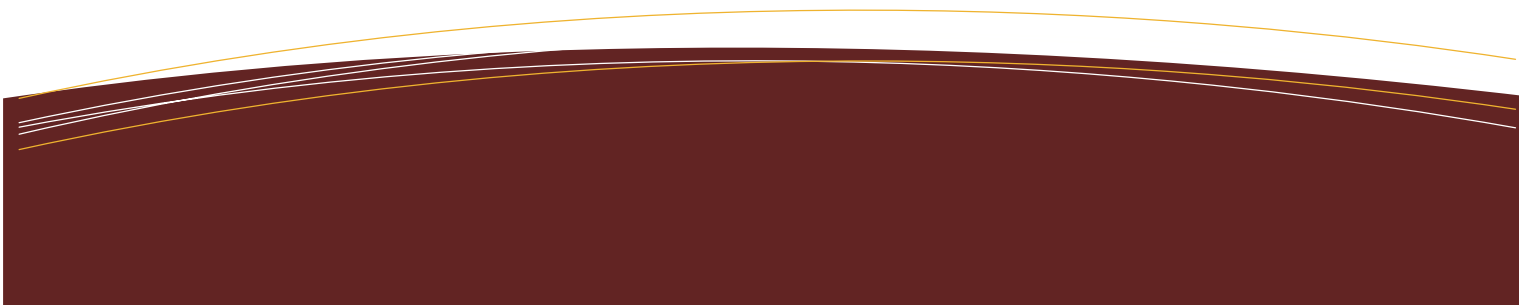


Nordiskt Seminarium: Administrativa sanktioner – Utmaningar och möjligheter

Helsingfors, 24 oktober 2011



INNEHÅLLSFÖRTECKNING

	Sida
Olli Mäenpää <i>Administrativa sanktioner och de nordiska rättssystemen</i>	03
Gullans, Monica <i>Administrativa sanktioner och utövning av offentlig makt</i>	06
Heidenborg, Mari <i>Administrativa sanktioner och straffrättsliga sanktioner – att välja mellan straff och andra sanktioner</i>	20
Henrichsen, Carsten <i>Administrative sanktioner – i forhold til kommunal forvaltning</i>	30
Kulla, Heikki <i>Europarätten och administrativa sanktioner</i>	67
Matikkala, Jussi <i>Administrativa sanktioner och straffrättsliga sanktioner</i>	84
Stub, Marius <i>Statlig tilsyn med kommunesektoren – noen hovedtrekk</i>	104
Warnling Nerep, Wiweka <i>Administrativa sanktioner – sanktionsavgifter. Utövning av offentlig makt: Fågel, fisk eller mittemellan</i>	111

Olli Mäenpää

ADMINISTRATIVA SANKTIONER OCH DE NORDISKA RÄTTSSYSTEMEN.

*Prof. Olli Mäenpää,
Helsingfors universitet*

Olika slag av sanktioner är i och för sig inget nytt fenomen i den förvaltningsrättsliga miljön. Ändå diskuteras spörsmål kring administrativa sanktioner just nu i alla nordiska länder. Fenomenet har spritt sig till flera områden inom administrativ reglering och tillsyn. Man har börjat använda administrativ sanktionering i stället för straffrättslig sanktionering men också som ett självständigt förvaltningsrättsligt redskap för att förverkliga administrativa syften.

Det finns flera bakgrundsfaktorer för en sådan utveckling. I och för sig har administrativa sanktioner nästan alltid varit kända inom förvaltningsrätten och förvaltningen har sedan länge börjat använda vissa typer av – speciellt mildare – sanktioner som ett verktyg för administrativ kontroll eller förvaltningstvång, t ex mindre påföljdsavgifter eller ordningsböter.

Det går inte att undervärdera Europeiska gemenskapens och unionens aktiva roll i att utvidga användandet av administrativa sanktioner och sprida förvaltningens sanktionsmakt till nya områden t ex till jordbruksstöd och konkurrensövervakningen. Det finns vissa juridiska och konstitutionella skäl för en prioritering av just administrativa sanktioner framöver straffrättsliga sanktioner i EU rätten. Visserligen är dessa skäl inte mera så vägande efter Lissabon-fördraget. Men det kan också vara så att även utan EU:s inverkan

skulle nationella förvaltningar ha upptäckt sanktioner som ett effektivt redskap för administrativ reglering och övervakning.

Syftet med den här publikationen är att både kartlägga några av de viktigaste områdena av administrativ sanktionering och försöka klargöra många av de svåra men mycket intressanta eller även fascinerande juridiska frågor som en sådan sanktionering skapar.

Fastän de nordiska rättssystemen skiljer sig från varandra också på den offentliga rättens delområden är de rättsliga problem som administrativ sanktionering medför av samma typ och kvalitet. Det är naturligt att också de teoretiska och praktiska svaren varierar. Därför är jag säker att det kommer att vara mycket värdefullt att bekanta sig med synpunkter från olika nordiska länder samt jämföra problem och deras lösningar.

Inledningsvis ville jag kort ta upp två aktuella problemsituationer i Finland. I våras hade vi en mycket livlig debatt om privata bolags roll i parkeringsövervakningen. Enligt lagen är övervakningen kommunernas uppgift och parkeringsböter kan endast föreläggas av antingen polisen eller kommunala tjänsteinnehavare. Så småningom har ändå privata bolag börjat dela ut varningsavgifter i exakt samma situationer som kommunen och polisen. Därmed uppstod frågan om detta har skett grundlagsenligt eftersom grundlagen utgår ifrån att sanktionsmakten kan utövas enbart av offentliga myndigheter. Debatten fortsätter men Justitieministeriet har nu lovat att ingripa med en ny lag som skulle klargöra situationen och uttryckligen förbehålla sanktionsmakten de offentliga myndigheterna.

En annan frågeställning har att göra med den straffprocessuella principen *ne bis in idem*. Principen har blivit allt viktigare t ex beträffande beskattningen där skattefuskar kan resultera både i en straffrättslig sanktion och i skatteförhöjning som en administrativ sanktion. Den europeiska människorättsdomstolen har på

goda grunder ansett att *ne bis in idem* -principen är tillämpbar också i dessa och likadana situationer och detta har lett till några intressanta avgöranden också i finska domstolar.

Publikationen innehåller bidrag av framstående juridiska experter från alla nordiska länder – beklagligtvis med undantag av Island. Jag vill tacka alla som varit beredda att ställa upp med sin expertis i seminariet som hölls vid Helsingfors Universitet den 24.10.2011. Jag vill också tacka Nordiska Ministerrådet för att ha insett den stora nordiska nyttan som ligger i att tillsammans med nordiska kolleger analysera och systematisera detta mångskiftande fenomen samt försöka dryfta och lösa de rättsliga problem som administrativ sanktionering förorsakar.

Monica Gullans

ADMINISTRATIVA SANKTIONER OCH UTÖVNING AV OFFENTLIG MAKT

*Justitiesekreterare Monica Gullans,
Högsta förvaltningsdomstolen, Finland*

1. Inledning

Den 10 februari 2009 gav den Europeiska människorättsdomstolen en dom med vittgående följder för våra nordiska länders rättsordningar. Målet *Sergey Zolotukhin mot Ryssland*, som gäller *ne bis in idem*-regeln, ser ut att gå till historien som en verklig probersten för de nationella domstolarna, inte bara här hos oss i norr utan också i andra delar av Europa.¹

Jag är väldigt glad över att få delta i dagens seminarium, som utgör en värdefull fortsättning på den diskussion som får anses ha inletts med Zolotukhin-domen, fått fart tack vare våra nordiska prejudikat och fördjupats vid det Nordiska juristmötet i Stockholm i augusti i år. I Stockholm låg fokus på administrativa sanktioner och "Modern brottsbekämpning och ekonomisk kriminalitet."

¹ Se även *Ruotsalainen mot Finland* (2009) om förhållandet brott-administrativ sanktion. Regeringsrätten i Sverige (numera högsta förvaltningsdomstolen) gav hösten 2009 ett prejudikat gällande förhållandet skattetillägg-skattebrott (RÅ 2009 ref. 94). I mars 2010 var det Sveriges högsta domstols tur (NJA 2010 s. 168 I och II). Finlands högsta domstol gav år 2010 tre vägledande avgöranden (HD 2010:45, HD 2010:46 och HD 2010:82) och högsta förvaltningsdomstolen våren 2011 ett årsboksavgörande (HFD 2011:41). Det kan noteras att den österrikiska författningsdomstolen i motsats till de svenska och finska högsta domstolarna har förhållit sig mycket kritiskt till *Zolotukhin*-domen (Verfassungsgerichtshof 2.7.2009, B 559/08). Författningsdomstolens avgörande har kommenterats av Claudia Fuchs: *Ne bis in idem: Korrespondenzen zwischen Strassburg und Wien, Öffentliches Recht, Jahrbuch 2010, s. 181-197.*

Diskussionen i dag här i Helsingfors gäller de utmaningar och möjligheter som de administrativa sanktionssystemen innebär.²

2. Utövning av offentlig makt och bestämmande av administrativa sanktioner

Det är skäl att börja med att ställa upp vissa ramar för att vi ska kunna identifiera det område där vi rör oss enligt finsk rätt. Enligt 2 § i Finlands grundlag, som gäller demokrati och rättsstatsprincipen, ska "utövning av offentlig makt bygga på lag och i all offentlig verksamhet lag noggrant iakttas". I grundlagens 119 § föreskrivs bland annat att: "De allmänna grunderna för statsförvaltningens organ skall regleras genom lag, om deras uppgifter omfattar utövning av offentlig makt." Jag återkommer senare till 124 §, där det bestäms om överföring av förvaltningsuppgifter till andra än myndigheter.

Enligt tjänstemannaförvaltningsprincipen har offentlig makt traditionellt kunnat utövas endast av myndigheter och på dessas vägnar av lagligen utnämnda tjänstemän. I dag utgör denna princip inte längre något hinder för att i begränsad utsträckning³ överföra offentlig makt och offentliga uppgifter på andra än myndigheter, till exempel offentligrättsliga eller privaträttsliga sammanslutningar. Det kan också vara intressant att notera att i Finland har kravet på god förvaltning givits samma status som rätten till rättvis rättegång, eftersom man valt att ta in bestämmelser om bägge i grundlagens 21 §. Det har

² Vid sidan av sina sedvanliga arbetsuppgifter som föredragande vid högsta förvaltningsdomstolen har skribenten under tiden 2010 – 2011 undersökt *ne bis in idem* -problematiken ur HFD:s synvinkel. Se även artikel skriven tillsammans med Matti Pellonpää i tidskriften *Defensor Legis* 4/2011: Zolotukhin-linjans kansallisten tuomioistuinten koetinkivenä, s. 412-430.

³ Huvudansvaret för förvaltningsuppgiften stannar hos myndigheten som t.ex. kan använda sig av förgranskingsuppgifter utbildade personer eller konsultföretag (revision, övervakning av användningen av EU-stöd och certifiering av olika näringsfunktioner m.m.). Riktningen är den att den assisterande rollen blivit allt självständigare. Såsom nedan framgår, förutsätter detta att det finns garantier.

ansetts viktigt att betrakta rätten till rättvis rättegång och god förvaltning som en helhet.

Begreppet offentlig förvaltningsuppgift är vittgående. I finsk rätt finns det ingen exakt definition av begreppet och det har ingen entydig placering i rättsområdessystematiken, men i allmänhet avser man att en aktör genom lag anförtros en uppgift som utförs för det allmännas eller den enskildas bästa. Sådana uppgifter är verkställande av lagar samt beslutsfattande som direkt berör enskilda, såsom att förplikta, begränsa, förbjuda, bevilja tillstånd och förmåner samt i vissa fall att ge upplysningar.⁴ Eftersom det inte finns någon uttömmande definition, har grundlagsutskottet, som i Finland deltar i beredningen av ärenden om grundlagen och kontrollerar lagförslagets grundlagsenlighet, en viktig roll i sammanhanget. Utskottet lägger tyngdpunkten vid förvaltningsuppgiftens rättsliga verkningar på individens ställning och rättsskydd i stället för vid uppgiftens rättsliga natur.⁵

I 67 § förvaltningslagen föreskrivs om administrativa sanktioner på följande sätt:

”En myndighet kan förena ett förbud, ett åläggande eller ett krav som den har meddelat med vite, hot om tvångsutförande eller hot om avbrytande eller med någon annan administrativ påföljd enligt vad som föreskrivs särskilt.”

⁴ Se det s.k. arbetskraftskonsulentfallet HD 1989:50. Till denna grupp räknas dock inte t.ex. tillhandahållande av adresstjänster.

⁵ Några exempel på offentliga förvaltningsuppgifter: parkeringsövervakning (GrUU 57/2010 rd), lotsningstjänster (GrUU 12/2010 rd), skogscentralernas myndighetsuppgifter (GrUU 45/2006 rd), rådgivande telefonservice gällande fordonsskattelagen (GrUU 11/2006), övervakning av ordningen (GrUU 20/2002 rd) och privata säkerhetstjänster (GrUU 28/2001 rd).

Enligt finsk doktrin avses med begreppet administrativ sanktion en av förvaltningsmyndighet bestämd sanktion till följd av ett felaktigt eller annars lagstridigt förfarande. Man kan dela in administrativa sanktioner i två huvudgrupper: Påföljdsavgifter (felparkeringsavgift, kontrollavgift i kollektivtrafik, överlastavgift, påföljdsavgift för konkurrensbegränsning m.m.) och andra administrativa påföljder (skatteförhöjning, körförbud, verksamhetsförbud gällande yrke eller näring m.m.).

Den straffrättsliga legalitetsprincipen, om vilken bestäms i 8 § i grundlagen, gäller formellt bara brott och straff i traditionell mening. Grundlagsutskottet har dock betonat att denna princip, liksom också oskuldspresumtionen enligt människorättskonventionens artikel 6.2, ska respekteras även vid bestämmande av administrativa sanktioner. När det gäller påföljdsavgifter måste lagen dessutom innehålla klara och specifika bestämmelser om bland annat betalningsskyldighet, grunderna för bestämmandet av avgiftens belopp och om den betalningsskyldiges rättsskydd.⁶

I detta sammanhang är 124 § i grundlagen synnerligen viktig, eftersom där bestäms under vilka förutsättningar offentliga förvaltningsuppgifter kan överföras på andra än myndigheter:

”Offentliga förvaltningsuppgifter kan anförtros andra än myndigheter endast genom lag eller med stöd av lag, om det behövs för en ändamålsenlig skötsel av uppgifterna och det inte äventyrar de grundläggande fri- och rättigheterna, rättssäkerheten eller andra krav på god förvaltning. Uppgifter som innebär betydande utövning av offentlig makt får dock ges endast myndigheter.”⁷

⁶ GrUU 32/2005 rd.

⁷ Om överförande av utövning av offentlig makt, se Marietta Keravuori-Rusanens doktorsavhandling *Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle*. Helsingfors 2008.

Enligt huvudregeln handhas alltså förvaltningsuppgifter av myndigheter, men förvaltningsuppgifter kan – i begränsad mån – överföras på aktörer utanför den egentliga myndighetsapparaten.⁸ Grundlagsutskottet har betonat att kravet på ändamålsenlighet här är en rättslig förutsättning, som skall provas och motiveras från fall till fall. Det ligger i sakens natur att förvaltningsuppgiftens karaktär måste tillmätas betydelse: Kravet på ändamålsenlighet kan således uppfyllas lättare när det är fråga om uppgifter i samband med serviceproduktion än till exempel i fråga om beslutsfattande som gäller en enskild persons eller sammanslutnings centrala rättigheter.⁹ Bestämmelsen i nämnda 124 § förutsätter att det finns vissa garantier för att de grundläggande fri- och rättigheterna, rättssäkerheten och god förvaltning inte äventyras. Kravet på garantier gäller de privata aktörernas egenskaper, iakttagandet av god förvaltning och tillgången till domstolskontroll.¹⁰ Även om alla dessa förutsättningar och garantier är uppfyllda, är det förbjudet att överföra förvaltningsuppgifter som innebär

⁸ Till myndighetsapparaten räknas statens och kommunens myndigheter samt självständiga organ såsom Finlands Bank, Folkpensionsanstalten och det kommunala arbetsmarknadsverket m.m.

⁹ Relevanta frågor är t.ex. varför man vill överföra uppgiften på en privat aktör och huruvida uppgiften eventuellt är sådan att den inte kan handhas av en myndighet. Ett fartygs befälhavare måste av naturliga skäl anförtros vissa offentliga maktbefogenheter. Likaså innebär övervakning av jakt och fiske i glesbygden helt andra utmaningar än till exempel övervakning av kollektivtrafiken. Vid bedömningen av ändamålsenligheten ska särskilt uppmärksammas dels förvaltningens effektivitet och övriga interna behov, dels enskilda personers och sammanslutningars behov. Beaktansvärda omständigheter kan vara till exempel att myndigheten saknar särskild specialsakkunskap eller att myndigheten inte kan trygga en tillräcklig tillgång till en viss service eller det har visat sig vara en välfungerande lösning att låta en annan aktör än en myndighet handha en uppgift.

¹⁰ Personer som sköter offentliga förvaltningsuppgifter ska ha avgränsade befogenheter, stå under tillräcklig offentlig tillsyn och vara lämpliga, kompetenta och utbildade för ändamålet. Dessutom bör om tjänsteansvaret stadgas i lag (genom hänvisning till strafflagens 40 kapitel). Rättssäkerhet och god förvaltning förutsätter vid beslutsfattande att det fästs avseende vid jämlikhet (6 §), de grundläggande språkliga rättigheterna (17 §), rätten att bli hörd, kravet på beslutsmotivering och rätten att söka ändring (se GrJU 19/1996 rd). Kravet på rättssäkerhet och god förvaltning skall allmänt tolkas så att grundlagens 21 § om rätten till en rättvis rättegång och övriga bestämmelser om de grundläggande fri- och rättigheterna beaktas. Stöd för tolkningen av bestämmelsen kan fås i grundlagsutskottets utlåtandep Praxis.

betydande utövning av offentlig makt. Enligt grundlagsutskottet är det fråga om betydande utövning av offentlig makt när det handlar om en på självständig prövning baserad rätt att använda maktmedel eller att på något annat betydande sätt ingripa i en enskild persons grundläggande fri- och rättigheter.¹¹ I grundlagsutskottets praxis har endast ett fåtal uppgifter bedömts utgöra betydande utövning av offentlig makt. Som exempel på sådana uppgifter kan nämnas bestämmande av administrativa sanktioner och inspektion i lokaler som omfattas av hemfriden.¹²

3. Administrativ sanktion eller påföljd på grund av avtalsbrott

Det finns för närvarande ingen lagstiftning om privat parkeringsövervakning. Däremot finns ett intressant prejudikat. En skylt som fanns vid infarten till en privat gårdsplan skulle visa sig få en avgörande betydelse för hur saken avgjordes. Texten hade följande lydelse:

“Privat område – Parkering tillåten på angivna platser för dem som erhållit parkeringstillstånd.

För parkering i strid med villkoren uppbärs en övervakningsavgift uppgående till 40 euro.

Genom att parkera godkänner du villkoren.

Tfn (09)7269 0078, ParkCom Ab ”

¹¹ RP 1/1998 rd s. 179.

¹² GrUU 57/2010 rd och GrUU 40/2002 rd. Övriga exempel: Beslut om att utbetalningen av återflyttningsbidrag avbryts eller att ett utbetalt bidrag återkrävs (GrUU 18/2001 rd), egentlig polisverksamhet (GrUU 20/2002 rd) och militärutbildning för värnpliktiga (GrUU 52/2006 rd: “Att ordna utbildning för statens krigsmakt är utan tvivel en offentlig förvaltningsuppgift som avses i 124 § i grundlagen. Till väsentliga delar bör utbildningen handhas av myndigheterna. Utbildningsdeltagarna får träning i att utöva den viktigaste makt som staten har och i det avseendet också träning i att utöva offentlig makt, även om någon betydande offentlig makt inte utövas i själva utbildningen. Utskottet anser att grundlagen helt klart förhindrar att t.ex. militärutbildningen för värnpliktiga privatiseras.”).

ParkCom Ab väckte talan i tingsrätten mot X på den grunden att denne parkerat på gårdsplanen utan tillstånd. Vanda tingsrätt gjorde följande bedömning. Enligt 28 § i vägtrafiklagen kunde fastighetsägaren förordna om rätt att parkera på sitt område och även överföra denna rätt på annan. Övervakningsavgiften kunde dock i väsentligt hänseende jämföras med en felparkeringsavgift, eftersom bägge utkrävdes till följd av felparkering. Påståendet om att övervakningsavgiften baserade sig på ett ingånget avtal och avtalsbrott kunde inte godkännas, eftersom denna rättsliga form inte motsvarade avgiftens verkliga innehåll. Påförandet av övervakningsavgift innebar betydande utövning av offentlig makt, varför tingsrätten avtog fordringstalan. Helsingfors hovrätt avtog kärandebolagets besvär.

Högsta domstolen (HD 2010:23) biföll däremot käromålet. Domstolen ansåg att parkering på ett privat område med tydlig parkeringsskyltning innebar att det mellan det företag som övervakade parkeringen på området och den förare som hade parkerat en bil där hade uppkommit ett avtal enligt villkoren på informationsskyltarna, vilket sålunda innebar skyldighet att betala övervakningsavgift ifall parkering hade skett i strid med villkoren. Det var alltså inte fråga om utövning av offentlig makt, utan om att ett avtal hade ingåtts.

Senare samma höst gav regeringen en proposition (RP 223/2010 rd) om bland annat privat parkeringsövervakning. I sitt utlåtande om propositionen noterade grundlagsutskottet att i vägtrafiklagen, terrängtrafiklagen och räddningslagen kriminaliseras olovlig parkering på privat område och i lagarna sägs att bötesstraff kan dömas ut eller felparkeringsavgift påföras. Utskottet fortsatte:

”Privat parkeringsövervakning handlar om att övervaka efterlevnaden av föreskrifter eller med stöd av dem utfärdade bestämmelser som baserar sig på

lagar som riksdagen har stiftat och att bestämma påföljder om föreskrifterna eller bestämmelserna inte följs. Också enligt propositionsmotiven (s. 40) har den privata parkeringsövervakningen drag av sådana offentliga förvaltningsuppgifter som avses i 124 § i grundlagen och i praktiken kan verksamheten på många sätt jämföras med offentlig parkeringsövervakning. Enligt förarbetena till grundlagsreformen anses som betydande utövning av offentlig makt till exempel på självständig prövning baserad rätt att använda maktmedel eller att på något annat konkret sätt ingripa i en enskild persons grundläggande fri- och rättigheter ... Förarbetena innehåller ingen analys av om bestämmande av påföljder ska anses som betydande utövning av offentlig makt. Utskottet anser ändå att det ingår ett element av betydande utövning av offentlig makt när administrativa påföljder bestäms ... Också i den juridiska litteraturen har man ansett att påförande av administrativa sanktioner är sådan utövning av offentlig makt som avses i grundlagens 124 §. ...

Om parkeringsövervakning överförs på någon annan än en myndighet måste verksamheten avgränsas så att det inte är fråga om betydande utövning av offentlig makt. Detta kan ske genom en stark kontroll från myndighetshåll och genom att reglera bland annat rättsmedlen. Dessutom måste bestämmelserna uppfylla kraven i grundlagens 124 § med exakt reglering av befogenheter, generellt sett exakta och annars tillbörliga bestämmelser samt lämpliga och behöriga personer. Det är även viktigt att göra en sådan avgränsning av befogenheterna att den andel av maktutövningen som sköts utanför myndighetsmaskineriet får karaktären av assisterande och kompletterande maktutövning i relation till myndigheternas verksamhet ..."¹³

¹³ GrUU 57/2010 rd.

Grundlagsutskottets utlåtande ledde till att lagförslaget om privat parkeringsövervakning föll i riksdagen, eftersom det inte ansågs uppfylla de krav som ställts av utskottet.¹⁴

4. Något om Europeiska människorättsdomstolens praxis

Kärnfrågan i målet *Jussila mot Finland* (2006) var huruvida en skatteförhöjning oberoende av beloppet innebar "criminal charge" enligt artikel 6 i människorättskonventionen. För att bestämma om så var fallet tog människorättsdomstolen de så kallade *Engel*-kriterierna¹⁵ till hjälp. Dessa innebär att man besvarar följande frågor: 1) Hur karakteriseras ärendet i nationell rätt? 2) Vem kan bli föremål för påföljden; äger normen allmän tillämpning eller avser den en särskild grupp? 3) Vilken är påföljdens karaktär och stränghet; har påföljden ett avskräckande eller reparativt syfte?¹⁶

I *Jussila*-domen slog människorättsdomstolen fast att en skatteförhöjning innebär *criminal charge* enligt artikel 6 oberoende av sitt (ringa) belopp.¹⁷ Domen är viktig också därför att domstolen mycket tydligt höll fast vid att garantierna i artikel 6

¹⁴ I detta skede ansökte bilföraren X om återbrytande av HD 2010:23. Enligt ansökan grundade sig domen på uppenbart oriktig tillämpning av lag, eftersom den stod i strid med ett senare utlåtande av grundlagsutskottet. I sitt beslut HD 2011:43 uttalade högsta domstolen bland annat följande: "Ansökan ska avslås då den fråga som skulle avgöras inte varit rättsligt entydig och domen således inte grundat sig på uppenbart oriktig tillämpning av lag."

¹⁵ *Engel m.fl. mot Nederländerna* (1976).

¹⁶ Tillämpandet av *Engel*-kriterierna i *Jussila*-ärendet: "Turning to the first criterion, ...the tax surcharges ...were not classified as criminal but as part of the fiscal regime. This is however not decisive. The second criterion, the nature of the offence, is the more important. The Court observes that ... it may be said that the tax surcharges were imposed by general legal provisions applying to taxpayers generally Further ... the tax surcharges were not intended as pecuniary compensation for damage but as a punishment to deter re-offending. It may therefore be concluded that the surcharges were imposed by a rule whose purpose was deterrent and punitive. The Court considers that this establishes the criminal nature of the offence. The minor nature of the penalty ... does not remove the matter from the scope of Article 6."

¹⁷ Klaganden hade påförts en skatteförhöjning som till beloppet motsvarade 308 euro.

inte nödvändigtvis gäller fullt ut i ärenden som inte faller inom straffrättens kärnområde:

“Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly “criminal charges” of differing weight. ...

Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency ...”

Denna begränsande tillämpning förklaras av att tillämpligheten av artikel 6 på andra områden än traditionell straffrätt är en följd av en pågående utveckling och grundar sig alltså inte på konventionens förarbeten. Genom en evolutiv tolkning har räckvidden för garantierna i denna artikel gradvis vidgats till att gälla bland annat administrativa sanktioner (t.ex. skatteförhöjning), disciplinstraff i fängelser och påföljder enligt tullagstiftningen och konkurrenslagstiftningen.

I oktober 2011 kommunicerade människorättsdomstolen ett intressant klagomål¹⁸ till den finländska regeringen. Det handlar om det så kallade asfaltkartellmålet, i vilket högsta förvaltningsdomstolen ålade flera bolag att betala en påföljdsavgift på grund av riksomfattande kartellbildning åren 1994-2000. I målet redogjorde högsta förvaltningsdomstolen för grunderna för bevisvärderingen på följande sätt:¹⁹

¹⁸ Klagomål 5556/10 (Finland).

¹⁹ Här återges den sammanfattning som ingår i årsboksavgörandet HFD 2009:83 och som baserar sig på den tolkning som EG-domstolen omfattat i konkurrensärenden (se BPB Plc mot kommissionen, dom 8.7.2008, T-53/03; Aalborg Portland A/S m.fl. mot kommissionen, dom 7.1.2004, C-204/00, 205, 211, 213, 217 och 219/00 P; Montecatini Spa mot kommissionen, dom 8.7.1999, C-235/92).

”När en domstol i enlighet med 51 § 1 mom. i förvaltningsprocesslagen beslutar på vilka omständigheter ett avgörande i ett mål som gäller förbjudet samarbete mellan näringsidkare kan grundas, ska den ta hänsyn till de problem med att finna bevis som kan förekomma samt att man inte kan ställa samma krav på bevisning i ett konkurrensärende som i ett brottmål. Följaktligen kan domstolen även använda sig av slutledningar för att konstatera om ett sådant förbjudet samarbete har förekommit. Den omständigheten att liknande händelser har inträffat och liknande verksamhetsmodeller har tillämpats på marknaden samt andra indiciebevis kan tyda på brott mot konkurrensregler, om de inte kan förklaras på något annat logiskt sätt. När domstolen gör sådana slutledningar, är det ingenting som hindrar att den vid sidan av andra spridda bevis ger betydelse även åt det som vittnen berättar att de har hört berättas. På motsvarande sätt kan det vara möjligt att utgående från enskilda, sinsemellan liknande händelser dra den slutsatsen att det finns ett samband mellan händelserna och att de bildar en helhet. Det viktiga är att bevisen bedöms som helhet. När det gäller den tid som verksamheten anses ha pågått, ska det anses tillräckligt att de framlagda bevisen hänför sig till faktiska omständigheter som ligger tillräckligt tätt inpå varandra för att man rimligen ska kunna konstatera att brottet mot konkurrensreglerna har pågått utan avbrott från tidpunkten då kartellen påstås ha inletts till tidpunkten då den har upphört.”²⁰

Det till människorättsdomstolen riktade klagomålet kan sammanfattas på följande sätt:

1. Användningen av *hearsay* -bevisning strider mot konventionens artikel 6.3(d), som gäller försvarrets rättigheter och mera specifikt rätten att förhöra eller låta

²⁰ Målet har kritiskt kommenterats av Ari Huhtamäki: *Kuulopuheista näyttönä suomalaisessa oikeudenkäynnissä*. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta, Åbo 2010, s. 223-233.

förhöra vittnen som åberopas mot svaranden och att för egen räkning få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som de vittnen som åberopas mot svaranden.

2. Det strider mot artikel 6.1, som gäller rätten till rättvis rättegång, att bevisröskeln för en fällande dom i konkurrensärenden är lägre än normalt.

3. Det strider mot artikel 6.2, som stadgar om oskuldspresumtionen, att bevisbördan läggs på bolaget och inte på konkurrensverket.

Människorättsdomstolen har kommunicerat klagomålet till alla delar, vilket får anses innebära att hela ärendet åtminstone *prima facie* väcker konventionsrättsliga frågor. Det faktum att ärendet nått över tröskeln för kommunikering till svaranderegeringen väcker ju frågan om vi kan emotse en justering av rättspraxis vad det gäller tillämpningen av de enskilda kraven i artikel 6 på konkurrensärenden. I fallet *Jussila* konstaterades att de krav som artikel 6 ställer inte nödvändigtvis är de samma på områden som ligger utanför straffrättens kärnområde, men som ändå omfattas av det autonoma *criminal charge* -begreppet.²¹

5. Administrativa sanktioner - utmaningar och möjligheter

De administrativa sanktionernas popularitet hos lagstiftaren kan förklaras med att de uppfattas som effektiva i den meningen att förfarandet ofta är enklare och

²¹ Punkt 43: "... Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency. ..." I asfaltkartellmålet HFD 2009:83 hänvisades till denna punkt. Se även Editorial Comments i *Common Market Law Review: Towards a more judicial approach? EU antitrust fines under the scrutiny of fundamental rights*, 48/2011, s. 1405-1416.

snabbare än i traditionella brottmål.²² Om man med effektivitet avser ett förfarande som är mindre kostsamt än brottmålsförfarandet kan det finnas orsak till försiktighet, så att kraven på effektivitet och rättssäkerhet inte kolliderar.²³

Avslutningsvis nämner jag ett tankeväckande fall, som gällde bestämmande av kontrollavgift i kollektivtrafik.

Biljettkontrollanterna påstod att X hade rest med spårvagn utan giltig färdbiljett och att han hade stämplat sin biljett först efter att kontrollanterna stigit på spårvagnen. X bestred att så varit fallet, men ålades ändå att betala kontrollavgift. I sina besvär till förvaltningsdomstolen yrkade X att beslutet om påförande av kontrollavgiften skulle upphävas och att biljettkontrollanterna personligen skulle förklara varför de talat osanning i ärendet. X uppgav namnet på tre vittnen till händelsen samt deras kontaktuppgifter. X uppgav också att han på begäran kunde sända in vittnesutsagorna eller att vittnena kunde kontaktas direkt per telefon. X förde själv sin talan utan biträde eller ombud. Stadens trafikverk gav ett skriftligt utlåtande till förvaltningsdomstolen. I sitt genmäle vidhöll X att biljettkontrollanternas version av händelseförloppet inte stämde överens med sanningen. Han bifogade en skriftlig vittnesutsaga, av vilken det framgick att vittnet stigit på spårvagnen ett visst klockslag och tillsammans med

²² Vid smärre lagöverträdelser ("bagatellbrottslighet") upplevs det inte alltid meningsfullt att bruka särdeles stora straffprocessuella resurser. Å andra sidan kan sanktionsavgifter i vissa fall (t.ex. överlastavgift) ha en kraftigare verkan än ett bötesstraff.

²³ Professor Raimo Lahti använde under det Nordiska juristmötet i Stockholm en träffande beskrivning: "Dessa målsättningar som måste beaktas i kriminalpolitiken står i ett motsatt eller åtminstone laddat förhållande till varandra, och beskrivs ofta genom begreppen effektivitet och rättssäkerhet [här kursiverat]". Lahti: Sanktionsavgifter eller straff. Föredrag vid Nordiska juristmötet 2011 under rubriken Modern brottsbekämpning, s. 41-48. Om administrativa sanktioner se även Kimmo Ilmari Kiiskis doktorsavhandling Hallinnollinen sanktiointi, Turun yliopiston julkaisuja, Åbo 2011 samt Leena Halilas artikel Hallinnollisen rikosprosessin piirteistä, esimerkkinä hallinnolliset seuraamusmaksut – erityisesti öljypäästömaksu, i publikationen Tuomas Ojanen et al. (red.): Avoin, tehokas ja riippumaton, festskrift till Olli Mäenpää, s. 197 – 215, Helsingfors 2010.

X. Förvaltningsdomstolen avslag besvären utan att uttala sig om behovet att hålla muntlig förhandling. Förvaltningsdomstolen fann det utrett att X stämplat sin biljett efter att biljettkontrollanterna stigit på spårvagnen. Enligt beslutet hade det ingen rättslig betydelse var X hade stigit på spårvagnen.

X vände sig till riksdagens justitieombudsman med en begäran om att denne skulle undersöka förvaltningsdomstolens och trafikverkets beslut. Justitieombudsmannen påminde om att det på förvaltningslagskipningens område ansetts viktigt att privatpersoner ska kunna sköta sina egna angelägenheter utan anlitan av juridiskt ombud. Justitieombudsmannen ansåg det vara rätt klart att X hade haft för avsikt att yrka på muntlig förhandling i förvaltningsdomstolen. Då dessutom fakta i målet till stora delar varit stridiga och X hade ifrågasatt tillförlitligheten eller trovärdigheten av biljettkontrollanternas iakttagelser ansåg justitieombudsmannen att rätten till en rättvis rättegång enligt grundlagens 21 § och människorättskonventionens 6 artikel skulle ha tillgodosetts bättre om förvaltningsdomstolen hade hållit en muntlig förhandling och tagit emot personbevisning.²⁴

²⁴ Justitieombudsmannens avgörande 11.8.2011 dnr 2295/4/10. Hela beslutet finns (på finska) på justitieombudsmannens webbplats (www.oikeusasiamies.fi).

Mari Heidenborg

ADMINISTRATIVA SANKTIONER OCH STRAFFRÄTTSLIGA SANKTIONER – ATT VÄLJA MELLAN STRAFF OCH ANDRA SANKTIONER

*Hovrättslagman Mari Heidenborg,
Sverige*

Jag fick i våras ett regeringsuppdrag av det lite mer ovanliga slaget när det gäller det straffrättsliga området, nämligen att undersöka om det går att vara mer återhållsam med användning av straffrätt! Det finns alltså en politisk vilja att gå mer mot sanktioner istället för straff. Jag kommer att tala just om vad som kan tala för en övergång till sanktioner men jag kommer inte närmare att ta upp de problem som är förknippade med användandet av andra sanktioner.

Varför är då detta uppdrag ovanligt? Jo, oftast är utredningar inom den straffrättsliga specialiteten mer inriktad på det man kan kalla "hårdvara", utökad kriminalisering, ändring av straffskalor m.m. medan man i mitt fall snarare närmar sig mera filosofiska resonemang: varför straffar vi över huvud taget? Vad är det för beteenden vi vill straffa? Och inte minst: kan vi komma till rätta med önskade beteenden på andra sätt än genom att straffa. Det handlar ytterst om den s.k. ultima ratio-principen, straffa bara när det är nödvändigt. Uppdraget är ovanligt även av den anledningen att jag inte förväntas lämna några skarpa förslag utan det är snarare att se som någon form av grundforskning. Det här är oerhört grundläggande frågor som jag personligen tycker är oerhört intressanta. Det är uppenbart att många andra också tycker det eftersom utredningen redan har väckt ett stort och berättigat intresse.

Jag vill redan här tala om att vi kom igång med utredningsarbetet först strax före sommaren så det jag kommer att tala om här är inte något färdigt arbete och inte heller alltid så helt genomtänkta tankar.

Först några ord om direktiven:

Utgångspunkter för arbetet:

- att straffsystemet har förankring hos medborgarna
- att rättsväsendets resurser används på rätt sätt
- att det kriminaliserade området träffar beteenden som framstår som straffvärda
- att vissa beteenden utgör kärnan av det område som måste vara kriminaliserat
- att vissa typer av oönskat beteende kan mötas mer effektivt genom andra sanktioner eller åtgärder samt
- att EU-rätten eller internationella åtaganden kräver kriminalisering

Utredaren, dvs. jag, ska

1. kartlägga det straffsanktionerade områdets utveckling sedan brottsbalkens ikraftträdande
2. kartlägga områdets nuvarande omfattning och struktur
3. analysera och ta ställning till vilka kriterier som bör gälla för att kriminalisering ska anses vara befogad
4. analysera om det går att vara mer återhållsam med användning av straffrätt på olika områden, främst inom specialstraffrätten och
5. peka ut hur detta i så fall bör uppnås
6. peka ut lämpliga områden och

7. anvisa lämpliga metoder.

Som man kan se består uppdraget av två delar. Den första delen är en ren kartläggning av hur det straffbelagda området såg ut, *då*, den 1 januari 1965 när brottsbalken trädde ikraft och hur det ser ut *idag*. Inte en helt lätt uppgift kan jag tala om. Den andra delen består av att tala om vad som bör vara straffbelagt och vad som inte bör vara det och helst också tala om hur vi ska komma dit, dvs. till en mera ändamålsenlig användning av straffrätten. Det som kanske är det mest intressanta är att det i direktiven alltså är direkt uttalat att jag ska analysera om det går att vara mer återhållsam med att använda straffrätt, dvs. undersöka om det finns utrymme för avkriminalisering eller i vart fall att straffsanktioner kan ersättas av administrativa sanktioner. Uppdraget ska redovisas våren 2013. Utredningen har antagit namnet Straffrättsanvändningsutredningen.

Jag tänker börja med att ge en del allmänna synpunkter i fråga om kriminalisering. Det ligger i sakens natur att samhället vill stävja beteenden som är skadliga och eller farliga. Ett sätt att åstadkomma detta är genom att belägga beteendet i fråga med straff. Straffet verkar avskräckande vilket, förhoppningsvis, innebär att medborgarna avhåller sig från beteendet i fråga. Nu är det ju inte alltid så enkelt. Brott är många gånger är impulsstyrda. En annan faktor är att gärningsmannen kan bedöma det är så låg upptäcktsrisk att straffhotet framstår som försumbart. Det sistnämnda leder direkt in på resursfrågan. Vad händer om det straffbelagda området blir så omfattande att samhällets resurser inte räcker till för att upprätthålla efterlevnaden? Jag kommer att återkomma till den frågan.

Man brukar också prata om straffhotet som normbildande. Genom att peka ut en handling som brottslig, pekar man ut den som gör sig skyldig till handlingen i fråga som någon som ställer sig utanför vad som accepteras i den mänskliga

samvaron. I många fall sammanfaller en kriminalisering med vad som redan uppfattas som socialt oacceptabelt, som en kodifiering av en redan gällande samhällsmoral. I andra fall innebär själva kriminaliseringen en reell påverkan på samhällsmoralen, dvs. kriminaliseringen påverkar människor att uppfatta vissa handlingar som förkastliga som annars inte hade uppfattats som sådana. Kan denna handlingsdirigerande effekt uppnås genom andra sanktioner är straff. Lagstiftaren verkar ofta tveksam till att så kan vara fallet. I en hel del lagstiftningsärenden har frågan väckts men har besvarats nekande. Ett exempel från senare tid är bidragsbrottslagen, som bl.a. avsåg att träffa fall där någon av oaktsamhet felaktigt tillskansade sig bidrag. Lagrådet ifrågasatte om det inte var lämpligen att använda sig av sanktioner istället för straff men lagstiftaren ansåg det nödvändigt med straffhotet för lagstiftningen skulle verka tillräckligt avskräckande och därigenom handlingsdirigerande.

Det kriminaliserade området speglar det samhälle det verkar i. Det har vi sett tydliggöras genom det kartläggningsarbete som f.n. är det som utredningen ägnar sig åt. Går vi några århundraden bakåt i tiden, 16–1700-talet hade brott mot någons ära en framskjuten ställning och var relativt allmänt förekommande. I dåtidens samhälle, utan något fungerande creditsystem, var äran oerhört viktig för den sociala ställningen och ett angrepp på någons ära var allvarligt. En markant skillnad mot hur det är idag. Ärekränkingsbrotten är sällan förekommande och lyder inte ens under allmänt åtal. Vid vår kartläggning har vi kunnat konstatera att ärekränkingsbrotten är en av de brottstyper som varit mest oförändrad sedan brottsbalkens tillkomst. Även de rena förmögenhetsbrotten framstår som relativt oförändrade. Däremot har kriminaliseringen av gärningar som riktar sig mot någons liv, hälsa eller trygghet till person utvidgats i betydande mån. Detsamma gäller brott mot människors personliga integritet. Detta stämmer väl överens både med hur dagens samhälle

ser ut och med rådande värderingar. Det sociala skyddsnetet är väl utbyggt, vilket i förening med möjligheten att försäkra sig mot ekonomiska förluster, har inneburit att det inte längre är lika förödande för den enskilde att t.ex. bli bestulen. Däremot har acceptansen för våld minskat betydligt.

Man kan följa straffrättens utbredning, framförallt inom specialstraffrätten, under den första delen av 1900-talet, då det moderna välfärdssamhället växte fram. Den ekonomiska, sociala och tekniska utvecklingen skapade ett behov av nya kriminaliseringar. De områden som var aktuella var bl.a. skatterätten (utbyggnaden av samhällets kontrollapparat) och trafiklagstiftningen (trafikmedlens expansion). Inom trafikstraffrätten fanns ursprungligen bara en enda bestämmelse, som stadgade böter för "överdådig framfart". Kan möjligen jämföras med den nu närmast okontrollerade flora av föreskrifter som frodas på det området. Under samma period tillkom också en mängd författningar som syftade till socialt skydd. Något senare, under 1970-talet tillkom flera författningar inom arbetsrätten som syftade till ökat inflytande för arbetstagarnas samtidigt som det skedde förändringar som hade bäring på kvinnans ändrade ställning i samhället. Ett tydligt exempel är abortlagstiftningen.

Att det kriminaliserade området speglar samhället är en viktig aspekt att ha med sig. Vilka områden menar jag då kan bli aktuella för en minskad användning av straffrätt.

Vi har inte på allvar börjat arbeta med vilka områden där man kan tänka sig att användningen av straffrätt kan minskas så det jag säger nu är främst mina egna tankar och funderingar, men naturligtvis har jag inspirerats av andra som är klokare än vad jag är.

Ett naturligt avstamp är självfallet direktiven, där man uttryckligen har undantagit " kärnan av det område som måste vara kriminaliserat" och istället pekat ut områden inom specialstraffrätten.

Vad är då denna "kärna"? Det finns anledning att något återknyta till distinktionen mellan allmän straffrätt och specialstraffrätt. De beteenden som man historiskt brukat föra till den centrala strafflagen är de som är *mala in se*, det onda i sig, medan det som lämnades utanför och hänfördes till specialstraffrätten avsåg *mala prohibita*, det som är ont för att det är förbjudet. Ett sätt att förklara begreppet *mala in se* är att det avser beteenden där det inte finns anledning att räkna med att uppfattningen att dessa beteenden var förkastliga ska förändras över tid.

Den här uppdelningen är dock på inget sätt absolut. Det är ändå så att de flesta allvarliga brott med stränga straff återfinns i brottsbalken medan de mer bagatellartade förseelserna med låga straff till övervägande del finns inom specialstraffrätten. Och det är naturligtvis dessa senare brottstyper, mer bagatellartade förseelser, som lämpar sig för ett ifrågasättande av om kriminalisering är nödvändig.

Då närmar vi oss den slutliga frågan, vilka områden eller brottstyper är det som lämpar sig för avkriminalisering eller för ett ersättande av straffsanktionen mot en administrativ sanktion. Jag kommer endast undantagsvis att här räkna upp några särskilda områden eller brottstyper. Däremot ska jag redogöra för hur jag tänker mig att angripa problemet. Jag tänker mig i huvudsak tre olika typfall där straffrätten skulle kunna undvaras.

1. Det första typfallet kan sägas ha effektivitet som syfte. Och då menar jag effektivitet i den bemärkelsen att det blir handlingsdirigerande i tillräcklig omfattningen. Det är fall där en administrativ sanktion har en mer effektiv

avhållande verkan än en straffrättslig sanktion. Det handlar om fall där man vill kunna rikta sanktionen mot företag eller juridiska personer istället för mot enbart fysiska personer. Exempel på en sådan utväxling av sanktioner finns i Sverige bl.a. inom konkurrensrätten och inom marknadsföringsrätten, där man infört regler om konkurrensskadeavgift respektive marknadstörningsavgift. Dessa sanktioner är utformade på ett sådant sätt att de är märkbart mer kännbara för näringsidkaren än vad ett bötesstraff kunnat bli.

Det har blivit alltmer vanligt med sanktioner istället för straff när den som avses är juridisk person istället för fysiker och särskilt vanligt är det inom näringsområdet. Min egen uppfattning är att det inte heller är särskilt kontroversiellt att styra över från straffrätt till sanktioner i dessa fall. Hotet om en kännbar avgift är helt enkelt mer handlingsdirigerande än ett straffhot.

2. Det andra typfallet handlar om resursanvändning. Det är fråga om fall där användning av straffrätt förutsätter resurskrävande förfaranden i en omfattning som måste anses orimlig, bedöms med utgångspunkt i en riktig prioritering av polis-, åklagar- och domstolsväsendets resurser. I Sverige har vi av tradition försökt hantera detta genom att effektivisera processrätten och genom att i allt högre grad föra över dömande uppgifter till åklagare och polis. Den modellen har självfallet sina brister. Däremot finns det inte så många exempel på avkriminalisering. Ett exempel där avkriminalisering kommit till stånd av den orsaken är avskaffandet av parkeringsböterna. Man kunde i det sammanhanget konstatera att mer än hälften av alla strafförelägganden dessförinnan hade avsett just parkeringsförseelser. Så många fler exempel på denna typ av utväxling

finns det dock inte. Ett närliggande exempel kan möjligen vara det tidigare straffbelagda beteendet att underlåta att hålla sin bil trafikförsäkrad. Det är numera inte kriminaliserat utan hanteras i ett avgiftssystem där efterlevnaden kan kontrolleras elektroniskt via det datamaskinella bilregistret.

Det är dock inte helt enkelt att hitta nya sådana brottstyper. Ett annat problem som ofta uppkommer är att beteendet i fråga även i fortsättningen är oönskat och man måste då hitta en annan myndighet som ska sköta hanteringen. Om efterlevnaden även i fortsättningen anses böra ligga kvar hos polisen kan detta innebära att det inte blir någon större besparing av resurser. Så resonerade lagstiftaren när det föreslogs att straffbudet om överlast skulle ändras till en sanktionsavgift, kallad överlastavgift. Eftersom en sådan avkriminalisering inte skulle innebära någon lättnad för polisens del så lät man det vara kvar som det var. Poliserna skulle nämligen även i fortsättningen svar för de beräkningar som skulle ligga till grund för avgifterna.

Vad som också måste tas i beaktande är att även administrativa avgifter måste hanteras på ett sätt som är rättssäkert med bl.a. möjlighet till överprövning. Om ett sådant system inte finns eller i vart fall inte är tillräckligt så kan det i sig vara ett skäl till fortsatt användning av straffhot med de rättsäkerhetsgarantier som redan finns där. Detta är något som utredningen måste hantera.

3. Den tredje kategorin som jag tänker uppehålla mig vid är där en fortsatt kriminalisering kan riskera att urholka straffrätten. Det handlar om beteenden som idag är straffbelagda även när de sker av oaktsamhet men där oaktsamhetskravet drivits så långt att det i praktiken har utvecklats

till ett strikt ansvar. En annan kategori som kan föras hit är brottstyper som är så hårt nedprioriterade av brottsutredande myndigheter att det snarast blir en ren tillfällighet om någon råkar lagföras.

Anledningen till att straffanvändningen kan ifrågasättas vid dessa brottstyper är att det riskerar att urholka förtroendet för rättssamhället. Det får inte vara en ren tillfällighet att någon lagförs. Om ett beteende prioriteras ned så mycket tyder det på att samhället inte anser det vara så straffvärt att det är befogat att upprätthålla efterlevnaden. Kan samhället inte bära kostnaden för en någorlunda effektiv hantering måste straffhotets berättigande ifrågasättas. Ett område som kan ifrågasättas av bl.a. den anledningen är regleringen inom yrkestrafiken. Där finns det idag en mängd straffbestämmelser där det är uppenbart att de brottsbeivrande myndigheterna inte har resurser att kontrollera efterlevnaden. Detsamma gäller gärningstyper där bedömningen av oaktsamhet är så sträng så att även den mest noggranna medborgare kan straffas. Inte minst inom trafiken har vissa sådana oaktsamhetsbedömningar gjorts som närmast är att se som strikt ansvar och där orsaken till denna stränga bedömning ligger i att den anses nödvändig för att de brottsbeivrande myndigheterna ska kunna fullgöra sin uppgift. Ett tydligt exempel på det sistnämnda gäller vissa fall av hastighetsöverträdelse där det bevisligen varit fel på fordonets hastighetsmätare. För att undgå ansvar krävs att fordonsägaren varje gång han sätter sig vid ratten först ser till att kalibrera mätaren. Att bilen är nyköpt och nybesiktigad utan anmärkning räcker inte. Straffhot måste riktas mot beteenden som uppfattas som klandervärda. Så är knappast fallet här. Straffrätt med strikt ansvar är helt enkelt ingen bra modell.

Avslutningsvis vill jag på nytt framhålla att utredningen fortfarande är i sin linda och att det som jag har sagt måste ses vid den bakgrunden. Jag tror ändå att det är oerhört viktigt att straffhotet används med försiktighet och att man, när fråga är om ett beteende som man anser oönskat och som man vill lagstifta mot, alltid först överväger om man inte kan nå lika långt eller tillräckligt långt, med någon annan form av sanktion.

Carsten Henriksen

ADMINISTRATIVE SANKTIONER – I FORHOLD TIL KOMMUNAL FORVALTNING¹

Af Professor, dr. jur. Carsten Henriksen

Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

1. Indledning. Om sanktioner rettet mod (kommunale) myndigheder

Emnet for denne artikel er *administrative sanktioner i kommunalretten* - dvs. sanktioner rettet mod det selvstændige retssubjekt, som en kommune eller en region udgør (i det følgende tales blot om kommuner), og som udløses af manglende overholdelse af de for kommunerne gældende love og regler. Dermed fraviges udgangspunktet for dette seminar, som er sanktioner rettet mod borgerne for manglende efterlevelse af lovens forbud og påbud, således som disse eventuelt har fundet udtryk i en konkret forvaltningsakt. Særlovgivningen indeholder talrige bemyndigelser til at iværksætte sådanne sanktioner over for borgerne, idet dog nogle – typisk alvorligere – sanktioner kræver domstolenes mellemkomst.

Når offentlige myndigheder selv – med deres handlinger eller undladelser – tilsidesætter gældende ret, vil dette normalt blive adresseret ved borgerens klage til overordnede myndigheder eller i sidste ende, ved at sagen indbringes for domstolene. I begge tilfælde vil myndighedens afgørelse kunne tilsidesættes – ophæves eller annulleres – som ugyldig, og borgeren vil yderligere kunne tilkendes erstatning, hvis afgørelsen har medført et tab for denne. Man kan sige,

¹ Præsentation til Nordiskt Seminarium om ”*Administrative sanktioner – Utmaningar och möjligheter*”, Helsingfors Universitet, Helsingfors 24.10.2011.

at den ulovlige afgørelse "sanktioneres" med ugyldighed og erstatning, men det må så anføres, at disse sanktioner ikke har det pønale element, som normalt kendetegner sanktioner, der er rettet mod borgerne.

Noget andet er, at annullation og erstatning kan følges op af sanktioner, hvor et disciplinært ansvar eller et strafansvar gøres gældende mod de ansvarlige personer i forvaltningen. Også et erstatningsansvar rettet mod de ansvarlige personer kan for den sags skyld komme på tale, hvor der er tale om misrøgt af embedet, som har påført myndigheden et tab, som når fx borgeren ikendes erstatning for en myndigheds tabvoldende dispositioner eller undladelser. Men disse omstændigheder gør ikke i sig selv ugyldighedslæren eller læren om offentlige myndigheders erstatningsansvar til en sanktionslære i sædvanlig – strafferetlig – forstand.

Netop i dansk kommunalret er der dog tradition for at behandle alle slags reaktioner rettet mod ulovlig forvaltning som sanktioner, også uanset om de har et pønalt element, eller om de blot går ud på fx at tilsidesætte en afgørelse som ulovlig. Denne sprogbrug har formentlig sammenhæng med, at kommunerne som nævnt netop er institueret som *selvstændige retssubjekter*, der som sådan er ansvarlige for lovligheden af deres dispositioner og undladelser, og dette ansvar kan gøres gældende af særlige dertil oprettede tilsynsorganer, som råder over et større arsenal af retsmidler. Dette tilsyn er institueret som en rekvisit til det kommunale selvstyre, som grundloven² har tilsikret, og som finder nærmere udtryk i den kommunale styrelseslovgivning.

Tilsynet med kommunerne er organiseret i såvel et regionalt tilsyn som et centralt overtilsyn. I det følgende redegøres nærmere for disse to tilsynsmyndigheder med særlig henblik på deres retlige muligheder for at

² Grundlovens § 82: "Kommunernes ret til at *under statens tilsyn* selvstændigt at styre deres anliggender ordnes ved lov".

iværksætte sanktioner over for ulovlig kommunal adfærd. Redegørelsen tilsigter herved at afdække *styrker og svagheder i kommunaltilsynet*, herunder i forhold til samspillet mellem dette tilsyn og andre kontrolorganer, som er institueret i forhold til kommunerne, eller som også har kommunalforvaltningen som kontrolobjekt, således navnlig regionale og centraladministrative tilsyns- og klageorganer samt Folketingets Ombudsmand og de almindelige domstole. Vi har jo som bekendt ikke i Danmark (og Norge) egentlige forvaltningsdomstole.

Artiklen har et *alment orienterende sigte*³ i forhold til et nordisk forvaltningsretligt forum, og må derfor læses med de begrænsninger, som følger heraf, herunder med hensyn til gennemgangen af såvel regelgrundlaget for de etablerede tilsynsmyndigheder som – ikke mindst – deres praksis. Det kommunale tilsyn er undergivet et omfattende regelkompleks, som her kun gengives i hovedtræk, og noget lignende gør sig gældende med tilsynsmyndighedernes praksis, der efterhånden har fået et betydeligt omfang, og som i det følgende kun undersøges sporadisk med henblik på at fastslå nogle mulige pointer om karakteren af det tilsyn, der føres med kommunerne.⁴

Afslutningsvis konfronteres disse antagelser eller hypoteser med nyere kommunalretlig teori om forholdet mellem statsligt tilsyn og kommunalt selvstyre.

³ Se ligeledes med et orienterende sigte Lone Birgitte Christensen: *Det almindelige tilsyn med kommunerne efter tilsynsreformen – et moderne, tilbageholdende legalitetstilsyn*, Juristen 2008.137.

⁴ Sagshenvisninger i det følgende gælder udtalelser fra IM: Indenrigsministeriet; SA: Statsamtet; SF: Statsforvaltningen; TR: Tilsynsrådet; evt. som optrykt i MAD: Miljøretlige Ankenævnskendelser og Domme. Udtalelser fra hhv. Indenrigsministeriet og Statsforvaltningerne kan findes på myndighedernes databaser: <http://www.sum.dk/Indenrigs/Tilsyn/Aktuelle-udtalelser.aspx> og <http://www.statsforvaltning.dk/site.aspx?p=5784>.

2. Det kommunale tilsyn. Regelgrundlaget

2.1. Kommunaltilsynets organisation

Kommunaltilsynet blev reorganiseret ved en reform i 2004 på baggrund af et betækningsarbejde fra det såkaldte *Klagereformudvalg*, som havde fået til opgave at udrede det samlede regelkompleks vedrørende "Statens tilsyn med kommunerne".⁵ Reglerne om det almindelige kommunaltilsyn findes i loven om kommunernes styrelse.⁶

Efter forslag fra udvalget blev kommunaltilsynet på regionalplanet organiseret som et rent embedstilsyn centreret om statsamterne, der senere ved kommunalreformen i 2007 blev afløst af de regionale *statsforvaltninger*. Disse myndigheder, der har samme geografiske kompetencefelt som de nye regioner⁷, afløste for så vidt angår tilsynsopgaven de tidligere tilsynsråd, som var en blandet statslig-kommunal enhed bestående af amtmanden og et antal medlemmer af amtsrådet. De regionale statsforvaltninger er derimod, som navnet siger, rene statsorganer under ledelse af en ansat direktør. Som sådan er de også undergivet et vist overtilsyn ved *Indenrigsministeriet*.

En del af baggrunden for denne reform var, at tilsynet i nyere tid havde skiftet karakter fra at være et kombineret godkendelses- og legalitetstilsyn til et tilsyn, hvor *legalitetskontrollen* var blevet helt dominerende, idet en række godkendelseskrav i forhold til kommunale dispositioner var blevet afviklet.⁸ En

⁵ Betænkning 1395/2000 omhandler grundstrukturen i kommunaltilsynet. Se endvidere om enkeltheder i tilsynet bet. 1425/2002 om *Indsigt i den kommunale administration* og 1487/2006 om *Kommunal og regional revision*.

⁶ Kommunestyrelsesloven (ksl.), LBKG 2010-11-01 nr. 1440, kap. VI og VII; jf. Regionsloven, LBKG 2010-11-01 nr. 1401, §§ 30-32 (med henvisning til de anførte kapitler i styrelsesloven).

⁷ Ved kommunalreformen 2007 erstattedes de hidtidige amtskommuner/amtsråd af 5 regioner/regionsråd.

⁸ Med undtagelse af enkelte tilbageblevne godkendelseskrav er tilsynet således et rent legalitetstilsyn, jf. nu ksl. § 48.

anden del af baggrunden var et ønske om, at det regionale tilsyn skulle omfatte både kommunerne og de nye regioner, som tidligere havde været undergivet et centralt tilsyn ved Indenrigsministeriet. Med et sådant udvidet kompetencefelt, ville de politiske medlemmer af det regionale tilsyn blive inhabile i sager vedrørende regionernes forvaltning.

Ud over disse mere praktisk betonedede hensyn havde der også i kommunallitteraturen være fremført stigende kritik af den politiske deltagelse i det regionale tilsyn, som efter manges opfattelse betød en svækkelse af legalitetskontrollen med kommunerne – en kritik som Klagereformudvalget udstrakte til også at omfatte Indenrigsministeriets placering som overtilsynsmyndighed. Denne kritik skal ses i lyset af, at kommunerne efter talrige opgaveomlægninger gennem tiderne efterhånden var kommet til at fremstå som et væsentligt, for ikke at sige det afgørende, led i forvaltningen af de offentlige opgaver, og at en effektiv legalitetskontrol derfor måtte føles så meget desto mere påtrængende.

Dette behov kunne ganske vist også imødekommes på andre måder, og både ombudsmand og centraladministration var da også i årene forinden blevet styrket på forskellig måde i deres kontrol med kommunerne. Således fik Folketingets ombudsmand ved en reform af ombudsmandsloven i 1997 udvidet sit sagsområde med kommunerne.⁹ Ligeledes fik centraladministrationen bedre muligheder for at varetage legalitetskontrollen med kommuner og regioner i kraft af en organisatorisk udskillelse af særlige tilsynsopgaver og klagesager til selvstændige myndigheder i form af henholdsvis direktorater og uafhængige klagenævn.¹⁰

⁹ Ombudsmandsloven, L 1996-06-12 nr. 473, § 7.

¹⁰ Denne udvikling blev sat i gang med bet. 629/1971 om *Centraladministrationens organisation*.

Alligevel fandt Klagereformudvalget det ønskeligt også at styrke den legalitetskontrol, som udføres af det almindelige kommunaltilsyn. Det skyldes bl.a., at dette tilsyn ofte i praksis fungerer som en *bagstopper* for varetagelsen af legalitetskontrollen med kommunerne. Dels fordi andre kontrolorganer ikke nødvendigvis dækker hele det kommunale opgavefelt og alene aktiveres ved klage, mens kommunaltilsynet dækker generelt og med kompetence til også at tage sager op af egen drift. Dels fordi kommunaltilsynet herudover varetager vigtige opgaver i forbindelse med vejledning af kommunerne om deres retsanvendelse. Men dels og navnlig også fordi det er kommunaltilsynet, som om fornødent kan gennemtvinge en lovliggørelse af den kommunale forvaltning.

2.2. Kommunaltilsynets sanktionsmidler

Det er i denne sidstnævnte forbindelse, at kommunaltilsynets sanktionsmidler kommer på tale. Hertil råder tilsynet over et veritabelt arsenal af sanktioner, som strækker sig fra suspension og annullation af kommunale beslutninger over tvangsbøder til ikendelse af bod eller rejsning af erstatnings- eller straffesag¹¹ mod de ansvarlige kommunalbestyrelsesmedlemmer. Uanset om der foreligger det fornødne grundlag for anvendelse af disse sanktioner, kan tilsynet endvidere anlægge anerkendelsessøgsmål ved domstolene. Endelig kan Indenrigsministeriet også rejse sag ved domstolene om afsættelse af en borgmester, som vægrer sig ved at udføre sine opgaver.¹²

I alle tilfælde er der tale om et legalitetstilsyn, som forudsættes varetaget med en vis *tilbageholdenhed*.¹³ Hvad der nærmere ligger heri, er vanskeligt at præcisere.

¹¹ Strafferetlig forfølgning er dog formelt anklagemyndighedens domæne, selv om tiltale normalt rejses på tilsynsmyndighedens foranledning.

¹² Jf. i det hele ksl. §§ 50a-d, 51 og 66.

¹³ Jf. med understregning af denne forudsætning Lone Birgitte Christensen: *Det almindelige tilsyn med kommunerne efter tilsynsreformen*, Juristen 2008.137 (s. 149). Sml. – mindre vidtgående –

Men i hvert fald to forhold kan fremhæves i den forbindelse. Af lovmotiverne fremgår således for det første, at tilsynet bør udvise en vis tilbageholdenhed i prøvelsen af jus på områder, hvor der forudsættes en særlig fagkundskab, som tilsynsmyndigheden ikke selv besidder, og som ikke kan indhentes fra anden side, fx et ressortministerium¹⁴. For det andet opretholder lovmotiverne den særlige begrænsning i tilsynet, som går ud på, at annullation og tvangsbøder kun kan anvendes, hvis der ikke er nogen rimelig tvivl om, at lovgivningen er tilsidesat, det såkaldte *klarhedsprincip*.¹⁵

Hertil kan som en tredje – mulig modererende – omstændighed nævnes, at overtilsynet er henlagt til kommunernes ”eget” ministerium, Indenrigsministeriet, med ministeren som øverste ansvarlig for dette tilsyn, idet ministeren herved både er retligt og politisk ansvarlig over for Folketinget. Alternativt kunne overtilsynet have været henlagt til et uafhængigt nævn, således som Klagereformudvalget stillede forslag om, netop for at undgå en politisering af tilsynet med kommunerne. Et flertal i udvalget (udvalgets medlemmer med undtagelse af de kommunale repræsentanter) stillede herudover – et retssikkerhedsmæssigt begrundet – forslag om afskaffelse af det ovennævnte klarhedsprincip, som man dels fandt sagligt ubegrundet og dels kunne befrygte at ville have en vis afsmittende virkning i forhold til andre dele af tilsynets virke.¹⁶

Styrelsesloven opretholder det kompetencemæssige princip om, at kommunaltilsynet som udgangspunkt er afskåret fra at behandle sager, hvis en

ombudsmandslovens § 8, hvorefter ombudsmanden skal ”tage hensyn til de særlige vilkår, hvorunder det kommunale styre virker”.

¹⁴ *Kommenteret styrelseslov*, v. Hans B. Thomsen m.fl., Djøf 2010, s. 405.

¹⁵ *A.st.*, s. 431f.

¹⁶ Klagereformudvalgets bet., *op. cit.*, s. 248ff og 272ff.

særlig klage- eller tilsynsmyndighed kan tage stilling til den pågældende sag.¹⁷ Dette gælder også i forhold til ombudsmanden, idet indbringelse af en sag her afskærer tilsynsmyndigheden fra videre behandling af den pågældende sag.¹⁸ Ved spørgsmål om gennemtvungelse af andre kontrolmyndigheders afgørelser, må tilsynet endvidere lægge klageorganets bindende afgørelse uprøvet til grund.¹⁹ Endelig gælder som en materiel begrænsning af tilsynets legalitetskontrol, at denne alene omfatter lovligheden af afgørelser efter offentligretlig lovgivning, som særligt gælder for offentlige myndigheder.²⁰

Tilsynet iværksættes i praksis ofte på baggrund af en *klage* fra en borger, men kommunaltilsynet er ikke i sig selv et klageorgan og er derfor ikke pligtigt at tage enhver klage op til realitetsbehandling. Tilsynsmyndigheden kan således afvise henvendelser, som vedrører bagatelagtige forhold, eller som ikke faktisk er tilstrækkeligt underbyggede. Hvis der derimod foreligger oplysninger, som giver grund til at antage, at der er en vis sandsynlighed for, at kommunen har begået eller står i begreb med at begå en ulovlighed, har tilsynet pligt til at tage sagen op, også uanset om der kan forventes iværksættelse af sanktioner. Tilsynet er endvidere forpligtet til at udrede retlige tvivlsspørgsmål, som forelægges af kommunerne selv – de såkaldte *responsumsager*. Ligeledes kan en sag forelægges tilsynet af en ressortmyndighed med anmodning om iværksættelse af sanktioner. Herudover kan kommunaltilsynet endelig – som ethvert andet tilsyn – tage sager op af *egen drift*, som man bliver opmærksom på, fx fra presseomtale el. lign.²¹

¹⁷ Ksl § 48, stk. 3. Derimod viger tilsynet ikke for det almindelige ulovbestemte overtilsyn, som tilkommer ressortministerierne efter ksl § 63a.

¹⁸ *Kommenteret styrelseslov*, s. 415; modsat anlæggelse af søgsmål ved domstolene.

¹⁹ A.st., s. 413.

²⁰ Ksl. § 48, stk. 1; modsat lovgivning som gælder både for offentlige myndigheder og private, som fx ligestillings- og personbeskyttelseslovgivning. Herudover er særskilt undtaget ansættelsesretlige spørgsmål, jf. § 48, stk. 2.

²¹ Ksl § 48a og kommenteret styrelseslov, s. 416f.

Samspillet mellem kommunaltilsynet og andre tilsyns- og klageorganer er kompliceret. Udgangspunktet er ganske vist klart nok, idet tilsynet som nævnt ikke må behandle sager, der er undergivet en særlig lovordnet rekurs eller anden form for tilsyn. Det har dog ikke hindret tilsynet i at tage en sag op til realitetsbehandling på et område, hvor der var etableret en særskilt klageadgang, men hvor *klagefristen* for længst var overskredet.²² Begrundelsen for at optage sagen var den enkle, at der hermed ikke længere forelå en særlig klageadgang. En sådan "omgåelse" af klagesystemets fristregler må dog forekomme stærkt betænkelig, idet et hovedhensyn bag disse regler netop må antages at være ønsket om at tilsikre myndighedernes afgørelser fornøden retskraft inden for rimelig tid.

3. Statsforvaltningernes tilsynspraksis. Anvendelse af sanktioner

3.1. Generelt om tilsynets udtalelser og afgørelser

I det følgende ses nærmere på tilsynsmyndighedernes praksis, herunder deres anvendelse af sanktioner som de ovennævnte.²³²⁴ I første omgang fokuseres på statsforvaltningernes tilsynspraksis. Denne praksis falder i to hovedgrupper:

Den ene gruppe omfatter de *vejledende udtalelser*, som styrelsesloven nu indeholder udtrykkelig hjemmel for (ksl. § 50), selv om en særskilt hjemmel egentlig måtte være upåkrævet i denne sammenhæng. Langt hovedparten af

²² *Kommenteret styrelseslov*, s. 413; se hertil med kritik Peter Pagh, *Miljørettens almindelige del*, 2006, s. 23f og 286, og samme i MAD 2005-1 (Forord), her med henvisning til andre lignende sager, hvor tilsynet har påkendt forhold, som kunne have været indbragt for vedkommende klagenævn.

²³ Sml. SF 29/10 2008 med afvisning af, at en kommune lovligt kunne bevillige en erstatning til børn, som havde været udsat for overgreb i en børnehave, da det ikke kunne antages, at kommunen ved en retssag ville blive dømt erstatningsansvarlig.

²⁴ Sml. Lone Birgitte Christensen, *op. cit.*, s. 144ff, med gennemgang af eksempler på praksis fra Statsforvaltningen Hovedstaden.

tilsynets udtalelser er vejledende og som sådan uden selvstændige retsvirkninger. Det gælder også, selv om tilsynet pålægger en kommune at genoptage en sag med anvisning af den korrekte retsanvendelse – heller ikke et konstaterende pålæg som dette har selvstændige retsvirkninger. Noget andet er, at tilsynet kan følge op med sanktioner, hvis udtalelsen eller pålægget ikke efterleves.

Den anden gruppe omfatter de *egentlige afgørelser* om brug af sanktioner over for kommunale dispositioner eller undladelser, som findes retsstridige. Til denne kategori må også henregnes beslutninger om *ikke* at iværksætte sanktioner over for retsstridige dispositioner eller undladelser, enten fordi de retlige betingelser for anvendelse af sanktioner ikke foreligger, eller fordi anvendelse af sanktioner af andre grunde findes uhensigtsmæssigt eller upåkrævet.²⁵ Således kommer brug af sanktioner kun på tale i de tilfælde, hvor der umiddelbart er brug for en genopretning af retstilstanden, og/eller hvor kommunen ikke selv kommer tilsynet i forkøbet med en ændring af sin beslutning. Muligheden af påklage af statsforvaltningens afgørelser til Indenrigsministeriet som overtilsynsmyndighed omtales nærmere nedenfor. Her skal blot anføres, at kommunen også kan indbringe (over-)tilsynets afgørelser for domstolene.²⁶

De nærmere betingelser for tilsynets anvendelse af *sanktioner* skal ikke gøres til genstand for behandling her. De er fastsat i den kommunale styrelseslovs §§ 50 a-d og omfatter annullation og suspension af ulovlige afgørelser, tvangsbøder og

²⁵ At også beslutninger om ikke at anvende sanktioner må betragtes som afgørelser, fastslås i FOB 2007.424, og indiceres også af ordlyden i ksl. § 52, stk. 3, der taler om ”afgørelser om anvendelse eller undladelse af anvendelse af (sanktioner)”; cf. den efterfølgende behandling af sagen mhp. at yde vejledning om retstilstanden. Se ligeledes Kommenteret styrelseslov, s. 467.

²⁶ Se generelt om myndigheders ret til domstolsprøvelse Pernille Boye Koch, *Retten til domstolsprøvelse – også en ret for myndigheder?*, U2005B.1, her bl.a. med henvisning til U1996Ø med admittering – uden særlige bemærkninger – af et kommunalt sagsanlæg mod et tilsynsråd. Cf. kommunalt sagsanlæg mod klagenævn, som kræver en særlig retlig interesse i søgsmålet, der rækker ud over blot at få medhold i kommunens egen opfattelse af sagen.

anlæggelse af erstatningssøgsmål eller ikendelse af bod. Alternativt kan tilsynet anlægge et anerkendelsessøgsmål ved domstolene (ksl. § 51). Også strafforfølgning kan komme på tale i grovere tilfælde af pligtforsømmelse (ksl. § 61), men denne sanktion, der ikke kræver tilsynets mellemkomst, falder for så vidt uden for kategorien administrative sanktioner. Atypisk er også muligheden af at suspendere og efterfølgende afsætte en borgmester, der vægrer sig mod at opfylde sine pligter, og hvor kommunalbestyrelsens beslutning om suspension kræver ministeriets stadfæstelse, idet der herefter skal rejses sag ved domstolene om afsættelse af borgmesteren (ksl. § 66).

Realiteten er, at sanktioner efter disse bestemmelser kun sjældent finder anvendelse i *praksis*. Der foreligger ikke nogen offentlig tilgængelig statistik, som belyser omfanget af sanktioner, men Indenrigsministeriet har på forespørgsel oplyst, at der i perioden 2007-2010 blev anvendt sanktioner i 34 tilfælde. Ministeriet har dog ikke været i stand til at dokumentere de pågældende sager, og en efterfølgende henvendelse til Statsforvaltningerne har heller ikke kunnet bekræfte dette antal, men har tværtimod ladet formode, at ministeriets oplysninger kan skyldes en fejlkodning af nogle af forvaltningernes afgørelser. I hvert fald kan der kun dokumenteres afgørelser om brug af sanktioner i 2 tilfælde i den nævnte periode. Hertil kommer et antal sager (22), hvor sanktioner har været overvejet i forbindelse med konstatering af ulovlig forvaltning, men hvor betingelserne for anvendelse heraf ikke er fundet at være opfyldt, eller hvor tilsynsmyndigheden af andre grunde har undladt at skride ind med sanktioner (se i det hele fig. 1 nedenfor). Dette sagsantal skal ses i lyset af, at der for hele perioden er registreret i alt 784 udtalelser fra tilsynsmyndighederne.

Antal afgørelser	2007	2008	2009	2010
Sanktioner oplyst af Indenrigsmin	12	12	3	7
- Sanktioner anvendt af statsforv.		1		1
- Sanktioner frafaldet af statsforv. ²⁸	11	4	3	4
Antal SF-afgørelser i alt	12	4	3	5

Fig. 1. Tilsynsmyndighedernes afgørelser om brug af sanktioner i perioden 2007-2010.

3.2. Nærmere om tilsynets vejledende udtalelser

Sanktioner kommer som nævnt ikke nødvendigvis på tale, selv om tilsynet konstaterer en ulovlighed. Dette er naturligvis særlig oplagt, når det drejer sig om *vejledende udtalelser* på baggrund af en undersøgelse af egen drift eller efter klage. I en sag (SF 29/9 2004) om kodelåse på plejehjemsdøre, som tilsynet tog op af egen drift, fandtes en kommune ikke lovligt at kunne opsætte sådanne låse på døre på kommunens plejehjem. Sagen afsluttedes med en anmodning til kommunen om at oplyse, hvad man agtede at foretage sig i den anledning. Man må gå ud fra, at kommunen fjernede de pågældende kodelåse, siden man ikke hørte mere om denne sag. Dette er også typisk normen for afslutning af de sager, som tilsynet tager op af egen drift.

²⁷ SF Skr. 4/9 2008 (annullation af beslutning om afskedigelse af ansat); SF 17/6 2010 (suspension af beslutning om pålæg af særbidrag for vandafledning).

²⁸ Afgørelser hvor der er konstateret lovbrud, og hvor anvendelse af sanktioner har været overvejet.

Det gælder også i tilfælde, hvor tilsynet efter klage anmoder en kommune om at *genoptage* en sag. Hvis kommunen efterkommer anmodningen, foretager tilsynet ikke mere i sagen. I en sag (SF 1/2 2010) om ulovlig delegation til en privat aktør af indstillingsmyndighed i sager om tildeling af støtte efter sociallovgivningen henstillede tilsynet til kommunen at genoptage de sager, hvor der var meddelt afslag på støtte efter indstilling fra den pågældende aktør, medmindre sagerne havde været indbragt for den rette klagemyndighed. I mangel af oplysninger om det modsatte, må man gå ud fra, at kommunen efterkom tilsynets anmodning.

Selve det forhold, at tilsynet tager en sag op af egen drift eller efter klage, kan medføre, at et ulovligt forhold bringes til ophør. Tilsynet kan i så fald afslutte sagen uden anvendelse af sanktioner. I en sag (SA 24/6 2004) om optagelse af et barn i dagtilbud fandt tilsynet, at kommunens afslag herpå var udslag af en ulovlig fravigelse af anciennitetsprincippet. I mellemtiden havde kommunen imidlertid imødekommet ansøgningen, hvorfor tilsynet ikke fandt anledning til at foretage videre i sagen. Uagtet at tilsynet i tilfælde som disse ikke træffer en egentlig afgørelse i styrelseslovens forstand, løses problemet så at sige af sig selv, uden at det er nødvendigt at iværksætte sanktioner.

Det er dog ikke altid, at problemet løses på denne måde. I en sag (SF 19/9 2007) om *manglende høring* af et rådgivende organ forud for en kommunalpolitisk beslutning om gennemførelse af visse besparelser på et område påtalte tilsynet manglen. Tilsynet afviste i den forbindelse kommunens forsikring om, at en høring ikke ville have ændret ved beslutningen, og gik endda så vidt som at indskærpe kommunens forpligtelse til fremover at høre det pågældende organ. En annullation af beslutningen blev dog end ikke overvejet af tilsynsmyndigheden. Anderledes i en lignende sag (SA 15/11 2004), hvor tilsynet imidlertid afviste suspension/annullation af kommunalbestyrelsens beslutning med henvisning til, at det rådgivende organ (et ældreråd) ikke var part i sagen.

Det synes således at være risikofrit for en kommune at negligere høringsforskrifter i lovgivningen, når det som her gælder beslutninger om det generelle serviceniveau i en kommune.²⁹

Der er dog næppe grund til at tro, at tilsynet i sine vejledende udtalelser generelt udviser tilbageholdenhed i sin anvendelse af loven. Særligt bemærkes, at tilsynet heller ikke holder sig tilbage, når det gælder (fortolknings-)spørgsmål af stor økonomisk betydning for kommunerne. Eksempelvis fastslår tilsynet i en sag (SF 16/1 2007) om den fysiske indretning af klasseværelser, at en skole skal indrettes således, at de enkelte klasser i mindst halvdelen af undervisningstiden kan befinde sig samlet i ét lokale, der i forhold til klassekvotienten opfylder bygningsreglementets krav til rumindhold. På den baggrund anmodes kommunen om at redegøre for, i hvilket omfang indretningen af kommunens skoler lever op til disse krav.³⁰

Kommunen er ikke selv part i en tilsynssag³¹, svarende til hvad der også gælder i forhold til kommunale afgørelser, som efterprøves ved rekurs. Dette gælder også uanset, at tilsynet træffer afgørelse om brug af sanktioner. Hvor en tilsynssag imidlertid involverer private som klagere eller andre med særlig interesse i det pågældende forhold, har det betydning, om tilsynets vejledende udtalelser skal betragtes som *afgørelser* i forvaltningslovens forstand. I givet fald må sådanne private borgere tillægges partsstatus med dertil hørende beføjelser efter denne lov. Herom siger lovmotiverne selv, at loven ikke finder anvendelse på sager, der angår vejledende udtalelser.

²⁹ Se ligeledes med afvisning af indgreb SF 14/4 2009 (det ulovlige forhold havde kun varet en kort periode).

³⁰ Statsforvaltningen ændrede siden indstilling efter indhentning af supplerende udtalelser fra de relevante ressortmyndigheder (SF 11/8 2008).

³¹ *Kommenteret styrelseslov*, s. 430, med henvisning til lovmotiverne.

Alligevel har Indenrigsministeriet antaget (IM 22/3 2010), at loven også finder anvendelse på vejledende udtalelser fra en tilsynsmyndighed. Standpunktet må være en konsekvens af, at det sjældent står klart på forhånd, om en tilsynssag vil resultere i en beslutning om anvendelse af sanktioner eller ej. Spørgsmålet om forvaltningslovens anvendelse må da, som ministeriet anfører – af hensyn til parternes retsstilling – kunne afgøres inden sagens afslutning.³² Ministeriets standpunkt forekommer dog ganske betænkeligt: Konsekvensen er, at en kommunal afgørelse om en borgers forhold skal gøres til genstand for fornyet behandling med partshøring etc., når afgørelsen indbringes for tilsynet ved klage fra en anden borger. Det svækker naturligvis effektiviteten af det kommunale tilsyn, foruden at det rækker ved den kommunale afgørelses retskraft i forhold til afgørelsens adressat.

3.3. Tilsynets sanktionering af ulovlige afgørelser

Tilsynet udviser generelt større tilbageholdenhed, når det gælder sanktionering af ulovlige afgørelser. Det gælder særligt mht. *annullation og tvangsbøder*, der som nævnt er undergivet et klarhedsprincip. Det kan medføre, at stort set identiske sager behandles forskelligt afhængig af, om de giver anledning til sanktioner som disse eller ej. I den føromtalt sag om optagelse af et barn i dagpleje så tilsynet sig tilsyneladende ikke begrænset af et klarhedsprincip, formentlig fordi kommunen selv anerkendte, at en fravigelse af anciennitetsprincippet havde været ulovlig. Til sammenligning afviste tilsynet i en anden udtalelse (TR 5/7 1988), at der var tilstrækkeligt grundlag for at annullere en beslutning om at nægte optagelse i dagpleje under henvisning til, at en af forældrene var hjemmegående. Denne betingelse var ellers af ressortministeriet blevet afvist som

³² Jf. ligeledes *Kommenteret styrelseslov*, s. 428f.

klart lovstridig. Klarhedsprincippets anerkendelse synes på denne måde at generere en uensartet tilsynspraksis, som i sig selv – retspolitisk – kunne tale for dets afskaffelse.

Annulation som retsmiddel svarer til, hvad der kan blive resultatet af en domstolsprøvelse, hvorfor kommunaltilsynet i sin legalitetsprøvelse også må forventes at inddrage samme synspunkter, som domstolene i forhold til spørgsmålet om en afgørelses *ugyldighed*.³³ Tilsynets prøvelse adskiller sig dog alligevel fra domstolsprøvelsen på en række punkter: Annulation er således ikke en pligtmæssig konsekvens af konstatering af retlige mangler, idet annulation kan undlades, hvis ulovligheden kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger. Annulation medfører endvidere alene, at den ulovlige beslutning sættes ud af kraft, idet statsforvaltningen ikke kan erstatte denne af en anden beslutning. Endelig er annullationsbeføjelsen undergivet sine egne begrænsninger, som ikke gælder i forhold til domstolenes legalitetsprøvelse, hvorfor tilsynets afvisning af annulation ikke udelukker, at afgørelsen kan anfægtes som ugyldig ved domstolene, jf. fx sag (SA 16/3 2004) om ulovlig dispensation til udvidelse af en pelsdyrfarm, hvor væsentlige modhensyn til adressaten for den ulovlige afgørelse hindrede, at beslutningen kunne annulleres³⁴.

Suspension af en afgørelse er ikke direkte underlagt et klarhedskrav, men kan kun foretages hvis der foreligger en vis sandsynlighed for en ulovlighed, som har den klarhed som kræves til annulation. Klarhedsprincippet har altså alligevel også – indirekte – betydning i denne sammenhæng. Det illustreres af en sag (SF 17/6 2010), hvor kommunen havde pålagt en virksomhed et specifikt særbidrag i en

³³ *Kommenteret styrelseslov*, s. 433.

³⁴ Ksl. § 50 a, stk. 1, nr. 3, hvorefter annulation er betinget af, at væsentlige hensyn, særlig til private interesser, ikke taler herimod.

betalingsvedtægt vedrørende vandafledning. Afgørelsen blev suspenderet pga. manglende aktindsigt og kontradiktion, men efter imødekommelse af tilsynets formalitetskrav traf kommunen en ny beslutning, hvorved særbidraget blev opretholdt. Tilsynet afviste her at suspendere denne nye beslutning, idet sagen efter tilsynets opfattelse vedrørte et kompliceret retsområde, hvor det var påkrævet at indhente en udtalelse fra ressortmyndigheden, og hvor der ikke på forhånd kunne antages at være grundlag for annullation af kommunens afgørelse (SF 28/9 2010). På denne baggrund kan det måske forekomme overraskende, at beslutningen om særbidraget alligevel efterfølgende blev annulleret som værende klart lovstridig (SF 21/1 2011).

Tilsynet er som sagt et legalitetstilsyn, der som sådant er afskåret fra at tage stilling til *hensigtsmæssigheden* af kommunale dispositioner³⁵. Denne kompetencebegrænsning var tilsyneladende begrundelsen for, at tilsynet i en sag om miljøgodkendelser (SF 2/2 2009) afviste at gribe ind over for en udstrakt langsommelighed med sagsbehandlingen. Efter det oplyste var den gennemsnitlige sagsbehandlingstid i kommunen ca. 2½ år. Tilsynet fandt ikke grundlag for at fremtvinge en hurtigere sagsbehandling gennem *tvangsbøder*, men henviste i stedet klager til at indbringe sagen for vedkommende klagenævn (Miljøklagenævnet) med påstand om, at den langstrakte sagsbehandling måtte kunne sidestilles med en bebyrdende afgørelse, der som sådan kan påklages. Tilsynet må altså alligevel have ment, at der var tale om et retsspørgsmål, som tilsynet blot ikke selv kunne påkende, fordi forsinkelsen ville kunne påklages til Miljøklagenævnet. Denne sidstnævnte forudsætning er dog næppe korrekt, eftersom Miljøklagenævnet efter fast praksis afviser klager over myndighedernes

³⁵ Jf. tilsvarende mht. ombudsmandens normer for god forvaltningsskik.

sagsbehandlingstider.³⁶ Tilsynet ville derfor – efter den anførte logik – alligevel selv være rette myndighed til at påkende sagen.³⁷

Hvor tilsynets tilbageholdenhed i den nævnte sag til dels kan forklares med de krydsende kompetencer i tilsynssystemet på dette område, er tilsynets tilbageholdenhed ved anvendelse af tvangsbøder på andre områder mere markant. Således i en sag (SF 23/9 2008), hvor *Skolestyrelsen* – en centraladministrativ myndighed – rettede henvendelse til statsforvaltningen med anmodning om iværksættelse af sanktioner over for en kommune, som havde afvist at udarbejde en lovpligtig kvalitetsrapport om kommunens skolevæsen med den begrundelse, at en ledende medarbejder var ramt af langvarig sygdom. Tilsynet antog rigtignok, at kommunen måtte være forpligtet til at udføre opgaven uanset sygdom, men afviste ikke desto mindre at pålægge kommunen tvangsbøder ud fra en ikke nærmere specificeret *proportionalitetsbetragtning*. En sådan udstrakt – og sagligt ubegrundet – tilbageholdenhed må i hvert fald forekomme ganske betænkelig.

Det betyder ikke nødvendigvis, at tilsynet i alle tilfælde udviser – overdreven – tilbageholdenhed ved brug af dette retsmiddel. I en sag (SA 6/2 2004; IM 25/6 2004) om ulovlig tildeling af tidsbegrænsede lejemål til flygtninge fandt tilsynet således grundlag for anvendelse af tvangsbøder, selv om afgørelsen beroede på et utvivlsomt *vanskeligt fortolkningsspørgsmål*, som krævede indhentelse af en udtalelse fra vedkommende ressortmyndighed. Afgørelsen blev påklaget til Indenrigsministeriet med henvisning til manglende klarhed i retsgrundlaget, og med yderligere henvisning til, at der forelå modsatrettede tilsynsafgørelser i

³⁶ Se fx MKN 8/3 2010 (MKN-100-00672): ”Det bemærkes, at Miljøklagenævnet ikke kan tage stilling til klager over de lokale miljømyndigheders sagsbehandling, herunder (sagsbehandlingstid) i forbindelse med kommunens tilsyn”

³⁷ Jf. ovenfor 2.2. om tilsynets kompetence i tilfælde af manglende klageberettigelse..

sagen. Alligevel stadfæstede ministeriet afgørelsen med den begrundelse, at kommunens praksis var klart i modstrid med loven, og denne afgørelse blev også efterfølgende tiltrådt af Landsretten (UfR 2006.3200 Ø).

Anvendelse af tvangsbøder hører dog notorisk til sjældenhederne. Det samme gælder måske i endnu højere grad anlæggelse af *erstatningssøgsmål*. I den forbindelse har det betydning, at sanktionering af ulovlige afgørelser generelt kun kan rettes mod kommunalbestyrelsen og de medlemmer heraf, der kan henregnes som ansvarlige for beslutningen. Kommunen som sådan kan derimod ikke – uden særskilt lovhjemmel – gøres ansvarlig for tabvoldende dispositioner³⁸, og det gælder også kommunalforvaltningens embedsmænd. En ulovlig byggetilladelse, der var meddelt ansøgeren af forvaltningen uden forinden at have været forelagt det ansvarlige bygge- og teknikudvalg i kommunen, kunne således ikke sanktioneres med et erstatningskrav mod kommunen (SF 30/4 2007). Et eventuelt erstatningskrav må i denne situation rejses af kommunen selv mod den ansvarlige embedsmand.

Selv med dette forbehold er det dog indtrykket, at tilsynet udviser stor tilbageholdenhed med anvendelse af dette sanktionsmiddel. Anlæggelse af erstatningssøgsmål er ikke underlagt et klarhedsprincip – den fornødne klarhed tilvejebringes netop ved domstolenes behandling af sagen. Ikke desto mindre fandtes manglende udbud ved salg af en erhvervsgrund ikke i sig selv at kunne tages til indtægt for, at der var påført kommunen et tab, og det fremstod heller ikke "klart eller på anden måde bevist, at kommunen havde solgt sin ejendom under markedspris", hvorfor søgsmål afvist (SF 12/12 2007; jf. ligeledes SF 18/12 2007). Med den begrundelse synes der at være åbnet op for, at

³⁸ Cf private søgsmål, hvor der naturligvis kan gøres et erstatningsansvar gældende mod den kommunale myndighed ved ulovlig forvaltning, således som det også er tilfældet i forhold til hvilke som helst andre myndigheder.

tilsidesættelse af gældende udbudsregler kan ske upåttalt i alle tilfælde, hvor der ikke foreligger åbenlys magtfordrejning.³⁹

Tilbageholdenheden er særlig udpræget i sager om afholdelse af repræsentationsudgifter og andre lignende udgifter til arrangementer, der kan henregnes til kategorien *personalegoder*. Tildeling af sådanne goder kan efter gældende ret kun finde sted inden for snævre grænser og normalt kun, hvis de er sagligt begrundet, fx fordi de indgår som led i et fagligt arrangement. I flere tilfælde har tilsynet underkendt afholdelsen af sådanne udgifter som ulovlige (jf. fx SF 11/1 2007, SF 20/3 2007 og SF 20/4 2007). Samtidig har tilsynet imidlertid i alle tilfælde afvist at gøre et erstatningsansvar gældende under henvisning til, at de subjektive ansvarsbetingelser ikke var opfyldt. Særlig betænkelig er herved en 'frikendelse' af politikerne i den førstnævnte sag om en ulovlig studietur med henvisning til, at kommunen "ikke har kunnet oplyse de nærmere omstændigheder vedrørende beslutningen om afholdelsen af studieturen", og at det således var "uklart, hvorvidt politikerne forud for beslutningen fik juridisk rådgivning fra forvaltningen vedrørende lovligheden af turen".

Henset til, at betingelserne for afholdelse af sådanne udgifter burde være alment kendte, kan disse afgørelser nok forekomme tvivlsomme. Ligefrem spektakulær er en sag om en amtsborgmesters påståede brug af offentlige midler til private formål (SF 14/5 2008, *Frederiksborg Amt-sagen*). Tilsynet afviste i første omgang sagen med henvisning til manglende kompetence, da forholdet havde fundet sted før oprettelsen af de nye regioner. Denne opfattelse blev tilbagevist af Indenrigsministeriet, men tilsynet afviste ikke desto mindre klagen, nu med henvisning til en – ikke nærmere efterprøvet – forudsætning om, at

³⁹ Sml. SF 22/12 2009: Ulovligt hensyn ved salg af udbudt grund til næsthøjst bydende fandtes ikke at kunne begrunde erstatningssøgsmål under hensyn til, at "der næppe vil kunne føres bevis for, at der fra rådgiverne eller forvaltningen blev gjort opmærksom på, at den pågældende beslutning ville være lovstridig".

amtskommunen måtte antages at have udført fornøden legalitetskontrol, og at kommunens regnskaber i øvrigt var blevet revideret på sædvanlig vis uden anmærkninger (SF 18/6 2008). Det kan nok diskuteres, om anstilling af sådanne forudsætninger – uden nærmere efterprøvelse – kan gøre det ud for en legalitetskontrol.

Et erstatningssøgsmål kan efter styrelsesloven frafalde mod anerkendelse af en bod. Dette *bodsinstitut* har dog i praksis kun yderst sjældent fundet anvendelse, og da i reglen med pålæg af rent symbolske beløb i forhold til de reelle tab, som den kommunale beslutning har påført kommunen. Eksempelvis blev et salg af kommunale ejendomme til en pris, der lå knap 2 mio. kr. lavere end markedsprisen, takseret til en bod på 15.000 kr. til hvert af de ansvarlige kommunalbestyrelsesmedlemmer, svarende til mindre end 10% af tabet (TR 5/8 1998). Bodden blev endda efterfølgende annulleret af Indenrigsministeriet, som pga. manglende rådgivning ikke fandt at dispositionen kunne tilregnes medlemmerne som uagtsom (IM 13/9 1989). Det sidste forekommer at være en fast standard ved anvendelse af både erstatning og bod som sanktioner: Hvis der ikke foreligger udtrykkelige indikationer om, at forvaltningen har frarådet kommunalbestyrelsen en tabvoldende disposition, frikendes de ansvarlige medlemmer, med mindre der er tale om helt usædvanlige dispositioner, som er truffet på et åbenlyst utilstrækkeligt grundlag.⁴⁰

Der foreligger ingen eksempler på anvendelse af *anerkendelsessøgsmål*, som efter den nugældende retstilstand kan anlægges uanset, om tilsynet har nogen særskilt retlig interesse heri.⁴¹ Sådanne søgsmål kan altså også anlægges, uagtet tilsynet ikke selv er i tvivl om, at en kommunal beslutning er lovstridig, og at der

⁴⁰ Se med omtale af denne og andre lignende sager *Kommenteret styrelseslov*, s. 458ff.

⁴¹ Indført 2004; cf. tidl. Vestre Landsrets dom 18/4 2000 (B-1849-98), der afviste et anerkendelsessøgsmål pga. manglende retlig interesse.

således foreligger det fornødne klare grundlag for sanktionsanvendelse. Den manglende brug af denne reaktionsmulighed kan naturligvis tages som et udtryk for, at tilsynets udtalelser normalt efterleves af kommunerne, men kan i øvrigt ses som et spejlbillede af de meget få tilfælde, hvor tilsynet overhovedet finder anledning til at overveje brug af sanktioner af anden art.

3.4. Tilsynets sanktionering af pligtforsømmelser

Ud over de nævnte sanktioner kan der gøres et strafansvar (i form af bødestraf) gældende mod *kommunalbestyrelsens medlemmer* i tilfælde af grove pligtforsømmelser,⁴² der kan tilregnes det enkelte medlem som forsætlig eller groft uagtsom. Angivelsen af de subjektive ansvarsbetingelser skal yderligere ses i lyset af, at medlemmernes pligter efter styrelsesloven ikke er særligt vidtgående. Strafansvaret omfatter på den anden side både pligtforsømmelser i forhold til faktisk virksomhed som byg- eller driftsherre og i forhold til myndighedsudøvelse som afgørelses- eller tilsynsmyndighed. Påtale rejses af anklagemyndigheden, idet det dog indtil 2004 var en betingelse for at rejse tiltale, at der forelå en begæring herom fra kommunaltilsynet. Praksis mht. anvendelse af tilsynets påtalekompetence før 2004 var yderst tilbageholdende, idet tilsynet siden 1970 kun i fire tilfælde anmodede om, at der blev rejst tiltale mod kommunalbestyrelsesmedlemmer.⁴³

De fleste sager, hvor straf har været på tale, angår pligtforsømmelser inden for *miljø- og planlægningsområdet*, herunder tilfælde af svigtende tilsyn med forurenende virksomheder. Også kommunen som sådan kan – som grundejer

⁴² Herudover kan kommunalbestyrelsesmedlemmer ifalde straf efter straffelovens regler om forbrydelser i offentlig tjeneste (kap. 16) og de almindelige strafbestemmelser om formueforbrydelser (kap. 28).

⁴³ Se *Kommenteret styrelseslov*, s. 538ff, med omtale af praksis i perioden 1970-2004.

eller driftsherre – gøres ansvarlig for overtrædelser af særlovgivningens regler på dette område. Derimod kan kommunen – som juridisk person – ikke gøres strafansvarlig for tilsidesættelse af sin håndhævelsespligt efter denne lovgivning⁴⁴. Et eventuelt ansvar for svigtende tilsyn med private virksomheders forurening må derfor gøres gældende mod kommunalbestyrelsens medlemmer, og det sker kun yderst sjældent (se fx Skive Rets dom 17/6 1992 om ikendelse af bøde for negligering af ulovlig spildevandsudledning, og U1993.482H med ikendelse af bødestraf for ulovlig dispensation fra lokalplan til opførelse af et byggeri⁴⁵).

En del af vanskeligheden ved at gøre et ansvar gældende i disse sager beror på, at det som udgangspunkt står kommunen frit for, hvilke administrative tvangsmidler den vil anvende, og om den eventuelt skal overgive sagen til strafferetlig forfølgning.⁴⁶ I førstnævnte tilfælde er kommunen endvidere begrænset af proportionalitetsprincippet, hvorfor det sjældent kan bebrejdes myndigheden, at den har valgt et mindre indgribende middel, fx i form af henstillinger eller aftaler, der efterfølgende negligeres eller brydes af forureneren. I en enkelt nyere afgørelse (MAD 2005.296) har kommunaltilsynet dog udtalt, at henstillinger kun kan anvendes én gang. Omvendt har Indenrigsministeriet i en sag om gentagne og årelange overtrædelser af miljølovgivningen (SF 2/10 2007) fastslået, at forureneren også er part i en sag, som kommunaltilsynet tager op, og derfor skal tillægges partsbeføjelser efter forvaltningslovens regler (IM 22/3 2010 som ovenfor omtalt).

⁴⁴ Jf. Straffelovens § 27, stk. 2, hvorefter statslige myndigheder og kommuner alene kan straffes for lovovertrædelser, der begås ved udøvelse af virksomhed, der svarer til eller kan sidestilles med privat virksomhed.

⁴⁵ Se *Kommenteret styrelseslov*, s. 540f, med antagelse om, at den nævnte dom ”synes at være udtryk for en skærpelse af den hidtidige meget tilbageholdende praksis mht. anvendelse af straffebestemmelsen”.

⁴⁶ Peter Pagh, *op. cit.*, s. 232.

Spørgsmålet om kommunalt ansvar for svigtende tilsyn har også betydning inden for *socialområdet*, hvor der gennem de senere år har været en række sager om svigtende kommunalt tilsyn med sociale institutioner og ikke mindst børn, der er anbragt i familiepleje. Disse sager behandles normalt individuelt ved ansættelsesretlige sanktioner mod institutionsledelsen eller ved strafferetlige sanktioner mod plejeforældrene. Derimod er der heller ikke her hjemmel til at gøre et strafansvar gældende mod kommunen. De mange sager til trods er der heller ingen eksempler på, at kommunaltilsynet har fundet anledning til at gribe ind i enkelttilfælde, formentlig fordi der er tale om undladelser på et niveau, som kommunalbestyrelsens medlemmer sjældent vil kunne drages til ansvar for.

Til illustration kan henvises til Indenrigsministeriets afvisning af en sag (IM 24/7 2001) om en kommunes ansvar for en ansats sexmisbrug af børn ved en af kommunens dagsinstitutioner. Her fastslås det, at tilsynet dels ikke har til formål at placere et ansvar for ulovligheder hos enkeltpersoner og dels ikke kan tage stilling til forvaltningens eller borgmesterens ansvar for kommunens dispositioner. Endvidere falder det uden for tilsynets kompetence at påse borgmesterens overholdelse af de pligter, der påhviler denne som ansvarlig for, at forvaltningen er funktionsdygtig, ligesom tilsynet heller ikke kan vurdere, om kommunens dispositioner er rimelige eller hensigtsmæssige. Endelig antages det, at kommunalbestyrelsesmedlemmers pligter med hensyn til at føre tilsyn og kontrol med forvaltningen ikke er særligt vidtgående, og at der kun i sjældne tilfælde vil være tale om grov pligttilsidesættelse i den forbindelse.

Det er ikke mindst i sager som disse, at der savnes en mulighed for at gøre et ansvar gældende mod den kommunale myndighed som *juridisk person*. Et sådant ansvar kunne være et strafansvar eller – mere realistisk – et erstatningsansvar. Et strafansvar for myndigheden er imidlertid udelukket efter straffelovens regler som ovenfor nævnt – et strafansvar kan ikke gøres gældende i sager om

myndighedsudøvelse, herunder svigtende tilsyn. Alternativt kan et strafansvar gøres gældende mod ansatte, der gør sig skyldig i grov forsømmelse eller skødesløshed i tjenesten (straffelovens § 157), men et sådant ansvar, der forudsætter en anmeldelse af forholdet fra kommunens side, er aldrig blevet gjort gældende i sager af denne art, og tilsynet kan ikke tvinge kommunen til at foretage anmeldelse af sådanne forhold.

Tilsynets muligheder for at sanktionere pligtforsømmelser med et erstatningsansvar er som nævnt begrænset til anlæggelse af et søgsmål mod kommunalbestyrelsens medlemmer. Det er dog heller aldrig sket, hvilket har sammenhæng med, at anvendelsen af denne sanktion forudsætter, at kommunen gennem et civilt søgsmål er blevet pådømt erstatning til de forurettede og på den måde er blevet påført et tab, som tilsynet vil kunne kræve udlignet. Sager om erstatning eller godtgørelse for tort rejses imidlertid i praksis altid alene mod de direkte ansvarlige personer (i dette tilfælde plejeforældrene), idet de kommunale myndigheder ikke antages at kunne gøres erstatningsansvarlige for et svigtende tilsyn.^{47 48}

Tilsynet omfatter generelt kommunernes overholdelse af lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder, herunder forpligtelser efter international ret. Kommunaltilsynet har dog i den forbindelse i en udtalelse (SA 17/3 2005, jf. MAD 2005.275) udtrykkeligt reserveret sig i forhold til *EU-regler*, som ikke er implementeret i national lovgivning, uanset om de efter deres indhold gælder for både private og offentlige myndigheder eller kun for offentlige myndigheder.

⁴⁷ Se kritisk om denne antagelse Stine Jørgensen og Michael Gøtze, *Ret til effektive retsmidler og myndighedsansvar i sociale sager*, U2000B.339. Forf. peger her på, at der foreligger en veludviklet praksis fra EMD for myndigheders ikendelse af tortgodtgørelse efter EMRK's standarder for værdighedskrænkelser.

⁴⁸ Sml. SF 29/10 2008 med afvisning af, at en kommune lovligt kunne bevillige en erstatning til børn, som havde været udsat for overgreb i en børnehave, da det ikke kunne antages, at kommunen ved en retssag ville blive dømt erstatningsansvarlig.

Det kan vel på denne baggrund diskuteres, om staten lever op til sin forpligtelse til at sikre en effektiv gennemførelse af EU-rettens regler.⁴⁹ Tilsvarende er kommunaltilsynet blevet kritiseret for manglende eller mangelfuldt tilsyn med kommunernes overholdelse af EU's statsstøtteregler.⁵⁰

Sammenfattende er det indtrykket, at det regionale tilsyn udviser stor tilbageholdenhed i anvendelsen af sanktioner over for kommunale ulovligheder,⁵¹ på nogle områder mere end andre og i nogle tilfælde mere, end der retligt set kan synes at være anledning til. Praksis er således hverken fast eller konsekvent. I nogle tilfælde er tilbageholdenheden et udslag af manglende eller mangelfuld efterprøvelse af de rejste klager, mens den i andre tilfælde må tilskrives en fejlagtig retsopfattelse mht. tilsynsmyndighedens forpligtelser i forhold til håndhævelsen af gældende ret. Selv om undersøgelsen specifikt vedrører Statsforvaltningernes afgørelser, må det herved tages i betragtning, at disse afgørelser også direkte eller indirekte er sanktioneret af Indenrigsministeriet som overtilsynsmyndighed. Vurderingen gælder for så vidt kommunaltilsynet i det hele.

4. Indenrigsministeriets overtilsyn. Regler og praksis

4.1. Retsgrundlaget for ministeriets overtilsyn

Indenrigsministeriet har som overtilsynsmyndighed ganske vidtstrakte beføjelser⁵², herunder til normering af statsforvaltningernes tilsyn med generelle

⁴⁹ Jf. herom kritisk Peter Pagh i MAD 2005-1 (Forord), her med henvisning til, at EU-Domstolen i mange domme har fastslået, at alle nationale myndigheder er forpligtet til at sikre en effektiv efterlevelse af EU-reglerne.

⁵⁰ Se Kasper Ullerup Bach, *Tilsynet med kommunal EU-støtte*, Juristen 2011.139, med henvisning til SA 19/9 2003 og SF 17/11 2010, hhv. SF 7/9 2009 og SF 27/9 2010.

⁵¹ Se med tilsvarende konklusion Lone Birgitte Christensen, *op. cit.* s. 149.

⁵² Ksl. §§ 52-55. Samtlige bestemmelser er indsat efter forslag fra Klagerreformudvalget med ikrafttrædelse 2004.

forskrifter, afgivelse af vejledende udtalelser efter anmodning fra statsforvaltningen og påkendelse af statsforvaltningernes afgørelser efter klage fra kommunalbestyrelsen og dens enkelte medlemmer. Herudover kan ministeriet tage statsforvaltningernes afgørelser op af egen drift, når sagen skønnes at være af "principiell eller generel betydning eller har alvorlig karakter"⁵³.

Under samme betingelser kan ministeriet endvidere påkende lovligheden af kommunale dispositioner og undladelser, herunder også i tilfælde hvor statsforvaltningen har besluttet at afstå fra at påkende en sag. Yderligere kan ministeriet af egen drift påkende lovligheden af statsforvaltningens dispositioner vedrørende tilsynet med kommunerne, ligesom ministeriet kan pålægge statsforvaltningen at tage en sag op til behandling eller hjemvise en sag til fornyet behandling i statsforvaltningen.

Den eneste begrænsning i ministeriets kompetence er, at det ikke kan afgive instruktioner om behandlingen af en konkret sag, men det er der efter det anførte næppe heller noget praktisk behov for. Herudover bemærkes, at borgere – heller ikke her – har nogen klageret, selv om ministeriets overtilsyn ofte i praksis kommer i stand på baggrund af udefrakommende klager.

4.2. Ministeriets praksis i tilsynssager

Der er ikke anledning til her at redegøre mere indgående for Indenrigsministeriets tilsynspraksis (i alt 25 sager i perioden 2007-2010). Ministeriets overtilsyn tager principielt sigte på at sikre *styring og koordinering* af

⁵³ Jf. ksl. § 52, stk. 3, § 53, stk. 1 og § 53a, stk. 1; den citerede begrænsning skal sikre, at ministeriets overtilsyn i særlig grad rettes mod sager, som har væsentlig betydning for styringen og koordinering af tilsynspraksis.

statsforvaltningernes tilsynspraksis⁵⁴. Tilsynet har i så henseende væsentligt større praktisk betydning end den administrative rekurs af statsforvaltningens afgørelser, som kun omfatter en lille del af tilsynets sager.

I forhold til de generelle *betingelser* for at tage sager op af egen drift omfatter tilsynet navnlig spørgsmål, der har givet anledning til et større antal sager, eller som ministeriet ikke tidligere har taget stilling til, eller som skønnes at have særlig stor samfundsmæssig betydning. Herudover kan tilsynet også omfatte spørgsmål af betydning for borgernes retssikkerhed, fx i forbindelse med retlige mangler af grovere eller mere alvorlig karakter. Indenrigsministeriet kan ved bedømmelsen af statsforvaltningens afgørelser om pålæg af sanktioner vurdere såvel lovligheden som *hensigtsmæssigheden*⁵⁵ heraf. Det gælder både, når ministeriet optræder som rekursmyndighed og som tilsynsmyndighed. Vurderingen af lovligheden af annullation og tvangsbøder beror imidlertid fortsat på det føromtalte *klarhedsprincip*, hvorefter kun dispositioner og undladelser, som er klart ulovlige kan sanktioneres ad denne vej.

Såvel hensigtsmæssighedsvurderinger som vurderinger ud fra klarhedsprincippet er forbundet med et skøn. De skønsmuligheder, der herved foreligger, rejser spørgsmålet om, hvorvidt ministeriets overtilsyn i enkelttilfælde kan være modtagelig for *politiske* – i betydningen usaglige – afvejninger. Spørgsmålet skal ses på baggrund af Klagereformudvalgets føromtalte forslag om at henlægge det ministerielle overtilsyn til et uafhængigt, domstolslignende, nævn. Forslaget blev afvist af Indenrigsministeriet, som forsvarede sin stilling som tilsynsmyndighed med den begrundelse, at overtilsynet med kommunerne bør være forbundet med muligheden for at gøre et politisk ansvar gældende, samt endvidere at ministeriet har bedre muligheder for at koordinere sin

⁵⁴ Kommenteret styrelseslov, s. 473

⁵⁵ Kommenteret styrelseslov, s. 472.

tilsynsvirksomhed med lovgivningsmæssige tiltag.⁵⁶ Hvad særligt angår klarhedsprincippet, som et flertal i udvalget også havde stillet forslag om at afskaffe, tilsluttede ministeriet sig mindretallets ønske om at fastholde domstolene som organ for afklaring af eventuelle retlige tvivlsspørgsmål. Mindretallet udgjordes af de kommunale repræsentanter i udvalget, mens ministeriets egen repræsentant havde tilsluttet sig forslaget.

Et af udvalgets medlemmer, professor *Steen Rønsholdt*, har efterfølgende fremdraget en række tilsynssager, hvor der kan stilles spørgsmålstejn ved ministeriets – uhildede/saglige – stilling til statsforvaltningernes afgørelser, idet sagerne i alle tilfælde drejer sig om folkevalgte, som deler partitilhørsforhold med den daværende indenrigsminister, som yderligere havde en kommunal fortid.⁵⁷ I to af de her omtalte sager (*Vognmandssagen* og *Comwellsagen*) underkendte Indenrigsministeriet statsforvaltningens afgørelser om pålæg af tvangsbøder med det resultat, at statsforvaltningens direktør – i en udførligt begrundet protest⁵⁸ – tog sin afsked. I den tredje sag, den tidligere omtalte sag om en amtsborgmesters brug af offentlige midler til private formål (*Frederiksborg Amt-sagen*), fastholdt ministeriet statsforvaltningens afvisning af en klage over et sagsforhold, som angik den tidligere indenrigsminister, og hvor klageren havde anfægtet ministeriets habilitet.

Her skal blot knyttes nogle få bemærkninger til de enkelte sager, idet der i øvrigt henvises til Rønsholdts kommentarer. I den førstnævnte sag – *Vognmandssagen* – havde landsretten (VLD 8/4 2003) underkendt en kommunal opsigelse af en driftsaftale med en vognmand som udslag af magtfordrejning. Med den heraf følgende tilkendelse af erstatning var kommunen blevet påført et tab, som efter

⁵⁶ Lovforslag nr. 188/2003, almindelige bemærkninger, s. 28.

⁵⁷ Rønsholdt, *Det politiske element i tilsynet med kommunerne*, *Juristen* 2009.50, med understregning af, at det politiske element for det overvejende flertal af tilsynssager er uden praktisk betydning, s. 51, note 7.

⁵⁸ Pressemeddelelse fra statsforvaltningsdirektør Claus Rosholm 5/9 2007.

statsamtets (nu statsforvaltningens) opfattelse kunne tilregnes kommunalbestyrelsen som uagtsom, og som derfor begrundede et erstatningssøgsmål (SA 24/6 2005). Efter påklage tilsidesatte ministeriet (IM 24/5 2006) imidlertid afgørelsen med henvisning til, at det ikke ved dommen var bevist, at der havde været tale om en usaglig beslutning, idet retten blot havde lagt til grund, at kommunen ikke havde kunnet afkræfte en formodning herom. I tilslutning til ministeriets afgørelse udtalte ombudsmanden efterfølgende (FO 6/6 2008, utrykt), at rettens bedømmelse af kommunens ansvar ikke kunne tages til indtægt for en bedømmelse af et personligt ansvar for den ulovlige beslutning. Heroverfor antager Rønsholdt, at det ikke er muligt at lægge til grund, at magtfordrejning alene kan udøves ved simpel uagtsomhed, og at grundlaget for rettens prøvelse af afgørelsens objektive saglighed dermed kan ses som et bevis for eksistensen af en usaglig subjektiv hensigt.⁵⁹

I den anden sag – Comwellsagen – underkendte statsamtet i en vejledende udtalelse lovligheden af et kommunalt arrangement til fremme af samarbejdet mellem regionens politikere, som inkluderede udgifter til middag, hotelovernatning, underholdning og transport for regionsrådsmedlemmer med ledsagere, embedsmænd og repræsentanter for den lokale presse. Statsamtet vurderede, at kuvertprisen langt ville overstige den maksimumgrænse på kr. 1.000, som kort forinden var blevet lagt til grund i en dom af 10/4 2007 i den nedennævnte Farumsag. Også her kom ministeriet på tværs med en udtalelse om, at der ikke fandtes grundlag for at antage, at det ville være ulovligt at afholde det pågældende arrangement, om end det understreges, at spørgsmålet på flere punkter havde givet anledning til tvivl, og at statsamtets retsopfattelse ikke kunne karakteriseres som værende i strid med gældende offentligretlige

⁵⁹ Rønsholdt, *Om usaglig forvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar*, Retfærd 2010.25, s. 33f, med henvisning til et af statsamtet indhentet notat fra kammeradvokaten.

grundsætninger. Ministeriet lagde imidlertid bl.a. vægt på, at den anførte kuvertpris måtte ses i lyset af niveauet for regionens repræsentationsudgifter i øvrigt (som ikke var eksorbitant højt) og de faktiske udgifter til det pågældende arrangement (som påvirkedes af en del afbud til arrangementet), og at arrangementet i øvrigt måtte anses for at være egnet til et "tjene et regionalt formål". Hertil kan med Rønsholdt anføres, at ministeriets relativisering af grænserne for det lovlige dels stemmer mindre godt med det anførte domsresultat, og dels kun yder en meget usikker vejledning om retstilstanden på det omhandlede område.⁶⁰

I den tredje sag – Frederiksborg Amt-sagen – der som før nævnt vedrørte en række alvorlige beskyldninger for misbrug af offentlige midler mod den tidligere indenrigsminister – i dennes egenskab af amtsborgmester – fandt ministeriet (IM 18/6 2008) efter en gennemgang af statsforvaltningens udtalelser ikke anledning til at tage spørgsmålet om lovligheden af de pågældende dispositioner op til behandling. Ministeriet så heller ikke grundlag for at anfægte ministeriets habilitet i sagen, endskønt ministeren blot var fratruddet et par måneder forinden i forbindelse med en regeringsomdannelse, hvorved indenrigsministeren var blevet udpeget som finansminister, samtidig med, at det var blevet klargjort for omverden, at han stod til at efterfølge statsministeren. Ministeriet henviste herved til, at der ikke forelå forhold, der indebærer, at ministeriet skulle have en særlig og uvedkommende interesse i udfaldet af sagen. Et resultat, som – for Rønsholdt – i det mindste ikke kunne anses som tvingende, da tillidshensyn også kan begrunde, at inhabilitet statueres i tilfælde, hvor en inhabilitetsbegrundende interesse blot synes at foreligge.⁶¹

⁶⁰ Rønsholdt, *Juristen op. cit.*, s. 53.

⁶¹ Rønsholdt, *a.st.*

Rønsholdt inddrager i den forbindelse også hele *Farumsagskomplekset* som en illustration af de politiske komplikationer, der var forbundet med den daværende indenrigsministers stillingtagen til suspension af en borgmester, som foruden at være partifælle havde aspireret til den samme post som partileder og dermed statsministerkandidat, som ministeren selv gjorde. Endskønt de retlige betingelser for en suspension⁶² var omtvistede i den kommunalretlige teori, undlod ministeren at medtage spørgsmålet i kommissoriet for det *Ekspertudvalg*, som blev nedsat til at følge op på sagerne.⁶³ Som en udløber af sagskomplekset besluttede et flertal i Folketinget i 2002 – imod regeringens indstilling – at nedsætte en kommission (*Farumkommissionen*) efter reglerne i lov om undersøgelseskommissioner med sigte på at undersøge det samlede begivenhedsforløb omkring en lang række forhold vedrørende Farum Kommune i perioden 1990-2003.⁶⁴ ⁶⁵ Sagen gav yderligere anledning til en række straffesager, som det ligger uden for denne artikels rammer at redegøre nærmere for.⁶⁶

Indenrigsministeriet har som nævnt forsvaret sin stilling som overtilsynsmyndighed med (bl.a.) hensynet til at koordinere tilsynspraksis med lovgivningsmæssige initiativer. Det må forstås således, at ministeriet vil benytte sit lovgivningsinitiativ til at fremme hensyn, som ikke kan varetages efter gældende regler. Dette anbringende giver anledning til her afslutningsvis at omtale en omstridt udtalelse fra Indenrigsministeriet (IM 29/6 2007), hvorved det

⁶² Borgmesteren trak sig frivilligt og kom dermed en suspension i forkøbet.

⁶³ Rønsholdt, *ibid.*, s. 56ff, og udvalgets bet. 1425/2002, *Indsigt i den kommunale administration*.

⁶⁴ Kommissionens beretning forventes at foreligge ved årsskiftet 2012.

⁶⁵ Se endv. med gennemgang af en lang række tilsynssager med Farum Kommune i perioden 1997-2002, Indenrigs- og Sundhedsministeriets hvidbog, *Tilsynsmyndighedernes rolle i Farum-skandalen*, 12/7 2002 (ad besvarelse af spørgsmål 54/2002 fra Folketingets Kommunaludvalg til ministeren).

⁶⁶ Se herom bl.a. Jørgen Steen Sørensen, *Borgmesters strafansvar for mandatsvig*, Juristen 2008.247, med kommentar til U2008.1607H (sponsorsagen); se endvidere om denne sag og om Østre Landsrets Dom 6/10 2009 (hovedsagen) Steen Rønsholdt, *Kommunalret i grundtræk*, 2008, s. 16ff.

afvistes, at en kommune i forbindelse med salg af sine byggegrunde kunne stille vilkår om, at der skulle opføres boliger til en maksimeret husleje (på 5.000 kr.) til brug for uformuende familier i mellemindkomstgruppen (4-600.000 kr.). Ministeriet henviste herved til de almindelige kommunalfuldmagtsregler, som afskærer kommunal støtte til enkeltpersoner, og til at der ikke efter (bolig-)lovgivningen foreslå særlige forpligtelser for kommunerne til at yde støtte til denne indkomstgruppe. Selv om udtalelsen ikke kan kritiseres ud fra retlige synspunkter, må det konstateres, at hverken dette eller andre ministerier sidenhen fulgte op herpå med lovgivningsmæssige initiativer, hvilket for så vidt heller ikke var at forvente, siden der forelå et stærkt partipolitisk modsætningsforhold mellem kommunalbestyrelsen og den daværende regering. Dermed blotlægger sagen imidlertid også en svaghed i ministeriets argumentation, idet der ikke nødvendigvis er sammenfald mellem den kommunale interesse og den til enhver tid siddende regerings politiske præferencer.

Sammenfattende kan om Indenrigsministeriets overtilsyn anføres, at det i hvert fald ikke kan afvises, at placeringen af dette overtilsyn under direkte ansvar over for en minister, som også – i kraft af ministerstyret – selv kan tiltage sig beslutningskompetencen i disse sager, i enkelttilfælde kan afstedkomme et uheldigt sammenfald af (parti-)politiske interesser, som kan være med til at sløre billedet af den retstilstand, som ministeriet er med til at fastlægge. Samt endvidere, at ministeriets tilsynskompetence ikke er nogen garanti for, at hensynet til den kommunale interesse søges varetaget gennem lovgivningsmæssige tiltag, når det i praksis viser sig, at der ikke er fornødent grundlag herfor i gældende ret.

5. Afslutning. Opsummering og perspektivering

Den foregående fremstilling viser, at kommunaltilsynet i Danmark på visse punkter er en omstridt institution. Det gælder som nævnt særligt med hensyn til *Indenrigsministeriets* placering som overtilsynsmyndighed, hvor der er peget på alternativer, men hvor det også må erkendes, at der næppe for tiden er noget politisk ønske om forandringer, heller ikke med den seneste regeringsdannelse, selv om et af regeringspartierne tidligere har udtrykt ønske herom.⁶⁷

Tilsvarende gælder et andet omstridt element i kommunaltilsynet, det flere gange omtalte *klarhedsprincip*. Netop dette princip synes i særlig grad at være en udfordring for det statslige tilsyn med kommunerne. Indtrykket er, at fastholdelsen af dette princip er egnet til at generere en uensartet praksis hos tilsynsmyndighederne. Det viser sig i forhold til bedømmelsen af retsforhold i henholdsvis vejledende udtalelser og egentlige afgørelser, hvor princippet kun gælder i sidstnævnte sammenhæng. Men det gælder formentlig også mere bredt i forhold til de regionale myndigheders tilsynspraksis, hvor princippet udgør en usikkerhedsfaktor. Hertil kommer, at princippet i nogle henseender synes at legitimere en udstrakt tilbageholdenhed med anvendelse af sanktioner, som både retssikkerhedsmæssigt og ud fra andre synspunkter kan forekomme betænkelig.

Som en yderligere strukturel svaghed i tilsynet er der peget på, at sanktioner som udgangspunkt kun kan gøres gældende mod de folkevalgte kommunalbestyrelsesmedlemmer. *Kommunen som sådan* kan ikke gøres ansvarlig for lovbrud, og det gælder også såvel borgmesteren som kommunens ansatte personale. I den sammenhæng er der særligt peget på vanskelighederne ved at gøre et ansvar gældende for *svigtende tilsyn*, herunder tilsyn med overholdelsen

⁶⁷ SF Forslag til folketingsbeslutning om ændring af den kommunale styrelseslov (Uafhængigt tilsyn), B74 22/2 2002 –Folketingstidende 2001-02, 2. samling.

af kommunens forpligtelser efter miljølovgivningen respektive den sociale lovgivning, hvor ikke mindst hensynet til de svagere stillede borgere (børn og andre udsatte grupper) – i hvert fald retspolitisk – må tilsige en skærpelse af ansvarsforholdene, men hvor der også ud fra menneskeretlige synspunkter og international domspraksis kan argumenteres for skærpede, eventuelt objektiverede, standarder for ikendelse af erstatningsansvar eller tortgodtgørelse. Også reservationer i tilsynspraksis over for kommunernes efterlevelse af *EU-rettens regler* er fremhævet i den sammenhæng, hvortil kommer andre enkeltstående problemer, herunder *samspilsproblemer* i forhold til klagenævn (ad klagefrister) og anerkendelse af *partsbeføjelser* i forbindelse med afgivelse af vejledende tilsynsudtalelser, som efterlader indtrykket af et kommunaltilsyn, som ikke er helt uden mislyde. Hertil må så understreges, at denne vurdering ikke er baseret på en fuldgyltig undersøgelse af tilsynsmyndighedernes praksis, og at de her fremdragne sager derfor ikke nødvendigvis kan betragtes som repræsentative for samme.

Denne artikel skulle sætte fokus på *styrker og svagheder* i kommunaltilsynet, herunder særligt i forbindelse med tilsynets anvendelse af sanktioner. Fremstillingen har herved i særlig grad fokuseret på svaghederne. Der kan dog være grund til afslutningsvis at problematisere grundlaget for den fremsatte kritik, specielt for så vidt angår klarhedsprincippet.

I dele af den kommunalretlige teori er det – med henvisning til det kommunale selvstyre – gjort gældende, at kommunaltilsynet, lige så lidt som andre tilsynsmyndigheder, kan fastslå, hvad der skal være gældende ret i forhold til kommunerne; det kan kun domstolene.⁶⁸ Noget andet er, at lovgiver naturligvis kan gribe ind med præcisering af loven, ligesom lovgivningen kan afgive

⁶⁸ Heide-Jørgensen, *Den kommunale interesse*, 1993 (disputats), s. 24ff.

hjemmel for en centraladministrativ instruktions- eller rekursmyndighed i forhold til kommunale afgørelser.

Mens det hører til sjældenhederne, at loven giver centraladministrationen særlige instruktionsbeføjelser, er der i vid udstrækning etableret en rekursadgang i forhold til de kommunale afgørelser, og den prøvelse, der finder sted her, kan både omfatte afgørelsernes hensigtsmæssighed og lovlighed, selv om det i nyere tid er blevet almindeligt at begrænse rekursadgangen til rene legalitetsspørgsmål. I næsten alle tilfælde er rekursinstansens afgørelse imidlertid – som anden myndighedsudøvelse – undergivet domstolsprøvelse.

Tilsynet skal som nævnt udøves med forbehold for sådanne særlige rekursmuligheder, og tilsynet må også – efter den her hævdede opfattelse – udøves med respekt for det kommunale selvstyre. Det kan da anføres, at dette sidstnævnte forbehold netop realiseres ved at reservere anvendelsen af sanktioner til de – utvivlsomme – tilfælde, hvor den kommunale afgørelse udgør en klar tilsidesættelse af lovgivningen.

For dette resultat taler også, at tilsynets personelle og processuelle *kompetence* er begrænset sammenlignet med, hvad der er tilfældet i lande med forvaltningsdomstole. Tilsynet er – med Indenrigsministeriet som overtilsynsmyndighed – i sidste ende politisk bestemt, og sagernes oplysning sker efter forvaltningsretlige principper, dvs. officialprincippet og inkvisitionsprincippet. Et sådant tilsyn garanterer ikke, at alle relevante retskilder overvejes, og det sikrer heller ikke en afklaring af eventuelle bevismæssige problemer i en sag.

Selv om denne kritik peger på et centralt dilemma omkring det kommunale selvstyres retlige vilkår, må det dog være udelukket ligefrem at indlægge en særlig *fortolkningsret* for kommunerne i dette hensyn til det kommunale selvstyre med den virkning, at denne ret nyder konstitutionel beskyttelse.

Dette hensyn var i hvert fald ikke til hinder for, at et flertal i Klageformudvalget som nævnt stillede forslag om afskaffelse af klarhedsprincippet, og det synes heller ikke med styrke at kunne hævdes i forhold til de opgaver, som lovgivningen har henlagt til kommunerne – de lovbestemte opgaver, som ikke i traditionel forstand er kommunale, og som i dag udgør langt hovedparten af de kommunale opgaver.

Klarhedsprincippet kan fortsat begrundes i *reale hensyn*, men heroverfor står andre hensyn, herunder især hensynet til borgernes retssikkerhed og ligebehandling samt hensynet til et effektivt fungerende kommunaltilsyn, som – i hvert fald i relation til de lovbestemte opgaver – må synes at veje tungere. En afskaffelse af klarhedsprincippet må imidlertid forudsætte en afpolitisering af kommunaltilsynet ved fx, som Klagereformudvalget foreslog, at henlægge overtilsynet til et uafhængigt – domstolslignende – nævn.

Uden lovgivningsmæssige initiativer er det dog givet, at klarhedsprincippet er gældende ret. Selv om det ikke har fundet udtryk i lovens ordlyd, er det udførligt omtalt i lovmotiverne, foruden at det har støtte i højesteretspraksis⁶⁹. De foranstående kritiske bemærkninger om kommunaltilsynet har for så vidt mest retspolitisk karakter, selv om klarhedsprincippets udstrækning og implementering i konkrete tilfælde altid kan anledning til tvivl og kritik.

⁶⁹ Med U1990.601H som den ledende dom.

Heikki Kulla

EUROPARÄTTEN OCH ADMINISTRATIVA SANKTIONER

Prof. Heikki Kulla,

Åbo universitet

Rättssystemets effektivitet anses allmänt kräva sanktioner. De flesta rättsvetare från Hobbes till Kelsen har ställt sig bakom detta tänkande.¹ Sanktioner är dock den offentliga maktens yttersta medel att reagera mot olagligheter. I förvaltningsrätten och också i *gouvernance*-tänkandet betonar man, att preventiva styrningsmedel, såsom rådgivning och konsultation, är ofta viktigare än möjligheten att utfärda sanktioner.

EU-rätten karakteriseras som en särskild rättsordning. Sanktioner anses allmänt att vara nödvändiga också i unionsrätten. Sanktioner kan i princip vara av tre typer: civila, administrativa och straffrättsliga.² Unionsrätten känner inga egentliga civilrättsliga sanktioner. Skadeståndsansvar kan dock karakteriseras som sanktion åtminstone på konkurrensrättens område. Sanktionerna i unionsrätten är därför mestadels administrativa eller straffrättsliga. Särskilt på unionsnivån har huvudvikten länge varit på administrativa sanktioner. Straffrättsliga påföljder har under de senaste åren expanderat, och de utökade befogenheterna finns inskrivna i det nya

¹ Stefan Bitter: *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union*, Springer/Heidelberg 2011 s. 13-36.

² Maiténa Poelmans: *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, LGDJ/Bruxelles 2004 s. 16-28.

funktionsfördraget (FEUF, Kapitel 4, Straffrättsligt samarbete, 310(6), 325(4)).³ Unionen är dock inte behörig att stifta fulla straffrättsliga normer, *lex perfecta criminalis*. Unionen har inte heller allmän kompetens att harmonisera nationella straffrättsordningar, fastän EU-domstolen redan tidigare har ansett, att nödvändiga sektoraccessoriska straffregler i direktiv med vissa förutsättningar är lagliga. Ett straff utmätts alltid av en national domstol.

Rättsligt samarbete i brottmål mellan medlemsstater grundas på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden. Stater har också slutit några folkrättsliga konventioner angående straffrättsligt ansvar i medlemsstater (till exempel konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, 1995).

Flera faktorer gör EU:s administrativa sanktionssystem svårförklarligt. För det första är regleringen till stor del starkt sektorbunden. För det andra finns det många typer av påföljder. För det tredje lämnar gränsdragningen mellan sanktioner och andra administrativa påföljder rum för tolkning. För det fjärde är förfarandenas relation till straffprocessuella krav ofta oklar. För det femte skiljer sig de nationella sanktionssystemen avsevärt från varandra, trots att EU-rätten har harmoniserat dem i någon mån.

1) Reglering

I primärrätten finns det inga allmänna regler om administrativa påföljder utan bara regler om enstaka sanktioner. Jag lyfter här fram de viktigaste. I funktionsfördragets artiklar 103 (2a), 126 (11), 132 (3), 260 (2) nämns böter och vite. Dessa artiklar handlar om sanktioner i konkurrensrättsliga mål och

³ Sakari Melander: Europeiseringen av straffrätten och den nationella strafflagstiftarens "suverenitet". Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT) 2011 s. 239-266; Poelemans s. 329-384.

sanktioner mot medlemsstater. Vite är ett administrativt verkställighetsmedel (art. 260) eller en ekonomisk sanktion.⁴

I artikel 261 används begreppet påföljder. Detta begrepp betyder i huvudsak straff eller sanktioner, men begreppet är öppet för tolkning.⁵ Den tyska översättningen av påföljder är Zwangmaßnahmen, den engelska penalties, den finska seuraamukset, den franska sanctions och den danska sanktioner. I rättspraxis har man tolkat termen påföljder i detta sammanhang så att den betyder främst böter eller vite.

Sanktionsbeslut bör alltid bygga på en rättslig grund, som är förankrad i unionsfördragen. Unionen har ingen kompetens-kompetens.⁶ Nämnade artiklar i funktionsfördraget är således separata befogenheter och de ger ingen allmän befogenhet att fastställa påföljder. Dessutom förutsätter legalitetsprincipen att också en administrativ sanktion bör ha en klar och entydig rättslig grund (Könecke GmbH & Co KG Fleischwarenfabrik, C-117/83, 25.9.1984, p. 11; Milchwerke mot HZA Köln Köln Rheinau, C-352/92, 14.7.1994, p. 21-25).⁷ Legalitetsprincipen är nu även inskriven i rättighetsstadgan (artikel 49).

Kompetensproblem är typiska för reglering av sanktioner. Enligt vedertagen tolkning har unionen kompetens att utfärda lagstiftning också om andra administrativa sanktionstyper än om dem som är nämnda i fördragen. Detta behandlades som en principfråga i fallet Tyskland mot kommissionen i år 1992 (C-240/90, 27.10.1992).⁸

⁴ Polemans s. 44-51; Bitter s. 133-134; kommission mot Grekland, C-369/07, 7.7.2009, p. 52-82.

⁵ Bitter s. 121-122.

⁶ Ulf Bernitz - Anders Kjellgren: Europarättens grunder, fjärde upplagan, Norstedts Juridik/Mölnlycke 2010 s. 25.

⁷ Polemans s. 544-556.

⁸ Polemans s. 120-126; Bitter s. 81-87.

I detta mål gjorde den tyska regeringen gällande att gemenskapens behörighet att fastställa påföljder inte omfattar utestängningsåtgärder. Till stöd för detta anförde den tyska regeringen följande tre skäl. Först och främst skiljer sig utestängningsåtgärder i så hög grad från den typ av åtgärder som anges i artikel 40 (i fördraget) att de inte kan omfattas av det bemyndigande som artikeln innehåller. I detta hänseende underströk den tyska regeringen att gemenskapens befogenheter skall tolkas restriktivt när det gäller att besluta om påföljder. Av artikel 87(2a) i fördraget drog den tyska regeringen vidare slutsatsen att böter och viten är de enda typerna av påföljder som är tillåtna enligt gemenskapsrätten. Eftersom det inte är möjligt att beräkna de ekonomiska konsekvenserna för de berörda näringsidkarna av utestängning kan denna påföljd, till skillnad från tillägg, inte likställas med de båda nämnda typerna av påföljder. Slutligen anförde den tyska regeringen att utestängning är en straffpåföljd som varken rådet eller kommissionen har befogenhet att fastställa. En sådan påföljd är i själva verket ett uttryck för ett nedsättande omdöme om den näringsidkare som begått oegentligheten.

Enligt domstolen kunde detta resonemang emellertid inte godtas. Svaret på den tyska regeringens första argument måste bli följande: dels utgör de åtgärder som anges i artikel 40(3) (i fördraget) endast exempel, dels uppfyller utestängningsåtgärderna det enda villkoret för gemenskapens befogenheter som ställs i bestämmelsen, nämligen att de ifråga varande åtgärderna är nödvändiga för att uppnå målen för den gemensamma jordbrukspolitiken. Dessutom ankommer det uteslutande på gemenskapslagstiftaren att fastställa vilka lösningar som är de lämpligaste när det gäller att uppnå den gemensamma jordbrukspolitiken mål. I det aktuella fallet överskred gemenskapslagstiftaren inte gränsen för sina befogenheter då utestängning från stöd infördes som en påföljd i syfte att förhindra oegentligheter som begås av näringsidkare inom

ramen för den stödordning som är föremål för förevarande talan. Vad gällde den tyska regeringens sista argument ansåg domstolen att det i det aktuella fallet inte var någon anledning att uttala sig om gemenskapens behörighet på det straffrättsliga området.

Medlemstaternas befogenhet att föreskriva sanktioner för överträdelser av unionens rätt är inte självklar. EU-domstolen har använt för befogenhet en systematisk och teleologisk tolkningsmetod. I fallet Amsterdam Bulb från år 1977 (C-50/76, 2.1.1977, p. 4) konstaterade domstolen följande: "Om gemenskapens regelverk inte innehåller någon bestämmelse om särskilda påföljder för enskilda som överträder detta regelverk, är medlemstaterna behöriga att välja de påföljder som de finner lämpliga." ⁹

Medlemstaternas harmoniserade lagstiftning innehåller sanktionsregler. I direktiv eller ibland i förordningar konstateras ofta, att medlemsstaterna skall fastställa sanktioner för överträdelser av detta direktiv eller denna förordning. Sanktionerna skall vara effektiva, proportionella och avskräckande. I nyare direktiv talar man om sanktioner, inberäknad administrativa eller straffrättsliga sanktioner, som skall vara effektiva, proportionella och avskräckande.¹⁰ Mellan medlemsstaterna finns stora variationer angående sanktioner, då medlemsstater i regel har autonomi i processuella och institutionella ärenden. I unionens sektorförordningar nämns dock ofta vissa obligatoriska sanktionstyper.

I sekundärlagstiftningen är den viktigaste sanktionsregleringen rådets förordning om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen från år 1995 (2988/95). Förordningen är också en regleringsmodell för sektorlagstiftning. Förordningen listar å ena sidan administrativa åtgärder och å andra sidan administrativa sanktioner. En administrativ åtgärd är till exempel

⁹ Bernitz – Kjellgren s. 27; Poelemans s.133-136.

¹⁰ Bitter s. 188-190.

förpliktelsen att betala tillbaka utestående belopp, en administrativ sanktion är till exempel betalningen av administrativa böter. Fördelningen mellan administrativa åtgärder och administrativa sanktioner har betraktats som viktig också från rättsskyddets synvinkel, då rätten till försvar bör iakttas i varje förfarande som kan leda till sanktionsåtgärder.¹¹

I sektorlagstiftningen har man angående sanktioner mestadels följt finansförordningens regleringsmodell.¹² Regleringen har varit mest intensiv inom jordbrukspolitikens område.¹³ Också rättspraxis är på detta område särskilt omfattande.¹⁴ Härtill innehåller praktiskt taget varje sektorslagstiftning speciella sanktionsnormer.¹⁵

Konkurrensrättsliga sanktioner på unionsnivån är böter och vite enligt funktionsfördragets artikel 103 (2) och konkurrensförordning (1/2003). Kommissionens befogenhet att införa böter är den mest synliga delen av sanktionssystemet, då bötesbelopp har kunnat uppgå till nästan en halv miljard euro. På konkurrensrättens område har unionsrätten företrädde i förhållande till medlemsstater. Dessa kan dock själv stifta lagar angående böter, viten och andra påföljder (förordning 1/ 2003 art. 4). Den finska konkurrenslagen (948/2011) innehåller regler om påföljdavgift och skadestånd. Den sistnämnda är dock inte en administrativ sanktion.¹⁶

¹¹ Poelemans s. 264-266; Bitter s. 38-72.

¹² Europarådet har också givit en rekommendation om administrativa sanktioner (Recommendation No. (91) 1).

¹³ Kommissionens förordning (EG) nr 595/2004.

¹⁴ Bitter s. 192-230.

¹⁵ Om administrativa sanktioner i miljörett Study on measures other than criminals ones in cases where environmental Community law has not been respected in the EU Member States. Summary. Milieu Ltd. and Huglo Lepage Associates. 2004.

¹⁶ Regeringens proposition 88/2010 s. 41-48.

Unionens personalstadga (259/1968) innehåller bestämmelser om disciplinära åtgärder mot tjänstemän.¹⁷ Dessa åtgärder är också sanktioner, men inte nödvändigtvis straffsanktionerade. Jag lämnar dem här åsido.

2) Olika typer av administrativa sanktioner

Unionens primärrätt känner böter och viten, som ofta nämns också i sekundärlagstiftningen. Böter anses vara en egentlig straffsanktionerad påföljd, som dock inte tillhör straffrätten (konkurrensförordning art. 23 (5)). Årets 1995 förordning om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (art. 4) innehåller regler både om vissa administrativa åtgärder och om sju typer av administrativa sanktioner. De sistnämnda är:

- a) betalning av administrativa böter,
- b) betalning av ett belopp som överstiger de summor som otillbörligen mottagits eller som inte betalas samt, i förekommande fall, ränta. Detta ytterligare belopp skall bestämmas med ett procenttal som skall fastställas genom särskilda regler och får inte överskrida den nivå som är absolut nödvändig för att ge beloppet en avskräckande effekt,
- c) förlust, helt eller delvis, av en förmån som beviljats genom tillämpning av gemenskapsregler, även om aktören endast delvis dragit fördel av denna förmån,

¹⁷ Poelemans s. 66-71.

- d) utestängning från eller indragning av förmånen under en period efter den då oegentligheten begicks,
- e) tillfällig indragning av ett sådant godkännande eller erkännande som krävs för deltagande i gemenskapens stödprogram,
- f) förlust av en säkerhet eller en borgen som ställts enligt villkoren i regler eller återställande av den summa som motsvarar en otillbörligen släppt säkerhet,
- g) andra sanktioner av enbart ekonomisk karaktär, av motsvarande slag och omfattning, om vilka stadgas i de regler för olika sektorer som rådet antagit beroende på den berörda sektorns särskilda behov och i överensstämmelse med de verkställighetsbefogenheter som rådet givit kommissionen.

Administrativa åtgärder och sanktioner får tillämpas (art. 7) mot fysiska eller juridiska personer, liksom andra enheter som enligt nationell lag har rättskapacitet och har begått oegentligheten.¹⁸

3) *Begreppet administrativ sanktion*

Begreppet administrativ sanktion kan i unionsrätten lättare karakteriseras än definieras. Detta beror delvis på att unionens domstol har ganska systematiskt undvikit begreppsliga gränsdragningar mellan påföljd, sanktion, tvång och straff.¹⁹

¹⁸ Allmänt om juridiska personers ställning Poelemans s. 201-215.

¹⁹ Poelemans s. 41-82; Nick Hækkerup: Controls and Sanctions in the EU Law, DJØF Publishing/Kopenhagen 2001 s. 143-148.

Enligt tysken Stephan Bitter kan en sanktion kännetecknas på följande sätt.²⁰ En sanktion är en betungande förvaltningsakt och dess objekt är ett rättssubjekt, som har kränkt unionsrätten. Att utfärda en sanktion är myndighetsutövande till sin karaktär. Sanktionen är repressiv och straffande, och dess syfte är att återställa rättsläget och kompensera skador. Sanktionen har även en avskräckande effekt. I rättsfallet Aalborg Portland från 2003 (C-204/00 P, 11.2.2003) konstaterade generaladvokat Colomer angående konkurrensrättsliga böter följande (p. 97): "Sanktionen har två syften: att bestraffa och att avskräcka. Syftet är att bestraffa ett handlande och avskräcka gärningsmännen, och andra eventuella lagöverträdare, från att anta konkurrensbegränsande beteenden. Sanktionen skall således vara lämpad för dessa syften och upprätthålla en adekvat balans så att böter kan påföras för det påtalade handlandet och samtidigt vara avskräckande."

I alla situationer kräver man inte lagbrytarens subjektiva skuld, utan ett objektivet ansvar anses åtmistone i vissa fall vara möjligt (Hansen, C 326/88, 10.7.1990, p. 13-19). Därför har principen *nulla poena sine culpa* inte fullt gällande kraft, men enligt huvudregeln förutsätter sanktionsfällandet subjektiv skuld. Principen angår inte sådana administrativa åtgärder eller påföljder, som inte är av straffrättslig art. Till exempel förlust av en ställd säkerhet kan påföras utan subjektiv skuld (Maizena, C-137/85, 18.11.1987, p. 13; Tyskland mot kommission, C-240/90, 27.10.1992, p. 25; Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, 11.7.2002, p. 35-42).

²⁰ Bitter s. 269.

4) Administrativa förfaranden

Rätten till rättvis rättegång enligt artikel 6 i människorättskonvention gäller också behandlingen av anklagelser om brott. Begreppet anklagelse för ett brott har en autonom betydelse, som täcker också vissa administrativa sanktioner. I fallet Engel (1976) utvecklade domstolen kriterier för bedömningen av skillnaden mellan en straffprocess och ett administrativt disciplinärt förfarande medräknat andra administrativa sanktioner. Ett kriterium är, hur förfarandet karakteriseras i den nationella rätten. Det andra kriteriet är gärningens karaktär särskilt i förhållande till ett straff och det tredje kriteriet är påföljdens karaktär och stränghet. Kriterierna två och tre är alternativa. Om värderingens resultat i ett konkret fall visar, att ifrågavarande ärende till sin karaktär är brottmål, bör garantierna om rättvis rättegång följas.²¹

I unionsrätten har dock begreppet rätten till försvar eller processuella skydds rättigheter varit viktigare som utgångspunkt än artikel 6 i Europakonventionen. Detta begrepp etablerades redan på 1970-talet i EU-domstolens rättspraxis.²² Rätten till försvar hör till de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. I fallet Hoffman-La Roche (Hoffmann-La Roche mot kommission, C-85/76, 13.2.1979, p. 9) konstaterades, att enligt en grundläggande gemenskapsrättslig princip skall rätten till försvar iakttagas i varje förfarande som kan leda till påföljder, särskilt böter eller viten, men även i förfaranden av administrativ karaktär. Rätten till försvar utgör en grundläggande rättighet som ingår bland de allmänna rättsprinciper som domstolen ska säkerställa

²¹ Matti Pellonpää: Europeiska människorättskonventionen. Översättning Rosa Donner, Talentum/Jyväskylä 2007 s. 423-430; Wiweka Warnling-Nerep: Sanktionsavgifter – särskilt i näringsverksamhet. Norstedts Juridik/Vällingby 2010 s. 145-149.

²² Poelemans s. 502-542; Bernitz – Kjellgren s. 137-144.

iakttagandet av (Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, de förenade målen C-204/00 P m fl.7.1.2004, p. 64).²³

Enligt rättighetsstadgan inkluderar rätten till försvar för det första rätten till god förvaltning. Detta betyder att ärendet behandlas opartiskt, rättvist och inom skälig tid. Också kommunikation, partsinsyn och beslutsmotivering ska iakttas.²⁴ För det andra är det fråga om vissa straffprocessuella grundregler. I artikel 48 nämns presumtion för oskuld och rätten till försvar, i artikel 49 de materiellrättsliga principerna laglighet och proportionalitet. I artikel 50 nämns rätten att inte bli dömd eller straffad två gånger för samma brott. Domstolens rättspraxis har haft ett starkt inflytande på hur dessa rättigheter tolkas i varje enskild situation.

Begreppet rätten till försvar eller skydds rättigheter är i unionsrätten åtminstone delvis autonomt. Det motsvarar inte fullt de straffprocessuella krav, som artikel 6 i Europakonventionen innehåller.

Europakonventionen innehåller inte uttryckligen skydd mot självinkriminering eller rätt till passivitet (*nemo tenetur seipsum accusare*), men skyddet kan härledas från konventionens artikel 6. Enligt skyddet kan ingen tvingas vittna mot sig själv eller erkänna sig skyldig. Skyddet kan gälla också straffsanktionerade administrativa påföljder, men normalt är det frågan om skyddets betydelse i administrativt undersöknings- eller kontrollförfarandet, om information senare användas i en straffprocess.²⁵ Skydd mot självinkriminering gäller inte fall, i vilka förbindelsen mellan en skyldighet att ge information och en anklagelse är

²³ Se också *ArcelorMittal Luxembourg mot kommission*, C-201/09 P, C-216/09 P, 26.3.2011, p. 113-126; *Solvay SA mot kommission*, C-109/10 P, 25.10.2011, p. 52.

²⁴ *Solvay mot kommission*, C-109/10 P, förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, 14.4.2011, p. 151-228.

²⁵ Pellonpää s. 446-448; Heikki Kulla: Administrativ sanktionering i Finland, *Nordisk Administrativ Tidsskrift* 2011 s. 12.

avlägsen och hypotetisk. Också det allmännas omedelbart på lag grundade rätt att kräva information kan inskränka skyddets område. Till exempel en skatteskyldig inte har någon absolut rätt att vägra ge myndigheterna om sådana uppgifter, som är nödvändiga för hans eller hennes beskattning.

Också i unionsrätten hör rätten att inte vittna mot sig själv till skydds rättigheterna (Orkem mot kommission, C-374/87, 18.10.1989, p. 35; Mannesmannröhren-Werke AG mot kommission, T-112/98, 20.2.2001, p. 66-67).²⁶ Rätten är dock inte absolut. I det sistnämnda fallet konstaterade tribunalen följande. En absolut rätt att tåga skulle nämligen gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda företagets rätt till försvar. Vidare skulle det på ett omotiverat sätt hindra kommissionen från att utföra sin uppgift. Härav följer att ett företag, mot vilket ett beslut om begäran om upplysningar riktats endast har rätt att tåga om det skulle tvingas att tillhandahålla svar genom vilka företaget skulle komma att erkänna förekomsten av en överträdelse, som det ankommer på kommissionen att bevisa.

Kravet att kommissionen borde följa Europakonventionen som sådan avvisades ursprungligen i konkurrens mål på den formella grunden att kommissionen inte kan anses vara en domstol i den mening som artikel 6 konventionen innebär. I fallet Heintz van Landewyck från året 1980 (C-209-215/78, 218/78, 29.10.1980, p. 79-81) konstaterade domstolen: "Fastän kommissionen är skyldig att följa de processrättsliga skyddsreglerna i gemenskapsrätten – skyddsregler som kommissionen har följt enligt vad som framgår ovan – kan den ändå inte karakteriseras som en "domstol" i den mening som avses i artikel 6 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna." (likaså SA Musique Diffusion Francaise mot kommission, C-100-103/80, 7.6.1983, p. 4.)

²⁶ Olli Mäenpää: Eurooppaoikeus, 3. upplaga, Talentum /Hämeenlinna 2011 s. 339-342, 462-463.

I vissa senare fall har EU-domstolen ansett att artikel 6 i konventionen bör följas åtminstone angående de processuella grundprinciperna. I fallet Orkem (1989) konstaterade domstolen (p. 30): "När det gäller artikel 6 i Europakonventionen skall det fastslås att även om denna bestämmelse kan åberopas av ett företag som är föremål för en undersökning på konkurrensrättens område följer det varken av bestämmelsens ordalydelse eller av Europadomstolens rättspraxis att denna bestämmelse innebär ett erkännande av rätten att inte vittna mot sig själv." I Finland har högsta förvaltningsdomstolen i sitt beslut (2009:83) i asfaltkartellfallet konstaterat, att bestämmande av konkurrensrättslig påföljdsavgift tillhör tillämpningsområdet för artikel 6 i Europakonventionen. Enligt domstolen är de processuella kraven dock inte nödvändigtvis identiska med de krav som ställs på den egentliga straffprocessen.

I det ovannämnda fallet Mannesmannröhren-Werke AG från år 2001 fastslog förstainstansrätten, att de grundläggande processuella principerna i gemenskapsrätten motsvarar artikel 6 i Europakonventionen. Artikeln tillämpades således inte direkt utan genom processuella principer.²⁷ Också enligt unionsfördraget, artikel 6(3), är det närmast fråga om tillämpning av de allmänna rättsprinciperna. Detta är ganska naturligt, då unionen inte ännu har anslutit sig till Europakonventionen.

Åtminstone i rättsvetenskapen har man ansett att medlemsstaterna är på konventionsrättslig grund ansvariga för att se till att de följer Europakonventionen också när de tillämpar unionsrättens processregler. I

²⁷ Kritiska aspekter Jürgen Schwarze: Europäische Kartellbußgelder im Lichte überordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze, Europarecht 2009 s. 171-200.

praktiken torde det ofta vara fråga om att söka en förnuftig balans eller att lägga pussel mellan konventionen och EU-rätten.²⁸

5) *Ne bis in idem*

Rätt att inte bli dubbelt lagförd eller straffad (*ne bis in idem*) är fastställd i människorättskonventionens sjunde tilläggsprotokoll. Det är förbjudet att starta en ny straffprocess mot en person, om han redan tidigare har blivit dömd eller frikänd för det samma brott. Principen skyddar också för dubbla åtal.

Tolkningen av *ne bis in idem* har kanske varit något vacklande i människorättsdomstolens rättspraxis. Om administrativ påföljd är straffsanktionerad, hör den till förbudets tillämpningsområde, men också här har tolkningen varit delvis vacklande. Förbudet gäller i relationer straffprocess – straffprocess, administrativ sanktionsprocess – straffprocess, straffprocess – administrativ sanktionsprocess och administrativ sanktionsprocess – administrativ sanktionsprocess.

Människorättsdomstolen har år 2009 meddelat två välkända domar, vilka har ansetts innebära delvis en ny tolkning av förbudet mot dubbelbestraffning. Dessa domar är Zolotukhin mot Ryssland (10.2.2009) och Ruotsalainen mot Finland (16.6.2009).

Domen i fallet Ruotsalainen var fällande för Finland. Människorättsdomstolen ansåg, att strafföreläggande om böter och förvaltningsrättslig dom om tredubblad drivmedelsskatt båda innebar påförande av en straffrättslig sanktion som grundades på samma förhållanden och omständigheter.

²⁸ Bernitz – Kjellgren s. 134-137.

I Sverige har både regeringsrätten eller nu högsta förvaltningsdomstolen och högsta domstolen fastställt, att det svenska systemet med skattetillägg är förenligt med Europakonventionen och således inte i konflikt med *ne bis in idem-förbud*.²⁹ Domstolarna har pekat på vissa särdrag i den svenska lagstiftningen. När en domstol i brottmål bestämmer straffet för ett skattebrott tar den hänsyn till de skattetillägg som den dömde måste betala. Skatteverket och de allmänna förvaltningsdomstolarna tar vid sina beslut om skattetillägg hänsyn till straffet i brottmål. På båda sidorna gör man alltså en sammanvägning av den totala påföljden av gärningen.

Ne bis in idem-förbud har varit aktuellt också i Finland. Den vedertagna lagtolkningen var tidigare, att en administrativ skatteförhöjning inte hindrar en allmän domstol från att senare döma straff för skattebrott i samma ärende. Som känt har högsta domstolen i 2010:45 och 46 (29.6.2010) fastställt, att en skatteförhöjning skall anses vara ett brottmål och att det vid påförandet av skatteförhöjning är fråga om samma ärende som i åtalet för grovt skattebedrägeri. Förbudet att åtala eller döma två gånger i samma ärende gäller situationer där det första avgörandet är slutligt innan det senare förfarandet inleds.³⁰

Högsta förvaltningsdomstolen har senare följt samma tolkningslinje i skatteförhöjningsmålen (HFD 2011:41).

Också i unionsrätten känns principen *ne bis in idem* väl. Denna princip har redan innan stadgan om de grundläggande rättigheterna tillhört de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. Också årets 1995 sanktionsförordning hänvisar

²⁹ Regeringsrätten 17.9.2009; Högsta domstolen 31.3.2010; Warnling-Nerep s. 163-168.

³⁰ Dan Helenius - Kenneth Hellsten: *Ne bis in idem* i gränslandet mellan skatte- och straffprocessen. Festskrift Juristklubben Codex 70 år, Edita Publishing/Helsingfors 2010 s. 110–143

till *ne bis in idem*. Tillämpning av principen förutsätter alltid, att tidigare sanktionsbeslut har vunnit laga kraft.

Principen är särskilt bunden till två kumulativa krav: att de faktiska omständigheterna är identiska och att det är fråga om en och samma regelöverträdare. På det konkurrensrättsliga området har man tillämpat också det tredje kravet: att det är samma rättsliga intresse som skyddas. I fallet Toshiba från detta år har generaladvokat Juliane Kokott kritiserat detta tillägsvillkor på följande sätt (C-17/10, 8.9.2011, p. 117): "En sådan avvikande tolkning och tillämpning av principen *ne bis in idem* beroende på rättsområde inverkar menligt på en enhetlig unionsrättsordning. Principen *ne bis in idem* – som är en grundläggande princip i unionens rättsordning, med rang av en grundläggande rättighet – är av grundläggande betydelse. Av detta följer att den innehållsmässigt inte bör skilja sig beroende på vilket rättsområde det rör sig om. För att fastställa vad som garanteras med principen *ne bis in idem*, såsom denna numera regleras i artikel 50 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, ska samma kriterier gälla på alla unionsrättsliga områden."

Särskilt på konkurrensrättens område är tolkningsfrågor ofta förknippade med ordet *idem* (identiska omständigheter).³¹ Principen tillämpas inte fullt i kartellärendena i sådana fall, i vilka frågan har varit om bötfällande både i kommissionen och i en medlemsstat eller i ett tredje land i ärenden, som sammanhänger med varandra. Kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna har parallell behörighet att tillämpa sanktionsartiklarna i funktionsfördraget.

³¹ T-217/06, Arkema France m fl. mot kommission, 7.6.2011, p. 292-299; Kristoffer Molin: *Ne bis in idem* och den decentraliserade konkurrensrätten. Europarättslig Tidskrift 2011 s. 306-310.

Det är dock möjligt att undvika kumulativa straff genom ett särskilt reglerat nätverkssamarbete. Redan har domstolens linje enligt gottskrivningsprincipen (Anrechnungsprinzip) och skälighetsprövningen traditionellt varit, att man skall beakta alla tidigare påföljdsbeslut vid bestämmandet av en eventuell ny påföljd (C-14/68, Walt Wilhelm mot kommission, 13.2.1968, p. 9-11; T-43/02, Jungbunzlauer mot kommission, 27.9.2006, p. 289-92).

Jussi Matikkala

ADMINISTRATIVA SANKTIONER OCH STRAFFRÄTTSLIGA SANKTIONER

*Docent Jussi Matikkala,
Helsingfors Universitet*

1. Inledning

Det finns olika slags administrativa åtgärder, vilkas karaktär som sanktioner skulle kunna diskuteras och bedömas. Här koncentrerar jag mig emellertid på *monetära* administrativa sanktioner, så kallade sanktionsavgifter. Dessutom kommer jag att främst begränsa mig till finska förhållanden, om än många av våra sanktionsavgifter har sin bakgrund i EG- eller EU-rätten.

2. Generationer av administrativa sanktionsavgifter

Jag har indelat de olika sanktionsavgifterna i olika *generationer*. En första generation av sanktionsavgifter utgörs av olika *skatteförhöjningar*. Skatteförhöjningar utgör en fast beståndsdel av finsk rätt sedan åtminstone 1910-talet. I dag har vi kanske ca 15 stycken olika skatteförhöjningar i olika skattelagar. En nära släkting till dem finner vi i tullförhöjningen i tullagens (1466/1994) 31 §. Skatteförhöjning är såvida ett normalt fenomen att den inte förutsätter någon speciell position hos den till vilken påföljden bestäms, utan potentiellt kan nästan alla drabbas av den, eftersom alla måste årligen ta ställning till om den egna beskattningen baserar sig på riktiga uppgifter, om än

majoriteten av finländare nuförtiden får ett skatteförslag. Skatteförhöjningarna är ett viktigt landmärke även med tanke på utvecklandet av en generell sanktionsrätt, eftersom de är etablerade och har även blivit behandlade i Europadomstolens praxis, som ger ramar för sanktionsavgifternas framtida utveckling och gestaltning.

En nästa generation utgör sanktionsavgifter för *lindriga massförseelser*. 1970 fick vi en lag om parkeringsbot (248/1970), genom vilken felparkering förflyttades från straffrättens område till sanktionering i administrativ ordning. Det grundläggande skälet bakom åtgärden var insikten om att man inte kunde beivra dylika till antalet ökande massdelikt i en tung och kostsam straffprocess.

Samtidigt hade man på straffrättens område påbörjat en totalrevision av strafflagen. En viktig grund för arbetet lades genom ett principbetänkande av den 1972 tillsatta straffrättskommittén (kommittébetänkande 1976:72). Betänkandet, som kom att inverka på revideringsarbetet i tre decennier, förstärkte utvecklingen mot sanktionsavgifter genom att anse, att små förseelser mot administrativa föreskrifter borde i stället för straff sanktioneras med avgiftspåföljder.

År 1979 infördes kontrollavgiften i kollektivtrafik (lag 469/1979). Den första mera kända sanktionsavgiften var överlastavgiften vars lagreglering (51/1982) trädde i kraft den 1 april 1982. Överlastavgiften är såvida speciell att den utesluter förverkande av vinning men inte bestraffning av förseelsen.

Man skapade å andra sidan inom det straffrättsliga maskineriet särlosningar för snabbare och smidigare beivrande av mindre brott. Så hade redan 1931 införts ett system med strafforderförfarande. I strafforderförfarandet opererar man materiellrättsligt med dagsböter liksom i normal straffprocess, men straffanspråket framställs av polisman och utfärdas av åklagare. En annan form av summarisk bötesbestraffning, ordningsbotssystemet, infördes 1983.

Ordningsbot föreläggs vanligen av polisman. Här var det dock även materiellrättsligt fråga om en ny typ av böter. Till skillnad från dagsbotssystemet är ordningsbot en till beloppet fast förmögenhetsbrott som är lindrigare än böter (SL 2 a:8). Även den ordinarie straffprocessen har på senare tid erfarit vissa förenklingar i strävandena att effektivisera densamma. Bland andra kan nämnas bestämmelserna om skriftligt förfarande, som sedan 2006 återfinns i 5 a kap. i lagen om förfarande i brottmål (689/1997).

I nästa fas var det inte längre fråga om vanligt förekommande bagatelldelikt utan man gick över till en generation av sanktionsavgifter även *i miljonstorlek*. År 1992 stiftades lagen om konkurrensbegränsningar (480/1992), i vilken ingick regler om konkurrensbrottsavgift, som kunde uppgå till 4 000 000 mark. Beloppet fick i vissa fall även överskridas, men fick högst vara 10 % av näringsidkares föregående års omsättning. Bland skälen till den nya sanktionen nämndes att de få straffprocesser som förekommit, endast lett till lindriga bötesstraff (juridiska personers straffansvar förekom inte på den tiden utan togs i bruk 1995) och att EG, som saknade straffrättslig kompetens, använde sig av administrativa sanktionsavgifter på detta område. Senare avskaffades taket för sanktionen i markbelopp, och i det väl viktigaste finska konkurrensbrottsfallet, det s.k. asfaltkartellmålet, tilldömdes huvuddelinkventen en konkurrensbrottsavgift på 68 000 000 euro (högsta förvaltningsdomstolen 2009:83).

Andra sanktionsavgifter som potentiellt kan uppgå till stora summor har senare tillkommit. I en promemoria om en totalrevidering av värdepapperslagstiftningen har man nyss föreslagit att maximibeloppet av påföljdsavgiften för juridiska personer i lagen om Finansinspektionen (878/2008) 25-dubblas till 5 000 000 euro (Arvopaperimarkkinainsäädännön kokonaisuudistus. Työryhmän muistio 12/2011).

Nutiden kännetecknas av *sanktionsavgifternas normalitet*. Att sanktionera delikt med en sanktionsavgift i stället för straff har etablerat sig som ett rättsligt fenomen. Detta har nyligen även konstaterats av riksdagens grundlagsutskott (GrUU 57/2010 s. 2). I dag har vi tiotals sanktionsavgifter – somliga små, andra till och med mycket stora. Beteckningarna på dem varierar något; i tillägg till påföljdsavgifter har vi t ex försummelseavgifter, felavgifter och några kontrollavgifter, och som sagt finns det rikligt med regler om skatteförhöjningar. Sanktionsavgiftsansvarets *inhåll varierar* däremot starkt både när det gäller den materiella regleringen av sanktionsavgiftsansvaret och det processuella genomförandet av detta ansvar. I det hänseendet uppvisar sanktionsrätten i en straffrättares ögon i inte obetydlig mån likheter med engelsk straffrätt: en enhetlig strafflag saknas, och om olika brott, stundom även om allmänna ansvarsregler, stadgas i olika lagar, i vilka även processuella regler i olika utsträckning kan ingå.

3. Några centrala principer inom straffrätten

I straffrätten ingår vissa ledande principer. De är av visst intresse när man försöker strukturera administrativt sanktionsansvar. En av principerna är *ultima ratio –principen*, enligt vilken man borde ty sig till straffrätten först som ett sista alternativ. Principen är en s.k. kriminaliseringsprincip och hör i första hand hemma på det legislativa planet, men kommer till uttryck även i lagtolkningen när man förespråkar restriktiv tolkning av straffansvar. *Legalitetsprincipen* (GL 8, SL 3:1) är en central princip som har budskap till både lagstiftaren och domstolen. Även om legalitetsprincipen kännetecknar en rättsstat generellt, är den traditionellt av särskild vikt inom straffrätten. Legalitetsprincipen påbjuder bl.a. att straffansvaret är tillräckligt noggrant definierat i lagen.

Skuldprincipen är central inom straffrätten. Det skulle vara fel att bestraffa någon som inte har uppvisat skuld i förhållande till ifrågavarande felaktiga gärning. Skuldprincipen har många dimensioner. Den påbjuder att den som bestraffas måste ha uppnått viss mognad och vara i sådan grad psykiskt normal att han kan förväntas rätta sig efter lagen. Härav får vi straffrättens krav på ansvarsålder och tillräknelighet (SL 3:4). Men det krävs även att man inte straffas för blott och bart t ex orsakande av en viss följd, utan i stället för sådant mer eller mindre objektivt ansvar måste gärningspersonen ha ett personligt förhållande till sin gärning i form av uppsåt eller åtminstone oaktsamhet (SL 3:5). Så kallade ursäktande grunder, t ex rättsvillfarelser i vissa fall, är en konsekvens av skuldprincipen. Mycket främmande för skuldprincipen skulle vidare vara vikarierande ansvar, dvs. ansvar för någon annans gärning. Likaledes har juridiska personers straffansvar ansetts vara illa förenligt med skuldprincipen. Därför har det så trögt fått fotfäste inom straffrätten, som dock på många punkter fått ge vika för utmaningarna från den moderna brottsligheten. Skuldprincipen är central även för straffbestämningen: straffet får inte vara högre än vad gärningspersonens brott förtjänar. På den processuella sidan måste den åtalade betraktas som oskyldig tills åklagaren lyckats bevisa motsatsen.

Proportionalitetsprincipen är en viktig straffrättslig grundsten särskilt inom straffbestämningen. Straffet ska motsvara brottets straffvärde. Den straffrättsliga proportionalitetsprincipen är retroaktiv – den blickar bakåt mot det begångna brottet – och retributiv – genom det proportionella straffet försonas brottet. Som ovan framgår påbjuder skuldprincipen att straffet inte får överskrida det gärningspersonen förtjänar på grund av sitt brott. Den retributiva proportionaliteten skiljer sig från en annan, administrativ proportionalitet. Den administrativa proportionaliteten är framåtblickande, prospektiv. En

administrativt proportionell åtgärd är sådan att den är nödvändig och ägnad att leda till det eftersträvade målet samt står i förnuftig proportion till detta.

Förverkligandet av straffansvar äger rum i *straffprocessen*, i vilken den åtalades ställning förstärks genom vissa garanterade rättigheter. I dem ingår bl.a. kärandesidans bevisbörda och en hög beviströskel för fällande dom.

Straffrätten har traditionellt varit mycket nationell. Att bestraffning är en nationell angelägenhet har ansetts höra samman med statens suveränitet. Under de senaste decennierna har straffrätten emellertid genomgått en stark *europisering* och *internationalisering*. Straffrätten har utformats genom internationella avtal. EG/EU har intagit en alltmer framträdande roll inom kriminalpolitiken. Dessa tendenser har varit ägnade att framkalla sprickor i straffrättens system. Det har införts kriminaliseringar och straffskalor som den inhemska lagstiftaren knappast skulle ha kommit till själv. EU:s straffrätt har till sin karaktär varit mera offensiv till skillnad från den inhemska mera klassiskt defensiva straffrätten.

4. Fördelar med sanktionsavgifter

De påstådda eller också verkliga fördelarna med sanktionsavgifter är olika vid olika sanktionsavgifter. Det finns skillnader här bl.a. beroende på om det är fråga om stora eller små sanktionsavgifter samt om de angår potentiellt alla såsom felparkeringsavgifter och skatteförhöjningar eller om det rör sig om en speciell verksamhet såsom näringsverksamhet och dess spelregler.

Med straffets syfte och berättigande har att göra fördelen att man motverkar *straffrättslig inflation* genom att i stället för straffansvar införa ett deliktansvar med sanktionsavgift som påföljd. Samtidigt nås den fördelen att *straffprocessen* *avlastas*. Detta är särskilt behövligt med tanke på små massdelikt. Ett annat

argument kan vara att *EG/EU opererar* med sanktionsavgifter på området i fråga. *Ultima ratio* –principen kan tillgodoses och straffrättslig inflation motverkas om det är nog med en sanktionsavgift när ett EU-instrument kräver effektiv och avskräckande sanktionering av viss typ av överträdelser.

En klar fördel har dessutom kunnat ses i att ansvarsförutsättningarna inte behöver vara lika strikta om man inför en sanktionsavgift. Särskilt skulle man kunna ge avkall på kraven på uppsåt/oaktsamhet och ansvarsfrihetsgrunder. En stor fördel med sanktionsavgifter har dessutom varit att de också kan riktas mot *juridiska personer* som ansvarsobjekt. På den punkten är situationen mera jämn sedan 1995 då straffansvar för juridiska personer infördes i Finland. Även innan dess har det varit möjligt att utdöma en juridisk person en förverkandepåföljd. Till sanktionsavgifternas plussidor hör även den *schablonmässiga påföljdsbestämningen*; efter konstaterandet av ett (objektivt) regelbrott bestäms en på förhand för förseelsetypen stipulerad sanktionsavgift utan mera ingående funderingar över sanktionsbestämning.

En sanktionsavgift kan bestämmas i ett enkelt och *summariskt förfarande*. Sanktioneringen blir snabb och billig. Till skillnad från straffprocessen nöjer man sig med lägre beviskrav. I dessa ingår en lägre beviströskel och kanske en delad bevisbörda. Sakkunnig utredning och sanktionsbestämning görs bättre av myndigheterna på området och kanske specialdomstolar än genom allmänna åklagare och domstolar.

5. Europeiska människorättskonventionen och Europadomstolen

Europeiska människorättskonventionen innehåller vissa bestämmelser av intresse när det gäller brott och straff men även delikt och sanktionsavgifter. I artikel 6 stadgas om rättigheterna för den som anklagas för brott.

Europadomstolen har konstaterat att tolkningen av bestämmelsen är autonom och inte beroende av vad som i olika medlemsländer utgör brott och straff. Således har man ansett att artikeln kan äga tillämpning även på andra delikt och sanktioner. Så har stadgandet tillämpats på bl.a. skatteförhöjningar. Domstolens yttranden om principer härvidlag är viktiga även med tanke på andra sanktionsavgifter om än det inte går att med visshet att säga vid vilka av dem artikel 6 skulle tillämpas, vid vilka inte. Andra artiklar med autonom innebörd och av intresse med tanke på sanktionsrätten är artikel 7 om legalitetsprincipen och artikel 4 i 7. tilläggsprotokollet om *ne bis in idem*.

I Europadomstolens praxis har således dessa artiklar kunnat tillämpas på administrativa sanktioner och inte bara i fråga om brott och straff enligt medlemsländernas rätt. Dock verkar man åtminstone i någon mån göra en uppdelning mellan kärnstraffrätt på vars område rättigheterna måste förverkligas fullt ut och andra fall, däribland några sanktionsavgifter, på vilkas område mera flexibilitet kan vara tillåtet. Kanske kan man tala om ett slags *straffrätt light* och *straffprocess light*.

I alla fall har Europadomstolens judikatur i vilken sanktionsavgifter likställts med straff varit ägnad att i åtminstone någon mån närma straffrätt och sanktionsrätt. Man har inte fria händer när man skapar en sanktionsrätt och en sanktionsprocess. EMRK och Europadomstolen hjälper oss vid konstruerandet av dessa.

Inom finsk rätt intar riksdagens grundlagsutskott en i viss mån likadan roll. Grundlagsutskottet granskar lagförslagets förenlighet med grundlagen och de grundläggande rättigheterna. Utskottet har i GrUU 57/2010 bl.a. konstaterat att sanktionsavgifter inte är skatter eller avgifter utan ekonomiska påföljder av straffkaraktär. Vid deras utformning måste *lex certa* efterkommas även om GL 8 § om straffrättslig legalitetsprincip inte är direkt tillämpbar. Kombinationen strikt

ansvar och omvänd bevisbörda står i konflikt med oskuldsp principen. Också grundlagsutskottet konstruerar sanktionsrätten genom sina uttalanden.

6. Europeiska unionen

Tidigare saknade EG *kompetens* på straffrättens område. EG/EU-instrument har ofta innehållit påbud om *effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner* för överträdelser av EG/EU-normer. Detta har bidragit till utvecklingen av en sanktionsrätt inom både EG/EU och medlemsländerna. EG:s/EU:s intresse för kriminalpolitik har dock tilltagit och genom fördraget om EU:s funktionssätt har EU:s straffrättsliga kompetens ökat. Det återstår att se om tyngdpunkten nu förflyttas till den egentliga straffrätten.

EU har även varit aktiv på människorättsfronten. I EG:s/EU:s instrument har vanligen hänvisats till EMRK och Europadomstolens praxis när det gäller innehållet av de grundläggande rättigheterna inom EU. EU kommer att ansluta sig till EMRK. Dessutom har EU en egen *grundrättsstadga* från år 2000, som numera anses ha samma rättsliga status som grundfördragen. Av särskilt intresse är artiklarna 49 och 50. Såvitt dessa också gäller för administrativa sanktioner, skulle i tillägg till legalitetsprincipen och retroaktivitetsförbudet, som också ingår i EMRK artikel 7, även den i artikel 49.1 stadgade principen om den lindrigare lagens företräde vara tillämplig på dessa. Artikel 49.3 innehåller dessutom en negativt formulerad regel om retributiv proportionalitet. Artikel 50 stadgar om *ne bis in idem*. Viktiga är även de processuella rättigheterna i artiklarna 47 och 48.

7. Straffrätt och sanktionsrätt

7.1 Inledning

Här talas om sanktionsrätt som den del av rättssystemet, som rör andra sanktioner för lagöverträdelse än straff och förutsättningarna för sådant sanktionsansvar. Lagöverträdelsen som kan leda till en sanktion kan kallas delikt. Förfarandet i vilket sanktionen åläggs kan kallas sanktionsförfarande eller –process.

Sanktionsrätt har här begränsats med hjälp av begreppen brott, straff och straffrätt. Straffrätten, där det också är fråga om sanktionering, utgör ett naturligt jämförelseobjekt när man försöker reda ut innehållet i sanktionsrätten. Det kan vara en bra idé att även beakta andra rättsområden, såsom begreppsbildningen inom skadeståndsrätten. I en jämförelse är det angeläget att beakta olika nivåer. Sådana är åtminstone nivåerna av system, principer och reglering.

I straffrätten har man traditionellt fört en diskussion om straffets syfte och berättigande. Diskussionen behövs eftersom bestraffning är något ont, och i en rättsstat behöver påförande av sådant motiveras. Motsvarande diskussion kunde behövas inom sanktionsrätten. Där ingår exempelvis att göra klart för sig sanktionernas förhållande till sådana närfenomen som straff, ersättning och förverkande. En med straffteorierna förknippad frågeställning på särskilt lagstiftningsnivå utgörs av kriminaliseringsprinciper. Kriminaliseringsprinciper är en teori och principer om huruvida och hur man kan kriminalisera gärningar i en rättsstat. Här ingår t ex *ultima ratio* –principen, kravet på ett rättsgott som går tillbaka på individer och som behöver skyddas etc. På motsvarande sätt borde man reda ut vilka som är att anse som *sanktioneringsprinciper*. Legalitetsprincipen är en central straffrättslig princip. Dess innehåll och den *lindrigare lagens*

betydelse inom sanktionsrätten är viktiga teman. Utgående från den straffrättsliga legalitetsprincipens obestämdhetsförbud skulle exempelvis deliktbeskrivningen i 7 § lagen om advokater (496/1958) te sig problematisk. Ett problemområde för legalitetsprincipen är de s.k. blankettkriminaliseringarna. En på motsvarande sätt bekymmersam stipulering finner vi t ex i tullagens (1466/1994) 32 § punkt 3 angående felavgiftsansvar. Den inhemska strafflagens *geografiska tillämpning* regleras i SL 1 kapitel. Frågan är intressant även med tanke på sanktionsrätten.

7.2 Straffansvar och deliktansvar

När det gäller brottsförutsättningarna brukar man inom straffrätten laborera med brottsbegreppet som en central utgångspunkt. De viktigaste generella ansvarsförutsättningarna är enhetligt reglerade i SL 3-5 kapitel. Det skulle vara viktigt att reda ut om det kan utvecklas ett *deliktbegrepp* som skulle ha motsvarande funktion inom sanktionsrätten. I straffrätten talar man om brottets objektiva och subjektiva sida eller objektiva och subjektiva brottsrekvisit. Brotts typerna kan indelas på olika sätt såsom i följd- och farebrott samt gärnings- och underlåtenhetsbrott. Inom administrativa delikt kan man hitta ungefär likadana typer av delikt.

Ett centralt subjektivt rekvisit vid brott är kravet på *tillräknande*, nämligen på uppsåt eller oaktsamhet (se SL 3:5). Till fördelarna vid administrativt ansvar och sanktionsavgifter ansågs däremot höra att subjektiva rekvisit inte behövs utan en sanktionsavgift kan åläggas enkelt på grund av ett objektiva regelbrott i ett summariskt förfarande. Floran av delikt med hot om sanktionsavgift innehåller både delikt utan uttryckligt krav på en form av tillräknande och med ett sådant. T ex vid skatteförhöjning enligt 32 § lagen om beskattningsförfarande (1558/1995)

saknas sådant krav vid de lindrigare delikten i 32.1-2 §, medan det finns i det grövre deliktet i 32.3 § och saknas igen när det gäller den rätt höga sanktionen i 32.4 § med avseende på underlåtenhet att lämna in dokumentation över internprissättning m m. Intressant nog saknas kravet fortfarande t ex i den nya konkurrenslagens (948/2011) 12 § om påföljdsavgift för konkurrensbegränsning, medan kravet ställs i lagens 20 § om skadeståndsansvar. Ett helt objektivet ansvar torde vara oförenligt med oskuldspresumtionen i EMRK artikel 6.

I brottsbegreppet ingår kravet på den rekvisitenliga gärningens rättsstridighet. Vid föreliggande av *rättfärdigande grunder* är rekvisitenliga gärningar tillåtna. Typfall av dessa är nödvärn och nöd, men en sådan grund kan hittas var som helst i rättsordningen. Motsvarande frågeställning är relevant i sanktionsrätten – rättsordningen kan innehålla regler om situationer som gör den annars med sanktionsavgiften hotade gärningen tillåten. Då en sådan situation föreligger kan avgiften naturligtvis inte påföras. Vad som kan utgöra sådana grunder avgörs *in casu*. Några deliktregleringar innehåller sådana stadganden. Ett exempel på sådana är 2:2 om utsläpp av olja i undantagsfall i miljöskyddslagen för sjöfarten (1672/2009). Naturligtvis kan man också anse ett dylikt stadgande som ett negativt rekvisit i själva deliktet, men detta är en teoretisk fråga.

Frågeställningar om *skuld* ingår i brottsbegreppet. Här behandlas kriterier om ansvarsålder, tillräcklig psykisk hälsa (tillräknelighet) samt fall av så kallade ursäktande grunder till vilka man brukar räkna vissa fall av rättsvillfarelse samt vissa fall av excess i nöd och i nödvärn. Naturligtvis är det så att t ex excess i nödvärn knappast kan förekomma vid alltför många administrativa delikt. Detta gör dock inte att frågorna skulle vara utan intresse när det gäller sanktionsavgifter. Så har man vid vissa avgifter stadgat att avgiften inte kan påföras en person under 15 år, vilket i Finland är ansvarsåldern i straffrätt. Så infördes en ålder av 15 år som förutsättning för påförande av felparkeringsavgift

i den nya lagen om parkeringsövervakning (727/2011) 2.1 § p 2 med hänvisning till att det är fråga om en förvaltningsstraffsanktion (RP 223/2010 s. 20). För jämförelsens skull är däremot generellt skadeståndsansvar formellt inte bundet till någon minimiålder. Frågor om rättsvillfarelse (förbudsvillfarelse) kan uppkomma vid administrativa delikt. I vissa sammanhang kan de komma att beaktas – exempelvis genom en skälighetsbedömning – men generella principer om behandling av rättsvillfarelser i sanktionsrätten finns knappast. I ett summariskt förfarande kommer skuldrelevanta frågor kanske inte ens upp.

I straffrätten utvidgas ansvaret på två sätt. För det första kan förstadier till vissa brottstyper vara straffbelagda. Detta sker främst genom att kriminalisera (uppsåtliga) försök till brott (se SL 5:1-2). I vissa fall är till och med ett ännu tidigare stadium straffbelagt genom kriminalisering av förberedelse. Inom sanktionsrätten förekommer inget försöksansvar. Ett slags försöksdelikt förekommer dock undantagsvis i tullagen (1466/1994) enligt vars 31.1 § p 4 tull kan förhöjas med 100 % om den som kommer till landet medvetet eller av grov vårdslöshet försummat sin deklarationskyldighet genom att till landet införa eller försöka införa en större mängd varor tullfritt än vad han har rätt till.

Inom straffrätten utvidgas ansvaret även genom att straffbelägga medverkan till brott (se SL 5:3-8). I straffrätten gäller ansvaret å andra sidan primärt naturliga personer. Juridiska personers straffansvar, som är ett svårhanterligt problem för klassisk skuldstraffrätt, infördes 1995 och är tillämpligt vid vissa brott (se SL 9 kap.). Inom sanktionsrätten har juridiska personer som ansvarssubjekt ansetts som något helt naturligt, och detta har även varit en central fördel med den administrativa sanktioneringen. En medverkanslära motsvarande straffrättens finns inte i sanktionsrätten. Däremot förekommer vissa ansvarsarrangemang som i straffrätten skulle te sig främmande. Så kan t ex en ägare vara

ansvarssubjekt i tillägg till delinkventen. Variationerna är många och kan inte gås närmare in på här.

7.3 Straff och sanktionsavgift

Sedan måste man jämföra straff och sanktion eller sanktionsavgift. När det gäller straffen är det här av naturliga skäl främst tal om bötesstraffet. Även påföljdssidans grunder är enhetligt reglerade inom straffrätten, medan så inte är fallet i sanktionsrätten. Inom straffrätten är den ledande principen när det gäller straffbestämning den retributiva proportionaliteten. Straffet skall bestämmas efter förtjänst, med andra ord motsvara brottets straffvärde. Skuldprincipen påbjuder särskilt att straffet inte får överskrida straffvärdet – ett sådant straff vore *orättvist*. Det efter brottets straffvärde bestämda rättvisa straffet får dock underskridas om legitima allmän- eller specialpreventiva skäl eller skälighet talar för det. Inom sanktionsrätten torde bilden vara åtminstone delvis en annan. Gärningens "sanktionsvärde" dvs. dess allvarlighet är en viktig faktor (se särskilt lag om advokater (496/1958) 7.4 §). I sanktionsbestämningen spelar dock den administrativa proportionaliteten och preventionssynvinkeln en stor roll. Skillnaden mellan retributiv och administrativ proportionalitet har i korthet beskrivits ovan. Sanktionens funktion verkar dock variera åtminstone i någon mån mellan de olika sanktionsavgifterna. Någon gång är en sanktionsavgift snarast ett straff medan andra kan ha även funktionen att konfiskera vinsten med deliktet. Någon gång kan sanktionsavgiften ha drag av ersättning antingen för deliktet eller dessutom för kostnader för upprätthållandet av övervakningssystemet. I straffrätten särskiljs så kallade säkringsåtgärder – såsom konfiskation – entydigt från straff som en egen grupp av påföljder. Vid

konfiskation – om vilka stadgas i SL kapitel 10 – är administrativ proportionalitet den klart dominerande principen.

Bötesstraffets utformning och innehåll har reglerats i SL 2a kapitel. Där framgår det att man använder sig av ett sk. dagsbotssystem. Bötesstraffets storlek består av antalet dagsböter inom skalan 1-120 (straffvärde mm) multiplicerat med dagsbotens storlek (gärningspersonens inkomstposition). I SL kapitel 6 stadgas om straffbestämning som tillämpas vid bestämning av antalet dagsböter. Vid sidan av proportionalitet som utgångspunkt finner vi i kapitlet bl.a. reglerna om försvårande och förmildrande omständigheter (SL 6:5-6:6) som inverkar på gärningens straffvärde samt om skälighetsgrunder (SL 6:7) på grund av vilka straffet kan justeras nedåt. Vid sidan av dagsbotssystemet har vi det ovan nämnda systemet med ordningsböter. Juridiska personer kan åläggas en samfundsbot på 850 – 850 000 euro. Straffmätning inom skalan företas enligt bestämmelserna i SL 9 kapitel.

Vid administrativa sanktionsavgifter råder igen en rätt stor variation. *Sanktionsavgiftens storlek* kan ha bestämts till fasta belopp. Ett exempel härpå finner vi i utlänningslagens (301/2004) 179 § om påföljdsavgift för transportör. Schablonmässiga mindre sanktionsavgifter påförs för t ex felparkering och åkning utan giltig biljett. En besläktad modell är att det görs en enkel räkning. Så kan fallet vara när deliktets objekt kan lätt kvantifieras, se t ex påföljdsavgiften enligt 11 § lagen om främjande av användning av biodrivmedel för transport (446/2007). Vid en del sanktionsavgifter anges ett maximum, antingen i euro eller i procenttal. Också skalor inom vilka avgiftsbestämning skall ske förekommer. I varierande utsträckning kan man ha angett även faktorer utgående från vilka avgiftsmätning bör ske. Försvårande och/eller förmildrande omständigheter kan nämnas. Ofta finns möjligheten att reducera avgiften eller helt avstå från den när

skälighet så kräver. Överhuvudtaget är sanktioneringen stundom relativiserad genom att sanktionsavgiften enligt bestämmelsens ordalydelse är fakultativ.

Det förekommer viss variation även när det gäller *regleringstekniken*. Vid många sanktionsavgifter har regleringen skett på lagnivå. Vid några ges till och med mycket detaljerade anvisningar om sanktionsbestämning på lägre regelnivå. Ett exempel härpå är vissa skatteförhöjningar. Beskattningen – och därmed även hanteringen av skatteförhöjningar – styrs med skattemyndigheternas rätt detaljerade riktlinjer. Väldigt ingående reglering finner vi på EU-nivå angående sanktionsavgifter för konkurrensdelikt, där man i tillägg till rådets förordning 1/2003 (EUT L 1, 4.1.2003) tillämpar så kallade bötesriktlinjer (EUT C 210, 1.9.2006) och *leniency*-bestämmelserna (EUT C 298, 8.12.2006). I fråga om oljeutsläppavgift har vi en sanktionstabell som bilaga i miljöskyddslagen för sjöfarten (1672/2009).

Regler om *preskription* är en del av påföljds läran. De straffrättsliga bestämmelserna om dem finner man i SL kapitel 8. Där hittar vi stadganden om bl.a. åtalspreskription, domspreskription och preskription av straffens verkställande. Vid administrativa sanktionsavgifter finner vi åter ganska olika regleringar. T ex den nya konkurrenslagens 19 § bestämmer om tiden inom vilken en framställning om påföljdsavgift måste göras till marknadsdomstolen för att denna skall kunna döma ut den. En separat domspreskription stadgas däremot inte om.

En frågeställning som knyter ihop ansvarssidan och påföljdssidan är den om *brottskonkurrens*. Det är avgörande både med tanke på preskription och (gemensam) straffskala om det föreligger ett eller flera brott. Här finns två dimensioner. Om en och samma gärning uppfyller kriterierna för flera brott måste man reda ut om alla ska dömas för eller om något av brotten konsumerar andra (s.k. lagkonkurrens). För det andra måste bestämmas huruvida ett visst

handlande, som kanske pågått länge eller består av upprepandet av viss gärning, uppfyller ett visst brotts kriterier bara en gång eller om det är att anse som flera brott. För att frågor om lagkonkurrens skall kunna uppstå behövs att lagen känner många typer av brott, vilket ju är fallet inom straffrätten. Däremot förhåller det sig olika på olika områden där sanktionsavgifter kan komma på fråga. Frågan huruvida ett handlande utgör ett eller flera delikt kan åtminstone teoretiskt sett tänkas uppkomma med tanke på många delikt för vilka en sanktionsavgift kan bestämmas. Den nya konkurrenslagen känner nu i 19 § fenomenet fortsatt överträdelse – fram till 1992 kände också finsk straffrätt institutionen fortsatt brott. Den nya lagen om parkeringsövervakning stadgar i 3.2 § att det för fortsatt felparkering får påföras högst tre felparkeringsavgifter. En ny felparkeringsavgift får inte påföras förrän ett dygn har förflutit från det att den föregående avgiften påfördes.

8. Några aktuella teman

En ny ordningsbotslagstiftning (754-777/2010) har godkänts, men revisionen träder i kraft vid en tidpunkt som det föreskrivs om separat. I revisionen förstärktes legalitetsprincipen på det viset att ordningsbotsförelseerna framgår nu av lag i stället för förordning. Dessutom är ordningsbot i princip den enda straffarten som kan följa av dessa förelseer. Enligt det gamla, ännu gällande systemet är det fråga om vanliga brott för vilka kan följa en ordningsbot, men också bötesstraff enligt dagsbotssystemet eller i vissa fall till och med fängelse. Den nya lagen om parkeringsövervakning (727/2011) träder i kraft den 1.1.2012. Reglerna om felparkeringsanktioneringen revideras och förtydligas på många punkter. Vissa aspekter har nämnts i förbigående ovan. Ett viktigt element i lagstiftningsprojektet var även införandet av privat övervakningsavgift, till

vilken del ifrågavarande regeringsproposition 223/2010 dock inte blev godkänd av riksdagen. Privata parkeringsövervakningsföretag har gett felparkerande bilister övervakningsavgifter, och det har uppstått osäkerhet gällande huruvida man måste betala en sådan eller inte. HD ansåg i sitt avgörande 2010:23 att de var giltiga som ett slags avtalsviten. Under behandlingen av nämnda RP som föreslog en lag om saken, ansåg grundlagsutskottet sådan sanktionering utgöra betydande utövning av offentlig makt enligt GL 124 §, varför införande av dylika privata övervakningsavgifter skulle ha förutsatt förfarande med undantagslag (GrUU 57/2010 s. 5). Saken förbereds på nytt i justitieministeriet. Det här representerar privatiseringstendenser inom sanktionering.

Den nya konkurrenslagen (948/2011) gäller sedan 1.11.2011. När det gäller sanktioner stannar man fortfarande vid administrativ sanktionsavgift (12 §). Ansvaret regleras nu mera ingående – på vissa punkter mera detaljerat än när det gäller juridiska personers straffansvar i SL 9 kapitel. Det stadgas nu mera ingående om bl.a. försvarets rättigheter (38 §).

Ett hinder i vägen för att införa straffrättsliga sanktioner i stället för sanktionsavgift för konkurrensdelikt har varit att man velat hålla fast vid det s.k. *leniency*-systemet, medan man inom finsk straff- och straffprocessrätt ställt sig avvisande mot *plea bargaining* och kronvitnesssystem. En ny arbetsgrupp är dock tillsatt i justitieministeriet för att överväga införandet av någon form av åtalsförhandling i straffprocessen. En sådan institution skulle innebära ett närmande mellan konkurrensdeliktörfarandet och straffprocessen.

Arbetsgruppen för samordnande av skatteförhöjningar och straffrättsliga påföljder har färdigställt en promemoria om ärendet där problematiken om *ne bis in idem* behandlas (Veronkorotuksen ja rikosoikeudellisen seuraamuksen yhteensovittaminen. Valtiovarainministeriön julkaisu 31/2011). *Ne bis in idem* har vunnit ökat intresse genom bl.a. Europadomstolens avgöranden. Också finsk HD

har tagit ställning till frågan (t ex HD 2011:80). Nu uppmärksammas problematiken i olika sammanhang inom straff- och sanktionsrätten där frågan kan tänkas uppkomma. Tidigare utgjorde skatteförhöjningar närmast ett skäl att lindra straffet för skattebedrägeri.

En annan arbetsgrupp har, som ovan nämndes, författat en promemoria om totalrevidering av värdepapperslagstiftningen. En utredning inom EU har gett vid handen, att sanktionsavgifter som står till Finansinspektionens förfogande är för lindriga (se lag om Finansinspektionen (878/2008) kapitel 4). Därför föreslår man, att de höjs rejält – maximi av påföljdsavgiften för juridiska personer föreslås bli till och med 25 gånger högre än hittills.

Genomförande av direktivet om påföljder för arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i EU förbereds som bäst. I arbetsavtalslagen (55/2001) skulle enligt ett utkast till regeringens proposition fogas ett nytt 12 a kapitel om arbetsgivarnas gemensamma ansvar vid anställning av arbetstagare som vistas olagligt i landet. Påföljdsavgiften skulle här vara 1 000 euro – 30 000 euro. Förslaget innehåller ett rätt komplicerat system med bl.a. solidariskt ansvar för påföljdsavgiften för uppdragsgivare och underleverantörer.

9. Sanktionsavgifternas framtid?

Sanktionsavgifter har blivit ett normalt fenomen i finsk rätt. Sanktionsavgifter uppvisar en stor variation i dagens läge. Detta gäller såväl ansvarsförutsättningarna, sanktionsbestämningen som sanktioneringsförfarandet. I lagstiftningen där sanktionsavgifter förekommer har reglerats olika frågor, i olika utsträckning och anammats olika innehållsmässiga lösningar.

Europeiseringen av straffrätt och sanktionsrätt är ägnad att närma dessa med varandra åtminstone på vissa punkter. Tiden får visa vilken betydelse EU:s ökade straffrättsliga kompetens kommer att ha med avseende på sanktionsavgifter och sanktionsrätten.

Med fog kan diskuteras om det behövs någon sorts allmän lagstiftning om sanktionsrätt, kanske till och med i form av en administrativ strafflag eller en ramlag som skulle styra framtida lagstiftningsprojekt kring sanktionsavgifter i en enhetligare riktning. Uppenbart verkar i alla fall att det behövs en sanktionsrätt för att strukturera och hantera den uppkomna djungeln av sanktionsavgifter, som redan nu har en stor betydelse som rättsligt instrument och fenomen.

Marius Stub

STATLIG TILSYN MED KOMMUNESEKTOREN – NOEN HOVEDTREKK

*advokat Marius Stub,
Regjeringsadvokaten, Norge¹*

1 Innledning

I Norge fører staten et visst tilsyn med kommunene og fylkeskommunene (som jeg heretter vil omtale under ett som "kommunene"). Dette tilsynet faller i to kategorier: For det første fører staten tilsyn med etterlevelsen av de plikter som springer ut av den alminnelige lovgivningen på ulike områder av samfunnet, og som påhviler enhver, f.eks. plikten til å betale skatt og plikten til å behandle personopplysninger på en betryggende måte. Slikt tilsyn utføres gjerne av spesialiserte forvaltningsorganer. For det annet fører staten tilsyn med etterlevelsen av de plikter som utelukkende hviler på kommunene («kommunepliktene»), f.eks. plikten til å sørge for grunnskole og primærhelsetjeneste. Slikt tilsyn utføres av fylkesmennene. Fylkesmannen er statens representant i de enkelte fylkene, og leder fylkemannsembetene. Disse organene har en bred oppgaveportefølje.

Tilsynsforvaltningsretten reiser mange spørsmål som fortjener nærmere analyse. Noen av dem har jeg behandlet andre steder.² I dette innlegget skal jeg begrense meg til å gi en kort oversikt over de regler som gjelder for statens tilsyn med

¹De synspunkter som fremsettes i dette innlegget, står for forfatterens egen regning.

²Se især Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Universitetsforlaget, Oslo 2011.

etterlevelsen av kommunepliktene. Men før jeg gjør det, kan det være grunn til å spørre hvorfor slike regler overhodet finnes og hva som særpreger dem til forskjell fra reglene om statens tilsyn med borgerne.

2 Bakteppet: Hensynet til det lokale selvstyret

De alminnelige reglene om statens tilsyn med kommunesektoren er inntatt i kommuneloven.³ Umiddelbart kan det kanskje virke overraskende at det overhodet er grunn til å gi slike regler. Hvorfor kan ikke fylkesmennene, som er en del av forvaltningen, føre tilsyn med en annen del av forvaltningen på grunnlag av sin instruksjonsmyndighet? Svaret er neppe overraskende for denne forsamlingen: Kommunene er selvstendige rettssubjekter som ved lov er skilt ut fra staten for øvrig. Dette innebærer bl.a. at staten ikke har instruksjonsmyndighet over dem. Skal staten kunne føre løpende kontroll med kommunenes virksomhet, er det nødvendig å etablere tilsynsordninger.

Hva er det så som skiller disse ordningene fra statens tilsynsvirksomhet for øvrig? I en del tilfeller er ikke forskjellen så stor. En kommune er naturligvis bundet av lovgivningen på samme måte som enhver annen, og må tåle at de organer som har ansvaret for håndhevingen av den, fører tilsyn med etterlevelsen. Feltets egenart viser seg der tilsynet griper inn i det lokale selvstyret. Dette vil kunne være tilfelle der lovgivningen overlater til kommunene å avgjøre om et vedtak skal treffes, og hva det i tilfelle skal gå ut på. I slike tilfeller kan man si at en del av avgjørelsen er overlatt til kommunenes skjønn. Det som især kjennetegner slike bestemmelser, er at avgjørelsen ikke fullt ut er rettslig styrt. Innenfor lovens rammer vil en kommune ut fra brede hensiktsmessighetsbetraktninger – som kan være av faglig eller mer politisk

³ Lov 25. september 1992 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven). Loven er elektronisk tilgjengelig her: <http://lovdata.no/all/hl-19920925-107.html>

karakter – selv kunne stake ut sin egen kurs. Lovbestemmelser med innslag av skjønn åpner dermed for et visst lokalt selvstyre. Dette kan være verdifullt av flere grunner, bl.a. ved at det gir innbyggerne anledning til å være med på å treffe beslutninger som angår dem. I et slikt perspektiv bidrar det kommunale selvstyre til å realisere de demokratiske idealer som vårt samfunn hviler på. Statlige tilsynsordninger bør derfor begrenses til å gjelde lovligheten av de tiltak som kommunene gjør bruk av i sin virksomhet; hensiktsmessigheten av dem bør høre under det kommunale selvstyret.

3 Den norske ordningen i korte riss

3.1 Et tosporet system: Enkeltstående kontroll og løpende tilsyn

I Norge bygger det statlige tilsynet med kommunene på et tosporet system. I det følgende skal jeg gi et riss av begge spor.

For det første har staten adgang til å kontrollere lovligheten av *enkeltavgjørelser* etter reglene i kommuneloven § 59, og til å kontrollere og godkjenne budsjettvedtak etter reglene i kommuneloven § 60. Etter kommuneloven § 59 kan en avgjørelse, for eksempel et avslag på en søknad om skjenkebevilling eller om konsesjon til erverv av fast eiendom i kommunen, underkastes lovlighetskontroll (1) dersom avgjørelsen bringes inn for departementet av tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget, eller (2) dersom departementet av eget tiltak ønsker å se nærmere på avgjørelsen. Det siste er imidlertid ikke vanlig. Som regel blir avgjørelser brakt inn til lovlighetskontroll etter anmodning fra de kommunestyre- eller fylkestingsmedlemmer som ble nedstemt i den aktuelle saken.

For det annet har staten fra og med 1. mars 2007 adgang til å føre *løpende tilsyn* med oppfyllelsen av de såkalte kommunepliktene etter reglene i kommuneloven

§§ 60a-60e. Dette tilsynet er ikke begrenset til å gjelde enkeltavgjørelser eller andre enkeltstående tiltak; tilsynet gjelder i stedet hvorvidt kommunene etterlever sine plikter. Praktisk sett innebærer dette at det ikke bare kan føres tilsyn med hvorvidt en tildeling av en sykehjemsplass er lovlig, men også hvorvidt tjenestetilbudet på sykehjemmet er i samsvar med lovens krav. For å kunne avklare slike forhold, inneholder loven regler som gir kommunen opplysningsplikt om forhold som har betydning for kontrollen, og fylkesmannen kan dessuten foreta undersøkelser på stedet, jf. kommuneloven § 60c. Denne adgangen står ikke åpen ved kontroll av enkeltavgjørelser etter kommuneloven § 59.

Felles for både lovlighetskontrollen av enkeltavgjørelser og det løpende tilsynet er at det er tale om et lovlighetstilsyn. På denne måten har lovgiverne forsøkt å vareta hensynet til det kommunale selvstyret, jf. punkt 2 ovenfor. Men hva omfatter egentlig lovlighetstilsynet?

3.2 Hva omfatter lovlighetstilsynet?

Når det gjelder lovlighetskontrollen av enkeltavgjørelser etter kommuneloven § 59, fremgår det av bestemmelsen selv at det må tas stilling til om avgjørelsen ligger innenfor rammen av kommunens materielle, personelle og prosessuelle kompetanse, jf. § 59 nr. 4. Det samme må antas å være tilfelle når det gjelder statens løpende tilsyn etter kommuneloven § 60b.

Grensene for statens lovlighetstilsyn kommer lettest på spissen når det gjelder tilsynet med de materielle kompetansebegrensningene. At tilsynet er begrenset til å gjelde lovligheten, innebærer at staten kan kontrollere de samme sidene av en avgjørelse som det domstolene kan i saker som gjelder gyldigheten av

forvaltningsvedtak.⁴ Dette innebærer at det er nødvendig å skille mellom rettsanvendelse (som er styrt av rettskildeprinsippene så langt de rekker) og skjønnsutøvelse (som ikke er det). Lovlighetskontrollen omfatter bare rettsanvendelsen. I dette ligger at staten kan kontrollere tolkingen, bevisbedømmelsen og subsumsjonen, men altså ikke hensiktsmessigheten av den avgjørelse som er truffet.

Under lovforberedelsen vurderte lovgiver om det burde innføres et klarhetskrav etter dansk modell, antakelig ut fra den tanke at visse tolkingsspørsmål er så tvilsomme at det kan være grunn til å innrømme kommunene et visst spillerom ved tolkingen. Man falt imidlertid ned på at det ikke var grunn til å innføre et slikt krav. Etter mitt syn var det et forstandig valg. Siden rettskildeprinsippene er både uskarpe, vurderingspregede og ufullstendige, vil det være vanskelig å si noe nærmere om *hvor klar* lovstriden må være for at den skal være klar nok. Et klarhetskrav ville dermed – paradoksalt nok – kunne skape en mer uklar rettstilstand enn det man allerede hadde.

3.3 Hva kan tilsynet munne ut i?

Staten har ikke så mange virkemidler til rådighet der kontrollen avdekker ulovlige forhold. Ved lovlighetskontroll av enkeltavgjørelser etter kommuneloven § 59 kan departementet utelukkende oppheve avgjørelser som er ugyldige, jf. kommuneloven § 59 nr. 4 annet ledd. Departementet kan verken selv treffe nytt vedtak (med mindre forvaltningslovens regler om klage eller omgjøring gir adgang til det), eller instruere kommunen om å gjøre det. I saker der ulovlige forhold avdekkes under løpende tilsyn etter kommuneloven § 60b, kan fylkesmannen gi kommunen pålegg om retting av forholdet, jf.

⁴ Se Ot.prp. nr. 97 (2005-2006) s. 44. Proposisjonen ligger elektronisk tilgjengelig her: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/regpubl/otprp/20052006/otprp-nr-97-2005-2006.html?id=190470>

kommuneloven § 60d. Men fylkesmannen kan heller ikke i slike saker treffe nytt vedtak (med mindre reglene om klage eller omgjøring gir adgang til det), eller instruere kommunen om å gjøre det.

Under lovforberedelsen ble det diskutert om staten etter dansk mønster burde ha mer vidtgående beføyelser, for eksempel adgang til å ilegge en løpende tvangsmulkt, men man ble stående ved at slike regler ikke ville få den tilsiktede virkning. I mange tilfeller vil årsaken til de ulovlige forholdene være at kommunen har en anstrengt økonomi. En tvangsmulkt vil i en slik situasjon forsterke problemene snarere enn å løse dem. Og dersom et lovbrudd unntaksvis skyldes manglende vilje til å oppfylle lovens krav, vil ønsket om gjenvalg kunne virke vel så sterkt som en løpende tvangsmulkt, som ikke har de samme personlige omkostninger for den eller de som er ansvarlige.

4 Trenger kommuner rettssikkerhet?

Dagens lovgivning synes å bygge på den forutsetning at kommuner bare i begrenset grad har behov for rettssikkerhetsgarantier under en tilsynssak. En slik forutsetning kan i tilfelle ses som et utslag av den generelle tanke at et forvaltningsorgan ikke har samme behov for vern mot forvaltningen som det borgerne har, jf. for eksempel forvaltningsloven § 2 fjerde ledd.

I utgangspunktet er dette et synspunkt som har atskillig for seg. Samtidig bør man ikke glemme at en kontroll av en kommune kan ramme enkeltindivider like hardt som en kontroll av et privat rettssubjekt. Det fremgår av kommuneloven § 60c første ledd siste punktum at fylkesmannen som ledd i det løpende tilsynet med kommunene kan "kreve adgang til alle kommunale eller fylkeskommunale institusjoner, lokaler og anlegg som er nødvendig" for tilsynet. Dersom denne bestemmelsen gir adgang til å gjennomføre kontorer og kanskje gjennomgå

privat e-post, vil EMK artikkel 8 nr. 1 sette visse grenser for kontrollen. Ved vurderingen av hvorvidt en konkret kontroll er "nødvendig i et demokratisk samfunn", jf. EMK artikkel 8 nr. 2, må man ta stilling til om kommuneloven gir "adequate and effective safeguards against abuse", jf. for eksempel *Smirnov v. Russia* avsnitt 44.

I norsk rett vil en avgjørelse om å foreta kontroll kunne behandles på en enklere måte enn et pålegg om å rette opp eventuelle ulovlige forhold.⁵ Til gjengjeld vil som hovedregel de rudimentære rettssikkerhetsgarantiene i forvaltningsloven § 14 og 15 gi den private part et visst vern, bl.a. en begrenset klagerett over pålegg om å gi opplysninger og over avgjørelser om å foreta granskning. Man skulle tro at disse bestemmelsene får anvendelse på vanlig måte også der kontrollen rammer en kommune, men Justisdepartementets lovavdelingen har for sin del antatt at de ikke gjør det.⁶ Hvorvidt dette er en riktig tolking av forvaltningsloven, lar jeg ligge her. I denne sammenheng er det tilstrekkelig å peke på at denne vurderingen ikke kan foretas uten at man også tar hensyn til arten og styrken av de private interesser som berøres. Denne dimensjonen er ikke berørt i Lovavdelingens tolkingsuttalelse.

⁵ I en fersk avgjørelse fra Høyesterett (HR-2011-2072-A) ble det lagt til grunn at et pålegg om å utlevere en pasientjournal, etter omstendighetene ikke kunne anses som et enkeltvedtak. Dette fikk bl.a. den betydning at pålegget kunne gis uten at forvaltningen måtte følge de saksbehandlingsregler som er gitt i forvaltningsloven kapittel IV-VI.

⁶ Se tolkingsuttalelse 7. april 2011 (JDLOV-2011-202).

Wiweka Warnling Nerep

ADMINISTRATIVA SANKTIONER- SANKTIONSAVGIFTER. UTÖVNING AV OFFENTLIG MAKT: FÅGEL, FISK ELLER MITTEMELLAN?

*Prof. Wiweka Warnling Nerep,
Stockholms universitet*

Inledning

Begreppet administrativa sanktioner kan med fördel användas i ett vidare perspektiv och på så sätt innefatta den grupp av sanktioner som jag vill hänföra till kategorin "sanktionsavgifter". Däremot är jag skeptisk till begreppet "administrativ avgift" av skäl som jag återkommer till nedan. I Sverige har vi nyttjat sanktionsavgifter på ett systematiskt sätt – som ersättning för eller komplement till straff – ända sedan början av 1970-talet, men utan att samla oss till att auktoritativt avgöra vad vi egentligen avser med sanktionsavgifter och hur de egentligen ska behandlas i olika avseenden. Eller är det verkligen acceptabelt att lagstiftaren s.a.s. uppfinnar hjulet i samband med tillkomsten av varje ny sanktionsavgift? Vi har idag ett fyrtiotal och förslag framförs om nya sanktionsavgifter (jfr den tablå – om än icke uttömmande - som bifogas).

Frågor som jag i det följande kommer att belysa är följande:¹

- Vad är en sanktionsavgift egentligen rättsligt sett?
- Varför har de tillkommit? Kan olika utvecklingslinjer skönjas?
- Skraddarsydd avgifter – automatiskt verkande sanktioner.
- Behov av systemtänkande? T.ex. ifråga om normgivning, avdragsrätt, barn
- En gräns för lagstiftaren – "criminal charge" - EKMR (art. 6) och EU-rätten.

1. Vad är en sanktionsavgift?

Sanktionsavgift, administrativ avgift, administrativa böter, avgift, kontrollavgift, straffavgift, m.m. är i sammanhanget förekommande begrepp. När man tar sig för att leta efter sanktionsavgifter ställs man omedelbart inför den svårighet som den skiftande terminologin innebär. Med åren har begreppet sanktionsavgift i och för sig vunnit terräng, även i lagstiftningssammanhang, men bifogad tablå illustrerar bl.a. hur terminologin är mycket växlande. Detta må dock primärt vara fråga om att det är opraktiskt för den som söker efter samtliga förekommande sanktionsavgifter – och dessa alltså kan gömma sig under diverse beteckningar. Jag vill dock varna för begreppet "administrativ avgift", som kan föra tanken till en helt annan typ av penningprestationer än de som här avses, nämligen s.k. prestationsavgifter. En sådan avgift har mer likhet med

¹ Jag utkom 2010 med en monografi - Sanktionsavgifter, särskilt i näringsverksamhet, 2010 (305 s.) – men redan min doktorsavhandling, Sanktionsavgifter - särskilt vid olovligt byggande 1987 (398 s), fokuserade på sådana avgifter. Under åren har jag även skrivit ett antal artiklar i ämnet, t.ex. Finansinspektionens tillsyn i perspektiv av legalitet och legitimitet, FT 2009 s. 387 ff. och Är tilläggsavgiften vid olovligt byggande en "vinsteliminering" sanktionsavgift? Några reflektioner över problemet att fördela obefintlig vinst och behovet av jämkning som en "säkerhetsventil", JT 1992-93 s 957-969. Mina sidhänvisningar hänför sig till 2010 års bok.

skatter och erläggs alltså till det allmänna som i sin tur levererar t.ex. sjukvård (sjukvårdsavgift).

Man måste formulera frågan *vilket syfte en penningpåлага har?* Att utgöra en *sanktion* eller en *ersättning för en prestation* från samhällets sida (s. 2 f. och s. 16). På 1970-talet förekom faktiskt resonemang om att sanktionsavgifter skulle utgöra en *"ersättning för samhällets kontroll av laglydnaden"*, m.a.o. rena *prestationsavgifter*. Jag menar att detta synsätt faller på sin egen orimlighet. Vanliga avgifter *grundas på myndigheternas arbetsinsats* med beaktande bl.a. av principer om självkostnad. Tag t.ex. det rättsfall där en avgift om 3.166.330 kr aktualiserade för att *Storstockholms Lokaltrafik* hade tagit i anspråk lokaler för ändrad verksamhet (från utställning till försäljning) något som alltså utgör en form av olovligt byggande. Att uppfatta en sådan avgift som ersättning för den kommunala byggnadsnämndens kontroll av efterlevnaden av plan- och bygglagen skulle ha varit direkt stötande, och något sådant gjordes inte heller gällande. Avgiften ifråga uttogs f.ö. inte, något som tycks vara ett tämligen vanligt resultat när en sanktionsavgift uppfattas som stötande.

Trots många års forskning kring denna företeelse har jag inte lyckats komma fram till en bättre definition än denna rätt vaga beskrivning (s. 15 ff).

- 1) Det ska vara frågan om en *ekonomisk sanktion*, fast *inte* ett bötesstraff /rättsverkan av brott enl. definitionen i BrB 1 kap. 3 §: "Med påföljd för brott förstås i denna balk straffen böter och fängelse samt villkorlig dom, skyddstillsyn och överlämnande till särskild vård".
- 2) Avgiften skall stipuleras *i en författning* - helst en lag men detta tycks något osäkert (jfr kap. 5) och grunden bör i vart fall inte vara t.ex. ett allmänt råd – m.a.o. ska det vara fråga om ett *generellt hot* (jfr med vitet, som är individuellt).

3. Avgiften skall *tillfalla det allmänna*, dvs. stat eller kommun (ev. ett enskilt subjekt som anförtrotts en myndighetsuppgift)

Kriterier som saknas – och som någon kanske förväntar sig är dessa:

- förvaltningsmyndighet uttar sanktionsavgiften,
- frånvaron av uppsåt,
- avser juridiska personer.

Min tablå visar att även domstolar har anförtrotts uppgiften att utta sanktionsavgifter (då på talan av någon förvaltningsmyndighet), att krav på uppsåt eller oaktsamhet ibland uppställs och att sanktionsavgifter kan men inte måste avse juridiska personer.

Det är värt att notera hur vi står inför en alltjämt pågående utveckling. I min bok från 2010 finns bl.a. följande sanktionsavgifter behandlade:

1. Skattetillägg (1972)
2. Överlastavgift (1973)
3. Varselavgift (1974) ...
10. Konkurrensskadeavgift (1993/2008)...
19. Straffavgift i försäkringsrörelse (2004) ...
30. Kontrollavgift i samband med kassaregister (2008/10)

Härefter har emellertid tillkommit följande:

- Upphandlingsskadeavgift (15 juli 2010) lag (2007:1091) om offentlig upphandling, 17 kap. samt lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (17 kap.)

- Straffavgift i lag (2010:1010) om kreditvärderingsinstitut (7 sept. 2010) 9-14 §§
Och förslag har presenterats om sanktionsavgifter på trygghetsområdet (SOU 2011:3). Så fort jag vänder bort blicken från detta dynamiska område händer något nytt!

2. Varför har sanktionsavgifter tillkommit? Kan olika utvecklingslinjer skönjas?

Sanktionsavgifter har tillkommit – och vunnit popularitet hos lagstiftaren – eftersom de erbjuder en möjlighet till skraddarsydd lösningar (s. 49 ff.). Fundera bara över följande sammanställning av "moment" som kan anpassas efter de behov och önskemål som provas föreligga:

- a) Beslutsinstans: FI, Skatteverk, Naturvårdsverk, FR, TR på talan av åklagare el. arbetsmiljöverk etc. (s. 181 ff.).
- b) Subjekt: verksamhetsutövaren, arbetsgivaren, näringsidkaren, den som underlåter, etc. (s. 199 ff.).
- c) Ansvar: rent objektivt eller krav på oaktsamhet/uppsåt (s. 210 f.)
- d) Beräkning: allt från fast avgift, tabeller till avancerade procentsatser – schablonmässig bestämning (s. 214 f.).
- e) Straff? Total avkriminalisering eller både och i sanktionssystemet (s. 228 ff.)

Jag vill påstå att konceptlösheten är total, något som är både en styrka och en svaghet.

Mina undersökningar visar att olika utvecklingstrender kan skönjas från 1970-talet fram till idag, då vi emellertid tycks något vacklande:

1) 1970-talet

Då stod avkriminalisering & massbrottslighet i fokus. Å ena sidan fanns t.ex. Brottsförebyggande rådets ideologier med *avkriminalisering* (s. 20 f). Brott med s.k. lågt straffvärde skulle avkriminaliseras och den enskilde skulle slippa att behöva utsättas för straff & straffrättsligt förfarande. Denna s.k. fördel har den enskilde emellertid inte alltid uppfattat. Så t.ex. benämns felparkeringsavgiften oftast felparkeringsböter än idag. Å den andra sidan fanns frågan hur vi skulle hantera s.k. *massbrottslighet* (s. 23 f). Ifråga om sådant som mindre skattebrott, felparkering eller olovligt byggande stod samhället maktlöst. Brotten hade ofta hunnit preskriberas när eller om det var dags för rättegång. Och de låga bötesstraffen skrämde ingen till laglydnad.

De sanktionssystem som då utvecklades var ofta mycket kantiga, vilket RÅ 1976 ref. 9 - "fallet med den olycklige lantarbetaren" – kan få illustrera. D hade i sin deklaration uppgett en inkomst om 2.900 kr, istället för korrekta 29.002 kr – och en erlagd *prel. skatt med 10.418 kr.* (s. 34). Enkel logik säger ju att det är omöjligt att dra 10.418 kr i skatt från en inkomst på blotta 2.900 kr men vad hjälper det i ett system som är rent objektivt?

Ingen hänsyn togs till att Skatteverket hade tillgång till den korrekta kontrolluppgiften, och att man väl kunde gissa att han "tappar bort" tvåan. Fel skulle gå att fastställa *direkt med ledning av deklARATIONEN*. Skattetillägg skulle uttas med 50 % av den skatt som D försökt att undandra, dvs. 29.002–2.900. Avgiftsunderlaget blev alltså 26.102 kr (50 % av detta skulle alltså utgöra skattetillägg utöver tidigare erlagd skatt).

RegR noterade att det vare en "*mindre sannolik*" inkomstuppgift, särskilt vid en jämförelse med erlagd preliminär skatt., men enl. gällande regler var det *ingen misskrivning* och ingen grund för eftergift.

Domen kom att debatteras livigt och ledde till att reglerna modifierades. En advokat ordnades åt D, som i en ansökan om resning hos RegR fick uppge att han var en gammal lantarbetare med bara folkskola bakom sig, och att han knappast kunde räkna eller läsa. Genom RÅ 1976 Aa 110 undslapp han skattetillägget. Det kan tilläggas att idag torde just reglerna om skattetillägg sannolikt vara de mest nyanserade vi har bland sanktionsavgifterna (s. 64 f).

2) 1980 effektivitet & juridiska personer

Under 1980-talet var det inte längre fråga om låga straffvärden och avkriminalisering. Tvärtom eftersträvades sanktioner som effektivt skulle avhålla från regelöverträdelser – för brott fick det ju inte längre kallas (!) – och behovet att direkt träffa juridiska personer stod i fokus (s. 29 f. och s 39 ff.). I Sverige anses ju en juridisk person inte kunna bestraffas men väl påföras sanktionsavgifter.

Det var en ständig balansgång mellan effektivitet och rättssäkerhet (s. 33 f.). I lagmotiven återfinns många tappra försäkringar om att rättssäkerheten inte påverkas på något sätt, men i realiteten torde det vara så att vi beträffande vissa brott helt enkelt inte anser oss kunna upprätthålla "traditionell rättssäkerhet". Detta är något som jag menar att lagstiftaren bör tillstå istället för att försöka minimera innebörden av begreppet rättssäkerhet. Så t.ex. förekom ett rent "nyspråk" när skattetilläggen tillkom 1971:

"Man står här inför alternativet att vissa delar av skattebrottsligheten helt undgår påföljd till följd av det nuvarande systemets brist på effektivitet.inverkar detta förhållande negativt på skattemoralen, och det kan med fog hävdas att ett ineffektivt påföljdssystem innebär större faror i rättssäkerhetsavseende

än det hot mot rättssäkerheten som skulle ligga i risken för felaktiga beslut om avgifts- och skattetillägg".

De lärda kan tvista om den närmare innebörden av begreppet, men nog brukar det höra samman med sådant som *förutsebarhet*, författningsstöd, fastställd skuld, domstolsprövning, etc. (s. 33). Man brukar i vart fall inte fokusera på samhällets intresse av "effektiva sanktioner". Ännu en variant återfinns i motiven till 2003 års bank- och finansieringslag, med förslag om sanktionsavgifter på upp till 50 miljoner kr. Regeringen anförde att "beslut om anmärkning blir ... överklagbara, vilket tillgodoser kravet på rättssäkerhet" (s. 35). Detta menar jag är att ställa kraven väl lågt, i vart fall om vi gör anspråk på att utgöra en rättsstat.

Därför menar jag att det är befriande att ta del av resonemanget i prop. 2004/05:142 ifråga om åtgärder mot s.k. insiderbrott (s. 47).

"Skälen till det straffrättsliga systemets ineffektivitet brukar förknippas med att regleringen "ställer *alltför höga beviskrav* ". Att motivera sanktionsavgifter med att beviskraven skulle kunna sänkas och fler "bestraffas", kunde emellertid knappast anses förenligt med grundläggande rättssäkerhetsprinciper".

"Kännbara ingripanden mot *fysiska personer* bör beslutas av domstol, medan det kan finnas ett större utrymme för administrativt bestämda påföljder om *påföljden* träffar ett *företag*. Avgörande bör vara om de bedömningar som krävs är sådana att de är lämpliga att lägga på den berörda fackmyndigheten. *Den förbjudna handlingen måste i så fall vara väl definierad och inte ställa krav på en bedömning av uppsåt eller oaktsamhet hos personen i fråga och inte heller i övrigt*

innefatta alltför omfattande skönsmässiga be-dömningar. Det bör också beaktas i vilken omfattning olika sanktioner är sådana att de skulle komma att anses som en brottspåföljd i den mening som avses *i artikel 6 i Europakonventionen* och därmed omfattas av konventionens krav på rätt till en rättvis rättegång”

Samtidigt är det så att dessa höga krav ledde till att inga sanktionsavgifter infördes, åtminstone inte vid detta tillfälle. Jo att förfarandet varigenom sanktionsavgifter uttas är effektivt, vanliga nyckelord är ”snabb, enkel, billig” (s. 30). Det skall vara fråga om ett *reellt hot*, dvs. ingen utdragen straffprocess som ev. resulterar i låga böter el. preskription! Det ska helst vara ett *objektivt ansvar*, så att man slipper ifrån att fastställa förekomsten av skuld. Och sanktionerna ska vara *automatiskt verkande*: I förväg är fastställt genom lagen *vem* som träffas av en avgift, som helst kan framräknas genom en *tabell* och beslutas av *en förvaltningsmyndighet*.

3) 1995 EU-direktiv med div. krav

I och med medlemskapet i EU följde en mängd direktiv som ställer krav på att regleringar kompletteras med sanktioner som är ”*effektiva, proportionella och avskräckande*”. Det avser bl.a. konkurrensskadeavgiften, avgiften vid elektronisk handel, sanktionsavgifterna i produkt-säkerhet, särskild avgift för transportörer och merparten av de sanktionsavgifter som Finansinspektionen förfogar över.

Ibland tycks det som att lagstiftaren – och rättstillämparen – alltför ensidigt fokuserar på den första termen, effektivitet, medan proportionalitet och övriga grundläggande rättsprinciper tappas bort. Ett sådant fall menar jag är *MÖD*

2010:41 – avgift enligt lagen om handel med utsläppsrätter. Saken kan inte utvecklas närmare här.²

4) 2000 i spåren av finanskrisen

Ett antal kriser på den finansiella marknaden har motiverat tillkomsten av nya effektiva sanktioner, flera av dem f.ö. med EU-bakgrund (jfr p. 3 ovan). Det är oftast frågan om sanktionsavgifter i storleksordningen 50 miljoner eller mer där en enda myndighet, Finansinspektionen, agerar "polis, åklagare och domstol" (jfr t.ex. med Konkurrensverket som anm. frågan om uttagande av konkurrensskadeavgift till MD). Lägg därtill att lagarna ofta är vaga och att regelöverträdelserna i realiteten tar form i inspektionens egna föreskrifter eller t.o.m. i allmänna råd. Här menar jag att effektiviteten har tillåtits få ett total genomslag på bekostnad av rättssäkerheten (s. 50 ff.).

5) 2010 ??? ambivalens om straffvärde?

Var vi står idag och vart vi är på väg är rätt oklart. Jag tycker mig kunna skönja en nygammal trende med straffvärde i en del sentida lagmotiv (s. 23 f.). I samband med tillkomsten av sanktionsavgifter vid yrkesmässigt fiske 2007 angavs att ändringarna syftade till att "effektivisera sanktionssystemet" och innebar att "*vissa mindre allvarliga överträdelser*" skulle "*överföras från det straffrättsliga systemet till ett system med administrativa sanktionsavgifter*". Förslaget till särskild avgift vid sjukförsäkringsmissbruk (SOU 1973:13) ledde aldrig till lagstiftning, men nu tycks tiden vara mogen. I SOU 2011:3 konstateras att under senare år har vidtagits flera åtgärder för att minska de felaktiga

² Se dock Warnling-Nerep JT 2010/11 s. 476 ff. beträffande MÖD och Ulf Bernitz, JT 2009/10 s. 477 ff. betr. problematiken i ett mer allmänt perspektiv.

utbetalningarna från trygghets-systemen, bl.a. i och med tillkomsten av en bidragsbrottslag, men mer behövs (s. 71 ff.):

”En sanktionsavgift ska bestämmas till tjugo procent av summan av den ekonomiska förmån som på grund av lämnande av oriktig uppgift eller underlåtenhet att fullgöra anmälningsplikt har betalats ut felaktigt (5 §).

Förslaget är ute på remiss så det återstår att se vad som blir resultatet.

3. Behov av systemtänkande?

Fråga uppkommer om det verkligen finns behov av något systemtänkande ifråga om sanktionsavgifter. Är det inte bra att tillåta den totala konceptlösheten? Nej menar jag av flera skäl och understryker att avsaknaden av en definition är problematisk (s. 1 f.). För det första är det synnerligen opraktiskt att lagstiftaren anser sig behöva uppfinna hjulet var gång. I vissa utredningar synes man t.o.m. sakna elementär kunskap om den utveckling som här har beskrivits och om de sanktionsavgifter som faktiskt förekommer. För det andra ger det åt sanktionsavgifterna en osäkerhet – som utgör en brist i rättssäkerhetsavseende – och som faktiskt enkelt kan åtgärdas från lagstiftarens sida utan att effektiviteten behöver påverkas i någon nämnvärd grad. Exempel på sådant som bör klargöras är följande:

- Måste rd besluta genom *lag* som ifråga om straff (RF 8:2), eller kan ”giriga” kommuner bestämma egna föreskrifter? (s. 115 ff.). Jag menar att lagkravet är naturligt och att sanktionsavgifter i normgivningssammanhang kan behandlas som böter.

- Kan *barn* påföras? En direkt jämförelse med brottsbalken – där straffmyndighetsåldern är 15 – vore naturlig. Idag finns många barn i Kronofogdens register, barn som har påförts t.ex. överlastavgifter och samlat på sig skulder om tusentals kronor. Just detta har åtgärdats genom ett direkt förbud i lagen om överlastavgift och att förmyndaren drabbas (s. 201). Motsvarande bör gälla alla sanktionsavgifter.
- Gäller *retroaktivitetsförbudet* i RF 2:10 st.1? Det bör det göra menar jag (s. 131 f.).
- Kan *nåd* medges enl. RF 12:9? Det bör vara möjligt anser jag (s. 140 f.).
- Krav på *laga kraft* för verkställighet? Med avseende på Europadomstolens praxis är stor försiktighet nödvändig (s. 237 f.)
- Överklaga till *domsto!* ABSOLUT! (s. 232 f.)
- Förbud mot *dubbelbestraffning*? Där har vi idag en intensiv diskussion och det är ovisst var vi slutar (s. 163).

Problemet är att vi har svårt att samla oss i en generell lagstiftning om sanktionsavgifter när vi är så osäkra på vad som egentligen ska räknas med. Det är närmast ironiskt – i vart fall ur den enskildes rättssäkerhetsperspektiv – att vi hitintills endast lyckats med denna bedrift fråga om *avdrag taxering*, dvs. för att garantera staten skatteinkomster. Inkomstskattelagen kompletterades nämligen år 2002 med ett förbud att dra av böter "*och offentligrättsliga sanktionsavgifter*" (9 kap. 9 §).

Bakgrunden till regleringen var ett rent legalitetskrav (s. 5 och s. 178). Tidigare fann i 3 kap. 20 § kommunalskattelagen förbud att dra av de sanktionsavgifter m.m. som där räknades upp. Detta ledde till att denna paragraf skulle kompletteras vid tillkomsten av varje ny sanktionsavgift, något som lagstiftaren ibland försummade. I *rättspraxis* kom emellertid att ställas krav på en *uttrycklig*

lagbestämmelse för vägran att behandla sanktionsavgifter som avdragsgill kostnad. Se t.ex. KamR i Sundsvall (dom den 26 aug. 2002): De i målet aktuella "böterna" var *avdragsgilla då de inte fanns medtagna i lagstadgandets uppräknings av sådana avgifter som inte fick dras av*. Till följd härav fick avgiften uppfattas som en avdragsgill driftskostnad i näringsverksamheten.

4. Finns några gränser för lagstiftaren?

Frågan om det finns några gränser ifråga om sanktionsavgifter är verkligen intressant, och som ovan konstaterats finns i vart fall inte de gränser som naturligt och villkorslöst gäller ifråga om straff. Visst finns krav på legalitet i *RF 1:1*, om att offentlig makt ska utövas under lagarna (s. 120 ff.), men det innebär ju bara att förvaltningsmyndigheter – eller kommuner – inte på eget bevåg får uppfinna vad sanktionsavgifter de må tycka vara passande.

Däremot finns uttryckliga spärrar för lagstiftaren genom europeiseringen. Att vi benämner något för avgift istället för straff innebär inte att t.ex. Europakonventionen artikel 6 skulle elimineras. Europadomstolens praxis innebär krav på "autonom tolkning", proportionalitet, oskuldspincip, förutsebarhet & lagstöd, förbud mot dubbelbestraffning, m.m. (s. 143). Angelägna frågor som ligger utanför mitt uppdrag att här uttala mig om. Jag vill bara tillägga att EU-rätten ställer liknande krav, inte minst EU:s nya rättighetsstadga. Följande motivuttalande vid tillkomsten av upphandlingsskadeavgiften är intressant (prop. 2009/10:180 s. 192):

"Vid utformningen av reglerna om *konkurrensskadeavgift* som numera finns i konkurrenslagen (2008:579), *påtalade regeringen att EU-rätten fordrar de subjektiva rekvisiten uppsåt eller oaktsamhet*. För de sanktionsavgifter som redan

fanns i lagstiftningen konstaterades dock att de nästan undantagslöst kan påföras utan hänsyn till subjektiva omständigheter (prop. 1992/93:56 s. 30).”

En initierad lagstiftare borde måhända fråga sig *vad* vi bör göra åt existerande sanktionsavgifter. Låta saken bero eller samla oss till en utredning?

5. Avslutning

Även om konceptlösheten och möjligheten att skraddarsy sanktionssystemen är sanktionsavgifternas styrka, så menar jag att vi har nått vägs ände vad gäller en utveckling ad hoc. Det är dags att samla oss till en lag i ämnet, där vissa för alla sanktionsavgifter centrala frågor kan regleras, t.ex. att lag krävs och att barn inte kan påföras sanktionsavgifter. Vår nuvarande förvaltningslag gäller för ett mycket stort antal förvaltningsmyndigheter av blandad kvalitet och med olika uppgifter, men den utgör en slags ram för verksamheten, avsedd att garantera ett rättssäkert förfarande. För de olika förvaltningsmyndigheterna finns så specialförfattningar, som tillika går före förvaltningslagen all den stund denna är subsidiär (3 §). Med viss fingerfärdighet borde en liknande lösning kunna åstadkommas för sanktionsavgifter.

Sanktionsavgift	Subjekt	Beslutande myndighet	Beräkningsgrund
Skattetillägg (1972)	Skattskyldig	Skatteverket – överkl. FR	20/40 % av skatt som kunde ha undandragits
Överlastavgift (1972)	Ägare/- förmyndare	Transportstyrelsen - överkl. FR	Tabell avseende fordonets och överlastens vikt
Varselavgift (1974)	Arbetsgivare	TR på talan av Arbetsförmedlingen	100-500 kr per påbörjad vecka/arbetstagare (krav på uppsåt eller grov oaktsamhet)
Miljösanktionsavgift (1981/1999)	Den som påbörjar tillståndspliktig verksamhet ... (tidigare näringsidkare)	Tillsynsmyndigheten – överkl. Mark- och miljödomstol (maj 2011)	1.000-1 milj. kr (även om uppsåtliga eller av oaktsamhet)
Övertidsavgift (1982)	Arbetsgivare	TR på talan av allmän åklagare	1 % av basbeloppet enl. SocfB för varje timme/arbetstaga
Särskild avgift vid olaga anställning av utl. (1983/2005)	Transportör	TR på talan av allmän åklagare	½ basbeloppet enl. SocfB/ anställd utlänning
Vattenföreningensavgift (1984)	Ägare el. redare	Kustbevakningen – överkl. TR	Tabell baserad på fartygets och utsläppets storlek
Tulltillägg (1985)	Den som lämnat oriktig uppgift	Tullverket – överkl. FR	10/20 % av tull som kunde ha undandragits
Konkurrensskadeavgift (1993/2008)	Företag	Sthlms TR på talan av Konkurrensverket	Särskild beräkning – sanktionsvärd fast max 10 % av företagets omsättning föregående år (krav på uppsåt el. oaktsamhet)
Särskild avgift ang. arbetsmiljö (1994)	Den som bedrev verksamheten	FR på talan av Arbetsmiljöverket	1.000-100.000 kr (även om inte uppsåt el. oaktsamhet)
Särskild avgift ang. radio-TV (1996/2010)	Den som inte följer bestämmelserna	FR i Sthlm på talan av Granskningsnämnden	5.000-5 miljoner kr

Marknadsstörrnings-avgift (1996/2008)	Näringsidkare	Sthlms TR på talan av KO	5.000-5 miljoner kr (krav på uppsåt el. oaktsamhet)
Särskild avgift om anmäla finansiella innehav (1997/2001/2005)	Den som underlåter ...el. lämnar oriktig uppgift	FI – överkl. FR	15.000-300.000 kr resp. 15.000-1.000.000 kr
Varselavgift (2000)	Arbetsgivare	TR på talan av Arbetsförmedlingen	100-500 kr/berörd arbetstagare (krav på uppsåt el. grov oaktsamhet)
Kvotplikts- och sanktionsavgift i samband med elcertifikat (2003)	Den som är kvotpliktig	Tillsynsmyndighet – överkl. FR	Särskild beräkning per elcertifikat/
Straffavgift i bank- och finansieringsrörelse (2004)	Kreditinstitut	FI – överkl. FR	5.000-50 milj. kr
Straffavgift i försäkringsrörelse (2004)	Försäkringsbolag	FI – överkl. FR	5.000-50 milj. kr
Särskild avgift för transportörer (2004)	Transportör	Polismyndigheten – överkl. FR	Högst 46.000 kr/utlänning
Sanktionsavgift i produktsäkerhet (2004)	Näringsidkare	FR på talan av tillsynsmyndigheten, bl.a. Konsumentverket.	5.000-5 milj. kr
Avgift i handel med utsläppsrätter (2005)	Verksamhetsutövare	Naturvårdsverket - överkl. Mark- och miljödomstol (maj 2011)	40 euro för varje ton koldioxidekvivalenter som släppts ut från en anläggning och som verksamhetsutövaren inte kan överlämna utsläppsrätter för
Övertidsavgift i vägtransporter (2005)	Arbetsgivare	TR på talan av allmän åklagare	1 % av basbeloppet enl. SocfB för varje otillåten timme/ varje arbetstagare
Straffavgift i försäkringsförmedling (2005)	Försäkringsförmedlare	FI – överkl. FR	5.000-50 milj. kr

Särskild avgift i handel med finansiella instrument (2006)	Den som inte ansöker ...	FI – överkl. FR	50.000-10 milj. kr resp. 15.000-5 milj. kr
Särskild avgift på aktiemarknaden (2007)	Budgivare	FI – överkl. FR	50.000-100 milj. kr
Sanktionsavgift i yrkesmässigt fiske (2007)	Den som bedriver Yrkesmässigt fiske	Fiskeriverket - överkl. FR	1.000-30.000 kr
Straffavgift på värdepappersmarknaden (2007)	Värdepappersinstitut	FI – överkl. FR	5.000-50 milj. kr
Särskild avgift enligt djur-skyddslagen (2007)	Ägare till stall etc.	LSt – överkl. FR	10.000-40.000 kr
Kontrollavgift i samband med kassaregister (2008/2010)	Näringsidkare	Skatteverket – överkl. FR	10.000 kr /dubbel om föreläggande ej följs
Straffavgift för investeringsfonder (2008)	Fondbolag	FI – överkl. FR	5.000-50 milj. kr
Upphandlingsskadeavgift (2010)	Upphandlande myndighet	FR på ansökan av KKV	10.000-10 milj. kr
Straffavgift kreditvärderingsinstitut (2010)	Kreditvärderingsinstitut	FI – överkl. FR	5.000-50 milj. kr