

MILJÖVÅRDSKRAVEN I TIDEN (I)¹

Av Jan Darpö

Inledning

Miljöbalken (MB) har nu varit i kraft i nära tre år. Mycket översiktligt beskrivet kan sägas att balken är en modern lagstiftningsregim som syftar till en samordnad tillåtlighetsbedömning av alla slags miljöstörande verksamheter utifrån en högt satt målsättning om uthållig utveckling. Den bjuder – precis som sina föregångare inom miljöretten – på en rad olika plikter med enskilda som adressater. Dessa plikter kan gälla såväl försiktighetsmått inför framtiden (preventiva krav), som att återställa redan uppkomna skador i miljön (reparativa krav). De tydligaste exemplet på krav av det senare slaget utgörs av reglerna om ansvar för förorenade områden i 10 kap. MB. Även om dessa regler utgår ifrån gällande rätt enligt 1969 års miljöskyddslag (ML) finns här också viktiga nyheter.

Reglerna i 10 kap. MB och det föregående lagstiftningsarbetet kan ses som det senaste inslaget i en lång och tidvis intensiv debatt om miljökravens giltighet i tiden. Debatten fördes i en rad miljömål och lagstiftningsärenden från mitten av 1980-talet och framåt för att kulminera i den omtalade Klippan-domen 1996. I domen gjorde Regeringsrätten vissa uttalanden i frågan om retroaktivitet som bildade utgångspunkten för reglerna i miljöbalken. Hur dessa ska tolkas är emellertid fortfarande en kontroversiell fråga som har debatterats i olika sammanhang. Avsikten med dessa två artiklar är dock att diskutera enbart en aspekt av miljövårdskraven i tiden, nämligen frågan om retroaktivitet. Artikeln i detta nummer inleds med en redogörelse för huvuddragen i Regeringsrättens resonemang i Klippan-domen. Därefter följer en relativt noggrann genomgång och analys av den europarättsliga synen på frågan om retroaktivitet. Jag avslutar med några slutsatser inför artikeln i nästa

¹ Denna artikel och dess fortsättning i nästa nummer av FT, som behandlar frågan om retroaktivitet i ett inhemskt och europarättsligt perspektiv med inriktning på reglerna i miljöbalken om ansvar för förorenade områden, utgör en omarbetning av kapitel 11 i författarens doktorsavhandling *Eftertanke och förutseende – en rättsvetenskaplig studie om ansvar och skyldigheter kring förorenade områden* (Uppsala universitet 2001).

nummer av FT, som är inriktad på en närmare problematisering och diskussion om reglerna i miljöbalken.

Före miljöbalken

Klippan-domen

AB Klippan bedrev verksamhet mellan 1965 och 1975 vid Nyboholms Bruk, Hultfreds kommun. Tillstånd enligt miljöskyddslagen meddelades 1973. Driften orsakade omfattande fiberbankar (som innehöll bl.a. PCB) i Järnsjön, en del av Emån. Pappersbruket övertogs 1975 av MoDo som 1989 sålde vidare till ett finskt företag, Metsä Särla. I mitten av 1980-talet uppmärksammades föroreningarna i Emån och ett saneringsarbete inleddes. Därvid hade Naturvårdsverket kommit överens med MoDo att företaget skulle bidra till arbetet med 12-14 Mkr. Något motsvarande avtal nåddes inte med Klippan. År 1991 ansökte därför Naturvårdsverket hos Koncessionsnämnden för miljöskydd att Klippan skulle åläggas bidra till efterbehandlingen av Järnsjön med 6-7 Mkr. Nämnden avvisade verkets talan med motiveringen att en omprövning av villkor endast kunde göras gällande mot den nuvarande tillståndshavaren.² Naturvårdsverket överklagade till regeringen som ansåg att Klippans skyldighet att avhjälpa olägenheterna från dess tidigare verksamhet i princip kvarstod.³ Klippan ansökte därefter om rättsprövning hos Regeringsrätten och yrkade att regeringens beslut skulle upphävas. Som grund för talan angavs dels att kraven inte lagligen kunde riktas mot bolaget, dels att kraven var preskriberade. Regeringsrättens dom meddelades den 31 maj 1996 (RÅ 1996 ref. 57). Domstolen konstaterade inledningsvis att Klippans befattning med Nyboholms bruk upphörde 1975 och att verksamheten inte var förenad med några villkor om framtida sanering. Efter en genomgång av 1988 års lagstiftningsärendet fann man att det före den 1 juli 1989 saknades lagstöd för att rikta kraven mot Klippan, eftersom:

² Koncessionsnämnden var oenig. De två ledamöterna som formulerade beslutsskäl ville som sagt avvisa talan. Ordföranden ansåg att kraven kunde riktas mot Klippan men att det vore oskäligt att så lång tid efteråt tvinga företaget att bidra till saneringen. En ledamot ville gilla Naturvårdsverkets talan i sin helhet (KN 144/92).

³ När det gällde omfattningen av denna skyldighet i det konkreta fallet ville emellertid regeringen, med hänvisning till tvåinstansprincipen, inte ta ställning utan återförvisade ärendet och den närmare skälighetsavvägningen till KN. Regeringen öppnade emellertid för att det inte var skäligt enligt 5 § ML att ställa dessa krav på Klippan, då man pekade på tidsaspektens roll i skälighetsavvägningen och att den i vissa fall kan innebära att efterbehandlingskyldigheten helt bortfaller. (Miljö- och naturresursdepartementet 1994-04-14, dnr. M92/3775/B).

”...5 § ML inte kan tilläggas den innebörden att en skyldighet att avhjälpa olägenheter kvarstår även efter det att en miljöfarlig verksamhet upphört. Inte heller framgår av 24 och 25 §§ ML i deras dåvarande lydelse att åläggandet kunde riktas mot en förutvarande verksamhetsutövare.”

Reaktionen på domen

Det är inte för mycket sagt att domen fick stor uppmärksamhet.⁴ Jag menar att den viktigaste orsaken till detta var att före Klippan-domen rådde en relativt enstämmig uppfattning om miljöskyddslagens giltighet i tiden; lagens kravregler var tillämpliga på alla typer av miljöfarliga verksamheter som pågått *efter den 30 juni 1969*, och detta gällde även om de var avslutade efter detta datum. Däremot rådde tveksamhet om hur reglerna skulle tillämpas i vissa situationer, exempelvis då kraven skulle riktas emot en tillståndsgiven verksamhet som hade överlåtits. Mot detta stod att det i andra situationer fanns en stabil förvaltningsrättslig praxis när det gällde att ställa krav på verksamheter som var avslutade i normalspråklig betydelse. Så bestämde Koncessionsnämnden redan under tidigt 1970-tal att krav på recipientundersökningar m.m. kunde ställas på huvudmannen för en avfallsdeponi så länge som deponien medförde förorening av miljön, d.v.s. långt efter att aktiva driften var avslutad (s.k. förvaringsfall).

Denna samstämmighet i uppfattningen om miljöskyddslagen blev än tydligare efter 1989 års lagstiftningsärende, som syftade till att kodifiera tidigare rättsuppfattning. Någon diskussion om reglernas tillämplighet i tiden fördes över huvud taget inte i den juridiska litteraturen efter denna tidpunkt. Flera faktorer samverkade till denna allmänna acceptans av regeringens inställning; tillägget i 5 § ML rymdes i den tidigare ordalydelsen, bestämmelsens vattenrättsliga historia, rättstekniska skäl (det är i många situationer svårt eller omöjligt att klart bestämma när en ”verksamhet” ska anses avslutad), orim-

⁴ För en noggrannare redogörelse för Klippan-målet och diskussionen kring denna, se min artikel *Retroaktiv rättsprövning* (FT 1997 s. 283, på s. 290 ff.). Se även *Miljörättslig tidskrift* 1996:2 där en debattartikel av Gabriel Michanek, Rolf Strömberg och mig är återgiven (publicerad på DN-Debatt sommaren 1996), med svar från Regeringsrättens dåvarande ordförande, Göran Wahlgren. För den fortsatta debatten, se Wiweka Warnling Nerep i FT 1998 s. 149, replik av Darpö i FT 1998 s. 255 och slutord av Warnling Nerep i FT 1998 s. 261. Dessa artiklar är i huvudsak inriktade på Regeringsrättens bedömning i sak. Retroaktivitetsfrågan i Klippan-domen är vidare belyst av Ulf Bernitz i *Retroaktiv lagstiftning i europaperspektiv – om betydelsen av allmänna rättsgrundsatser* (Ur Festskrift till Stig Strömholm. Iustus 1997, s. 131) och Warnling Nerep i *Betydelsen av konstitutionell rätt: Retroaktiv lagstiftning, kommunalt självstyre och europarättens inflytande* (Ur Festskrift till Fredrik Sterzel. Iustus förlag 1999, s. 379).

liga konsekvenser av ett motsatt synsätt (systemet blev vidöppet för ansvarsflykt genom överlåtelser), stabil rättspraxis angående ansvaret för ”avslutad” verksamhet i förvaringsfall, att Lagrådet accepterade 1989 års lagstiftning utan invändningar samt samsyn i doktrinen, såväl före som efter 1989.⁵

Det är mot denna bakgrund man bör se de reaktioner som Regeringsrättens avgörande i Klippan-målet utlöste. Det var inte så mycket själva domslutet som var förvånande. Det var istället uttalandena i domskälen som – utan egentlig motivering – gav en mycket snäv tolkning av 5 § ML, en regel som hade allmän giltighet för en mängd situationer. Här är emellertid inte meningen att upprepa den kritik som jag och andra förde fram emot domstolens tolkning av rättslaget i sak. För diskussionen i denna artikel räcker det att konstatera att Regeringsrätten fann att miljöskyddslagen i dess lydelse före den 1 juli 1989 inte kunde anses medföra något efterbehandlingsansvar för den som avslutat eller överlåtit verksamheten. Det som här är av intresse är istället domstolens resonemang om retroaktivitet.

Regeringsrätten om retroaktivitet

Klippan-målet bedömdes av Regeringsrätten i plenum.⁶ Domstolens majoritet inleder med att konstatera att den förvaltningsrättsliga huvudprincipen i svensk rätt – såsom den bestämdes i rättsfallet RÅ 1988 ref. 132⁷ – är att till grund för prövningen ska ligga de regler som gäller vid prövningstillfället, såväl när det gäller föreskrifter om förfarandet, som prövningen i sak. Denna princip kan emellertid inte vara undantagslös, vilket bl.a. framgår av grundlagens förbud mot retroaktiv lagstiftning på straff- och skatterättens område (2 kap. 10 § regeringsformen, RF). Domstolen fortsätter:⁸

”Vidare har inom EG-rätten – som hämtar sitt mönster i medlemsstaternas gemensamma rättstraditioner – med hänvisning till proportionalitetsprincipen och till principerna om rättssäkerhet (legal certainty

⁵ Se min ovan nämnda artikel i FT 1997 s. 283, på s. 304 ff. med hänvisning till bl.a. 1983 års slutbetänkande av Miljöskyddsutredningen (SOU 1983:20) och Delin i FT 1989 s. 1.

⁶ Domen togs av Regeringsrätten med röstetalet 12-5.

⁷ Det var här fråga om en kontroversiell vägdragnings som berörde Bratteforsåns dalgång på Västkusten. Beslutet om arbetsplan för vägen togs av Vägverket före det att väglagens bestämmelser om miljökonsekvensbeskrivning (MKB) hade trätt i kraft. När regeringen överprövade ärendet bortsåg den därför från de då gällande bestämmelserna om MKB. Efter ansökan om resning återförvisade Regeringsrätten ärendet till regeringen med motiveringen att vid besvär ska samtliga förvaltningsrättsliga föreskrifter – såväl formella som materiella – som gäller vid *prövningstillfället* tillämpas. (Arbetsplanen godtogs så småningom efter vissa justeringar av vägens utformning).

⁸ RÅ 1996 ref. 57, på s. 245.

or security) och skyddet av berättigade förväntningar (protection of legitimate expectations) ansetts att, till skillnad från ändringar i processuella regler, ändringar i materiellrättsliga regler normalt inte träffar förhållanden som ligger före ikraftträdandet annat än då det på olika sätt, såsom av bestämmelsens ordalydelse, klart framgår att en retroaktiv tillämpning har varit åsyftad. Även i sådant fall krävs att de berörda berättigade förväntningar har behörigen respekterats.”

Domstolen fortsätter med att konstatera att förvaltningsrätten innehåller ett mycket stort antal normer och att det är svårt att klart avgränsa dessa från regler från andra rättsområden. Vissa av de förvaltningsrättsliga föreskrifterna gäller förhållanden som främst regleras av civilrättslig lagstiftning, där det normala är att nya regler inte träffar rättshandlingar som utförts innan lagstiftningen trätt i kraft. Flertalet av förvaltningsrättens föreskrifter är emellertid av ett sådant slag att det finns starka skäl att låta dem få snabbt genomslag. Enligt Regeringsrätten bör därför försiktighet iakttas när det gäller att uppställa en generell regel för när dessa föreskrifter ska börja att gälla. En allmän utgångspunkt bör dock vara den som följer av RÅ 1988 ref. 132, uttalar domstolen, som dock tillägger:⁹

”Det framstår emellertid inte som rimligt att till den enskildes nackdel tillämpa en lagstiftning av det i målet aktuella slaget retroaktivt, i vart fall inte om inte detta är föreskrivet i särskilda övergångsbestämmelser eller det av regelsystemet i övrigt tydligt kan utläsas att en sådan tillämpning är åsyftad.”

Någon sådan övergångsregel fanns inte knuten till 1989 års lagstiftning och Regeringsrätten ansåg inte heller att lagstiftningen i övrigt kunde ge stöd för att tillägget i 5 § ML skulle tillämpas på en verksamhet som var överlåtett långt före detta datum. Med hänsyn till dessa förhållanden och ”då en sådan tillämpning uppenbarligen skulle leda till en tidigare oförutsedd ekonomisk belastning för berörda företag”,¹⁰ fann slutligen domstolen att regeringens beslut saknade stöd i lag och att det därför skulle upphävas.

Även Regeringsrättens minoritet hänvisade till rättsfallet RÅ 1988 ref. 132, men menade att den situation som där var för handen klart skilde sig från den i Klippan-målet. I det första målet var det fråga om att Regeringsrätten prövade förutsättningarna för att fastställa en arbetsplan för väg mot

⁹ A.a., s. 246.

¹⁰ A.a., samma sida.

den lagstiftning som gällde vid tidpunkten för prövningen hos regeringen. Emellertid, fortsatte minoriteten, är detta:¹¹

”(...) något helt annat än att i efterhand ålägga en tillståndshavare skyldigheter som inte hade stöd i lag vare sig när tillståndet meddelades eller när det för hans del upphörde att gälla. Om den princip som angivits i rättsfallet skulle tillämpas på fall som det nu aktuella skulle detta öppna för all slags retroaktiv lagtillämpning. En sådan lagtillämpning skulle strida mot allmänna förvaltningsrättsliga grundsatser.”

Slutligen uttalade minoriteten att retroaktiv lagstiftning inte ens alltid är möjlig med stöd av lag. I denna delen hänvisade man dels till det uttryckliga förbudet i 2:10 RF, dels till det förstärkta egendomsskyddet i 2:18 RF samt till de begränsningar som följer av EG-rätten.

Retroaktivitet och europarätt

Inledning

Såväl Regeringsrättens majoritet som dess minoritet hänvisar till EG-rätten. Jag vill därför försöka mig på en något noggrannare redogörelse för vad som följer av den rättspraxis som utvecklats av EG-domstolen i frågan om retroaktivitet. Först bara några allmänna ord om vad som kan betraktas som retroaktiv lagstiftning.

En ofta refererad definition av detta begrepp ges i Strömholms ”Rätt, rättskällor och rättstillämpning” (kursiv i original):¹²

”Retroaktiv’ betyder tillbakaverkande. Vad som avses, när man säger att en lag eller annan författning är retroaktiv, är att denna *knyter rättsliga konsekvenser, som tidigare inte fanns, till en handling eller ett förhållande som inträdde före dess ikraftträdande* (eller bringar tidigare gällande rättsliga konsekvenser att upphöra).”

Här ges alltså en allmänt formulerad definition av när en lag är ”tillbakaverkande”. I praktiken uppstår emellertid en mängd olika situationer då det är

¹¹ A.a., s. 247.

¹² Strömholm S: Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Norstedts 1996, s. 346.

svårt att ange om lagstiftningen är retroaktiv.¹³ Ett klassiskt sådant exempel är ny lagstiftning som påverkar adoptivbarns arvsrätt; är den retroaktiv om den gäller även för adoptivbarn vars adoptivföräldrar fortfarande lever? Ett annat och mer miljörelaterat exempel är en reglering som stadgar att fastighetsägare måste hålla sina tomter fria från skräp; är den retroaktiv om den möjliggör krav med avseende även på sådant skräp som redan fanns på tomten när reglerna börjar att gälla?

Retroaktivitetsfrågan har genom åren varit mycket omdiskuterad och genererat åtskillig rättsteori. Här är inte plats att redogöra för denna diskussion utöver att peka på den teoretiska distinktion som i viss utsträckning överlevt fram till våra dagar, den om ”falsk” respektive ”äkta” retroaktivitet. Uppdelningen – som finns över hela Europa under olika benämningar (”true/actual” eller ”false/material/apparent retroactivity”) – tar fasta på skillnaden mellan den situation då lagstiftningen med tillbakaverkande kraft träffar avslutade händelser (”äkta retroaktivitet”), och när den träffar fortgående förhållanden som inte avslutats när bestämmelsen träder i kraft (”falsk” d:o). De två exempel som nämndes ovan om adoptivbarnets arvsrätt och fastighetsägarens skräpiga tomt är goda exempel på den falska varianten. Som ett exempel på ”äkta retroaktivitet” kan vi utveckla situationen med adoptivbarnet; en ändrad arvsreglering som är tillbakaverkande på så sätt att den även gäller fall där adoptivföräldern redan är avliden – eller kanske t.o.m. att arvet är skiftat – är ”äkta” retroaktiv. Nu är denna uppdelning inte heller enkel att göra, vilket kan exemplifieras med en anmälningsplikt som gäller för förhållanden i förfluten tid – är detta fråga om retroaktiv lagstiftning över huvud taget, och i så fall, är den äkta eller falsk?

Syftet med indelningen har varit att underlätta bedömningen av vad som är tillåtet inom detta område. Samtidigt finns det en europeisk samstämmighet om att retroaktivitet faktiskt är möjlig under vissa omständigheter. Väsentligen är det fråga om att bedöma tyngden av det allmänna intresset, vägt emot den enskildes intresse och förväntningar. En sådan avvägning – eller bedömning av det rättfärdiga i en tillbakaverkande regel – är typiskt sett beroende på bedömarens samhällspolitiska uppfattningar. Detta gör att vi hamnar i gränslandet mellan juridik och politik och de konkreta ställningstagandena kan bli starkt kontroversiella.¹⁴ Några författare ställer sig också tve-

¹³ Se Rodhe, K: Något om retroaktiv civillagstiftning (Ur PM med förslag till lag om begränsning av dyrtidstillägg å lön och pension. Bilaga till SOU 1943:320), med en rad exempel på undantag från retroaktivitetsförbudet från olika rättsområden.

¹⁴ Klippan-målet och den efterföljande debatten är ett illustrativt exempel på detta. Ett annat – senare och hetare – exempel är Barsebäcks-målet (RÅ 1999 ref. 76), där det också var fråga om att bedöma det allmänna intressets tyngd (d.v.s. av att utveckla kärnkraften) i förhållande

kande inför en teoretisk uppdelning av olika slags retroaktivitet och menar att det egentligen bara är fråga om att sätta etikett på vad som kan accepteras i sammanhanget. Det är i samtliga fall fråga om en helhetsvärdering, eller en rimlighetsbedömning som den norske rättsvetaren Hans Christian Bugge uttrycker det:¹⁵

”I vurderingen av spørsmålet om urimelighet, vil altså de hensyn som ligger bak loven måles mot hvordan loven virker i forhold til (bl.a.) rettsikkerhetsverdier som likebehandling, saklighet og forutberegnelighet.”

I de flesta europeiska länder finns någon form av förbud mot retroaktiv lagstiftning. Det är vanligen inte fråga om ett allmänt förbud, utan det täcker endast vissa områden – typiskt sett straff- och skattelagstiftningen. Så gäller retroaktivitetsförbudet i art. 7 i den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter (EKMR) endast straffrättslig lagstiftning i vid bemärkelse.¹⁶

till de enskilda (d.v.s. Sydkrafts m.fl. intresse av att vilja driva anläggningen vidare). Den debatt som följde efter den domen var delvis både högröstad och osaklig. Se exempelvis Joakim Nergelius i Förvaltningsprocess, normprövning och europarätt (Norstedts 2000, s. 116): ”Detta är dock ett intet mot den ytterst märkliga hantering...”, och (s. 118) ”...en ren rättsskandal, av principiellt allvarlig karaktär”. Den rättsfallskommentar som Fredrik Sterzel skrev i JT 2000:2 (s. 658), där han uttryckte förståelse för domen, möttes i ett efterföljande nummer av tidskriften av reaktioner av sällan skådat slag i den juridiska diskussionen. Nergelius (JT 2000:3, s. 971) lämnade öppet om inte Sterzel hade ”mist omdömet” och Carl Mikael von Quitzow, som enligt egen uppgift är en ”EG-rättslig betraktare” med en ”kontinental rättsuppfattning”, ställde den menande frågan: ”Denna ensidighet och sättet att resonera gör att man kan undra vad Sterzel har för relation till frågan och Regeringsrättens hållning” (s. 973). Han ansåg också att Sterzels uppfattning ”torde därför kunna uppfattas som något konstig” (s. 974), att den präglas av ”politisk pragmatism” och ”mera som uttryck för känsla än en vederhäftig EG-rättslig analys” (s. 977). Slutligen kommenterade Tore Wiwen-Nilsson Sterzels bedömning av domen som ”vattentät” med ett så grovt personangrepp att jag inte ens vill återge i tryck (s. 983). Uttalanden som dessa är mer avsedda att såra än att övertyga, och slår väl därför mest tillbaka på det anseende som dessa författare åtnjuter. Av större skada är det emellertid att JT inte hade redaktionell styrka nog att hålla debatten fri från sådana övertramp.

¹⁵ Bugge, H C: Grunnloven § 97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis. Jussens venner 1999 s. 65, på s. 74.

¹⁶ Ibland anges också att skyddet mot äganderätten i art. 1 i första tilläggsprotokollet till EKMR har betydelse i frågan om tillåtligheten i retroaktiv lagstiftning (se t.ex. Bernitz i Festskrift till Stig Strömholm, på s. 134). Jag har emellertid svårt att finna att Europadomstolen har utvecklat någon praxis som har självständig betydelse i retroaktivitetsfrågan vid sidan av de principer som utvecklats av EG-domstolen. Se Danelius, H: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. (Norstedts 1998, s. 323), Cameron, I: An introduction to European convention of human rights. (Iustus, 3:e uppl. 1998, på s. 105ff) och Ehrenkrona i Karnov 1998/99 del 1

Endast Norge och Makedonien har ett allmänt utformat förbud mot retroaktiv lagstiftning, i det förra fallet i 97 § grunnloven. Denna regel har dock tolkats så snävt av den norske Høyesterett att den knappast har större räckvidd än vad som är normalt i den europeiska rättstraditionen utanför straffrättens område.¹⁷ Och där kan man tala om att retroaktivitetsförbudet – vare sig det är lagfäst eller fastslaget genom rättspraxis – är en *presumption* om att lagstiftningen inte är retroaktiv. Därtill kommer att tillåtligheten är beroende av vilket rättsområde det gäller. Denna grundsyn präglar också den EG-rättsliga synen på retroaktivitet.

Doktrinen om EG-reglernas omedelbara tillämplighet

EG-rätten innehåller inget uttryckligt retroaktivitetsförbud. Som nämndes ovan, har emellertid en sådan princip – precis som i många av medlemsstaterna – utvecklats i rättspraxis. Som vanligt när det är fråga om en rättslig princip, är den emellertid försedd med undantag.¹⁸ Sådana undantagssituationer kan exempelvis uppstå när principen om icke-retroaktivitet vägs mot andra EG-rättsliga principer, något som EG-domstolen (EGD) tog ställning för redan 1959 i det s.k. SNUPAT-målet (min kursiv).¹⁹

”...the fact that the *principle of respect for legal certainty*, important as it may be, cannot be applied in an absolute manner, but that its application must be combined with that of the *principle of legality*; the question which of these principles should prevail in each particular case depends upon a comparison of the public interest with the private interest in question, (...).”

Ett av de första rättsfallen som belyste EG-rättens tidsmässiga dimension var annars målet Hessische Knappschaft. Det var här fråga om de efterlevande till en tysk medborgare, dödad i en bilolycka i Frankrike 1957, skulle omfattas av en förordning om social säkerhet som hade trätt i kraft först två år där-

(ang. EKMR, s. 68f, not 85-87). Inom det straffrättsliga området finns däremot intressant rättspraxis från Europadomstolen, se t.ex. *National & Building Society v. UK* (mål nr. 117/1996/736/933-935).

¹⁷ Smith, E: Retroaktiv lovgivning – grunnloven § 97 og den europeiske rettstradisjon. Ur *Lov og Rett* 1997 s. 195, på s. 195. Se också Bugge i *Grunnloven*, s. 77 ff.

¹⁸ Lamoureux, F: The retroactivity of community acts in the case law of the Court of justice *Common Market Law Review* 1983 s. 269, på s. 270. Observera dock att förbudet är absolut när det gäller straffrättsliga bestämmelser, se t.ex. EG-domstolens avgöranden i målen 63/83 *Kirk* (ECR 1984 s. 2689) och 21/81 *Openbaar Ministerie v. Bout* (ECR 1982 s. 381).

¹⁹ Mål 42 och 49/59 *SNUPAT*, ECR 1961 s. 53, på s. 87.

efter. Domstolen menade att *EG-rätten gäller direkt på alla existerande förhållanden*, om inte annat klart framgår av reglerna (min kursiv):²⁰

”But events occurring before that day may, once the Regulation has entered into force, give rise to those rights and duties. In the absence of an express provision to the contrary, its rules must be *regarded as taking effect as soon as they enter into force, inasmuch as they determine in the present legal consequences of actions in the past.*”

Detta synsätt kom att kallas doktrinen om EG-rättens ”omedelbara tillämplighet” (”immediate applicability”). Genom denna undvek EGD i början att ta ställning till frågan om retroaktivitet, åtminstone i formell mening.²¹ Domstolen menade istället att denna tillämpning av reglerna inte hade ”retroactive effect in the proper sense of the expression”.²² I rättsfallet *Hessische Knappschaft* var det fråga om en tillämpning av bestämmelser som åtminstone kom vissa enskilda tillgodo. Doktrinen om reglernas omedelbara tillämplighet gällde enligt domstolen emellertid även när konsekvenserna var negativa för samtliga inblandade enskilda. Detta kom till uttryck i EGD:s praxis på ett av huvudområdena för domstolens verksamhet, nämligen inom marknadsrätten. Här var det främst fråga om ändrade kvoter och stödformer för import och export inom särskilt reglerade och bidragsfinansierade sektorer, såsom stålproduktion och jordbruk.²³ I flertalet mål accepterade domstolen att lagstiftningen på området ändrats på detta sätt med tillbakaverkande effekt så att redan ingångna avtal och andra dispositioner påverkades.²⁴ Denna grundinställning kan illustreras med domstolens uttalande i *Dürbeck-målet*, där man hänvisade till det tidigare avgörandet i *Tomadini-fallet*.²⁵

²⁰ Mål 44/65 *Hessische Knappschaft*, ECR 1965 s. 965, på s. 972. Se även mål 68/69 *Bundesknappschaft*, ECR 1970 s. 171 angående en liknande frågeställning om pensioner.

²¹ *Lamoureux*, s. 271. I rättsfallet *Westzucker* (mål 1/73, ECR 1973 s. 723, på s. 737) menade generaladvokat Roemer att ett liknande synsätt finns i flera medlemsländers rättsordningar. Bland annat hänvisar han till ett avgörande av f.d. *Reichsgericht* i Tyskland, där domstolen motiverade att en offentligrättslig bestämmelse skulle tillämpas på fortlöpande förhållanden enbart därför att den utgjorde en del av ”public law”.

²² Mål 74/74 *CNTA*, ECR 1975 s. 533, på s. 548 (p. 32). Se även *Lamoureux* s. 274.

²³ *Sharpstone*, E: Legitimate expectations and economic reality. *European Law Review* 1990 s. 103, på s. 108.

²⁴ Exempelvis mål 37/70 *Rewe-Zentrale*, ECR 1971 s. 23, mål 1/73 *Westzucker*, ECR 1973 s. 723, mål 44-51/77 *Union Malt*, ECR 1978 s. 57, mål 112/77 *Töpfer*, ECR 1978 s. 1019 och mål 84/81 *Staple Dairy*, ECR 1982 s. 1763.

²⁵ Mål 112/80 *Dürbeck*, ECR 1981 s. 1095, citatet på s. 1121 med hänvisning till mål 84/78 *Tomadini*, ECR 1979 s. 1801.

”(…), the principle of the protection of legitimate expectations is one of the fundamental principles of the Community, nevertheless “the field of application of this principle cannot be extended to the point of generally preventing new rules from applying to the future effects of situations which arose under the earlier rules in the absence of obligations entered into with the public authorities”. In the same judgement the Court went on to say that “this is particular true in a field such as the common organisation of markets, the purpose of which necessarily involves constant adjustment to the variations of the economic situation in the various agricultural sectors”.

EGD har i dessa fall menat att de gemensamma reglerna om import- och exportkvoter, utjämningsbidrag och skattelättnader typiskt sett är sådan reglering som kan komma att ändras plötsligt vid behov och att ett omedelbart genomslag då är nödvändigt för full effektivitet över hela marknaden. Domstolen har pekat på att en sådan regeltillämpning ligger ”i sakens natur” och att de inblandade aktörerna inte kunde ha förväntat sig att tidigare regler och förmåner skulle gälla för alltid. Detta resonemang har främst gällt tilläggslagstiftning,²⁶ men även sträckts så långt att de nya reglerna har tillåtits omfatta produkter som tidigare inte varit föremål för reglering.²⁷ I några fall har en retroaktiv tillämpning också motiverats med att den varit ägnad att förhindra spekulation.²⁸ Den tillbakaverkande effekten av denna lagstiftning har också avsett relativt korta tidsperioder.

IRCA-målet

I flera av de föregående målen hade EGD uttalat att den nya regleringen inte var retroaktiv därför att själva importen/exporten ännu inte hade skett.²⁹ Att sedan godset redan var på väg eller kontrakterat och handlarna därför ur stånd att ta hänsyn till de nya villkoren, kunde enligt domstolen endast undantagsvis inverka på tillåtligheten i det enskilda fallet. I IRCA-målet gick emellertid EGD ett steg längre.³⁰ Här var det fråga om att reglerna för utjämningsbidrag³¹ på kött ändrades med effekt även på redan genomförd

²⁶ Toth, A.G: The Oxford encyclopedia of European law, Clarendon Press 1990, på s. 471.

²⁷ Mål 98/78 Racke, ECR 1979 s. 69.

²⁸ Mål 2/75 Einfuhr (Mackprang), ECR 1975 s. 607. I detta mål (på s. 623) citerar generaladvokaten Warner ett uttalande i ett engelskt mål där Lord Green uttalar: ”It scarcely lies in the mouth of the taxpayer who plays with fire to complain of burnt fingers.”

²⁹ Det första målet där detta uttalades var mål 17/67 Neuman, ECR 1967 s. 441. Se även Westzucker, domen s. 729. Lamoureux belyser denna fråga ingående (s. 273ff).

³⁰ Mål 7/76 IRCA, ECR 1976 s. 1213.

³¹ ”Monetary compensation amounts” eller bara ”mca:s”.

import. Domstolen menade att systemet med dessa bidrag i sig byggde på att de fastställdes i efterhand och att det fortfarande inte var fråga om retroaktiv lagstiftning i egentlig mening. Man hänvisade också till att importörerna var medvetna om hur systemet fungerade och att de därför hade kunnat förutse att lagstiftningen kunde ändras.

IRCA-målet är också intressant ur synvinkeln att det illustrerar hur domstolen arbetar för att, så att säga ”finna den rätta europarätten”. Inför avgörandet levererade generaladvokat Warner ett utförligt yttrande där han belyser frågan om retroaktivitet. Han inleder med att peka på att domstolen tidigare har accepterat att EG-reglerna får direkt effekt även på förhållanden som uppstått före ikraftträdandet, även om övergångsregler till förmån för de enskilda intressena ibland har ansetts nödvändiga.³² Warner menade dock att aldrig förr hade EGD egentligen tagit ställning till gränserna för tillåtligheten i retroaktiv lagstiftning, vilket han nu tog på sig att göra. För att finna dessa gränser gick han dels till de internationella konventioner som EU har tillträtt (däribland EKMR), dels till medlemsstaternas nationella lagstiftning på området och den rättspraxis som utvecklats av de högsta instanserna i dessa länder. Denna teknik ska emellertid inte användas för att finna ett slags minsta gemensamma nämnare, utan snarast för att spåra en trend. Här hänvisade Warner till ett uttalande som gjordes redan 1961 av generaladvokat Lagrange i Hoogevens-målet:³³

”In this way the case law of the Court, in so far as it invokes national laws (as it does to a large extent) to define the rules of law relating to the application of the Treaty, is not content to draw on more or less arithmetical “common denominators” between the different national solutions, but chooses from each of the Member States those solutions which, having regard to the objects of the Treaty, appear to it to be the best or, if one may use the expression, the most progressive. That is the spirit, moreover, which has guided the Court hitherto.”

En presumtion om icke-retroaktivitet

Det första som generaladvokat Warner i IRCA-målet pekar på i sin genomgång av rättsläget i medlemsstaterna är en anmärkningsvärd samsyn om att

³² Ett sådant exempel var mål 74/74 CNTA, ECR 1975 s. 533.

³³ Mål 14/61 Hoogevens, ECR 1962 s. 253, på s. 283. Se även Hartley, T C: The foundations of European community law, Oxford University Press, 4:e uppl. 1998, på s. 131 ff. och Allgårdh, O & Norberg, S: EU och EG-rätten, Norstedts, 3:e uppl. 1999, på s. 113. Shaw i sin tur kallar detta EGD:s ”comparative method” (Shaw, J: Law of the European union. MacMillan (London) 2:e uppl. 1996, på s. 181).

lagstiftningen bygger på en *presumption om icke-retroaktivitet*. Denna slutsats får honom att ställa och besvara följande fråga (min kursiv):³⁴

”...the question is, I think, where this guidance afforded by the laws of the Member States leads us as regard Community law.

As to this, I have for my part no doubt. Where a provision of the Treaty directly authorises the Council or the Commission to legislate, the analogy is with national Parliament empowered to enact statutes. Subject to the limitation that *legitimate expectations* may not be defeated, the Institution concerned is free to legislate *retroactively*, but it will be *presumed not to do so*. Its acts will be held to have retroactive effect only if and so far as their terms evince, either expressly or by necessary implication, a clear *intention* that they should have that effect.”

Vad denna presumtion innebär har EGD utvecklat vidare i ett antal domar. För det första gäller den inte inom det straffrättsliga området där det råder ett principiellt förbud mot retroaktiv lagstiftning i enlighet med art. 7 EKMR. När det gäller processuella bestämmelser gäller det omvända, d.v.s. de är i regel tillbakaverkande på så vis att de gäller direkt, även på inledda förfaranden. När det gäller materiella regler är dessa däremot retroaktiva endast i den utsträckning som det framgår att det är en klar avsikt från lagstiftarens sida (min kursiv):³⁵

”Although procedural rules are generally held to apply to all proceedings pending at the time when they enter into force, this is not the case with substantive rules. On the contrary, the latter are usually interpreted as applying to situations existing before their entry into force *only in so far as it clearly follows from their terms, objectives or general scheme that such an effect must be given to them.*”

Som framgår av detta uttalande, behöver emellertid denna avsikt inte framgå av reglernas ordalydelse. Det räcker med att den kan förstås genom en tolkning av lagstiftningens målsättning, eller genom en systematisk analys av det

³⁴ GA:s yttrande, på s. 1239. I det efterföljande Racke-målet (mål 98/78 Racke, ECR 1979 s. 69, på s. 97) uttalar generaladvokat Reischl att europarätten alls inte utesluter retroaktiv lagstiftning och hänvisar till ett färskt avgörande av den tyska Bundesverfassungsgericht (BVG) av den 15/2-78.

³⁵ Uttalande av EGD i mål 212-217/80 Salumi and others (Meridionale), ECR 1981 s. 2735, på s. 2751.

sammanhang som reglerna förekommer i. Eller som Lamoureux uttrycker det:³⁶

”Such authorisation may either be explicitly provided for or deducted from the meaning or the purpose of a particular law and hence established by interpretation.”

Om däremot en retroaktiv avsikt inte kan utläsas eller förstås på detta sätt, har domstolen godtagit de berördas invändningar om att regleringen endast har gällt framåt i tiden.³⁷

Isoglukos-målen

Fram till i början av 1980-talet hade EGD – åtminstone när det gällde lagstiftning som rörde reglerade marknader – endast tagit ställning till det tillåtliga i lagstiftning som träffade förhållanden som i någon mening inte var avslutade vid ikraftträdandet.³⁸ Härvid utvecklade man som sagt en doktrin om reglernas omedelbara tillämplighet som täckte situationer av s.k. falsk retroaktivitet. Något klart exempel där EGD erkände att ”äkta” retroaktiv lagstiftning var tillåten hade inte uppträtt förrän de s.k. Isoglukos-målen.³⁹ Bakgrunden var följande: Rådet hade tidigare utfärdat en förordning som givit kvoter för försäljningen av konstgjorda sötningsmedel, s.k. isoglukoser. Förordningen hade emellertid blivit underkänd av EGD på grund av formella fel. Därefter – och långt efter det att de transaktioner som regleringen gällde var avslutade – antog Rådet ytterligare en förordning med identiskt

³⁶ Lamoureux, s. 280, där han hänvisar (not 35) till en dom av Bundesverfassungsgericht (BVG den 8 juni 1977, EuR 1978 s. 142). Han menar även att ett liknande synsätt gäller enligt fransk rätt och säger angående internationell rätt (s. 287, not 55, min kursiv): ”According to art. 28 in the Vienna Convention on the Law of Treaties, *unless a different intention is apparent from the treaty or is otherwise established*, the provisions of a treaty are not binding upon a party as regards an act or an event which occurred prior to the date of entry into force of the treaty in relation to that party or a situation which had ceased to exist at that date.”

³⁷ Se exempelvis mål 212-217/80 Salumi, ECR 1981 s. 2735, mål 1/84 Ilford, ECR 1984 s. 423 och 70/83 Kloppenburg, ECR 1984 s. 1075.

³⁸ Mål 37/70 Rewe-Zentrale, ECR 1971 s. 23 var visserligen det första rättsfallet där ”äkta” retroaktivitet godtogs, men avgörandet brukar betraktas som ett undantag eftersom förhållandena var exceptionella (stundande valutakris). De tidiga rättsfallen om rätt till pension (se ovan) kan också sägas gälla äkta retroaktivitet.

³⁹ Mål 108/81 Amylum, ECR 1982 s. 3107, mål 110/81 Roquette Frères, ECR 1982 s. 3159 och mål 114/81 Tunnel Refineries, ECR 1982 s. 3189. Jag skriver ”klart exempel” därför att det även på detta område är svårt att ange vad som är falsk respektive äkta retroaktivitet. Såväl Kommissionen, som generaladvokat Warner ansåg att det var fråga om äkta retroaktivitet i IRCA-målet. Domstolen var, som redan nämnts, av en motsatt uppfattning.

innehåll. EGD godtog emellertid denna reglering trots den ”äkta” retroaktiviteten som sträckte sig lång tid tillbaka, eftersom den syftade till att tillgoda ett tungt vägande intresse.⁴⁰ Man menade också att regleringen egentligen bara återställde rättsläget till vad som framgick av den underkända förordningen och att ändringen därför var förutsebar av marknadsaktörer, som f.ö. utgjordes av ett fåtal producenter som var väl insatta i sammanhanget. Generaladvokaten Reischl angav förutsättningarna för att sådan retroaktivitet kunde godtas i det att han parafraserade ett ofta återgivet uttalande av EGD i i Racke- och Decker-målen (min kursiv):⁴¹

”Thus it may be said that Community law by no means precludes retroactivity, including genuine retroactivity, and that for retroactivity to be lawful two criteria have to be satisfied: first, whether the purpose to be achieved demands such an effect – and in that connection mandatory demands of public interest or, in the words of Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court), imperative reasons affecting the public weal might be material – and secondly, whether the legitimate expectations of the parties concerned is respected, that is to say whether such persons ought to have expected a retroactive measure. It does not, however, appear to be of decisive importance, in the light especially of the relevant case-law of national courts, whether the retroactivity is to apply for a shorter or longer period. That aspect may thus at the most be relevant in connection with the two aforementioned criteria, in particular with that of the protection of legitimate expectations.”

Förutsättningar för att bryta presumtionen om icke-retroaktivitet

Enligt EGD är det alltså fråga om *två grundläggande förutsättningar* för tillåtlig retroaktivitet som gäller samtidigt och vid sidan av den klara avsikten; för det första måste en sådan tillämpning vara *nödvändig med hänsyn till de ändamål* som lagstiftningen ska fylla. När det har gällt de typiska rättsfallen i dessa sammanhang – som har handlat om marknadsreglerande lagstiftning – har stabilitet på den gemensamma marknaden utgjort exempel på sådana

⁴⁰ Den kontroversiella förordningen meddelades i februari 1981 och gällde för tiden 1/7-79 – 30/6-80. Angående tidsutdräkten refererar Lamoureux (s. 280, not 36) till en dom av BVG den 15/2-78 (EuGrZ, 1978 s. 379) där man godtog att en lagstiftning hade gjorts retroaktiv för en period av 16 år.

⁴¹ Amylum, GA:s yttrande på s. 3144. Det uttalande av EGD som Reischl hänvisar till återfinns mål 98/78 Racke, ECR 1979 s. 69, på s. 86, och mål 99/78 Decker, ECR 1979 s. 101, på s. 111.

intressen. Även behovet att ett enhetligt system för bidrag och liknande har lyfts fram i EGD:s motiveringar.⁴² För det andra måste ändå de *enskildas berättigade förväntningar respekteras*. En utvärdering av rättspraxis i denna fråga visar att EGD inte haft några problem att acceptera falsk retroaktivitet i dessa sammanhang, även om detta har rubricerats som en fråga om reglernas omedelbara tillämplighet. Domstolen har emellertid varit mer tveksam till den äkta varianten, och när denna ändå har accepterats har detta förutsatt att det har funnits tungt vägande allmänna intressen ("overriding public interest") som talar för.⁴³ Till detta kommer dessutom att de inblandades berättigade förväntningar måste respekteras. Det är dock knappast fråga om något absolut skydd för sådana förväntningar, utan väsentligen en fråga om en avvägning mellan de intressen – oftast allmänna – som talar för retroaktivitet och de enskilda intressen som talar emot. I slutändan är det alltså fråga om en intresseavvägning eller en rimlighetsbedömning, vilket nog kan sägas gälla oavsett om det är fråga om falsk eller äkta retroaktivitet.⁴⁴ För detta synsätt talar också det att faktum att det kan vara svårt att göra en klar distinktion mellan dessa olika varianter. Vid en genomgång av målen i EGD är det inte alldeles enkelt att klart ange vilket slags retroaktivitet som ska anses gälla i den ena eller andra situationen, och – som jag nämnde ovan – förvirringen i nomenklaturen finns ju ända in i domstolen.

EG-rättsliga principer och retroaktivitet

Något liknande kan sägas om de europarättsliga principer som åberopas i detta sammanhang. I den svenska EG-litteraturen hänvisas gärna till såväl proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen, som principen om välförvärvade rättigheter och den om respekten för berättigade förväntningar.⁴⁵ Jag ska här inte uttala mig om dessa principer i ett vidare sammanhang. Efter en genomgång av EGD:s rättspraxis angående retroaktivitetsfrågan hävdar jag dock att det är möjligt att sortera något i denna principiella djungel enligt följande: Principen om välförvärvade rättigheter spelar

⁴² Isoglukosfallen är exempel på ett sådant resonemang, liksom mål 84/81 Staple Dairy, ECR 1982 s. 1763.

⁴³ Lamoureux s. 271, Hartley s. 144.

⁴⁴ Se bl.a. Lamoureux, s. 278. Schwarze väljer en något annan betoning; för att äkta retroaktivitet ska vara tillätlig, krävs tungt vägande intressen som talar för detta. I situationer av falsk retroaktivitet krävs det istället att de berättigade förväntningarna väger tungt för att reglerna inte ska gälla omedelbart på alla befintliga förhållanden. (Schwarze, J: European administrative law. Sweet and Maxwell 1992, på s. 1145.)

⁴⁵ Se EU-Karnov 1998/99 (Fakta InfoDirekt 1998), på s. 2318, avsnitt 5.2.4 (Molde, Nielsen m.fl., övers. Lindberg - verket är en direkt översättning från danskan).

numera ingen eller liten roll i denna praxis.⁴⁶ Rättssäkerhetskravet kan sägas komma till uttryck på två sätt. Dels utgör det själva grunden för den restriktiva hållningen gentemot retroaktiv lagstiftning på så vis att denna princip betonar vikten av att de rättsliga konsekvenserna av en handling ska vara förutsägbara.⁴⁷ Dels kommer rättssäkerhetsprincipen till uttryck i kravet att det ska vara möjligt att utläsa eller uttolka en retroaktiv avsikt. Proportionaliteten avser i detta sammanhang det faktum att det i sista hand ska göras en rimlighetsvärdering av ingreppet.⁴⁸ I denna del är det enligt Hartley fråga om ett relativt fritt skön för domstolen, analogt med den engelska idén om ”reasonableness”.⁴⁹ Återstår så principen om berättigade förväntningar.

Berättigade förväntningar

Principen om skydd för berättigade förväntningar är hämtad från Tyskland.⁵⁰ Eftersom den tyska författningen saknar en uttrycklig regel om retroaktiv lagstiftning, har det där istället utvecklats en doktrin om ”Vertrauensschutz” i rättspraxis. Innebörden av denna doktrin är att lagstiftarens åtgärder får inte – i frånvaron av tungt vägande allmänna skäl – kränka de enskildas berättigade förväntningar. Den EG-rättsliga principen om berättigade förväntningar har tagit intryck av den tyska doktrinen, men har också vidareutvecklats av EGD. I domstolens praxis finns några faktorer som är återkommande vid beskrivningen av dessa förväntningar, som inte bara förekommer i diskussionen om retroaktiv lagstiftning. Vi har här att göra med en allmän rättsprincip som kan läggas till grund för tolkningen av EG-rätten, för att ogiltigförklara regler samt för att tillerkänna enskilda skadestånd.⁵¹

⁴⁶ I tidigare rättspraxis fanns det resonemang om denna princip där den främst kom att spela en roll i en rad fall som rörde frågor kring villkoren för de anställda på Kommissionen (s.k. ”staff cases”, se nedan). Den omnämns också på denna tid i några andra typer av mål (se bl.a. generaladvokat Roemers uttalande i mål 1/73 Westzucker, ECR 1973 s. 723, på s. 739ff), men antalet fall där den faktiskt har påverkat domslutet är ytterst få. Lamoureux (s. 275) menar att det bara finns ett renodlat sådant exempel och ytterligare ett litet antal mindre klara fall. Typiskt sett har EGD ansett att det inte existerar några välförvärvade rättigheter i samband med den marknadsreglerande lagstiftningen, se exempelvis målen 95-98/74, 15 och 100/75 Union Nationale, ECR 1975 s. 1615. Lamoureux menar också att i praktiken är det den bredare principen om berättigade förväntningar som ger begränsningarna för retroaktiv lagstiftning. Schwarze (s. 1117) har en liknande uppfattning.

⁴⁷ Hartley, s. 143, även Shaw, s. 185 och Toth, s. 473.

⁴⁸ Schwarze, s. 1130.

⁴⁹ Hartley, s. 148.

⁵⁰ Se Westzucker-målet, domen på s. 729.

⁵¹ Hartley s. 145, Algårdh & Norberg, s. 116.

Den första kriteriet på en berättigad förväntning är att den innehas av en omdömesgill person i den krets som berörs av regleringen ("prudent man"). Eller för att citera Hartley när han exemplifierar från den EG-reglering som givit nya och "retroaktiva" villkor på marknaden för jordbruksprodukter (min kursiv):⁵²

"First of all, an expectation is not legitimate unless it is reasonable: the question here is whether a prudent man would have had the expectation. In deciding this, one must take all the circumstances into account: for example, in the case of a measure affecting grain dealers, one must ask whether a *prudent dealer of reasonable knowledge and experience would have relied on the expectation*: if he would not, the expectation is not legitimate."

Det är heller inte enbart fråga om de berördas subjektiva tro, bedömningen ska i någon betydelse vara objektiv (kursiv i original):⁵³

"In that connection it is certainly not merely a question of the *factual subjective belief* of the applicants but whether there can be said to be a legitimate expectation worthy of protection, that is, whether the applicants, on the basis of all the essential factors known at the time, were at liberty to assume that the levies would be repaid to them."

Till detta kommer att de förväntningar som respekteras i sammanhanget endast kan täcka normala villkor på marknaden. Den omdömesgilla personen förväntas alltså agera lojalt i förhållande till marknaden och de regler som gäller för denna, han ska handla "within the normal course of business"; den som spekulerar i eventuella kryphål i lagstiftningen eller i abnorma förhållanden har inga förväntningar som måste respekteras av lagstiftaren.⁵⁴

Det är vidare så att berättigade förväntningar är något som man kan ha på en situation som uppfattas som *säker*. Det ska vara fråga om att den berörde hade skälig anledning att tro att hans rättsliga position skulle förbli oförändrad och han därför har handlat med ledning av detta.⁵⁵ Däremot kan sådana förväntningar inte knytas till ett osäkert läge, oavsett om det avser ekonomin eller juridiken. Vanlig ekonomisk osäkerhet är en ingrediens som normalt

⁵² Hartley s. 145 med hänvisning till rättsfallen Union Nationale (ECR 1975 s. 1615), Union Malt (mål 44-51/77, ECR 1978 s. 57) och Lührs (mål 78/77, ECR 1978 s. 169).

⁵³ Generaladvokat Reischl i rättsfallet Amylum, på s. 3148.

⁵⁴ Se rättsfallet Einfuhr (Mackprang) som kommenterats ovan.

⁵⁵ Hartley s. 144.

ingår i alla sunda affärstransaktioner. Vad de berörda kan ha förväntningar på när det gäller regelverket är att ett klart rättsläge förblir vid detsamma.⁵⁶ Eller som Sharpstone uttrycker det:⁵⁷

”What gives rise to a claim of legitimate expectations is not, in fact, classical economic uncertainty. It is, if anything, the opposite: that the economic agent thought he ‘knew’ – or could predict with reasonable confidence – what was going to happen, but events turned out differently.”

Som jag har nämnt tidigare har EGD också i flera avgöranden betonat att det ingår i systemets natur – t.ex. med avseende på tilläggsregler för importkvoter och utjämningsbidrag – att det kan komma att förändras plötsligt med omedelbar effekt utifrån förändringar på marknaden och liknande situationer. Berättigade förväntningar kan inte heller existera om en lagstiftning med retroaktiv effekt är förutsebar. Det måste enligt Lamoureux vara fråga om en intervention från lagstiftarens sida som ”faller från skyarna” (mina anmärkningar i kursiv):⁵⁸

”The principle of legitimate expectations may, therefore, be relied upon only where the persons concerned could not reasonably have anticipated retroactive measures, taking into account, as the Court emphasised in Case 84/81 (*Staple Dairy*), the background to the legislation, its scope and the objectives pursued. To use the image adopted by Mr Advocate-General Mayras, the retroactivity must burst like a “clap of thunder in a clear sky”. (uttalande av generaladvokaten i rättsfallet *Union Malt*, ECR 1978 s. 57, på s. 91).

Man får heller inte glömma att de berättigade förväntningarna är en av flera faktorer som ingår i en helhetsvärdering eller, med andra ord, en avvägning mellan allmänna och enskilda intressen. I denna situation kan de motstående

⁵⁶ Lamoureux s. 294. Se även EU-Karnov s. 2318, not 15, vä sp: ”Principen kan endast åberopas i de fall då gemenskapen själv tidigare skapat en situation som utgör grund för en berättigad förväntning, men säkrar inte ett upprätthållande av marknads- och strukturpolitiska förhållanden.”

⁵⁷ Sharpstone s. 107. Se även Schermers, H G: *Judicial protection in the European communities*, Kluwer, 5:e uppl. 1992, på s. 67f där han hänvisar till Waelbroecks sex kriterier för att betrakta en förväntning som berättigad (*Examen de jurisprudence 1971 à 1977*, 22 RCJB (1978), pp. 76f, en för mig otillgänglig källa).

⁵⁸ Lamoureux s. 280, citatet på s. 295.

intressenas tyngd inverka på hur mycket som dessa förväntningar ska skyddas.⁵⁹ Detta kan innebära att, om de allmänna intressenas tyngd är tillräckligt stor, får de berättigade förväntningarna helt träda tillbaka.⁶⁰ Vid en genomgång av EGD:s rättspraxis på detta område är det tydligt att intresseavvägningen ofta har utfallit till förmån för lagstiftaren och den mer eller mindre "retroaktiva" lagstiftningen. Om vi bortser från det straffrättsliga området, kan bland de avgöranden där utgången blivit den motsatta nämnas rättsfallen *Salumi*⁶¹ och *Ilford*.⁶² I ytterst få mål inför domstolen har de berörda berättigade förväntningar avgjort saken till lagstiftarens nackdel.⁶³ Sharpstone menar att dessa avgöranden kännetecknas av att en annan utgång hade framstått som "orimliga ur en ekonomisk synvinkel".⁶⁴ Det mest kända fallet där invändningen om berättigade förväntningar har lyckats härrör f.ö. från arbetsrättens område, rättsfallet *Staff Salaries No. 1*.⁶⁵ Här underkände EGD Kommissionens ensidiga åtgärder för att under löpande avtalsperiod undkomma de lönetariffer som gällde för anställda i Bryssel. Som ett annat och kanske mer näraliggande exempel på en framgångsrik invändning om berättigade förväntningar brukar nämnas rättsfallet *CNTA*.⁶⁶ Här var det fråga om nya regler som innebar minskade bidrag för import av säd. EGD godtog i och för sig regleringen, men menade att vissa övergångsregler måste till för att skydda redan träffade transaktioner. Detta fall kan emellertid ses som något exceptionellt, eftersom domstolen vid flera andra tillfällen har uttalat att marknadens aktörer normalt inte kan förlita sig på att systemet

⁵⁹ Se bl.a. Schermers, som hänvisar till rättsfallet *Tomadini* och uttalar: "The protection of the legitimate expectation is not a compelling principle which always take priority. It will yield to overriding considerations of public interest." (Schermers, s. 67).

⁶⁰ *Lamoureux* s. 278 och 293ff, *Hartley* s. 144 samt *Schwarze* s. 1130 med något olika uppfattningar om förhållandet mellan det tungt vägande intresset och skyddet av de berättigade förväntningarna. *Lamoureux* å ena sidan menar att det avgörande är att det finns tungt vägande skäl som talar för äkta retroaktivitet. *Schwarze* å den andra menar att de berättigade förväntningarna alltid ska skyddas, men att kravet däremot inte ställs särskilt högt; det räcker att de "duly respects". Se också generaladvokat *Roemers* uttalande i *Westzucker*, ECR 1973 s. 723, på s. 741.

⁶¹ Mål 212-217/80, ECR 1981 s. 2735.

⁶² Mål 1/84, ECR 1984 s. 423.

⁶³ Det lär finnas ett hundratal EGD-domar enbart om retroaktivitetsfrågan.

⁶⁴ *Sharpstone*, på s. 160 där hon använder uttrycket "not make economic sense". En liknande slutsats dras av *Lamoureux* (s. 277) och *Schwarze* som pekar på de få fallen där utfallet gått de enskildas väg, oavsett om det har varit fråga om äkta eller falsk retroaktivitet (s. 1113, se även s. 1139 och 1171).

⁶⁵ Mål 81/72, ECR 1973 s. 575.

⁶⁶ Mål 74/74, ECR 1975 s. 533.

med utjämningsbidrag ska förbli oförändrat.⁶⁷ I rättsfallet Meiko⁶⁸ var det fråga om en reglering som retroaktivt bestämde att bidrag för produktion av körsbär förutsatte att vissa kontrakt hade lämnats in till de nationella jordbruksmyndigheterna före ett visst datum. Det är inte särskilt förvånande att EGD ansåg att denna ordning kränkte odlarnas berättigade förväntningar och dessutom var rent godtycklig. Även i rättsfallet Crispoltoni⁶⁹ underkände domstolen en liknande ordning för prissättning på tobak. Avgörande för utfallet i detta mål var att odlarna redan hade tagit de för produktionen avgörande besluten när de nya reglerna kom. Eftersom de nya priserna var satta för att styra storleken på produktionen framstod regleringen som meningslös. Eller för att använda EGD:s uttryck från rättsfallen Racke och Decker; det saknades ett ändamål med den retroaktiva lagstiftningen. Till detta kom att odlarna hade – även om de hade kunnat förutse sådana åtgärder – berättigade förväntningar på en viss tidsutdräkt innan de nya priserna skulle börja gälla.

Slutligen vill jag peka på att det förekommer i både EGD:s praxis och i EG-rättslig doktrin att förutsebarheten i en lagstiftningsåtgärd betonas som en viktig del i bedömningen av de berättigade förväntningarna.⁷⁰ Lamoureux går t.o.m. så långt att han påstår att bedömningen av en åtgärds förutsebarhet i EGD:s praxis har utvecklats till den avgörande motvikten till de intressen som talar för retroaktiv lagstiftning:⁷¹

”The decisive factor is the existence of an overriding matter of public interest. It appears that the principle of legitimate expectations plays a secondary role, in so far as the Court considers only whether the measure in question was foreseeable. The only question which has not yet been finally resolved is whether the Court would accept the general interest as being sufficient in itself to justify retroactivity in certain cases.”

⁶⁷ Sharpstone s. 128. För ett relativt sent avgörande om produktionskvoter som bekräftar denna inställning från EGD:s sida, se rättsfallet Delacre (ECR 1990 I s. 395, pp. 33-34 i domen).

⁶⁸ Mål 224/82, ECR 1983 s. 2539.

⁶⁹ Mål C 368/1989, ECR 1991 s. 3695.

⁷⁰ Se generaladvokat Warner i IRCA-målet (ovan), på s. 1237 och domen i rättsfallet Union Malt (ovan), på s. 82.

⁷¹ Lamoureux s. 295, där han också hänvisar till mål 146/77 British Beef, ECR 1978 s. 1360.

Utgångspunkter för en diskussion om retroaktivitet

Inledning

I den svenska debatten om Klippan-domen har Regeringsrättens ställningstagande setts som en efterlängtd anpassning av svensk praxis till de allmänna rättsgrundsatser som europarätten bygger på.⁷² Och i en betydelse måste detta kunna sägas vara riktigt; domen innebär en betydlig modifiering av den princip som slogs fast i RÅ 1988 ref. 132 om att på förvaltningsrättens område har samtliga regler – såväl processuella, som materiella – tillbakaverkande kraft i full utsträckning.⁷³ Emellertid förefaller flera författare också mena att europarätten rent allmänt bygger på ett i det närmaste absolut förbud mot retroaktiv lagstiftning, i linje med den inställning som förespråkades av Regeringsrättens minoritet i Klippan-målet. Jag har emellertid svårt att finna stöd för den uppfattningen i den rättspraxis som utvecklats av EGD och i den internationella EG-rättsliga litteraturen. Bidragande är också att det råder en viss förbistring i terminologin på området när det gäller uttrycket ”retroaktivitet”. Det kan därför vara på plats att inleda diskussionen om miljöbalkens eventuella retroaktivitet med att ange några utgångspunkter som jag menar är grundläggande i sammanhanget. Dessa rör frågorna om förhållandet mellan lagtolkning och retroaktivitet samt om

⁷² Se Bernitz i Festskrift till Stig Strömholm (även Retroactive legislation in a European perspective – On the importance of general principles of law. *Scandinavian studies of law* 2000 s. 43) samt Wærnling Nerep i FT 1998 s. 149 och i Festskrift till Fredrik Sterzel.

⁷³ När det gällde retroaktivitet på förvaltningsrättens område var nog den förhärskande uppfattningen fram till slutet av 1980-talet den som framgick av Lagrådets uttalande i lagstiftningsarbetet med 1987 års plan- och bygglag (prop. 1985/86:1 s. 860), nämligen: ”Enligt en allmänt erkänd grundsats bör processuella bestämmelser i ny lagstiftning i princip tillämpas omedelbart efter ikraftträdandet, även om de bakomliggande förhållandena härrör från tiden dessförinnan. Däremot anses att nya bestämmelser av materiell innebörd som regel bör tillämpas endast i fråga om förhållanden som inträtt efter den nya lagstiftningens ikraftträdande.” RÅ 1988 ref. 132 innebar ett avsteg från denna uppfattning (se ovan, not 7). Avgörandet blev kritiserat i den förvaltningsrättsliga litteraturen, bl.a. av Wennergren i en artikel i Förvaltningsrättslig tidskrift från 1993 (FT 1993 s. 275). Wennergren menade att Regeringsrätten hade förväxlat frågan om retroaktivitet med den om förvaltningsbesluts rättskraft och uttalade (på s. 280): ”Enligt min mening ger dessa uttalanden en helt skev bild av vad jag uppfattar som gällande förvaltningsrättsliga grundsats. Dessa får tvärtom anses sammanfalla med de allmänna rättsgrundsatser som lagrådet beskrivit.” Wennergren menade vidare att lagrådsuttalandet endast tar sikte på vad som gäller om inte annat talar emot. Det finns dock ett stort utrymme för undantag från denna huvudregel om icke-retroaktivitet. När det gällde ärendet om E6:ans dragning hade beslutet inte vunnit rättskraft när de nya reglerna trädde i kraft och därför kunde alltså dessa tillämpas vid regeringens prövning av ärendet. Han ansåg också att till förmån för en sådan slutsats talade även det faktum att såväl motstående enskilda intressen, som det allmänna miljöintresset gynnades av en sådan regeltillämpning.

användningen av retroaktivitet som rättsligt begrepp. Jag avslutar artikeln med några slutsatser om innebörden av den EG-rättsliga praxis som redovisats ovan och om Klippan-domens förenlighet med denna.

Lagtolkning och retroaktivitet

Inledningsvis ett påpekande som kan verka banalt; ett materiellt avgörande av en prejudikatsinstans är alltid ”tillbakaverkande” i den betydelsen att det utgör ett auktoriserat ställningstagande till hur en rättsregel borde ha tolkats redan från det att den trädde i kraft. Även om stabil myndighetspraxis uppfattas som en viktig rättskällefaktor på miljörettens område,⁷⁴ är det ändå den högsta överprövningsinstansen som slutligen tolkar lagen. I denna för oss självklara konstruktion ligger följaktligen att den slutliga domen kan gå emot vad som tidigare betraktades som gällande rätt och ge stöd för anspråk som tidigare bedömdes vara utsiktslösa.⁷⁵ I den bemärkelsen verkar alltså domen ”bakåt” och kan därför på ett sätt sägas vara retroaktiv. En sådan förståelse av retroaktivitetsbegreppet gör det emellertid så vidsträckt att det blir oanvändbart. Jag tror att diskussionen underlättas av att man klart skiljer på vad som menas med *lagtolkning* respektive *retroaktiv regeltillämpning*. Man bör emellertid vara uppmärksam på att dessa två rättsliga operationer är intimt förknippade med varandra. Först när domstolen slutligt har bestämt hur en regel ska förstås, är det möjligt att ta ställning till vad som är retroaktivt i sammanhanget. Eller för att uttrycka det med Eivind Smiths ord (kursiv i original):⁷⁶

”I den forstand at det nesten ikke er grenser for hva som gjennom tolkning *kan* legges inn i lov – dersom viljen bare er sterk nok – er tilbakevirkningsforbudet *aldri* mer enn et ”prinsipp for lovtolkning”.

⁷⁴ Se Backer, I L: Innføring i naturresurs- og miljørett, Ad Notam Gyldendal, 3:e uppl. 1999, på s. 32 där han pekar på att miljöretten domineras av skrivna regler, förarbeten, förvaltningspraxis och reella hänsyn. Enligt Eckhoff är förvaltningsmyndigheters praxis värde som rättskällefaktor beroende på dess stabilitet, varaktighet och utbredning. Värdet ökar om praxisen är formulerad av ett organ som anses ha särskild sakkunskap på rättsområdet. Det är också av betydelse om det är fråga om beslut som gynnar eller missgynnar enskilda samt hur rättskällebilden i övrigt ser ut (Eckhoff & Helgesen: Rettskildelære. Tano-Aschehoug, 4:e uppl. 1997, på s. 229 ff.).

⁷⁵ Med hänvisning till de negativa verkningar som en dom på detta sätt kan få på den inre marknaden, har EGD i vissa fall uttalat att dess dom endast gäller framåt i tiden. Se exempelvis mål 43/75 Defrenne (ECR 1976 s. 481). Se även Shaw s. 184 och Algårdh & Norberg s. 117 med hänvisning till flera EGD-avgöranden.

⁷⁶ Smith i Lov og rett, på s. 203.

Men prinsippets *gjennomslagskraft* kan selvsagt være mer eller mindre sterk.”

Förhållandet mellan regeltolkning och retroaktivitet kan illustreras med den danska diskussionen om undersökningsplikten i Danmarks motsvarighet till miljöbalken, 1991 års miljöbeskyttelseslov (MBL). Enligt 72 § MBL är den som utövar en verksamhet som kan befaras ha medfört förorening skyldig att bistå miljömyndigheten med de upplysningar och undersökningar som behövs för tillsynens utövande. Med stöd av denna bestämmelse kan adressaten t.ex. föreläggas att utföra de undersökningar som behövs för att värdera ett områdes föroreningsstatus och dess påverkan på omgivningen. Kravet kan även innefatta ett klarläggande av hur föroreningarna ska efterbehandlas eller förebyggas. I det s.k. Shell-målet⁷⁷ ansåg Højesterets majoritet att såväl bestämmelsens ordalydelse som förarbetena talade för att den endast kunde tillämpas för undersökningar av områden som blivit förorenade efter tidpunkten för regelns ikraftträdande (1992). Minoriteten gjorde alls inte samma tolkning av paragrafen. Den konstaterade inledningsvis att ordalydelsen och förarbetena var oklara när det gällde bestämmelsens tillämplighet på verksamhet som var nedlagd före 1992. Man menade dock att denna oklarhet i tolkningsdatan inte tvingade till en snäv förståelse av paragrafen. En sådan tolkning skulle dessutom föra till praktiska svårigheter vid användningen av bestämmelsen, eftersom den var avsedd just för att klarlägga sådana bakomliggande förhållanden. Därefter tillade minoriteten:⁷⁸

”Vi mener, at det må have formodningen imod sig, at det fra lovgivers side har været meningen – med de angivne konsekvenser – at begrænse bestemmelsens anvendelseområde til kun at angå aktuelt forurenende virksomheder. Vi mener derfor, at der i miljøbeskyttelseslovens § 72 er hjemmel til at udstede påbud, uanset om det kan påvises, at virksomheden aktuelt forurener. Vi finder endvidere, at § 72, der må opfattes som en skærpelse af miljøkravene bl.a. til virksomheder som appellanternes, må kunne håndhæves overfor disse virksomheder, uanset om miljøforureningen har fundet sted inden lovens ikrafttræden.”

Jag menar att minoritetens sätt att resonera är ett gott exempel på hur regeltolkning bör gå till på miljörättens område; en extensiv tolkningsmodell som innebär att om inte ordalydelsen ger klart besked i en fråga, går man vidare

⁷⁷ UfR 1999 s. 1600H.

⁷⁸ UfR 1999 s. 1600H, på s. 1610.

och frågar efter bestämmelsens ändamål och systematiska sammanhang.⁷⁹ Detta är också en tolkningsmodell som förfinats av EGD i dess tolkning av EG-rätten, ett faktum som också bör påverka de nationella domstolarnas regelförståelse.⁸⁰ Det kan i längden bli svårt beakta de europarättsliga rättsgrundsatserna utan att ansluta till denna extensiva tolkningsmetod. Att dessa grundsatser även inkluderar de miljömål som EU sätter upp är måhända något som har försvunnit i debatten. Vad jag alltså vill ha sagt i denna del är att frågan om en lagstiftningsåtgärd är retroaktiv måste besvaras utifrån en *konkret bedömning av rättsläget vid en viss tidpunkt* och att denna bedömning är beroende av hur rättsreglerna tolkas. Först när denna regeluttolkning är gjord, kan retroaktivitetsspörsmålet besvaras.

Betydelsen av begreppet ”retroaktivitet”

Även i andra avseenden används retroaktivitetsbegreppet på ett sätt som jag menar är förvirrande. Ett exempel på detta ges i Barsebäcks-målet.⁸¹ Här argumenterade Sydkraft för att avvecklingslagen och regeringens avstängningsbeslut var rättsstridiga eftersom de i efterhand förbjöd en verksamhet som var tillåten genom ett lagkraftvunnet, gynnande beslut (koncession att driva kärnkraftverk). Bolaget hade flera grunder för sin inställning; avvecklingslagen var oförenlig med ett etablerat generellt förbud mot retroaktiv lagstiftning, samtidigt som man också hävdade att regeringens avstängningsbeslut innebar en retroaktiv tillämpning som inte hade klart stöd i denna lag. Slutligen menade Sydkraft att beslutet stred mot den allmän rättsgrundsatsen om skydd för berättigade förväntningar.⁸² Som bekant accepterade inte Regeringsrätten detta synsätt. Om denna fråga skrev Fredrik Sterzel i en kommentar i Juridisk Tidskrift:⁸³

⁷⁹ För en allmän diskussion om tolkningen av miljö rätt, se avsnitt 1.3.5 i min avhandling *Eftertanke och förutseende*.

⁸⁰ Enligt Ludwig Krämer använder EGD sig främst av en systematiskt och teleologiskt inriktad tolkningsmodell för att utröna innebörden av en oklar rättsregel. Man lägger alltså avgörande vikt vid det rättsliga sammanhang (kontext) som regeln förekommer i och ändamålet med lagstiftningen. Dessa synpunkter kan i vissa fall vara så starka att det t.o.m. kan leda till att domstolen bortser från en klar ordalydelse, se Krämer, L: *Focus on European environmental law*, Sweet & Maxwell 1992, sid 246: ”A systematic, like a teleological, interpretation may even lead in some circumstances to an interpretation contrary to the wording of the provision.” (not 12 med hänvisning till ett uttalande av generaladvokaten Capotorti: ”A criterion of interpretation of much greater value [than the wording] is that of the objective with the Community legislation intended to pursue by the institution” [of the provision].”). Se även Strömholm: *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* 1996, s. 379.

⁸¹ RÅ 1999 ref. 76.

⁸² RÅ 1999 ref. 76, på s. 427 och 445.

⁸³ Sterzel, F: *Barsebäcksmålet*. JT 1999-2000 s. 658, på s. 664 f.

”Jag kan således inte invända när RegR konstaterar, att det inte finns något förbud mot retroaktiv lagstiftning vid sidan av 2:10 RF och att lagstiftningspraxis inte har upprätthållit ett sådant förbud men iakttagit större eller mindre restriktivitet på olika rättsområden. Något skydd finns inte heller föreskrivet i Europakonventionen eller EG-rättens regelverk, framhåller RegR. Slutkonklusionen är direkt anknuten till målet: Det skydd för den enskilde mot förvaltningsrättslig lagstiftning med retroaktiva eller liknande effekter, som har etablerats i svensk och europeisk praxis, har inte en sådan räckvidd att avvecklingslagen kan sägas strida mot någon rättsregel. Eftersom skrivningen lämnar öppet hur man skulle ställa sig i ett fall, där omständigheterna talar mindre påfallande mot den drabbade, måste jag ansluta mig.”

Som nämnts tidigare, utlöste Sterzels rättsfallskommentar kritiska reaktioner från de författare som varit engagerade på Sydkrafts sida i målet. Så invände von Quitzow mot Sterzels beskrivning av det europarättsliga retroaktivitetsförbudet (min kursiv):⁸⁴

”Diskussionen är stundom mer politiskt-pragmatiskt betingad än akademisk och juridisk. Detta kommer tydligt till uttryck beträffande MKB-direktivet. Detsamma torde gälla beträffande spörsmålet om retroaktivitet. Jag börjar med det senare. Frågan om retroaktivitet omgärdas av en viktig och nyansrik rättspraxis. Utgångspunkten är likväl ett förbud mot retroaktivitet som bl.a. kommer till uttryck i bestämmelserna i rådets förordning 17/62 beträffande konkurrensreglernas tillämpning på s.k. gamla respektive nya avtal. I EG-domstolens praxis gäller det att fastställa huruvida en åtgärd verkligen är att klassificera som retroaktiv eller om den istället är att betrakta som omedelbar tillämpning av en regel.⁸⁵ Endast i särskilt kvalificerade undantagsfall kan retroaktivitet anses föreligga.⁸⁶ *Det torde sålunda vara frågan om något helt annat än det som Sterzel uttrycker.*”

von Quitzows resonemang är inte klagörande. Han hänvisar till doktrinen om EG-reglernas omedelbara tillämplighet. Som framgått ovan, användes

⁸⁴ von Quitzow, C M: Sterzel och Regeringsrätten. JT 1999-2000 s. 973, på s. 974.

⁸⁵ Not med hänvisning till målen 17/67 Neuman I, ECR 1967 s. 441, 43/75 Defrenne och 63/83 Kirk.

⁸⁶ Not med hänvisning till målen 1/84 Ilford, 37/70 Rewe Centrale och 114/81 Tunnel Refineries.

denna doktrin länge av EGD i situationer av "falsk retroaktivitet" som ett sätt att acceptera denna typ av lagstiftning utan att uttryckligen behöva ta ordet i munnen. Sedan tilläger von Quitzow helt riktigt att bl.a. rättsfallet Tunnel Refineries – ett av de s.k. isoglukosmålen – innebar att domstolen accepterade "äka retroaktivitet" under vissa förutsättningar. Att sedan Sterzel inte använder sig den gängse beteckningen på den EG-rättsliga doktrinen är knappast något argument i sak, inte minst som de slutsatser han drar är riktiga. Det finns ingenting i EGD:s rättspraxis som talar för att avvecklingslagen över huvud taget skulle betraktas som retroaktiv lagstiftning. Den slutsats som Regeringsrätten och Sterzel drar i denna del är knappast ens kontroversiell. Detsamma kan inte sägas om Sydkrafts argument, som här måste betraktas som långsökta. Det är klart att man kan kalla all slags lagstiftning och alla beslut som ingriper i rådande egendomsförhållanden för "retroaktiva". Med denna nomenklatur skulle detta t.ex. omfatta beslut om naturreservat på privat mark. En sådan definition av begreppet blir emellertid så vidsträckt att den blir meningslös. Uttrycket bör istället reserveras för sådan lagstiftning som är *tillbakaverkande* i den betydelsen att den kopplar rättsliga effekter (positiva eller negativa för den enskilde) till förhållanden som i någon betydelse är *avslutade före lagens ikraftträdande*. Att för framtiden förbjuda en verksamhet som bedrivs med koncession kan vara expropriation eller rådighetsinskränkning och ska bedömas efter de regler – nationella som europarättsliga – som gäller för sådana intrång. Att kalla ett sådant ingrepp för "retroaktiv lagstiftning" tillför bara förvirring.

Den rättsvetenskapliga diskussionen om retroaktivitet

Att frågan om retroaktiv lagstiftning är kontroversiell har jag nämnt tidigare. Detta faktum återspeglas även i den juridiska litteraturen på området på så vis att olika författare drar ganska skilda slutsatser från ett och samma källmaterial. Även om det är fråga om olika nyanser i tolkningen av gällande rätt, kan det vara värt en kommentar. Så finns det enligt min uppfattning en tendens i den svenska EG-rättsliga litteraturen att i diskussionen om retroaktivitet lägga tonvikten på att det är fråga om ett *förbud*, där andra författare hellre skriver om en *presumption*.

Något av detta finns redan i den ovan nämnda artikeln av Ulf Bernitz i Festskrift till Strömholm (1997). Under det att Bernitz refererar till rättsfallen Töpfer, CNTA och EGD:s uttalande i målen Racke och Decker, menar han att (min kursiv):⁸⁷

⁸⁷ Bernitz i Festskrift till Stig Strömholm, på s. 141 f.

”När det gäller retroaktiv lagstiftning i egentlig mening, d.v.s. lagstiftning som avser att reglera redan företagna handlingar, har EG-rätten ett strängt synsätt när det gäller lagstiftning som verkar till enskilds nackdel. Principen är att det råder förbud mot sådan lagstiftning av materiellrättslig karaktär. Enligt fast rättspraxis i EG-domstolen gäller att ”in general, the principle of legal certainty precludes a Community measure from taking effect from a point in time before its publication”. Undantag från denna princip kan dock tänkas vara tillåtna i fall där ”the purpose to be achieved so demands and where the legitimate expectations of those concerned are duly respected.” *I praktiken har detta undantag i huvudsak varit aktuellt i samband med förändringar i kortvariga regler som rört formerna för ekonomisk kompensation till jordbruksproducenter inom ramen för EG:s gemensamma och starkt reglerade jordbruksmarknad.*”

Bernitz anser vidare att den europarättsliga uppfattningen om retroaktivitet är att sådan lagstiftning endast kan accepteras om de berörda enligt ”gängse traditioner” kunde förutse denna, annars alls inte.⁸⁸ Som en kommentar till Klippan-domen uttalar Bernitz vidare att (min kursiv, understrykningen motsvaras av kursiv i originalet):⁸⁹

”Sannolikt kan dock domen ligga till grund för *längre gående slutsatser*, även om Regeringsrättens majoritet nöjde sig med att uttala att en retroaktiv tillämpning ”i vart fall” inte kunde accepteras i målet i avsaknad av särskilda övergångsbestämmelser. Av särskilt intresse är härvid den citerade, omfattande referensen i domsmotiveringen till EG-rätten. Regeringsrätten torde ha menat att mönstret i medlemsstaternas gemensamma rättsgrundsatser såsom dessa kommit till

⁸⁸ A.a. s. 144, där han uttalar: ”Denna översikt, som i och för sig hade kunnat utvidgas betydligt, visar att EG-rätten anlägger en strikt syn på tillåtligheten av retroaktiv lagstiftning av materiellrättslig karaktär och utgår från att sådan inte kan accepteras till enskildas nackdel. Denna princip är generell och saknar en sådan huvudsaklig avgränsning till straff- och skatterätt som kännetecknar svensk rätt.”. I denna del hänvisar Bernitz också till ett tyskt verk på området, som han menar ger en bra sammanfattning av rättsläget (a. a. på s. 144, not 37): ”Man wird daher eine Rückwirkung nur als zulässig ansehen können, wenn die Betroffenen nach Treu und Glauben mit einem solchen Eingriff rechnen mussten. Abgesehen hiervon sind bestimmte rückwirkende Eingriffe absolut unstatthaft.”, i översättning: ”Retroaktivitet kan endast vara tillåten, om de berörda enligt ”gängse traditioner” (”tro och loven”) kunde räkna med att ett sådant ingrepp skulle ske. I alla andra fall är retroaktiva ingrepp absolut förbjudna.”.

⁸⁹ A. a. på s. 148 f.

uttryck i EG-rätten utgör rättsprinciper som påkallar särskilt beaktande även i svensk nationell rätt.”

Wiweka Warnling Nerep går längre på så vis att hon uttryckligen ansluter till den åsikt som uttalades av Regeringsrättens minoritet i Klippan-målet.⁹⁰ I artikeln ur Festskrift till Sterzel (1999) är hennes skrivningar än starkare mot retroaktiv lagstiftning, även om hon också är öppen för att Regeringsrättens dom i Klippan-målet har övertolkats (min kursiv):⁹¹

”Vad gäller retroaktiv lagstiftning i egentlig mening har EG-rätten ett strängt synsätt, åtminstone i fråga om lagstiftning som verkar till *den enskildes nackdel. Sådan lagstiftning av materiell karaktär är förbjuden enligt fast rättspraxis*. När det däremot gäller lagstiftning som ändrar de rättsliga förutsättningarna för en påbörjad verksamhet som ännu inte slutförts är praxis mer tolerant.”

Slutligen är den bedömning som görs i 1998 års EU-Karnov något motsägelsefull när det gäller tillåtligheten i retroaktiv lagstiftning. Å ena sidan hänvisas till Racke och Decker-målen där EGD uttalade att retroaktiv lagstiftning undantagsvis är tillåten när syftet så fordrar och när de berördas förväntningar respekteras, å andra sidan påstås (min kursiv):⁹²

”Förordningar med retroaktiv verkan tillåts när de är gynnande för enskilda. *I motsatt fall torde det vara tvivelaktigt.*”

Jag menar att dessa uttalanden i de kursiverade delarna ger uttryck för en förenklad bild av EGD:s rättspraxis: Ingen av författarna kommenterar vare sig IRCA-målet eller isoglukosmålen där EGD accepterade ”äkta” retroaktivitet och i de senare målen dessutom för en längre tidsperiod bakåt.⁹³ Vidare kan man inte beskriva domstolens praxis som ett fast ställningstagande för ett förbud, utan att samtidigt diskutera undantagen som varit flerfaldiga. Att retroaktiv lagstiftning kan få betungande konsekvenser för enskilda har därvidlag inte någon självständig betydelse, förutom att den utan vidare är tillå-

⁹⁰ Warnling Nerep i FT 1998 s. 149, på s. 153.

⁹¹ Warnling Nerep i Festskrift till Fredrik Sterzel, på s. 387 (citatet) och s. 404. Warnling Nerep gör i sina två artiklar i ämnet inga andra hänvisningar när det gäller europarätten och retroaktivitet än till Bernitz ovan nämnda artikel. Det är alltså svårt att utläsa varför hon anser att minoritetens inställning var att föredra.

⁹² EU-Karnov 1998/99 Fakta InfoDirekt 1998, s. 2327, noter till art. 191.

⁹³ Se generaladvokat Reischls uttalande i isoglukosmålen.

ten om konsekvenserna är de motsatta.⁹⁴ Ett påpekande om att undantag från retroaktivitetsförbudet i huvudsak har gällt regleringar av jordbruksmarknaden är en truism, eftersom rättsfall från andra områden i stort sett saknas.⁹⁵

Att de ovan angivna författarna ger uttryck för en snäv syn i denna fråga blir särskilt tydligt vid en jämförelse med utländska författare som Hartley, Lamoureux och Sharpstone samt de norska författarna Smith och Bugge. Hartley beskriver istället det europeiska rättsläget som att det finns två regler om äkta retroaktivitet. Dels finns en tolkningsregel som innebär att lagstiftningen presumeras vara icke-retroaktiv, såvida det inte finns en klar bestämmelse som talar emot. Dels finns en materiell regel med ett retroaktivitetsförbud som kan genombrytas i undantagsfall om ändamålet så kräver och de berördas berättigade förväntningar respekteras. Lamoureux menar att lagstiftning som är äkta retroaktiv till enskildas nackdel alls inte är entydigt förbjuden. Han anser istället att EG-domstolen utan vidare accepterade falsk retroaktivitet (till en början under doktrinen om reglernas omedelbara tillämpning), men att den var *senare* med att erkänna att den äkta varianten också är möjlig under förutsättning att det finns tungt vägande allmänna intressen härför.⁹⁶ Eller som han uttrycker det, med hänvisning till Warners utlåtande i IRCA-målet (min kursiv):⁹⁷

”In the final analysis, all the courts of the member states, including Germany and France, accept the possibility of exceptions in practice to the principle on non-retroactivity, for reasons of general interest. It is logical that the Court of Justice, *far from prohibiting any true retroactivity*, should also have recognised that the Community rules, like the laws of the Member States, may in certain cases have a retroactive effect.”

Sammanfattande om den europarättsliga inställningen till retroaktivitet

Som avslutning på detta avsnitt och avstamp inför fortsättningen i nästa nummer av FT, gör jag en sammanfattning av vad jag betraktar som den EG-rättsliga uppfattningen om retroaktivitet i lagstiftningen och jämför den med Regeringsrättens i Klippan- domen. Den förra uppfattningen, som har utvecklats i rättspraxis av EGD, utesluter inte att lagstiftning utanför straff-

⁹⁴ Se bl.a. Toth s. 473.

⁹⁵ De tidiga rättsfallen om pensioner talar däremot snarast för en sträng bedömning av ansvaret för befintliga förhållanden, d.v.s. en generös inställning till s.k. falsk retroaktivitet.

⁹⁶ Lamoureux s. 271 och 296.

⁹⁷ Lamoureux s. 281.

rättens område ges retroaktiv effekt, även om detta medför betungande konsekvenser för enskilda. Vissa förutsättningar måste emellertid vara för handen för att sådan lagstiftning ska vara tillåtlig. Dessa begränsningar bygger på en tolkning av medlemsstaternas gemensamma rättstraditioner och kan sammanfattas som följer:

- Lagstiftningen utgår från en presumtion om icke-retroaktivitet, vilket betyder att en regel endast är tillbakaverkande om det är lagstiftarens avsikt. Denna avsikt ska kunna utläsas ur ordalydelsen, alternativt framgå av lagstiftningens syfte eller det sammanhang som regeln verkar i.
- Retroaktiviteten ska vara nödvändig för att tillgodose ett tungt vägande allmänt intresse.
- Även när så är fallet, måste de enskildas berättigade förväntningar respekteras. Sådana förväntningar existerar dock främst om den genomsnittlige och medvetne aktören inte kunde förutse en sådan förändring av ett klart rättsläge.

Jag menar att Regeringsrättens majoritet i Klippan- domen på ett riktigt sätt återspeglar den europarättsliga synen på frågan om retroaktivitet; en presumtion om ett förbud som kan genombrytas undantagsvis om tungt vägande skäl talar härför och de berördas berättigade förväntningar respekteras. I ett avseende anser jag emellertid att Regeringsrätten gjorde en egen betoning av EG-rätten som saknar stöd i de ovan angivna källorna. Det gäller visserligen bara en delfråga och domen bör i denna del förstås mot bakgrund av de speciella förhållandena i Klippan-målet. En kort kommentar är ändå på plats.

Mina reservationer gäller Regeringsrättens uppfattning om presumtionen om icke-retroaktivitet och hur den bryts. Majoriteten uttalar nämligen att lagstiftningen inte kan tillämpas retroaktivt ”i vart fall inte om detta inte är föreskrivet i särskilda övergångsbestämmelser eller det av regelsystemet i övrigt tydligt kan utläsas att en sådan tillämpning är åsyftad.”⁹⁸ Någon sådan övergångsbestämmelse var inte kopplad till 5 § ML och ”(l)agstiftningens utformning i övrigt kan inte heller anses ge stöd för en retroaktiv tillämpning i ett sådant fall.”. Som jag tolkar dessa uttalanden, tar de närmast sikte på att den retroaktiva verkan tydligt ska kunna utläsas. Detta är en glidning bort från vad som framgår av EG-rättslig praxis i denna fråga. EGD har i flera domar upprepat ett uttalande som ursprungligen gjordes i Salumi-målet, där det klargjordes att den retroaktiva verkan kan framgå såväl explicit av reglerna, eller förstås genom en tolkning med stöd av lagstiftningens målsätt-

⁹⁸ Rå 1996 ref. 57, på s. 246 (min kursiv).

ning och systematiska sammanhang ("only in so far as it clearly follows from their terms, objectives or general scheme that such an effect must be given to them."). Det är alltså *lagstiftarens avsikt som ska vara tydlig*, vilket är en annan sak än att denna tydligt kan utläsas av reglerna.⁹⁹

Avslutning

I det kommande numret av FT ska jag behandla miljöbalkens regler om ansvar för förorenade områden och frågan om miljökraven i tiden. En av uppgifterna blir därvid att diskutera hur de EG-rättsliga kriterierna om retroaktiv lagstiftning inverkar på den närmare avgränsningen av plikterna för enskilda adressater. Vad som då måste beaktas är vilka likheter och olikheter som finns mellan de situationer som behandlats i EG-rättslig praxis och de som är typiska för efterbehandlingsfallen. I denna del gör jag också en mindre utflykt till andra länder i Europa för att se hur man där behandlar frågeställningen om miljökraven i tiden.

⁹⁹ I Klippan-målet var denna detalj avgörande eftersom lagstiftarens avsikt var tydlig, vilket bl.a. framgick av föredragningspromemorian i målet: "Det finns inga övergångsregler till lagändringen av aktuellt lagrum. I propositionen sades inget angående lagändringens retroaktiva tillämpning, *naturligt nog eftersom föredraganden felaktigt utgick från att det endast rörde sig om en kodifiering av gällande rätt. (...)*" (PM 1, s. 119, slutsatser av föredraganden Griph). Det kan f.ö. tilläggas att rättsutredningen i den del som handlar om EG-rätten (PM 3; 5 sidor) i stort sett helt utgår från sekundära källor. Några rättsfall finns inte refererade, endast ett i sammanhanget ointressant uttalande av generaladvokaten i Crispoltoni-målet. Denna teknik skiljer sig från den används i den del av utredningen som behandlar inhemsk rätt, där åtskillig rättspraxis är återgiven i original (PM 1; 119 sidor och PM 2 Tillägg; 26 sidor).