fungera tillfredsställande på annat sätt kan även en sådan lösning vara problematisk. Från samhällslig synpunkt kan det vara så att tillsyn kostar mer än ett fungerande system med tillstånd.

Ett bra (eller dåligt) exempel på tillståndsgivning som kostat från administrativ synpunkt rör företaget Leerhem AB:s provning om att få tillstånd till att utöka antalet gruppboende i en gruppbostad från *fem till sex personer*. Frågan

kom att behandlas ända upp i Regeringsrätten.⁶² I grunden handlade det om tillstånd enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS, att enligt lagen bedriva enskild verksamhet med gruppboendestäder för psykiskt utvecklingsstörda. Av förarbetena till lagstiftningen gick inte att utläsa något absolut krav på lämpligt antal boende i gruppboendestad. Däremot fanns riktlinjer och uttalanden om vad som kunde anses som lämpligt. Kommunen var överens med bolaget om att utöka tillståndet. Enligt gällande lagstiftning fanns inget motsvarande krav på tillstånd för kommunalt driven verksamhet. Regeringsrätten – som gick emot både länsstyrelsen, länsrätten och kammarrätten – biföll bolagets begäran om utökat tillstånd. Domstolen anförde att det som var utslagsgivande i det enskilda fallet var ”vilken samlad bild som utredningen ger av förutsättningarna för att goda levnadsvillkor i den mening LSS äsyftar tillförsäkras sådana funktionshindrade som skall bo i den aktuella gruppboendestaden.” Det var som man får tolka domstolen väsentligt att se till gruppboendet i det enskilda fallet för att utröna om ett utökat tillstånd skulle äventyra levnadsvillkoren för de boende.

En första invändning rör den åtskillnad som görs mellan privat och kommunal verksamhet i tillståndsfrågan. Är den befogad och legitim? En andra invändning handlar om metoder för att komma till rätta med verksamhet som bör kontrolleras. Visserligen finns det behov av klagorande prejudikat men frågan inställer sig om frågan i målet – utökat tillstånd för en person eller inte – inte hade kunna hanteras på ett annat, mer effektivt sätt. Är detta med andra ord ett område som måste tillståndsregleras och prövas i domstolarna? Är det vidare frågor som bör regleras i detalj?

Ett annat alternativ till tillståndskrav är *anmälningsplikt*. Genom en reglerad sådan skulle kontrollen behållas men utan att myndigheterna – om inte särskilda skäl föreligger – behöver pröva verksamheten som sådan. Kombinerar anmälan med tillsyn i de fall detta särskilt är motiverat kan kontrollfunktionen bibehållas. Det allmänna får även en insyn över hur stor verksamheten är och om detta i sig kan vara problematiskt. Rör det sig t.ex. om miljöpåverkande verksamhet kan denna insyn anses nödvändig.

Möjligen att någon skulle invända att enskildas rättstrygghet bäst tas tillvara i en prövning om tillstånd skall utges eller inte. Min diskussion bygger dock på en annan utgångspunkt. Flera verksamheter skulle kunna släppas fria och presumtion skulle råda om dessas tillåtlighet. Myndigheten bär ansvar för att – om så är fallet – bevisa att verksamheten strider mot någon rättsregel. Idag är många olika aktiviteter förbjudna utan tillstånd och den enskilde eller företagaren måste visa att den kan få tillstånd

⁶² RÅ 2000 ref. 42.

enligt lag. Hela resonemanget bygger på tanken att lagstiftaren skall använda sig av den metod som minst ingriper i enskilds rätt och rättstrygghet om detta är möjligt.

En avslutande fråga är om tillståndsgivning alltid ger den kontroll som eftersträvas. Om så inte är fallet blir argumentet om effektivitet i förvaltningen inte lika starkt. Inom vissa samhällsområden där tillståndsgivning har varit den gängse metoden börjar man nu att göra vissa förändringar. Erfarenheten har varit att man i viss mån *förlorat* kontrollen genom att meddela beslut om tillstånd. Myndigheten ges garanti för att vissa förutsättningar är för handen vid ansökningstillfället men inte därefter, lyder resonemanget.

Socialstyrelsen är ett exempel på en förvaltningsmyndighet som handlägger en rad tillståndsfrågor. De flesta avser tillstånd att bedriva verksamhet på hälso- och sjukvårdsområdet, vilket också är det område som Socialstyrelsen har tillsyn över. Syftet med dem är att kontrollera viss verksamhet. Det har under senare år inom denna myndighet diskuterats om tillståndskraven är ändamålsenliga. Kritiken är *för det första* att tillståndet ges med hänsyn till hur den aktuella verksamheten är organiserad den dag ansökan ges in. Förutsättningarna kan emellertid vara förändrade redan dagen efter. Den tillståndspliktiga verksamheten måste visserligen anmäla ändrade förhållanden, men erfarenheterna är att så sällan sker. Har en verksamhet fått sitt tillstånd så glöms ofta bort att anmäla förändringar som inträffar därefter. *För det andra* används tillståndsbeviset inte sällan i marknadsföring o. dyl. som ett kvalitetsbevis, trots att de villkor som låg till grund för beslutet kanske inte längre är uppfyllda. Socialstyrelsen förde mot denna bakgrund fram den uppfattningen till regeringen att det behöver övervägas om man i framtiden inte bör överge nu aktuell typ av tillståndsförfarande till förmån för ett anmälningsförfarande när det gäller verksamheter som inte skall begränsas till antal. Ett ytterligare skäl att upphöra med tillstånd var att underlätta den administrativa bördan – framförallt för den som önskar bedriva verksamheten, men även för myndigheten. I Socialstyrelsens förslag angavs att tillståndsplikten skulle avskaffas och ersättas med ett anmälningsförfarande och författningsbestämmelser som anger vilka krav som skall vara uppfyllda. Man föreslog också att tillsynen skulle intensifieras. Såväl remissinstanser som regeringen och sedermera riksdagen godkände förslagen och den nya lagstiftningen är i kraft sedan den 1 juli 2006.⁶³

⁶³ Rapport till regeringen med anledning av utredningsuppdrag avseende sjukvårdsinrättningar för viss rättspsykiatrisk vård, 2004-07-06 och prop. 2005/06:63.

6 Sammanfattande synpunkter

I denna uppsats har jag behandlat tillståndsregleringen ur ett främst konstitutionellt perspektiv. Den *första* iakttagelsen är att det saknas en sammanhållen diskussion om denna fråga ur ett konstitutionellt perspektiv. Den *andra* iakttagelsen är att lagstiftaren och rättstillämparen kommer i kontakt med flera problematiska frågor när det gäller att hantera tillståndsregleringar. I uppsatsen har jag visat några exempel på sådana frågor (legalitet, retroaktivitet, skyddet för äganderätten). Den *tredje* iakttagelsen är att lagstiftning till skydd för de som söker tillstånd på flera sätt är otillräcklig och emellanåt oklar. Detta för även med sig att domstolar inte har (EG-rätten till trots) de verktyg som behövs för att fatta, enligt mig, rättvisa beslut. En *sista* iakttagelse är att tillståndsreglering används i stor omfattning och inom de flesta rättsområdena. Frågan blir om lagstiftaren inte i större omfattning borde ställa sig frågan vilka alternativa metoder för reglering som finns med tanke på bl.a. rättstrygghet och förutsebarhet. Men också med tanke på ekonomiska konsekvenser för både de som söker tillstånd och det allmänna. Tillståndskrav och tillståndsvillkor får slutligen, aldrig gå så långt att samhällets effektivitet i stort påverkas negativt. Något som det kan finnas risk för idag.

Litteratur m.m.

- Bengtsson, Bertil, *Grundlagen och fastighetsrätten*, Nerenius och Santé-rus förlag, 1996.
- Bernitz, Ulf, *Retroaktiv lagstiftning i europaperspektiv – om betydelsen av allmänna rättsgrundsatser*, i *Festskrift till Stig Strömholm*, Uppsala, 1997.
- Bohlin, Alf, (medförfattare Wiweka Warnling-Nerep), *Förvaltningsrättens grunder*, 2004.
- Bjurgren, Per-Olof, *3G och skönhetstävlingar ur ett kontraktsperspektiv*, s. 29–42, i *Studier i rätts ekonomi*, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, Studentlitteratur, 2005.
- Danielius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Norstedts juridik, 2002.
- Darpö, Jan, *Ett evigt tillstånd?* i Miljönet (www.jandarpa.se).
- Falkman, Henric, *Bank- och finansieringstjänster, Varför krävs reglering?*, Norstedts juridik, 2004.
- Mäenpää, Olli, *Grunderna för en god förvaltning*, Helsingfors, 2004.

- Nerep, Erik och Warnling-Nerep, Wiweka, Marknad och myndighet, Norstedts, 2006.
- Ragnemalm, Hans, Förvaltningsprocessrättens grunder, 7 uppl., Stockholm, Juristförlaget, 1992.
- Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Offentlighetsrättsliga principer, Iustus, 2005.
- Strömberg, Håkan, (under medverkan av Bengt Lundell), Allmän förvaltningsrätt, Liber AB, 2006.
- Sundberg, Halvar, Allmän förvaltningsrätt, P A Norstedt & Söners förlag, 1955.
- Warnling-Nerep, Wiweka, Betydelsen av konstitutionell rätt: Retroaktiv lagstiftning, kommunalt självstyre och europarättens inverkan, i Festschrift till Fredrik Sterzel, Iustus, 1999.
- Warnling-Nerep, Wiweka, "Kök för allsidig matlagning" och serveringstillstånd enligt alkohollagen (1994:1738), i FT 1999, s. 305–312.
- Warnling-Nerep, Wiweka, En introduktion till förvaltningsrätten, Norstedts Juridik AB, 2006 och Förvaltningsrättens grunder, Norstedts Juridik AB, 2004 (medförfattare Alf Bohlin), Marknad och myndighet, Norstedts Juridik AB, 2006.
- Åhman, Karin, Egendomsskyddet, Iustus, 2000.