

Yttrande över förslaget om rörelseresultatbegränsning (vinstbegränsning) för juridiska personer och dess förhållande till skyddet för äganderätten som en grundläggande fri- och rättighet (SOU 2016:78: Ordning och reda i välfärden)

1. INLEDNING

Undertecknad har blivit ombedd av Svenskt Näringsliv att belysa förhållandet mellan förslaget i SOU 2016:78 om begränsning av vinster i välfärden för juridiska personer och äganderättsskyddet som en grundläggande fri- och rättighet (egendomsskyddet med andra ord). Förutom förslaget om vinstbegränsning behandlar jag kort det föreslagna förbudet mot värdeöverföringar, återkallelse av tillstånd och förslaget om sanktioner för det fall ett bolag bryter mot reglerna om vinstbegränsning.

Frågor som ska besvaras är (1) vilka rättsregler rörande skydd för äganderätten som är tillämpliga, det vill säga om det finns *skyddsvärd egendom* och om förslaget ifall det förverkligas innebär en *begränsning* av äganderättsskyddet i något av de konstitutionella instrument som skyddar äganderätten. Likaså ska jag besvara frågan (2) om de föreslagna reglerna i sin kommande tillämpning kan antas komma att *strida mot äganderättsskyddet* i något av dessa instrument i någon del. Jag utreder inte om EU-rätten är tillämplig. Däremot behandlas i korthet innehållet i egendomsskyddet i EU:s stadga om grundläggande rättigheter för att helheten ska belysas.

Förutom betänkandet och dess direktiv (Dir. 2015:22 och 108) har jag tagit del av följande material från Svenskt Näringsliv: Förbättrad välfärd (augusti 2015), Vinstbegränsningskrav – rättsliga frågeställningar (oktober 2015), Vinstbegränsning i välfärden (oktober 2016) och Avkastning på bokfört operativt kapital i välfärdsbolag (december 2016). I övrigt framgår av fotnoterna och källförteckningen vilket material som används och återopas i detta utlåtande.

Nedan beskriver jag (2) utredningens förslag i relevanta delar, (3) mina sammanfattande synpunkter på de frågor som jag utreder, (4) allmänt om egendomsskyddet i Regeringsformen (RF), Europakonventionen (EKMR, konventionen) och EU:s stadga om grundläggande rättigheter (EU-stadgan). Därefter ger jag mina synpunkter på (5) vilken skyddsvärd egendom som finns och om äganderätten blir begränsad i och med förslagen. Slutligen behandlar jag frågan om förslagen i något avseende kan anses (6) strida mot det äganderättsskydd som är aktuellt.

2. UTREDNINGENS FÖRSLAG I KORTHET

Betänkandet Ordning och reda i välfärden är omfattande och berör många rättsområden huvudsakligen inom den speciella förvaltningsrätten¹ och upphandlingsrätten (lagen om

¹ Lagen om valfrihetssystem, lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS), lagen om läkarvårdsersättning, lagen om ersättning för fysioterapi, socialtjänstlagen, offentlighets- och sekretesslagen,

offentlig upphandling). Nedan återger jag de förslag som jag bedömer ha relevans för egendomsskyddet. Syftet med hela utredningen anges vara att "säkerställa att offentliga medel används till just den verksamhet de är avsedda för och att eventuella överskott som huvudregel ska återföras till den verksamhet där de uppstår".² Det finns också i hela betänkandet (särskilt kapitel 9) ett mer eller mindre uttalat antagande att detta krav skulle medföra bättre kvalitet för den vård etc. som utförs i privat regi liksom att det skulle minska risken för oseriösa aktörer i branschen. Förslagen som rör hälso- och sjukvård och socialtjänst (HSL, LSS och socialtjänstlagen) där kommun eller landsting är huvudman innebär att kommun och landsting i sina upphandlingar enbart kan ingå avtal³ (med vilket följer en rätt till finansiering/ersättning från det allmänna) med sådana privata utförare som har *tillstånd* att motta offentlig finansiering. Ett sådant tillstånd får enbart lämnas om den som söker visar att offentliga medel utöver det högsta tillåtna rörelseresultatet på sju procent (eller tillåten vinst med sju procent på det operativa kapitalet), kommer att användas till verksamhet enligt angiven lag och i övrigt uppfyller förutsättningarna som anges i respektive lagstiftning. I t.ex. förslag till ny hälso- och sjukvårdslag anges i 14 kap. 4-6 §§ hur *vinstbegränsningen* ska beräknas för att komma ifråga för tillstånd. Härutöver föreslås en ny reglering som förbjuder den juridiska personen att göra *värdeöverföringar* utöver det högsta tillåtna rörelseresultatet, se samma lagsförslag 14 kap. 7 §. Det anges att tillstånd kan *återkallas* under vissa förutsättningar liksom att det kan utgå en *sanktionsavgift* med lägst 1 000 kr och högst fem procent av den enskildes omsättning närmast föregående räkenskapsår, se förslagets 14 kap. 10-12 §§.

De förslag som rör skolväsendet innebär också att det införs ett nytt krav på *tillstånd* för att få bedriva godkänd skolverksamhet enligt skollagen med finansiering från det allmänna. Krav på vinstbegränsning liksom förbud mot värdeöverföringar motsvaras av de förslag som rör hälso- och sjukvård liksom socialtjänst. Likaså föreslås nya regler om återkallelse av tillstånd liksom sanktionsavgifter.

Den nya lagstiftningen föreslås träda ikraft den 1 juli 2018. I samband med ikraftträdandet föreslås att vissa övergångsbestämmelser ska gälla som bl.a. innebär att redan ingångna avtal inom hälso- och sjukvård och socialtjänst får löpa ut utan att det ställs krav på tillstånd för finansiering. De avtal som slutits efter ikraftträdandet får gälla utan tillstånd fram till den 1 september 2018. Som längst får ersättning lämnas utan tillstånd fram till den 1 juli 2019 för aktörer verksamma inom ett valfrihetssystem enligt lagen om valfrihetssystem. Finansiering utan tillstånd enligt skollagen får lämnas fram till den 1 september 2018. Sammantaget innebär detta att avtal som är ingångna före ikraftträdandet får löpa ut och att de avtal som träffas därefter får fortsatt giltighet ett par månader.

De myndigheter som utövar tillsyn över respektive verksamhet blir enligt förslagen tillståndsgivande myndigheter. Återkallelse beslutas av tillsynsmyndigheten och sanktionsavgiften beslutas av förvaltningsrätten efter ansökan av tillsynsmyndigheten.

socialförsäkringsbalken, lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen, skollagen och hälso- och sjukvårdslagen (HSL).

² SOU 2016:78, s. 21 och 651.

³ Jämför kommunallagen 3 kap. 16 §.

Förslagen innebär inte att helprivat verksamhet (utan finansieringsstöd/ersättning av det allmänna) förbjuds. Däremot innebär det att juridiska personer måste begränsa sina framtida vinster till sju procent för det fall som de önskar fortsätta bedriva t.ex. hälso- och sjukvård med finansiering av det allmänna liksom att deras rätt att förfoga över medel i företaget i övrigt begränsas (genom förbudet mot värdeöverföring). Vad gäller skolverksamhet är det fortsatt förbjudet med skolavgift, dock är så kallad sponsring fortsatt tillåten för en helprivat skola.

I betänkandet anges något kortfattat de ekonomiska konsekvenserna för de utövare som måste söka tillstånd efter lagens ikraftträdande med den följd att kravet på vinstbegränsning slår igenom. Det anges t.ex. att det vid uppköp av mindre företag kan ha "uppstått goodwillposter vars värdering *kan* påverkas av regleringen" (min kursivering).⁴ För ägarledda företag anges att det enligt utredningen "kan leda till en förskjutning från vinst till löner".⁵ För företag och koncerner som vuxit genom uppköp anges att "(u)tredningens förslag kan innebära att den förväntade intjäningsförmågan för välfärdsföretag som förvärvat verksamheter eller företag minskar, vilket kan medföra att *goodwillposterna i normalfallet måste skrivas ned helt eller delvis*" (min kursivering).⁶ Avseende dessa bolag menar utredningen också att "vinstbegränsningen kan medföra att antalet förvärv av andra välfärdsföretag stannar av, alternativt sker till lägre priser, då regleringen bör minska möjligheten till framtida övervinster."⁷

I den del av betänkandet som behandlar grundläggande rättigheter⁸ (sex sidor) redovisas "konsekvenserna" för skyddet för äganderätten på två sidor. Slutsatsen som dras i denna del är (oaktat vad som redogjorts för ovan angående bl.a. goodwill) att förslagen *inte* innebär någon inskränkning (begränsning) av skyddet för äganderätten enligt EKMR. Man menar dels att det inte finns någon garanti för att det allmänna i det nuvarande befintliga systemet väljer att ingå avtal med hälso- och sjukvårdsföretag eller socialtjänstföretag, dels att det (avseende skolföretag) inte finns någon praxis från Europadomstolen (i Strasbourg) som visar att en "framtidig begränsning av förutsättningar för offentlig finansiering kan ses som en inskränkning av äganderätten".⁹

Enligt min uppfattning är den analysen felaktig, det vill säga inte juridiskt korrekt, och därför inte heller förenlig med konventionsrätten. Analysen är därtill otillräcklig med tanke på de krav som anges i RF 2 kap. 19 § att lagstiftning inte får strida mot EKMR. För att besvara en fråga om konventionsenlighet bör det krävas mer av analys och tydlighet. Förslaget berör här till många företag (enskilda näringsidkare såväl som juridiska personer) inom olika branscher och det kommer att påverka mycket stora ekonomiska värden för dessa företag. Även av denna anledning borde frågan om förslagets förhållande till grundläggande

⁴ SOU 2016:78, s. 674.

⁵ A. a. s. 675.

⁶ A. a. s. 676.

⁷ A.a. s. 677.

⁸ A.a. s. 713 ff.

⁹ A.a. s. 717.

rättigheter ha belysts mer noggrant. Med beaktande av förslagens politiska dimensioner är det uppseendeväckande att analysen i denna del inte är mer grundlig.

Nedan kommer jag att visa att det dels finns skyddsvärd egendom enligt EKMR, dels att denna egendom (eller egendomsrätt/ägenderätt) genom förslagen blir begränsad. Jag utreder också hur man bör se på förslagens konventionsenlighet.

3. SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER

Mina synpunkter kan sammanfattas enligt det följande:

- Regeringsformens ägenderättsskydd (RF 2 kap. 15 §) är inte formellt tillämpligt på de föreslagna reglerna.
- I betänkandet saknas en juridiskt korrekt och tillräckligt utvecklad analys av hur ägenderättsskyddet i EKMR påverkas (jämför RF 2 kap. 19 §).
- Artikel 1 första tilläggsprotokollet till EKMR är tillämplig på förslagen. Detta gäller också EU-stadgans motsvarande skydd för ägenderätten, för det fall EU-rätten aktualiseras och är tillämplig på något av förslagen.
- Det finns flera ekonomiska intressen (i form av legitima förväntningar och goodwill) som är skyddsvärda såsom egendom enligt EKMR allt i enlighet med en entydig rättspraxis från Europadomstolen.
- Förslagen medför begränsningar av ägenderätten enligt EKMR.
 - o (1) Vinstbegränsning som krav för tillstånd: Medför långtgående begränsningar av ett bolags rätt att effektivt disponera sin egendom samt innebär därtill en begränsning av ett bolags legitima förväntningar om driftens framtida förutsättningar med ekonomiska konsekvenser som följd. Därutöver kan det medföra att bolagsvärden i form av goodwill kraftigt reduceras från en dag till en annan.
 - o (2) Värdeöverföringsförbud i övrigt: Begränsar också ett bolags rätt att disponera sin egendom.
 - o (3) Återkallelse av tillstånd: Kan medföra att en begränsning av ägenderätten sker.
 - o (4) Sanktioner om brott mot bl.a. vinstförbud: Ett beslut om sanktion utgör också en begränsning av artikel 1, sista meningen.
- På det stora hela taget uppfyller de förslag som jag granskat kravet på legalitet. Jag pekar dock på vikten av tydliga och förutsebara regler vad gäller återkallelse och sanktioner samt frågar mig om förbudet mot andra värdeöverföringar är förutsebart i sin tillämpning.

- Som utredningen anger syftena (i kapitel 9) med förslagen (fyra stycken) uppfyller dessa kravet på allmänt intresse, dock med olika styrka.
- Förslagen måste svara upp mot ett samhällsbehov (problem) som åtgärdas genom de nya reglerna. Finns inte detta samband (statistiskt och vetenskapligt) belagt är det mycket svårt att avgöra och därmed säkerställa att syftet med förslagen verkligen uppnås. Det är inte utrett om det finns mindre ingripande metoder (för företagen) för att uppfylla syftena. Det finns också enligt min uppfattning tveksamheter vid helhetsbedömningen om förslagen i sin helhet är proportionerliga, mycket beroende av den osäkerhet som finns beträffande vilka ekonomiska effekter de i realiteten får.

4. ALLMÄNT OM EGENDOMSSKYDDET I RF, EKMR OCH EU-STADGAN

RF

Den inledande frasen i RF 2 kap. 15 § om att vars och ens egendom är tryggad har inte någon självständig rättslig betydelse utan den anger endast det övergripande syftet med bestämmelsen.¹⁰ För att en åtgärd (ett beslut) ska innebära att en enskild eller ett företag¹¹ fränhånds egendom¹² – och att skyddsmekanismerna i stadgandet som rör expropriation eller annat sådant förfogande ska kunna åberopas – krävs det att det rör sig om ”tvångsövertagande av förmögenhetsrätt (äganderätt eller annan särskild rätt med ekonomiskt värde)”.¹³ Förfoganden likställda med expropriation är t.ex. nationaliseringar och socialiseringar. Annan särskild rätt kan vara nyttjanderätter, servitut eller vägrätt som övergår till annan. *För denna regels tillämplighet krävs det med andra ord någon form av (tvångs)överlåtelse av ekonomisk rätt i formell mening.*

Om stadgandet är tillämpligt på ett sådant förfarande ställs krav på att en åtgärd som vidtas måste ske i enlighet med ett angeläget allmänt intresse. Den enskilde ska också tillförsäkras full ersättning för förlusten enligt grunder som anges i lag. Om dessa rekvisit inte är uppfyllda genom den lag som tillämpas (det kan också röra sig om föreskrift) får den inte tillämpas i en lagprövningssituation jämlikt RF 11 kap. 14 §. Om ett lagförslag inte heller tillgodoser dessa krav (på angeläget allmänt intresse och full ersättning enligt grunder som anges i lag) uppfyller det inte grundlagens krav och det bör därför omarbetas eller inte genomföras alls.

I övrigt skyddar stadgandet i RF 2 kap. 15 § mot vissa typer av rådighetsinskränkningar, dvs. sådana som ”inskränker användningen av mark eller byggnad”. *Begränsas rådigheten över annan egendom än mark eller byggnad (dvs. lös egendom) ger inte grundlagen något skydd alls (om det inte rör sig om expropriativa förfaranden enligt resonemanget ovan).* Enligt

¹⁰ Eka m.fl. s. 118.

¹¹ RF 2 kap. 15 § gäller för både fysiska personer och juridiska personer.

¹² All sorts egendom skyddas i detta hänseende mot berövanden utan att ersättning betalas och utan att det finns angelägna allmänna intressen. Detta framgår av lagtexten.

¹³ Grundlagskommentaren s. 167.

Grundlagskommentaren avses ”byggnadsförbud, användningsförbud, åtgärder enligt skogsvårdslagen (1979:429), strandskyddsförordnande, beslut om naturreservat och andra beslut enligt dåvarande naturvårdslagen”.¹⁴ Det handlar med andra ord om byggnads- och markreglerande lagstiftning. Reglering av lös egendom (till vilket räknas bl.a. goodwill och legitima förväntningar) skyddas med andra ord inte av RF 2 kap.

Även dessa rådighetsinskränkningar ska, för att vara grundlagsenliga, ske i enlighet med ett angeläget allmänt intresse. De är ersättningsgilla, men under vissa särskilt angivna premisser, enligt vad som framgår av andra meningen i stadgandets andra stycke. Uppfylls inte dessa krav som anges i RF 2 kap. 15 § blir även en rådighetsreglering alternativt ett sådant lagförslag grundlagsstridigt.

Några fall i svensk praxis behandlar den grundlagsskyddade äganderätten. Det s.k. Barsebäckmålet (som avsåg indragning av rätten att driva kärnkraftreaktor genom införandet av ny lag som behandlade förutsättningarna för upphörande av redan givna tillstånd att bedriva kärnkraft) behandlades som ett ingrepp i användningen av mark eller byggnad.¹⁵ Det rörde sig om en (förtida) indragning av tillstånd att bedriva kärnkraft. Ersättningsrätten grundade sig på andra stycket andra punkten i dåvarande reglering i RF. I målet som rörde rättsprövning av regeringens beslut godkändes avvecklingen på en rad punkter. I ett senare mål från 2014¹⁶ underkändes dock tillämpningen av en förordning om fiske eftersom den saknade rätt till ersättning när fiskerätten drogs in. *HD utdömde ersättning direkt på grundval av RF:s skydd för äganderätten och, som man får uppfatta det, med en konventionsenlig tolkning av ersättningsreglerna i 2 kap. 15 §.* Slutligen behandlades skyddet för äganderätten av Regeringsrätten (numera HFD) i ett par mål på 1990-talet.

Begreppet angeläget allmänt intresse infördes i samband med att Europakonventionen blev svensk lag och i syfte att uppnå det motsvarande skydd som anges i Europakonventionen.¹⁷ Av propositionen framgår att tolkningen av begreppet i sista hand i viss mån måste bli föremål för en politisk värdering och där hänsyn tas till vad som i ett demokratiskt och modernt samhälle är godtagbart från rättssäkerhetssynpunkt.¹⁸ Åtgärder som sker till förmån för enskilda godtas om de även kan anses tillgodose angelägna allmänna intressen.¹⁹ I Grundlagskommentaren anges t.ex. naturvårds- och miljöintressen, bostadsbyggande, trafikleder, rekreation och andra liknande ändamål.²⁰ Av både rättspraxis och

¹⁴ Grundlagskommentaren s. 169.

¹⁵ RÅ 1999 ref. 76.

¹⁶ NJA 2014 s. 332.

¹⁷ Bet. 1993/94:KU24.

¹⁸ Prop. 1993/94:117 s. 48.

¹⁹ I expropriationsutredningen undersöktes om den ersättning som utgår vid berövanden som görs med starka kommersiella intressen i botten (intressen som också kan anses uppfylla kravet på angeläget allmänt intresse) ska förstärkas. Det kan t.ex. röra sig att mark tas i anspråk genom expropriation i syfte att bygga ut telekommunikationen i landet. De som exproprierar marken är i regel kommersiella aktörer med vinstdrivande intressen. Den utbyggnad som sker är i regel att anse som angelägen men fråga är ofta om ersättningen i sådana fall bör höjas. I utredningen föreslås flera förstärkningar av ersättningsrätten vid kommersiella berövanden, se SOU 2008:99.

²⁰ Grundlagskommentaren s. 169.

lagstiftningsärenden framgår att det finns en viss obenägenhet att ifrågasätta om kravet på angeläget allmänt intresse verkligen är uppfyllt.²¹

Genom grundlagsreformen 2010 stärktes skyddet för äganderätten i RF genom att ersättningsrätten skärptes. Numera anges sålunda att full ersättning ska utgå för förlusten vid expropriationer.²² Enligt propositionen avser man att tydliggöra ersättningens nivå. Skyddet för rättigheter i RF stärktes också rent allmänt genom samma reform genom att uppenbarhetskravet togs bort: I en lagprövningssituation enligt RF 11 kap. 14 § krävs det inte längre att det ska röra sig om en uppenbar motsättning mellan rättigheter RF och vanlig lag för att en domstol ska vägra tillämpning av den vanliga lagen.

Sammantaget är inte RF tillämplig på sådana begränsningar av äganderätten som är att betrakta som rådhetsbegränsningar av lös egendom.²³ Expropriationsbegreppet i RF är ”formellt” så långt som förarbetena och nuvarande rättspraxis ger uttryck för. Det krävs någon form av övergång av ekonomisk rättighet för att en expropriation ska anses föreligga och att skyddsmekanismerna ska träda in. Skulle expropriationsbegreppet tolkas fördragskonformt, i enlighet med Europakonventionen skulle regleringen få ett vidare tillämpningsområde och gå att använda i fler sammanhang utan att en formell övergång av rättigheter har skett. *Det finns starka skäl att även denna reglering i 2 kap. RF bör tolkas fördragskonformt i syfte att upprätthålla det minimiskydd som EKMR:s skydd för äganderätten ger. Detta medför att väsentliga begränsningar av äganderätten som innebär stora förluster (proportionellt) bör kunna betraktas som de facto-berövanden.*

EKMR

Skyddet för äganderätten i artikel 1 första tilläggsprotokollet i Europakonventionen är mer dynamiskt till sin karaktär och idag finns en rik praxis att tillgå rörande tolkningen av artikeln. Artikeln skyddar enligt sin ordalydelse både fysiska och juridiska personer.

Artikel 1 första tilläggsprotokollet skyddar all slags egendom (att jämföra med RF). Både lös och fast egendom skyddas mot berövanden samt mot nyttjanderegleringar (rådighetsbegränsningar); det görs alltså ingen åtskillnad av egendomstyper i denna reglering motsvarande den som återfinns i RF. Inte bara materiell egendom ges skydd utan även immateriell egendom (existerande tillgångar och andra tillgångar)²⁴ såsom patenträttigheter, upphovsrätter, varumärkesrätter, goodwill och legitima förväntningar.²⁵ Till och med uttag av skatter kan behandlas under artikeln, men under särskilda premisser. Egendomsbegreppet ges med andra ord en mycket vid innebörd och Europadomstolen har genom sin praxis gett det

²¹ Se t.ex. det så välkända Barsebäckmålet, RÅ 1999 ref. 76.

²² Se prop. 2009/10:80 s. 163 ff.

²³ Se även 2013/14:KU4y, s. 8.

²⁴ Eriksson, i ERT 2014, s. 812.

²⁵ Se t.ex. Solheim, s. 16 och 136 och Danelius, s. 572. Rättspraxis från Europadomstolen: Anheuser-Busch v. Portugal, judgment of 11 January 2007, para. 72. Beslut från Kommissionen: Smith Kline and French Laboratories Ltd v. Netherlands, appl. No. 12633/87, 1990.

vad som kallas en autonom innebörd, relaterad till konventionsrätten och oberoende av hur ägandet uppfattas nationellt. En icke-verkställd dom som rör en fordran har t.ex. skyddats av artikeln. Likaså har de s.k. restitutionslagarna i de forna öststaterna prövats i sammanhang av artikel 1. Det är bl.a. av denna anledning som äganderättsregleringen i EKMR blivit så dynamisk i sin tillämpning.

Legitima förväntningar som en egen egendomskategori (och skyddsvärd ekonomisk rätt) skyddas också under denna artikel.²⁶ Europadomstolen har uttalat att "possessions can be existing possessions or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a legitimate expectation of obtaining effective enjoyment of a property interest".²⁷ En legitim förväntning kan härledas antingen från lag, rättspraxis, sedvänja eller avtal allt enligt en allt mer etablerad domstolspraxis från Strasbourg. Det handlar t.ex. om att även fortsättningsvis *effektivt* kunna utnyttja denna ekonomiska rätt och upphör den kan med andra ord konventionsjuridiken användas. Det ska röra sig om ett värde, en omsättningsmöjlighet eller kapitalisering.²⁸ Vilar t.ex. denna förväntning på sedan länge etablerade, väldefinierade och tillämpade rättsregler²⁹ och medför en förändring av reglerna ett ingrepp kan alltså egendomsskyddets regler tillämpas. Det rör sig med andra ord inte om förhoppningar eller lösa antaganden om att få bruka en ekonomisk rätt utan om en reell legitim förväntan som åtnjuter skydd enligt artikel 1. Ingångna avtal som i grunden vilar på lagstiftning och som ingås mellan det allmänna och en enskild kan också skyddas som en legitim förväntan.³⁰

För att artikeln ska vara tillämplig (förutom att det finns skyddsvärd egendom på sätt som beskrivs ovan) och att en prövning kan göras av om egendomsskyddet kränks, krävs det också att någon form av begränsning av rättigheten föreligger i juridisk mening.³¹ En tvångsöverföring av egendom (expropriativt) från ett subjekt till ett annat är en sådan uppenbar och klar begränsning av äganderättigheten, nämligen ett berövande. En annan begränsning är olika regleringar av egendomen (dispositionsrättsliga eller faktiska nyttjanderegleringar) som drabbar värdet på egendomen negativt. Något uttryckligt krav på exakt värdeminskning finns dock inte vilket det franska fallet Chassagnou visar.³²

För att ett ingrepp i äganderätten ska vara konventionsenligt krävs det att det föreligger ett allmänt intresse och att det sker med stöd av lag (se både första och andra stycket). Vid fall av berövanden anges även ett krav på att det sker enligt folkrättens allmänna grundsatser. Detta senare krav anses innebära att en *utlänning*³³ i en stat inte ska kunna ges ett mindre skydd än vad den allmänna folkrätten anger för att skydda utlänningars egendom.

²⁶ Nordin och Pettersson, i ERT 2006, s. 1018-1028 och Eriksson, i ERT 2014, s. 811-825.

²⁷ Gratzinger and Gratzingernova v. Czech Republic, judgment of 10 July 2001.

²⁸ Malhous v. Czech Republic, judgment of 12 July 2001.

²⁹ Eriksson, i ERT 2014, s. 814 och där refererade rättsfall.

³⁰ Se t.ex. N.K.M. v. Hungary, judgment of 14 May 2013.

³¹ Jämför Åhman, 2015, s. 77 ff.

³² Chassagnou m.fl v. France, judgment of 29 April 1999.

³³ Eller utländsk juridisk person.

Allmänintresset är (liksom när det gäller RF) svårt att underkänna. Europadomstolen har endast i några fåtal fall ifrågasatt om det funnits ett allmänt intresse för ett ingrepp. Staten ges en vid bedömningsram ("margin of appreciation") och endast om beslutet är "manifestly without reasonable foundation"³⁴ underkänns det. Domstolen har inte heller underkänt intressen som i realiteten kan uppfattas som enskilda om lagstiftaren har upphöjt dem till allmänna. Dock måste det gå att fastställa vilket intresse det är som avses. (I den senare proportionalitetsbedömningen kan också ifrågasättas om syftet verkligen uppnås.)

Genom kravet på lag (lagkravet) tillförs äganderättsskyddet något ytterligare i jämförelse med RF. (RF anger enbart att ersättningen ska regleras i lag.) Det krävs dock inte att den föreskrift som provas har beslutats i ett folkvalt parlament. Däremot måste det finnas någon förankring till parlamentet. Etablerad rättspraxis godkänns också. Den föreskrift som anger förutsättningar för ett ingrepp måste ha viss kvalitet ur rättsstatlig synvinkel. Vid mer betydande begränsningar av äganderätten ökar kravet på förutsägbarhet och precision.³⁵ Förutom att vara förutsägbar måste lagen vara tillgänglig för enskilda, vilket i regel inte brukar föranleda problem. Förutsägbarheten måste dock kombineras med viss flexibilitet för den som tillämpar lagstiftningen. Frågor som domstolen ställer sig vid laglighetsbedömningen är sålunda om lagen är förutsägbar och om den kringgärdas av vissa skyddsmekanismer såsom domstolsprövning eller bevisregler till förmån för den enskilde.

Artikeln reglerar inte uttryckligen ersättningsrätt vid berövanden (jämför RF). Genom en etablerad domstolspraxis framgår däremot att detta är ett absolut krav vid berövandefall liksom vid fall som är att likna vid berövanden. En annan bedömning skulle strida mot proportionalitetsprincipen enligt domstolens synsätt. Det framgår av samma praxis hur betalningen ska se ut, vilken ränta som ska utgå och när betalning ska utges.

I artikel 1 andra stycket anges rätten att vidta nyttjanderegleringar och vad som krävs härför: staten får anta sådan lagstiftning som den finner nödvändig för att reglera nyttjandet av egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse eller för att säkerställa betalning av skatter eller andra pålagor eller av böter och viten. Denna reglering innebär inte *carte blanche* för det allmänna att besluta om olika regleringar, utan tvärtom medför den att Europadomstolen har kvar sin kontrollfunktion ifråga om det finns ett allmänt intresse, om det är nödvändigt (proportionerligt) och om det finns lagstöd. Domstolen kan också kontrollera om en sanktionsavgift uppfyller dessa krav på allmänt intresse, laglighet och proportionalitet.

Genom den inledande frasen i artikel 1 om envars rätt till respekt för egendom har Europadomstolen skapat en praxis som behandlar fall som inte är att betrakta som vare sig berövanden eller nyttjanderegleringar.³⁶ Genom denna rättstillämpning har äganderätten fått en stärkt ställning även i det konventionsrättsliga sammanhanget. Det första målet var *Sporrong-Lönnroth mot Sverige* från 1982:

³⁴ James and Others v. United Kingdom, judgment of 21 February 1986, Ser A, para. 46.

³⁵ Jämför NJA 2004 s. 336 som rörde frågan om det gick att tillämpa ledningsrättslagen vilket HD fann inte var fallet.

³⁶ Jämför den inledande frasen i RF 2 kap. 15 § som inte har någon självständig betydelse.

Målet gällde långvariga expropriationstillstånd i kombination med långvariga byggförbud.³⁷ Byggförbuden ansågs falla under undantaget i stycke två som avser nyttjanderegleringar av egendom. Däremot ansågs inte expropriationstillstånden falla under vare sig detta stycke eller under stycket som rör berövanden av egendom. Domstolen bedömde situationen i sin helhet och fann att staten kränkt äganderätten i strid med första meningen om envars rätt till respekt för egendom. Den tog bl.a. hänsyn till den tid som ingreppet varat samt att det saknades ersättningsrätt. Det fanns inte heller möjlighet att få expropriationstillstånden prövade i domstol. Sammantaget var den svenska lagstiftningen som tillämpades oflexibel och drabbade klagandena onödigt hårt.

Domstolen prövade också om klagandena i realiteten blivit berövade sin äganderätt trots att ingen formell äganderättsövergång skett. Konventionen avsåg nämligen enligt domstolen att skydda rättigheter som är effektiva och praktiska till skillnad från illusoriska och teoretiska. Den bedömde dock att så inte var fallet eftersom de bl. a. fortfarande kunde sälja sina fastigheter trots att många möjligheter att disponera över dem i realiteten hade försvunnit.

Genom sin praxis har Europadomstolen skapat ett ökat utrymme att bedöma mål rörande äganderätt och den har även fört in resonemang om proportionalitet.

Proportionalitetsprincipen är avgörande vid bedömningen av om begränsning är konventionsenlig eller inte.³⁸ Denna princip uttrycks inte direkt i artikel 1 (inte heller i konventionen i övrigt, dock att vissa artiklar föreskriver ett krav på nödvändigt i ett demokratiskt samhälle). Den har utvecklats genom domstolens praxis. Vid utformningen av ny lagstiftning måste därför även denna princip uttryckligen beaktas för att konventionsenligheten till fullo ska vara utredd (jämför RF 2 kap. 19 §). Även när en myndighet fattar ett beslut eller en domstol dömer måste principen tas med i bedömningen. I korthet handlar det om huruvida en begränsning - som i och för sig anses uppfylla kravet på allmänt intresse - uppvisar en balans mellan mål och medel. Man får inte skjuta mygg med kanoner som det sägs ibland. Frågor som måste utredas är: (1) Uppnås verkligen målet med den vidtagna lagstiftningen/beslutet? (2) Finns det mindre ingripande medel för att uppnå samma, legitima syfte? Det är staten som har bevisbördan för detta.³⁹ (3) Vilka intressen står på spel och hur viktiga är de sinsemellan? Ett berövande av egendom kräver utifrån praxis normalt sett marknadsmässig ersättning. Detta gäller likaså ingrepp som - utan att utgöra ett berövande - drabbar en enskild eller ett företag särskilt hårt och/eller medför stora ekonomiska skador och därför är att betrakta som ett de facto - berövande (eller de facto-konfiskation).⁴⁰ I det konventionsrättsliga systemet är det därför inte så viktigt att avgöra om det sker en överföring i formell bemärkelse av en ekonomisk rättighet utan snarare vilka

³⁷ Sporröng and Lönnroth v. Sweden, judgment of 23 September 1982.

³⁸ Åhman, 2000, s. 361 ff.

³⁹ Jämför Eka m.fl., s. 149 avseende proportionalitetskravet i RF 2 kap. 21 §: "Bestämmelsen kan sägas ytterst syfta till att understryka kravet på att lagstiftaren, när en fri- och rättighetsinskränkande lag beslutas, noga redovisar sina syften."

⁴⁰ Se Sporröng och Lönnroth v. Sverige, fotnot 37.

konsekvenser ingreppet får för den eller dem som berörs. (Rättigheter ska vara effektiva och praktiska och inte illusoriska eller teoretiska, som Europadomstolen påpekar i sin praxis.) Frågor som också måste besvaras är om äganderätten i realiteten upphör och med regleringen? Hur förhåller det sig t.ex. med de dispositionsmöjligheter som följer med just det i frågavarande ägandet, upphör de i och med regleringen? Vad är kvar av äganderätten och upphör dess kärna?

Värt att notera är också de övriga tolkningsprinciper som Europadomstolen använder sig av. Dessa framgår inte uttryckligen av konventionen utan går enbart att läsa ut ur praxis. Det rör sig t.ex. om effektivitetsprincipen (att rättigheter ska vara effektiva och praktiska och inte teoretiska och illusoriska), att konventionen ses som ett levande instrument (ska ses i ljuset av "present day conditions") och att den ska tolkas ändamålsenligt (teleologisk tolkning). Slutligen bör nämnas dess numera väl utvecklade praxis om positiva förpliktelser.⁴¹ Med hjälp av dessa tolkningsprinciper får därför konventionens rättighetsskydd – som alltsedan 1995 gäller som svensk lag – en annan prägel och ett emellanåt annat innehåll än det som ges i RF.

EU-stadgan

EU-stadgan gäller mot EU:s medlemsstater när det tillämpar EU-rätten och mot unionens institutioner, organ och byråer enligt dess artikel 51 (1).⁴² Dess skydd av äganderätten i artikel 17 motsvaras till stor del av EKMR, vilket bl.a. framgår av dess lydelse liksom dess bindande förklaring.⁴³ I de situationer som den motsvaras av lydelsen i EKMR gäller därför Europadomstolens praxis på motsvarande vis. Om begreppet samhällsnyttan i denna artikel har en annan innebörd än begreppet allmänt intresse (i EKMR) är tveksamt.⁴⁴ I detta stadgande anges uttryckligen ett krav på rättmätig ersättning vid egendomsberövanden, vilket inte har sin motsvarighet i konventionen. Dessutom tillförs i stadgans artikel 17 (2) en uttrycklig angivelse att immateriell egendom ska vara skyddad.⁴⁵ Detta skydd motiveras med den stora och ekonomiska betydelsen som immaterialrättigheter har för medlemsstaterna. Det har tolkats som "att EU har en skyldighet att lagstifta i syfte att skydda immateriella rättigheter" liksom att ha "effektiva sanktioner för överträdelser av immateriella rättigheter".⁴⁶

Av begränsningsregeln i artikel 52 (1) – som gäller för samtliga begränsningsbara rättigheter i stadgan – anges ett krav på lagstöd, proportionalitet liksom ett krav på allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen. EU-domstolen har – motsvarande Europadomstolens praxis rörande äganderätten – uttryckt att i kriteriet för proportionalitet finns bl.a. ett krav på att en begränsning inte ska utgöra en överdriven börda för den enskilde.

⁴¹ Åhman, 2015, s. 93 ff. och Danelius, s. 55.

⁴² Åhman, 2015, s. 73

⁴³ Explanations relating to the Charter of fundamental rights och artikel 52.7 i stadgan. Se även Lebeck, s. 199.

⁴⁴ Se Lebecks redovisning om regleringar till skydd för folkhälsan och miljön, s. 201-202.

⁴⁵ Se Lebeck s. 201 ff.

⁴⁶ Lebeck s. 203.

5. FINNS DET SKYDDSVÄRD EGENDOM OCH INNEBÄR FÖRSLAGEN EN BEGRÄNSNING AV EGENDOMSSKYDDET (ÄGANDERÄTTEN)?

Allmänt

De förslag som jag behandlar i detta yttrande rör införandet av tillståndsprövning för flera branscher (juridiska personer) som visserligen sedan tidigare har varit föremål för omfattande reglering men inte på det sätt som nu föreslås. Innebörden av tillståndskravet är att de företag som berörs inte kan fortsätta uppbära finansiering/ersättning av det allmänna (genom olika överenskommelser/avtal) om de inte lever upp till bl.a. det föreslagna kravet på vinstbegränsning. De får inte heller förfoga över egendom i form av värdeöverföring i syfte att kravet på vinstbegränsning inte ska kunna kringgås. Uppfyller man inte detta villkor kan inte tillstånd ges med följd att avtal mellan det allmänna och enskilda företag inte längre kan ingås, alternativt kan ett utdelat tillstånd framledes återkallas jämte eventuella sanktioner. I syfte att minska de ekonomiska konsekvenserna av förslagen föreslås vissa övergångsbestämmelser.

Förslagen innebär inte en expropriation (överföring av äganderätt från ett subjekt till ett annat) av egendom utan snarare att kontrollen av ett företags lösa egendom (se mer nedan) ytterligare regleras (en så kallad nyttjandebegränsning). Av denna anledning är inte RF 2 kap. och dess äganderättsskydd formellt tillämpligt på förslagen eftersom 2 kap. 15 § inte omfattar nyttjandebegränsningar av lös egendom utan enbart av fast egendom. Jag gör därför ingen ytterligare analys av RF i denna del. Däremot är EKMR (samt EU-stadgan för det fall EU-rätten är tillämplig på något av förslagen) tillämplig vilket jag visar nedan.

Skyddsvärd egendom

Tillståndsplikt med krav på vinstbegränsning: Först måste konstateras att det inte rent allmänt finns någon mänsklig rättighet som skyddar en enskilds eller ett företags rätt att få statligt bidrag eller att ingå avtal med det allmänna under vissa betingelser med ekonomisk ersättning som följd. En förhoppning att få ett statligt bidrag, ingå avtal eller att få egendom i gåva eller testamente skyddas alltså inte av äganderätten rent allmänt. Det är däremot de nuvarande villkor som privata utförare idag förhåller sig till för att få del av offentlig finansiering (genom avtal) som utgör en ekonomisk rätt som grundar en *legitim förväntan* enligt EKMR. De företag som levererar sina tjänster idag har anpassat sin ekonomiska verksamhet efter dessa villkor och utifrån vad som kan beskrivas som deras legitima förväntningar (allt enligt konventionsrätten) på att erhålla offentlig finansiering under vissa villkor och att få driva välfärdsföretag enligt nu gällande lagstiftning. Det utgör alltså inte någon förhoppning eller motsvarande utan deras förväntan grundar sig på sedan länge etablerade rättsregler vilka inneburit att det allmänna ingått avtal med företagen och att dessa härigenom fått legitima förväntningar som skyddas av EKMR (jämte EU-stadgan). I N.K.M. mot Ungern (2013) uttalade Europadomstolen om skyddet för legitima förväntningar (vilket är av intresse för detta yttrande):

”The justification for the protection of legitimate expectations originating in a statutory undertaking is that the law should protect the trust that has been reposed in the undertaking made by legislation. For the Court, good government depends upon trust between the governed and the governor.”⁴⁷

Företagen har också annan skyddsvärd egendom genom upparbetad *goodwill* som är ett förväntansvärde som kan kapitaliseras vid försäljning. Genom den sedan länge tillämpade lagstiftningen på olika välfärdsområden har företagen genom förvärv av andra företag skapat mervärden (som bokförs som goodwill) och som också skyddas av EKMR (jämte EU-stadgan). I betänkandet medges att dessa värden existerar.⁴⁸

Också när det gäller förbudet mot värdeöverföringar skyddas företags tillgångar av EKMR. I detta fall rör det sig om ett företags lösa egendom, dess tillgångar eller medel.

I fråga om återkallelse av tillstånd och sanktioner kan ett tillstånd utgöra en äganderätt enligt EKMR. Likaså skyddas en fysisk eller juridisk person enligt artikel 1 sista stycket EKMR mot allt för långtgående ekonomiska sanktioner, se sista stycket i artikeln.

Sammantaget finns det skyddsvärd egendom i de företag som berörs av lagförslaget.

Begränsning av äganderätten

Om vi börjar med den föreslagna tillståndsplikten med krav på vinstbegränsning medför förslaget inte att någon överföring av ägande till annan sker. Det medför däremot att förutsättningarna att ingå avtal väsentligt försämrats genom ny lagstiftning och därmed att företagens ekonomiska planering omkullkastats och i värsta fall riskerar att helt omintetgöras. Ett företags möjlighet att effektivt utnyttja sin ekonomiska rätt begränsas och de *förväntningar (legitima)* som finns begränsas därmed. Oavsett om ett företag får tillstånd och fortsätter att bedriva sin verksamhet med de nya villkoren eller om det inte söker tillstånd (och därmed inte kan fortsätta bedriva sin verksamhet som tidigare *eller* om ägarna säljer företaget eller företaget säljer sina tillgångar med reducerat värde) medför det också att det ekonomiska värdet i företaget påverkas. Framförallt är det värdet på *goodwill* som kan sjunka liksom värdet på bokförda aktier.

I betänkandet medges (försiktigt) att förslagen kan medföra att värden reduceras och att antal förvärv stannar av.⁴⁹ I avsnittet om EKMR i betänkandet sägs det dock att det inte föreligger något ingrepp i äganderätten (avseende förslagen om hälso- och sjukvård och socialtjänst) eftersom ersättningen redan idag är beroende av om kommunen eller landstinget *väljer* att anlita en privat utförare.⁵⁰ Det som man inte tar hänsyn till i denna argumentation är att det är lagstiftaren som kraftigt förändrar möjligheten att driva välfärdsföretag och att marknaden för dessa företag förändras radikalt med värdeminskningar som följd. Man bortser därmed från att

⁴⁷ N.K.M. v. Hungary, judgment of 14 May 2013.

⁴⁸ SOU 2016:78 s. 674 ff.

⁴⁹ A.a. s. 677.

⁵⁰ SOU 2016:78 s. 717.

företagen alltså har upparbetade värden som försvinner genom lagstiftningen. Samma resonemang applicerar utredningen på skolområdet. Man skriver att någon praxis från Europadomstolen som visar att "en framtida begränsning av förutsättningarna för offentlig finansiering kan ses som en inskränkning av äganderätten finns inte."⁵¹ Jag ifrågasätter därför utredningens resonemang i dessa delar.

När det sedan gäller förbud mot värdeöverföringar innebär ett sådant förbud att företags möjligheter att göra vissa dispositioner vilka är att betrakta som nyttjandebegränsningar av äganderätten minskar.

Och beträffande återkallelse av tillstånd och sanktioner innebär både en återkallelse och ett beslut om sanktion att äganderätten berörs i sådan omfattning att det rör sig om en begränsning i juridisk mening; detta gäller oavsett skälet till återkallelsen eller sanktionen. Det finns här en väl etablerad rättspraxis på området, vilken bl.a. redovisas i Danelius bok, angiven bland källorna.

Sammantaget innebär det begränsningar av äganderätten att genom lagstiftning förändra villkoren för sedan länge etablerade välfärdsföretag, att förbjuda värdeöverföringar och att reglera återkallelse och sanktioner. Den sista frågan som ska belysas är under vilka förutsättningar sådana förslag kan medföra att konventionsrättigheten kränks.

6. STRIDER FÖRSLAGEN MOT ÄGANDERÄTTSSKYDDET?

Nedan utreds hur man bör se på förslagens konventionsenlighet. Jag behandlar samtliga förslag under gemensamma rubriker med avseende på de krav som konventionen ställer på ett ingrepp i äganderätten. Den viktigaste prövningen är huruvida förslagen uppfyller kravet på proportionalitet.

Lagkravet

Den första frågan att besvara är om de föreslagna reglerna uppfyller konventionens krav på *laglighet*. De har alla stöd i formella lagar, de är tillgängliga och de blir till synes förutsebara och precisa i sin tillämpning med tanke på hur förslagen är utformade. Enligt min uppfattning är det tydligt hur vinstbegränsningsregeln ska fungera och tillämpas och hur en beräkning ska gå till, i samband med att ett tillstånd söks. I praktiken torde dock denna prövning om vinstbegränsning ske först *efter* att ett tillstånd utdelats och den efterföljande tillsynen påbörjas (även om beräkningar till grund för ett tillstånd ska göras enligt förslagen⁵²). Vinstbegränsningsregeln är ju inte tänkt att åtgärdas praktiskt *innan* man söker ett tillstånd utan så fort som man har ett tillstånd. Ett problem som därför måste uppmärksammas är hur en återkallelse av tillstånd liksom beslutade sanktioner kommer att tillämpas i praktiken.

⁵¹ A. st.

⁵² Enligt förslagen ska frågan om hur redovisa att förutsättningarna är uppfyllda kunna regleras i förordning eller föreskrift.

Eftersom dessa båda regleringar kan medföra stora ekonomiska ingrepp för ett företag är det viktigt att de går att förutse en sådan rättstillämpning och därmed kunna anpassa sig efter den. Det är även viktigt att det finns effektiva rättsliga mekanismer för överprövning av samtliga sådana beslut. Ett annat problem som bör uppmärksammas är hur förbudet mot värdeöverföringar kan komma att tillämpas och kontrolleras i praktiken. Är en sådan regel verkligen förutsebar ur ett företags perspektiv, det vill säga är det tillräckligt tydligt och precist hur ett sådant förbud kommer att ta sig uttryck i realiteten? Hur ska man t.ex. tillämpa ett krav på marknadsmässighet? Frågan är relevant eftersom om ett företag bryter mot detta förbud det kan drabbas av indraget tillstånd respektive sanktioner. Det finns en betydande risk att regleringen får till följd att den övervakande myndigheten inte endast kommer att "bedöma" marknadsmässigheten av vissa transaktioner utan i realiteten också "bestämma" vad som är marknadsmässigt i strid med hur marknaden själv hade utvecklats i frånvaro av regleringen. Motsvarande reglering i aktiebolagslagen (ABL) är inte offentligrättslig till sin karaktär utan är en civilrättslig reglering. Bedömningen av om en transaktion är av "rent affärsmässig karaktär", som är det aktiebolagsrättsliga kriteriet, har såväl objektiva som subjektiva inslag och det är att göra det alltför enkelt för sig att tro att en hänvisning till "marknadsmässighet" är lösningen.

Allmänt intresse

De *intressen* som anges motivera förslagen som behandlas i detta yttrande anges vara att "säkerställa att offentliga medel används till just den verksamhet de är avsedda för och att eventuella överskott som huvudregel ska återföras till den verksamhet där de uppstått." I kapitel 9 i utredningen behandlas ytterligare skäl för förslagen.⁵³ Genom en vinstreglering uppnår man andra syften enligt utredningen (såsom jag förstår den): (1) I vinstdrivande företag finns risk för konflikt med de mål som ställs upp för skola, vård och omsorg; vinstbegränsning medför därför ökad kvalitet. (2) I vinstdrivande företag finns ökad risk för oseriösa företag; vinstbegränsning medför det motsatta. (3) En vinstbegränsning stärker förtroendet för de företag som efter regleringen väljer att stanna kvar; det finns lågt förtroende för vinstdrivande företag idag.

Vinstbegränsningsregeln och förbudet mot värdeöverföringar får uppfattas som ett medel för att uppnå dessa eftersträlvade syften; ett företag får inte gå med vinst över sju procent på det operativa kapitalet och inte heller disponera medel på annat sätt genom värdeöverföringar. Att framgångsrikt invända mot en reglering utifrån hur syftena är motiverade är inte enkelt med tanke på den praxis som finns från Europadomstolen. Begreppet allmänt intresse är med andra ord väldigt vitt och omfattande. Om riksdagen antar de förslag som behandlas här och finner dem vällovliga och legitima är det svårt att rättsligt invända att det saknas ett allmänt intresse. Om riksdagen i sin budget har anslagit en viss summa för t.ex. hälso- och sjukvård bör ju också dessa medel användas för detta syfte och inget annat. Vidare vill man stärka kvaliteten i vården är det ju också i och för sig legitimt, liksom att minska risken för oseriösa aktörer.

⁵³ SOU 2016:78 s. 321.

Däremot ställer jag mig tveksam till om syftet att stärka förtroendet för de företag som efter regleringen väljer att stanna kvar i branschen verkligen är så särskilt starkt.

Samma resonemang kan anläggas på förslagen om återkallelse och sanktioner. De ryms under kravet på ett allmänt intresse enligt konventionsrätten.

Proportionalitet

Som angetts ovan är det svårt att invända mot att det finns ett (legitimt) allmänt intresse i sig för de föreslagna regleringarna. I det följande ska jag besvara följande frågor. (1) Uppnås syftena genom de föreslagna reglerna? (2) Finns det mindre ingripande metoder att uppnå samma i och för sig legitima syften? (3) Vilka intressen står på spel och hur förhåller de sig till varandra? Om fråga 1 besvaras nekande, det vill säga att syftena inte uppnås med förslagen, behöver man inte gå vidare till fråga 2, utan kan konstatera att förslagen inte uppfyller kravet på proportionalitet eftersom de inte är nödvändiga för de syften som man vill uppnå och helt enkelt inte behövs. Jag kommer dock här (oavsett vilka svar jag kommer fram till) att resonera kring samtliga frågor. Jag behandlar enbart vinstförbudet och förbudet mot värdeöverföringar i denna del.

- (1) En svårighet med betänkandet är att man anger flera olika syften med de förslag som läggs. Frågan som inställer sig är – vilket är huvudsyftet och vad vill man uppnå? Ett av syftena är att de medel som tillförs företag ska stanna kvar i verksamheten och att medlen ska användas till vård, skola eller omsorg. Regleringen medför i och för sig att medlen stannar kvar i företagen eftersom de inte kan försvinna genom värdeöverföringar. Däremot är det inte säkert att de medel som stannar kvar verkligen används till vård, skola eller omsorg. Så länge som ett företag inte bryter mot förbudet om värdeöverföringar kan medlen mycket väl användas för annat än det som denna reglering syftar till. Ett annat syfte är att förbättra kvaliteten i de i frågavarande företagen så att de allmänna målen bättre tillgodoses. Frågan som här måste ställas är om det verkligen (statistiskt och vetenskapligt) finns ett samband mellan vinst i ett företag och den kvalitet som det levererar. Finns det inte något sådant samband kan inte heller en vinstbegränsningsregel åtgärda en sådan brist enligt min uppfattning och därför kan inte heller detta syfte uppfyllas genom sådana regler. Samma synpunkter gör sig gällande ifråga om det tredje syftet – att hindra "oseriösa aktörer". Finns det verkligen ett samband mellan vinstdrivande företag och oseriösa aktörer? Om det inte finns ett sådant kan inte heller detta syfte uppfyllas genom dessa regler. Det fjärde syftet - att öka förtroendet för de privata företag som blir kvar efter en ny reglering uppfattar jag som anges ovan under rubriken "Allmänt intresse" vara svagare. Men samma fråga får ställas här; finns det ett samband mellan vinst i dessa företag och ett lågt förtroende för privata utförare? Om inte så kan inte heller detta syfte uppfyllas med de nya reglerna.

Sammantaget måste åtgärderna svara upp mot ett samhällsbehov (problem) som åtgärdas genom de nya reglerna. Finns inte detta samband belagt är det svårt att säga att syftet med förslagen verkligen uppnås.

- (2) Nästa fråga är om det finns mindre ingripande metoder för att uppnå samma syfte.

I betänkandet (s. 653 - 666) genomgås alternativa metoder för att uppnå samma syften vilka fanns med i direktiven till utredningen. Ingen av dem anses vara fungerande för att uppnå syftena på bästa sätt. Frågan som inte är belyst är om det finns *mindre ingripande metoder* ur företagets perspektiv som kan medföra att syftena i och för sig uppfylls. Det är det allmänna som har bevisbördan för detta.

- (3) Den sista frågan som ska behandlas är vilka intressen som står på spel och hur de förhåller de sig till varandra i en ren intresseavvägning. Det allmännas (legitima) intresse att reglera välfärden syftande till att medel ska stanna kvar i företagen, att höja kvaliteten, att minska risken för oseriösa aktörer samt att stärka förtroendet för de aktörer som finns kvar efter regleringen *står emot* företagets skydd för äganderätten. I en sådan avvägning finns det flera faktorer som ska beaktas enligt min uppfattning. En faktor är hur det drabbar företagen i praktiken. Vinstförbudet (och förbudet mot värdeöverföringar) gäller för samtliga företag verksamma inom vård, skola och omsorg. Medför det att vissa företag i realiteten måste lägga ned sin verksamhet eftersom vinstförbudet slår osedvanligt hårt mot dem innebär det egentligen ett förbud att fortsätta verka som välfärdsföretag och med Europadomstolens egna ord en de facto konfiskation (utan äganderättsövergång) eftersom dessa företag inte tillerkänns någon ersättning om det tvingas lägga ned. En annan faktor är om kärnan i rätten att äga välfärdsföretag upphör om förslagen går igenom. Om man inte kan disponera sina medel för framtiden och säkra ett fortsatt företagande vad är det då kvar av denna äganderättsform? Likaså måste bedömas om de övergångsbestämmelser som ges är tillräckliga för att kunna anpassa sig till de nya förhållandena. En annan faktor, slutligen, är under hur lång tid som företagen har hunnit inrätta sig enligt de befintliga reglerna.

Ytterst handlar det om hur mycket en ny regering kan ändra de förutsättningar (ekonomiska spelreglerna) för vissa företag som en tidigare regering har skapat genom att liberalisera en marknad. Mycket är förstås politik. Men, som detta yttrande har avsett att visa, finns det juridiska skyddsmekanismer som sätter gränser för hur mycket som kan justeras, utan att förenligheten med konventionsrätten kan ifrågasättas.

Stockholm den 10 februari 2017

Karin Åhman

KÄLLOR

Danelius, Hans; *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Norstedts juridik, 2015.

Eka, Anders, m.fl.; *Regeringsformen – en kommentar*, Karnov group, 2012.

Eriksson, Emelie; Utvecklingen av begreppet legitima förväntningar i konventionsrätten, *Europarättslig tidskrift (ERT)*, 2014:4, s. 811-825.

Holmberg, Erik m.fl.; *Grundlagarna (Grundlagskommentaren)*, Norstedts juridik, 2012.

Lebeck, Carl; *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*, Studentlitteratur, 2016.

Nordin, Johan och Pettersson, Malcolm; Egendomsskyddet enligt Europakonventionen; Vad skyddas och hur kränks det? En studie av rättspraxis under senare år, *Europarättslig tidskrift (ERT)*, 2010, s. 1018-1028.

Solheim, Stig; *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Cappelen, 2010.

Åhman, Karin; *Egendomsskyddet*, akademisk avhandling, IUSTUS, 2000, (Åhman 2000) och *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, Norstedts juridik, 2015 (Åhman 2015).