

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2009-04-28

Närvarande: F.d. regeringsrådet Rune Lavin, justitierådet Marianne Lundius och regeringsrådet Karin Almgren.

Genomförande av tjänstedirektivet

Enligt en lagrådsremiss den 8 april 2009 (Utrikesdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om tjänster på den inre marknaden,
2. lag om ändring i resegarantilagen (1972:204),
3. lag om ändring i lagen (1982:636) om anordnande av vissa automatspel,
4. lag om ändring i lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare,
5. lag om ändring i lag (1990:1183) om tillfällig försäljning,
6. lag om ändring i bostadsrättslagen (1991:614),
7. lag om ändring i lagen (1992:160) om utländska filialer m.m.,
8. lag om ändring i alkohollagen (1994:1738),
9. lag om ändring i tullagen (2000:1281),
10. lag om ändring i lagen (2002:93) om kooperativ hyresrätt,
11. lag om ändring i produktsäkerhetslagen (2004:451),
12. lag om ändring i distans- och hemförsäljningslagen (2005:59),
13. lag om ändring i marknadsföringslagen (2008:486).

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av departementsrådet Marianne Åbyhammar, rättssakkunniga Rosemarie Jansson Håvik och kanslirådet Olof Simonsson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

I remissen föreslås åtgärder för att genomföra Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (tjänstedirektivet). Till åtgärderna hör att för lagrådsgranskning lägga fram förslag till en lag om tjänster på den inre marknaden och till ändringar i vissa specialförfattningar. Det återstår dock att vidta ytterligare åtgärder i författningssväg, såsom ändringar i fler lagar än de i remissen upptagna, utarbetande av förordningar och myndighetsföreskrifter samt genomförande av ytterligare regelinventering på kommunal nivå. Lagrådets yttrande innefattar en granskning enbart av de lagförslag som remissen innehåller.

Förslaget till lag om tjänster på den inre marknaden

1 §

Paragrafens första stycke innehåller en upplysning om de viktigaste principerna i tjänstedirektivet. I remissen (s.106) anges att direktivets princip om friheten att tillhandahålla och ta emot tjänster genomförs i Sverige genom att den kommer till uttryck i den inledande bestämmelsen. Lagrådet delar inte uppfattningen att denna princip eller någon av de övriga principer som nämns i stycket genomförs i svensk rätt genom en upplysning om att de förekommer i direktivet. Anses det nödvändigt att explicita regler om principerna införs i nationell rätt får det ske på sedvanligt sätt.

Eftersom första stycket enligt Lagrådets uppfattning således enbart innehåller en upplysning om direktivet kan det avvaras. I stället skulle principerna kunna komma till uttryck i paragrafens sista stycke.

Paragrafen skulle då kunna ges följande lydelse:

Denna lag innehåller allmänna bestämmelser avseende tjänster som omfattas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden och som syftar till att genomföra direktivet.

Särskilda bestämmelser som syftar till att genomföra direktivet finns också i annan författning på de områden där de aktuella verksamheterna är reglerade.

Behöriga myndigheter ska verka för att direktivets principer om etableringsfrihet, om frihet att tillhandahålla och motta tjänster, om icke-diskriminering, om nödvändighet och proportionalitet får genomslag i Sverige.

Om denna formulering av paragrafen godtas får i definitionen av begreppet etableringsmedlemsstat i 4 § tillföras Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

2 §

Paragrafen innehåller en uppräkningslista av tjänster som inte omfattas av lagens tillämpningsområde. I punkt 3 bör prepositionen "inom" ersättas med "på" (jfr punkt 11).

Punkt 8 innehåller undantag för tjänster som har samband med offentlig maktutövning. Det kan ifrågasättas om inte uttrycket "har samband med", vilket används i artikel 2.2 i) i den svenska versionen av direktivet, medför att undantaget kan uppfattas vara mer omfattande än avsikten är. I den engelska språkversionen av direktivet lyder punkten "activities which are connected with the exercise of official authority as set out in Article 45 of the Treaty". En formulering närmare den engelska versionen, exempelvis "tjänster som är förenade med offentlig maktutövning", är enligt Lagrådets mening att föredra.

Andra ledet i punkt 9 bör för att undvika syftningfel inledas "och som tillhandahålls ...".

I punkt 11 görs undantag för tjänster på skatteområdet. Undantaget avser såväl själva skattelagstiftningen som de administrativa förfaranden som behövs för att tillämpa skattelagstiftningen (Europeiska kommissionen, Handbok om Genomförandet av Tjänstedirektivet s. 15). Att sådana "tjänster" inte omfattas av lagen följer redan av definitionen av "tjänst" i 4 § som en prestation som utförs mot ekonomisk ersättning (jfr också undantaget för icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse i tjänstedirektivet artikel 2 punkt 2 b). Undantaget torde inte förtydliga lagens tillämpningsområde utan snarast leda till missförstånd. Mycket av vad som med normalt språkbruk avses med tjänster på skatteområdet, t.ex. skatterådgivning, omfattas nämligen av direktivet (se skäl 33 i direktivet). Lagrådet förordar därför att punkt 11 slopas.

4 §

Uttrycket "som inte är att hänföra till vara, kapital eller person" i definitionen av begreppet tjänst medför ett alltför vidsträckt undantag eftersom ett sådant uttryckssätt kan tolkas som om tjänster med avseende på varor, kapital och person skulle kunna omfattas. Vidare ska definitionen av begreppet tjänsteleverantör när det gäller fysiska personer avse medborgare i land inom EES. Lagrådet föreslår att definitionerna får följande lydelse:

tjänst: prestation som utförs mot ekonomisk ersättning och som inte utgör vara, kapital eller person,

tjänsteleverantör: fysisk person som är medborgare i ett land inom EES eller juridisk person som är etablerad i ett land inom EES och vilken i sin näringsverksamhet erbjuder eller tillhandahåller en tjänst,

5 §

Bemyndigandet i andra stycket torde ha tillkommit av det skälet att de myndigheter som avses kan vara kommunala myndigheter. Vad gäller statliga myndigheter bör regeringen även utan något bemyndigande ha rätt att meddela föreskrifter av det avsedda slaget. För att markera att det är fråga om ett kommunalt åliggande enligt 8 kap. 5 § andra meningen regeringsformen bör bestämmningen kommunal föregå ordet myndighet i lagtexten.

Bestämmelsen i sista stycket är avsedd att innehålla en information om att det kan finnas verkställighetsföreskrifter om kontaktpunkterna. I den föreslagna lagen förekommer andra informationsbestämmelser som getts en klart bättre utformning än den förevarande bestämmelsen. I 7 och 9 §§ anges sålunda att bestämmelser om det och det finns i annan författning. Med denna utformning är subjektet (alltså huvudordet) just de bestämmelser, vilket informationen ska handla om. I den föreslagna bestämmelsen i förevarande paragraf kommer huvudsatsen att tillkännage vilka organ som har kompetens att meddela bestämmelser av visst innehåll, dvs. en upplysning av underordnad betydelse. Om inte annat så för konsekvensens skull, bör samma utformning väljas. Enligt Lagrådets mening är då formuleringen i 7 och 9 §§ att föredra.

7 §

De bestämmelser som här åsyftas ska komma att uppfylla de krav på tillståndsförfaranden som uppställs i tjänstedirektivet artikel 13 punkterna 3 och 4. Bestämmelserna som ska finnas i annan författning än den föreslagna lagen finns ännu inte tillgängliga. Det framgår dock av den allmänna motiveringen i remissen vad regleringen i stort ska

inhålla och omfatta. Lagrådet anser sig ha anledning att lämna synpunkter på vissa av de planerade reglerna.

Av tjänstedirektivet artikel 13 punkten 3 framgår att en ansökan ska behandlas så snart som möjligt och under alla omständigheter inom en fastställd rimlig tidsfrist. Enligt samma punkt får den behöriga myndigheten, om det är motiverat på grund av ärendets komplexa karaktär, förlänga tidsfristen en gång under en begränsad tid. Beslutet om förlängningen och dess varaktighet ska vederbörligen motiveras och meddelas sökanden innan den ursprungliga tidsfristen löpt ut. I remissen (s. 79) uttalas att avsikten är att ett sådant beslut inte ska vara överklagbart. Lagrådet vill här poängtera att ett dylikt beslut vanligtvis kommer att gå den enskilde emot och kan medföra kännbara negativa effekter för denne, t.ex. ekonomiska verkningar eller fördelar för konkurrenter. Enligt Lagrådets mening bör ett beslut om förlängd tidsfrist i princip vara angripbart.

I tjänstedirektivet artikel 13 punkten 4 anges en i svensk förvaltningsrätt tidigare okänd princip av innebörd att om myndigheten inte meddelar något beslut inom den fastställda eller förlängda tidsfristen tillståndet ska anses beviljat. I remissen har principen kommit att benämnas tyst beviljande. Vid den regelinventering som skett inom departementen är det endast inom ett fåtal områden som en regel om tyst beviljande ansetts böra införas, nämligen djurskyddslagen (remissen s. 88) och lagen om biluthyrning (remissen s. 92). Att införa principen i den enkla tappning som anges i direktivet är knappast möjligt. Vid ett tillstånd är oftast särskilda villkor fogade. Det kan antagligen inte vara meningen att tillståndet ska bli villkorslöst därför att det framkallats på grund av myndighets passivitet. Här måste övervägas om en myndighet i efterhand ska kunna tillföra villkor till det tysta beviljandet. Vidare måste tas ställning till hur en tredje man, som egentligen har rätt att överklaga ett tillståndsbeslut

som sådant, ska kunna tillgodose sina intressen när det inte finns något beslut att överklaga.

Vidare anges i direktivet artikel 13 punkten 4 att ett annat förfarande än det tysta beviljandet får tillämpas om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset. Vid regelinventeringen har man utgått från att om det skulle föreligga tvingande hänsyn till allmänintresset någon åtgärd över huvud inte skulle behöva vidtas utöver införande av tidsfrister enligt artikel 13 punkten 3 och mottagningsbevis enligt artikel 13 punkten 5. Vad man inte tycks ha observerat är att det ska finnas ett annat förfarande som alternativ till det tysta beviljandet. Av skälen i direktivet (63) nämns som exempel på sådant "arrangemang" som skulle kunna accepteras vad som i svensk förvaltningsrätt kallas dröjsmålstalan eller passivitetstalan, vilket rättsinstitut är vanligt i EG-rätten och i flera europeiska länders förvaltningsrätt. Se här till Lavin, Lagrådet och den offentliga rätten 1999-2001 s.141-143. I svensk förvaltningsrätt är möjligheten till dröjsmålstalan starkt begränsad och förekommer endast på det finansiella området. Vad som karakteriserar rättsmedlet är att avsaknaden av ett svar från den behöriga myndigheten ska anses utgöra ett avslag på ansökan och att den enskilde därför kan gå vidare med sina anspråk till högre myndighet eller domstol.

Det är uppenbart att det alternativa förfarande som avses i direktivet ska vara av ett visst kvalificerat slag och i viss mån jämförbart med institutet tyst beviljande. På de områden som ingått i regelinventeringen och för vilka man motsatt sig införandet av sistnämnda institut finns emellertid inte heller möjligheten till dröjsmålstalan. Det förhåller sig helt enkelt på det sättet att det över huvud inte finns något alternativt förfarande som kan åberopas för att undgå skyldigheten att införa tyst beviljande enligt direktivet.

Enligt Lagrådets mening är förfarandet med dröjsmålstalan att föredra framför tyst beviljande. Det ovan anförda visar att det är hög tid att Sverige följer efter andra EU-länders exempel och infogar dröjsmålstalan mera generellt i förvaltningsrätten. Lagrådet har förståelse för om detta inte låter sig göras inom ramen för det aktuella lagstiftningsprojektet. Frågan skulle i stället kunna uppmärksammas av den pågående utredningen om en ny förvaltningslag (Dir. 2008:36), i vilken rättsinstitutet skulle kunna ges en för förvaltningsmyndigheterna gemensam reglering.

8 §

Paragrafen handlar om när ett mottagningsbevis, som ska sändas till den som ansöker om tillstånd för etablering i Sverige, ska skickas och vilket innehåll beviset ska ha. Lagrådet föreslår att paragrafen inleds med det föreslagna sista stycket för att göra den mer lättläst.

Myndigheten ska sända ett mottagningsbevis till sökanden när en fullständig ansökan har kommit in. Mottagningsbeviset ska innehålla information om

1. tidsfrist som avses i 7 § och, i förekommande fall, följden av att ett beslut inte fattas inom denna tidsfrist, och
2. möjligheterna till rättslig prövning av beslut.

9 §

Enligt författningskommentaren (s. 171) innehåller paragrafen en upplysning om att bestämmelser om godkännande av intyg, även om ansvarsförsäkring, finns i annan lag. Paragrafen är dock med den valda utformningen svårbegriplig. En möjlig formulering av paragrafen kan vara följande:

Bestämmelser om skyldighet för en behörig myndighet att i samband med frågor om etablering godta intyg eller andra liknande dokument

till styrkande av att visst tillståndskrav uppfyllts finns i annan författning.

11 §

I paragrafen regleras skyldigheten att använda ett informationssystem för den inre marknaden. Vid föredragningen uppgavs att det är det *elektroniska* informationssystemet som avses. Av tjänstedirektivet artikel 34 punkten 1 framgår att det kan finnas anledning att beakta andra befintliga informationssystem. Det skulle av paragrafen tydligare framgå vad som åsyftades om adjektivet elektroniskt placerades framför ordet informationssystem.

15 §

Bemyndigandet i paragrafens första stycke bör för att få en utformning som närmare motsvarar övriga bemyndiganden i lagen ges följande lydelse:

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om informationsutbyte mellan en behörig myndighet i Sverige och en annan myndighet inom EES samt om utlämnande av information från en behörig myndighet till en tjänsteleverantör.

Vad som ovan anförs beträffande 5 § sista stycket har också bäring på andra stycket i förevarande paragraf.

16 §

Den information som en tjänsteleverantör ska lämna en tjänstemottagare regleras i tjänstedirektivet artikel 22. I 22.1 b) föreskrivs bl.a. att när en tjänsteleverantör är inskriven i ett register registrets namn ska anges. I punkten i) föreskrivs att priset på tjänsten ska anges när

tjänsteleverantören i förväg har fastställt priset på en viss typ av vara. Lagrådet föreslår därför följande ändringar i punkterna 1 och 7 i paragrafen:

1. registreringsnummer och registrets namn eller motsvarande identifieringsuppgifter,
7. priset på tjänsten när det har fastställts i förväg,

19 §

Paragrafen avser att implementera tjänstedirektivet artikel 27 punkten 1 andra stycket. Medlemsstaterna ska enligt direktivet vidta de allmänna åtgärder som är nödvändiga för att se till att tjänsteleverantörer besvarar klagomål så snart som möjligt och skyndsamt försöker finna tillfredsställande lösningar. I paragrafen uttrycks detta med att klagomål ska besvaras inom skälig tid. Enligt lagrådsremissen (s. 151) svarar bestämmelsen mot tjänstedirektivets krav på reklamationshantering. Enligt Lagrådets uppfattning motsvarar inte det föreslagna uttrycket "inom skälig tid" det krav på snabb handläggning – "så snart som möjligt" och "skyndsamt" – som direktivet uppställer. Det kan också ifrågasättas om det senare ledet av stycket verkligen kommer till uttryck i paragrafen. En lydelse som närmare ansluter till artikelns ordalydelse är enligt Lagrådets mening att föredra. Paragrafen kan förslagsvis formuleras på följande sätt:

En tjänsteleverantör ska besvara klagomål från en tjänstemottagare så snart som möjligt och skyndsamt försöka finna en tillfredsställande lösning.

Ikraftträdandebestämmelsen

Enligt förslaget ska lagen träda i kraft den 28 december 2009. Lagrådet vill erinra om att det i tjänstedirektivet artikel 44 punkten 1 sägs att medlemsstaterna ska sätta i kraft de bestämmelser i lagar

och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv före den 28 december 2009. Det innebär att om man strikt ska följa direktivet ikraftträdandet bör ske senast den 27 december 2009.

Vad nu anförts har också avseende på ikraftträdandebestämmelserna till de lagändringar som föreslås i remissen.

Förslaget till lag om ändring i alkohollagen

7 kap. 14 a §

I paragrafen föreslås att regeringen ska bemyndigas att meddela föreskrifter om den tidsfrist inom vilken ett kommunalt beslut om serveringstillstånd ska vara fattat.

De uppgifter som åvilar en kommun i fråga om serveringstillstånd är naturligtvis ett sådant åliggande som avses i 8 kap. 5 § andra meningen regeringsformen och som därför ska komma till uttryck i lag. Föreskrifterna härom finns också i 7 kap. alkohollagen (1994:1738). Av 7 kap. 15 § samma lag framgår att kommunens uppgifter fullgörs av en eller flera kommunala förvaltningsmyndigheter, dvs. den eller de nämnder som kommunfullmäktige bestämmer. Vid handläggningen av de konkreta tillståndsärendena ska dessa förvaltningsmyndigheter tillämpa förefintliga regler om förvaltningsförfarandet, främst då förvaltningslagens regler (1986:223). Bestämmelser om förvaltningsförfarandet är enligt motiven till regeringsformen (prop. 1973:90 s. 210) avsedda att falla under regeringens restkompetens. Den omständigheten att huvudreglerna finns i förvaltningslagen har sin grund i en tillämpning av 8 kap. 14 § första stycket regeringsformen.

Föreskrifter om den tidsfrist som avses i det föreslagna bemyndigandet gäller förfarandet hos de förvaltningsmyndigheter som handlägger ärenden om serveringstillstånd. Regeringen bör därför kunna besluta ifrågavarande föreskrifter inom ramen för sin restkompetens och således utan stöd av något bemyndigande. Det saknar härvid betydelse att en av de förvaltningsmyndigheter som ska komma att tillämpa föreskrifterna tillhör den kommunala organisationen. För Lagrådet framstår bemyndigandet som onödigt.

Förslaget till lag om ändring i produktsäkerhetslagen

5 a §

Den inskjutna satsen gör paragrafen svåräst. En alternativ formulering är följande:

Bestämmelserna om tjänster i denna lag tillämpas inte i fråga om en tjänst som tillhandahålls av en näringsidkare som är etablerad i en annan stat än Sverige inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Detta gäller dock inte ingripande enligt 30 a § mot vissa gränsöverskridande tjänster.

5 b §

Innehållet i paragrafen blir tydligare med följande lydelse:

Lagen tillämpas när en tillsynsmyndighet, som är behörig myndighet enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden, fullgör sina skyldigheter.

30 a §

Av 5 a § framgår att undantaget från lagens tillämpningsområde inte omfattar fall som avses i 30 a §. Att då i 30 a § göra undantag från

det som föreskrivs i 5 a § innebär en märklig "rundgång" i föreskrifterna som kan medföra osäkerhet vid tillämpningen. Innehållet i regleringen blir tydligare om undantaget från det som föreskrivs i 5 a § slopas.

I punkt 2 genomförs tjänstedirektivet artikel 18.2 b). För att punkten, som avsikten är, ska innehålla en jämförelse mellan det skydd som olika åtgärder ger kan den ges följande lydelse:

2. det skydd för konsumenterna åtgärden ger är mer omfattande än det skydd den åtgärd ger som den behöriga myndigheten skulle kunna vidta med stöd av föreskrifter som gäller i det landet,