

FORETAKSSTRAFF OG KORRUPSJON

*EN UTREDNING FOR JUSTIS- OG
BEREDSKAPSDEPARTEMENTET*

ADVOKAT PHD KNUT HØIVIK

26. MAI 2021

INNHOLDSFORTEGNELSE

DEL I: OPPNEVNING, MANDAT OG SAMMENDRAG	12
1 OPPNEVNING OG MANDAT	13
2 ARBEIDET MED UTREDNINGEN	17
3 SAMMENDRAG	18
DEL II: FORETAKSSTRAFF	21
4 INTRODUKSJON	22
5 HISTORISK UTVIKLING OG NYERE TRENDER	24
5.1 Historisk utvikling	24
5.2 Nyere utviklingstrekk	27
5.2.1 Innledning	27
5.2.2 Krav og forventninger til internkontrollsystemer	28
5.2.3 Internasjonal fremvekst av «forhandlingsbaserte» sanksjoner mot foretak	32
6 FORETAKSSTRAFFENS BEGRUNNELSE OG LEGITIMITET	33
6.1 Innledning	33
6.2 Foretaksstraffens preventive virkning	33
6.2.1 Utgangspunktet: Gi foretaket insentiv til å forebygge lovbrudd i organisasjonen	33
6.2.2 Motvirke pulverisering av straffansvaret	34
6.2.3 Styrke den preventive virkningen overfor fysiske gjerningspersoner	35
6.2.4 Omdømmevirkning	36
6.3 Forholdet til kriminaliseringsprinsipper	36
6.3.1 Innledning	36
6.3.2 Skadefølgeprinsippet og foretaksstraff	37
6.3.3 Foretaksstraff som siste virkemiddel	37
6.4 Er nyttevirkningene klart større enn eventuelle skadevirkninger av foretaksstraff?	49

6.5	Ansvarsnivået: Forholdet til skyldprinsippet som moralsk rettferdighetskrav for bruk av straff.	50
6.5.1	Innledning	50
6.5.2	Kan skyldprinsippet også rettferdiggjøre bruk av foretaksstraff?	52
7	GRUNNVILKÅRENE FOR FORETAKSSTRAFF	59
7.1	Innledning – oversikt over vilkårene	59
7.2	«Foretak» som straffesubjekt	59
7.2.1	Gjeldende rett	59
7.2.2	Fremmed rett	62
7.2.3	Vurdering og anbefaling	63
7.3	Anvendelsesområde – generell eller spesiell hjemmel	65
7.3.1	Gjeldende rett og fremmed rett	65
7.3.2	Vurdering og anbefaling	66
7.4	Objektive straffbarhetsvilkår: Straffebudet må være «overtrådt»	69
7.4.1	Gjerningsinnhold, medvirkning og forsøk	69
7.4.2	Straffrihetsgrunner	70
7.5	Skyldkravet ved foretaksstraff	72
7.5.1	Innledning – fremmed rett	72
7.5.2	Reelle hensyn	72
7.5.3	Utviklingen av skyldprinsippet fra Straffeloven 1902 § 48 a til vedtakelsen av Straffeloven § 27 75	
7.5.4	Fjerningen av skyldvilkåret i straffeloven § 27 og § 28	76
7.5.5	Rekkevidden av skranken mot objektivt straffansvar etter EMK	78
7.5.6	Er det objektive foretaksansvaret i straffeloven § 27 forenlig med EMK etter G.I.E.M-dommen? 82	
7.5.7	Vurdering og anbefalinger	84
7.5.8	Hvilken konsekvens har Høyesteretts dom i HR-2021-797-A for administrativ foretakssanksjon etter forvaltningsloven § 46?	89
7.6	Tilregnelighet	92
7.6.1	Gjeldende rett	92
7.6.2	Vurdering og anbefaling	92
7.7	Særlig om anonyme gjerningspersoner og kumulative overtredelser	93
7.7.1	Gjeldende rett	93
7.7.2	Vurdering og anbefaling	96
7.8	Kravet om tilknytning mellom lovbruddet og foretaket	99
7.8.1	Fremmed rett	99
7.8.2	Gjeldende rett	113

7.8.3	Vurdering og anbefaling.....	124
7.9	Særlig om tilknytingskravet i konsernforhold og oppdragsforhold	127
7.9.1	Innledning.....	127
7.9.2	Hensyn.....	129
7.9.3	Fremmed rett	130
7.9.4	Gjeldende rett	133
7.9.5	Vurdering og anbefaling.....	137
7.10	Identitetsendringer i foretak.....	148
7.10.1	Gjeldende rett og fremmed rett.....	148
7.10.2	Er det behov for å endre regulering av identitetsendringer?.....	156
8	FORETAKSSTRAFFENS FAKULTATIVE KARAKTER.....	157
8.1	Introduksjon.....	157
8.2	Gjeldende rett	158
8.2.1	Utgangspunkter	158
8.2.2	Hensynet til «straffens preventive virkning», jf. straffeloven § 28 bokstav a	161
8.2.3	Hensynet til forebyggende tiltak, jf. straffeloven § 28 bokstav c	163
8.2.4	Hensynet til lovbruddets grovhet og om noen har utvist skyld, jf. § 28 bokstav b.....	171
8.2.5	Hensynet til om lovbruddet fremmer foretakets interesser, jf. straffeloven § 28d	174
8.2.6	Hensynet til om foretaket har hatt eller kunne ha oppnådd en fordel ved lovbruddet, jf. § 28 bokstav e	174
8.2.7	Hensynet til foretakets økonomiske evne, jf. straffeloven § 28 bokstav f.....	177
8.2.8	Hensynet til andre reaksjoner, jf straffeloven § 28 bokstav g.....	178
8.2.9	Hensynet til internasjonale forpliktelser, jf. straffeloven § 28 bokstav h	182
8.2.10	Andre momenter enn de som er listet i loven	182
8.3	Vurdering og anbefaling	185
9	HVILKEN BETYDNING BØR FOREBYGGENDE TILTAK HA FOR FORETAKSSTRAFF?	192
9.1	Innledning.....	192
9.2	Gjeldende rett	194
9.3	Fremmed rett	195
9.4	Vurdering og anbefaling	197

9.4.1	Overordnede hensyn.....	197
9.4.2	Er dagens regulering hensiktsmessig?.....	200
9.4.3	Reguleringsalternativ 1: Presisering av at forebyggende tiltak skal tillegges betydning i kravet til funksjonell tilknytning.....	201
9.4.4	Reguleringsalternativ 2: Forebyggende tiltak som selvstendig straffrihetsgrunn.....	203
9.4.5	Anbefaling.....	205
10	STRAFFREAKSJONER MOT FORETAK.....	205
10.1	Innledning - oversikt.....	205
10.2	Statistikk.....	206
10.3	Bot.....	208
10.3.1	Gjeldende rett.....	208
10.3.2	Vurdering og anbefaling.....	211
10.4	Inndragning.....	217
10.4.1	Gjeldende rett.....	217
10.4.2	Vurdering og anbefaling.....	220
10.5	Rettighetstap.....	220
10.5.1	Gjeldende rett.....	220
10.5.2	Vurdering og anbefaling.....	222
10.6	Særlig om straffutmålingsutsettelse og straffutmålingsfravall.....	223
10.6.1	Gjeldende rett.....	223
11	FORETAKS STRAFFEPROSESSUELLE STILLING.....	224
11.1	Innledning.....	224
11.2	Kort om foretak og grunnleggende hensyn i straffeprosessen.....	225
11.3	Når får foretak status som mistenkt og siktet?.....	227
11.3.1	Gjeldende rett.....	227
11.3.2	Vurdering og anbefaling.....	229
11.4	Partsrepresentasjon.....	229
11.4.1	Gjeldende rett.....	229
11.4.2	Vurdering og anbefaling.....	230
11.5	Foretakets vern mot selvinkriminering.....	231

11.5.1	Oversikt over rettslige rammer for selvinkriminering	231
11.5.2	De sentrale hensyn bak reglene om selvinkrimineringsvernet	233
11.5.3	Foretaks selvinkrimineringsvern etter gjeldende rett.....	235
11.5.4	Vurdering og anbefaling.....	236
11.6	Henleggelse etter kan-skjønn.....	247
11.7	Tiltalekompetanse.....	249
11.7.1	Gjeldende rett	249
11.7.2	Vurdering og anbefaling.....	249
11.8	Forelegg	250
11.8.1	Gjeldende rett	250
11.8.2	Vurdering og anbefaling.....	251
11.9	Konsekvenser av at gjerningspersonens straffesak stilles i bero	252
11.9.1	Gjeldende rett	252
11.9.2	Vurdering og anbefaling.....	252
11.10	Hovedforhandling uten meddommere.....	252
11.10.1	Gjeldende rett.....	252
11.10.2	Vurdering og anbefaling.....	253
11.11	Sondringen mellom skyld- og straffespørsmålet.....	253
11.12	Unntaket fra kravet til samtykke etter straffeprosessloven § 321	253
11.12.1	Gjeldende rett	253
11.12.2	Vurdering og anbefaling.....	254
11.13	Særlig om samordning med administrative sanksjoner	254
11.13.1	Gjeldende rett	254
11.13.2	Vurdering og anbefaling.....	255
12	SÆRLIG OM BETYDNINGEN AV FORETAKETS SELVRAPPORTERING	255
12.1	Innledning	255
12.2	Overordnede hensyn og internasjonale forpliktelser	256
12.3	Selvrapporing og (forhandlingsbaserte) påtaleavgjørelser	261
12.3.1	Introduksjon og legislative hensyn	261
12.3.2	Fremmed rett	263
12.3.3	Gjeldende rett	266

12.3.4	Vurdering og anbefaling.....	272
12.3.5	Bør det innføres andre instrumenter for utenrettslige (forhandlingsbaserte) avgjørelser overfor foretak som ikke er straff?	275
12.4	Selvrapportering og domstolens kompetanse	276
12.4.1	Gjeldende rett.....	276
12.4.2	Vurdering og anbefaling.....	279
13	OFFENTLIGGJØRING AV FORELEGG OG HENLEGGELSESBESLUTNINGER MOT FORETAK.....	281
13.1	Innledning - behovet.....	281
13.2	Gjeldende rett	282
13.3	Vurdering og anbefaling.....	283
14	ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER	286
DEL III: KORRUPSJON		287
16	INTRODUKSJON	288
17	NORGES INTERNASJONALE FORPLIKTELSER.....	291
17.1	OECD-konvensjonen.....	291
17.1.1	Innledning - bakgrunn.....	291
17.1.2	Særtrekk ved OECD-konvensjonen	292
17.1.3	Forpliktelsen til å kriminalisere bestikkelse av utenlandske offentlige tjenestepersoner.....	293
17.1.4	Foretaksansvar for korrupsjon.....	296
17.2	Europarådskonvensjonen	297
17.2.1	Innledning	297
17.2.2	Aktiv og passiv korrupsjon i offentlig sektor.....	298
17.2.3	Aktiv og passiv korrupsjon i privat sektor	300
17.2.4	Påvirkningshandel.....	301
17.2.5	Foretaksansvar	302
17.3	FN-konvensjonen.....	303
17.3.1	Innledning	303
17.3.2	Kriminaliseringsforpliktelser	304

17.3.3	Forpliktelse til å vurdere kriminalisering	307
17.3.4	Særlig om foretaksansvar for korrupsjon	308
18	STATISTIKK NORSKE KORRUPSJONSDOMMER	309
19	ANALYSE OG EVALUERING AV STRAFFELOVENS BESTEMMELSER OM KORRUPSJON	310
19.1	Innledning	310
19.2	Korrupsjonsbestemmelsenes system og anvendelsesområde.....	311
19.2.1	Gjeldende rett og internasjonale forpliktelser.....	311
19.2.2	Fremmed rett	312
19.2.3	Vurdering og anbefaling.....	313
19.3	Partsforholdet ved korrupsjon	314
19.3.1	Gjeldende rett og folkerettslige forpliktelser.....	314
19.3.2	Vurdering og anbefaling.....	316
19.4	Kravet til «utilbørlig fordel» og betydningen av påvirkningsformål.....	316
19.4.1	Fordelsbegrepet	316
19.4.2	Utilbørlighetskriteriet	318
19.4.3	Særlig om påvirkningsformål og forventninger til Pbs gjenytelse	327
19.4.4	Vurdering og anbefalinger.....	330
19.5	Tilknytningskravet: «i anledning av utøvelsen» av stilling verv eller oppdrag.....	335
19.5.1	Gjeldende rett	335
19.5.2	Forholdet til Norges internasjonale forpliktelser og fremmed rett	337
19.5.3	Vurdering og anbefaling.....	337
19.6	Handlingsalternativene ved aktiv korrupsjon: «gir eller tilbyr»	337
19.6.1	Gjeldende rett	337
19.6.2	Forholdet til Norges internasjonale forpliktelser og fremmed rett	338
19.6.3	Vurdering og anbefaling.....	338
19.7	Handlingsalternativene ved passiv korrupsjon: «krever, mottar eller aksepterer et tilbud»... 	339
19.7.1	Gjeldende rett	339
19.7.2	Vurdering	340
19.8	Medvirkning og forsøk.....	340
19.9	Skyldkravet ved korrupsjon	342

19.9.1	Gjeldende rett og forholdet til internasjonale forpliktelser	342
19.9.2	Fremmed rett.....	342
19.9.3	Vurdering og anbefaling: Bør grov uaktsom korrupsjon kriminaliseres?	343
19.10	Strafferamme.....	346
19.10.1	Gjeldende rett.....	346
19.10.2	Vurdering og anbefaling	347
19.11	Grov korrupsjon.....	347
19.11.1	Gjeldende rett.....	347
19.11.2	Vurdering og anbefaling	349
19.12	Særlig om facilitation payments.....	349
19.12.1	Gjeldende rett.....	349
19.12.2	Forholdet til internasjonale forpliktelser.....	350
19.12.3	Fremmed rett.....	351
19.12.4	Vurdering og anbefaling	352
19.13	Indirekte korrupsjon: Bruk av mellomledd.....	353
19.13.1	Innledning og Norges internasjonale forpliktelser	353
19.13.2	Gjeldende rett.....	354
19.13.3	Fremmed rett.....	358
19.13.4	Vurdering og anbefaling	359
19.14	Foretaksstraff for korrupsjon	362
19.14.1	Gjeldende rett.....	362
19.14.2	Internasjonale forpliktelser	363
19.14.3	Fremmed rett.....	363
19.14.4	Særlig om foretaksansvaret for unnlatelse av å forhindre korrupsjon etter UK Bribery Act Section 7	365
19.14.5	Vurdering og anbefaling	378
20	STRAFFELOVENS BESTEMMELSE OM PÅVIRKNINGSHANDEL	380
20.1	Innledning	381
20.2	System og anvendelsesområde.....	382
20.2.1	Gjeldende rett og forholdet til internasjonale forpliktelser	382
20.2.2	Fremmed rett.....	383
20.2.3	Vurdering og anbefaling.....	384
20.3	Partsforholdet.....	385
20.3.1	Gjeldende rett og forholdet til internasjonale forpliktelser	385

20.3.2	Vurdering og anbefaling.....	385
20.4	Kravet til «utilbørlig fordel».....	386
20.4.1	Gjeldende rett, forholdet til internasjonale forpliktelser og fremmed rett	386
20.4.2	Vurdering og anbefaling.....	387
20.5	Hensikten om Pas påvirkning av utøvelse av Bts stilling, verv eller oppdrag.....	387
20.5.1	Gjeldende rett og forholdet til internasjonale forpliktelser	387
20.5.2	Fremmed rett	389
20.5.3	Vurdering	390
20.6	Handlingsalternativene	390
20.6.1	Gjeldende rett	390
20.6.2	Vurdering og anbefaling.....	391
20.7	Medvirkning, forsøk, skyldkrav og strafferamme.....	391
20.8	Foretaksstraff for påvirkningshandel.....	391
21	SKISSE TIL ANDRE TILTAK FOR Å BEKJEMPE KORRUPSJON	391
22	ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER.....	396
DEL IV: LOVFORSLAG MED MERKNADER.....		397
23	FORSLAG TIL ENDRINGER I STRAFFELOVEN.....	398
23.1	Lovforslag.....	398
23.2	Merknader til bestemmelsene.....	401
24	FORSLAG TIL ENDRINGER I STRAFFEPROESSSLOVEN	412
24.1	Lovforslag.....	412
24.2	Merknader til bestemmelsene.....	414
25	SKISSE TIL REGULATORISK PÅBUD OM Å FOREBYGGE KORRUPSJON	
	416	
25.1	Lovforslag.....	416

25.2	Merknader til betømmelsen	417
26	FORSLAG TIL ANDRE LOVENDRINGER.....	417
26.1	Forslag til endringer i forvaltningsloven	417
26.1.1	Lovforslag	417
26.1.2	Merknader til bestemmelsen	418
26.2	Forslag til endringer i bestemmelser om administrativ foretakssanksjon i spesiallovgivningen 418	
26.2.1	Lovforslag	418
26.2.2	Felles merknader til bestemmelsene.....	424
	REGISTER	425

DEL I: OPPNEVNING, MANDAT OG SAMMENDRAG

1 OPPNEVNING OG MANDAT

Ved oppnevningbrev fra Justis- og beredskapsdepartementet datert 31. mai 2018, ble undertegnede tildelt oppdraget med å evaluere reglene om foretaksstraff og korrupsjon.

Mandatet for utredningen, datert samme dag, er som følger:¹

1. INNLEDNING

Det er snart 27 år siden den generelle hjemmelen for foretaksstraff ble innført i 1991. Den etterfølgende rettsutviklingen og utviklingen i hvordan virksomhet i foretak organiseres og fungerer i praksis, tilsier at det er behov for en helhetlig evaluering og revisjon av reglene om foretaksstraff.

Ved anmodningsvedtak 23. mars 2017 ba dessuten Stortinget regjeringen fremme forslag om lovendringer med sikte på en tydeligere og mer effektiv korrupsjonslovgivning, jf. Innst. 191 L (2016–2017) og Dok. 8:67 L (2015–2016). Det er snart 15 år siden straffebudene mot korrupsjon ble vedtatt. I lys av tiden som har gått og det nevnte anmodningsvedtaket er det grunn til å vurdere om det er behov for lovendringer. Siktemålet med vedtaket gjør det også naturlig å vurdere behov for andre tiltak som kan fremme effektiv bekjempelse av korrupsjon i tråd med Norges internasjonale forpliktelser. Stortingets anmodningsvedtak aktualiserer også spørsmål om endringer i de alminnelige reglene om foretaksstraff.

Departementet ønsker derfor en utredning av om reglene om foretaksstraff og korrupsjon bør revideres.

2. REVISJON AV REGLENE OM FORETAKSSTRAFF

Utredningen skal inneholde en analyse av reglene for foretaksstraff i straffeloven §§ 27 og 28, en vurdering av om det er behov for lovendringer, samt forslag til eventuelle lovendringer. Siktemålet er å fremme foretaksstraffens preventive virkning og gjennomføring av Norges internasjonale forpliktelser innenfor strafferettens system, samtidig som grunnleggende rettsstatsprinsipper som forutberegnelighet og rettsikkerhet ivaretas. Innenfor disse rammene skal det også ses på mulighetene for å utvikle foretaksstraffinstituttet som et mer fleksibelt virkemiddel for å avdekke og forhindre at det begås lovbrudd i virksomheten.

Av problemstillinger som særlig skal vurderes er:

a) Hvilken tilknytning mellom foretaket og den som har begått lovbruddet som kreves for at foretaket kan straffes?

i. Etter gjeldende rett kan et foretak straffes når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet «på vegne av» foretaket, jf. straffeloven § 28 første ledd første punktum. Dette omfatter også medvirkningsstillegget etter straffeloven § 15. Tilknytningskravet har to elementer. For det første et personelt tilknytningskrav som bestemmer hvem som kan pådra foretaket ansvar. Dette omfatter ledelse og ansatte på alle nivåer. Det kan etter omstendighetene også omfatte oppdragstakere dersom foretaket har en reell myndighet til instruksjon og kontroll. For det andre omfatter

¹ <https://www.regjeringen.no/contentassets/fba213b980cc4f5d90ea9d45dafc0dc2/endelig-mandat8475392.pdf>

tilknytningsvilkåret et funksjonelt krav. Lovbruddet må være begått som ledd i utøvelsen av den funksjon personen har i foretaket, herunder må lovbruddet ligge innenfor det påregnelige.

ii. Det skal vurderes om foretak i større utstrekning enn i dag bør kunne holdes ansvarlig for lovbrudd begått av agenter, andre selvstendige oppdragstakere og andre som kan forbindes med selskapet, herunder skal rekkevidden av medvirkningsansvaret vurderes.

b) Hvorvidt det skal kreves skyld for at et foretak skal kunne straffes

i. Etter gjeldende rett kan et foretak straffes når et straffebud «er overtrådt» av noen som har handlet på vegne av foretaket, jf. straffeloven § 28 første ledd første punktum. Gjerningspersonen trenger ikke identifiseres (anonyme feil), og overtredelsen kan også begås gjennom kumulasjon av flere personers handlinger (kumulative feil). Straffansvaret er i utgangspunktet ment å være objektivt: Det kreves ikke at noen enkeltvis eller samlet oppfyller skyldkravet som er fastsatt i det aktuelle straffebudet, jf. straffeloven § 28 første ledd annet punktum. Hvorvidt det er utvist skyld vil likevel ha betydning ved avgjørelsen av om foretaksstraff skal ilegges, jf. straffeloven § 28 bokstav b. Etter straffeloven 1902 § 48 a måtte skyldkravet i det aktuelle straffebudet være oppfylt. Ansvar for kumulative feil kunne bare anvendes når skyldkravet var uaktsomhet. Bakgrunnen for endringen var blant annet at den nye straffeloven bygger på et rettspolitisk prinsipp om at uaktsomhetsansvar skal begrenses til grov uaktsomhet, noe som kunne komme til å begrense adgangen til å legge foretaksstraff for anonyme og kumulative feil, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) punkt 17.5 side 242. Endringen har vært kritisert i juridisk teori.

ii. Unntaket fra skyldkravet som ble innført ved straffeloven § 27 skal evalueres. Det skal vurderes om det er behov for lovendringer, herunder om det bør gjeninnføres et skyldkrav for foretaksstraff og hva det eventuelt skal gå ut på.

c) Lovbrudd i konsernforhold

i. Etter gjeldende rett regnes mor- og datterselskap som to forskjellige foretak. Morselskapet kan imidlertid etter omstendighetene bli ansvarlig for medvirkning til overtredelser begått i et datterselskap. Det kan heller ikke utelukkes at lovbrudd begått av ansatte i et datterselskap etter omstendighetene også kan være begått «på vegne av» morselskapet.

ii. Det skal vurderes om morselskaper bør kunne holdes ansvarlig for lovbrudd begått i datterselskaper i større grad enn i dag.

d) Betydningen av identitetsendringer

i. Dersom et foretak gjennomgår identitetsendringer etter at et lovbrudd er begått, for eksempel ved fusjon, oppkjøp, oppløsning eller reorganisering, skal straffansvaret etter gjeldende rett plasseres hos det foretaket som lovbruddet ble begått på vegne av. Dette er ikke nærmere lovregulert og beror på en sammensatt vurdering hvor retningslinjene er utpenslet i rettspraksis og juridisk teori.

ii. Det skal vurderes om det er behov for å endre rettstilstanden for slike identitetsendringer. Uavhengig av om det er behov for materielle endringer, skal det vurderes om det er behov for å lovfeste bestemmelser om dette.

e) Betydningen av forebyggende tiltak

i. Foretakets tiltak for å forebygge lovbrudd har etter gjeldende rett først og fremst betydning for det fakultative skjønnet av om foretaket bør straffes. Etter straffeloven § 28 bokstav c) skal det legges vekt på om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet. I tillegg til å være et element i det fakultative skjønnet, kan forebyggende tiltak ha en betydning i vurderingen av om lovbruddet er begått «på vegne av» foretaket. Nærmere bestemt vil forebyggende tiltak kunne ha betydning for om lovbruddet kan anses for å være påregnelig for foretaket, jf. pkt. a ovenfor.

ii. Det skal vurderes om organisatoriske og forebyggende tiltak for å forhindre lovbrudd bør tillegges større betydning enn etter gjeldende rett, og hvordan dette eventuelt bør reguleres. Flere

hensyn kan tilsi varsomhet med bruk av foretaksstraff dersom gode forebyggende tiltak var etablert. Blant annet prosessøkonomiske hensyn- og bevis hensyn kan likevel gjøre det betenkelig å legge stor vekt på forebyggende tiltak fordi bevisføring om foretakenes «indre liv» kan være omfattende og komplisert. Det kan også svekke foretaksstraffens preventive virkning dersom det fremstår viktigere å kunne vise til forebyggende tiltak enn faktisk å forhindre at lovbrudd skjer.

Lovtekniske alternativer som skal vurderes er blant annet:

- 1) innføring av en særskilt straffrihetsgrunn i tilfeller hvor forebyggende tiltak har blitt etablert,
- 2) endring av hvilken betydning forebyggende tiltak bør ha i vurderingen av om overtredelsen er begått «på vegne av» foretaket,
- 3) endring av hvilken betydning forebyggende tiltak skal tillegges som ledd i det fakultative skjønnet, og
- 4) om en økt betydning av organisatoriske og forebyggende tiltak skal bero på om det på utvalgte områder er fastsatt særskilte regulatoriske påbud om forebyggende tiltak, slik man kjenner det blant annet fra HMS-området.

f) Foretaksstraffens fakultative karakter

i. Etter gjeldende rett er systemet at domstolen har en skjønnsmessig kompetanse til å frifinne et foretak selv om vilkårene for straffansvar er oppfylt. Dette følger av uttrykket «kan» i straffeloven § 27. Skjønnskompetansen representerer også en selvstendig henleggelsesgrunn for påtalemyndigheten. Relevante momenter ved utøvelsen av skjønnet følger av straffeloven § 28. Momentene er ikke uttømmende. Det fakultative skjønnet ble innført som en motvekt til at hjemmelen for foretaksstraff er generell og ansvaret vidtrekkende. Fordelen med systemet er at det gir fleksibilitet til å fritta for straffansvar der dette ikke anses hensiktsmessig. Utfordringen er at ordningen gir uklare rammer for grensene for foretaksansvar, noe som svekker forutberegneligheten. Systemet innebærer også at grensene for straffansvar i stor grad overlates til påtalemyndighetens og domstolens individuelle skjønn.

ii. Det skal vurderes om det fortsatt er hensiktsmessig at foretaksstraffen er fakultativ, og hvilke alternativer som dette eventuelt kan erstattes med. Et alternativ kan for eksempel være å fjerne det fakultative skjønnet, men slik at vilkårene klargjøres i større grad enn i dag. Dette må i tilfelle sees i sammenheng med at det i dag ikke stilles krav om oppfyllelse av skyldkravet i straffebudet. Et annet alternativ kan være å snevre inn skjønnskompetansen gjennom hovedregler eller presumsjoner, jf. Rt. 2007 side 1684 for så vidt gjelder brudd på forurensningsloven.

g) Utmåling av bøtestraff

i. Etter gjeldende rett straffes foretak med bøter, jf. § 27 tredje ledd. I tillegg kan foretak idømmes rettighetstap og inndragning. Retningslinjene for det fakultative skjønnet av om foretaket skal straffes i straffeloven § 28 gjelder også for utmåling av bøtestraffer.

ii. Det skal vurderes om det bør innføres mer detaljert lovgivning eller retningslinjer for utmåling av bøtestraffer mot foretak, herunder bestemmelser om beregning av botens størrelse. I den forbindelse skal også vurderes om betydningen av selvrapportering og samarbeid skal tydeliggjøres. Det skal også vurderes i hvilken grad økonomien i morselskap eller i konsern bør kunne tas i betraktning ved utmålingen.

h) Forholdet til administrative sanksjoner

i. Et utviklingstrekk de senere år er fremveksten av administrative sanksjoner for brudd på regulatorisk lovgivning. Innenfor konkurranseloven har overtredelsesgebyr erstattet foretaksstraff, mens på andre områder utøver forvaltningen tilsyns-, kontroll og sanksjonsmyndighet i tillegg til påtalemyndighetens straffeprosessuelle virksomhet. Ved lov 27. mai 2016 nr. 15 (i kraft 1. juli

2017) ble det innført generelle regler om administrativ foretakssanksjon som gjelder når det er fastsatt i lov at det kan ilegges administrativ sanksjon overfor et foretak.

ii. Ved evalueringen og revisjonen av reglene om foretaksstraff skal det tas hensyn til hva som vil være en hensiktsmessig arbeidsdeling mellom ulike former for forvaltningsvirksomhet og straffeprosessuell etterforskning av foretak. Videre skal det ved forslag til endringer i reglene om foretaksstraff sees hen til om dette tilsier endringer også i reglene om administrativ foretakssanksjon.

i) Offentliggjøring av forelegg og henleggelsesbeslutninger mot foretak

i. De fleste straffesaker mot foretak avgjøres ved forelegg. Etter gjeldende rett er ikke forelegg offentlige på samme måte som en dom. Det samme gjelder henleggelsesbeslutninger.

ii. Det skal vurderes om forelegg og henleggelsesbeslutninger mot foretak bør begrunnes og offentliggjøres i større grad enn i dag og hvordan dette i så fall kan gjøres. Større grad av offentlighet om forelegg og henleggelsesbeslutninger vil kunne gi større forutberegnelighet vedrørende bøtenivå og utøvelsen av det fakultative skjønnet. Det vil også kunne gi større mulighet til å etterprøve påtalemyndighetens skjønnsutøvelse.

j) Andre spørsmål som skal vurderes

i. Andre reaksjonsformer – det skal vurderes om det bør innføres andre former for sanksjoner mot foretak enn bot, rettighetstap og inndragning. Det skal i den forbindelse vurderes om ordningen med forelegg skal utvikles eller suppleres med andre reaksjonsformer som for eksempel fullbyrdelsesutsettelse mot tilsyn.

ii. Rettighetstap – det skal vurderes om straffelovens bestemmelser om rettighetstap (straffeloven kapittel 10) er hensiktsmessig utformet med tanke på reaksjoner mot foretak. Herunder skal det vurderes om foretak bør kunne fratras retten til å utøve en virksomhet eller aktivitet eller lignende i større grad enn i dag.

iii. Prosessuelle rettigheter – foretak har som utgangspunkt samme partsrettigheter som fysiske personer i straffesaken. Men foretaksstraff reiser flere spørsmål vedrørende utøvelsen og rekkevidden av foretaks partsrettigheter. Det oppstår også flere særlige straffeprosessuelle spørsmål for foretak som straffesubjekt. Foretaks straffeprosessuelle stilling skal vurderes. Herunder skal forslaget i NOU 2016: 24 om at selvinkrimineringsvernet ikke skal gjelde for foretak vurderes i lys av gjeldende straffeprosesslov.

3. KORRUPSJONSLOVGIVNINGEN

Straffelovens bestemmelser om korrupsjon og påvirkningshandel i §§ 387 til 389 viderefører bestemmelsene i Straffeloven (1902) § 276 a til § 276 c. Bestemmelsene gjennomfører Norges folkerettslige forpliktelser etter Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon av 27. januar 1999 og tilleggsprotokollen av 22. januar 2003 men går på flere punkter lenger enn konvensjonsforpliktelsene. Korrupsjonsbestemmelsene gjennomfører også Norges folkerettslige forpliktelser etter OECD-konvensjonen 21. november 1997 om motarbeidelse av bestikkelse av utenlandske tjenestemenn i internasjonale forretningsforhold og FN konvensjonen mot korrupsjon av 31. oktober 2003. Spørsmål knyttet til jurisdiksjon over korrupsjon begått i utlandet er behandlet i Justis- og beredskapsdepartementets høringsnotat 24. mai 2018.

Utredningen skal inneholde en analyse av straffebudene i straffeloven §§ 387 til 389, en vurdering av om det er behov for lovendringer, samt forslag til eventuelle lovendringer for å sikre gjennomføringen av Norges internasjonale forpliktelser knyttet til innsats mot korrupsjon, samtidig som grunnleggende rettsstatsprinsipper som forutberegnelighet og rettsikkerhet ivaretas

Det skal vurderes om det knyttet til noen av temaene nevnt i punkt 2 er grunn til å vurdere en særregulering for så vidt gjelder korrupsjon, herunder spørsmålet om hvilken tilknytning som kreves mellom foretaket og den som har begått lovbruddet og betydningen av forebyggende tiltak. Eventuelle behov for særreguleringer bør fortrinnsvis plasseres i tilknytning til korrupsjonsbestemmelsene. Ved eventuelle forslag til særreguleringer må forholdet til de generelle reglene om foretaksstraff utredes.

Utredningen kan i tillegg inneholde forslag til annen aktuell lovgivning eller administrative tiltak som kan bidra til mer effektiv bekjempelse av korrupsjon i foretak. Dette kan være tiltak som kommer i tillegg til eller i stedet for endring av straffelovens bestemmelser om foretaksstraff. Problemstillinger som kan vurderes er:

- a) Bør det innføres et påbud om å forebygge korrupsjon i virksomheten?
- b) Bør departementet eller påtalemyndigheten publisere retningslinjer for antikorrupsjonsprogrammer?
- c) Bør det innføres regulatoriske krav til antikorrupsjonsprogrammer, og hvilke organer bør i tilfelle ha kontroll- og sanksjonsansvaret.

3. KOMPARATIVT UTSYN

Utredningen skal gi en oversikt over hvordan foretaksstraff og straffansvar for korrupsjon er regulert i Sverige, Danmark og utvalgte andre land. Herunder skal utredningen gi en sammenlignende analyse av foretaksstraff for korrupsjon etter straffeloven og UK Bribery Act, særlig hva gjelder kravet om tilknytning mellom foretaket og gjerningspersonen, samt betydningen av foretakets tiltak for å forebygge korrupsjon.

4. AVSLUTTENDE BESTEMMELSER

Utredningen skal inneholde lovforslag med merknader i tråd med konklusjonene i vurderingen av behovet for lovendringer.

Lovforslagene skal utarbeides i samsvar med retningslinjene i Justisdepartementets veileder Lovteknikk og lovforberedelse (2000).

Utredningen skal utformes slik at den kan sendes på høring uten ytterligere utredning av departementet.

Økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser skal utredes i samsvar med utredningsinstruksen med tilhørende veileder.

Utredningen skal avgis innen 31. januar 2020.

Blant annet på grunn av en langvarig sykemelding, ble utredningen forsinket og fristen utsatt flere ganger, sist til utgangen av mai 2021.

2 ARBEIDET MED UTREDNINGEN

Da jeg fikk oppdraget med denne utredningen, var jeg partner i Advokatfirmaet Schjødt AS. Den 1. august 2018 begynte jeg i ny stilling som Vice President i juridisk avdeling

i Equinor ASA. Jeg leder en gruppe i juridisk avdeling som bistår Equinors internasjonale oppstrømsvirksomhet (Development and Production International). Justisdepartementet og Equinor ASA samtykket til at jeg kunne fortsette med utredningsoppdraget etter jobbskiftet. Dette er en enkeltpersonutredning. Jeg har imidlertid diskutert problemstillingene i mandatet med en rekke fagmiljøer underveis, blant annet påtalemyndighet, forsvarsadvokater, internadvokater, interesseorganisasjoner og academia. Jeg har også presentert problemstillinger i mandatet i flere konferanser, blant annet Antikorrupsjonskonferansen 2019 og en rundebordskonferanse om korrupsjon på NHH høsten 2019.

3 SAMMENDRAG

De viktigste anbefalingene i utredningen kan sammenfattes som følger:

- Systemet med en generell hjemmel for foretaksstraff i straffeloven § 27 og § 28 fungerer og bør videreføres. Foretaksstraff bør ikke erstattes av en administrativ sanksjon.
- Foretaksstraff mot enkeltpersonforetak bør forbeholdes enkeltpersonforetak med flere ansatte. Foretaksansvaret bør fortsatt omfatte offentlig virksomhet.
- Det foreslås å (gjen)innføre et krav om subjektiv skyld som vilkår for foretaksstraff. Forslaget er at straffebudets skyldkrav må oppfylles av gjerningspersonen i foretaket. Dette dekker også kumulative feil og anonyme gjerningspersoner. Det gjøres heller ikke unntak fra tilregnelighetskravet
- Ordlyden i tilknytningskravet «på vegne av» i straffeloven § 27 foreslås endret til et krav om at lovbruddet er begått «under utøvelsen av foretakets virksomhet». Dette for å klargjøre at foretaket holdes ansvarlig for *egne* handlinger. Tilsvarende endring bør gjøres i bestemmelser om administrativ foretakssanksjon i særlovgivningen.
- Det foreslås en ny særskilt rettsstridsreservasjon for foretaksstraff som innebærer at foretaket bare straffes dersom det ikke kunne forhindret lovbruddet ved organisatoriske tiltak. Det bør vurderes å innføre en regel om at foretaket

skal ha bevisbyrden for at dette vilkåret er oppfylt. Det er ikke behov for en tilsvarende rettsstridsreservasjon ved administrative foretakssanksjoner i særlovgivningen.

- Det foreslås en særskilt regel om et foretaks ansvar for passiv medvirkning til lovbrudd i andre foretak som det har en reell instruksjons- og kontrollmyndighet over. Bestemmelsen er særlig myntet på morselskapers ansvar for lovbrudd i datterselskaper og oppdragsgiverforetaks ansvar for lovbrudd i oppdragstakerforetak. Oppdragstakere som ikke er foretak, bør bedømmes på samme måte som ansatte i foretaket.
- Det foreslås å *ta bort* foretaksansvarets fakultative karakter. Forslaget er å fjerne det såkalte «kan-skjønnnet». Begrunnelsen er at kan-skjønnnet skaper unødvendig uklarhet om rekkevidden av ansvaret. Ved å gjeninnføre et skyldkrav og innføre en særskilt rettsstridsreservasjon er også behovet for dette kan-skjønnnet mindre. Endringen bør ikke få konsekvenser for administrativ foretakssanksjon i særlovgivningen som fortsatt bør være fakultativ. Påtalemyndigheten vil fortsatt kunne gi påtaleunndlatelse og eventuelt henlegge en sak mot foretak på ulovfestet grunnlag dersom særlige grunner tilsier at foretaksstraff ikke er hensiktsmessig.
- Det foreslås å innføre en mer detaljert regulering i straffeloven § 28 av metoden for utmåling av bøtestraff mot foretak med utgangspunkt i foretakets økonomi. I forlengelsen av dette foreslås at domsgrunner og forelegg skal inneholde en redegjørelse for hvordan bøtestraffen er utmålt.
- Betydningen av selvrapporing og samarbeid med politi- og påtalemyndighet for straffutmålingen ved foretaksstraff foreslås regulert i en særskilt regel i straffeloven § 28 tredje ledd. Forslaget suppleres med en anbefaling om at betydningen av slike forhold skal oppgis i domsgrunner og forelegg, jf. forslag til endring av straffeprosessloven 40 og § 256. Videre foreslås at det innføres adgang til å ilegge foretak helt eller delvis betinget bot, samt at det klargjøres at straffutmålingsutsettelse og straffutmålingsfracfall kan anvendes på foretak. I den forbindelse foreslås også at slike reaksjoner også kan ilegges ved forelegg og at påtalemyndighet og domstol kan settes hensiktsmessige vilkår i

prøvetiden. Det bør i den forbindelse også vurderes om det skal åpnes for å ilegge bøter som ikke anses som formell straff. Påtalemyndigheten bør utgi nærmere retningslinjer for forventninger, prosess og betydning av selvrapporing og samarbeid.

- Det foreslås en ny regel for partsrepresentasjon for foretak i straffeprosessloven § 84 a etter mønster fra regelen om stedfortreder i tvisteloven.
- I tråd med straffeprosesslovutvalgets anbefaling, foreslås at foretak *ikke* skal ha et selvinkrimineringsvern.
- I tråd med straffeprosesslovutvalgets anbefaling, foreslås også at det åpnes for pådømmelse av administrative sanksjoner i straffesaker mot foretak.
- I tråd med utredningen fra professor Ragna Aarli, foreslås at det bør gis innsynsrett i påtaleavgjørelser mot foretak. Forelegg mot foretak bør publiseres på Lovdata eller andre digitale plattformer.
- Det foreslås å klargjøre i korrupsjonsbestemmelsen i § 387 at indirekte korrupsjon ved bruk av mellomledd dekkes. Det bør videre vurderes å innta en presisering av at korrupsjonen har et korrumpert formål, og at korrupsjon som belønning for en allerede utført gjenytelse omfattes.
- Det foreslås å kriminalisere grov uaktsom medvirkning til korrupsjon.
- Det foreslås å begrense bestemmelsen om påvirkningshandel til påvirkning av offentligrettslige beslutninger.
- Det skisseres et forslag om å innføre regulatoriske krav til antikorrupsjonsarbeid for større virksomheter og i offentlig sektor. Forutsetningen er at det opprettes et særskilt tilsynsorgan med spisskompetanse på antikorrupsjon. Et slikt organ kan naturlig utarbeide veiledning og retningslinjer for robuste antikorrupsjonsprogrammer. Det kan også ha ansvar for oppfølging av vilkår om antikorrupsjonstiltak som ledd i foretaksstraff for korrupsjon.

DEL II: FORETAKSSTRAFF

4 INTRODUKSJON

Foretaksstraff er regulert i straffeloven § 27 og 28. Systemet er at straffeloven § 27 første ledd gir en generell hjemmel for foretaksstraff «[n]år et straffebed er overtrådt av noen som har handlet på vegne av foretaket». Foretaksansvaret er ikke begrenset til overtredelser av bestemte straffebed. Men vilkåret om at «noen som har handlet på vegne av» foretaket innebærer at det må foreligge en nærmere tilknytning mellom (som utgangspunkt) en fysisk persons lovbrudd og foretakets virksomhet. Dette tilknytningskravet krever både at den fysiske gjerningspersonen har positiv hjemmel for å handle på foretakets vegne og at det er en funksjonell tilknytning mellom overtredelsen og gjerningspersonens rolle i foretaket.² Bestemmelsen bygger med dette på et *representasjonsansvar* hvor foretaket identifiseres med en fysisk representants overtredelser. Bestemmelsen inneholder i tillegg elementer av *kumulasjonsansvar*. Selv om ingen enkeltperson alene oppfyller gjerningsinnholdet i straffebedet, kan summen av flere personers handlinger oppfylle kravet. Dessuten finnes elementer av et *organisasjonsansvar*, det vil si svikt i organisatoriske tiltak som kunne ha forhindret lovbruddet, etter omstendighetene ha betydning.³ Det stilles riktig nok ikke krav om ledelsesmedvirkning til lovbruddet. Det stilles heller ikke et selvstendig tilleggskrav om systemsvikt dersom lovbruddet er begått av underordnede. Foretakets internkontrollsystemer for å motvirke lovbrudd er imidlertid et relevant moment i vurderingen av om gjerningspersonen har handlet «på vegne av» foretaket. Forarbeidene gir videre uttrykk for at foretaket ikke straffes ved «hendelige uhell eller force majeure», men det er usikkert om dette representerer en reell begrensning av ansvaret. Endelig er organisatoriske tiltak for å motvirke lovbrudd et relevant moment i vurderingen av om foretaket bør straffes i det konkrete tilfellet jf. straffeloven § 28 bokstav c.

² Se 7.7.

³ For en nærmere behandling av skillet mellom representasjonsansvar, kumulasjonsansvar og organisasjonsansvar, se Høivik, *Foretaksstraff* s. 22-32 og 7.8.1.1 nedenfor.

Etter § 27 første ledd andre punktum kan foretaket straffes selv om «ingen enkeltperson har utvist skyld eller har skyldevne». Dette innebærer at en objektiv overtredelse av straffebudet som utgangspunkt er tilstrekkelig for foretaksstraff. Høyesterett har imidlertid nylig avgjort at bestemmelsen må tolkes innskrenkende fordi den ellers står i motstrid med den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 7. Det betyr at foretaksstraff krever skyld, men ikke nødvendigvis samme skyldkrav som i straffebudet.⁴ Ansvar er ikke begrenset til bestemte typer foretak eller bestemte typer virksomhet. Straffeloven § 27 inneholder en vid definisjon av foretak, som både dekker privatrettslige og offentligrettslige rettssubjekter, og både økonomisk- og ikke-økonomisk virksomhet.

Straffansvaret for foretak er fakultativt. Det betyr at selv om vilkårene for ansvar er oppfylt, må domstolen foreta en bred skjønnsmessig vurdering av om foretaket *bør* straffes. Dette følger av uttrykket at foretaket «kan» straffes i § 27 første ledd. Straffeloven § 28 inneholder en liste over relevante momenter i dette såkalte «kan-skjønnnet». Listen er ikke uttømmende. Foretak kan idømmes bøter, rettighetstap og inndragning, jf. § 27 tredje ledd. Også straffutmålingsutsettelse, straffutmålingsutsettelse og påtaleunntatelse må kunne anvendes på foretak, jf. straffeloven § 30 bokstav a, e og f. Strafforfølgning av foretak følger reglene i straffeprosessloven. Loven inneholder noen få særbestemmelser om foretak. Den viktigste er regelen om at foretaket skal utpeke en partsrepresentant, jf. straffeprosessloven § 84a. De fleste saker om foretaksstraff avgjøres ved forelegg etter straffeprosessloven kapittel 20. Bestemmelsene om foretaksstraff i straffeloven § 27 og § 28 viderefører reglene i straffeloven 1902 § 48 a og § 48 b med ett viktig unntak. Mens regelen etter den tidligere straffeloven var at den fysiske gjerningspersonen måtte oppfylle skyldkravet i straffebudet, er ansvaret etter ordlyden i straffeloven § 27 som utgangspunkt objektivt.

⁴ Se HR-2021-797-A og 7.5 nedenfor.

Det er nå snart 30 år siden den generelle hjemmelen for foretaksstraff ble innført i straffeloven 1902 § 48 a og § 48 b.⁵ Det overordnede spørsmålet for denne delen av utredningen er om rettsutviklingen i strafferetten og andre rettsområder, forholdet til internasjonale forpliktelser, de praktiske erfaringene med reglene og utviklingen i hvordan foretak håndterer risiko for lovbrudd, tilsier at det er behov for lovendringer. For å vurdere dette og gi anbefalinger er det behov for en helhetlig analyse og tilnærming til reglene om foretaksstraff. Jeg starter med en kort oversikt over foretaksstraffens historiske utvikling og noen hovedtrender som jeg mener har betydning for evalueringen av reglene (5 nedenfor). Deretter skal jeg redegjøre for foretaksstraffens begrunnelse og hensyn som gjør seg gjeldende ved utformingen av regler om foretaksstraff (6 nedenfor), før jeg analyserer og evaluerer grunnvilkårene for foretaksstraff, kan-skjønn, straffereaksjoner og foretaks straffeprosessuelle stilling (7, 8, 10 og 11 nedenfor). Noen spesielle emner er skilt ut til særskilt behandling underveis. Det gjelder betydningen av forebyggende tiltak (9 nedenfor), betydningen av selvrapporing, inkludert «forhandlede løsninger» (12 nedenfor) og offentliggjøring av påtalebeslutninger mot foretak (13 nedenfor). Jurisdiksjonsspørsmål og spørsmål knyttet til foreldelse av foretaksstraff behandles ikke.

5 HISTORISK UTVIKLING OG NYERE TRENDER

5.1 Historisk utvikling

Ved inngangen til den moderne strafferettshistorien, det vil si i overgangen fra 1700- til 1800-tallet var straffansvar for foretak ikke utbredt Norge og Europa.⁶ I likhet med de kontinentaleuropeiske straffelovreformer i første halvdel av 1800-tallet, anerkjente

⁵ Lov 20. juli 1991 nr. 66. Bestemmelsene trådte i kraft 15. oktober 1991, jf. forskrift av 6. september 1991 nr. 571.

⁶ Fremstillingen i dette kapitlet er basert på Høivik, *Foretaksstraff* s. 41 – 68.

verken Kriminalloven av 1842 eller straffeloven av 1902 i sin opprinnelige form slikt straffansvar. Bakgrunnen var en forestilling om at straffansvar var et personlig ansvar som bare mennesker kunne bære. Foretak hadde ingen strafferettslig skyldene.⁷ Det pragmatiske behovet for foretaksstraff var også beskjedent. I kjølvannet av den industrielle revolusjon fulgte i andre halvdel av 1800-tallet en modernisering av rettslige former for organisert næringsvirksomhet, først og fremst gjennom økende bruk av aksjeselskaper. Industrialiseringen og aksjeselskapenes fremvekst økte sin tur behovet for regulering og kontroll og aktualiserte et praktisk behov for bruk av foretaksstraff. Industrialiseringen, moderniseringen og utviklingen av velferdsstaten førte også til en dreining i synet på forholdet mellom stat og borger. Rettsstatsideen som vokste frem i opplysningstiden bygget opprinnelig på et grunnsyn om at rettsregler skulle beskytte borgerne mot statens maktmisbruk. Den praktiske utviklingen av rettsstaten innebar imidlertid mer stabile styringsforhold. Mot slutten av 1800-tallet endret derfor dette grunnsynet karakter. Staten ble ikke lengre ansett som en mulig trussel mot enkeltindividets frihet, men som en garantist for folks velferd. Dette påvirket også synet på strafferettens funksjon. Fra å være en måte å sikre borgerne mot statens maktmisbruk (rettsstatsideen), ble strafferetten et styringsredskap for staten for å sikre befolkningens velferd.

Dette påvirket også strafferettens ideologiske grunnlag fra en mer «defensiv» orientert retning der strafferetten skulle gi vern mot maktmisbruk, mot en mer «offensiv» og effektivitetsorientert ideologi hvor straff primært ble et (av flere) styringsmiddel for å påvirke og regulere og kontrollere borgernes atferd i en velferdsstat. Dermed ble spørsmålet om straffansvar for foretak endret fra en mer teoretisk orientert diskusjon om foretaks rettsevne til et praktisk lovgivningspolitisk spørsmål om å bruke straffesanksjonen som styringsredskap overfor foretak, og særlig aksjeselskaper.

Administrasjonsrådets anordning om prisregulering av 12. september 1940 § 14 tredje ledd blir ofte regnet som den første bestemmelsen om foretaksstraff. Denne ble

⁷ Se 6.5 nedenfor.

videreført i lov av 30. juni 1947 om prisregulering og anna regulering av næringsverksemd § 12. Dette markerte startskuddet for innføring av en rekke særhjemler for foretaksstraff i særlovgivningen. Utformingen av bestemmelsen om foretaksstraff i administrasjonsrådets anordning ble mønsterdannende for de andre særhjemlene. Utover de tilfellene hvor det eksisterte særskilt hjemmel for foretaksstraff, var likevel regelen at det ikke var adgang til å idømme foretaksstraff. Ved lov 20. juli 1991 nr. 66, ble hjemlene for foretaksstraff i særlovgivningen opphevet og erstattet av en generell hjemmel for foretaksstraff i straffeloven 1902 § 48 a og § 48 b.⁸ Heretter kunne foretak i prinsippet straffes for enhver type overtredelse av et straffebed. Denne generelle hjemmelen er videreført i straffeloven § 27 og § 28.

Den historiske utviklingen av foretaksstraff i Norge etter 1940 er nokså parallell til utviklingen i Norden, kontinental-Europa, England og USA. Den første hjemmelen for foretaksstraff i Danmark kom ved smørloven av 10. april 1926 nr. 109. Ved lov av 12. juni 1996 nr. 474 ble det innført et nytt kapittel 5 om straffansvar for juridiske personer i den danske straffeloven. I 1995 ble det tilføyet regler om foretaksstraff i den finske straffeloven. I 1976 ble det innført regler om foretaksstraff i den nederlandske straffeloven art. 51. Frankrike innførte tilsvarende hjemmel for foretaksstraff i Nouveau Code Pénal art. 121-2 i 1992. Foretaksstraff ble gjennom rettspraksis sementert både i England og USA i løpet av første halvdel av 1900-tallet.

Samtidig har flere land, blant annet Sverige og Tyskland fastholdt prinsippet om at foretak mangler skyldene og derfor ikke kan straffes. Etter den svenske Brottsbalken kan et foretak i stedet ilegges «företagsbot». Dette er en «särskild rettsverkan av brott» og dermed ikke formelt klassifisert som straff, jf. Brottsbalken 1 kapittel 4 §, jf. 3 §. Företagsbot kan imidlertid ilegges ved brudd på enhver straffebestemmelse i Brottsbalken og spesiallovgivningen. Tysk strafferett bygger på et tosporet sanksjonssystem. Systemet sonderer mellom den «egentlige» strafferetten, som reguleres av Strafgesetzbuch (StGB) og en særskilt forvaltningsstrafferett, som

⁸ Bestemmelsene trådte i kraft 15. oktober 1991, jf. forskrift av 6. september 1991 nr. 571.

reguleres i en egen lov, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG).⁹ Etter tysk rett har foretak ikke strafferettslig ansvarsevne. Men for overtredelser av OWiG kan foretak, på samme måte som fysiske personer, ilegges en bot – «Geldbuße», jf. OWiG § 30. I motsetning til det som gjelder for fysiske personer, kan foretak også ilegges Geldbuße for «Straftat», det vil si brudd på StGB, jf. OWiG § 30 første ledd. At tysk rett holder fast ved motstanden mot ordinært straffansvar, samtidig som det åpnes for å ilegge foretak Geldbuße etter OWiG § 30, kan forstås som et kompromiss mellom den klassiske motstanden mot ordinært straffansvar for foretak og det praktiske behovet for å sanksjonere foretak for lovovertridelser.¹⁰

OECD utarbeidet i 2016 en komparativ oversikt over foretaksansvaret for korrupsjon av utenlandske offentlige tjenestepersoner i de 41 statene som har tiltrådt OECD-konvensjonen mot korrupsjon av utenlandske offentlige tjenestepersoner.¹¹ Av denne fremgår at 11 land (27%) bruker en administrativ («non-criminal sanction») sanksjon mot foretak i stedet for straff ved slik korrupsjon,¹² mens to land bruker både administrative og strafferettslige sanksjoner (USA og Mexico). Ett land, Argentina, hadde på dette tidspunktet ikke innført sanksjoner mot foretak for korrupsjon.

5.2 Nyere utviklingstrekk

5.2.1 Innledning

Reglene om foretaksstraff favner svært bredt. De dekker både offentlig og privat sektor, og både økonomisk og ikke-økonomisk virksomhet. Ansvarer rommer også et vidt spekter av lovbrudd. Sentrale områder er økonomisk reguleringslovgivning som HMS-

⁹ Loven ble vedtatt 24. mai 1968, jf. Karlsruhe, *Kommentar zum OwiG*, Einleitung, Rn. 41.

¹⁰ Jf. Weigend i *JICJ* 2008 s. 931.

¹¹ OECD, *Liability for Legal Persons*.

¹² OECD, *Liability for Legal Persons* s. 21–22.

regelverk, og forskjellige konsesjonsregler, og typisk økonomisk kriminalitet som skatteunndragelse, korrupsjon og hvitvasking. I en helhetlig evaluering av reglene om foretaksstraff er det flere utviklingstrekk siden den generelle hjemmelen for foretaksstraff ble innført i 1991 både i og utenfor rettssystemet som det kan være relevant å ta hensyn til. Det kan nok være delte meninger om hvilke utviklingstrekk som bør fremheves, men etter min oppfatning er det særlig to temaer som peker seg ut:

- i. Forventninger til internkontrollsystemer og andre tiltak i foretak for å forebygge lovbrudd eller skade.
- ii. Internasjonal fremvekst av «forhandlingsbasert» sanksjonering av foretak.

5.2.2 Krav og forventninger til internkontrollsystemer

Med internkontrollsystemer menes systematiske tiltak i virksomheter for å forhindre skade eller lovbrudd. Krav og forventninger til internkontrollsystemer fungerer ofte i et samspill mellom lovgivning, tilsynspraksis, (internasjonale) «soft-law» instrumenter og bransjepraksis. På lovgivningsnivå finnes en rekke eksempler på regler som stiller krav til selskapers (og andre foretaks) internsystemer for å forhindre skade eller lovbrudd. Innenfor helse, miljø og sikkerhet på arbeidsplasser, har slik regulering lang tradisjon. Hovedbestemmelsen om dette i dagens arbeidsmiljølov er § 3-1 første ledd som bestemmer:

(1) For å sikre at hensynet til arbeidstakers helse, miljø og sikkerhet blir ivaretatt, skal arbeidsgiver sørge for at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid på alle plan i virksomheten. Dette skal gjøres i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte.

(2) Systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid innebærer at arbeidsgiver skal:

- a) fastsette mål for helse, miljø og sikkerhet,
- b) ha oversikt over virksomhetens organisasjon, herunder hvordan ansvar, oppgaver og myndighet for arbeidet med helse, miljø og sikkerhet er fordelt,
- c) kartlegge farer og problemer og på denne bakgrunn vurdere risikoforholdene i virksomheten, utarbeide planer og iverksette tiltak for å redusere risikoen,
- d) under planlegging og gjennomføring av endringer i virksomheten, vurdere om arbeidsmiljøet vil være i samsvar med lovens krav, og iverksette de nødvendige tiltak,
- e) iverksette rutiner for å avdekke, rette opp og forebygge overtredelser av krav fastsatt i eller i medhold av denne lov,

- f) sørge for systematisk arbeid med forebygging og oppfølging av sykefravær,
- g) sørge for løpende kontroll med arbeidsmiljøet og arbeidstakernes helse når risikoforholdene i virksomheten tilsier det, jf. bokstav c,
- h) foreta systematisk overvåking og gjennomgang av det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid

Denne bestemmelsen må videre sees i sammenheng med det generelle kravet til forsvarlig arbeidsmiljø i § 4-1:

«Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd. Standarden for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø skal til enhver tid utvikles og forbedres i samsvar med utviklingen i samfunnet»

Hovedbestemmelsen i § 3-1 utfylles av mer detaljerte regler om krav til systematiske tiltak i forskrifter.¹³ Forskriftene utfylles i sin tur av veiledning fra tilsynsmyndighetene og fortolkninger i tilsynspraksis.¹⁴ Veiledningene inneholder i noen tilfeller anbefalinger om bransjenormer og bransjestandarder som en måte å oppfylle forskriftsforpliktelsene på. Bransjestandarder kan dermed få direkte betydning for myndighetenes vurdering av om systemkravene er oppfylt. Et illustrerende eksempel er Forskrift om helse, miljø og sikkerhet i petroleumsvirksomheten og på enkelte landandlegg (Rammeforskriften) § 24 første ledd som bestemmer:

«Når den ansvarlige bruker en norm som anbefales i veiledningen til en forskriftsbestemmelse som en måte å oppfylle forskriftens krav på innen helse-, arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet, kan den ansvarlige normalt legge til grunn at forskriftens krav er oppfylt»

I Petroleumstilsynets kommentar til denne bestemmelsen heter det:¹⁵

«I virksomhet som er omfattet av denne forskriften og forskrifter gitt i medhold av denne, vil sedvaner eller kutyper i bransjen, krav og spesifikasjoner som framkommer i andre dokumenter, så som industristandarder, som er nasjonalt og internasjonalt anerkjent innenfor et fagområde, for eksempel standarder som er utarbeidet i regi av CEN, CENELEC, ISO og IEC, være normgivende. Det samme gjelder bransjestandarder utarbeidet i regi av NORSOK og API med flere.»

¹³ Se særlig Internkontrollforskriften og Rammeforskriften.

¹⁴ Arbeidstilsynet har gitt ut veiledning til Internkontrollforskriften: [internkontrollforskriften.pdf \(arbeidstilsynet.no\)](#). Petroleumstilsynet mfl. har gitt ut veiledning til rammeforskriften: [rammeforskriften_veiledning_n-1.pdf \(ptil.no\)](#)

¹⁵ Veiledning til Rammeforskriften s. 24.

Manglende oppfyllelse av regulatoriske krav til internkontroll kan sanksjoneres administrativt, typisk ved pålegg eller overtredelsesgebyr, eller straff, jf. for eksempel arbeidsmiljøloven § 18-6, § 18-10 og § 19-1.

Selv om denne form for regulering av internkontroll ikke er et nytt fenomen, har det vært en utvikling de siste årene både i Norge og andre land, hvor slike krav til forebygging og kontroll er innført eller foreslått innført på områder som tidligere har vært «forbeholdt» strafferetten. Et eksempel på dette er hvitvaskingsloven som stiller krav til finansinstitusjoner og noen andre juridiske personer om systematiske tiltak, kontroll og rapportering for å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering. Loven utfylles av mer detaljerte bestemmelser i hvitvaskingsforskriften. Finanstilsynet fører tilsyn med at aktørene oppfyller kravene og kan ilegge administrative sanksjoner ved manglende etterlevelse, inkludert overtredelsesgebyr.¹⁶ Brudd på hvitvaskingsloven kan også sanksjoneres med straff, både personlig straffansvar og foretaksstraff, jf. Hvitvaskingsloven § 51. Brudd på hvitvaskingsloven er brudd på regulatoriske krav til forebygging av hvitvasking. Slike brudd kan oppstå selv om det ikke foreligger brudd på forbudene mot hvitvasking i straffeloven § 337–341.

I relasjon til foretaksstraff reiser denne utviklingen for det første spørsmål om forebyggingsarbeid bør tillegges en mer direkte betydning for straffansvaret enn i dag.¹⁷ Et eksempel på slik lovgivning er den engelske UK Bribery Act section 9 inneholder en særskilt «adequate procedures defence» som innebærer at foretak kan bli frifunnet for straffansvar for å ikke ha forhindre korrupsjon dersom det har implementert forsvarlige antikorrupsjonsprogrammer.¹⁸ Myndighetene har i den forbindelse utgitt retningslinjer for forventningene til et godt antikorrupsjonsprogram.¹⁹ I tillegg til dette har flere internasjonale organisasjoner

¹⁶ Se hvitvaskingsloven kapittel 9 og 6.3.3.4 ovenfor.

¹⁷ Se særlig 9 nedenfor.

¹⁸ Se 7.8.1.6 og 19.14.4 nedenfor.

¹⁹ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* ([The Bribery Act 2010 - Guidance \(publishing.service.gov.uk\)](http://publishing.service.gov.uk))

utviklet lignende standarder og veiledninger til selskaper om innholdet i robuste antikorrupsjonsprogrammer.²⁰ Disse er ikke i seg selv juridisk bindende rettsregler som foretak er forpliktet til å følge og som kan håndheves av nasjonale myndigheter. Slike «soft law» instrumenter skal anses som anbefalinger og tjene som hjelp for aktørene i næringslivet når de skal utvikle sine internkontrollsystemer.²¹ Retningslinjene bidrar til å fastlegge innholdet i en effektiv standard for ansvarlig atferd og dermed *forsvarlig virksomhet*.

Et annet område hvor vi ser økt oppmerksomhet om forebyggingsarbeid i virksomheter er i relasjon til selskapers ansvar for å beskytte menneskerettigheter. I 2011 utga FN «Guiding Principles on business and Human Rights».²² På samme måte som «soft law» instrumenter for anti-korrupsjonsarbeid er de ikke juridisk bindende rettsregler. Men en rekke større selskaper bruker dem i sin virksomhet. I tillegg har flere land vedtatt nasjonal lovgivning om krav til selskapers arbeid for å beskytte menneskerettigheter. Barne- og familiedepartementet har nylig fremlagt et forslag til ny lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven).²³ Etter lovforslaget skal brudd på åpenhetsloven kunne sanksjoneres med administrativ tvangsmulkt, overtredelsesgebyr, veiledning, og offentliggjøring av vedtak, men ikke straff.²⁴

For det andre, og da i relasjon til korrupsjon spesielt, reiser denne utviklingen spørsmål om det bør innføres regulatoriske krav til antikorrupsjonsarbeid i større virksomheter

²⁰ Se for eksempel *Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business* utgitt i samarbeid mellom OECD, FN og Verdensbanken (<https://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>), *Business Principles for Countering Bribery* utgitt av Transparency International (https://www.transparency.org/whatwedo/publication/business_principles_for_countering_bribery) og ISO 37001.

²¹ Se for eksempel Europarådets oversikt over tilnærming til antikorrupsjon og anti-hvitvasking: <https://www.coe.int/en/web/corruption/approach>

²² UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, [guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf \(ohchr.org\)](https://www.ohchr.org/documents/e/hqhrdoc/doc/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf)

²³ Prop. 150 L (2020–2021).

²⁴ Se Prop. 150 L (2020–2021) s. 98–100

etter mønster fra for eksempel hvitvaskingsloven. Dette skal jeg komme tilbake til i Del III (21 nedenfor).

5.2.3 Internasjonal fremvekst av «forhandlingsbaserte» sanksjoner mot foretak.

De aller fleste saker om foretaksstraff i Norge avgjøres av påtalemyndigheten ved forelegg.²⁵ Selv om det i praksis er innslag av forhandlinger mellom foretak og påtalemyndigheten, er et vedtatt forelegg formelt en straffereaksjon som har samme virkning som en dom. Forelegget fungerer som tiltalebeslutning om det ikke vedtas.²⁶ En rekke land har utviklet andre såkalte «non-trial resolution» instrumenter som i større grad enn det norske foreleggssystemet bygger forhandlinger mellom påtalemyndighet og det enkelte selskap og hvor sanksjonen gjerne formelt ikke er klassifisert som straff.²⁷ Hovedbegrunnelsen er gjerne å effektivisere straffeprosessen fordi vanlig straffeprosess med tiltale og rettergang i alvorlige straffesaker mot foretak er svært ressurskrevende. I tillegg brukes slike instrumenter som et insentiv for selskaper til å selvrappportere og samarbeide om oppklaringen av saken. Til dette kommer at når flere land introduserer samme type instrument, blir det lettere å koordinere og samarbeide om etterforskning og sanksjonering på tvers av landegrensene.

²⁵ Se 10.2 nedenfor.

²⁶ Se 12 nedenfor.

²⁷ Se **Error! Reference source not found.** nedenfor.

6 FORETAKSSTRAFFENS BEGRUNNELSE OG LEGITIMITET

6.1 Innledning

I analysen av foretaksstraffens begrunnelse, kan det være klargjørende å skille mellom tre nivåer i strafferettssystemet. Det første nivået er *regelnivået*. Hovedspørsmålene her er hvorfor vi har et straffesystem og hvilke handlinger som bør kriminaliseres. Straffens preventive virkning og andre nyttebetraktninger står sentralt for straffens begrunnelse på dette nivået. I relasjon til foretaksstraff er de sentrale spørsmålene her hvorfor foretak i det hele tatt bør straffes (6.2 nedenfor) og forholdet til kriminaliseringsprinsippene (6.3 nedenfor). Det andre nivået er *ansvarsnivået*. Dette omfatter vilkårene for gjerningspersoners *ansvarlighet*. Straff som klander og forholdet til skyldprinsippet som (moralsk) skranke for straffansvaret er sentrale elementer i straffens begrunnelse på dette nivået. Når det gjelder foretaksstraff, er et hovedspørsmål her om foretak har skyldevne og om skyldprinsippet kan anvendes (6.5 nedenfor). Det tredje nivået er *straffenivået*. Sentrale hensyn er her forholdsmessighet mellom forbrytelse og straff og prevensjonsformålet. Dette skal jeg behandle først under 10 nedenfor.

6.2 Foretaksstraffens preventive virkning

6.2.1 Utgangspunktet: Gi foretaket insentiv til å forebygge lovbrudd i organsiasjonen

Det rettspolitiske formålet med å straffe foretak er at dette skal *styrke straffens preventive* effekt sammenlignet med det som kan oppnås gjennom utelukkende et

personlig straffansvar.²⁸ Kjernen i foretaksstraffens preventive mekanisme er at ansvaret skal fungere som et organisatorisk insentiv til å forhindre lovbrudd i organisasjonen. Foretaksstraff skal stimulere til å organisere foretaket på en slik måte at det ikke begås straffbare handlinger i virksomheten.²⁹ Mens den preventive mekanismen i et personlig straffansvar er å påvirke den individuelle gjerningspersonen, skal foretaksstraff primært påvirke foretakets organisasjons- og beslutningssystem som den individuelle gjerningspersonen er underlagt. Tanken er dels å stimulere til individuelt tilsyn og kontroll med enkeltpersoner gjennom for eksempel konkrete instruksjoner til en ansatt, og dels å stimulere til systematiske tiltak for å forhindre lovbrudd i virksomheten.

6.2.2 Motvirke pulverisering av straffansvaret

Organisert virksomhet skaper risiko for pulverisering av straffansvar for lovbrudd begått i tilknytning til virksomheten. Dette har sammenheng med at slik virksomhet typisk preges av en systematisk arbeidsdeling og kunnskapsspredning mellom personene som deltar. Større foretak vil ofte ha et komplekst preg av ugjennomsommelighet hvor det kan være utfordrende å bringe klarhet i individuelle ansvarsforhold og kunnskap. Selv om det er klart at det er begått et lovbrudd i tilknytning til foretakets virksomhet, kan det være at ingen enkeltperson oppfyller vilkårene for personlig straffansvar, eller at det ikke er mulig å identifisere eller føre tilstrekkelig bevis mot en ansvarlig enkeltperson. Foretaksstraff kan motvirke dette ved at ansvaret ikke gjøres betinget av at individuelle gjerningspersoner kan identifiseres («anonyme feil») og ved at foretaket kan holdes ansvarlig for summen av flere personers handlinger («kumulative feil»).

²⁸ NOU 1989: 11 s. 9 andre spalte, Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 6 andre spalte og s. 7 andre spalte, Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 23 og 32), Rt. 2007 s. 785 (avsnitt 15), Høivik, *Foretaksstraff* s. 69 m. henvisninger.

²⁹ Jf. Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 23) og Rt. 2007 s. 785 (avsnitt 15).

³⁰ Se 7.7 nedenfor.

Muligheten til å motvirke ansvarspulverisering av et personlig straffansvar gjennom foretaksstraff kan også i noen grad fungere som en samfunnsøkonomisk effektiv «forskyvning» av ansvaret for tilsyn, kontroll og etterforskning av lovbrudd fra det offentlige (politi og påtalemyndighet) til foretakenes organisasjon. Siden foretakenes kompleksitet og ugjennomskuelighet kan gjøre det uforholdsmessig ressurskrevende for politi- og påtalemyndighet å avdekke og sanksjonere individuelle lovbrudd, vil nemlig foretakene selv være i stand til å identifisere og sanksjonere sine ansatte mer effektivt enn myndighetene. Foretaksstraff kan derfor føre til en mer effektiv bruk av påtalemyndighetens ressurser. Samtidig bør ikke foretaksstraff erstatte det individuelle ansvaret. Foretaksstraff skal ikke være et hinder for et personlig ansvar for gjerningspersonen. Poenget er at foretaksstraff motvirker ansvarspulverisering ved at den sikrer ansvarliggjøring også i tilfeller hvor det individuelle ansvaret ikke strekker til.

6.2.3 Styrke den preventive virkningen overfor fysiske gjerningspersoner

Ansatte i et foretak utsettes normalt for en påvirkning fra ledere eller kulturen i selskapet som kan medføre at de begår lovbrudd under utøvelsen av arbeid som de ellers ikke ville begått. Denne påvirkningen kan bidra til å svekke den preventive effekten av et personlig straffansvar. Faren er at ledere eksplisitt eller implisitt «oppmuntrer» eller ser gjennom fingrene med lovbrudd som øker lønnsomheten. Videre kan foretaket bidra til å beskytte en ansatt som begår lovbrudd gjennom å betale en eventuell bøtestraff som ilegges den ansatte. Foretaksstraff kan motvirke dette ved at straffen adresseres til organisasjonen som den ansatte påvirkes av. Ved å påvirke organisasjonen, er tanken at foretaksstraff skal bidra til å skape en intern forventning om at lovbrudd skal unngås. Risikoen for foretaksstraff gir foretakene en oppfordring til å forebygge og sanksjonere lovbrudd som begås av ansatte. Dette vil i sin tur kunne gjøre det mindre fristende å begå lovbrudd i virksomheten.

6.2.4 Omdømmevirkning

Foretaksstraff vil kunne ramme foretakets omdømme i form av økt motstand fra kunder, investorer og andre til å involvere seg med foretaket. I de tilfellene hvor det er grunnlag for et personlig straffansvar mot gjerningspersonen, kan det naturligvis tenkes at foretaket rent faktisk blir identifisert med gjerningspersonen, slik at det personlige straffansvaret også rammer foretakets omdømme. Dette gjelder kanskje særlig hvor personer i ledelsen blir stilt til ansvar. Et straffansvar mot foretaket som sådant vil imidlertid kunne ha en mer direkte stigmatiserende effekt overfor foretaket enn det et personlig straffansvar vil kunne gi. Dette kan i sin tur bidra til å styrke foretakets funksjon som organisatorisk incentiv til å motvirke lovbrudd i virksomheten.

6.3 Forholdet til kriminaliseringsprinsipper

6.3.1 Innledning

Straffansvarets karakter av klander og onde innebærer at foretaksstraff, på samme måte som det personlige straffansvaret, krever en særskilt moralsk legitimitet eller rettferdiggjørelse sammenlignet med andre sanksjonsformer. Dette innebærer at prevensjonsformålet alene ikke nødvendigvis er tilstrekkelig til å legitimere foretaksstraff. På regelnivået kommer dette til uttrykk gjennom kriminaliseringsprinsippene som den norske straffelovgivningen bygger på.³¹ I forarbeidene til straffeloven er det i den forbindelse bred konsensus om tre prinsipper for kriminalisering:³²

- a) Skadefølgeprinsippet: Bare handlinger som fører til skade eller fare for skade, bør kriminaliseres.

³¹ Se særlig NOU 2002: 4 s. 78–99, Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 88–93 og Innst. O. nr. 72 (2004–2005) pkt. 6.2.

³² Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 88 andre spalte.

- b) Straff bør bare brukes som siste virkemiddel, dersom andre reaksjoner og sanksjoner ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige.
- c) Straff bør bare benyttes dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene.

6.3.2 Skadefølgeprinsippet og foretaksstraff

Skadefølgeprinsippet setter skranker for hvilke handlinger som bør være straffbare. Systemet i straffeloven er at hjemmelen for foretaksstraff i straffeloven § 27 gjelder for overtredelse av ethvert straffebud. Det er med andre ord ikke slik at foretaksstraff er forbeholdt bestemte handlinger som bare foretak kan stilles til ansvar for. Skadefølgeprinsippet er dermed ikke ansett for å sette spesielle skranker for bruk av foretaksstraff. Siden kjerneområdet for foretaksstraff tradisjonelt har vært brudd på bestemmelser om regulering av næringsvirksomhet,³³ hvor det i mange tilfeller er mindre aktuelt med et personlig straffansvar, henger spørsmålet om brudd på slike bestemmelser bør kriminaliseres nært sammen med bruk av foretaksstraff. Dette faller imidlertid utenfor rammen av denne utredningen.

6.3.3 Foretaksstraff som siste virkemiddel

6.3.3.1 Innledning

Et sentralt kriminaliseringsprinsipp er at straff bare bør benyttes som en siste utvei (ultima ratio). Dette innebærer at det er vanskelig å rettferdiggjøre foretaksstraff hvis samme preventive effekt kan oppnås gjennom alternative og mindre inngripende sanksjonsformer, særlig inndragning, erstatningsansvar eller administrative sanksjoner.

³³ Jf. NOU 1989: 11 s. 9 andre spalte, Rt. 2000 s. 2023 (s. 2027), Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 20 og 33), Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther, *Alminnelig strafferett* s. 275 og Høivik i *TfS* 2005 s. 110–111.

6.3.3.2 Forholdet til inndragning

Straffelovens system er at det er adgang til å idømme inndragning alene eller sammen med straff, jf. § 66. Foretak kan ilegges inndragning, jf. § 27 tredje ledd. Inndragning bygger på prinsippet om at forbrytelser ikke skal lønne seg og har større preg av gjenoppretting av status quo enn klander.³⁴ Samtidig har inndragningsinstituttet også et preventivt formål.³⁵ Ved inndragning av utbytte og utvidet inndragning etter straffeloven § 67 og § 68 er tanken at det skal virke avskrekkende på potensielle lovbrutere at man risikerer å bli fratatt fordelene som oppnås ved den straffbare handlingen.³⁶ Den individualpreventive virkning i form av «uskadeliggjøring» bidrar for eksempel til å begrunne inndragning av redskaper til en straffbar handling etter § 69.

Av de opprinnelige motivene til straffeloven 1902 fremgår at adgangen til inndragning overfor foretak skulle dekke det preventive behovet for foretaksstraff – altså slik at det ikke var behov for foretaksstraff i tillegg.³⁷

«Herved er også det ofte drøftede Spørgsmaal om, hvorvidt j u r i d i s k e P e r s o n - e r bør kunne underkastes Formuesstraffe, paa en Vis løst. Naar der aabnes Adgang til at tage al ulovlig erhvervet Vinding fra dem, vil den Trang, som eller unægtelig kan føles til at lade Pengestrafen ramme dem selv i stedet for deres Forretningsførere, gjøre sig mindre gjældende.»

Synspunktet var altså at inndragningsinstituttet skulle motvirke risikoen for at foretaket dekket den fysiske gjerningspersonens bøtestraff. På samme måte som i relasjon til det personlige straffansvaret, bygger imidlertid dagens regler om foretaksstraff på at inndragning foretaksstraff er sanksjoner som utfyller hverandre. Det vil kunne være en rekke straffbare lovbrudd der foretaket ikke har oppnådd noe fordeler som kan inndras. I relasjon til inndragning av utbytte og utvidet inndragning, kan det videre være at gjenopprettingshensynet representerer en skranke for inndragning som ikke

³⁴ Se for eksempel Ot. prp. nr. 8 (1998–1999) s. 5, sml. Matningsdal, *Inndragning* s. 108 og Gröning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 651.

³⁵ Se Matningsdal, *Inndragning* s. 106–112.

³⁶ Se for eksempel Matningsdal, *Inndragning* s. 106.

³⁷ SKM 1896 s. 44 første spalte jf. s. 53 første spalte.

tilfredsstillende det preventive behovet for foretaksstraff. Hvis foretaket bare risikerer å måtte gi fra seg en uberettiget vinning, vil de mulige kostnadene ved lovbruddet kunne være beskjedne sammenlignet med de mulige fordelene ved ikke å bli oppdaget. Straffutmåling er ikke i samme grad bundet opp til oppnådde fordeler og gir dermed i større grad enn inndragning mulighet til å sikre at sanksjonens størrelse står i forhold til overtredelsens grovhet. Til dette kommer at inndragning ikke har samme karakter av klander som straff. Foretaksstraff har på denne bakgrunn en noe bredere preventiv funksjon enn inndragning. En slik tankegang kan spores i Rt. 1996 s. 624. Her ble to (islandske) fiskebåtrederier og to skippere idømt straff for ulovlig fiske i fiskevernsonen utenfor Svalbard, bruk av ulovlig redskap, unnlattelse av å gi melding om når og hvor fisket ble innledet, og manglende eller mangelfull føring av fangstdagbok. Rederiene ble også idømt inndragning. Et av spørsmålene for Høyesterett var om rederiene burde idømmes både inndragning og straff. Høyesterett besvarte spørsmålet bekreftende og uttalte:³⁸

«Det foreligger etter dette adgang til inndragning, og det er også adgang til foretaksstraff for rederiene. At inndragningsadgangen her må benyttes, finner jeg utvilsomt. Det ligger betydelig fortjenestemuligheter ved ulovlig fiske, og slikt fiske innebærer et inngrep i en ressurs det er knapphet på, og som det er viktig å ha kontroll med beskatningen av. Det kan reises spørsmål om hensiktsmessigheten av i tillegg til inndragning å utmåle foretaksstraff. Langt på vei vil det være de samme momenter som kommer inn i vurderingen av begge reaksjonsformer, og ved utmålingen må man se reaksjonene samlet. Man kan imidlertid si at foretaksstraff i noe høyere grad understreker det strafferettslige og det preventive moment i forhold til rederiene, og jeg er som herredsretten kommet til at det her også bør idømmes foretaksstraff. Den samlede reaksjon må være streng, og jeg kan ikke se at bøtestrafen eller inndragningen bør settes ned. Jeg har da også tatt i betraktning at Y HF er frifunnet for mangelfull føring av fangstdagbok og for fiske med ulovlig redskap.»

Tilsvarende løsning ble lagt til grunn i Rt. 1996 s. 1065. Her ble to utenlandske rederier og to skippere idømt bøter for underreportering av fangst og mangelfull aktivreportering og dagbokføring ved fiske i norsk økonomisk sone. Her uttalte førstvoterende:³⁹

«Forsvareren har pekt på at det ikke har vært vanlig å ilegge foretaksstraff i saker om overtredelse av fiskerilovgivningen ved siden av inndragning. Han har fremhevet at inndragningen som kan utmåles til et passende beløp i den enkelte sak, må være en tilstrekkelig reaksjon overfor rederiet

³⁸ Rt. 1996 s. 624 (s. 640–641). Se også Rt. 1995 s. 1922 og Rt. 2000 s. 1451.

³⁹ Rt. 1996 s. 1065 (s. 1067). Se også Rt. 2000 s. 2023 og Rt. 2004 s. 1449.

til et fiskefartøy. – Jeg peker på at foretaksstraff er brukt ved siden av inndragning i den forholdsvis nye saken om fiske i vernesonen rundt Svalbard i Rt-1996-624. Foretaksstraff er der begrunnet med de betydelige fortjenestemuligheter ved ulovlig fiske, og at foretaksstraff i høyere grad understreker de strafferettslige og preventive momenter i forhold til rederiene. Jeg mener at det ut fra liknende synspunkter også bør brukes foretaksstraff i den foreliggende sak. Som det fremgår av det som jeg allerede har sagt, dreier det seg om gjentatte og til dels ganske grove straffbare handlinger. Jeg peker på den betydelige underrapportering, forsøkene på å villedde kystvakten, og at det systematisk ble ventet med å sende aktivmeldinger.»

6.3.3.3 Forholdet til erstatningsansvaret

Reglene om foretaksstraff bygger historisk i noen grad på «import» av erstatningsrettslig tankegods.⁴⁰ Forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a og Høyesterettspraksis viser også at særlig det erstatningsrettslige arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1 har vært mønsterdannende for rekkevidden av foretaksansvaret.⁴¹ Matningsdal fremhever at foretaksstraffen «på mange måter er et strafferettslig arbeidsgiver- og organansvar».⁴² Det kan i og for seg anføres at sanksjonering mot foretak for lovbrudd bør overlates til privat håndhevelse gjennom erstatningskrav. Reglene om erstatningsansvar har delvis en preventiv begrunnelse som er parallell til foretaksstraffens formål. Både det ulovfestede organansvar, det ulovfestede objektive ansvar og ansvar for uforsvarlig ordning, arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven § 2-1 og kontraktsrettslig ansvar kan tenkes anvendt mot foretak. Dette er likevel en fremmed tanke i norsk rett. Erstatning forutsetter at det eksisterer en privat skadelidt som har mulighet til å forfølge erstatningskravet mot foretaket. For en rekke straffbare handlinger som kan danne grunnlag for foretaksstraff, typisk ved brudd på økonomisk reguleringslovgivning, vil imidlertid situasjonen ofte være at det ikke finnes en privat skadelidt. Reparasjonsformålet innebærer videre at erstatningssanksjonens størrelse er begrenset til skadelidtes økonomiske tap. Andre faktorer som kan påvirke vurderingen av overtredelsens grovhet og dermed styrke den preventive effekten, er dermed uten betydning for erstatningens størrelse. På samme

⁴⁰ Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 49–52 (Norge), s. 146–151 (England) og s. 157–159 (USA).

⁴¹ NOU 1989: 11 s. 16–17, Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 18–20 og Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 18).

⁴² Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 5.2, jf. Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 20).

måte som et personlig erstatningsansvar ikke er til hinder for personlig straffansvar, kan heller ikke et erstatningsansvar utelukke foretaksstraff.

6.3.3.4 Forholdet til administrative sanksjoner

Spørsmålet er her om det preventive formålet med foretaksstraff i stedet kan oppnås gjennom bruk av (mindre inngripende) administrative sanksjoner som håndheves av forvaltningen. I den norske rettspolitiske diskusjonen har det tradisjonelt vært bred enighet om at administrative sanksjoner ikke bør erstatte foretaksstraff, særlig fordi foretaksstraff anses for å ha en større preventiv effekt.⁴³ Det har imidlertid skjedd en betydelig rettsutvikling de siste årene vedrørende regulering av administrative sanksjoner som gjør at dette spørsmålet har fått ny aktualitet. Dessuten har særlig Grønning, Husabø, Jacobsen tatt til orde for å «løfte» foretaksstraffen ut av strafferetten og inn i et administrativt spor.⁴⁴

Det finnes et stort antall hjemler for administrative sanksjoner i offentligrettslig reguleringslovgivning,⁴⁵ og ved lov 27. mai 2016 nr. 15 ble det innført et nytt eget kapittel om administrative sanksjoner i forvaltningsloven kapittel IX, inkludert en generell bestemmelse om administrativ foretakssanksjon i § 46. Et sentralt fundament for denne rettsutviklingen er Sanksjonsutvalgets utredning «Fra bot til bedring».⁴⁶ Bakgrunnen for oppnevningen av Sanksjonsutvalget var blant annet at utviklingen var gått i retning av at stadig flere straffebud ble inntatt rutinemessig i særlovgivningen, men at slike straffebud ofte ble en tom trussel på grunn av manglende strafforfølgning.⁴⁷

⁴³ Se blant annet NOU 1983: 57 s. 153 første spalte og s. 155 første spalte, NOU 1989: 11 s. 10 første spalte, Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 2 og Rieber-Mohn i NTfK 1989 s. 8. Den nordiske strafferettskomité konkluderte allerede i NU 1986: 2 s. 35 også med at administrative sanksjoner ikke utgjør «något tillräckligt alternativ till en generell straffrättslig sanktion mot företag».

⁴⁴ Grønning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, s. 747–748.

⁴⁵ Et søk på «overtredelsesgebyr» i «Lover» på Lovdata viser at det nå er 89 lover som gir hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr (siste søk fortatt 9. mai 2021). I tillegg er det 3 lovbestemmelser om overtredelsesgebyr som ikke er trådt i kraft. Jeg har ikke inkludert fellesbestemmelsene om administrative sanksjoner i forvaltningsloven. Jeg har også ekskludert endringslover for å unngå at samme hjemmel blir regnet med to ganger.

⁴⁶ NOU 2003: 15.

⁴⁷ Mandatet er inntatt i NOU 2003: 15 s. 35–38.

Og selv hvor straffetrusselen ble realisert kunne det reises spørsmål om dette er var den beste måten å håndheve loven på. I mandatet til Sanksjonsutvalget ble det videre fremhevet at det hersker en til dels overdreven tro på straff som virkemiddel, kombinert med at andre sanksjoner er for lite utviklet.

Sanksjonsutvalget utarbeidet hovedprinsipper for bruk av henholdsvis administrative sanksjoner og straff for brudd på offentligrettslig reguleringslovgivning.⁴⁸ I normaltillfellene vil en slik administrativ sanksjon oppleves mindre inngripende enn straff. Et hovedprinsipp var derfor etter utvalgets syn at straff bør underlegges et kvalifikasjonskrav. Dette innebærer at straff forbeholdes alvorlige overtredelser, mens man ellers nøyer seg med en administrativ sanksjon.⁴⁹ Utvalget foreslo videre en regelverksreform i tre trinn. Et første trinn var å etablere rammene for et helhetlig administrativt sanksjonssystem gjennom endringer i forvaltningsloven, straffeprosessloven og tvangsfullbyrdelsesloven. I tillegg skulle det i tråd med utvalgets prinsipper gis generelle anbefalinger for bruk av administrative sanksjoner og straff.⁵⁰ Sanksjonsutvalget anbefalte at hjemmel for administrative sanksjoner og straff fortsatt skulle stå i særlovgivningen, og utarbeidet mønsterbestemmelser for hvordan dette kunne reguleres.⁵¹ Utvalget anbefalte i den forbindelse at administrative sanksjoner kunne ilegges foretak, og foreslo en mønsterbestemmelse for dette.⁵² Trinn to av den foreslåtte regelverksreformen var at det nye systemet skulle gjennomføres for ny lovgivning og trinn tre at eksisterende særlover skulle gjennomgå og endres der det er behov.

Justisdepartementet fulgte opp deler av Sanksjonsutvalgets anbefalinger i Prop. 62 L (2015-16). Det mest omfattende forslaget var det nye kapitlet om administrative

⁴⁸ NOU 2003: 15 kapittel 10.

⁴⁹ NOU 2003: 15 s. 144 andre spalte og 153–154.

⁵⁰ Utvalgets forslag til første trinn behandles i NOU 2003: 15 del III.

⁵¹ Jf. NOU 2003: 15 punkt 26.1.

⁵² NOU 2003: 15 punkt 13.10.

sanksjoner i forvaltningsloven kapittel IX som ble vedtatt ved lov 27. mai 2016 nr. 15. Her er inntatt en generell definisjon av «administrative sanksjoner» i § 43 andre ledd som følger:

«Med administrativ sanksjon menes en negativ reaksjon som kan ilegges av et forvaltningsorgan, som retter seg mot en begått overtredelse av lov, forskrift eller individuell avgjørelse, og som regnes som straff etter den europeiske menneskerettskonvensjon.»

Med «negativ reaksjon» menes typisk overtredelsesgebyr og administrative rettighetstap som er nærmere regulert i §§ 44 og 45. Men definisjonen dekker også andre typer vedtak, som for eksempel administrativ inndragning, tap av offentlig ytelse og formell advarsel.⁵³ En administrativ sanksjon «ilegges av et forvaltningsorgan», typisk tilsynsmyndigheter som Konkurransetilsynet, Arbeidstilsynet eller Finanstilsynet. Den skal være en reaksjon mot «overtredelse av lov, forskrift, eller individuell avgjørelse». Individuelle avgjørelser vil ofte være enkeltvedtak, men er ikke begrenset til dette. Enkelte pålegg vil omfattes selv om de ikke oppfyller kravene til enkeltvedtak.⁵⁴

Administrative sanksjoner etter forvaltningslovens definisjon dekker bare reaksjoner som regnes som «straff etter den europeiske menneskerettskonvensjonen». Meningen er at straffebegrepet i EMK artikkel 6, 7 og protokoll 7 artikkel 4 skal være avgjørende for rekkevidden av begrepet «administrative sanksjoner». Dette har også som konsekvens at EMKs vern i relasjon til straff får anvendelse på administrative sanksjoner etter forvaltningsloven. Systemet er videre at forvaltningsloven §§ 44–45 inneholder generelle bestemmelser overtredelsesgebyr og administrativt rettighetstap. Bestemmelsene gir ikke selvstendige hjemler for å ilegge slike sanksjoner. Hjemmelen må inntas i den enkelte særlov, men bestemmelsene i forvaltningsloven inneholder nærmere felles bestemmelser slike sanksjoner.

⁵³ Prop. 62 L (2015–2016) s. 194 første spalte.

⁵⁴ Prop. 62 L (2015–2016) s. 194 andre spalte.

Når det så gjelder forholdet mellom foretaksstraff og administrative sanksjoner er den nye bestemmelsen om foretakssanksjon i forvaltningsloven § 46 sentral. Den er skåret over samme lest som straffeloven § 27 og § 28 om foretaksstraff. Begrunnelsen for regelen er at siden reguleringslovgivning i praksis ofte retter seg mot økonomisk virksomhet, som gjerne drives av foretak, er det klart behov for å kunne ilegge administrative sanksjoner mot foretak.⁵⁵ Dette gjelder både hvor foretaket som sådan er pliktsubjekt og når fysiske personer som opptrer på dets vegne må anses som pliktsubjekt.

I takt med denne fremveksten av administrative sanksjoner mot foretak blir spørsmålet om dette bør *erstatte* bruk av foretaksstraff for de lovbrudd som kan gi grunnlag for overtredelsesgebyr. Departementet vurderte dette i forarbeidene til de nye bestemmelsene i forvaltningsloven, og kom til at det både av preventive grunner og av hensyn til at det vil være uheldig at foretak «slipper unna» med administrativ sanksjon når fysiske personer risikerer straff, at det fortsatt bør være mulighet til å anvende straff for de mest alvorlige overtredelsene.⁵⁶

«Både strafferettslige bøter og overtredelsesgebyr kan innebære betydelige økonomiske sanksjoner ved overtredelser. Spørsmålet er om en overfor foretak, på grunn av muligheten for å benytte administrativ foretakssanksjon, bør utelukke muligheten for å anvende foretaksstraff (bot), eller om man skal ha det som en mulighet ved siden av administrative foretakssanksjoner.

I utgangspunktet er både foretaksstraff og overtredelsesgebyr egnede virkemidler for å oppnå regeletterlevelse. Så langt foretakene driver økonomisk virksomhet, er det grunn til å tro at økonomiske sanksjoner kan ha tilstrekkelig preventiv virkning, forutsatt at lovbrudd i rimelig grad forfølges. Forutsetningen for å kunne bruke en administrativ sanksjon må normalt være at det på forhånd finnes et organ som kan behandle saker om administrative sanksjoner.

Et sentralt spørsmål blir hvorvidt det, med sikte på de alvorligste overtredelsene, er ønskelig å beholde straff som sanksjon overfor foretakene, selv om det er mulig å innføre ordninger med overtredelsesgebyr. Etter omstendighetene kan dette, særlig av preventive grunner, være ønskelig. Også med sikte på foretakene kan bruk av straff markere det særlige alvorret ved visse overtredelser. Denne virkningen er det vanskeligere å oppnå kun gjennom bruk av overtredelsesgebyrer. Det kan også fremstå som uheldig, særlig ved alvorlige lovbrudd, om det er mulig å ilegge fysiske personer straff for en bestemt handling, mens foretaket «slipper unna» med en administrativ sanksjon. I tillegg kommer at det, hvis fysiske personer forfølges i straffeprosessuelle former, kan være praktisk at også foretaket forfølges på denne måten. Etter departementets opplegg legges det

⁵⁵ Prop. 62 L (2015–2016) s. 56 første spalte.

⁵⁶ Prop. 62 L (2015–2016) s. 56–57:

imidlertid som utgangspunkt ikke opp til at saker om overtredelsesgebyr kan tas med som et sivilkrav i en straffesak, jf. punkt 17.4.3.»

Departementet fremhevet også at selv om overtredelsesgebyr ofte må anses som et mindre inngripende virkemiddel, kan gebyrets størrelse bli så høyt og sanksjonen dermed så inngripende, at hensynet til rettsikkerhet i seg selv kan tilsi at straffespolet bør velges.⁵⁷

Så langt kan det derfor legges til grunn at hensikten med fremveksten av administrative sanksjoner i lovgivningen generelt og administrativ foretakssanksjon spesielt har vært å redusere behovet for å bruke straff ved brudd på offentligrettslig reguleringslovgivning, samtidig som administrative sanksjoner verken skal eller bør erstatte foretaksstraff ved de mest alvorlige overtredelsene.

Slik administrative sanksjoner er regulert i dag, er jeg enig med departementet i at det fortsatt bør være mulighet til å reagere med foretaksstraff ved alvorlige brudd på offentligrettslig reguleringslovgivning. I tillegg til argumentene som departementet fremhever, vil jeg påpeke at politi- og påtalemyndigheten gjennomgående har bedre etterforskningskompetanse enn forvaltningen. Straffeprosessen gir også politiet mulighet til å anvende etterforskningsmetoder som forvaltningen ikke har. I de sakene som politiet faktisk prioriterer, kan dette innebære en større oppdagelsesrisiko og flere domfellelser. Dersom forvaltningen helt skal «overta» sanksjonering av foretak for alvorlige lovbrudd, vil dette kreve etterforskningskompetanse og kanskje innføring av tvangsmidler for forvaltningen som ikke er til stede i dag. Til dette kommer at administrative sanksjoner ofte vil anses som straff etter EMK, noe som innebærer at samme rettssikkerhetsgarantier som gjelder for straffeprosessen langt på vei vil måtte ivaretas ved bruk av administrative sanksjoner, jf. forvaltningsloven § 43 andre ledd.

I forlengelsen av departementets uttalelse om at straff markerer «det særlige alvorret ved visse overtredelser» skal dessuten påpekes at straff vil kunne ha en sterkere omdømmeeffekt enn en administrativ sanksjon. Men hvis det i begge tilfeller er tale

⁵⁷ Prop. 62 L (2015–2016) s. 56 første spalte.

om en bot, og nivået er det samme, er det likevel usikkert om omdømmeeffekten blir nevneverdig forskjellig.⁵⁸

Innenfor bestemte sektorer av offentligrettslig reguleringslovgivning, hvor håndhevingsmyndighet kan kombineres med en sterk tilsynsmyndighet, kan det likevel være formålstjenlig å utelukke muligheten for foretaksstraff. Dette er i dag gjennomført i konkurranseloven. Ved en lovendring av 14 juni 2013 nr. 35 ble konkurranselovens sanksjonsbestemmelser endret slik at foretak ikke (lenger) straffes for brudd på konkurranseloven, jf. § 32 tredje ledd. Begrunnelsen var dels å øke foretaks insentiver til å søke om lempning av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 30 og § 31, og dels at nivået på overtredelsesgebyr normalt vil være høyere enn en strafferettslig bot.⁵⁹

Lovendringen bygger på en forutsetning om at administrative sanksjoner mot foretak for brudd på konkurranseloven vil ha større preventiv effekt og kunne håndheves mer effektivt enn foretaksstraff. Konkurransetilsynet, som håndhever konkurranseloven, har spesialkompetanse på det aktuelle regelverket og vil i mange tilfeller være bedre rustet enn politi- og påtalemyndighet til å håndtere etterforskning og brudd på reglene. Ved å oppheve foretaksstraff for brudd på konkurranseloven, ligger forholdene også bedre til rette for effektiv gjennomføring av lovens mer finmaskede sanksjonssystem med overtredelsesgebyr, kartellforlik og lemping, jf. konkurranseloven § 29–31.

Det kan naturligvis tenkes at tilsvarende system som i konkurranseloven kan innføres i andre sektorer også. Forutsetningen for at dette skal fungere må være en sterk, fagkompetent tilsynsmyndighet som har ressurser til å etterforske, kombinert med et fleksibelt sanksjonsregelverk som også tar høyde for effektiv sanksjonering av de groveste lovbruddene. Dette må vurderes konkret innenfor hver enkelt sektor.

⁵⁸ Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 95 med videre henvisninger.

⁵⁹ Prop. 75 L (2012–2013) s. 40 og s 56–57.

Ved andre typer lovbrudd enn overtredelser av offentlig reguleringslovgivning, hvor administrative sanksjoner kan inngå i en helhetlig tilsynsordning med en sterk tilsynsmyndighet, er det etter min oppfatning vanskelig å se tilstrekkelige grunner til at foretaksstraff skal kunne erstattes med administrative sanksjoner uten en fullstendig omlegging av reaksjonssystemet. Gröning, Jacobsen og Husabø har imot dette tatt til orde for at foretak *ikke* bør sanksjoneres med foretaksstraff, «men heller rammes av administrative reaksjoner, eventuelt en type andre strafferettslige reaksjoner».⁶⁰ Deres begrunnelse er ikke først og fremst knyttet til straff som «ultima ratio», men til den klassiske innvendingen mot foretaksstraff: «Straffansvar for foretak er ikke forenlig med det straffebegrepet som har de beste grunnene for seg».⁶¹ Forfatterne mener at det sentrale kjennetegnet ved straff er «den offentlige, formaliserte klanderer».⁶² Synspunktet er at foretaksstraff ikke passer i dette systemet fordi foretak mangler den grunnleggende (moralske) skyldene som strafferetten bygger på. Jeg skal vurdere dette synspunktet nærmere i 6.5 nedenfor.

En annen sak er at et tosporet system fører til at samme overtredelse etter omstendighetene kan gi grunnlag for både administrative sanksjoner og straff. Dette skaper behov for samordning mellom forvaltningen og påtalemyndigheten ved reaksjonsfastsettelsen, blant annet for å unngå konflikt med forbudet mot gjentatt strafforfølgning etter EMK protokoll 7 artikkel 4.⁶³ Dette gjelder imidlertid også for sanksjoner mot fysiske personer. I dag er dette løst gjennom forvaltningens- og påtalemyndighetens samordningsplikt etter henholdsvis forvaltningsloven § 47 og straffeprosessloven § 229 tredje ledd. Om det er behov for lovendring vedrørende samordning av foretaksstraff og administrative sanksjoner kommer jeg tilbake til i vurderingen av foretaks straffeprosessuelle stilling i 11 nedenfor.

⁶⁰ Gröning, Husabø, Jacobsen *Frihet, forbrytelse og straff* s. 747.

⁶¹ Gröning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 747.

⁶² Gröning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 9.

⁶³ Se Prop. 62 L (2015–2016) kap. 17 med videre henvisninger.

6.3.3.5 Forholdet til det personlige straffansvaret

I forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a uttalte departementet at foretaksstraff «er av supplerende karakter» i forhold til det personlige straffansvaret.⁶⁴ Høyesterett har imidlertid slått fast i Rt. 2004 s. 1457 at dette ikke kan forstås slik at foretaksstraff skal begrenses til tilfeller hvor en personlig ansvarlig gjerningsperson blir straffet og dette ikke gir tilstrekkelig preventiv effekt:⁶⁵

«Det er riktig som forsvareren har påpekt, at det i Ot.prp.nr.27 (1990–1991), punkt 2.3 er uttalt at straffansvar for foretak «er av supplerende karakter» i forhold til det personlige straffansvaret. Denne uttalelse kan imidlertid ikke forstås slik at det er et vilkår for å ilegge foretaksstraff at de personlig ansvarlige blir straffet, og at foretaksstraff bare kan anvendes dersom straffeforfølgning av de personlig ansvarlige ikke gir tilstrekkelig preventiv effekt. Hovedbegrunnelsen for foretaksstraff er at man ved å straffe foretaket i tillegg til de personlig ansvarlige, styrker straffebudenes preventive effekt ved at man unngår «ansvarspulverisering» og foretakene får et incitament til å hindre at lovbrudd blir begått, se nærmere Matningsdal/Bratholm, op. cit. sidene 392-393. Foretaksstraff må imidlertid også kunne anvendes i tilfeller hvor handlingen har en slik tilknytning til foretaket at det er foretaket som peker seg ut som det naturlige ansvarssubjekt eller det av andre grunner vil være urimelig å legge ansvaret på noen enkeltperson, jf. Matningsdal/Bratholm, op. cit. side 393. Dette kan ikke bare gjelde i tilfeller hvor lovbruddet har funnet sted i foretakets interesse, men også hvor det er foretakets ledelse eller styrende organer som har tatt initiativ til og/eller står bak lovbruddet. Som tidligere nevnt, vil foretaksstraff i slike tilfeller være særlig sterkt legislativt begrunnet»

Foretaksstraff kan med andre ord anvendes uavhengig av om det er aktuelt å ilegge et personlig straffansvar. Foretaksstraff for anonyme- og kumulative feil viser også at foretaksstraff er aktuelt hvor det ikke finnes en personlig ansvarlig gjerningsperson. Under kan-skjønnet etter straffeloven § 28 bokstav g skal det legges vekt på «om andre reaksjoner som følge av lovbruddet blir ilagt foretaket eller noen som har handlet på vegne av det, blant annet om noen enkeltperson blir ilagt straff». Dette betyr at det er lagt opp til et nokså fleksibelt system hvor domstolen etter en konkret vurdering kan balansere behovet for personlig straffansvar og foretaksstraff i hvert enkelt tilfelle.

Etter min oppfatning er det i lys av dette lite treffende å betegne foretaksstraffen som «supplerende» til det personlige ansvaret, særlig fordi det lett gir uriktige assosiasjoner til at ansvaret forutsetter et personlig straffansvar. Foretaksstraff har en særegen begrunnelse som kan og bør ilegges uavhengig av om det ilegges et personlig

⁶⁴ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) punkt. 2.3.

⁶⁵ Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 23).

straffansvar. At behovet for foretaksstraff vil kunne variere avhengig av hvilke fysiske personer som har begått lovbruddet foretaket straffes for endrer ikke dette.

6.4 Er nyttevirkningene klart større enn eventuelle skadevirkninger av foretaksstraff?

Selv om foretaksstraff er egnet til å effektivisere straffebudets preventive effekt, og dette formålet ikke kan realiseres alene gjennom alternative sanksjoner, blir spørsmålet om foretaksstraff likevel kan ha uønskede bieffekter som gjør foretaksstraff uhensiktsmessig eller urimelig. Rettsøkonomer har pekt på at det er en fare for at foretaksstraffen kan virke for preventivt («overdeterrence»), i den forstand at foretakene bruker uforholdsmessig mye ressurser på å føre tilsyn og kontroll med at lovregler blir fulgt i virksomheten. Dette kan etter omstendighetene være samfunnsøkonomisk ineffektiv bruk av ressurser.⁶⁶ En annen mulig negativ virkning, særlig ved høye bøtenivåer, er at straffens økonomiske byrde i for stor grad veltes over på uskyldige aksjonærer og arbeidstakere og kunder.⁶⁷ I lys av studier av næringslivets nokså omfattende innflytelse på den amerikanske lovgivningsprosessen, har det i den amerikanske diskusjonen om foretaksstraff dessuten vært anført at store selskaper i noen tilfeller ser seg bedre tjent med lovgivning som gir hjemmel for foretaksstraff enn lovgivning som gir hjemmel for sivile sanksjoner og personlig straffansvar. Begrunnelsen er at kostnadene ved sistnevnte sanksjonstyper kan være større for selskapene enn foretaksstraff. Dette leder i sin tur til at foretaksstraff vil kunne bidra til å svekke muligheten til å forhindre lovbrudd («underdeterrence») sammenlignet med andre sanksjoner.⁶⁸ Denne argumentasjonslinjen har neppe stor overføringsverdi til norske forhold. Foretaksstraff fungerer ikke som en erstatning for et personlig straffansvar, og det er lite som tyder på at foretaksstraff har redusert bruk av straff mot

⁶⁶ Jf. for eksempel Fischel & Sykes i *J. Legal Stud.* 1996 s. 321 og s. 332, Kobayashi i *Geo. Wash. L. Rev.* 2001 s. 744 og Beale & Safwat i *Buff. Crim. L. Rev.* 2004–2005 s. 99.

⁶⁷ Jf. for eksempel Coffee i *Mich. L. Rev.* 1980–1981 s. 386–387.

⁶⁸ Jf. Khanna i *Wash. U. L. Q.* 2004 s. 98.

fysiske personer. Men et lignende argument har vært fremført i den norske debatten om virkningen av at skyldkravet for foretaksstraff ikke ble videreført i straffeloven § 27. I en kommentar til denne lovendringen bemerket advokat Karl Wahl-Larsen:⁶⁹

«En fordel for foretakene ved et rent objektivt straffansvar er at det ikke konstateres uaktsomhet som er et vilkår for erstatningskrav mot foretaket. I dag ser man en klar trend i retning av at skadelidte og deres advokater ser vedtagelse av forelegg med foretaksstraff som en klar erkjennelse av uaktsomhet, selv om det formelt sett ikke er grunnlag for å trekke en slik slutning. Når straffansvaret er rent objektivt, må spørsmålet om utvist uaktsomhet vurderes på selvstendig grunnlag i en erstatningssak.»

I tillegg er det viktig at (ny) lovgivning om sanksjoner mot foretak ikke må føre til at straff i realiteten fungerer som en mildere reaksjon enn alternativene. Et slikt synspunkt var et ledd i begrunnelsen for å avkriminalisere foretaksstraff for brudd på konkurranseloven, jf. konkurranseloven § 32.⁷⁰ Finanstilsynet traff 30. april 2021 et vedtak om overtredelsesgebyr mot DnB på 400 millioner kroner for brudd på hvitvaskingsloven.⁷¹ Dette bærer bud om et gebyrnivå i slike saker som ligger et godt stykke over hva som til nå har vært vanlig i saker om foretaksstraff.

6.5 Ansvarsnivået: Forholdet til skyldprinsippet som moralsk rettfærdighetskrav for bruk av straff

6.5.1 Innledning

Straffens karakter av et onde innebærer «... at bruk av straff krever en moralsk berettigelse utover straffens nyttevirksomheter.»⁷² Når det gjelder ansvarsbetingelsene for et personlig straffansvar, står tradisjonelt skyldkravet sentralt for denne moralske

⁶⁹ Jf. Wahl-Larsen i *Festskrift Hydro* s. 378.

⁷⁰ Se 6.3.3.4 ovenfor.

⁷¹ Se [Vedtak om overtredelsesgebyr - Finanstilsynet.no](#).

⁷² Jf. NOU 2002: 4 s. 82 andre spalte.

berettigelsen for bruk av straff. Dette synspunktet kom eksplisitt til uttrykk gjennom mindretallets votum i Rt. 2002 s. 509:⁷³

«Etter vanlig oppfatning er straff et tilsiktet onde det offentlige påfører en lovbryster. Påføring av et slikt onde krever en moralsk berettigelse. Straff må også være rettferdig. Sentralt i rettferdighetskravet står etter vår rettstradisjon vilkåret om subjektiv skyld: Gjerningsmannen må kunne bebreides for det han har gjort.»

Skyldprinsippet bygger på humanistiske verdier om en grunnleggende respekt for enkeltindividets selvstendighet. Skyldkravet bygger også på en grunnleggende forutsetning om en *fornuftsevne*, eller kapasitet til fri refleksjon og evne til å la seg påvirke og lede av gode grunner. Bare da gir det mening å klandre gjennom straff for å påvirke personen som straffes. Skyldkravet sikrer videre at straff bare rammer personer med moralsk kapasitet, det vil si personer som kan stå moralsk ansvarlig for sine handlinger. Dette er nødvendig fordi straff er klander. Klander er bare rettferdig om den som klandres har kapasitet til moralsk ansvarlighet. Det er dermed en tilnærmet logisk forbindelse mellom klander og ansvarlighet. Vi «klandrer» ikke små barn, sinnsyke eller dyr.

Et personlig straffansvar uten skyld vil innebære at straff rammer den som ikke kunne innrette seg etter loven. Det medfører at individet fratras muligheten til å forutse konsekvenser av sine handlinger, og dermed muligheten til å planlegge sitt liv. Dermed fratras individet en grunnleggende trygghet som er en forutsetning for et godt liv. Straffen rammer som en ulykke. Vi slutter å behandle personer som moralsk ansvarlige for sine handlinger. Vi «ofrer» individer for å sikre et samfunnsformål (prevensjon). En slik ordning er inhuman og ubarmhjertig. Det kan i forlengelsen av dette anføres at skyld ikke bare er en moralsk juridisk *skranke* for bruk av straff, men også konstituerende for straffen. Eller sagt på en annen måte: Straff uten skyld er straff uten klander, og uten klander opphører sanksjonen å være straff.⁷⁴

⁷³ Rt. 2002 s. 509 (s. 528)

⁷⁴ Sml. Asp, *EG:s sanktionsrätt*, s. 382.

6.5.2 Kan skyldprinsippet også rettfærdiggjøre bruk av foretaksstraff?

Spørsmålet om skyldprinsippet også kan legitimere bruk av foretaksstraff er omstridt. Internasjonalt har diskusjonen røtter tilbake til 1200-tallet. Frontene har vært og er fortsatt nokså skarpe. Den ene hovedposisjonen tar utgangspunkt i at foretak er en rettslig konstruksjon som ikke eksisterer i virkeligheten slik som fysiske personer. Slike juridiske personer er en «fiksjon», og har derfor verken strafferettslig handle- eller skylddevne. Denne posisjonen, «societas delinquere non potest», har røtter tilbake til kanonisk rett. Opprinnelsen er hevdet å være Pave Innocense IV som slo fast allerede i 1245 at kollektive enheter, som bysamfund og kommuner ikke kunne straffedømmes.⁷⁵ Men posisjonens innflytelse på den (mer) moderne europeiske strafferettstenkning kan spores til Savignys «fiksjonsteori», som har samme innhold. Den ble utformet på midten av 1800 tallet og har hatt stor innflytelse på europeisk og nordisk tenkning om foretaksstraff helt opp til vår tid. Det er fortsatt en rekke land som på grunnlag fiksjonsteorien ikke anerkjenner foretaksstraff, blant annet Sverige og Tyskland.⁷⁶

Den andre hovedposisjonen er at det eksisterer et pragmatisk behov for å straffe foretak fordi så stor del av samfundnets aktiviteter er organisert gjennom slike kollektive enheter, samtidig som rettssystemet tilskriver disse en rekke plikter. I moderne tid er behovet nærmere begrunnet i de preventive virkninger som er skissert ovenfor i 6.2. Denne pragmatismen fikk på 1800-tallet drahjelp fra Gierke's «realitetsteori». Gierke bestred Savignys fiksjonsteori. Han anførte at foretak er en faktisk realitet, og at foretakenes interne organisasjon kan sammenlignes med menneskelige organer. I Norge fikk denne posisjonen først gjennomslag i erstatningsretten gjennom utviklingen av organansvaret og arbeidsgiveransvaret, og senere i strafferetten.⁷⁷ Av OECDs

⁷⁵ Hurwitz, *Kollektive Enheders pønale ansvar* s. 10–11.

⁷⁶ Se 5.1 ovenfor.

⁷⁷ Se 6.3.3.3 ovenfor.

komparative undersøkelse fremgår at 27 av 41 (66 %) medlemsstater har regulert foretaksansvaret for korrupsjon overfor utenlandske offentlige tjenestepersoner som utelukkende et *straffansvar*, mens to land bruker både administrative og strafferettslige sanksjoner (USA og Mexico).⁷⁸

Etter andre verdenskrig, og særlig fra 1960-tallet har det pågått en parallell moralteoretisk diskusjon om kollektive enheters moralske ansvarlighet. Diskusjonen er relevant for spørsmålet om skyldprinsippet som moralsk rettferdighetskrav for foretaksstraff, på grunn av den nære forbindelsen mellom strafferettslig ansvarsevne og moralsk ansvarsevne. Uten moralsk ansvarsevne kan det hevdes å være problematisk å straffe foretak. Posisjonene kan inndeles i to hovedkategorier. Den individualistiske posisjonen hevder at moralsfæren er forbeholdt mennesker som «moralske agenter», og at alle moralske handlinger, forpliktelser og vurderinger som vi tilskriver foretak kan og må reduseres til enkeltindividers handlinger. Denne individualistiske posisjonen er at det ikke gir mening å adressere klander til foretak fordi dette er en rettslig konstruksjon som ikke sådan har evne til moralske vurderinger eller respondere på kritikk.⁷⁹ I forlengelsen av dette hevdes gjerne at slik klander i realiteten rammer uskyldige enkeltindivider, typisk aksjonærer eller ansatte som ikke har deltatt i den klanderverdige handlingen.

Den andre posisjonen tar et *kollektivistisk* utgangspunkt om at foretak som sådan kan tilskrives moralsk ansvarlighet. Argumentasjonslinjene varierer, men et fellestrekk er utgangspunktet om at foretak må anses som et fenomen som eksisterer utover rettsregler eller praksis som konstituerer dem. Noen viser til at vi i alminnelig språkbruk klandrer kollektive enheter på samme måte som vi klandrer mennesker.⁸⁰ Andre vektlegger at foretak (av en viss størrelse) har en sentralisert beslutningsstruktur,

⁷⁸ OECD, *Liability for Legal Persons* s. 21–22. Ett land, Argentina, hadde på dette tidspunktet ikke innført sanksjoner mot foretak for korrupsjon.

⁷⁹ Se for eksempel Velasquez i *Business and Professional Ethics Journal* 1983.

⁸⁰ Se for eksempel Cooper i *Philosophy: The Journal of the Royal Institute of Philosophy* 1948.

med en organisasjon, prosedyrer for beslutninger og retningslinjer.⁸¹ Denne beslutningsstrukturen er mottakelig for kritikk og moralske vurderinger, samtidig som den forutsetter at foretaket som sådan har en kollektiv vilje. En tredje argumentasjonslinje er at medlemmene i kollektive enheter har en felles vilje og formål når de handler som ledd i den kollektive enheten. Dermed kan man identifisere enheten med enkeltpersoners handlinger og vilje. En siste argumentasjonslinje som skal nevnes her, tar utgangspunkt i at virksomhet som drives i foretak ikke er en moralfri sone. Vi tilskriver foretak moralske forpliktelser, som å beskytte menneskerettigheter og ikke skade miljøet. Å benekte foretaks moralske ansvarlighet blir da å frita dem fra å etterleve disse forpliktelsene, noe de fleste vil være uenig i. I forlengelsen av dette hevdes at et foretaks moralske ansvarlighet ikke er identisk med menneskelig moralsk ansvarlighet.

I Norge har utviklingen av foretaksstraff vært preget av pragmatisme og lite diskusjon om spenningsforholdet til skyldprinsippet. Fjerningen av skyldkravet i straffeloven § 27 har vært kritisert fra flere hold,⁸² men utover dette har det vært lite kritikk å spore verken i rettsdogmatiske eller moralteoretiske arbeider. I nyere strafferettsteori har imidlertid professor Jørn R. Jacobsen tatt til orde for å løfte foretaksstraff ut av strafferetten og inn i et eget sanksjonssystem.⁸³ Hans posisjon er nær knyttet til fiksjonsteorien og koblingen mellom straff som klander og (menneskelig) moralsk ansvarlighet. Jacobsen hevder at foretak mangler «autonom moralsk kapasitet» som skyldprinsippet forutsetter.⁸⁴ Og når skyldprinsippet på denne måten settes ut av kraft overfor foretak, «trer ein samstundes prinsipielt sett ut av strafferetten si sfære».⁸⁵ Dette fordi skyld må anses for å være *konstituerende* for straffebegrepet. Uten krav om skyld

⁸¹ Se for eksempel French i *American Philosophical Quarterly* 1979.

⁸² Se 7.5 nedenfor.

⁸³ Se særlig Jacobsen i *Tidsskrift for Strafferett* 2009. Tilsvarende synspunkt er lag til grunn i Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 745–748.

⁸⁴ Jacobsen i *Tidsskrift for Strafferett*, 2009 s 61 og Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 746.

⁸⁵ Jacobsen i *Tidsskrift for Strafferett*, 2009 s. 61.

endrer sanksjonen karakter og opphører å være klandrende.⁸⁶ I forlengelsen av dette anføres at å reagere mot foretak med en annen reaksjon enn straff «ville bidra til å opprettholde rettsordenen generelt og strafferetten spesielt som et prinsipielt holdbart system».⁸⁷ Denne posisjonen har (fortsatt) fotfeste i for eksempel Sverige og Tyskland som ikke anerkjenner foretaksstraff, men som i stedet har utviklet parallelle bøtesanksjoner som ligner, men som prinsipielt anses som noe annet enn straff.⁸⁸

Jeg mener det er viktig å beholde foretaksstraff i strafferetten. Jeg er imidlertid som utgangspunkt enig i at koblingen mellom straff som klander og krav om moralsk ansvarlighet står i fare for å bryte dersom foretak ikke kan tilskrives moralsk kapasitet. Men det er ikke tilstrekkelig å avvise foretaks moralske kapasitet med begrunnelsen at det «bare» er en rettslig konstruksjon.

For det første er ikke foretak bare en rettslig konstruksjon. Det er også en sosial konstruksjon – eller en institusjon – for samhandling og samarbeid mellom mennesker. Organiseringen av samfunnet er preget av en rekke slike institusjoner. Noen konstrueres som subjekter, slik som for eksempel foretak, nasjonalstater og EMD. Andre er konstruert som objekter, som for eksempel penger. Rettssystemet kan i seg selv forstås som en sosial konstruksjon som ikke kan direkte oversettes til en fysisk størrelse. Det samme gjelder strafferettslige begreper som skyld og forsett, eller moralteoretiske konsepter som «moralisk kapasitet». Selv om slike sosiale konstruksjoner kan betraktes som «fiksjon» i betydningen menneskeskapte ideer eller fantasier, gir det liten mening å anse dem for ikke å eksistere i vår virkelighet. Når det gjelder aktivitet som drives i foretak, involverer dette alltid mennesker, men slike aktiviteter kan likevel ikke forklares eller beskrives på en tilfredsstillende måte bare gjennom individuelle handlinger. På spørsmålet om hvem som produserer joggeskomodellen Nike, Vaporfly, gir det mening å svare selskapet Nike. Det gir liten

⁸⁶ Jf. Asp, *EG:s sankonsträtt*, s. 382.

⁸⁷ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 748.

⁸⁸ Se 5.1 ovenfor.

mening å svare ved hjelp av (navnet på) alle individer som har deltatt i produksjonen. Dommeren som beslutter varetektsfengsling av en siktet gjør det ikke på grunnlag av dommerens individuelle ønske og vilje. Dommeren gjør det fordi staten har gitt instruks om det. Dette handler ikke bare om språkbruk. Det handler om beskrivelser og forklaringer på virkelige hendelser og handlinger. Dersom foretak ekskluderes fra strafferetten fordi foretak skal anses som en fiksjon uten *moralsk ansvarlighet*, er konsekvensen av dette at vi ekskluderer fra moralsfæren og strafferetten en rekke handlinger som ikke meningsfullt kan forklares gjennom isolerte individuelle handlinger.

For det andre er det heller ikke slik at påstanden om at foretak mangler den type moralske kapasitet som klander forutsetter er ubestridt. Som beskrevet ovenfor er det i moralteorien utviklet flere argumentasjonslinjer som begrunner at det gir mening å tilskrive foretak moralsk ansvarlighet. Etter min mening, er det sentralt å fremheve at foretak er et komplekst fenomen, og det er lite tilfredsstillende og heller ingen grunn til å utvikle én enkelt forklaring som skal beskrive alle sider ved dette fenomenet. Foretak som fenomen har en rekke egenskaper avhengig av sammenhengen det inngår i. Noen ganger forstås foretak og virksomhet som drives der best som et system for kollektive sentraliserte beslutningsprosesser, noen ganger som et nettverk av avtalelignende disposisjoner, noen ganger som bestemte enkeltindividers handlinger og noen ganger som uformell fast praksis.

I relasjon til moralsk ansvarlighet er det etter min oppfatning avgjørende om foretak som kollektiv enhet kan foreta moralske vurderinger og la seg påvirke av grunner, kritikk og klander i form av straff. I den forbindelse er det ikke tvilsomt at foretak som system for beslutningsprosesser faktisk treffer beslutninger basert på informasjon og grunner. Det er også klart at slike beslutningsprosesser kan involvere moralske avveininger. Foretak som system er i den forbindelse også responsive for kritikk og klander. Et eksempel på dette er da (daværende) Statoil i 2003 ble ilagt et forelegg på kr 20.000.000 for påvirkningshandel i Iran, og inngikk en avtale (formelt ikke straff) med amerikanske myndigheter, som både inneholdt en bot og såkalt «monitorship» i

relasjon til det samme forhold. Denne reaksjonen førte til et stort arbeid i selskapet for å forbedre selskapets systemer for å forhindre korrupsjon.

Jeg mener derfor at det etter omstendighetene gir god mening å tilskrive foretak en moralsk kapasitet. Hva er så konsekvensen av dette i relasjon til skyld og klander? Hva er det vi klandrer et foretak for? Også her vil svaret bero på sammenhengen. I noen tilfeller klandrer vi foretaket for en aktiv handling begått av et enkeltindivid. Kanskje særlig gjelder dette når handlingen er begått av en leder eller flere personer i ledelsen. Andre ganger kan foretaket klandres for ikke å ha forhindre en handling begått i organisasjonen. Her trer foretaket som *system* frem i forgrunnen. Vi bruker gjerne uttrykk som «systemsvikt» i denne sammenhengen. Slik klander forutsetter at foretaket (forstått som system) kunne forhindre handlingen. Om dette er tilfellet involverer *også* – men ikke bare – enkeltindividens kunnskap og kognitive evner.

Av dette følger etter min oppfatning at det gir mening å tilskrive foretak moralsk kapasitet og *skyld* og dermed at skyldprinsippet også kan fungere som et moralsk rettferdighetsgrunnlag for bruk av foretaksstraff. En moralteori og strafferett som forutsetter at klander og straff ikke kan adresseres til foretak risikerer å «hvitvaske» umoralske handlinger begått av de mest ressurssterke institusjoner i samfunnet. I en stadig mer kompleks verden hvor en rekke alvorlige forbrytelser skjer innenfor rammen av foretak, og hvor særlig store internasjonale selskaper spiller en dominerende rolle i både nasjonaløkonomier og verdensøkonomien, er det vanskelig å forstå hvorfor foretak og individer som har tilknytning til dem skal ha et legitimt behov for å være beskyttet mot foretaksstraff.

Når det er sagt, er det ubestridelig klare forskjeller mellom henholdsvis foretak og mennesker som straffesubjekt som må tas hensyn til ved utforming av regler om foretaksstraff. Det er heller ikke tvilsomt at den moderne strafferett ble utformet med tanke på et personlig straffansvar. Det er mulig at et mer stringent system derfor ville vært å skille ut foretaksstraffen fra den tradisjonelle strafferetten og inn i et eget administrativt sanksjonssystem som ikke er bygget på personlig ansvarsevne. I noen grad er dette også et spørsmål om hvilken strafferett vi vil ha. Jeg ser særlig to

innvendinger mot en slik løsning. Det ene er at dette vil kreve en større omlegging av strafferetten i retning av en egen «forvaltningsstrafferett» som ligner det tyske systemet for «Ordnungswidrigkeiten», og egne prosessregler.⁸⁹ En slik omlegging vil imidlertid innebære en helt ny kurs for den rettsutviklingen av administrative sanksjoner som vi har sett de siste årene etter Sanksjonsutvalgets utredning, sist ved de nye bestemmelsene om administrative sanksjoner i forvaltningsloven kapittel IX. Her er som nevnt systemet at administrative sanksjoner og straff skal fungere i parallell – som alternative sanksjoner – for samme lovbrudd, men hvor straff skal forbeholdes de mest alvorlige lovbruddene. Uten en større omlegging av dette systemet, er det vanskelig å se hvordan det er realistisk å skille ut foretaksstraff fra strafferetten.

En annen innvending mot å skille ut foretaksstraff fra strafferetten er at inngripende administrative sanksjoner mot foretak normalt er omfattet av EMKs straffebegrep.⁹⁰ Det betyr at slike sanksjoner fort vil være underlagt konvensjonens rettsikkerhetsgarantier og krav til skyld som tradisjonell straff. Dette er prinsipper som historisk er utviklet for fysiske personer, men som også vil gjelde for foretak. Dermed slipper vi neppe unna spenningsforholdet mellom foretaksstraff og strafferettens tradisjonelle forutsetninger om personlig ansvarsevne ved å løfte foretaksstraff ut av strafferetten. I forlengelsen av dette er jeg skeptisk til argumentasjonslinjen om at vi gjennom å løfte foretaksstraff ut av strafferetten står friere til å utforme et sanksjonssystem som ikke er bundet av strafferettens grunnprinsipper. I tillegg til at EMK øver motstand mot et slikt synspunkt, mener jeg det er en risikabel vei å innføre strenge sanksjoner mot foretak utenfor strafferetten basert på en forutsetning om at tradisjonelle rettsikkerhetsgarantier ikke gjelder for foretak.

På denne bakgrunn kan jeg ikke se at skyldprinsippet er et avgjørende hinder for å beholde foretaksstraff i strafferetten.

⁸⁹ Se 5.1 ovenfor.

⁹⁰ Se 6.3.3.4 ovenfor.

7 GRUNNVILKÅRENE FOR FORETAKSSTRAFF

7.1 Innledning – oversikt over vilkårene

I det følgende skal grunnvilkårene for foretaksstraff i straffeloven § 27 analyseres og evalueres. Bestemmelsen kan inndeles i seks vilkår:

- i. Straffesubjektet: «foretak»
- ii. Anvendelsesområdet for foretaksstraff: «straffebud»
- iii. Objektive straffbarhetsvilkår: «overtrådt»
- iv. Skyldvilkåret: «selv om ingen enkeltperson har utvist skyld»
- v. Tilregnelighet: «eller har skyldevne»
- vi. Tilknytningskravet: «noen som har handlet på vegne av foretaket»

7.2 «Foretak» som straffesubjekt

7.2.1 Gjeldende rett

7.2.1.1 Innledning

Straffesubjektet for foretaksstraff er «foretak» som i § 27 andre ledd er definert som:

«selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet»

Definisjonen viser til en rekke foretaksformer som anvendes i norsk rett. Loven bygger på et formelt foretaksbegrep, det vil si at det er reglene for de respektive foretaksformer som bestemmer den nærmere avgrensning av et foretak som straffesubjekt.

7.2.1.2 «selskap»

«Selskap» omfatter både selskaper med begrenset, ubegrenset og blandet ansvar. Dette betyr at blant annet aksjeselskaper, andelslag, kommandittselskaper og ansvarlige selskaper omfattes. Selskapsrettslige konsernforhold reiser spesielle spørsmål som

behandles under 7.9 nedenfor. «Samvirkeforetak» dekker samvirkeforetak etter samvirkeoven. Med «stiftelser» menes stiftelser etter stiftelsesloven. «Forening» omfatter enheter som er stiftet som en forening etter foreningsrettslige regler.

7.2.1.3 «enkeltpersonforetak»

Uttrykket «enkeltpersonforetak» omfatter virksomhet som utøves for en enkelt fysisk persons regning og risiko. Forarbeidene til straffeloven § 48 a indikerte, i hvert fall som en hovedregel, at enkeltpersonforetak ikke burde holdes ansvarlig når det ikke er andre enn eieren som jobber for eller i virksomheten.⁹¹ I Rt. 2000 s. 1451 ble det lagt til grunn at dette er et ledd i vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges etter straffeloven § 48 b. I Rt. 2007 s. 785 var spørsmålet om foretaksstraff kunnen anvendes mot et enkeltpersonforetak med seks ansatte. Her la Høyesterett til grunn at det:

«... må ... være et vilkår for å ilegge et enkeltpersonforetak foretaksstraff at foretak har ansatte eller oppdragstakere.»

Høyesterett uttalte seg ikke om hvor mange ansatte et enkeltpersonforetak må ha for å oppfylle vilkåret, men det er klart at dommen er et prejudikat for et krav om *flere* ansatte (eventuelt oppdragstakere). Det kan reises spørsmål om denne rettstilstanden er justert i straffeloven § 27. Departementet presiserer nemlig i forarbeidene at «[o]gså *enkeltmannsforetak der det ikke er andre enn eieren som arbeider i eller for foretaket, kan straffes.*»⁹² Samtidig skriver departementet at definisjonen i straffeloven 1902 § 48 a videreføres slik at det foreslås «*følgelig ingen endringer på dette punktet*». Det er derfor nærliggende å legge til grunn at kravet om flere ansatte eller oppdragstakere fortsatt skal gjelde.

⁹¹ NOU 1989: 11 s. 21 andre spalte og 22 første spalte, jf. Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 27 andre spalte.

⁹² Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 431 andre spalte.

7.2.1.4«bo»

Med uttrykket «bo» siktes til både konkursbo etter konkursloven kapittel IX-X og dødsboer under offentlig skifte, jf. skifteloven kapittel 13A – 15. BøtStraff for et konkursbo er mest aktuelt der boet fortsetter debitors næringsvirksomhet.

7.2.1.5«annen sammenslutning»

Uttrykket «annen sammenslutning» er en sekkebetegnelse som omfatter sammenslutningsformer som ikke er spesifikt nevnt i bestemmelsen. Eksempler på dette kan være allmenninger, beredskapsorganisasjoner etter forurensingsloven § 42 og reinbeitedistrikter etter reindriftsloven §§ 42 flg. Privatrettslige oppdragssamarbeid («joint ventures») som er etablert som aksjeselskap eller ansvarlige selskaper faller klart nok innenfor foretaksdefinisjonen i straffeloven § 28. Det samme må gjelde oppdragssamarbeid som ikke er formelt som selskap, men som likevel må anses som «selskap» etter selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav a). Interessentskap som opprettes under utvinningstillatelser etter petroleumsloven § 4-3, § 3-3 fjerde ledd og § 4-7 kvalifiserer som «selskap» etter selskapslovens alminnelige definisjon i selskapsloven. Etter selskapsloven § 1-1 femte ledd er slike interessentskap likevel unntatt fra virkeområdet for selskapsloven. Dette er ikke uten videre avgjørende for avgrensningen av «foretak» i straffeloven § 27. I relasjon til foretaksstraff for brudd på HMS-regler i petroleumsvirksomhet som drives i slike interessentskap, blir straffansvaret i praksis adressert til operatørselskapet. Uttrykket «annen sammenslutning» dekker også utenlandske foretak, men en norsk filial av utenlandsk foretak (NUF) kvalifiserer neppe som «foretak» etter straffeloven § 28.⁹³

7.2.1.6«offentlig virksomhet»

Offentlig virksomhet som drives gjennom aksjeselskap kvalifiserer som «selskap». Det samme gjelder offentlig virksomhet som er organisert gjennom særskilte selskapsformer som interkommunalt selskap eller helseforetak., jf. lov om

⁹³ Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 334–337.

interkommunale selskaper og helseforetaksloven. Uttrykket «offentlig virksomhet» i straffeloven § 27 andre ledd fanger opp offentlig virksomhet som drives direkte gjennom stat, fylkeskommuner og kommuner.

7.2.2 Fremmed rett

Etter dansk strafferett kan «enhver juridisk person» straffes, herunder «herunder aktie, anparts- og andelsselskaber, interessentskaber, foreninger, fonde, boer, kommuner og statslige myndigheder», jf. dansk straffelov § 26 første ledd. For at enkeltpersonforetak skal kunne straffes, kreves at «disse navnlig under hensyn til deres størrelse og organisation kan sidestilles med» selskaper. Det betyr at enkeltpersonforetak uten flere ansatte ikke kan straffes. I tillegg gjelder en begrensning for statlige- og kommunale myndigheter. De kan bare straffes «i anledning af overtrædelser, der begås ved «udøvelse af virksomhed, der svarer til eller kan sidestilles med virksomhed udøvet af private». De svenske reglene om «företagsbot» etter Brottsbalken 36 kap 7 § gjelder «enskilda näringsidkare», det vil si enkeltpersonforetak, og «juridiska personer». Uttrykket «juridiska personer» skal tolkes vidt og dekker både typiske foretak som driver næringsvirksomhet som selskaper og ikke-økonomiske foretak som ideelle foreninger, stat og kommune.⁹⁴ Også de finske reglene om «samfundsbot» dekker alle typer «juridiska personer», jf. den finske Strafflag 9 kapittel 1 § første ledd. Dette inkluderer både privat og offentlig virksomhet, men for offentlig virksomhet gjelder den begrensning at reglene ikke får anvendelse på lovbrudd som begås «vid utövande av offentlig makt», jf. Strafflag 9 kap 1 § andre ledd.

Den tyske administrative sanksjonen mot foretak retter seg for det første mot «juristischen Person», jf. OWiG § 30 som dekker privatrettslige foretaksformer, inkludert offentlig virksomhet som er organisert gjennom slike foretaksformer. Videre dekkes «Personenvereinigung». Dette omfatter «nicht rechtsfähigen Vereins» som anvendes på kollektive enheter uten status som selvstendig rettssubjekt og

⁹⁴ Prop 2018/19:164 s. 165.

«rechtsfähigen Personengesellschaft» som gjelder andre typer partnerskap. Rene offentligrettslige subjekter som stat og kommune synes ikke omfattet.

I England og USA er reglene mer fragmenterte, og beror på den aktuelle lovgivning. Et eksempel er korrupsjonslovgivningen. Foretaksstraff for aktiv og passiv korrupsjon under UK Bribery Act kan ilegges en «Person», jf. section 1, 2 og 6 som omfatter både fysiske og juridiske personer, inkludert offentlige enheter. Særbestemmelsen om «Failure of commercial organizations to prevent bribery» i section 7, er imidlertid avgrenset til «commercial organizations». Dette omfatter privatretslige foretaksformer som driver kommersiell virksomhet, inkludert offentlig kommersiell virksomhet som er organisert på samme måte. Under FCPA, som gjelder aktiv korrupsjon overfor utenlandske offentlige tjenstepersoner, kan foretaksstraff ilegges alle typer privatretslige foretaksformer og offentlig virksomhet organisert på samme måte.

7.2.3 Vurdering og anbefaling

7.2.3.1 Bør enkeltpersonforetak kunne straffes dersom bare innehaveren jobber for eller i virksomheten?

Etter min oppfatning bør det, som i dag, ikke være adgang til å ilegge foretaksstraff mot et enkeltpersonforetak dersom bare innehaveren jobber for eller i virksomheten. I slike tilfeller svikter begrunnelsen for et særskilt foretaksansvar ved siden av det personlige straffansvaret. Det eksisterer ikke samme behov for foretaksstraff som et organisatorisk insentiv til å motvirke lovbrudd som i virksomheter med flere ansatte. Risikoen for ansvarspulverisering oppstår heller ikke. Dersom innehaveren begår lovbrudd med tilknytning til virksomheten, kan innehaveren stilles personlig til ansvar. En eventuell bøtestraff vil her også kunne utmåles under hensyn til enkeltpersonforetakets økonomi.

Vilkåret om at enkeltpersonforetaket har ansatte eller oppdragstakere foreslås derfor videreført. Et spørsmål i den forbindelse er om dette vilkåret bør komme direkte til uttrykk i lovteksten. I dansk straffelov § 26 stk. 2 er et lignende vilkår for foretaksstraff mot enkeltpersonforetak at «disse navnlig under hensyn til deres størrelse og

organisation kan sidestilles med» selskaper. I forslaget til endring av § 27 er anbefalt en lignende presisering i tråd med Høyesteretts uttalelse i Rt. 2007 s. 785.

7.2.3.2 Bør «offentlig virksomhet» kunne ilegges foretaksstraff?

Et særlig spørsmål er om adgangen til å ilegge foretaksstraff mot «offentlig virksomhet» bør opprettholdes. Spørsmålet ble drøftet nokså grundig i forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a.⁹⁵ Når det gjelder offentlig drevet næringsvirksomhet organisert i selskaper er det vanskelig å se grunner til at disse skal stå i en annen stilling enn selskaper eid og drevet av private. Her gjør de samme hensyn seg gjeldende som ved foretaksstraff mot private aktører. Etter gjeldende rett er det også adgang til å ilegge foretaksstraff for lovbrudd i forbindelse med tradisjonell myndighets- eller offentlig servicevirksomhet i statlige, fylkes- eller kommunale etater. Som utgangspunkt vil hensynene som begrunner foretaksstraff gjøre seg gjeldende også her. Offentlige etater kjennetegnes på samme måte som selskaper av en organisasjon hvor enkeltpersoners handlinger inngår i et system med arbeidsdeling og kunnskapsspredning. Foretaksstraffens funksjon som organisatorisk incentiv til å motvirke lovbrudd og hensynet til å motvirke ansvarspulverisering er like relevante for slik offentlig virksomhet.

Et likhetshensyn kan i lys av dette tilsi at også offentlige etater bør kunne ilegges foretaksstraff. Dette er klart nok dersom det er tale om brudd på generell regulatorisk lovgivning som både privat og offentlig virksomhet er bundet av. Dersom et privat drevet selskap ansetter en utlending uten arbeidstillatelse er det klart at dette etter omstendighetene kan gi grunnlag for foretaksstraff mot selskapet. Det er ikke uten videre lett å se hvorfor en kommune som gjør det samme ikke bør kunne ilegges samme type ansvar. Situasjonen kan være annerledes dersom det begås lovbrudd i direkte tilknytning til tradisjonell myndighetsutøvelse eller offentlig servicevirksomhet. Et eksempel kan være da politiets utlendingsenhet ble ilagt foretaksstraff på 100.000 kroner for maktmisbruk i forbindelse med uttransportering av en person til Somalia i

⁹⁵ NOU 1989: 11 s. 22–24, Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 27–30.

2017.⁹⁶ Også i slike tilfeller vil begrunnelsen for foretaksstraff gjøre seg gjeldende og det kan hevdes at offentlige etater strafferettslig bør stilles likt som private uansett hvilke lovbrudd eller hvilke typer offentlig virksomhet det gjelder. Til dette kan innvendes at det offentlige skal utføre sentrale samfunnsoppgaver for borgerne, og at foretaksstraff rettet mot slik offentlig virksomhet vil underminere denne funksjonen ved at en bot vil svekke etatens økonomi og dermed vil ramme borgerne gjennom et mulig svekket tjenestetilbud. Det kan også reises spørsmål om hvor effektivt det fungerer at staten ilegger en bot mot en offentlig etat som til syvende og sist går til statskassen.

Etter min oppfatning er disse innvendingene ikke tungtveiende nok til å endre dagens rettstilstand. Når det gjelder argumentet om at foretaksstraff mot det offentlige vil kunne ramme tjenestetilbudet og til syvende og sist borgerne, mener jeg dette er hensyn som ikke trumfer behovet for foretaksstraff og likhetshensynet. Derimot er dette et moment som bør inngå i straffutmålingen. Når det gjelder det forhold at foretaksstraff er en bot som det offentlige betaler til «seg selv», har dette liten betydning for den etaten som de facto blir ilagt foretaksstraff.

7.3 Anvendelsesområde – generell eller spesiell hjemmel

7.3.1 Gjeldende rett og fremmed rett

Straffeloven § 27 gir en generell hjemmel for foretaksstraff. Av vilkåret «et straffebud er overtrådt» følger at i prinsippet enhver straffsanksjonert lovovertrедelse kan gi grunnlag for foretaksstraff.⁹⁷ Samtidig vil tilknytningskravet mellom overtredelsen og

⁹⁶ [Foretaksstraff til Politiets utlendingsenhet - Spesialenheten for politisaker](#)

⁹⁷ Jf. Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 11 første spalte, Rt. 2000 s. 2023 (s. 2027), Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 20), Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 4.1.

foretaket sette naturlige grenser for hvilke typer lovbrudd som kan gi grunnlag for ansvar. Det kan for eksempel vanskelig tenkes foretaksstraff for seksuallovbrudd.

I et komparativt perspektiv er anvendelsesområdet for foretaksstraff regulert noe forskjellig. Dansk straffelov § 27, jf. § 26 regulerer de alminnelige vilkår for foretaksstraff. De får imidlertid bare anvendelse «når det er bestemt ved eller i medfør af lov», jf. § 25. Hjemmelen for foretaksstraff må dermed følge av andre bestemmelser. Forskjellen fra den norske reguleringen er likevel ikke så stor i det dansk straffelov § 306 inneholder en generell hjemmel for bruk av foretaksstraff for brudd på bestemmelser i straffeloven. Ved overtredelse av spesiallovgivningen kreves imidlertid fortsatt særskilt hjemmel. De finske bestemmelsene om foretaksstraff i Strafflag 9 kapittel får anvendelse når slik straff «föreskrivs för brottet i denna lag», jf. 9 kapittel 1 § første ledd. Systemet er videre at loven er inndelt i kapitler over forskjellige typer lovbrudd, og dersom foretaksstraff kan anvendes for en bestemt type lovbrudd er det inntatt en særskilt bestemmelse om dette i det aktuelle kapitlet. De svenske reglene om «företagsbot» er ikke avgrenset til bestemte straffebud, og er i så måte generell. Tidligere omfattet sanksjonen likevel bare lovbrudd som ble begått i næringsvirksomhet. Ved en lovendring i 2019 ble anvendelsesområdet utvidet til å også å omfatte lovbrudd begått i andre typer virksomhet, dersom lovbruddet er «ägnat att leda till en ekonomisk fördel för företaget», jf. Brottsbalken 36 kapittel 7 § 1 ledd nr. 3. Den tyske hjemmelen for bøtesanksjon for foretak i OWiG § 30 er generell og får anvendelse både på brudd på Owig og StGB. I England og USA er reglene mer fragmenterte, og det vil bero på reglene for de aktuelle forbrytelsene om de også gjelder foretak.

7.3.2 Vurdering og anbefaling

Det kan reises spørsmål om systemet med en generell hjemmel for foretaksstraff bør opprettholdes. Et alternativ til dagens system kan være at hjemmelen i stedet fremgår av det enkelte straffebud, men at fellesvilkårene for foretaksstraff reguleres i en generell bestemmelse i straffeloven slik systemet er for eksempel i finsk rett. Dette er systemet for administrativ foretakssanksjon etter forvaltningsloven § 46. Her er regelen

at det kreves særskilt hjemmel i lov for å ilegge administrasjon sanksjon mot foretak, jf. forvaltningsloven § 46 første ledd, jf. § 44. Samtidig inneholder forvaltningsloven en § 46 felles vilkår for slike sanksjoner.

Et slikt system ble foreslått av flertallet i Straffelovkommisjonen i motivene til den generelle hjemmelen for foretaksstraff i straffeloven 1902 § 48 a.⁹⁸ Begrunnelsen var at legalitetsprinsippet øver motstand mot en generell hjemmel og at den ville føre til at det i (for) stor grad vil bero på domstolens og påtalemyndighetens skjønn hvilke bestemmelser som egner seg for foretaksstraff. Flertallet fant heller ikke at det eksisterte et praktisk behov for en generell hjemmel. Forslaget ville ført til at lovgiver ville måtte vurdere hvilke straffebud som skal gi hjemmel for foretaksstraff. Et mindretall i kommisjonen gikk inn for at bestemmelsen både skulle inneholde en generell hjemmel for foretaksstraff og vilkårene for ansvaret.⁹⁹ Begrunnelsen var dels retts tekniske og praktiske hensyn. Med en generell hjemmel kunne alle spesialhjemler for ansvar oppheves. I tillegg viste mindretallet til at spørsmålet om foretaksstraff erfaringsmessig ville være av underordnet betydning ved lovforarbeidene til det enkelte straffebud. Uten en generell hjemmel risikerte man derfor utilsiktede forskjeller mellom de enkelte lovene. Når det gjaldt forholdet til legalitetsprinsippet viste mindretallet til at en generell hjemmel ville tilfredsstillende lovkravet i Grunnloven § 96. Hensynet til at det er en lovgiveroppgave å bestemme når reglene om foretaksstraff skal anvendes, blir ivare tatt også gjennom en generell hjemmel. Mindretallet påpekte også at det forholdet at spørsmålet om ansvar til syvende og sist beror på påtalemyndighetens og domstolens skjønn vil gjelde også for flertallets forslag, all den stund ansvaret skulle være underlagt et fakultativt kan-skjønn. Denne skjønnsutøvelsen ville etter mindretallets oppfatning luke ut de tilfellene der det ikke er behov for foretaksstraff. Endelig viste mindretallet til at denne lovgivningsteknikken også ble anvendt for inndragningsinstituttet og heller ikke var uvanlig i fremmed rett.

⁹⁸ NOU 1989: 11 s. 12.

⁹⁹ NOU 1989: 11 s. 13–14.

Departementet fulgte mindretallets linje, og viste særlig til at hensynet til forutberegnelighet ivaretas gjennom kravet til at gjerningsbeskrivelsen i det enkelte straffebudet må være oppfylt.¹⁰⁰ Systemet med en generell hjemmel som ble innført i straffeloven 1902 § 48 a ble videreført i Straffeloven § 27–§ 28.

Spørsmålet er om det er grunn til å revurdere dette. Jeg har ikke identifisert utfordringer i den praktiske bruken av foretaksstraff som tilsier at det er grunn til å endre gjeldende system på dette punktet. En generell hjemmel innebærer i sin kjerne at foretak – på samme måte som fysiske personer – i utgangspunktet kan være subjekt for lovgivningens straffebud. Det er vanskelig å se at dette skaper større problem for forutberegneligheten enn at straffebudene som utgangspunkt rammer enhver fysisk person. En annen sak er at straffebudene etter sin karakter kan utelukke bruk av foretaksstraff. Som påpekt vil kravet om tilknytning mellom overtredelsen og foretaket, gjennom vilkåret «på vegne av» innebære en avgrensning av hvilke overtredelser et foretak kan straffes for. Jeg mener videre det har lovgivningstekniske fordeler å opprettholde systemet med en generell hjemmel. Jeg stiller meg bak Straffelovkomisjonens mindretalls vurdering av dette i NOU 1989: 11. Den generelle hjemmelen forhindrer utilsiktede forskjeller i lovgivningen.

Som ledd i innføring eller evaluering av sanksjonsbestemmelsene i forvaltningsrettslig spesiallovgivning, bør det imidlertid alltid vurderes om det er et særskilt behov for foretaksstraff i tillegg til administrative sanksjoner. I forslag til ny lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven) er det lagt opp til at lovbrudd skal sanksjoneres med administrative sanksjoner og *ikke* straff.¹⁰¹ Et annet eksempel er løsningen i konkurranseloven hvor foretak kan ilegges overtredelsesgebyr etter § 29,

¹⁰⁰ Jf. Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 11 første spalte.

¹⁰¹ Prop. 150 L (2020–2021) s. 98–100.

men ikke straff, jf. § 32 tredje ledd som lyder: «Foretak straffes ikke etter denne paragrafen eller etter straffeloven § 27 for overtredelse av loven her».

7.4 Objektive straffbarhetsvilkår: Straffebudet må være «overtrådt»

7.4.1 Gjerningsinnhold, medvirkning og forsøk

7.4.1.1 Gjeldende rett

Kravet til at et straffebud må være «overtrådt» jf. straffeloven § 27, innebærer at den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet må være oppfylt av noen som har handlet på vegne av foretaket. Dette er en naturlig følge av systemet med en generell hjemmel for foretaksstraff ved brudd på straffelovgivningen. Vilkåret innebærer også at de alminnelige bestemmelser om medvirkning og forsøk omfattes, jf. straffeloven § 15 og § 16. Foretak kan altså straffes for både forsøkshandlinger og medvirkningshandlinger som er begått på vegne av det. At foretaket holdes ansvarlig for overtredelser begått av en fysiske personer er imidlertid ikke et uttrykk for at foretaksansvaret i seg selv er et medvirkningsansvar.¹⁰² Men spørsmålet om morselskapers ansvar for lovbrudd i datterselskap og oppdragsgiverforetaks ansvar for lovbrudd begått av oppdragstakerforetak reiser særlige medvirkningsspørsmål som skal behandles særskilt (7.9 nedenfor).

7.4.1.2 Vurdering og anbefaling

Vilkåret om at straffebudets objektive gjerningsinnhold må oppfylles foreslås naturlig nok videreført. Men på grunn av forslag til ny regulering av skyldkravet,¹⁰³ foreslås uttrykket «straffebud er overtrådt» erstattet med «straffbar handling er begått».

¹⁰² Se 7.8.3 nedenfor.

¹⁰³ Se 7.5.7.2 nedenfor

7.4.2 Straffrihetsgrunner

7.4.2.1 Gjeldene rett

I vilkåret om at et straffebed er «overtrådt», jf. straffeloven § 27, ligger også at de alminnelige straffrihetsgrunner gjelder for foretak.¹⁰⁴ Dette betyr at dersom det foreligger en alminnelig straffrihetsgrunn for gjerningspersonen som har opptrådt «på vegne av» foretaket, kan foretaket ikke straffes. I relasjon til nødrett har det vært diskutert om spørsmålet om nødsituasjonen var selvforskyldt likevel må vurderes annerledes ved foretaksstraff enn ved et personlig straffansvar for gjerningspersonen. At nødsituasjonen er selvforskyldt fremkalt av gjerningspersonen, har betydning for interesseavveiningen etter § 17 bokstav b. I tillegg kan handlingen som fremkalte nødsituasjonen i seg selv være straffbar. Ved anvendelse av regelen om nødrett ved foretaksstraff, er det ikke bare gjerningspersonens handling som må vurderes i relasjon til om nødsituasjonen var selvforskyldt. Dersom andre personer som opptrer på vegne av foretaket har fremkalt nødsituasjonen, må faren anses selvforskyldt i relasjon til foretaket.¹⁰⁵

I motivene til § 27 fremholder departementet videre at foretaksstraff «skal – som nå – ikke kunne ilegges dersom overtredelsen må anses som et hendelig uhell eller force majeure.»¹⁰⁶ Rekkevidden av denne reservasjonen er uklar og har ikke vært testet i praksis. Uttalelsen forutsetter at dette er en videreføring av ordningen etter straffeloven 1902 § 48 a. Forarbeidene til denne bestemmelsen inneholdt uttalelser om at foretaket ikke kan straffes ved «hendelige uhell» eller «force majeure».¹⁰⁷ Basert på dette vokste det frem en rettsoppfatning om at det gjaldt en alminnelig rettstridsreservasjon for hendelige uhell og force majeure. Jeg har tidligere argumentert for at denne

¹⁰⁴ Jf. Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 431 andre spalte.

¹⁰⁵ Jf. Høivik, Foretaksstraff s. 180–181.

¹⁰⁶ Jf. Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 242, jf. s. 431 andre spalte.

¹⁰⁷ Jf. NOU 1989: 11 s. 16 første spalte og Ot prp. Nr. 27 (1990–91) første spalte.

rettsoppfatningen var svakt fundert.¹⁰⁸ Grunnen til dette er at uttalelsene i forarbeidene om en slik reservasjon fremkom som ledd i drøftelsen av skyldkravet for foretaksstraff som samlet sett var svært uklare. Reservasjonen syntes å forutsette at foretaksstraff kunne ilegges uten at straffebudets skyldkrav var oppfylt.¹⁰⁹ Etter at Høyesterett i Rt. 2002 s. 1312 uttrykkelig slo fast at straffebudets skyldkrav også gjelder for foretaksstraff etter straffeloven 1902 § 48 a, talte de beste grunner for at det ikke gjaldt en slik reservasjon.

Det kan imidlertid anføres at regelen passer bedre under straffeloven § 27 fordi denne ikke stiller krav om subjektiv skyld. Det er likevel uklart hva unntaket faktisk rommer. En mulighet er at det siktes til «hendelig uhell» eller «force majeure» for den fysiske gjerningspersonen – det vil si en form for et strengt aktsomhetskrav og avgrensning mot helt upåregnelige forhold for denne. En alternativ forståelse – som kanskje er mer nærliggende – er at unntaket for «hendelige uhell og force majeure» dekker foretakets *systemer for å motvirke lovbrudd*. Nærmere bestemt blir unntaket et uttrykk for et organisasjonsansvar i form av systemsvikt: Dersom foretaket hadde implementert nødvendige organisatoriske tiltak for å motvirke det aktuelle lovbruddet, vil lovbruddet fremstå som et «hendelig uhell» eller «force majeure» for foretaket. Utfordringen med denne tolkingen er hvordan dette skal harmoniseres med lignende vurderinger under «på vegne av» vilkåret i § 27 og kan-skjønnet i § 28 bokstav b.¹¹⁰

7.4.2.2 Vurdering og anbefaling

I tilfeller hvor foretaket holdes ansvarlig for en fysisk gjerningspersons overtredelse av et straffebud, er det en naturlig regel at dersom det foreligger en alminnelig straffrihetsgrunn for gjerningspersonen er dette også en straffrihetsgrunn for foretaket. De særskilte vurderingene i nødrettssituasjonene er også hensiktsmessig. Jeg ser ingen behov for å endre denne regelen. Når det gjelder unntaket for «hendelige uhell og force

¹⁰⁸ Jf. Høivik, Foretaksstraff s. 206–210.

¹⁰⁹ Jf. Høivik, Foretaksstraff s. 185.

¹¹⁰ Se 9 nedenfor.

majeure, skal jeg vurdere dette i forbindelse med spørsmålet om forebyggende tiltak (9 nedenfor).

7.5 Skyldkravet ved foretaksstraff

7.5.1 Innledning – fremmed rett

Spørsmålet om subjektiv skyld er kanskje det mest omstridte spørsmålet i tilknytning til foretaksstraff, både i Norge og internasjonalt. Dette har sammenheng med debatten om foretak har skylddevne og skyldprinsippet som det sentrale legitimitetsgrunnlag for straff.¹¹¹ Dersom foretak ikke anses for å ha skylddevne kan det hevdes at foretaksstraff i realiteten er en type *objektivt* straffansvar for andres skyld, som er problematisk å forene med straffens moralske legitimitet. Dansk, finsk, svensk og tysk rett krever alle at skyldkravet for det aktuelle straffebedet er oppfylt for å kunne ilegge foretaksstraff eller tilsvarende sanksjon. Også i England og USA er regelen at skyldkravet må oppfylles. Dette gjelder likevel ikke for enkelte spesielle straffebed *uten* skyldkrav.

Siden den generelle hjemmelen for foretaksstraff ble innført i Straffeloven 1902 § 48a i 1991 har skyldprinsippet gjennomgått en betydelig rettsutvikling både i straffelovgivningen og i høyesterettspraksis, senest ved HR-2021-797A. Denne rettsutviklingen har videre nær sammenheng med rettsutviklingen av skrankene mot objektivt straffansvar etter EMK og EMDs praksis.

7.5.2 Reelle hensyn

Det ville vært en fremmed tanke å innføre et generelt objektivt personlig straffansvar i norsk rett hvor graden av skyld bare skal ha betydning for en skjønnsmessig vurdering av om gjerningspersonen bør straffes eller ikke. Skyldprinsippet understreker at straff er et uttrykk for *klander*. Prinsippet representerer en begrensning for det personlige

¹¹¹ Se 6.5 ovenfor.

straffansvaret som bidrar til å gi samfunnets bruk av straff en moralsk legitimitet. Det er umoralsk å klandre noen gjennom straffansvar for handlinger de ikke «kan for».

Det er ikke en like fremmed tanke i vårt system å anvende *foretaksstraff uten* et vilkår om skyld. Dette kan forklares med at skyldprinsippet og dets begrunnelse er utviklet og sementert med sikte på regulering av det personlige straffansvaret. Et objektivt straffansvar for foretak møter ikke samme «motstand» i begrunnelsen som et objektivt personlig straffansvar. Det er dermed lettere å identifisere plausible grunner for et objektivt foretaksansvar enn et objektivt personlig ansvar: Foretaksstraffens preventive effektivitetsformål kan tale for at ansvaret ikke gjøres betinget av noen fysisk gjerningspersons skyld.¹¹² Kunnskaps- og arbeidsdelingen som preger særlig større organisasjoner kan bidra til å pulverisere den individuelle klander for handlinger som begås på vegne av foretaket. Bruk av foretaksstraff for å påvirke systemet til å motvirke at det begås lovbrudd i virksomheten gjør seg videre gjeldende nokså uavhengig av om den fysiske gjerningspersonen har oppfylt skyldkravet. Og som departementet er inne på i forarbeidene til straffeloven § 27; en høy terskel for skyld som rettspolitisk skranke for det personlige straffansvar, vil også kunne virke begrensende for foretakssansvaret – men uten at begrunnelsen for begrensningen nødvendigvis gjør seg gjeldende for foretak. Tilsvarende kan det hevdes at også et særskilt skyldkrav i form av systemsvikt vil kunne svekke foretaksstraffen preventive funksjon. Faren er at oppmerksomheten internt i foretakene vil være rettet mot å oppfylle minimumskravene til forsvarlige systemer snarere enn å forhindre lovbrudd. Motsatt vil et straffansvar uavhengig av kvaliteten på systemene gi selskapene et incentiv til å optimalisere organisatoriske tiltak for å forhindre lovbruddet.

Men selv om preventive grunner kan tale for et foretaksansvar uten skyldkrav, er en slik løsning betenkelig. Foretaksstraff uten skyldkrav representerer for det første et markant avvik fra den alminnelige strafferettens grunnstruktur og regelsystemet foretaksstraffen inngår i. Siden hjemmelen for foretaksstraff i § 27 er generell og kan

¹¹² Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 183.

anvendes på et hvilket som helst straffebud, skaper et generelt unntak for straffebudets skyldrequisitt også praktiske rettsanvendelsesproblemer. Flere straffebud er nemlig gradert basert på skyld. For eksempel dekkes forsettlig hvitvasking av straffeloven § 337 mens uaktsom hvitvasking dekkes av straffeloven § 340. Ved at det ikke stilles krav om skyld for at et foretak skal kunne straffes for hvitvasking, vil det være uklart om det er § 337 eller § 340 som skal anvendes med mindre påtalemyndighet og/eller domstolen faktisk tar stilling til om det er utvist skyld. Det gir liten mening å straffe et foretak for (forsettlig) hvitvasking etter straffeloven § 337 hvis det ikke foreligger forsett.

Til dette kommer at for enkelte straffebud er subjektive elementer et så tett integrert ledd i gjerningsinnholdet, at det er vanskelig å anse straffebudet for «overtrådt» hvis ikke også skyldkravet er oppfylt. Et eksempel er utpressing etter straffeloven § 330 som krever vinningsforsett. Hvis en ansatt i en leverandørbedrift truer en innkjøpsjef hos en kunde med politianmeldelse for svart arbeid, kan verken den ansatte eller leverandørbedriften straffes med mindre gjerningspersonen fremsatte trusselen med den hensikt å oppnå en uberettiget vinning, for eksempel en kontrakt som leverandørbedriften ellers ikke ville fått.

En annen pragmatisk innvending mot foretaksstraff uten skyldkrav, er at justisdepartementets bekymring for at et skyldkrav ville svekke foretaksstraffens effektivitet på grunn av det generelle rettspolitiske prinsippet om at straff bare bør brukes ved grov uaktsomhet eller forsett, ikke er konsistent med ideologien bak de senere års økning i hjemler for administrative sanksjoner. Den bærende begrunnelse for økningen, særlig overtredelsesgebyr, er ønsket om et mer finmasket sanksjonssystem for brudd på forvaltningsrettslig reguleringslovgivning hvor straff skal forbeholdes de mest alvorlige lovbruddene.¹¹³ Slike administrative sanksjoner er et sentralt virkemiddel også overfor foretak, noe som understrekes særlig ved innføringen av den særskilte bestemmelsen om administrative sanksjoner mot foretak

¹¹³ Se kapittel 6.3.3.4.

i forvaltningsloven § 46.¹¹⁴ Dersom straffeloven gjennomgående stiller krav til forsett eller grov uaktsomhet for personlig straffansvar, er det ikke nødvendigvis noe stort behov for å straffe foretaket dersom dette skyldkravet ikke er oppfylt. Behovet for å sanksjonere foretaket i tilfeller kan på viktige områder ivaretas gjennom administrative sanksjoner.

7.5.3 Utviklingen av skyldprinsippet fra Straffeloven 1902 § 48 a til vedtakelsen av Straffeloven § 27

Før vedtakelsen av straffeloven 1902 § 48 fantes det i spesialhjemlene for foretaksstraff både eksempler på foretaksansvar med og uten skyldkrav. Ofte ble bestemmelser som beskrev gjerningspersonens atferd som «straffbar handling» tolket som at skyldvilkåret i straffebudet måtte oppfylles, mens uttrykket «overtrådt» ble tolkes slik at det var tilstrekkelig at gjerningspersonen oppfylte objektive vilkår for straff.

Straffeloven 1902 § 48 a inneholdt ingen eksplisitt regulering av skyldkravet. Basert på hvordan de tidligere spesialhjemlene ble tolket, kunne vilkåret § 48 a om at straffebudet måtte være «overtrådt» isolert sett tyde på at det ikke gjaldt et skyldkrav. Forarbeidene er selvmotsigende og fremstår som svært uklare om skyldvilkåret for foretaksstraff.¹¹⁵ I sin 4. utgave av *Alminnelig Strafferett* tok Andenæs til orde for at straffeloven 1902 § 48 a ikke krever at gjerningspersonen som opptrer på vegne av foretaket må oppfylle skyldkravet.¹¹⁶ Høyesterett avklarte spørsmålet i Rt. 2002 s. 1312 hvor det ble slått fast at straffebudets skyldkrav måtte oppfylles på vanlig måte av den (eller de) som overtrer et straffebud på vegne av foretaket:¹¹⁷

«Det gjelder et skyldkrav også i relasjon til anvendelse av foretaksstraff etter straffeloven § 48 a. En ren konstatering av at det foreligger en objektiv overtredelse av det aktuelle straffebudet, er ikke tilstrekkelig ... For at foretaksstraff skal kunne anvendes, må det etter dette enten foreligge

¹¹⁴ Tilføyd ved lov 27. mai 2016 nr. 15, i kraft 1. juli 2017 iflg. res. 9 juni 2017 nr. 713

¹¹⁵ Se gjennomgangen av forarbeidenes uttalelser i Høivik, *Foretaksstraff* s. 183–189.

¹¹⁶ Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 1997 s. 256–257.

¹¹⁷ Rt. 2002 s. 1312 (s. 1318).

skyld – forsett eller uaktsomhet – hos en enkeltperson som handler på vegne av foretaket, eller anonyme og/ eller kumulative feil.»

Dette førte blant annet til at Andenæs standpunkt i 4. utgaven av Alminnelig strafferett ble endret i neste utgave.¹¹⁸ En særlig diskusjon som fortsatte etter Høyesteretts avgjørelse var om foretaksstraff krever *ledelsesskyld*. Eskeland tok til orde for at det gjaldt et tilleggskrav om ledelsesskyld, nærmere bestemt at ledelsen kunne bebreides «for at en som handler på foretakets vegne, har begått en handling som dekkes av gjerningsinnholdet i straffebedet».¹¹⁹ Eskelands standpunkt ble anført, men forkastet av Høyesterett i Rt. 2007 s. 1684 som gjaldt foretaksstraff for en ansatts ulovlige utslipp av ammoniakkholdig væske i et vassdrag.¹²⁰

7.5.4 Fjerningen av skyldvilkåret i straffeloven § 27 og § 28

Straffelovkommisjonen foreslo opprinnelig å videreføre systemet i straffeloven § 48 a i den nye straffeloven også når det gjaldt kravet til skyld.¹²¹ Justisdepartementet hadde imidlertid en annen oppfatning og foreslo det som ble regelen i Straffeloven § 27 første ledd første punktum, nemlig at foretak kan straffes «*selv om ingen enkeltperson har utvist skyld*». Dette innebærer at det i motsetning til rettsstilstanden etter straffeloven 1902 som utgangspunkt ikke stilles krav om at personen som overtrer straffebedet på vegne av foretaket må oppfylle straffebedets skyldkrav. Uttrykket kan også forstås som en presisering av at kravet til at et straffebed er «overtrådt» ikke omfatter subjektive vilkår for straff. Etter forarbeidene skal regelen tolkes slik at det heller ikke gjelder et skyldkrav for anonyme og kumulative feil.¹²² Skyld er likevel ikke uten

¹¹⁸ Se Andenæs/Matningsdal/Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett* s. 280.

¹¹⁹ Se. Eskeland, *Strafferett* 2006 s. 355 og 360.

¹²⁰ Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 37).

¹²¹ NOU 2002: 4 s. 232–233.

¹²² Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 242 andre spalte.

betydning for foretaksansvaret. Etter straffeloven § 28 bokstav b vil graden av skyld inngå i den fakultative vurderingen av om foretaket bør straffes og straffutmålingen.

Regelen er primært begrunnet i effektivitetshensyn. Justisdepartementet viste til forslaget om at forsett skulle være den primære skyldform for personlig ansvar etter den nye straffeloven, og at det – som rettspolitisk prinsipp – burde kreves grov uaktsomhet der uaktsomhetsansvar er ønskelig.¹²³ Departementet mente samtidig at det ville være uheldig om det forhold at en enkeltperson ikke kan straffes på grunn av manglende skyld alltid skal medføre at det ikke kan anvendes foretaksstraff mot foretak som vedkommende har handlet på vegne av.¹²⁴ Departementet pekte også på at det ville være uheldig om forslag til regler for skyldkrav for personlig ansvar skulle begrense adgangen til å ilegge foretaksstraff sammenlignet med rettstilstanden etter straffeloven 1902 § 48 a.¹²⁵

Regelen om objektivt foretaksansvar i straffeloven § 27 er kritisert i juridisk teori.¹²⁶ En hovedinnvending er at regelen står i et problematisk forhold til skrankene mot objektivt ansvar etter EMK Art. 6 og Art. 7 og Grunnloven § 96. Løsningen har imidlertid også vært kritisert for at den kan være vanskelig å anvende ved graderte straffebud hvor gjerningsinnholdet er likt, men skyldkravet forskjellig, samt at den virker svakt fundert ved lovbrudd hvor skyldkravet er tett innlemmet i gjerningsinnholdet. Fra et straffeteoretisk perspektiv innebærer regelen også at foretaksansvaret er et objektivt straffansvar som svekker straffens moralske legitimitet.

¹²³ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 242 første spalte.

¹²⁴ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 242 andre spalte.

¹²⁵ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 242 andre spalte.

¹²⁶ Se for eksempel Høivik, Foretaksstraff s. 404–407, Hika i *TJR* 2010 s. 542, Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 4.5, Rui i *TJS* 2018 og Gröning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 753.

7.5.5 Rekkevidden av skranken mot objektivt straffansvar etter EMK.

Tradisjonelt har spørsmålet om hvor langt EMK gir vern mot et objektivt straffansvar blitt vurdert med utgangspunkt i uskyldpresumsjonen i EMK artikkel 6 (2). Mens det er klart at denne konvensjonsbestemmelsen gir et visst vern mot straffebestemmelser som inneholder elementer av skyldpresumsjoner,¹²⁷ har det vært mer uklart hvor langt EMK artikkel 6 gir vern mot objektive straffbarhetsvilkår. I plenumsdommen i Rt. 2005 s. 833 var spørsmålet om det objektive straffbarhetsvilkåret om alder i relasjon til seksuell omgang med mindreårige etter straffeloven 1902 § 195 var i strid med EMK artikkel 6 (2). Høyesteretts flertall la til grunn, basert på en analyse av EMD praksis, at EMK artikkel 6 (2) ikke bare gir vern mot *skyldpresumsjoner*, men også mot objektive straffbarhetsvilkår, og at straffeloven 1902 § 195 på dette punktet var konvensjonsstridig.

Det følger videre av EMDs og Høyesteretts praksis at foretak er beskyttet av uskyldpresumsjonen i EMK artikkel 6(2).¹²⁸ I juridisk teori ble det på grunnlag av Rt. 2005 s. 833 og EMDs praksis, antatt at foretaksstraff etter straffeloven 1902 § 48 a og § 48 b ikke kom i konflikt med vernet mot skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår i EMK artikkel 6 (2).¹²⁹ Derimot påpekte flere at foretaksstraff uten skyldvilkår etter straffeloven § 27 er problematisk å forene med vernet mot denne skranken mot objektive straffbarhetsvilkår i EMK artikkel 6 (2), særlig ved foretaksstraff for grov økonomisk kriminalitet («mala per se»)¹³⁰ Dette gjelder selv om skyld inngår i kan-skjønnet etter straffeloven § 28 bokstav b.

¹²⁷ Jf. Salabiaku mot Frankrike, Søkenummer 10519/83, dom 7. Oktober 1988, Pham Hoang mot Frankrike, Søkenummer 13191/87, Dom 25. September 1992, Janosevic mot Sverige, Søkenummer 34619/97, Dom 23. juli 2002, Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic mot Sverige, Søkenummer 36985/97, Dom 3. juli 2002 og Falk mot Nederland, Søkenummer 66273/01, Beslutning 19. oktober 2004. Se også Rt. 2005 s. 833 (avsnitt 69).

¹²⁸ Se Annemersbedrijf Geborders Van Leeuwen B.V. mot Nederland, Søkenummer 32602/96, dom 25. Januar 2007 (s. 7), Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic mot Sverige, søkenummer 36985/97, dom 23. juli 2002, Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 52) og Høivik, *Foretaksstraff* s. 395–397 med videre henvisninger.

¹²⁹ Høivik, *Foretaksstraff* s. 397–404 og Hika *TfR* 2010.

¹³⁰ Se for eksempel Høivik, *Foretaksstraff* s. 404–407 og Hika i *TfR* 2010 s. 542.

I en avvisningsavgjørelse fra 30. august 2011 i saken G. mot Storbritannia, kom imidlertid EMD til at alder som objektivt straffbarhetsvilkår for seksuell omgang med mindreårige *ikke* var i strid med EMK artikkel 6 (2).¹³¹ Avgjørelsen bygger på at det i relasjon til EMK artikkel 6 (2) må skilles mellom bevisregler og materielle vilkår for straff. Bestemmelsen verner bare bevisregler ikke materielle vilkår. Skyldpresumsjoner har preg av bevisregler som vernes av bestemmelsen, mens objektive straffbarhetsvilkår er materielle regler som faller utenfor konvensjonsbestemmelsen.¹³² Denne avgjørelsen tilsier isolert sett at regelen som ble lagt til grunn i Rt. 2005 s. 833 må reverseres: Dersom objektive straffbarhetsvilkår faller utenfor rekkevidden av EMK artikkel 6 (2), slik denne avvisningsavgjørelsen legger til grunn, vil foretaksstraff uten skyldvilkår følgelig neppe være i strid med konvensjonen. Men avvisningsavgjørelsen er ikke uten videre lett å forene med tidligere dommer fra EMD, og den skapte derfor uklarhet med hensyn til hva som er gjeldende rett på dette området.

EMDs storkammerdom av 28 juni 2018 i saken G.I.E.M m.fl. mot Italia endret dette bildet og er i den forbindelse neppe helt forenlig med G. mot Storbritannia.¹³³ Saken gjaldt ikke spørsmålet om objektivt straffansvar krenker EMK artikkel 6. Spørsmålet i saken var om lovkravet i EMK artikkel 7 gir et vern mot objektivt straffansvar. Nærmere bestemt var spørsmålet om italienske myndigheters inndragning av eiendommer som tilhørte tre italienske selskaper krenket denne bestemmelsen. Grunnlaget for inndragningene var ulovlige byggeprosjekter på eiendommene. Påtalemyndigheten iverksatte strafferettslig etterforskning og reiste tiltale mot flere fysiske personer. Etter flere runder i domstolene, ble de tiltalte selskapene til slutt frifunnet i italiensk høyesterett. Domstolen kom til at byggeprosjektene objektivt sett

¹³¹ G mot Storbritannia, søkenummer 37334/08, avvisningsavgjørelse 30. august 2011.

¹³² Se Skoghøy i *JV* 2014 s. 317.

¹³³ G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia, søkenummer 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018.

var ulovlige i strid med italiensk miljølovgivning, men frifant de tiltalte på grunnlag av manglende skyld. En av de tiltalte ble frifunnet på grunn av at forholdet var foreldet.

Siden byggeprosjektene objektivt sett var lovstridige, ble eiendommene til de tre selskapene likevel *inndratt* til fordel for de lokale myndighetene. Dette til tross for at de personlig tiltalte ble frifunnet. Slik inndragning krevde nemlig verken subjektiv skyld eller at selskapene hadde vært part i straffesakene. Saken reiste to hovedspørsmål:

- i) Var det i strid med EMK artikkel 7 å inndra eiendommene uten krav om subjektiv skyld?
- ii) Var det konvensjonsstridig å inndra selskapenes eiendommer på grunnlag av lovbrudd begått av lederne, når selskapene ikke hadde vært part i straffesakene?

Når det gjaldt det første spørsmålet, kom EMD til at inndragningen av eiendommene var å anse som «straff» etter EMK artikkel 7 og at det var konvensjonsstridig å operere med inndragning uten krav om subjektiv skyld. EMD siterte i den forbindelse en tidligere avgjørelse, *Sud Fondi mot Italia*, hvor det heter følgende (min understrekning):¹³⁴

«As regards the Convention, Article 7 does not expressly mention any mental link between the material element of the offence and the person deemed to have committed it. Nevertheless, the rationale of the sentence and punishment, and the ‘guilty’ concept (in the English version) and the corresponding notion of ‘*personne coupable*’ (in the French version), support an interpretation whereby Article 7 requires, for the purposes of punishment, an intellectual link (awareness and intent) disclosing an element of liability in the conduct of the perpetrator of the offence, failing which the penalty will be unjustified. Moreover, it would be inconsistent, on the one hand, to require an accessible and foreseeable legal basis and, on the other, to allow an individual to be found ‘guilty’ and to ‘punish’ him even though he had not been in a position to know the criminal law owing to an unavoidable error for which the person falling foul of it could in no way be blamed.

Under Article 7, for the reasons set out above, a legislative framework which does not enable an accused person to know the meaning and scope of the criminal law is defective not only on the grounds of the general conditions of ‘quality’ of the ‘law’ but also in terms of the specific requirements of the principle of legality in criminal law.»

¹³⁴ *Sud Fondi mot Italia*, søkenummer 75909/01, dom 20. januar 2009 avsnitt 116–117.

EMD sluttet seg til denne uttalelsen i G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia og uttalte at:¹³⁵

«the Grand Chamber thus shares the Chamber's findings in that case to the effect that punishment under Article 7 requires the existence of a mental link through which an element of liability may be detected in the conduct of the person who physically committed the offence».

På grunnlag av denne storkammerdommen må det legges til grunn at det ikke er forenlig med lovkravet i EMK artikkel 7 å operere med straffansvar uten at det stilles noe materielt krav til subjektiv skyld. Et rent objektivt straffansvar må med andre ord anses konvensjonsstridig. Forholdet mellom denne konklusjonen og tidligere EMD praksis om skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår etter EMK artikkel 6 (2) er ikke helt klar. EMD uttaler at konvensjonen må leses som en helhet og tolkes slik at den sikrer konsistens og harmoni mellom bestemmelsene. EMD slår fast at praksis om knyttet til EMK artikkel 6 (2) på dette punkt anses forenlig med EMK artikkel 7.¹³⁶ Kanskje kan dette best forstås slik at mens et rent objektivt straffansvar er i strid med EMK artikkel 7, vil *elementer* av skyldpresumsjoner og eventuelt objektive straffbarhetsvilkår som ligger innenfor rammene av EMK artikkel 6(2) ikke være i strid med EMK artikkel 7.

Når det gjelder det andre hovedspørsmålet, om det var konvensjonsstridig å inndra selskapenes eiendommer på grunnlag av lovbrudd begått av lederne, når selskapene ikke hadde vært part i straffesakene, kom EMD til at dette var i strid med EMK artikkel 7. EMD slo i den forbindelse fast at både italiensk rett og EMK som utgangspunkt anerkjenner selskaper som selvstendige juridiske personer i forhold til sine ledere og ansatte. Samtidig var det klart at italiensk rett (på det aktuelle tidspunktet) ikke anerkjente foretak som straffesubjekt. Siden selskapene dermed verken var eller kunne ha vært part i straffesakene etter italiensk rett, måtte selskapene anses som tredjepersoner i relasjon til straffesakene mot lederne. En annen konsekvens av dette

¹³⁵ G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia, søkenummer 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018 (avsnitt 242).

¹³⁶ G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia, søkenummer 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018 (avsnitt 243–244).

var at de tiltalte lederne måtte anses for å ha begått lovbruddene som privatpersoner og ikke som representanter for selskapene. Ettersom selskapene ble ilagt inndragning for ledernes objektive lovbrudd begått i egenskap som privatpersoner, måtte dette anses som en *straff for andres handlinger*.

EMD kom til at slik straff for andres handlinger krenket EMK artikkel 7. I den forbindelse viste domstolen til dommen Varvara mot Italia om at EMK artikkel 7 setter forbud mot *straff for andres handlinger*.¹³⁷

«another consequence of cardinal importance flows from the principle of legality in criminal law, namely a prohibition on punishing a person where the offence has been committed by another.»

7.5.6 Er det objektive foretaksansvaret i straffeloven § 27 forenlig med EMK etter G.I.E.M-dommen?

I HR-2021-797-A behandlet Høyesterett spørsmålet om regelen om foretaksansvar uten skyldvilkår i straffeloven § 27 er forenlig med skranken mot objektivt straffansvar i EMK artikkel 6 og 7 som fastslått i G.I.E.M-dommen. Saken gjaldt foretaksstraff for bruk av en utlendings arbeidskraft når utlendingen ikke hadde oppholds- og arbeidstillatelse, jf. utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav a. Forholdet var at styreleder i et aksjeselskap hadde ansatt en daglig leder i selskapet som manglet oppholds- og arbeidstillatelse i Norge. Skyldkravet for brudd på utlendingsloven § 108 er grov uaktsomhet.

Tingretten la til grunn at styreleder hadde opptrådt uaktsomt, men ikke grovt uaktsomt slike straffebudet krever. Selv om straffeloven § 27 ikke stiller krav om skyld, ble foretaket frifunnet under henvisning til at når det som her var klart identifisert hvem i selskapet som har utført den ansvarsbetingende handling, vil det «normalt ... være av avgjørende betydning for at foretaket skal straffes, at personen har utvist slik subjektiv skyld som kreves» i straffebudet. Tingretten la også til grunn at daglig leder ikke handlet «på vegne av» selskapet i relasjon til å sørge for arbeids- og oppholdstillatelse.

¹³⁷Varvara mot Italia, søkenummer 17475/09, dom 29. Oktober 2013 avsnitt 64.

Selskapet ble derfor frifunnet i tingretten etter kan-skjønn. I lagmannsretten ble selskapet dømt. Lagmannsretten var enig med tingretten i at foretaksstraff ikke kunne bygge på styreleders opptreden fordi kravet til grov uaktsomhet ikke var oppfylt. Lagmannsretten kom imidlertid at daglig leder hadde handlet på vegne av selskapet, og at han hadde opptrådt grovt uaktsomt.

Høyesterett kom til at det følger av G.I.E.M dommen at det er et vilkår for straff at gjerningspersonen har utvist subjektiv skyld, men at den neppe er til hinder for enkelte objektive straffbarhetsvilkår:¹³⁸

«Straff kan altså ikke idømmes på et rent objektivt grunnlag. Men dommen kan neppe forstås slik at den er til hinder for bruk av enkelte objektive straffbarhetsvilkår som for eksempel bestemmelsen i vegtrafikkloven § 22 fjerde ledd om villfarelse med hensyn til alkoholkonsentrasjonens størrelse, jf. Matningsdal, Straffeloven: Kommentaarutgave, § 21 note 5, Juridika, revidert 1. juli 2020»

Konsekvensen av dette er at «§ 27 ikke kan praktiseres i samsvar med ordlyden og forutsetningen i forarbeidene om objektivt ansvar».¹³⁹ Det er med andre ord et vilkår også for foretaksstraff at gjerningspersonen har utvist subjektiv skyld. Dette betyr imidlertid *ikke* at straffebudets skyldkrav nødvendigvis må oppfylles for å ilegge foretaksstraff. Høyesterett presiserte at EMD bare krever en «mental link» mellom handlingen og de faktiske omstendighetene som konstituerer straffansvaret. I relasjon til utlendingsloven § 108 tredje ledd mente Høyesterett at dette kravet kan oppfylles ved alminnelig uaktsomhet. Det er altså ikke nødvendig med grov uaktsomhet for å eliminere motstriden med EMK ved foretaksstraff for brudd på denne bestemmelsen. Basert på dette og i lys av den klare forutsetningen fra lovgiver om å etablere et objektivt straffansvar, la Høyesterett til grunn at uaktsomhet er tilstrekkelig for foretaksstraff for brudd på utlendingsloven § 108 tredje ledd. Høyesterett vurderte deretter at styreleder hadde opptrådt uaktsomt og at foretaket burde ilegges foretaksstraff etter kan-skjønn.

¹³⁸ HR-2021-797-A (avsnitt 23).

¹³⁹ HR-2021-797-A (avsnitt 24).

7.5.7 Vurdering og anbefalinger

7.5.7.1 Innledning

Jeg er enig med Høyesterett i at det følger av G.I.E.M – dommen at det må gjelde et skyldvilkår også for foretaksstraff.¹⁴⁰ Jeg er også enig i synspunktet om at uaktsomhet oppfyller kravet til «mental link», slik at det ikke er avgjørende for å unngå motstrid med konvensjonskravet at det benyttes samme skyldvilkår for foretaksstraff som for personlig straffansvar. At foretaket ble dømt for uaktsom overtredelse av utlendingsloven § 108 selv om straffebudet krever grov uaktsomhet er derfor ikke i konflikt med dette elementet i vernet. Men Høyesterett problematiserte ikke om det er forenlig med hjemmelskravet i EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96 å bruke uaktsomhet som skyldkrav for foretak når straffebudet som anvendes krever grov uaktsomhet og det spesielle skyldkravet for foretak ikke er regulert i loven. Eskeland/Høgberg har før HR-2021-797-A argumentert for at siden alle lovhjemler som det er aktuelt å bruke overfor foretak inneholder et skyldkrav, vil et unntak fra skyldkravet for foretak være i strid med kravet om lovhjemmel i straffeloven § 14 og grunnloven § 96.¹⁰³ Svakheten med dette argumentet er at straffeloven § 21 bestemmer at straffelovgivningen rammer forsettlig lovbrudd «med mindre annet er bestemt». Regelen om at foretaksstraff kan ilegges «selv om ingen enkeltperson har utvist skyld» etter straffeloven § 27 første ledd andre punktum er nettopp en slik annen bestemmelse. Men når Høyesterett nå har «satt til side» denne regelen fordi den er i strid med skyldkravet etter EMK artikkel 7, men uten at skyldkravet for foretaksstraff er nærmere regulert i § 27, er det etter min oppfatning ikke helt uproblematisk i relasjon til Grunnloven § 96, jf. straffeloven § 14 å anvende et uaktsomhetskrav for foretaksstraff ved brudd på utlendingsloven § 108 når denne bestemmelsen krever grov uaktsomhet.

Etter Høyesteretts dom i HR-2021-797-A er det uansett på det rene at regelen om objektivt ansvar i straffeloven § 27 første ledd andre punktum og forutsetningene den bygger på ikke lenger kan opprettholdes. Ordlyden er nå misvisende. Av hensyn til

¹⁴⁰ Se kapittel 7.5.5 ovenfor.

legalitetsprinsippets klarhetskrav bør det komme klart til uttrykk i lovteksten i § 27 hvilket skyldkrav som gjelder. Som vist ovenfor tok Høyesterett ikke stilling til hvilket skyldkrav som nærmere gjelder for foretaksstraff ved andre lovbrudd enn brudd på utlendingsloven, og uten nærmere regulering vil dette spørsmålet være nokså uklart. Min anbefaling er dermed at bestemmelsen endres på dette punkt. Spørsmålet er hvilket skyldkrav som da bør gjelde for foretaksstraff. Det skal jeg vurdere straks nedenfor i 7.5.7.2.

HR-2021-797-A og G.I.E.M-dommen etterlater også andre uavklarte spørsmål med hensyn til konsekvensene av at det objektive straffansvaret etter ordlyden i § 27 ikke kan opprettholdes. For det første tok Høyesterett ikke stilling til konsekvensen for unntaket som er forutsatt i forarbeidene for «hendelige uhell og force majeure». For det andre inneholder Høyesteretts dom ingen uttalelser om spørsmålet om hvor langt konstruksjonen av foretaksstraff etter straffeloven § 27 i lys av G.I.E.M-dommen må anses som en straff for *andres* skyld. For det tredje er Høyesterett taus om G.I.E.M-dommen også har konsekvenser for unntaket fra kravet om gjerningspersonens tilregnelighet. For det fjerde hadde Høyesterett ingen foranledning til å vurdere konsekvensene for uaktsomhetsvurderingen ved anonyme eller *kumulative feil*. Endelig er det et særskilt spørsmål om resultatet i HR-2021-797-A også har konsekvenser for krav om skyld i tilknytning til administrativ foretakssanksjon etter forvaltningsloven § 46. Alle disse spørsmålene skal vurderes i det følgende.

7.5.7.2 Hvilket skyldkrav bør gjelde for foretaksstraff?

I lys av rettsutviklingen beskrevet ovenfor mener jeg at valget av skyldkrav for foretaksstraff står mellom to alternativer:

- a) Et generelt krav om uaktsomhet som skyldform uavhengig av hvilket skyldkrav som ellers gjelder for den aktuelle overtredelsen; eller
- b) Skyldkravet for foretaksstraff følger skyldkravet i det aktuelle straffebudet.

Vedrørende a): Dette alternativet innebærer at den fysiske gjerningspersonen som begår overtredelsen i foretaket må ha opptrådt uaktsomt i relasjon til den faktiske

handlingen som konstituerer overtredelsen. Dette vil gjelde selv om straffebudet ellers stiller krav om grov uaktsomhet eller forsett, jf. straffeloven § 21. Vilkåret vil oppfylle kravet til skyldvilkår for straff etter EMK artikkel 7 og artikkel 6(2).

Det kan kanskje anføres at en slik regel allerede følger av forutsetningen i forarbeidene om at det gjelder et unntak for «hendelige uhell eller force majeure».¹⁴¹ Selv om unntaket etter min oppfatning er svakt fundert og har et uklart innhold,¹⁴² peker den primært mot en mer objektiv rettsstridsreservasjon for tilfeller hvor foretaket har implementert forsvarlige tiltak for å forhindre foretaket. Den er ikke uten videre anvendelig som en generell uaktsomhetsregel som oppfyller kravet til «mental link» etter EMK, noe som støttes av at Høyesterett ikke fant grunn til å vurdere rekkevidden av denne regelen i HR-2021-797-A. En annen sak er at det kan reises spørsmål om det bør innføres en særskilt rettsstridsreservasjon for tilfeller hvor foretaket hadde implementert forsvarlige tiltak for å forhindre lovbruddet. Det skal jeg vurdere i 9 nedenfor.

Et generelt skyldkrav om uaktsomhet kan erstatte § 27 første ledd andre punktum, for eksempel slik:

«Skyldkravet er uaktsomhet med mindre annet er bestemt»

Jeg mener imidlertid at denne regelen har tre svakheter. For det første vil den reise noen av de samme praktiske rettsanvendelsesproblemer som en regel om objektivt ansvar.¹⁴³ Uaktsomhetskravet passer for eksempel ikke på straffebud som har kvalifisert hensiktskrav eller hvor kunnskap inngår som sentralt ledd i gjerningsinnholdet. For det andre mener jeg at det er høyst usikkert om uaktsom overtredelse av alle aktuelle straffebud bør kriminaliseres i form av foretaksstraff. Avvik fra det enkelte straffebuds skyldkrav krever etter min oppfatning særskilte grunner som bør vurderes i tilknytning til hver enkelt bestemmelse. Når hjemmelen

¹⁴¹ Jf. Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 242, jf. s. 431 andre spalte.

¹⁴² Se 7.4.2 ovenfor og Høivik, *Foretaksstraff* s. 206–210.

¹⁴³ Se 7.5.2.

for foretaksstraff er generell, er det derfor betenkelig å innføre uaktsomhet som en generell skyldform for foretaksstraff. Risikoen for urimelige konsekvenser i enkeltsaker kan riktig nok motvirkes gjennom kan-skjønnen. Men hvilket skyldkrav som bør gjelde for de enkelte lovbrudd er etter min oppfatning en lovgivningsoppgave og ikke en oppgave som bør overlates til domstolens avgjørelse i konkrete tilfeller. For det tredje mener jeg at fremveksten av administrative sanksjoner i noen grad har redusert behovet for foretaksstraff ved uaktsomhet på viktige områder.¹⁴⁴ Det kan derfor være grunn til å vurdere om ikke det rettspolitiske prinsipp for personlig straffansvar om at skyldkravet skal være forsett, og at det bør kreves grov uaktsomhet ved kriminalisering av uaktsomme lovovertrедelser, også bør gjelde foretak. På denne bakgrunn vil jeg ikke anbefale dette alternativet.

Vedrørende b): Denne løsningen innebærer at regelen som gjaldt etter straffeloven 1902 § 48 a gjeninnføres. Regelen vil være at den fysiske gjerningspersonen må oppfylle skyldkravet i straffebedet for at foretaket skal kunne straffes. Regelen vil på samme måte som alternativ a) fjerne den mulige konflikten med det formelle hjemmelskravet i straffeloven § 14 og grunnloven § 96. Skyldkravet vil innebære at også straffansvar for foretak inneholder et subjektivt skyldelement slik EMK artikkel 7, og dermed grunnloven § 96 og (i noen grad) EMK artikkel 6 krever. Regelen vil også fjerne rettsanvendelsesutfordringene ved straffebed med gradert skyldkrav. I den grad det er behov for å sanksjonere uaktsomme overtrедelser av straffebed som ellers krever grov uaktsomhet eller forsett, bør det som nevnt vurderes å forfølge foretaket gjennom et administrativt spor.

For å få klart frem at skyldkravet i straffebedet må være oppfylt, mener jeg at uttrykket «[n]år et straffebed er overtrådt» i straffeloven § 27 første ledd bør erstattes med uttrykket «[n]år en straffbar handling er begått». Uttrykket «straffbar handling» innebærer at både objektive og subjektive elementer ved handlingen må være oppfylt. Dette er reflektert i utkast til endring av straffeloven § 27.

¹⁴⁴ Se kapittel 6.3.3.4.

7.5.7.3 Er foretaksstraff et straffansvar for andres skyld?

Det følger av G.I.E.M-dommen at straff for andres handlinger krenker EMK artikkel 7 og at det forhold at selskapene ble ilagt inndragning for ledernes objektive lovbrudd måtte anses som konvensjonsstridig *straff for andres handlinger*. I lys av dette, kan det reises spørsmål om konstruksjonen av foretaksansvaret i straffeloven § 27 kan være i strid med forbudet mot straff for andres handlinger etter EMK artikkel 7. Foretak blir jo i henhold til § 27 straffet for lovbrudd som en annen – «noen» - begår «på vegne av» foretaket. Høyesterett vurderte ikke dette spørsmålet i HR-2021-797-A.

Etter min oppfatning kan ikke G.I.E.M-dommen gis slik generell rekkevidde. Det er to viktige ledd i begrunnelsen for resultatet som skiller seg fra konstruksjonen i straffeloven § 27. For det første var selskapene som fikk eiendommene inndratt ikke part i straffesakene om lovbruddene som ga grunnlag for inndragningen siden Italia ikke hadde hjemmel for å straffe foretak. For det andre – og som konsekvens av det første - ble de tiltalte lederne i straffesakene ansett for å opptre i egenskap av *privatpersoner* og ikke som representanter for foretaket. Ved ileggelse av foretaksstraff etter straffeloven § 27 vil foretaket derimot være part i straffesaken, og i vilkåret om at gjerningspersonen har opptrådt «på vegne av» ligger at handlingen må være begått i egenskap av *representant* for eller *som* foretaket og nettopp ikke som privatperson. Foretaksstraff innebærer at foretaket identifiseres med en fysisk persons handling. Det var ikke situasjonen G.I.E.M-dommen.

I lys av dette er det ikke naturlig å anse foretaksansvaret i straffeloven § 27 som straff for andres handlinger i strid med EMK artikkel 7.¹⁴⁵ Det kan likevel reises spørsmål om dommen har betydning for rekkevidden av kravet til tilknytning mellom den straffbare handling og foretaket, særlig i relasjon til ansvaret for oppdragstakere, konsernselskaper og ansvaret etter strukturelle endringer. Dette behandles i 7.7 - 7.10 nedenfor.

¹⁴⁵ I samme retning Rui i *TjS* 2018 s. 211–212.

7.5.8 Hvilken konsekvens har Høyesteretts dom i HR-2021-797-A for administrativ foretakssanksjon etter forvaltningsloven § 46?

Forvaltningsloven § 46 første ledd første punktum bestemmer at

«[n]år det er fastsatt i lov at det kan ilegges administrativ sanksjon overfor et foretak, kan sanksjon ilegges selv om ingen enkeltperson har utvist skyld.»

Bestemmelsen gir ikke selvstendig hjemmel for administrativ foretakssanksjon. Systemet er at hjemmelen må inntas i den enkelte forvaltningsrettslige særlov, mens § 46 regulerer fellesvilkår for slik sanksjon. Begrunnelsen for innføringen av regler om administrativ foretakssanksjon er at siden reguleringslovgivning i praksis ofte retter seg mot økonomisk virksomhet, som gjerne drives av foretak, er det klart behov for å kunne ilegge administrative sanksjoner mot foretak.¹⁴⁶ Bestemmelsen i § 46 første ledd første punktum er skåret over samme lest som straffeloven § 27 og skal tolkes på samme måte. I forarbeidene skriver departementet i den forbindelse:¹⁴⁷

«Formuleringen om at «ingen enkeltperson har utvist skyld» er hentet fra paragrafen om foretaksstraff i straffeloven § 27 første ledd og skal forstås på samme måte. Ansvaret er derfor som utgangspunkt gjort objektivt. Det må imidlertid skje en avgrensning av ansvaret der overtredelsen er utslag av hendelige uhell eller en følge av force majeure. Se nærmere Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) punkt 17.5 side 242.»

Det følger videre av forarbeidene til forvaltningsloven § 46 at den enkelte særlov kan inneholde andre krav til subjektiv skyld som går foran forvaltningsloven § 46:¹⁴⁸

«Særlovgivningen kan inneholde andre krav til subjektiv skyld enn det som følger av første ledd første punktum, se for eksempel konkurranseloven § 29 første ledd. Etter omstendighetene kan også avvikende skyldkrav som ikke har klar forankring i særlovens ordlyd, gå foran, for eksempel dersom et annet skyldkrav er lagt til grunn i forarbeidene til særloven.»

Dette systemet er noe annerledes enn forholdet mellom straffeloven § 27 og det enkelte straffebud, siden det objektive ansvaret for foretaksstraff – inntil HR-2021-797-A – var forutsatt å gjelde selv om det enkelte straffebud har et annet skyldkrav.

¹⁴⁶ Prop. 62 L (2015–2016) s. 56 første spalte.

¹⁴⁷ Prop. 62 L (2015–2016) s. 199 første spalte.

¹⁴⁸ Prop. 62 L (2015–2016) s. 199 første spalte.

En rekke særlover har imidlertid bestemmelser om administrativ foretakssanksjon som er skåret over samme lest som forvaltningsloven § 46. Et eksempel er reglene om overtredelsesgebyr mot virksomheter i arbeidsmiljøloven § 18-10 første ledd som bestemmer:

«Arbeidstilsynet kan ilegge en virksomhet overtredelsesgebyr dersom noen som har handlet på vegne av virksomheten har overtrådt bestemmelser som nevnt i § 18-6 første ledd. Overtredelsesgebyr kan ilegges selv om ingen enkeltperson har utvist skyld.»

Et annet eksempel er hjemmelen for overtredelsesgebyr i hvitvaskingsloven § 49 første ledd hvor det heter at:

«Overtredelsesgebyr kan ilegges rapporteringspliktige foretak selv om ingen enkeltperson har utvist skyld. Rapporteringspliktige som ikke er foretak, må ha utvist forsett eller grov uaktsomhet.

Spørsmålet er da om tilsidesettelsen av det objektive ansvaret etter straffeloven § 27 som følger av G.I.E.M-dommen og HR-2021-797-A også må gjelde administrativ foretakssanksjon etter forvaltningsloven § 46. Slik jeg ser det kan regelen om objektiv foretakssanksjon etter forvaltningsloven § 46 neppe opprettholdes etter dommen i HR-2021-797-A. Reglene om foretakssanksjon gjelder bare sanksjoner som «regnes som straff etter den europeiske menneskerettskonvensjon», jf. forvaltningsloven § 43 andre ledd. Det følger av G.I.E.M-dommen og Høyesteretts tolkning av denne at reaksjoner som kvalifiserer som straff etter EMK krever subjektiv skyld. Jeg kan ikke se at dommen gir holdepunkter for å gjøre unntak for administrative sanksjoner som kvalifiserer som straff etter konvensjonen, men som ikke formelt er en straffereaksjon.

Etter min oppfatning er en naturlig konsekvens av dette at regelen om objektivt ansvar i forvaltningsloven § 46 og bestemmelser i særlovgivningen som er skåret over samme lest bør korrigeres for å sikre samsvar mellom ordlyden i bestemmelsene og kravet til skyld som følger av EMK. I den forbindelse kan det også være grunn til å understreke at et hovedformål med innføringen av fellesregler om administrative sanksjoner i forvaltningsloven kapittel IX nettopp var:¹⁴⁹

¹⁴⁹ Prop. 62 L (2015–2016) s. 56 første spalte.

«... å legge til rette for mer enhetlig behandling av saker om administrative sanksjoner innenfor betryggende rettslige rammer, og med oppfyllelse av de krav til rettssikkerhet som følger av Grunnloven og internasjonale konvensjoner, i første rekke den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)»

Mitt forslag til ny regulering av skyldkravet i straffeloven § 27 – at skyldvilkåret skal følge skyldkravet for det enkelte straffebud - er ikke hensiktsmessig som ny regulering av skyldvilkår for administrative foretakssanksjoner. Dette skyldes at mens alle straffebud som er aktuelle å anvende på foretak inneholder et skyldkrav, er det flere hjemler i særlovgivningen for administrativ foretakssanksjon som bygger på et objektivt ansvar. For tilfeller der særlovgivningen inneholder et skyldkrav for foretakssanksjon, er det ikke nødvendig med lovendring.

I lys av dette mener jeg at skyldkravet bør være uaktsomhet med mindre den enkelte særlov stiller et strengere skyldkrav (grov uaktsomhet eller forsett). Dette kan gjennomføres ved at forvaltningsloven § 46 første ledd første punktum endres for eksempel slik:

Forvaltningsorganer kan ilegge administrativ foretakssanksjon når det er fastsatt i lov. Skyldkravet er uaktsomhet med mindre annet er bestemt.

Videre må bestemmelser i særlovgivningen som er skåret over samme lest som forvaltningsloven § 46 vedrørende objektivt ansvar endres tilsvarende. Arbeidsmiljøloven § 18-10 første ledd kan for eksempel endres ved å fjerne setningen i andre punktum: «Overtredelsesgebyr kan ilegges selv om ingen enkeltperson har utvist skyld». Den kan gjerne erstattes med: «Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr.» Dette vil klargjøre at foretaket kan ilegges overtredelsesgebyr ved anonyme gjerningspersoner og kumulative feil. Hvitvaskingsloven § 49 første ledd kan endres tilsvarende. Jeg har foreslått slike endringer i særlovgivningen i 26.2 nedenfor.

7.6 Tilregnelighet

7.6.1 Gjeldende rett

Etter straffeloven § 27 første ledd andre punktum er det også gjort unntak fra kravet om gjerningspersonens tilregnelighet. Foretakets ansvar beror dermed ikke på «*om gjerningspersonen(e) var tilregnelig(e) i handlingsøyeblikket*». ¹⁵⁰ Gjerningspersonens tilregnelighet vil likevel ha betydning for den fakultative vurderingen av om foretaket bør straffes, jf. straffeloven § 28. ¹⁵¹ Dette var regelen også etter straffeloven 1902 § 48 a. ¹⁵²

7.6.2 Vurdering og anbefaling

Jeg mener det er vanskelig å se gode grunner til at et foretak skal kunne holdes ansvarlig dersom overtredelsen av et straffebed er begått av en utilregnelig person. Særlig gjelder dette hvis anbefalingen om å gjeninnføre et skyldkrav for foretak følges. For det første er det tvilsomt om unntaket kan opprettholdes etter G.I.E.M-dommens krav om en «mental link» som vilkår for straff og HR-202-797-A. For det andre er en ordning hvor et foretak etter omstendighetene kan identifiseres med en fysisk gjerningspersons objektive gjerning, straffrihetsgrunner og skyld, men likevel *ikke* kan identifiseres med denne personens tilregnelighet, lite konsistent. Den opprinnelige begrunnelsen for regelen, slik den var etter straffeloven 1902 § 48 a, var at den ble ansett for å være en naturlig konsekvens av regelen om ansvar for kumulative handlinger og anonyme gjerningspersoner. ¹⁵³ Etter min oppfatning er begrunnelsen ikke overbevisende. Det er neppe vanskeligere å operasjonalisere et krav om tilregnelighet enn et krav om subjektiv skyld ved anonyme gjerningspersoner, og i hvert fall i prinsippet er det mulig

¹⁵⁰ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 431 andre spalte.

¹⁵¹ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 første spalte.

¹⁵² Se Høivik, Foretaksstraff s. 191 – 195.

¹⁵³ NOU 1989: 11 s. 16 andre spalte.

å ekskludere utilregnelige gjerningspersoner ved kumulative handlinger.¹⁵⁴ Min anbefaling er derfor at det ikke gjøres unntak fra tilregnelighetskravet ved foretaksstraff.

7.7 Særlig om anonyme gjerningspersoner og kumulative overtredelser

7.7.1 Gjeldende rett

7.7.1.1 Anonyme gjerningspersoner

Etter representasjonsansvaret i straffeloven § 27 straffes foretaket for overtredelser begått av en fysisk gjerningsperson. På samme måte som etter straffeloven 1902 § 48 a stiller straffeloven § 27 ingen krav om at den fysiske gjerningspersonen kan identifiseres.¹⁵⁵ Ofte brukes uttrykket «anonyme feil» om dette ansvaret. Det gjelder samme krav til at et straffebed er overtrådt for en anonym gjerningsperson som til en gjerningsperson som kan identifiseres. Det objektive gjerningsinnhold må være oppfylt og ingen straffrihetsgrunn må foreligge. Det kan etter omstendighetene være vanskelig å vurdere om det foreligger en straffrihetsgrunn når gjerningspersonen ikke er kjent, men med mindre det er konkrete holdepunkter for det, bør det i slike tilfeller legges til grunn at ingen straffrihetsgrunn er til stede.¹⁵⁶ Konsekvensen av HR-2021-797-A er at også en anonym gjerningsperson må oppfylle et minimumskrav til skyld. Ved anonyme gjerningspersoner kan det oppstå særlige utfordringer å bevise at skyldkravet er oppfylt. I forarbeidene til straffeloven § 48 a drøftet Straffelovkommisjonen dette og

¹⁵⁴ Se nærmere Høivik, *Foretaksstraff* s. 193–194.

¹⁵⁵ Se Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431 andre spalte.

¹⁵⁶ Se NOU 1989: 11 s. 16 første spalte og Høivik, *Foretaksstraff* s. 196-197.

påpekte at det etter omstendighetene kan trekkes slutninger om både uaktsomhet og forsett fra de objektive forhold ved handlingen:¹⁵⁷

«Det kan i slike tilfeller være vanskelig å bevise at vedkommende har utvist skyld, men stort sett vil ikke det være noe problem. Ved å se på de objektive forhold ved handlingen, kan man som oftest trekke slutninger om noen har handlet uaktsomt ... Det kan f.eks. ved en feil (uaktsomhet) være sluppet ut giftig avfall fra en bedrift i en elv uten at man kan påvise hvem i bedriften som gjorde det. I visse tilfeller vil det også kunne foreligge anonymt forsett. Det vil f.eks. ut fra de faktiske forhold være klart at lovbruddet ikke kunne ha skjedd uten at noen i bedriften har handlet forsettlig»

Dette ble også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1988 s. 1356. Her ble et selskap dømt for uaktsom overtredelse av forurensningsloven etter den tidligere spesialhjemmelen for foretaksstraff i forurensningsloven § 80. Gjerningspersonen var ukjent, men dette var ikke til hinder for ansvar etter denne bestemmelsen. Om uaktsomhetsvurderingen uttalte Høyesterett:¹⁵⁸

«Når det ikke er kjent hvilken person innenfor bedriften som har ansvaret for en handling eller unnlatelse, må aktsomhetsbedømmelsen nødvendigvis få et objektivt preg. Det lar seg således ikke gjøre å bringe på det rene hvilken viten vedkommende faktisk hadde; man må nøye seg med å spørre hva vedkommende burde vite eller bringe på det rene. Nå blir nok forskjellen fra andre saker likevel ikke så stor, idet enhver aktsomhetsvurdering har en objektiv kjerne.»

I lys av G.I.E.M-dommen og HR-2021-797-A må det imidlertid legges til at selv om en uaktsomhetsvurdering får et mer «objektivt preg» når gjerningspersonen ikke er identifisert, må vurderingen like fullt inneholde en «mental link» mellom handling og gjerningspersonen for å unngå motstrid med skyldkravet etter EMK artikkel 7.

7.7.1.2 Kumulasjonsansvar

Personen – «noen» - som overtrer straffebudet trenger ikke være en enkeltperson. Foretaksansvaret rommer også et *kumulasjonsansvar* – det vil si hvor gjerningsinnholdet i straffebudet oppfylles gjennom *summen av enkeltpersoners atferd*. Kumulasjonsansvaret får selvstendig betydning hvor ingen enkeltpersoner alene oppfyller gjerningsinnholdet. Begrunnelsen for kumulasjonsansvaret er å motvirke

¹⁵⁷ NOU 1989: 11 s. 15 andre spalte og s. 16 første spalte.

¹⁵⁸ Rt. 1988 s. 1356 (s. 1360). Se også Rt. 2015 s. 15045 (avsnitt 23).

ansvarspulverisering som følge av kunnskapsspredning og oppgavefordeling særlig i større organisasjoner.

Siden Høyesterett i HR-2021-797-A har slått fast at det (minst) gjelder et uaktsomhetskrav for foretaksstraff, blir spørsmålet hvordan et uaktsomhetskrav skal vurderes ved slike kumulative overtredelser. Etter straffeloven 1902 § 48 a, som stilte krav om at også straffebudets skyldkrav måtte oppfylles, var det lagt til grunn at kumulasjonsansvarsregelen bare kunne anvendes på straffebud med uaktsomhet som skyldform.¹⁵⁹ Begrunnelsen var at forsettskravet inneholder en psykologisk komponent som forutsetter en individuell gjerningsperson, mens skyldforment uaktsomhet inneholder en objektiv kjerne som i noen grad kan løsrives fra psykologiske kriterier.

Siden EMK artikkel 7 som fastslått i G.I.E.M-dommen og i HR-2021-797-A krever en «mental link» mellom gjerningspersonen og overtredelsen, kan det reises spørsmål om regelen om kumulasjonsansvar nå overhodet kan anvendes uten å komme i motstrid med EMK. Etter min oppfatning er det mulig å etablere en «mental link» også ved kumulasjon av flere personers handlinger. Ansvarret vil typisk kunne være aktuelt hvor overtredelsen gjelder regulatoriske krav til forsvarlige og systematiske tiltak i virksomheten. Et eksempel er Arbeidsmiljøloven § 4-1 første ledd som lyder:

«Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd. Standarden for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø skal til enhver tid utvikles og forbedres i samsvar med utviklingen i samfunnet.»

Plikten er straffesanksjoner og kan gi grunnlag for foretaksstraff, jf. arbeidsmiljøloven § 19-1 første ledd, jf. § 19-3 tredje ledd og straffeloven § 27. Men denne type forpliktelser er vanskelig å tilskrive bestemte fysiske personer. Det er nok til sist et ledelsesansvar at forpliktelsene oppfylles, men standarden for «forsvarlig» arbeidsmiljø vil bero på krav og forventninger til foretaket som organisasjon og ikke til enkeltpersoner.¹⁶⁰ Samtidig mener jeg at kunnskap og kompetansen til de personer

¹⁵⁹ Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 220 med videre henvisninger.

¹⁶⁰ Se nærmere Høivik, *Foretaksstraff* s. 227-229.

som i foretaket har ansvaret for å oppfylle kravet er relevant i uaktsomhetsvurderingen. Dette bør etter omstendighetene kunne være tilstrekkelig til å oppfylle kravet til «mental link». For denne type straffebud er det imidlertid et åpent spørsmål hvor langt brudd på pliktene gir hjemmel for et personlig straffansvar.¹⁶¹

7.7.2 Vurdering og anbefaling

Jeg har ikke identifisert behov for å endre regelen om at et foretak kan holdes ansvarlig for anonyme gjerningspersoner og kumulative handlinger. Etter min oppfatning bør imidlertid regelen komme klarere frem i lovteksten enn i dag, slik den gjorde i straffeloven 1902 § 48 a. Forslaget til ny § 27 andre ledd reflekterer dette.

Jeg har ovenfor anbefalt å gjeninnføre et krav om at straffebudets skyldkrav må oppfylles for å straffe foretaket.¹⁶² Dersom anbefalingen følges, mener jeg at vurderingene til Straffelovkommisjonen og Høyesterett i Rt. 1988 s. 1356 vedrørende skyldkravet for anonyme gjerningspersoner som utgangspunkt må gjelde også etter den foreslåtte nye bestemmelsen, men slik at vurderingen like fullt må inneholde en «mental link» mellom handling og gjerningspersonen for å unngå motstrid med EMK artikkel 7

Når det gjelder spørsmålet om å anvende straffebudets skyldrekvisitt på kumulative handlinger, kan det være grunn til å skille mellom to typetilfeller: Et første typetilfelle er hvor ingen enkeltpersoners handlinger alene oppfyller det objektive gjerningsinnholdet, men summen av flere personers handlinger representerer en overtredelse. Kumulative handlinger dekker også overtredelser som retter seg mot svikt i foretakets systemer. Spørsmålet her er om denne «handlingssummen» også oppfyller skyldkravet. Ved straffebud som krever uaktsomhet blir fremgangsmåten nokså lik som ved ansvar for anonyme gjerningspersoner. Avgjørende er om summen av handlinger er uaktsom. Utgangspunktet vil være om «handlingssummen» avviker fra

¹⁶¹ Sml. Rt. 2000 s. 1451 (s. 1452).

¹⁶² Se 7.5.7.2 ovenfor.

en objektiv norm for forsvarlig opptreden. Men på samme måte som man ved uaktsomhetsvurderingen av en anonym gjerningsperson i prinsippet kan trekke slutninger om subjektive forhold fra handlingen, må det også ved uaktsomt kumulasjonsansvar tas hensyn til subjektive elementer som kunnskap og kompetanse.¹⁶³

Etter straffeloven 1902 § 48 a var det antatt at kumulasjonsansvaret i et tilfelle som dette ikke kan anvendes ved straffebud som krever forsett.¹⁶⁴ Synspunktet var at de psykologiske elementene i forsettskravet ikke kan oppfylles gjennom summen av enkeltpersoners handlinger. Etter min oppfatning kan det likevel ikke utelukkes at også kunnskapselementer og andre subjektive omstendigheter etter omstendighetene kan kumuleres.¹⁶⁵ Dette må bero på tolkningen av det aktuelle straffebud.

Det andre typetilfellet av kumulasjon er hvor en enkeltperson som opptrer på vegne av foretaket oppfyller det objektive vilkår for straff, men *ikke* skyldkravet. Spørsmålet er her om kumulasjonsansvaret også bør romme en særskilt organisasjonsansvarsregel slik at foretaket også i slike tilfeller blir ansvarlig dersom lovbruddet kunne vært forhindret gjennom systematiske tiltak fra personer i ledende posisjoner. Mye tyder på at kumulasjonsansvarsregelen i straffeloven 1902 § 48 a rommet en slik regel. I forarbeidene til denne bestemmelsen definerte departementet nemlig «kumulative feil» som «*feil som ingen enkeltperson kan gjøres ansvarlig for, men som foretaket kunne ha unngått ved bedre kontroll- eller sikkerhetsrutiner*». Her lanseres en særskilt organisasjonsansvarsregel i form av *systemsvikt*. Høyesterett synes å forutsette en lignende regel i Rt. 2008 s. 668, selv om den ikke var avgjørende for resultatet. Spørsmålet var om en kommune kunne ilegges foretaksstraff etter utlendingsloven § 47 andre ledd bokstav a, jf. straffeloven 1902 § 48 a for å benytte en utenlandsk arbeidstaker som manglet nødvendig arbeidstillatelse. Høyesterett kom til at

¹⁶³ Se 7.7.1.2 ovenfor.

¹⁶⁴ Se NOU 1989: 11 s. 16 første spalte og Rt. 2007 s. 785 (avsnitt 15).

¹⁶⁵ Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 220–221. I samme retning Jacobsen i *TJS* 2009 s. 50 n. 23.

avdelingsleder B oppfylte både det objektive gjerningsinnhold og skyldkravet som var grov uaktsomhet.

I forbindelse med spørsmålet om B oppfylte skyldkravet, ga imidlertid førstvoterende uttrykk for følgende synspunkt:¹⁶⁶

«Men hvis man skulle mene at B ikke har hatt den nødvendige faglige bakgrunn for å forstå hva som lå i brevene fra utlendingsmyndighetene, må skyldkravet etter min mening uansett anses oppfylt, og da på grunn av manglende koordinering eller veiledning fra sentralt hold i kommunen. Jeg viser her til det jeg tidligere har nevnt om at foretaksstraff kan anvendes også på grunnlag av anonyme eller kumulative feil.»

Førstvoterende synes her å forutsette at skyldkravet også var oppfylt gjennom unnlattelse av å forhindre Bs overtredelse gjennom organisatoriske tiltak («koordinering og veiledning fra sentralt hold i kommunen»). Det er mulig at det med «sentralt hold» siktes til summen av individer i ledelsen i kommunen med ansvar for organisering av den kommunale virksomheten, men det kan også forstås som krav og forventninger til kommunen som sådan.

I en artikkel om skyldkravet i konkurranseretten, indikerer professor Erling Hjelmeng og professor Jørn Jacobsen at det bør innføres en lignende særskilt skyldregel om systemsvikt for foretak etter mønster fra EØS-konkurranseretten.¹⁶⁷ Etter min oppfatning bør en slik regel forankres gjennom en særskilt rettstridsreservasjon. Dette kommer jeg tilbake til i 9 nedenfor.

¹⁶⁶ Rt. 2008 s. 668 (avsnitt 19).

¹⁶⁷ Hjelmeng og Jacobsen i *TJR* 2021 (punkt 6).

7.8 Kravet om tilknytning mellom lovbruddet og foretaket

7.8.1 Fremmed rett

7.8.1.1 Oversikt over forskjellige konstruksjoner av foretaksansvaret

Ved siden av skyldkravet, er kanskje det mest grunnleggende spørsmål i relasjon til foretaksstraff hvilken tilknytning et lovbrudd må ha til foretaket for at foretaket skal kunne straffes. I et komparativt perspektiv kan kravet til tilknytning mellom lovbruddet og foretaket inndeles i et tre typekategorier som gjerne kombineres.

Representasjonsansvar:

Denne tilknytningsformen innebærer at foretaket identifiseres med en fysisk persons lovbrudd. Den bygger på forestillingen om at den fysiske personen ved lovbruddet opptrer *som* foretaket. Representantens handling er foretakets handling. Denne konstruksjonen krever en særskilt identifikasjonsregel som bestemmer betingelsene for når den fysiske gjerningspersonen opptrer i rollen som representant for foretaket og ikke som privatperson. Utover dette anvendes gjerne de alminnelige strafferettslige regler og prinsipper for et personlig ansvar for representanten. Denne tilknytningsformen er hovedregelen i straffeloven § 27.

Representasjonsansvaret har to underkategorier. Den første kan betegnes som et *prinsipalansvar*. Dette innebærer at foretaket kan identifiseres med alle personer i foretakets organisasjon fra den øverste ledelse til underordnede ansatte, og etter omstendighetene oppdragstakere. Den andre kan betegnes som et *ledelsesansvar*, og begrenser identifikasjonen til personer i foretakets ledelse. Utfordringen for rettssystemer som bygger på et ledelsesansvar er at det er snevert og vanskelig å føre bevis for, samt at det kan være krevende å klarlegge hvor langt ned i foretakshierarkiet identifikasjonen bør rekke. Utfordringen for systemer som bygger på et prinsipalansvar er at det kan hevdes å forutsette at foretaket holdes (objektivt) ansvarlig for *andres* straffbare handlinger. Å holde noen straffansvarlig for *andres* skyld er et objektivt ansvar som er uforenlig med skyldprinsippet. Konseptuelt er det imidlertid ingenting

i veien for å anse også underordnede ansattes – eller oppdragstakeres – handlinger i rollen som representanter for foretaket som foretakets egne handlinger.

Kumulasjonsansvar: Kumulasjonsansvar innebærer at foretaket identifiseres med summen av flere fysiske personers handlinger som hver for seg ikke oppfyller straffebudets gjerningsinnhold og/eller skyldkrav. Mens representasjonsansvaret bygger på at foretaket identifiseres med en enkeltpersons individuelle handling (og skyld), bygger kumulasjonsansvaret på identifikasjon med flere enkeltpersoners handlinger som summeres og vurderes som én handling. Dette tilknytningskravet innebærer videre at enkeltpersonene som inngår i samhandlingen opptrer *som* foretaket på samme måte som i representasjonsansvaret

Kumulasjonsansvaret reflekterer at et typisk trekk ved aktiviteter organisert gjennom foretak er arbeidsdeling og kunnskapsspredning. Bortsett fra i små foretak vil et enkeltindivid i foretaket ikke ha full oversikt over hva andre gjør. Uten kumulasjonsansvar risikerer man en pulverisering av ansvar for lovbrudd fordi ingen enkeltindivider oppfyller gjerningsinnhold og skyldkrav. Oppmerksomheten er rettet mot samhandlingen mellom enkeltpersoner. Straffeloven § 27 viderefører regelen om kumulasjonsansvar i straffeloven § 48 a.¹⁶⁸

Organisasjonsansvar: Med organisasjonsansvar sikter jeg til systemsvikt. Tilknytningen mellom foretaket og lovbruddet er her ikke (primært) knyttet til identifikasjon med én eller flere enkeltpersoners lovbrudd – men snarere en svikt i systemer som kunne ha forhindre lovbruddet. Sammenlignet med identifikasjonsansvaret, understreker organisasjonsansvaret i større grad foretakets selvstendige identitet i forhold til personene som er tilknyttet det. Denne identiteten er knyttet til organisatoriske systemer som setter rammen for aktivitetene i virksomheten.

Et foretak (i hvert fall over en viss størrelse) vil normalt ha en uformell eller formell organisasjonsstruktur med besluttende organer, bestemte prosedyrer for

¹⁶⁸ Se 7.7.1.2 ovenfor.

beslutningsprosesser og hvordan aktiviteter skal utføres, og mekanismer for tilsyn og kontroll. Ved organisasjonsansvar vurderes om det foreligger svikt i systemene. Vurderingen er videre basert på krav og forventninger til foretaket som sådan – ikke til enkeltpersoner. Organisasjonsansvaret er mest aktuelt ved uaktsomhetsansvar. Aktsomhetsnormen er her knyttet til *forsvarlig organisering av virksomheten*. Det er samtidig en nær forbindelse mellom organisasjonsansvaret og et representasjonsansvar som krever medvirkning av personer i ledelsesposisjoner. Det vil nemlig normalt være et ledelsesansvar å sørge for forsvarlig organisering av virksomheten i foretaket. For aksjeselskaper er dette etter norsk rett nedfelt i aksjeloven og allmennaksjeloven § 6-12 – § 6-14. Etter § 6-12 første ledd andre punktum skal styret «sørge for forsvarlig organisering av virksomheten». Videre skal styret i henhold til § 6-12 i begge lover «føre tilsyn med den daglige ledelse og selskapets virksomhet for øvrig». Det er videre klart at når daglig leder «står for den daglige ledelse av selskapets virksomhet», jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 6-14, omfatter dette også selskapets organisering og systemer.

Organisasjonsansvaret peker mot kjernen i den preventive begrunnelsen for foretaksstraff: Å gi foretak en oppfordring til å forhindre lovbrudd i virksomheten gjennom organisatoriske og systematiske tiltak. Organisasjonsansvaret kan utformes på forskjellige måter. Et eksempel er å utforme regulatoriske krav til et foretaks internkontrollsystemer og straffesanksjonere brudd på denne plikten. Det finnes innslag av dette i norsk rett, for eksempel plikten i arbeidsmiljøloven § 3-1 som setter generelle krav til systematiske tiltak for å ivareta helse, miljø og sikkerhet. Et annet alternativ er å anvende systemsvikt som en egen uaktsomhetsform for foretak – «foretaksuaktsomhet» – sammen med eller i tillegg til henholdsvis representasjonsansvaret eller kumulasjonsansvaret. Et tredje alternativ er å anvende systemsvikt som en særegen rettsstridsreservasjon eller straffrihetsgrunn for foretak i en konstruksjon som ellers er basert på et representasjonsansvar. Den engelske «adequate procedure defence» under UK Bribery Act er et eksempel på dette. En slik regel kan også utformes som et tilleggsvilkår der lovbruddet er begått av underordnede ansatte eller oppdragstakere. Et fjerde alternativ er å la systemsvikt inngå i en helhetsvurdering av om et foretak bør straffes, slik systemet er etter straffeloven § 28,

jf. § 28 bokstav c. Et siste alternativ er å la systemsvikt inngå i vurderingen av om lovbruddet har tilstrekkelig tilknytning til foretakets virksomhet.

7.8.1.2 Danmark

Dansk strafferett bygger, som norsk strafferett, på et representasjonsansvar som omfatter både ledelsen og underordnede ansatte. Etter dansk straffelov § 27 første ledd er grunnvilkårene for foretaksstraff at «der indenfor dens virksomhed er begået en overtrædelse, der kan tilregnes en eller flere til den juridiske person knyttede personer eller den juridiske person som sådan». I kravet til «overtredelse der kan tilregnes ... personer» ligger et krav om at en fysisk person oppfyller gjerningsinnholdet i et straffebed og subjektive vilkår for straff. Dette inkluderer også ukjente gjerningspersoner (anonyme feil).

I kravet til «den juridiske person knyttede personer» ligger et krav til personell tilknytning mellom den fysiske gjerningspersonen og foretaket. Det må være et formelt rettsforhold mellom gjerningspersonen og foretaket som gir gjerningspersonen kompetanse til å handle innenfor foretakets virksomhet. Både medlemmer av foretakets deltakerorganer, ledelse og vanlig ansatte faller innenfor persongruppen som kan pådra foretaket straffansvar. Dersom den objektive overtredelsen er begått av en ansatt er det tilstrekkelig at denne oppfyller straffebedets skyldkrav. Det er mer tvilsomt om foretaket kan holdes ansvarlig for selvstendige oppdragstakere. Dersom oppdragstakeren er et foretak, noe som normalt er tilfellet, vil utgangspunktet gjerne være at oppdragstakerforetaket holdes ansvarlig for overtredelser begått av tillitsvalgte og ansatte i anledning oppdraget. Men oppdragsgiverforetaket vil etter omstendighetene kunne straffes for medvirkning til lovbruddet i slike tilfeller, jf. dansk straffelov § 23.

I vilkåret om at overtredelsen må være begått «indenfor dens virksomhed», ligger et krav om en funksjonell tilknytning mellom overtredelsen og virksomheten. Dette betyr at overtredelsen må «ha en naturlig tilknytning til virksomhedens aktiviteter». Usedvanlige handlinger og handlinger utført i gjerningspersonens egen interesse faller

utenfor.¹⁶⁹ Etter dansk straffelov § 27 første ledd første punktum kan gjerningsinnholdet og skyldkravet oppfylles av «en eller flere til den juridiske person knyttede personer». Dermed suppleres representasjonsansvaret med et kumulasjonsansvar.¹⁷⁰ Kumulasjonsansvaret innebærer at summen av individuelle handlinger representerer en objektiv overtredelse «i virksomheden» og oppfyller straffebudets skyldrekvisitt.¹⁷¹ Dette ansvaret dekker bare overtredelser av straffebud som har uaktsomhet som skyldform. Dersom straffebudet krever forsett, må en enkeltperson oppfylle skyldkravet.¹⁷² Dansk strafferett inneholder også innslag av organisasjonsansvar i form av et særskilt uaktsomhetskrav for foretak. Etter dansk straffelov § 27 første ledd første punktum kan nemlig skyldkravet alternativt oppfylles av «den juridiske person som sådan». Regelen omfatter typisk manglende organisatoriske tiltak som for eksempel sviktende opplæring, tilsyn og kontroll, som kunne ha forhindret et individuelt (eller kumulativt) lovbrudd begått «indenfor dens virksomhed». Regelen vil bare gjelde straffebud med uaktsomhet som skyldform. Dersom straffebudet krever forsett, kan skyldkravet bare oppfylles av en enkeltperson.¹⁷³ Regelen kan for eksempel anvendes der en ansatt har overtrådt et straffebud, men uten å oppfylle skyldkravet. Dette betyr at dansk rett åpner for at den objektive gjerningsbeskrivelsen og skyldkravet kan oppfylles av forskjellige personer.

Dersom lovbruddet er begått av en underordnet ansatt som oppfyller skyldkravet, kreves ikke i tillegg at «den juridiske person som sådan» har utvist skyld i form av uaktsom systemsvikt. Det har imidlertid vært diskutert om § 27 inneholder en umulighets – eller rettsstridsreservasjon for foretak som gjelder for slike tilfeller. En slik særskilt straffrihetsgrunn vil måtte ha et lignende innhold som det særskilte

¹⁶⁹ Jf. Betænkning 1289/95 s. 92.

¹⁷⁰ Jf. Betænkning 1289/95 s. 95.

¹⁷¹ Jf. Betænkning 1289/95 s. 83.

¹⁷² Jf. Betænkning 1289/95 s. 55–56.

¹⁷³ Jf. Betænkning 1289/95 s. 96.

skyldkravet for foretak. Den synes så langt ikke å ha fått særlig gjennomslagskraft i dansk rett.

7.8.1.3 Finland

Finsk strafferett kombinerer også representasjonsansvar, kumulasjonsansvar og organisasjonsansvar. «Samfundsbot» for foretak er regulert i Strafflagen 9 kapittel. Et grunnvilkår for foretaksansvar etter Strafflagen 9 kap 3 § er at det er begått et «brott» i en «juridisk persons virksomhet». At «brottet» må være begått i en «juridisk persons virksomhet», innebærer krav om personell- og funksjonell tilknytning mellom «brottet» og foretakets «virksomhet». Personelementet krever at gjerningspersonen «hør til den juridiska personens ledning eller står i tjänste- eller arbetsförhållande till denna eller han har handlat på uppdrag av en representant för den juridiska personen», jf. 3 § første ledd. Utgangspunktet er dermed at både medlemmer av selskapets ledelse, ordinære arbeidstakere og oppdragstakere i prinsippet kan pådra foretaket straffansvar.

Det funksjonelle tilknytningskravet er konkretisert i to alternativer. For det første er vilkåret oppfylt dersom gjerningspersonen har handlet «på den juridiska personens vägnar», jf. Strafflagen 9 kapittel 3 § første ledd. Dette dekker tilfeller hvor lovbruddet er begått under utøvelse av den formelle kompetansen til å handle eller treffe beslutninger for foretaket. Alternativet omfatter også de tilfellene der gjerningspersonen har fått i oppdrag å begå et straffbart lovbrudd. For det andre foreligger funksjonell tilknytning dersom gjerningspersonen har handlet «till dess förmån», jf. Strafflagen 9 kapittel 3 § første ledd. Dette alternativet har selvstendig betydning i de tilfellene hvor den straffbare handlingen ligger utenfor gjerningspersonens formelle kompetanse, men hvor foretaket drar fordel av lovbruddet. Begge alternativene forutsetter at gjerningspersonen handler i selskapets interesse. Dette utelukker ansvar dersom foretaket er fornærmet, dersom det er tale om sabotasje mot foretaket, dersom handlingen strider mot klare direktiver, eller har et rent privat formål for gjerningspersonen.

Selv om tilknytningskravet ikke er begrenset til lovbrudd begått av ledelsen, men også dekker lovbrudd begått av underordnede ansatte og oppdragstakere, stiller den finske

straffeloven i slike tilfeller opp et tilleggsvilkår om enten medvirkning fra ledelsespersoner eller systemsvikt. Dette kommer til uttrykk i Strafflagen 9. kapittel 2 § første ledd som i tilfeller hvor lovbruddet er begått av underordnede ansatte og oppdragstakere stiller et tilleggskrav om at:

«... någon som hör till ett av dess lagstadgade organ eller annars hör till dess ledning eller utövar faktisk beslutanderätt inom den juridiska personen har varit delaktig i brottet eller tillåtit att brottet har begåtts eller om i den juridiska personens verksamhet inte har iakttagits den omsorg och försiktighet som krävs för att förebygga brottet.»

Her stilles tre alternative vilkår: i) at en person i ledelsen har medvirket («varit delaktig») i lovbruddet, ii) at en person i ledelsen har tillatt lovbruddet («tillåtit») og iii) at det i foretakets virksomhet ikke er implementert tilstrekkelige forholdsregler for å forebygge lovbrudd. De to første alternativene er et uttrykk for ledelsesmedvirkning. Det siste alternativet er et uttrykk for systemsvikt.

7.8.1.4 Sverige

De svenske reglene om «företagsbot» i Brottsbalken 36 kap, 7 §, som formelt *ikke* er et straffansvar, kombinerer representasjonsansvar for ledelsens lovbrudd med et organisasjonsansvar for underordnedes lovbrudd. Et hovedvilkår er at det er begått et «brott ... i utövningen av näringsverksamhet», jf. Brottsbalken 36 kapittel 7 §», I brottsbegrepet ligger at en fysisk person må oppfylle objektive og subjektive vilkår for straff.¹⁷⁴ Også anonyme feil rammes.¹⁷⁵ At det må gjelde lovbrudd i «näringsverksamhet» innebærer at sanksjonen bare får anvendelse på «näringsidkare». Med «näringsidkaren» menes «varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt bedriver verksamhet av ekonomisk art, oavsett om denna är inriktad på vinst eller ej.»¹⁷⁶

¹⁷⁴ Jf. Prop 1985/86: 23 s. 62.

¹⁷⁵ Prop 1985/86: 23 s. 62.

¹⁷⁶ Jf. Prop 1985/86: 23 s. 62 og Prop 2005/06: 59 s. 20.

I vilkåret «utövningen av» innebærer at det må være en personell og funksjonell tilknytning mellom overtredelsen og næringsvirksomheten. Kravet til personell tilknytning er oppfylt dersom den fysiske gjerningspersonen er «næringsidkare, ställföreträdare, anställda eller uppdragstagare hos näringsidkare».¹⁷⁷ Det funksjonelle tilknytningskravet innebærer at overtredelsen må «ha en klar anknytning till den verksamhet som bedrivs av gärningsmannen i hans egenskap av antingen näringsidkare eller företrädare för eller anställd hos den som bedriver näring».¹⁷⁸ Ansvarets karakter av ledelsesansvar følger av 36 kapittel 7 § nr. 2 som inneholder to alternative tilleggsvilkår om at «brottet» er begått av:

- «a) en person i ledande ställning grundad på befogenhet att företräda näringsidkaren eller att fatta beslut på näringsidkarens vägnar, eller
- b) en person som annars haft ett särskilt ansvar för tillsyn eller kontroll i verksamheten.»

Begge alternativer stiller krav om at den fysiske gjerningspersonen har en ledelsesposisjon i foretaket. Alternativ a) dekker personer i selskapets ledelse (styret og daglig leder) og personer med selvstendig ansvar som rapporterer direkte til ledelsen.¹⁷⁹ Alternativ b) dekker:¹⁸⁰

«... person som annars haft ett särskilt ansvar för tillsyn eller kontroll tar sikte på personer som har ansvar för att kontrollera och utöva tillsyn över att regler (såväl allmänna som näringsidkarens egna), rutiner och säkerhetsföreskrifter upprätthålls och följs i verksamheten. Genom att uppställa krav på att ansvaret skall vara av ett visst kvalificerat – särskilt – slag har markerats att personer med ansvar för i verksamheten löpande arbetsuppgifter, t.ex. en person med löpande ansvar för en viss maskins underhåll och drift, inte omfattas av regleringen. Däremot kan t.ex. en förman eller arbetsledare typiskt sett ha ett sådant särskilt ansvar som avses med bestämmelsen.»

Det er videre tvilsomt om det eksisterer en regel om kumulasjonsansvar i Sverige. Spørsmålet er ikke lovregulert, men grunnvilkåret om at det er begått et «brott», jf. Brottsbalken 36 kapittel 7 §, indikerer at enkeltpersoners handlinger og skyld ikke kan kumuleres.¹⁸¹ Dersom «brottet» er begått av underordnede ansatte som ikke

¹⁷⁷ Jf. Prop 2005/06: 59 s. 20 og Prop 1985/86: 23 s. 28.

¹⁷⁸ Jf. Prop 1985/86: 23 s. 28 og Prop 2005/06: 59 s. 20.

¹⁷⁹ Jf. Prop 2005/06: 59 s. 60–61.

¹⁸⁰ Jf. Prop 2005/06: 59 s. 61.

¹⁸¹ NU 1986:2 s. 36 og 43, jf. SOU 1997:127 s. 210 og 235 flg.

tilfredsstillende ledelsesvilkåret i 36 kapittel 7 § nr. 2 a) eller b), kan foretaket likevel bli ansvarlig dersom «næringsidkaren inte har gjort vad som skäligen kunnat krävas för at förebygga brottsligheten», jf. 36 kapittel 7 § nr. 1. De svenske reglene inneholder med dette et innslag av systemsvikt. Bestemmelsen er formulert som et uaktsomt unnlatesansvar. Unnlatesen kan bestå i mangel på instruks eller at virksomheten ikke er organisert på en slik måte at det føres rimelig grad av *kontroll* med om virksomheten drives på lovlig vis.¹⁸² Regelen fører etter omstendighetene til ansvarsfrihet dersom gjerningspersonen har brutt interne instruks.¹⁸³

7.8.1.5 Tyskland

Det administrative foretaksansvaret etter OWiG § 30 er utformet som et representasjonsansvar for ledelsens lovbrudd. Kravet er at gjerningspersonen innehar en ledelsesposisjon som nærmere beskrevet i OWiG § 30 første ledd nr. 1-5. Dette dekker først og fremst personer i ledelsesposisjoner med ulike former for representasjonskompetanse, jf. OWiG § 30 første ledd nr. 1-4. Etter OWiG § 30 første ledd nr. 5 kan dessuten andre personer i ledelsen («die Leitung») pådra foretaket Geldbuße. Hvor langt ned i styringshierarkiet denne regelen rekker er noe usikkert.¹⁸⁴ OWiG § 30 stiller videre et krav om at gjerningspersonens overtredelse skjer i rollen «als» representant for selskapet.¹⁸⁵ I dette ligger et krav til funksjonell tilknytning mellom overtredelsen og posisjonen i selskapet.¹⁸⁶ Overtredelsen må også være i selskapets *interesse*.¹⁸⁷ Regelen i § 30 synes ikke åpne for et kumulasjonsansvar for slike lovbrudd begått av ledelsen.

¹⁸² Jf. Prop 1985/86: 23 s. 34-35, s. 66-68 og s. 112-114, Prop 2005/06: 59 s. 21 og s. 60 og Johannisson i *Karnov Brottbalken* note 1445.

¹⁸³ Jf. Prop 1985/86: 23 s. 67-68.

¹⁸⁴ Jf. Rogall i *Karlsruher Kommentar OWiG* § 30 Rn. 68a.

¹⁸⁵ Jf. Rogall i *Karlsruher Kommentar OWiG* § 30 Rn. 89.

¹⁸⁶ Jf. Rogall i *Karlsruher Kommentar OWiG* § 30 Rn. 91.

¹⁸⁷ Jf. Rogall i *Karlsruher Kommentar OWiG* § 30 Rn. 93-94.

I tillegg inneholder OWiG § 130 en særskilt bestemmelse om organisasjonsansvar for underordnedes lovbrudd. Kravet er at innehaveren har forsømt plikten til å føre tilsyn med virksomheten og slikt tilsyn kunne ha forhindret eller vanskeliggjort en overtredelse begått av underordnede. Det er noe usikkert om bestemmelsen åpner for kumulering av underordnedes lovbrudd.

7.8.1.6 England

I engelsk strafferett avhenger foretaksansvaret om det er tale om straffebud med et skyldkrav eller ikke. For overtredelse av straffebud som krever skyld er hovedregelen «the identification doctrine», som også kalles «the alter ego principle».¹⁸⁸ Dette er et representasjonsansvar for ledelsens handlinger og skyld basert på en forestilling om at ledelsens handlinger anses for å være foretakets handlinger. «The identification doctrine» har vært gjenstand for kritikk. Den vesentligste innvendingen er at den smale kretsen av personer i ledelsen som foretaket identifiseres med gjør det svært vanskelig å få straffedømt særlig store selskaper med en kompleks organisasjonsstruktur på flere nivåer.¹⁸⁹ Delvis som svar på denne kritikken, er det i senere år vedtatt lover som utvider straffansvar for foretak sammenlignet med den tradisjonelle doktrinen på bestemte områder. Et sentralt eksempel på dette er UK Bribery Act. Jeg skal redegjøre nærmere for korrupsjonsbestemmelsene og foretaksansvaret under denne loven som ledd i Del II av denne utredningen. Her skal bare påpekes at loven representerer en utvidelse av foretaksansvaret sammenlignet med den tradisjonelle «identification doctrine». UK Bribery Act section 7 inneholder nemlig en særbestemmelse om «failure of commercial organisations to prevent bribery». Denne bestemmelsen etablerer foretaksansvar for korrupsjon begått av enhver som «performs services for or on behalf of» foretaket, jf. Bribery Act 2010 section 8 (1). Foretaket kan med dette holdes

¹⁸⁸ Se for eksempel Wells, *Corporations* s. 99–101.

¹⁸⁹ Jf. Ashworth, *Principles of Criminal Law* s. 150, Simester and Sullivan, *Criminal Law* s. 276 og Wells, *Corporations* s. 157–158.

ansvarlig også for underordnede ansatte. Bribery Act 2010 section 7 (2) inneholder likevel en sentral begrensning i foretakets prinsipalansvar som følger:

«But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct. »

Denne bestemmelsen etablerer en organisasjonsansvarsregel i form av en straffrihetsgrunn («defence») for tilfeller hvor foretaket kan føre bevis for at det ikke foreligger systemsvikt – nærmere bestemt ved at foretaket har etablert adekvate prosedyrer for å motvirke at personer tilknyttet foretaket begår korrupsjon. I henhold til Bribery Act 2010 section 9 (1) har the Ministry of Justice etablert retningslinjer for etablering av slike prosedyrer.

Et annet eksempel på engelsk lovgivning som utvider foretaksansvaret sammenlignet med «identification doctrine» er Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act of 26 July 2007 (CMCH). Loven gir hjemmel for å dømme selskaper og andre foretak for uaktsomt drap dersom årsaken til dødsfallet er svikt i måten aktivitetene i virksomheten er styrt og organisert på. Før loven ble vedtatt, kunne foretak bare dømmes for uaktsomt drap på grunnlag av «the identification doctrine». Loven krever videre at denne svikten i styringen og organiseringen av virksomheten representerer «gross breach of a relevant duty of care» for foretaket overfor den avdøde. «Relevant duty of care» kan typisk være regulatoriske krav til sikkerhet og arbeidsmiljø. Spørsmålet om det foreligger «gross breach» - vesentlig brudd – på slike forpliktelser vurderes med utgangspunkt i krav og forventninger til selskapet som sådan, jf. Section 1 (4) b). Samtidig krever CMCH at et «substantial element in the breach» må kunne tilskrives «senior management», jf. Section 1 (3). «Senior management» er videre enn kretsen av personer som dekkes av den tradisjonelle «identification doctrine», og omfatter personer «in the direct chain of management as well as those in, for example strategic or regulatory compliance roles».¹⁹⁰

¹⁹⁰ Jf. Explanatory Notes 2007 avsnitt 17.

7.8.1.7USA

Foretaksstraff under amerikansk føderal strafferett ligner det norske systemet med representasjonsansvar for lovbrudd begått av enhver som opptrer på vegne av foretaket, det vil si både ledelse, underordnede og oppdragstakere. Regelen er at «a corporation may be held criminally liable for conduct performed by an agent of the corporation acting in its behalf within the scope of his employment».¹⁹¹ Gjerningspersonen («an agent») må oppfylle objektive og subjektive vilkår for straff. Det kreves ikke at gjerningspersonen kan identifiseres.¹⁹² Som etter norsk rett kreves en personell og en funksjonell tilknytning mellom gjerningspersonens lovovertrødelse og foretaket. Det personelle tilknytningskravet følger av at gjerningspersonen må være en «agent». Dette dekker enhver fysisk person som har formell kompetanse til å opptre for foretaket, inkludert deltakere, medlemmer av foretakets organer, ledelse, ansatte eller oppdragstakere.¹⁹³ Det stilles ingen krav om at den fysiske gjerningspersonen har en ledelsesposisjon i foretaket.

Kravet til funksjonell tilknytning innebærer at den fysiske gjerningspersonen har handlet «in behalf of the corporation» og «within the scope of his office or employment».¹⁹⁴ I dette ligger at lovbruddet må ha en direkte tilknytning til de oppgavene som gjerningspersonen har «the broad authority to perform».¹⁹⁵ Handlingen må ha «occurred while the offending employee was carrying out a job-related activity».¹⁹⁶ Følgelig er ikke ansvaret begrenset til lovbrudd som er knyttet til oppgaver eller handlinger som gjerningspersonen uttrykkelig er autorisert til å utføre.¹⁹⁷ At

¹⁹¹ LaFave, *Criminal Law* s. 272, jf. *Developments i Harv. L. Rev* 1979 s. 1247–1248.

¹⁹² *Developments i Harv. L. Rev.* 1979 s. 1248.

¹⁹³ LaFave, *Criminal Law* s. 703 og 705 og Brickey, *Corporate Criminal Liability* s. 91–104.

¹⁹⁴ LaFave, *Criminal Law* s. 707–708.

¹⁹⁵ LaFave, *Criminal Law* s. 707, jf. Brickey, *Corporate Criminal Liability* s. 105–107, Gruner, *Corporate Criminal Liability* s. 3–34 – 3–36, *Developments i Harv. L. Rev.* s. 1249–1250.

¹⁹⁶ *Developments i Harv. L. Rev.* s. 1249–1250.

¹⁹⁷ Jf. *Continental Banking Co. v. United States*, 281 F. 2d 137 (6th Cir. 1960), LaFave, *Criminal Law* s. 707 og Brickey, *Corporate Criminal Liability* s. 107.

gjerningspersonen har handlet i strid med instruks er heller ikke til hinder for ansvar.¹⁹⁸ I tillegg er det som hovedregel et vilkår for ansvar at den fysiske gjerningspersonen har begått lovbruddet «for the benefit of the corporation».¹⁹⁹ Det er i den forbindelse ikke nødvendig at foretaket de facto har oppnådd fordeler av lovbruddet. Dette representasjonsansvaret suppleres i amerikansk rett med et kumulasjonsansvar.²⁰⁰ Det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet kan oppfylles gjennom kumulasjon av flere enkeltpersoners handlinger. I tillegg åpner den såkalte «collective knowledge»-doktrinen for at skyldkrav kan oppfylles gjennom å kumulere subjektive elementer ved flere enkeltpersoners handlinger, men det er noe usikkert hvilken rekkevidde regelen har.²⁰¹

Selv om lovbruddet er begått av underordnede ansatte eller oppdragstakere, stilles normalt ikke et tilleggskrav om systemsvikt – at foretaket kunne eller burde ha forhindret lovbruddet gjennom organisatoriske tiltak. Utgangspunktet er at «compliance programs» og andre systematiske tiltak for å forhindre lovbrudd har betydning for straffutmålingen.²⁰² I amerikansk juridisk teori har enkelte forfattere argumentert for at det burde innføres en generell «due diligence defence» som går ut på at foretaket ikke straffes dersom det hadde implementert forsvarlige rutiner som skulle motvirke det aktuelle lovbruddet.²⁰³ Argumentet er gjerne at en slik regel i sterkere grad vil tjene foretaksstraffens preventive funksjon som organisatorisk insentiv til å motvirke lovbrudd. Dessuten vil regelen gjøre at foretaksansvaret lettere kan forenes med moralske krav til klanderverdighet og skyld. De føderale prinsippene

¹⁹⁸ Jf. *Continental Banking Co. v. United States*, 281 F. 2d 137 (6th Cir. 1960), *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (9th Cir.1972), LaFave, *Criminal Law* s. 707, Brickey, *Corporate Criminal Liability* s. 107–115, Gruner, *Corporate Criminal Liability* s. 3-76 – 3-80.

¹⁹⁹ Jf. Gruner, *Corporate Criminal Liability* s. 3-57 – 3-62, LaFave, *Criminal Law* s. 707, Brickey, *Corporate Criminal Liability* s. 131–137, Developments i *Harv. L. Rev.*1978–1979 s. 1250–1251 og Stessens i *ICLQ* 1994 på s. 515.

²⁰⁰ Jf. Brickey, *Corporate Criminal Liability* s. 140–145, Gruner, *Corporate Criminal Liability* s. 4-1 – 4-30 og Coffee i *Collective Entities* s. 25–26.

²⁰¹ Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 159–161 med videre henvisninger.

²⁰² Se United States Sentencing Commission, *Guidelines Manual* kapittel 8.

²⁰³ Se for eksempel Gruner, *Corporate Criminal Liability* s. 6-2–6-33.

for foretaksstraff er utviklet gjennom rettspraksis og følges ved bruk av straff under spesiallovgivningen.

Når det gjelder foretaksstraff på delstatsnivå, skal nevnes at American Law Institute har utviklet en modellstraffelov – Model Penal Code - som har tjent som inspirasjonskilde til flere straffelovsreformer.²⁰⁴ Model Penal Code skiller mellom foretaksansvar for brudd på straffebestemmelser som er inntatt i modellstraffeloven og brudd på bestemmelser i spesiallovgivningen. Ved brudd på straffebud i Model Penal Code krever Section 2.07 (1) bokstav c at lovbruddet:

«...was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment. »

Det er med andre ord tale om et ledelsesansvar. Foretaket holdes ikke ansvarlig dersom lovbruddet er begått av personer i underordnede stilling. For brudd på straffebud i spesiallovgivningen og mindre alvorlige lovbrudd legger Model Penal Code opp til et utvidet representasjonsansvar som også dekker lovbrudd begått av underordnede, jf. Section 2.07 (1) (a). Her gjelder imidlertid en «due diligence defence, jf. Section 2.07 (5):

«...it shall be a defence if the defendant proves by a preponderance of evidence that the high managerial agent having supervisory responsibility over the subject matter of the offence employed due diligence to prevent its commission».

Denne straffrihetsgrunnen innebærer at foretaket ikke holdes ansvarlig dersom en person med tilsynsansvar for aktiviteten som utløste lovbruddet hadde implementert forsvarlige tiltak for å forhindre det. Selv om dette er knyttet til en ledelsesperson («high managerial agent»), har denne straffrihetsgrunnen preg av et organisasjonsansvar.

²⁰⁴ Jf. LaFave, *Criminal Law* s. 4–6 og Model Penal Code: https://archive.org/details/ModelPenalCode_ALI/mode/2up

7.8.2 Gjeldende rett

7.8.2.1 Innledning

Etter straffeloven § 27 kreves at overtredelsen av straffebudet er begått av «noen som har handlet på vegne av» et foretak. I dette ligger et krav om *tilknytning* mellom lovbruddet og foretaket. Dette tilknytningskravet har to elementer, a) personell tilknytning og b) funksjonell tilknytning.

7.8.2.2 Personell tilknytning mellom gjerningspersonen og foretaket

Kjernen i kravet til personell tilknytning er at overtredelsen er begått av en fysisk gjerningsperson («noen») som har «positiv hjemmel» til å handle for foretaket.²⁰⁵ Straffeloven stiller ingen bestemte krav til gjerningspersonens posisjon i foretaket. Alle ansatte i organisasjonshierarkiet omfattes – fra øverste ledelse til underordnede ansatte. Også medlemmer av foretakets organer, for eksempel styremedlemmer og deltakere på generalforsamlingen omfattes. Noen straffebud avgrenser pliktsubjektet til «foretak», «virksomhet» eller lignende organisatoriske enheter. I slike tilfeller passer ikke tilknytningskravet «på vegne av» i den generelle hjemmelen foretaksstraff i straffeloven § 27 så godt. Det vil alltid bero på en tolkning av det enkelte straffebudet hvilke fysiske personer i foretaket som kan oppfylle gjerningsinnholdet i straffebudet. Spørsmålet om et morselskap også kan holdes ansvarlig for lovbrudd begått i datterselskap og et foretaks ansvar for selvstendige oppdragstakere skal behandles særskilt i 7.9 nedenfor.

7.8.2.3 Funksjonell tilknytning mellom handlingen og foretaket

Kjernen i kravet til funksjonell tilknytning er at handlingen som utgjør overtredelse av et straffebud må ha en nær forbindelse til gjerningspersonens oppgaver for foretaket. Loven gir ingen nærmere veiledning til innholdet i dette kravet. Uttrykket «på vegne av» indikerer at overtredelsen må være begått i rollen som representant for foretaket,

²⁰⁵ Matningsdal, *Straffeloven 2005*, § 27 punkt 5.1.

og ikke som privatperson eller representant for andre. Rammen for rollen som representant for foretaket bestemmes som utgangspunktet av rettsforholdet mellom gjerningspersonen og foretaket, typisk arbeidsavtalen, eller vervet. Dette rettsforholdet vil fastsette rammer for tid, sted og oppgaver som ligger innenfor rollen. Lovbrudd som begås i direkte utøvelse av disse oppgavene anses i normaltilfellene å være begått på vegne av foretaket. Klare tilfeller er brudd på regulatoriske krav til oppgavene i foretaket, for eksempel regnskapsførerens brudd på regnskapslovgivningen eller yrkessjåførens brudd på kjøre- og hviletidsbestemmelser. Lovbrudd som begås i fritiden faller i normaltilfellene utenfor. Det samme gjelder lovbrudd som er begått etter at oppdraget for foretaket er avsluttet. Dette er overtredelser som begås av gjerningspersonen som privatperson (eller representant for andre) og ikke «på vegne av» foretaket. I tvilstilfeller vil det kunne ha betydning om «handlingen overhodet ligger innenfor foretakets virksomhet».²⁰⁶

I forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a ble det understreket at det ikke er et vilkår for foretaksstraff at foretaket faktisk oppnår en fordel ved overtredelsen.²⁰⁷ Det er videre ingen uttalelser som tyder på at det stilles krav om at gjerningspersonen har hatt til hensikt å oppnå en slik fordel. I Rt. 1993 s. 459 uttalte førstvoterende i tråd med dette at ordlyden i det parallelle vilkåret «på vegne av» i straffeloven § 36 om inndragning ikke kan:²⁰⁸

«... forstås som et krav om at det straffbare forhold må ta sikte på, eller i alle fall faktisk gi [min uthev.], den representerte en fordel. Et slikt tilleggskrav ville det ha vært naturlig å ta inn i loven.»

Selv om det ikke kreves at foretaket har oppnådd en fordel eller at gjerningspersonen hadde intensjon om dette, vil noen handlinger som *ligger utenfor eller som kan være i strid med foretakets interesser* etter omstendighetene ikke anses utført «på vegne av»

²⁰⁶ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 431 første spalte.

²⁰⁷ NOU 1989: 11 s. 17 andre spalte.

²⁰⁸ Rt. 1993 s. 459 på s. 461 og Innst. O. nr. 10 (1972–73) s. 30.

foretaket. Dette gjelder selv om handlingen har tilknytning til arbeidsoppgavene i foretaket.

I den nærmere grensedragningen trakk Straffelovkommisjonen i forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a, en parallell mellom «på vegne av» vilkåret og tilknytningskravet i skadeserstatningsloven § 2-1 nr. 1.²⁰⁹ Kommisjonen påpekte at en lignende begrensning» som i skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd andre punktum også bør gjelde for foretaksstraff. Bestemmelsen lyder:

«Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt. Ansvarer omfatter ikke skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet.»

Bestemmelsen gir etter sitt innhold anvisning på to hovedvilkår for funksjonell tilknytning. For det første må skaden ha skjedd under utførelse av arbeid eller verv «for» arbeidsgiveren, hvor det skal tas hensyn til de krav skadelidte med rimelighet kan stille til tjenesten. For det andre må skaden ikke skyldes at arbeidstakeren har «gått utenfor det som det er rimelig å regne med» etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet. Det er imidlertid etter rettspraksis en glidende overgang mellom de to vilkårene og ofte blir de behandlet i en samlet og konkret avveining av hensynet til henholdsvis arbeidsgiver og skadelidte.²¹⁰

Straffelovkommisjonen påpekte imidlertid at grensen for hvilke handlinger som tilskrives foretaket etter straffeloven vil være noe snevrere enn etter skadeserstatningsloven fordi reglens begrunnelse ikke er sammenfallende:²¹¹

«Parallellen med arbeidsgiverens erstatningsansvar kan likevel ikke trekkes fullt ut. Formuleringen «på vegne av» i straffebestemmelsen bør i utgangspunktet forstås noe snevrere enn formuleringen «for» arbeidsgiveren i erstatningsloven § 2-1. Bestemmelsen om arbeidsgiveransvar for skade voldt av arbeidstakeren skal ivareta to sentrale hensyn: Reparasjonshensynet på den ene siden og prevensjonshensynet på den andre. Den skadelidtes behov for dekning kan i erstatningsretten føre

²⁰⁹ NOU 1989: 11 s. 16 andre spalte.

²¹⁰ Rt. 2008 s.755 (avsnitt 27), Rt. 2015 s. 475 (avsnitt 81), jf. Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett* s. 242–243.

²¹¹ NOU 1989: 11 s. 17 første spalte, jf. Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 18 første spalte, jf. s. 20 første spalte, sml. Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 239 første spalte.

til at arbeidsgiveransvaret i praksis tøyes lengre enn det som er nødvendig ut fra preventive hensyn ... Straffansvar for foretak ilegges nærmest utelukkende av preventive grunner. Grensen for hva som tilregnes foretaket vil derfor være noe snevrere.»

Skadelidtes behov er dermed ikke (særlig) relevant for grensedragningen i relasjon til foretaksstraff. Rekkevidden av tilknytningskravet må fastlegges med utgangspunkt i den preventive begrunnelsen for foretaksstraff, først og fremst behovet for å stimulere til systematiske tiltak for å forhindre lovbrudd som begås i virksomheten. Parallellen til det erstatningsrettslige arbeidsgiveransvaret som Straffelovkommisjonen trakk opp er senere stadfestet av Høyesterett.²¹² Også forarbeidene til straffeloven § 27 presiserer at det er har betydning om gjerningspersonen har «gått utenfor det som er rimelig å regne med», – riktig nok uten eksplisitt referanse til arbeidsgiveransvaret.²¹³

I den nærmere grensedragningen la Høyesterett til grunn i Rt. 1993 s. 459, som gjaldt det parallelle vilkåret for inndragning i straffeloven 1902 § 36 at det må avgrenses mot «*de tilfeller hvor den skyldige har handlet i egen interesse for å ivareta egne formål*».²¹⁴ Tilsvarende må gjelde for «på vegne av» vilkåret etter straffeloven § 27. Selv om en overtredelse med privat formål begås i forbindelse med en oppgave for foretaket og ikke på fritiden, vil dette normalt være handlinger som ligger utenfor det som er rimelig å regne med og som det heller ikke kan forventes at foretaket skal kunne forhindre gjennom organisatoriske tiltak. Et illustrerende eksempel fra erstatningsretten er Rt. 1959 s. 849 (Læregutt) hvor et bilverksted ble frifunnet for arbeidsgiveransvar etter at en læregutt på verkstedet hadde tatt en kjøretur med en av kundenes biler og kollidert med to fotgjengere som døde, jf. skadeserstatningsloven § 2-1. Høyesterett la her blant annet vekt på at kjøreturen ikke skjedde «for å prøvekjøre den, men var utelukkende begrunnet i hans lyst til å kjøre en tur». Det er neppe tvilsomt at denne handlingen også ville falt utenfor foretaksansvaret etter straffeloven § 27.²¹⁵

²¹² Rt.2007 s. 1684 (avsnitt 18).

²¹³ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 431 første spalte.

²¹⁴ Rt. 1993 s. 459 (s. 461).

²¹⁵ Rt. 1959 s. 849 (s. 850).

Grensetilfeller kan oppstå hvor handlingen tjener private interesser *samtidig* som den tjener foretakets interesser.²¹⁶ Greve nevner som et eksempel på et tilfelle, som vil falle utenfor rekkevidden av foretaksansvaret etter dansk rett, at «*en chauffør uden vognmandens viden kører med sit eget flyttelæs og derved overskrider lastvognens maksimalvægt*».²¹⁷ Etter min oppfatning må løsningen bli den samme etter norsk rett.

Straffelovkommisjonen påpekte i forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a også at overtredelser som «bærer et klart preg av illojalitet mot foretaket, ikke er begått «på vegne av» foretaket».²¹⁸ Handlinger som skader eller er motivert av å skade foretakets økonomiske eller ideelle interesser vil derfor som hovedregel ikke anses begått «på vegne av foretaket». Hvis for eksempel daglig leder påfører foretaket økonomisk tap eller annen skade for eksempel gjennom utroskap eller underslag mot foretaket, jf. straffeloven § 390 og § 324, kan foretaket ikke holdes ansvarlig. Det samme må som utgangspunkt gjelde dersom innkjøpsjefen i et foretak tar imot bestiktelser fra en leverandør for å berike seg selv i bytte mot å gi leverandøren en lukrativ kontrakt med foretaket.

Et annet grensetilfelle oppstår hvor formålet er et ledd i en større plan om å *skade* foretaket (økonomisk), men hvor handlingen isolert sett *tjener* foretakets interesse.²¹⁹ I en dansk avgjørelse ble foretaket frifunnet for overtredelse av merverdiavgiftsloven etter at en regnskapsmedarbeider hadde manipulert selskapets regnskap for som ledd i underslag av selskapets midler. Selv om det manipulerede regnskapet isolert sett medførte unndragelse av merverdiavgift som tjente foretaket, var formålet med den ansattes handling å skjule illojalt underslag.²²⁰ Resultatet måtte ha blitt det samme etter

²¹⁶ Høivik, *Foretaksstraff* s. 283–284.

²¹⁷ Greve, *Ansvar* s. 178.

²¹⁸ NOU 1989: 11 s. 17 første spalte jf. Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 18).

²¹⁹ Høivik, *Foretaksstraff* s. 285–286.

²²⁰ TfS 1991. 552 Ø.

norsk rett. Et tilsvarende eksempel fra engelsk rettspraksis er Moore v. Bresler Ltd.²²¹ Her ble et selskap tiltalt for skatteunndragelse etter at to ansatte hadde forfalsket selskapets regnskaper for å skjule underslag/bedrageri mot selskapet. Forfalskningen førte til sparte skatteutgifter for foretaket, og det ble derfor tiltalt for skatteunndragelse. Foretaket ble dømt.

Forsettlige handlinger som gjerningspersonen begår for å berike seg selv på bekostning av foretakets kunder eller andre tredje personer vil normalt også måtte falle utenfor foretaksansvaret. I relasjon til slike handlinger vil grensen for foretakets straffansvar typisk være snevrere enn det erstatningsrettslige arbeidsgiveransvaret hvor rettsutviklingen har beveget seg bort fra en tidligere hovedregel om at arbeidsgiver ikke er ansvarlig for forsettlig skadeforvoldelse. Se i den forbindelse Rt. 2015 s. 475 (avsnitt 80) som oppsummerer utviklingen slik:

«Etter den rettspraksis som foreligger, kan det ikke lenger opprettholdes som en hovedregel at forsettlig skadeforvoldelse ligger utenfor arbeidsgiverens ansvarsområde»

I praksis vil arbeidsgivers erstatningsansvar for forsettlige og uredelige handlinger bero på en samlet avveining av hensynet til arbeidsgiver og hensynet til skadelidte.²²² Reparasjonshensynet står ofte sentralt i begrunnelsen for å ilegge ansvar i slike tilfeller. Dette forklarer hvorfor grensen for foretaksstraff vil være snevrere i slike tilfeller. Et eksempel fra erstatningsretten hvor det ble idømt erstatningsansvar, men hvor foretaket neppe kunne vært holdt straffansvarlig er Rt. 2000 s. 211. Saksforholdet var her at en kunderådgiver B i DnB medvirket til et stort bankbedrageri. Hans medvirkningshandling bestod i å bidra til å få åpnet en konto i DnB i As navn. I den forbindelse ble det brukt et forfalsket signaturkort. Ved bruk av falske bankgiroer fikk andre deltakere i bedrageriet overført kr. 17 500 000 fra Uni Storebrands konto i Kreditkassen til As konto i DnB. B ga melding til de andre deltakerne da pengene var registrert på As konto. Deretter inngikk B avtale med C om at C skulle utgi seg for A

²²¹ 1944] 2 All E. R. 515. Denne avgjørelsen bidro til å begrunne vilkåret i Model Penal Code § 2.07 første ledd bokstav a om at handlingen må være begått «in behalf of the corporation», jf. The American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries s. 333.

²²² Rt. 2015 s. 475 (avsnitt 81), jf. Rt. 2008 s. 755 (avsnitt 45).

og heve beløpet på As konto ved bruk av falsk legitimasjon. B medvirket til uttaket ved å sørge for at bankfilialen hadde tilstrekkelig kontantbeholdning og bekrefte Cs identitet. Til tross for at bedrageriet åpenbart ble begått i Bs egeninteresse i personlig økonomisk vinning og var i strid med DnB's interesser, ble DnB idømt erstatning på grunnlag av arbeidsgiveransvaret. I begrunnelsen vektla Høyesterett skadeforvoldelsens nære tilknytning til funksjonen som kunderådgiver. Videre er begrunnelsen preget av at hensynet til skadelidte tilsa erstatning. Dette er hensyn som ikke gjør seg gjeldende i relasjon til foretaksstraff. Siden motivet for kunderådgiverens handling var å tjene private vinningsformål på bekostning av bankens kunder, må den klart anses for illojal overfor banken. Jeg mener derfor at kunderådgiveren i et tilfelle som dette ikke kunne ha vært ansett for å opptre «på vegne av» foretaket i henhold til straffeloven § 27.

En annen dom hvor arbeidsgiver ble dømt til å betale erstatning på grunnlag av arbeidsgiveransvar, men hvor foretaket neppe kunne vært idømt foretaksstraff, er Rt. 2008 s. 755. Spørsmålet her var om en kommune kunne holdes erstatningsrettslig ansvarlig etter arbeidsgiveransvaret for en hjemmehjelps tyveri og utnyttelse av en brukers bankkort. Tyveriet skjedde i forbindelse med utøvelsen av funksjonen som hjemmehjelp. Kommunen ble holdt ansvarlig selv om tyveriet åpenbart var i strid med arbeidsgiverens interesser. Sentralt i den videre begrunnelsen for at kommunen måtte holdes ansvarlig stod hensynet til skadelidte:²²³

«Tjenesten er rettet mot personer som ikke kan dra omsorg for seg selv, eller som kan være helt avhengige av praktisk eller personlig hjelp for å greie dagliglivets gjøremål, og som derfor har krav på hjelp, jf. sosialtjenesteloven § 4-3. Alternativet til hjelp i hjemmet vil ofte være plassering i heldøgns institusjon – noe som er lite ønskelig for alle parter. I en slik situasjon er det ikke urimelig at risikoen for tap ligger hos kommunen, ikke hos den enkelte bruker.

Det er opplyst at det i praksis ikke er mulig for privatpersoner å forsikre seg mot tyveri fra personer med lovlig tilgang til boligen – en vanlig hjemforsikring dekker ikke dette. I As tilfelle var situasjonen at hun var 92 år, bevegelseshemmet i rullestol, og fysisk ute av stand til å kontrollere hjelperen, som kunne bevege seg fritt i leiligheten, som var på ca. 150 m². Hun mente at noen stjal fra henne, og klaget til kommunen over det, uten å kunne beskytte seg videre. Hun hadde også en spesiell personlighet – lagmannsretten har beskrevet henne som «viljesterk og tydelig» – som nok gjorde at hennes klager ikke alltid ble tatt helt på alvor.»

²²³ Rt. 2008 s. 755 (avsnitt 50–52).

I et tilfelle som dette, hvor den ansatte begikk et tyveri mot en bruker for egen vinning i strid med arbeidsgivers interesse, ville den ansatte normalt ikke bli ansett for å ha opptrådt «på vegne av» kommunen etter straffeloven § 27. Unntaksvis kan det nok tenkes tilfeller hvor en overtredelse begått for sikre personlig vinning for en ansatt kan anses begått «på vegne av» foretaket. Dersom den ansattes lovbrudd er *akseptert* av ledende personer eller organer i foretaket, kan denne aksepten etter omstendighetene anses som en medvirkning begått på vegne av foretaket. Et mulig eksempel er hvis ledelsen i et selskap aksepterer at innkjøpere kan ta imot bestikkløser fra kunder, som en del av lønnskompensasjonen.

Et særlig spørsmål er om gjerningspersonen kan anses for å ha opptrådt «på vegne av» foretaket dersom det foreligger *instruksbrudd*, det vil si hvor gjerningspersonen har brutt foretakets interne regler og retningslinjer for hvordan aktiviteter i virksomheten skal utføres. I forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a, la straffelovkommisjonen til grunn at instruksbrudd som utgangspunkt er *illojalt* og derfor utenfor ansvaret, men likevel bare dersom foretaket ikke kunne *forutse* at instruksene ville bli brutt (min understrekning):²²⁴

«Lovovertrædelser som bærer et klart preg av illojalitet mot foretaket, er ikke begått «på vegne av» foretaket. Noen ansatte dumper f.eks. farlig industriavfall på en måte som strider mot den instruksene de har fått. Men instruksbrudd fritar bare for ansvar hvis foretaket ikke kunne ha forutsett at instruksene ville bli brutt»

Høyesterett har fulgt dette sporet i to dommer, men uten en helt konsekvent linje. Den første saken var Rt. 1993 s. 459, som gjaldt spørsmål om inndragning av datautstyr fra et foretak etter straffeloven 1902 § 36. Bestemmelsen inneholdt samme vilkår som i § 48 a om at et lovbrudd måtte være begått «på vegne av» foretaket. Forholdet var at en ansatt sjåfør i et dataselskap ble sendt til Sverige for å hente datautstyr fra morselskapet. Sjåføren fikk uttrykkelig instruks om å fortolle datautstyret. Han fikk i den forbindelse overlevert fra sine overordnede ferdig utfylte tollskjemaer. I strid med instruksene unnlot han å stanse ved grensen for å fortolle varene. Spørsmålet var om instruksbruddet innebar at sjåføren ikke hadde handlet «på vegne av» selskapet. Med

²²⁴ NOU 1989: 11 s. 16 andre spalte.

henvisning til uttalelse i forarbeidene til straffeloven § 48 a om instruksbrudd, uttalte Høyesterett:²²⁵

«Det som fremgår viser at instruksbrudd kan omfatte forhold av forskjellig karakter, hvor vurderingen kan falle forskjellig ut. I vår sak har vi etter min mening ikke å gjøre med noe slikt utpreget illojalt forhold overfor arbeidsgiveren at handlingen ikke bør anses begått på vegne av denne»

Høyesterett la altså til grunn at instruksbruddet ikke var illojalt, men gir ikke nærmere begrunnelse for denne vurderingen. Om foretaket kunne forutse instruksbruddet ble ikke vurdert i relasjon til «på vegne av». Foretaket ble likevel frifunnet etter «kanskjønnet». I denne vurderingen var et sentralt argument:²²⁶

«... at selskapet hadde gjort alt det kunne for å sikre korrekt behandling ved utlevering av tollpapirer og instruks om tollklarering, en instruks man måtte kunne regne med at ville bli fulgt».

Det er nærliggende å forstå dette slik at det ikke var påregnelig for foretaket at instruksene ville bli brutt. Straffelovkomisjonens synspunkt på instruksbrudd ble også brukt av Høyesterett i Rt. 2007 s. 1684. Saken gjaldt en ansatt As dumping av miljøfarlig ammoniakk i et vassdrag i strid med forurensningsloven. A opptrådte i den forbindelse i strid med en konkret instruks fra en prosjektleder C om ikke å foreta utslippet. Spørsmålet var om overtredelsen likevel var begått «på vegne av» foretaket etter straffeloven 1902 § 48 a. Etter å ha sitert Straffelovkomisjonens uttalelser ovenfor, mente Høyesterett at det springende punkt var om:²²⁷

«... A ved utslippet har brutt instruks på en måte som Stenoterm ikke kunne forutse, og om handlemåten har et slikt klart illojalt preg at A ikke kan sies å ha handlet på vegne av foretaket.»

I fortsettelsen fokuserte førstvoterende på om foretaket kunne *forutse* instruksbruddet. Spørsmålet om det også var illojalt ble ikke drøftet særskilt. Førstvoterende tok utgangspunkt i at det er «naturlig å gå ut fra at en arbeidsgiver i liten grad kan forutse

²²⁵ Rt. 1993 s. 459 (s. 461).

²²⁶ Rt. 1993 s. 459 (s. 462).

²²⁷ Rt 2007 s. 1684 (avsnitt 22).

at en arbeidstaker handler i strid med en konkret instruks». ²²⁸ Med andre ord var utslipp i strid med en konkret instruks som utgangspunkt ikke påregnelig for foretaket.

Men selv om brudd på en konkret instruks normalt ikke er noe en arbeidsgiver kan forutse, påpekte førstvoterende at C, som overordnet, i dette tilfellet hadde konkret kunnskap om risikoen for at den ansatte ville begå overtredelsen allerede før instruksen ble gitt. Dette tilsa at brudd på en etterfølgende konkret instruks likevel var påregnelig for foretaket: ²²⁹

«Det særegne i denne saken er at utslippet i høy grad var påregnelig før instruksen ble gitt, ettersom A selv fortalte at han aktet å tømme ut innholdet. Den muntlige tilbakemelding om at han ikke måtte gjøre det, og at innholdet skulle behandles forsvarlig, må ses i lys av dette.»

I en slik situasjon mente Høyesterett at et avgjørende moment i påregnelighetsvurderingen er hvilke *kontrolltiltak* foretaket hadde iverksatt for å forhindre lovbruddet. Synspunktet synes å være at jo sterkere opplærings-, tilsyns- og kontrolltiltak foretaket har iverksatt for å forhindre at den aktuelle risikoen for overtredelse slår til, jo mindre påregnelig er overtredelsen: ²³⁰

«... Når forurensningen i utgangspunktet er meget påregnelig, blir spørsmålet om reaksjonen fra Teknotherms side reduserte påregneligheten for utslipp i tilstrekkelig grad.

A varslet om at han ville slippe ut en blanding som inneholdt ca. 500 kilo ammoniakk, dvs. fire ganger mer enn det som viste seg å være tilstrekkelig til å drepe all fisk i elven nedenfor utslippsstedet. Dette må sies å være en oppsiktsvekkende opplysning. Som lagmannsretten påpeker, foranlediget As varsel likevel ingen konkrete tiltak, selv om ledelsen hadde hatt tid til å dra ut til stedet eller på annen måte forsikre seg om at blandingen ville bli forsvarlig behandlet. Det ble ikke gitt konkrete instruksjoner om alternativ fremgangsmåte eller tatt skritt til avfallshåndtering fra bedriftens side i løpet av de fire dagene som gikk fra A varslet om utslippet, til han tømte ut ett av fatene. En nærliggende reaksjon fra Cs side kunne for eksempel ha vært å be A om å bestille bortkjøring av avfallet, eller selv å bestille en slik bil.

Forsvareren har anført at instruksene fra C om forsvarlig behandling var betryggende nok, og vist til at A faktisk rettet seg etter instruksene. Det var først fire dager senere, da en mellomliggende begivenhet – lekkasje i ett av fatene – inntrådte, at A tømte ut innholdet av dette fatet. Denne lekkasjen må etter forsvarerens mening, i seg selv karakteriseres som en ekstraordinær utvikling, som falt utenfor det Teknotherm kunne påregne.

Jeg er ikke enig i dette. Lekkasje fra oppbevaringsfat er noe man generelt må regne med. Etter mitt syn kunne As utslipp i noen grad forutsettes fordi bedriftens reaksjon på varselet om utslipp var

²²⁸ Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 31).

²²⁹ Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 32).

²³⁰ Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 32–35).

lite spesifikk og manglet konkret oppfølging. Jeg tilføyer at bruken av muntlig instruks i en slik sammenheng er utilfredsstillende også fordi det lett kan oppstå uklarheter eller misforståelser. Påregneligheten forsterkes ved at Teknotherm ikke hadde etablert betryggende rammebetingelser i form av egne generelle, skriftlige instruks for håndtering av en slik ammoniakkblanding. På denne bakgrunn anser jeg det ikke for så upåregnelig at A fire dager etter varselet, tømte innholdet av ett av fatene ut i naturen, at dette kan fritta Teknotherm for straff. Etter mitt syn handlet A «på vegne av» bedriften i denne saken.»

Påregneligheten økte fordi foretaket ikke hadde implementert tilfredsstillende rutiner og kontroll verken gjennom generelle retningslinjer, eller spesifikt i form av oppfølging av den muntlige instruks som ble gitt.

På denne bakgrunn kan gjeldende rett oppsummeres slik at brudd på en konkret instruks kan føre til at overtredelsen ikke anses begått på vegne av foretaket dersom instruksbruddet a) anses illojalt, og b) foretaket ikke med rimelighet kunne forutse instruksbruddet. Brudd på en konkret instruks vil ofte måtte anses for illojalt. Likevel skal det en god del til før foretaket antas ikke å kunne forutse instruksbruddet. Dette vil særlig bero på hvilken kunnskap foretaket har om den mulige lovovertrædelsen og hvilke organisatoriske tiltak foretaket har implementert for å forhindre lovovertrædelsen og instruksbruddet. Dommene i Rt. 1993 s. 459 og Rt. 2007 s. 1684 viser at terskelen likevel er nokså høy for at brudd på konkrete instruks fører til at handlingen ikke anses for å være begått «på vegne av» foretaket.

Når det gjelder brudd på generelle instruks og retningslinjer, må utgangspunktet for vurderingen være den samme som for brudd på konkrete instruks. Også her vil spørsmålet være om bruddet er illojalt på en måte som ikke kunne forutsees av foretaket. Straffelovkommissjonen nevner som eksempel på instruksbrudd som kan falle innenfor ansvaret at «arbeidet og rutinene i en transportbedrift er lagt opp slik at det i praksis blir vanskelig å etterkomme kjøretidsreglene».²³¹ I slike tilfeller kan et instruksbrudd ikke anses for verken illojalt eller upåregnelig for foretaket. Generelt vil

²³¹ NOU 1989: 11 s. 17 første spalte.

et foretak lettere kunne ilegges ansvar ved brudd på en generell instruks enn når det er tale om en konkret instruks.²³²

Det er grunn til å fremheve at Høyesterett i Rt. 2007 s. 1684 (Technoterm) la vekt på hvilke organisatoriske tiltak foretaket hadde implementert i form av opplæring, instruksjon, retningslinjer, tilsyn og kontroll, i vurderingen av om instruksbruddet kunne forutses. Dette viser at organisatoriske tiltak for å motvirke lovbrudd i virksomheten ikke bare er relevant for kan-skjønnnet etter straffeloven § 28 bokstav c, men også av «på vegne av» vilkåret i § 27.

7.8.3 Vurdering og anbefaling

Identifikasjonsvilkåret «på vegne av» har vært brukt helt fra vi fikk de første hjemlene for foretaksstraff og er godt innarbeidet i norsk strafferett. Det har også vært mønsterdannende i forvaltningsrettslige bestemmelser om administrativ foretakssanksjon som for eksempel arbeidsmiljøloven § 18-10 første ledd, jf. forvaltningsloven § 46. Dette tilsier i seg selv varsomhet med å endre regelen.

Når det gjelder kravet til *personell tilknytning* kan det i lys av skranken mot objektivt straffansvar for *andres* handlinger i EMK artikkel 7, jf. Grunnloven § 96 slik den er fastsatt av EMDs storkammerdom i G.I.E.M.-saken,²³³ kan det reises spørsmål om kretsen av personer som foretaket holdes ansvarlig for må innskrenkes sammenlignet med gjeldende rett. Språklig sett, gir nemlig uttrykket «noen som har handlet på vegne av foretaket» anvisning på at foretaket holdes ansvarlig for andres («noen») straffbare handlinger.²³⁴ I lys av at foretaksstraff av og til betegnes som et strafferettslig arbeidsgiver- og organansvar,²³⁵ er det grunn til å påpeke at mens det erstatningsrettslige organansvaret anses som den juridiske persons *egen* uaktsomhet,

²³² Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 31)

²³³ Se 7.5.5 ovenfor.

²³⁴ Slik Rui i *TfS* 2018 s. 211.

²³⁵ Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 5.2, jf. Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 20).

mens arbeidsgiveransvaret anses for et objektivt ansvar for en annens – arbeidstakers uaktsomhet. Det kan derfor hevdes at foretaksstraff for en underordnet arbeidstakers lovbrudd er et strafferettslig «arbeidsgiveransvar» som står i et problematisk forhold til skranken mot straffansvar for andres handlinger etter EMK artikkel 7. Land som enten begrenser foretaksansvaret til lovbrudd begått av ledelsen, som for eksempel den engelske «identification doctrine»,²³⁶ eller som stiller tilleggsvilkår om at foretaket har forsømt å implementere tiltak som kunne ha forhindre lovbruddet dersom lovbruddet er begått av underordnede ansatte, jf. for eksempel den svenske Brottsbalken 36 kapittel og den finske Strafflag 9 kapittel 2 § første ledd, kan hevdes å ikke møte samme motstand fra skranken mot objektivt ansvar for andres handlinger. Dette fordi det er lettere å anse ledelsens skyld og systemsvikt som foretakets egen handling og skyld.

Jeg mener imidlertid at det er gode grunner til å anse handlinger begått av underordnede ansatte «på vegne av» foretaket som foretakets *egne* handlinger. Når en ansatt i et kjølefirma reparerer et kjøleanlegg, er reparasjonen ikke noe den ansatte gjør av eget ønske. Den ansatte gjør det fordi foretaket har bestemt at dette skal gjøres. Reparasjonen er i dette tilfellet foretakets egen handling. Om den ansatte tømmer forurensende væske i et vassdrag i forbindelse med reparasjonen av kjøleanlegget, er det nærliggende å anse også dette for *foretakets* handling.²³⁷ Jeg kan derfor ikke se at skranken mot straff for andre skyld i EMK artikkel 7, jf. Grunnloven § 96, uten videre krever en innskrenkning av kravet til gjerningspersonens posisjon internt i foretaket for eksempel slik at foretaksstraff bare kan anvendes ved lovbrudd begått av ledelsen.²³⁸ *Rui* har påpekt at tolkningen av «på vegne av vilkåret» nok bør «strammes noe til» for å komme i samsvar med skranken mot objektivt ansvar for andres skyld.²³⁹ I den forbindelse synes han å antyde at tilknytningskravet ikke bør strekkes lenger enn det

²³⁶ Se 7.8.1.6 ovenfor.

²³⁷ Sml. Rt.

²³⁸ I motsatt retning, *Rui* i *TJS* 2018 s. 211–212.

²³⁹ *Rui* *TJS* 2018 s. 211.

som følger av reglene om *medvirkningsansvar* for gjerningspersonens handlinger.²⁴⁰ For egen del er jeg skeptisk til å vurdere rekkevidden av «på vegne av» vilkåret generelt og i relasjon til personell tilknytning spesielt som et medvirkningsansvar. Jeg mener at foretaksansvaret på at den fysiske gjerningspersonen opptrer *som* foretaket ved lovbruddet. Også systemsvikt bygger til syvende og sist på en slik identifikasjon. Å vurdere foretaksstraff som et medvirkningsansvar til en fysisk persons lovbrudd forutsetter dessuten at foretaket kan tilskrives en medvirkningshandling. Hvilke medvirkningshandlinger som kan tilskrives foretak vil jo måtte bygge på tilsvarende identifikasjon med noen som har handlet på vegne av foretaket.

Samtidig mener jeg at EMK artikkel 7 og Grunnloven 96 setter grenser for hvor langt et foretak kan holdes ansvarlig for straffbare handlinger begått i *andre foretak*. Dette aktualiseres særlig ved spørsmålet om morselskapets ansvar i konsernforhold og ved oppdragsgiverforetaks ansvar for lovbrudd begått i oppdragstakerforetaket. Denne type ansvar kan være fruktbart å anse som et medvirkningsansvar. Dette skal jeg behandle nærmere i 7.9 nedenfor. Det kan også reises spørsmål om skranken mot ansvar for lovbrudd i andre foretak har betydning for rekkevidden av et foretaks ansvar ved identitetsendringer. Dette skal behandles i 7.10 nedenfor.

For å få klarere frem at foretaksstraff er et ansvar for foretakets *egne* handlinger kan tilknytningskravet etter min oppfatning med fordel omformuleres til et krav om at foretaket holdes ansvarlig for straffbare handlinger som «begås ved utøvelsen av foretakets virksomhet». Dette er på linje med regelen om foretaksstraff i dansk straffelov § 27 («at der inden for dens virksomhed er begået en overtrædelse»), regelen om «företagsbot» i den svenske Brottsbalken 36 kapittel 7 § («brottet har begåtts i utövningen av ... verksamhet») og den finske Strafflag 9 kapittel 1 § («brott som har begåtts i ... någon ... juridisk persons verksamhet»).

Uttrykket «ved utøvelsen av foretakets virksomhet» tydeliggjør at straffbare handlinger som skjer i foretakets virksomhet *er* foretakets handlinger. Vilkåret skal som

²⁴⁰ Rui i *TJS* 2018 s. 212.

utgangspunkt forstås på samme måte som «på vegne av», det vil si som et krav om personell og funksjonell tilknytning mellom den straffbare handling og foretaket. Det kan reises spørsmål om en slik omformulering skaper større behov for å regulere hvilke fysiske personer eller roller som dekkes av foretakets virksomhet.²⁴¹ Etter min oppfatning er dette ikke nødvendig etter norsk rett så lenge det fastholdes at foretaket, på samme måte som etter «på vegne av» vilkåret, kan holdes ansvarlig for lovbrudd som begås innenfor ethvert ledd i foretakets organisasjon fra øverste ledelse til underordnede ansatte.

Hvis forslaget følges bør det vurderes å endre bestemmelser om administrativ foretakssanksjon som er skåret over samme lest som straffeloven § 27. Jeg har foreslått slike endringer i 26.2 nedenfor.

Jeg skal i 9 nedenfor vurdere behovet for å innføre en rettsstridsreservasjon for foretaksstraff for de tilfeller hvor lovbruddet er begått til tross for at foretaket har implementert forsvarlige tiltak for å forhindre lovbruddet. Hvis det innføres en slik regel, bør vurderingen av om handlingen er «illojal» mot foretaket, inkludert vurderingen av instruksbrudd, flyttes fra tilknytningskravet til denne rettsstridsreservasjonen.

7.9 Særlig om tilknytningskravet i konsernforhold og oppdragsforhold

7.9.1 Innledning

Straffeloven § 27 bygger på et formelt foretaksbegrep. Det vil si at det er reglene for den aktuelle foretaksform som bestemmer hva som utgjør en enhet og dermed et foretak som straffesubjekt. I aksjerettslig sammenheng kan flere selskaper danne et konsern. Et «konsern» består av et «morselskap» og minst ett «datterselskap, jf. aksjeloven og

²⁴¹ Sml. den svenske Brottsbalken 36 kap. 7 § 2 ledd og den finske Strafflag 9 kap. 2 §.

allmennaksjeloven § 1-3 (1). Et aksjeselskap er et «morselskap» dersom det har «bestemmende innflytelse» over et annet selskap, jf. § 1-3 (2). Det selskap som er under «bestemmende innflytelse» er datterselskap, jf. § 1-3 (3). Bestemmende innflytelse har et morselskap alltid dersom det eier aksjer i datterselskapet som representerer et flertall av stemmene eller en rett til å velge eller avsette et flertall av styremedlemmene, jf. § 1-3 (2). Ofte er virksomhetene i konsernselskaper mer eller mindre integrerte. Spørsmålet er om og hvor langt et morselskap kan holdes ansvarlig for lovbrudd som begås i et datterselskap.²⁴²

Oppdragsforhold favner bredt, men består i hovedtrekk av et oppdragsgiverforetak A som inngår en avtale med en selvstendig oppdragstaker B om at B skal utføre et oppdrag for A. Oppdraget kan for eksempel være representasjon overfor en tredjepart (agentforhold) eller konsulenttjenester, men også store tilvirknings- eller entreprisedavtaler kan kategoriseres som oppdragsforhold. En grense må trekkes mot rene *kjøp* av formuesgoder. En annen grense må trekkes mot ansettelsesforhold. I oppdragsforhold kan B være en enkeltperson (konsulent, eller agent), men B er i slike tilfeller selvstendig næringsdrivende. Men ofte – og særlig i mer komplekse oppdragsforhold – er B organisert som foretak. Spørsmålet er hvor langt oppdragsgiverforetak A kan straffes for lovbrudd begått i eller av B.

Det kan være fruktbart å vurdere foretaksansvaret i konsernforhold og oppdragsforhold i sammenheng. Dette fordi spørsmålet i begge tilfeller dreier seg om hvor langt et foretak (morselskap eller oppdragsgiverforetak) bør kunne holdes ansvarlig for lovbrudd begått i *et annet foretak* det har en særlig tilknytning til.

²⁴² Tilsvarende spørsmål kan også oppstå ved bruk av andre selskapsformer, se for eksempel Selskapsloven § 1-2 (1) bokstav h og (2).

7.9.2 Hensyn

7.9.2.1 Hensynet til tilknytningen mellom foretakene

Et sentralt hensyn som taler for å holde morselskaper ansvarlig for lovbrudd i datterselskaper er den særlige tilknytningen mellom foretakene. Et typisk kjennetegn for konsernforhold er at mor- og datterselskap driver en felles økonomisk virksomhet som ofte er tett integrert og hvor den formelle selskapsinndelingen ikke nødvendigvis reflekterer atskilte virksomheter og systemer. Samtidig vil morselskapet ha en bestemmende innflytelse over datterselskapet. Dessuten vil ofte overskuddet fra datterselskapet kanaliseres «opp» til morselskapet, slik at datterselskapet vil kunne ha begrenset økonomisk evne til å bære et straffansvar. Til dette kommer at ansatte i morselskaper kan ha verv og funksjoner også i datterselskaper. Uten mulighet til å holde morselskapet ansvarlig for lovbrudd i datterselskap, er det reell fare for pulverisering eller omgåelse av straffansvaret.

Mellom oppdragsgiverforetak A og oppdragstakerforetak B skaper *oppdragsavtalen* en spesiell tilknytning mellom foretakene. Her er det ikke som i konsern tale om tilknytning gjennom integrert økonomisk virksomhet. Her er situasjonen at begge foretak har en felles økonomisk interesse i oppdraget. Etter oppdragsavtalen vil A i normaltillfellene også ha en innflytelse på rammer for oppdraget og hvordan det skal utføres.

7.9.2.2 Foretakets status som selvstendig rettssubjekt og skranken mot ansvar for andres skyld

Norsk rett bygger på et prinsipp om at juridiske personer anerkjennes som selvstendige rettssubjekter med selvstendige rettigheter og plikter. Dette gjelder også foretaksstraff, noe som kommer til uttrykk gjennom det formelle foretaksbegrepet i straffeloven § 27. For aksjeselskaper er dette prinsippet en grunnleggende forutsetning for ansvarsbegrensningen, som innebærer at aksjonæren ikke hefter for selskapets forpliktelser, jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 1-2 (1). Men også selskaper med ubegrenset deltakeransvar, typisk ansvarlige selskaper, jf. selskapsloven § 2-4, anerkjennes i mange forhold som et selvstendig rettssubjekt. En utstrakt strafferettslig

identifikasjon mellom mor- og datterselskaper vil være vanskelig å forene med dette prinsippet. Prinsippet om at juridiske personer anerkjennes som selvstendige rettssubjekter gjør seg om mulig enda sterkere gjeldende i oppdragsforhold hvor tilknytningen mellom foretakene er knyttet til et enkeltstående oppdrag og ikke eiertilknytning og integrert virksomhet. I forlengelsen av dette vil også et morselskaps straffansvar for lovbrudd i datterselskap og oppdragsgiveransvar for lovbrudd i oppdragstakerselskaper, etter omstendighetene kunne stå i et problematisk forhold til forbudet mot straffansvar for *andres* handlinger og skyld etter EMK artikkel 7.²⁴³ Spørsmålet har ikke vært prøvd for EMD, men i lys av at straffeloven § 27 bygger på at mor- og datterselskaper er to selvstendige rettssubjekter må det på bakgrunn av G.I.E.M.-dommen utvises stor varsomhet med å holde morselskap ansvarlig for lovbrudd i datterselskap. Det samme gjelder oppdragsgiverforetaks ansvar for lovbrudd i oppdragstakerforetak.

7.9.3 Fremmed rett

I dansk rett er regelen at mor- og datterselskap ikke identifiseres med hverandre.²⁴⁴ Det samme gjelder forholdet mellom oppdragsgiver- og oppdragstakerforetak, hvor oppdragsgiverforetakets ansvar for lovbrudd i oppdragstakerforetak normalt baseres på medvirkningslæren.²⁴⁵ Svensk og finsk rett synes også å innta en restriktiv linje til identifikasjon mellom mor- og datterselskap.²⁴⁶ Oppdragstakere omfattes som utgangspunkt av tilknytningskravet i finsk rett, jf. Strafflag 9 kapittel 3 §, men bestemmelsen synes å forutsette at det er tale om fysiske personers oppdrag. Dessuten kreves i tillegg enten at oppdragsgiverforetakets ledelse er involvert eller systemsvikt.²⁴⁷ Det er derfor vel så nærliggende å anse dette som et

²⁴³ Se 7.5.7.3 og 7.8.3 ovenfor.

²⁴⁴ Se Betænkning 1289/95 s. 119.

²⁴⁵ Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 130 med videre henvisninger.

²⁴⁶ Se SOU 1997: 127 s. 257–259 og RP 95/1993 II (kommentarer til Strafflagen 9 kap. 6 §§).

²⁴⁷ Se 7.8.1.3.

medvirkningsansvar. I amerikansk rett er det under føderal strafferett utviklet en lære om identifikasjon mellom mor- og datterselskap basert på såkalte «agency principles». Kjernen er her at et morselskap kan identifiseres med datterselskapet og dets ansattes handlinger, hvis morselskapet reelt sett kontrollerer og leder datterselskapet. Det samme gjelder ansvar for selvstendige oppdragstakere. Slik identifikasjon anvendes blant annet av SEC og DoJ under Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).²⁴⁸

Under UK Bribery Act Section 7 er utgangspunktet at et foretak etter omstendighetene kan holdes ansvarlig for å ha unnlatt å forhindre korrupsjon begått av «associated persons». «[A]ssociated persons» dekker etter Section 8 også «subsidiary». Det betyr at et morselskap etter omstendighetene kan holdes ansvarlig for korrupsjon begått i et datterselskap. Det er også klart at et oppdragstakerforetak kan kvalifisere som «associated person». Men at kravet til «associated person» er oppfylt er ikke alene tilstrekkelig til at morselskapet identifiseres med datterselskapet eller oppdragsgiverforetaket med oppdragstaker. For det første kreves at korrupsjonshandlingen i datterselskapet/oppdragstakerforetaket er begått i forbindelse med «services for or on behalf of» morselskapet/oppdragsgiverforetaket, jf. Section 8 (1). I den forbindelse heter det uttrykkelig i Section 8 (4) at (mine tilføyelser)

«[w]hether or not A [datterselskap] is a person who performs services for or on behalf of C [morselskap] is to be determined by reference to all the relevant circumstances and not merely by reference to the nature of the relationship between A and C».

Dernest kreves at korrupsjonen i datterselskapet/oppdragstakerforetaket er begått av noen «intending to obtain or retain business for» morselskapet/oppdragsgiverforetaket eller «obtain or retain an advantage in the conduct of business for» dette. I en veiledning utgitt av Ministry of Justice heter det om dette vilkåret at det forhold at morselskapet får en indirekte fordel av korrupsjonen i datterselskapet ikke er tilstrekkelig. Det kreves

²⁴⁸ Se FCPA Resource Guide s. 27–28.

at *intensjonen* er å tjene forretningsinteressene til eller oppnå en fordel for morselskapet.²⁴⁹

I EU- (og EØS) konkurranseretten er det utviklet en «single economic entity doctrine» som innebærer at konsernselskaper etter omstendighetene anses som samme økonomiske enhet i relasjon til bøteansvaret etter Rådsforordning 1/2003 Artikkel 23. Dersom selskapene regnes som samme økonomiske enhet, kan morselskapet etter omstendighetene holdes ansvarlig for brudd på konkurranseregler i datterselskapene.²⁵⁰ Om kravet til økonomisk enhet, beror på en samlet skjønnsmessig vurdering hvor det sentrale vurderingsteamet er om datterselskapet har reell selvstendighet ved utøvelsen av aktiviteter i markedet. I denne vurderingen tar man blant annet i betraktning hvor stor eierandel morselskapet har i det aktuelle datterselskapet, hvordan styret i datterselskapet er sammensatt, hvor langt morselskapet fastsetter retningslinjer og prosedyrer for datterselskapet eller utøver annen innflytelse på dets virksomhet.

Av en undersøkelse foretatt av OECD fremgår at 32 av 41 stater som har tiltrådt OECD konvensjonen mot korrupsjon har bestemmelser som etter omstendighetene åpner for å holde morselskaper ansvarlig for aktiv korrupsjon overfor utenlandske offentlige tjenestepersoner, begått i datterselskaper.²⁵¹ Konstruksjonen av ansvaret varierer fra land til land, men OECD fremhever fire typer ansvarsmodeller. Den ene er ansvar hvis korrupsjonen i datterselskapet er begått «in the spirit of the legal entity».²⁵² Den andre typen er hvis korrupsjon i datterselskapet er begått «on behalf of» morselskapet.²⁵³ Den tredje modellen er ansvar hvis korrupsjonen begått i datterselskapet er «for the benefit

²⁴⁹ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* (avsnitt 42).

²⁵⁰ Se Graver og Hjelmeng, Norsk konkurranserett II s. 72, Høivik, *Foretaksstraff* s. 313–314 med videre henvisninger.

²⁵¹ OECD, *Liability for Legal Persons* s 79.

²⁵² Denne typen finnes i nederlandsk strafferett.

²⁵³ Norge og USA fremheves som land som har gjennomført en slik ordning.

of» morselskapet.²⁵⁴ Den fjerde modellen er «corporate groups» hvor morselskapet holdes ansvarlig for konsernselskaper på grunnlag av dets kontrollerende interesse.²⁵⁵

7.9.4 Gjeldende rett

7.9.4.1 Morselskapers ansvar for lovbrudd i datterselskaper

Når det gjelder selskapsrettslige konsernforhold, typisk hvor et aksjeselskapsrettslig morselskap eier alle aksjene i et datterselskap, regnes morselskapet og datterselskapet som to selvstendige foretak slik at den klare hovedregelen er at morselskapet ikke kan identifiseres med lovbrudd begått i datterselskapet. I motivene til straffeloven 1902 § 48 a ble det vurdert å innføre en regel om identifikasjon mellom mor- og datterselskap, men straffelovkommisjonen kom til at det ikke i alle tilfeller vil være rimelig å holde morselskapet ansvarlig for handlinger begått i datterselskaper, samt at det vil være vanskelig å utforme de nærmere vilkårene for slikt ansvar i lovteksten.²⁵⁶ Departementet var enig i dette og mente at en regel om straffansvar for morselskapet vil være å «*strekke det strafferettslige ansvaret vel langt*».²⁵⁷ Synspunktene var videre i tråd med anbefalingen fra Den nordiske strafferettskomité som understrekte at det vil være komplisert både å utforme de nærmere vilkår og prosessuelle regler om slikt ansvar.²⁵⁸

Regelen er i tråd med prinsipper som er lagt til grunn for lignende identifikasjonsspørsmål i relasjon til utroskap i aksjeselskaper etter straffeloven § 390. I Rt. 2011 s. 855 var spørsmålet om ulovlige utbetalinger fra et datterselskap til et morselskap ble rammet av gjerningsbeskrivelsen å handle «mot den andres tarv» i

²⁵⁴ Dette er gjennomført i Slovenia.

²⁵⁵ Denne modellen brukes i Brasil.

²⁵⁶ NOU 1989: 11 s. 18 andre spalte.

²⁵⁷ Ot.prp nr. 27 (1990–91) s. 20 andre spalte.

²⁵⁸ NU 1986: 2 s. 41.

straffeloven 1902 § 275. Høyesterett kom til at morselskapet ikke kunne identifiseres med datterselskapet og begrunnet dette som følger:²⁵⁹

«Aksjeloven inneholder bestemmelser som søker å balansere de samordnings- og styringsbehov som her er trukket frem mot behovet for å verne det enkelte konsernselskap. Jeg kan med dette utgangspunktet ikke se at det er grunnlag for å foreta noen annen generell grensegang mellom selskaper i konsernforhold i strafferettslig sammenheng enn den gresedragning som gjøres i aksjeselskapsretten. Rammene for disponeringen av selskapsformuen i det enkelte konsernselskap kan etter min oppfatning ikke bedømmes annerledes i strafferetten enn i aksjeselskapsretten.»

Selv om mor- og datterselskap må anses som to selvstendige foretak etter straffeloven § 27, som ikke skal identifiseres, kan morselskapet i noen tilfeller holdes ansvarlig for lovbrudd begått i datterselskaper. For det første kan gjerningsbeskrivelsen i straffebudet åpne for identifikasjon mellom mor- og datterselskap. Et eksempel på dette er forurensningsloven § 78 første ledd bokstav d, som gir hjemmel for straffansvar for den som forsettlig eller uaktsomt «*unnlater å etterkomme forurensningsmyndighetens pålegg etter §§ 49–51.*» Forurensningsloven § 51 gir forurensningsmyndigheten hjemmel for å ilegge pålegg om nærmere bestemte tiltak og undersøkelser mot «*den som har, gjør eller setter i verk noe som fører eller som det er grunn til å tro kan føre til forurensning*». I Rt. 2010 s. 306 kom Høyesterett til at uttrykket «*den som har noe*» som fører til forurensning etter forurensningsloven § 51 etter omstendighetene også dekker morselskapet til det selskapet som eier noe som kan føre til forurensning. Etter å ha konstatert at ordlyden er vid nok til å omfatte morselskapet, begrunnet førstvoterende løsningen særlig med at en slik tolkning bidrar til at påleggskompetansen i § 51 blir et mer treffsikkert og effektivt styringsverktøy.²⁶⁰ Et morselskaps unnlattelse av å etterkomme et slikt pålegg gitt i medhold av § 51 vil kunne danne grunnlag for foretaksstraff etter § 78 første ledd bokstav d, jf. straffeloven § 27.

For det andre kan et morselskap etter omstendighetene holdes ansvarlig for *medvirkning* til overtredelser begått på vegne av et datterselskap, jf. straffeloven §

²⁵⁹ Rt. 2011 s. 855 (avsnitt 35).

²⁶⁰ Rt. 2010 s. 306 (avsnitt 69). Av premissene fremgår at pliktsubjektet i forurensningsloven § 7 må tolkes på samme måte.

15.²⁶¹ En typisk medvirkningshandling kan være en godkjenning fra for eksempel en konsernsjef i morselskapet til en økonomidirektør i datterselskapet, for eksempel om å inngå en avtale med en konsulent som innebærer ulovlig påvirkningshandel etter straffeloven § 276c.

For det tredje er det forutsatt i forarbeidene at et lovbrudd begått «på vegne av» et datterselskap, etter omstendighetene også kan anses begått «på vegne av» morselskapet. Departementet uttalte i forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a at et morselskap kan «... *bare illegges foretaksstraff dersom det kan sies at overtredelsen er begått på vegne også av dette selskapet.*»²⁶² I forarbeidene til straffeloven § 27 heter det tilsvarende:²⁶³

«Et morselskap kan ikke automatisk holdes ansvarlig for handlinger begått på vegne av datterselskapet. Om morselskapet kan holdes ansvarlig, beror på en vurdering av lovbrøtters tilknytning til dette selskapet, for eksempel om lovbrøtteren også har verv i morselskapet. Generelt vil de samme momentene være relevante som ved vurderingen av lovbrøtters tilknytning til datterselskapet.»

Spørsmålet har ikke vært prøvd i rettspraksis. Et typetilfelle som aktualiserer ansvar for morselskapet er hvis en ansatt i morselskapet, for eksempel en finansdirektør, som ledd i ansettelsesforholdet blir valgt inn i styret i datterselskapet. Hvis finansdirektøren begår et lovbrudd som ledd i styrearbeidet er det klart nok at det er begått på vegne av datterselskapet. Spørsmålet er om finansdirektørens ansettelsesforhold i morselskapet også aktualiserer ansvar for dette. Høyesterett slo fast i Rt. 1996 s. 742 at arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1 ikke dekket ansvar for et styremedlem i et annet selskap selv om vervet som styremedlem ble gitt som ledd i ansettelsesforholdet. Når styremedlemmet handlet som medlem styret, kunne det ikke samtidig handle som ansatt i et annet selskap. Dette ble senere lovfestet i

²⁶¹ Sml. Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther, *Alminnelig strafferett* s. 281.

²⁶² Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 20 andre spalte, jf. Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther, *Alminnelig strafferett* s. 281.

²⁶³ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 431 første spalte.

skadeserstatningsloven § 2-1 tredje ledd. Tilsvarende løsning må etter min oppfatning gjelde i relasjon til foretaksstraff etter straffeloven § 27.²⁶⁴

7.9.4.2 Ansvar for selvstendige oppdragstakere

Etter gjeldende rett kan en oppdragstaker etter omstendighetene anses for å ha handlet «på vegne av» oppdragsgiverforetaket. På bakgrunn av uttalelser i forarbeidene, har Høyesterett lagt til grunn slik identifikasjon krever at oppdragsgiverforetaket har «reell myndighet til instruksjon og kontroll» over oppdragstakeren.²⁶⁵ Det nærmere innhold i denne forutsetningen har bare i begrenset grad vært testet i rettspraksis, men det synes som at det skal en del til før oppdragsgiverforetaket kan holdes ansvarlig. Kjerneområdet er arbeidsinnleie, hvor oppdraget etter sin art, varighet og omfang like gjerne kunne vært utført av foretakets ansatte.²⁶⁶

Et grensetilfelle er Rt. 1982 s. 645. Saken gjaldt et selskap A som engasjerte entreprenørselskap B til å utføre byggerarbeid på et tak. Arbeidet ble ledet av en ingeniør C som var ansatt i B. Under arbeidet besluttet C å benytte en mobilkran som ikke var sertifisert til den aktuelle bruken. I tillegg ble kranen kjørt av en person uten kranførerbevis. Dette var et straffbart brudd på pålegg gitt av Statens Arbeidstilsyn. C ble idømt en bot for forholdet. Spørsmålet var om også oppdragsgiverforetaket A kunne straffes. Etter dagjeldende arbeidsmiljølov § 87 var det avgjørende om C «handlet på vegne av» A. Høyesterett kom til at tilknytningskravet ikke var oppfylt i dette tilfellet. Høyesterett la særlig vekt på at lovbruddet ble begått i Cs lokaler og etter protester fra ansatte i A. Forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a presiserer videre at i de tilfeller hvor også oppdragstaker er organisert som foretak, vil en ansatt B i dette foretaket etter

²⁶⁴ Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 323–324.

²⁶⁵ Jf. Rt. 1982 s. 645 (s. 646), Rt. 1998 s. 652 (s. 653) og Rt. 2010 s. 1608 (avsnitt 24).

²⁶⁶ Jf. NOU 1989: 16 s. 17 andre spalte.

omstendighetene kunne anses for å ha handlet på vegne av både oppdragsgiverforetaket og oppdragstakerforetaket slik at begge foretak kan straffes.²⁶⁷

I noen tilfeller kan en tolkning av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet før til at oppdragsgiverforetaket må holdes ansvarlig også for oppdragstaker. Dersom et pålegg utpeker oppdragsgiverforetaket som pliktsubjekt, kan ikke dette ansvaret pulveriseres gjennom å delegere ansvaret for oppfyllelsen av pålegget til en selvstendig oppdragstaker. Et tilgrensende eksempel på dette er Rt. 2002 s. 1312 hvor et foretak ble dømt for brudd på flaggingsplikt i forbindelse med kjøp av aksjeposter og konvertible obligasjoner i Finansbanken ASA. Dommen bygger på at personlig deltaker i foretaket unnlot å flagge «på vegne av» foretaket. Høyesterett bemerket imidlertid at foretaket i et tilfelle som dette «også hefter for eventuelle feil begått av meglerforetaket Y i dets egenskap av selvstendig oppdragsmottaker, idet det her må foretas identifikasjon».²⁶⁸

Utover dette må oppdragsgiverforetak A også kunne holdes ansvarlig for overtredelser i oppdragstakerforetaket B på grunnlag av medvirkning, jf. straffeloven § 15. Det kan være tilfellet dersom ansatte i A har medvirket til overtredelsen begått i B.

7.9.5 Vurdering og anbefaling

7.9.5.1 Innledning

Som vist ovenfor, åpner forarbeidene for at lovbrudd begått av ansatte i datterselskaper etter omstendighetene kan anses begått «på vegne av» morselskapet, uten at det gis klare føringer for når. For at selvstendige oppdragstakere skal anses for å opptre «på vegne av» oppdragsgiver stilles et (ulovfestet) tilleggsvilkår om «reell myndighet til instruksjon og kontroll». Vilkåret er tolket snevert. I lys av at foretaksstraff skal fungere som et incitament til å motvirke lovbrudd i foretakets organisasjon, og

²⁶⁷ Jf. Ot. prp. nr. 27 (1990–1991) s. 20 andre spalte.

²⁶⁸ Rt. 2002 s. 1312 s. 1319.

skrankene mot objektivt ansvar for *andres* skyld, er det gode grunner til at det bør kreves mer for at et foretak skal kunne holdes ansvarlig for lovbrudd i datterselskaper og i oppdragstakerforetak sammenlignet med ansvaret for lovbrudd begått av foretakets egne ledere og ansatte. Både i konsernforhold og oppdragsforhold vil det som oftest være tale om ansvar for lovbrudd begått i et *annet foretak*. Ansatte hos oppdragstakerforetaket har ikke like sterk tilknytning til oppdragsgiverforetakets organisasjon og system, og er dermed ikke underlagt samme instruksjons- og kontrollmyndighet som ansatte der. Tilknytningen mellom ansatte i et datterselskap og morselskapets organisasjon er ofte langt sterkere enn i oppdragsforhold, men også her gjelder et utgangspunkt om at det er tale om to forskjellige organisasjoner. I tillegg kommer at straffeloven § 27 bygger på en forutsetning om at hvert foretak er en *selvstendig* enhet. Dette er særlig viktig i konsernforhold, hvor selskapsrettslige prinsipper øver sterk motstand mot å identifisere mor- og datterselskap.

På grunn av den spesielle tilknytningen mellom mor- og datterselskaper og mellom oppdragsgiver- og oppdragstakerforetak er det etter min oppfatning likevel et særlig behov for identifikasjon i slike forhold. Spørsmålet er da om det generelle tilknytningskravet sammen med den generelle medvirkningslæren er en hensiktsmessig regulering for ansvar i konsernforhold og oppdragsforhold, eller om det er behov for en ny og særskilt regulering av dette spørsmålet

7.9.5.2 Er det generelle tilknytningskravet et egnet avgrensingskriterium for ansvar i konsernforhold og overfor selvstendige oppdragstakere?

Dagens rettstilstand er på dette punkt nokså uklar. Tilknytningsvilkåret «på vegne av» gir liten veiledning og retningslinjene i forarbeidene og Høyesterettspraksis er nokså vage eller lite presise. Særlig den nokså snevre tolkningen av det ulovfestede vilkåret om «reell myndighet til instruksjon og kontroll» for at en oppdragstaker skal anses for å ha opptrådt på vegne av oppdragsgiverforetaket, er utilfredsstillende. Forslaget til nytt generelt tilknytningsvilkår, «i foretakets virksomhet», er ment å understreke at

foretaksstraff er et ansvar for foretakets *egne* handlinger. Lovbrudd som begås i et *annet* foretak, herunder et datterselskap eller oppdragstakerforetak, faller som utgangspunkt utenfor. Dette betyr at det er behov for særlig regulering av foretaksstraff i konsernforhold og oppdragsforhold.

Dette gjelder likevel ikke for alle tilfeller. I oppdragsforhold kan det etter omstendighetene være grunner til å likestille oppdragstakere med oppdragsgiverforetakets egne ansatte. Et eksempel er arbeidsinnleie. Her er oppdragstakeren i realiteten en del av foretakets organisasjon og underlagt samme instruksjon og kontroll som andre ansatte. Her er det naturlig å likestille oppdragstakeren med ansatte i oppdragsgiverforetaket, slik at lovbrudd begått av oppdragstakeren anses for å være begått i oppdragsgiverforetakets «virksomhet».

Samme løsning kan også gjelde andre tilfeller. En type oppdragstakere som etter min oppfatning bør likestilles med foretakets egne ansatte er tilfeller hvor kjernen i oppdraget er å *representere* oppdragsgiver overfor tredjeparter, slik som agentforhold. I slike tilfeller er det grunn til å likestille agenten med en ansatt i oppdragsgiverforetaket. Oppdragsgiverforetaket har her en klar oppfordring til instruksjon- og kontroll, og kan også normalt sikre seg reell myndighet til dette gjennom oppdragsavtalen. Etter gjeldende rett er det usikkert om slike representasjonsforhold oppfyller det ulovfestede tilleggskravet til «reell mulighet til instruksjon og kontroll». Jeg mener at straffbare handlinger som skjer i slike oppdragsforhold etter det nye tilknytningsvilkåret bør anses begått «i foretakets virksomhet».

Utover disse tilfellene, er det etter min oppfatning et behov for å tydeliggjøre i straffeloven under hvilke omstendigheter et morselskap eller oppdragsgiverforetak kan holdes ansvarlig for lovbrudd som begås av ansatte i datterselskap respektive oppdragstakerforetak. Jeg har i den forbindelse vurdert tre alternative typer bestemmelser for foretaksansvar i konsern og oppdragsforhold:

- i) En generell regel om identifikasjon som dekker både konsernforhold og oppdragsforhold:

- ii) En spesiell regel om identifikasjon mellom morselskap- og personer i bestemte posisjoner i datterselskaper,
- iii) En generell regel om *passiv medvirkning* til lovbrudd som dekker både konsernforhold og oppdragsforhold.

7.9.5.3 Alternativ 1: En generell regel om identifikasjon i konsernforhold og oppdragsforhold

En generell regel om identifikasjon mellom mor- og datterselskap kan begrunnes med at slike konstruksjoner representerer en økonomisk enhet, hvor selskapene og personene som opptrer på vegne av dem har en felles interesse, at virksomhetene er integrert med hverandre og at eventuelle fordeler av lovbrudd som begås i et datterselskap også kommer morselskapet til gode. Dersom det skal innføres en slik regel, blir spørsmålet hvilket kriterium som skal legges til grunn for identifikasjonen. Utgangspunktet må her være at et morselskap kan identifiseres med datterselskapet dersom datterselskapet i realiteten er underlagt instruksjon og kontroll av morselskapet. Slik jeg ser det, kan (tilleggs)vilkåret som i dag gjelder for identifikasjon med en oppdragstaker, nærmere bestemt kravet om «reell myndighet til instruksjon og kontroll» fungere som et generelt identifikasjonsvilkår i både konsernforhold og oppdragsforhold. Men vilkåret må i tilfelle gis et videre innhold enn etter gjeldende rett.

Selv om det samme identifikasjonsvilkåret brukes for spørsmålet om identifikasjon mellom mor- og datterselskap og mellom oppdragsgiver- og oppdragstakerforetak, vil den konkrete vurderingen være forskjellig i de to typetilfellene. Sentralt i vurderingen av forholdet mellom mor- og datterselskap vil være morselskapets utøvelse av eierskap og hvor langt virksomhetene er integrert. Dette vil bero på størrelsen av eierinteressen, men også den faktiske styring- og kontroll, gjennom stemmegivning, styrerepresentasjon, kapitalisering, kanalisering av fortjeneste, felles utnyttelse av ressurser, instruksjoner og retningslinjer. Det må kreves mer enn at morselskapet utøver «minimumsinnflytelse» gjennom kravene til hvilke saker som skal behandles på ordinær generalforsamling, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-5. At morselskapet gjennom eierskapet indirekte har oppnådd en fordel av lovbruddet kan heller ikke være

tilstrekkelig. Det må kreves en *aktiv* utøvelse av myndigheten til styring- og kontroll utover dette. Det kan typisk gjelde godkjenning av beslutninger, at sentrale personer i ledelsen i morselskapet sitter i datterselskapets styring, felles retningslinjer for utøvelse av aktiviteter eller finansiering av prosjekter som lovbruddet knytter seg til. For oppdragsforhold, vil en slik regel i realiteten bety en lovfesting av det ulovfestede vilkåret om «reell myndighet til instruksjon og kontroll».

En regel som dette kan for eksempel utformes slik:

Et foretak som på grunn av avtale eller eiertilknytning har reell myndighet til instruksjon og kontroll over et annet foretak er også ansvarlig for overtredelser av lovovertridelser begått under utøvelse av det andre foretakets virksomhet.

Jeg er likevel skeptisk til en slik generell strafferettslig identifikasjonsregel. Prinsippet om at et foretak anerkjennes som selvstendig rettssubjekt øver sterk motstand mot regelen. For aksjeselskapsrettslige konsernforhold bryter det også med prinsippet om at en aksjeeiers ansvar er begrenset til innskuddet, jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 1-2. Ansvarsbegrensningen står så sterkt i norsk rett, at jeg mener det vil være uheldig å innføre en *generell* regel om identifikasjon mellom mor- og datterselskap i strafferetten. I oppdragsforhold vil en slik generell regel også være betenkelig dersom regelen skal favne bredere enn gjeldende rett som synes bare å dekke tilfeller hvor oppdragsforholdet kan likestilles med et ansettelsesforhold. Etter min mening vil regelen etter omstendighetene kunne stå i et problematisk forhold til forbudet mot straff for *andres* lovbrudd som følger av EMK artikkel 7. På denne bakgrunn vil jeg ikke anbefale en slik regel.

7.9.5.4 Alternativ 2: Identifikasjon med arbeidstakere og oppdragstakere som har verv i andre foretak i samme konsern

Et annet mulig alternativ – som bare vil gjelde konsernforhold - er å innføre en regel om identifikasjon som fanger opp tilfeller hvor en arbeidstaker eller oppdragstaker for et konsernselskap har verv i et annet konsernselskap. Et typisk eksempel kan være en finansdirektør i morselskapet som har styreverv i ett av datterselskapene. Når styrevervet er gitt som ledd i ansettelsesforholdet i morselskapet, kan det anføres at

lovbrudd som begås i forbindelse med styrevervet (også) bør anses som begått på vegne av morselskapet. Selv om styrevervet skal utøves i datterselskapets selvstendige interesse, og styret bare kan instrueres av generalforsamlingen, skaper ansettelsesforholdet i morselskapet en særegen tilknytning som kan gjøre det rimelig å holde morselskapet ansvarlig. Som vist ovenfor kan det imidlertid etter gjeldende rett neppe legges til grunn at lovbruddet er begått på vegne av morselskapet i slike tilfeller. Regelen kan for eksempel utformes som følger:²⁶⁹

Mor- eller datterselskap etter aksjeloven § 1-3, som er arbeidsgiver for en arbeidstaker som har verv i et annet selskap i samme konsern er ansvarlig for overtredelser av straffebud som arbeidstakeren har begått på vegne av foretaket han har verv i. Tilsvarende er mor- eller datterselskap som er oppdragsgiver for en oppdragstaker som har verv i et annet selskap i samme konsern ansvarlig for overtredelser som oppdragstakeren har begått på vegne av selskapet han har verv i. Det samme gjelder mellom foretak som har tilsvarende tilknytning som konsern etter aksjeloven § 1-3.

Den foreslåtte identifikasjonsregelen er ikke begrenset til morselskapets ansvar for ansatte og oppdragstakere som har verv i datterselskaper. Den gjelder også hvor datterselskaper har ansatte eller oppdragstakere med verv i andre konsernselskaper. Hvis ikke vil det kunne være lett å omgå regelen. Siste punktum i forslaget innebærer at identifikasjonsregelen også skal gjelde i andre grupper av foretak med tilsvarende tilknytning som aksjeselskapsrettslig konsernforhold.

Betenkelighetene knyttet til en identifikasjonsregel som dette er etter min oppfatning mindre enn forslaget til en generell identifikasjonsregel mellom mor- og datterselskap i Alternativ 1 ovenfor. Normalt er det en økonomisk sammenheng mellom virksomhetene i konsernselskaper, og den formelle selskapsinndelingen kan i relasjon til foretaksansvaret fremstå som noe vilkårlig. Forslaget krever at gjerningspersonen har en kvalifisert tilknytning til foretaket som holdes ansvarlig, og selv om lovbruddet

²⁶⁹ Ordlyden bygger på et forslag om erstatningsrettslig identifikasjon i konsernforhold som ble fremsatt og vurdert i Aarbakke, *Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar*.

er begått som ledd i et verv i et annet foretak skaper denne tilknytningen en nærhet til lovbruddet som gjør det mer nærliggende med identifikasjon. Arbeidsgiver-/oppdragsgiverforetaket har en klar interesse i gjerningspersonens verv i det andre foretaket, og selv om vervet nyter høy grad av selvstendighet, har arbeidsgiver-/oppdragsgiverforetaket et klart incentiv til å motvirke lovbruddet gjennom å promotere klare forventninger til ansvarlig utøvelse av vervet. Til tross for dette, er jeg likevel noe skeptisk til å innføre også en slik identifikasjonsregel i konsernforhold. All den stund forutsetningen fortsatt er at lovbruddet er begått i og på vegne av et annet foretak, støter også denne regelen an mot prinsippet om at et foretak anerkjennes som selvstendig rettssubjekt og forbudet mot ansvar for *andres* lovbrudd og skyld etter EMK artikkel 7.

En tilsvarende regel om erstatningsrettslig identifikasjon i konsernforhold ble vurdert inntatt i aksjeloven i forbindelse med en lovendring i 2007.²⁷⁰ Departementet konkluderte med «at det vil være å gå for langt» å innføre en slik regel, blant annet under henvisning til at hvert enkelt selskap i et konsern utgjør en selvstendig juridisk person og at personer med tillitsverv i selskapet skal ivareta dette selskapets interesser.²⁷¹ Slik jeg ser det bør det, som Høyesterett har påpekt, ikke trekkes en annen strafferettslig grense mellom selskaper enn den selskapsrettslige.

7.9.5.5 Alternativ 3: En særskilt regel om foretaksstraff for passiv medvirkning til lovbrudd i konsernforhold og oppdragsforhold.

Med utgangspunkt i prinsippet om at hvert foretak i et konsern eller oppdragsforhold må anses som selvstendige rettssubjekter, og skranken mot straffansvar for *andres* lovbrudd, mener jeg at det vil være hensiktsmessig å vurdere denne type ansvar som et medvirkningsansvar. Morselskapets ansvar for lovbrudd i datterselskaper og oppdragsgivers ansvar for oppdragstaker bør bero på om

²⁷⁰ Se Ot. prp. nr. 55 (2005–2006).

²⁷¹ Se Ot. prp. nr. 55 (2005–2006) s. 124 første spalte og HR-2019-2205-A (avsnitt 55).

morselskapet/oppdragsgiverforetaket har medvirket til hovedgjerningen som er begått i datterselskapet/oppdragstakerforetaket.

Det er klart at et oppdragsgiverforetak eller morselskap også etter gjeldende rett kan dømmes for medvirkning etter straffeloven § 15 til lovbrudd begått i oppdragstakerforetak og i datterselskaper.²⁷² Bestemmelsen rammer «den som medvirker til overtredelsen», men uten å angi nærmere når medvirkningsansvar inntreer. Meningen var å «videreføre gjeldende rett».²⁷³ Tradisjonelt dekkes fysisk medvirkning (bistand til å utføre handlingen) og psykisk medvirkning (tilskyndelse eller styrking av gjerningspersonens forsett). Dersom finansdirektøren i morselskapet godkjenner en korrump transaksjon som gjennomføres i et datterselskap, vil morselskapet kunne holdes ansvarlig for medvirkning til korrupsjon i datterselskapet på grunnlag av finansdirektørens handling. Tilsvarende vil gjelde i oppdragsforhold dersom en ansatt i oppdragsgiverforetaket samtykker til at oppdragstaker begår korrupsjon i forbindelse med oppdraget.

Men den særlige tilknytningen mellom foretakene tilsier at et morselskap og et oppdragsgiverforetak etter omstendighetene også bør kunne holdes ansvarlig for *unnlatelsen av å gripe inn* mot lovbrudd i datterselskaper eller oppdragstakerforetak. I konsernforhold gjelder dette særlig to typesituasjoner: For det første når personer i morselskapets ledelse i kraft av sin stilling også har et ledelsesansvar for virksomhet og aktiviteter som foregår i datterselskapet. Slike personer bør etter omstendighetene ha en plikt til å gripe inn mot mulige lovbrudd. For det andre når det foreligger (grov) svikt i systemene i datterselskapet for å motvirke lovbrudd og sikre etterlevelse av regler («compliance programmer»). Selv om det er datterselskapets styre som har det overordnede ansvar for «forsvarlig organisering» av selskapets virksomhet, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-12 og «føre tilsyn» med virksomheten, jf. § 6-13, mener jeg at et morselskap med bestemmende innflytelse over datterselskapet ikke bør

²⁷² Se 7.9.4.

²⁷³ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 410.

kunne stille seg passiv til hvordan konsernselskaper innretter sine systemer for å motvirke lovbrudd. I oppdragsforhold er det særlig situasjonen hvor oppdragsgiverforetaket har mulighet til tilsyn og kontroll, og lovbruddet i oppdragstakerforetaket skjer i forbindelse med oppdraget, at det kan være behov for et passivt medvirkningsansvar.

Problemet er imidlertid at ren passivitet som hovedregel ikke anses tilstrekkelig for medvirkningsansvar.²⁷⁴ I rettspraksis er det riktig nok utviklet et unntak dersom det foreligger en «særlig tilknytning mellom den passive personen og den eller det som straffebudet beskytter, eller mellom denne personen og en oppstått faresituasjon».²⁷⁵ Denne særlige tilknytningen gir en handleplikt til å gripe inn for å motvirke forbrytelsen. Brudd på handleplikten kan etter omstendighetene gi grunnlag for medvirkningsansvar.²⁷⁶

Om og hvor langt tilknytningen i konsernforhold og oppdragsforhold er tilstrekkelig for å etablere en strafferettslig handleplikt som kan gi grunnlag for medvirkningsansvar må anses nokså åpent etter gjeldende rett. Professor Erling Johannes Husabø påpekte allerede i *Straffansvarets periferi* at flere typer tilknytningsformer kan danne grunnlag for passivt medvirkningsansvar.²⁷⁷ Denne «læren» er videreført i Grønning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*.²⁷⁸ Et typetilfelle som fremheves er situasjoner hvor den passive har tilknytning til en virksomhet, og denne tilknytningen etablerer et tilsynsansvar for å motvirke lovbrudd i virksomheten.²⁷⁹ Det er mulig at dette kan gi grunnlag for et passivt medvirkningsansvar for morselskap og oppdragsgiverforetak.

²⁷⁴ Se Rt. 2009 s. 1498, Rt. 2010 s. 1630, Rt. 2013 s. 1015, Rt. 2013 s. 1686 (avsnitt 13), Rt. 2014 s. 466 (avsnitt 15), HR-2019-599-A (avsnitt 76) og HR-2019-2205-A (avsnitt 54).

²⁷⁵ Se HR-2019-561-A (avsnitt 20).

²⁷⁶ Se HR-2019-2205-A (avsnitt 59 vedrørende omsorgsplikt for barn), jf. Rt. 2013 s. 1015, Rt. 2013 s. 1686 (avsnitt 13) og HR-2018-262-U (avsnitt 19).

²⁷⁷ Se Husabø, *Straffansvarets periferi* s. 180–185.

²⁷⁸ Se Grønning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 350.

²⁷⁹ Se Grønning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 350, jf. s. 309–311..

En utfordring når den videre rekkevidden av det passive medvirkningsansvaret skal fastlegges er imidlertid at uttrykket «medvirker» i straffeloven § 15 øver motstand mot at ren passivitet kan gi grunnlag for medvirkningsansvar. Høyesterett har videre presisert at lovskravet i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 gir grunn til «å vise varsomhet» ved avgrensningen av medvirkningsansvaret.²⁸⁰ Selv om tilknytning til virksomhet er fremhevet i juridisk teori som en kategori som kan gi grunnlag for passivt medvirkningsansvar, foreligger ikke høyesterettsprejudikat for dette, hverken generelt – eller i konsernforhold og oppdragsforhold spesielt. Det er derfor uklart – og kanskje tvilsomt – om morselskaper og oppdragsgiverforetak kan holdes ansvarlig for passiv medvirkning til lovbrudd som skjer i henholdsvis datterselskaper og oppdragstakerforetak.

Øye og Kjelby har i relasjon til omsorgssvikt overfor barn anført at rekkevidden av et passivt medvirkningsansvar bør reguleres i et særskilt straffebud.²⁸¹ Grunnen er for det første at ordlyden i straffeloven § 15 er utilfredsstillende for regulering av passiv medvirkning i lys av lovskravet i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7. For det andre tilsier hensynet til straffens stigmatiserende effekt en mer finmasket regulering av passiv medvirkning. Det er mer belastende å straffes for aktivt å ha medvirket til krenkelse av et barn, enn å ha forsømt en omsorgsplikt. For det tredje vises til demokratihensyn: De vanskelige rettspolitiske vurderingene av om og under hvilke omstendigheter ulike omsorgspersoner bør kunne straffes for ikke å ha motvirket en krenkelse av barn bør undergis en grundig vurdering av lovgiver og ikke overlates til Høyesterett gjennom et tilfeldig utvalg saker og en tolkning av ordet «medvirker» i straffeloven § 15. Endelig vises til sammenhengen med straffeloven § 196 om plikt til å avverge et straffbart forhold.

Øye og Kjelbys argumentasjonslinje har etter min oppfatning mer generell rekkevidde, og er relevant også for spørsmålet om regulering av passivt medvirkningsansvar i

²⁸⁰ Se HR-2019-2205-A (avsnitt 55).

²⁸¹ Se Øyen og Kjelby, *Barnerett og strafferett*, s. 331–335.

konsernforhold og oppdragsforhold. Hensynet til lovskravet tilsier at et slikt ansvar reguleres særskilt. Unnlaterer i morselskaper og oppdragsgiverforetak av å gripe inn for å forhindre lovbrudd i et annet foretak ligger et godt stykke utenfor den språklige kjernen i uttrykket «medvirker» - ikke minst når Høyesterett klart har presisert at ordlyden tilsier at det må utvises varsomhet når medvirkningsansvaret skal avgrenses.

Tilsvarende tilsier hensynet til straffebudets stigmatiserende virkning – omdømmeeffekten - en særskilt regulering av et passivt medvirkningsansvar i konsernforhold og oppdragsforhold. Det er forskjell på å bli dømt til foretaksstraff for finansdirektørens aktive medvirkning til korrupsjon i et datterselskap i form av samtykke eller instruks, og unnlattelse av å motvirke korrupsjon i datterselskap for eksempel gjennom manglende rutiner for etterlevelse, tilsyn og kontroll. Videre bør ikke spørsmålet om og eventuelt rekkevidden av et morselskaps passive medvirkning til lovbrudd i datterselskap avgjøres gjennom Høyesteretts tolkning i enkeltsaker av den nokså snevre ordlyden «medvirker» i § 15. Spørsmålet krever en bredere vurdering.

Det kan innvendes mot en slik regel at når den generelle medvirkningsbestemmelsen i straffeloven § 15, som også gjelder foretak, ikke inneholder nærmere regulering av vilkårene for medvirkning, vil en særskilt regel om passiv medvirkning for foretak gå på bekostning av sammenhengen mellom bestemmelsene og straffelovens system. Særlig når et ledd i begrunnelsen for en slik regel er at den skal kompensere for en svakhet ved den generelle medvirkningsbestemmelsen. Til dette er å si at det er et behov for klarere regler om rekkevidden av foretaksansvar i konsernforhold og oppdragsforhold, og at verken det generelle tilknytningsvilkåret eller alternative identifikasjonsregler gir gode løsninger. Medvirkningsansvaret gir etter min oppfatning en mer treffende tilnærming til problemet. Til dette kommer at kanskje den mest praktiske problemstillingen i slike forhold er hvor langt henholdsvis morselskapet og oppdragsgiverforetaket har en straffesanksjonert plikt til å forhindre lovbrudd i datterselskap/oppdragstakerforetak. Da gir det etter min oppfatning god mening å innføre en særskilt regel om passiv medvirkning for slike forhold. Forutsetningen må

imidlertid være at den generelle medvirkningsbestemmelsen i § 15 fortsatt skal gjelde for foretak.

Jeg vil på denne bakgrunn anbefale at det lovfestes en særskilt bestemmelse om passiv medvirkning for morselskap og oppdragsgiverforetak som skal dekke unnløst av å gripe inn overfor lovbrudd i henholdsvis datterselskap og oppdragstakerforetak. Anbefalingen er inntatt som forslag til ny § 27 tredje ledd.

7.10 Identitetsendringer i foretak

7.10.1 Gjeldende rett og fremmed rett

Dersom det begås et lovbrudd «på vegne av» et foretak slik at vilkårene for foretaksstraff etter straffeloven § 27 er oppfylt, men dette foretaket blir overført til nye eiere, gjenstand for fusjon, fisjon eller gjennomgår andre typer omstruktureringer før foretaket blir ilagt straff, blir spørsmålet hvilke konsekvenser dette har for det potensielle straffansvaret for foretaket.

Begrunnelsen for å kunne ilegge foretaksstraff også i slike situasjoner er hensynet til å motvirke *ansvarspulverisering*: Hvis omorganiseringer fører til bortfall av straffansvar, vil det kunne være enkelt å unngå et mulig straffansvar gjennom restruktureringer etter lovbruddet, men før en straffedom. Den nordiske strafferettskomiteen uttalte følgende om dette:²⁸²

«Problemet förtjänar uppmärksamhet även från den utgångspunkten att det kan finnas en risk för att mindre seriösa företag vidtar åtgärder för att undgå ett väntat företagsstraff. Vad som här närmast kommer i åtanke är förfaranden då man efter brottet – och kanske med tanke också på skatteskulder – upplöser eller ombildar företaget för att sedan fortsätta verksamheten i annan form, ev. med utnyttjande av bulvaner (stråmenn)»

Spørsmålet er ikke videre regulert i straffeloven § 27. Slik var rettstilstanden også etter straffeloven § 48 a. I forarbeidene til straffeloven § 27 la departementet til grunn at

²⁸² NU 1986: 2 s. 41.

spørsmålet beror på en konkret vurdering av om gjerningspersonen har opptrådt «på vegne av» foretaket:²⁸³

«Som utgangspunkt har ikke endringer i selskapsstrukturen betydning for straffansvaret. Det kan tenkes unntak, for eksempel hvis et foretak oppløses. Det avgjørende blir om lovbrøteren etter en konkret vurdering kan sies å ha handlet på vegne av foretaket. Relevante momenter i vurderingen vil for eksempel være om eierne og ledelsen er de samme som tidligere.

Også ved fisjon og fusjon er utgangspunktet det samme: Endringer i selskapsstrukturen har ikke betydning for straffansvaret. Ved fisjon vil normalt det selskapet som fortsetter den virksomheten som utløste ansvaret, være ansvarlig. Ved fusjon overtas som utgangspunkt ansvaret – også dersom virksomheten legges ned. Dersom et foretak oppløses, vil det bero på de konkrete omstendighetene om ansvaret kan gjøres gjeldende. Har foretaket og virksomheten opphørt, finnes det normalt ikke noe foretak som kan holdes ansvarlig.»

Denne uttalelsen er i tråd med hva som ble lagt til grunn i forarbeidene til straffeloven § 48 a, hvor departementet uttalte:²⁸⁴

«... utgangspunktet for vurderingen må etter departementets syn være lovens krav om at overtredelsen skal være begått 'på vegne av' foretaket»

Høyesterett har også i flere dommer lagt til grunn at spørsmålet beror på en konkret vurdering av om gjerningspersonen har opptrådt «på vegne av» foretaket.²⁸⁵

Jeg har tidligere argumentert for at spørsmålet bør stilles annerledes.²⁸⁶ Etter min oppfatning er uttrykket «på vegne av» knyttet til gjerningstidspunktet som er før den aktuelle identitetsendringen. I lys av dette gir det ikke god mening å stille spørsmålet om gjerningspersonen opptrådte «på vegne av» det endrede foretaket. Slik jeg ser det, bør spørsmålet etter gjeldende rett avgjøres med utgangspunkt i vilkårene «foretaket» i vilkårsleddet i straffeloven § 27 første ledd («noen som handlet på vegne av foretaket») og virkningsleddet («kan foretaket straffes»). Uttrykket «foretaket» i virkningsleddet retter seg mot foretaket som blir domfelt, med andre ord til tidspunktet for domfellelsen. Uttrykket «foretaket» i vilkårsleddet, knytter seg til handlingstidspunktet. Bestemmelsen forutsetter at det er tale om *samme* foretak. Det

²⁸³ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 431 første spalte.

²⁸⁴ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 42 andre spalte.

²⁸⁵ Rt. 1994 s. 299, Rt. 1995 s. 1922 (s. 1929–1930), Rt. 2002 s. 1722 (s. 1723), Rt. 2008 s. 1201 (avsnitt 15).

²⁸⁶ Se Høivik, Foretaksstraff s. 347 – 351.

betyr at *identiteten* til «foretaket» på gjerningstidspunktet (det opprinnelige foretaket) må være *videreført* i foretaket som blir ilagt foretaksstraff (det endrede foretaket).

Til tross for at forarbeidene og Høyesterett tar utgangspunkt i «på vegne av» vilkåret, mener jeg at den konkrete vurderingen som det gis anvisning på i realiteten er knyttet til spørsmålet om identiteten i det opprinnelige foretaket er videreført i det endrede foretaket.²⁸⁷ Forarbeidene gir i den forbindelse anvisning på en nokså konkret vurdering av typetilfeller med utgangspunkt i at endringer i selskapsstruktur ikke skal føre til bortfall av ansvaret. Også Høyesterett har vurdert spørsmålet om slike identitetsvurderinger basert på nokså konkrete vurderinger av de aktuelle endringer. Noen mer generelle retningslinjer kan trekkes ut av denne praksisen.

Hovedregelen er at ansvaret følger foretakets *formelle identitet*, det vil si slik det er stiftet etter de regler som gjelder for den aktuelle foretakstypen. Et aksjeselskap er for eksempel stiftet når stiftelsesdokumentet er signert, jf. (allmenn)aksjeloven § 2-9. Det blir videre registrert med eget foretaksnummer i Foretaksregisteret. Dersom lovbruddet på gjerningstidspunktet er begått «på vegne av» dette foretaket, og det fortsatt eksisterer på domstidspunktet, er det dette selskapet straffen som hovedregel skal rettes mot.²⁸⁸ Det betyr for eksempel at selv om all aktiviteten («innmaten») i det opprinnelige selskapet er overdratt til et annet selskap, vil det kjøpende selskap (det endrede selskapet) som hovedregel IKKE bli straffansvarlig for lovbruddet. Det opprinnelige selskapet eksisterer fortsatt, og ansvaret må da som hovedregel rettes dit. Av hovedregelen følger videre at når den formelle identitet er opphørt, er utgangspunktet at det er ingen foretak å rette foretaksstraffen mot.

At ansvaret følger formell identitet er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Gjennom rettspraksis har Høyesterett etablert unntak i bestemte typetilfeller. I Rt. 2008 la Høyesterett til grunn at praksis etter EU-konkurranseretten er «av interesse for

²⁸⁷ Se Høivik, *Foretaksstraff*, s. 349 flg.

²⁸⁸ Rt. 2002 s. 1722 (s. 1724–1725) og Rt. 2008 s. 1201 (avsnitt 27), jf. Høivik, *Foretaksstraff* s. 352-353.

vurderingane» etter norsk strafferett.²⁸⁹ I EU-konkurranseretten er utgangspunktet det samme som etter straffeloven § 27. Ansvar følger det opprinnelige foretakets formelle identitet.

Dersom det opprinnelige foretaket har opphørt å eksistere, er det i praksis utviklet et unntak om at det endrede foretaket kan holdes ansvarlig dersom det har samme *funksjonelle identitet* som det opprinnelige foretaket. Avgjørende er:²⁹⁰

«... hvorvidt det består en økonomisk og funksjonell kontinuitet mellom den virksomhet, som opprinnelig begik overtrædelsen og den virksomhet, som den er blevet opdaget i».

Det nærmere innholdet i denne kontinuitetsvurderingen er av retten i første instans beskrevet slik:²⁹¹

« Når den person, der var ansvarlig for virksomhedens drift, imidlertid er ophørt med at bestå i retlig betydning i tiden mellem overtrædelsen og det tidspunkt, hvor virksomheden skal drages til ansvar, maa det først fastslaaes, hvor den samling af materielle og menneskelige ressourcer, der har medvirket ved overtrædelsen, befinder sig, for at det dernæst kan fastslaaes, hvem der er blevet ansvarlig for driften heraf, saaledes at det undgaas, at virksomheden ikke kan drages til ansvar, fordi den person, der paa tidspunktet for overtrædelsen var ansvarlig for driften, ikke længere eksisterer.»

Vektleggingen av «materielle og menneskelige ressurser» betyr at det må legges vekt på om det endrede foretaket har videreført det opprinnelige foretakets *økonomiske aktivitet*. Videre må det legges vekt på om det endrede foretaket har overtatt det opprinnelige foretakets samlede *rettigheter og forpliktelser* som er knyttet til denne aktiviteten.²⁹²

²⁸⁹ Rt. 2008 s. 1201 (avsnitt 22).

²⁹⁰ Jf. EUT 1989 L 074 s. 1 (31989D0190) (avsnitt 42), jf. EUT 1989 L 260 s. 1 (31989D0515) (avsnitt 194), EUT 1994 L 243 s. 1 (31994D0601) (avsnitt 145), Forenede saker 29–30/83, Compagnie royale asturienne des mines SA og Rheinzink GmbH mot Kommisjonen, Sml. 1984 s. 1679 (avsnitt 9), Forenede saker C-2004/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland A/S mfl. mot Kommisjonen Sml. 2004 s. I-123 (avsnitt 59), Forenede saker 40–48, 50, 54–56, 111, 113–114/73, Suiker Unie mot Kommisjonen, Sml. 1975 s. 1663 (avsnitt 80–87) og Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett II* s. 74

²⁹¹ Sak T-6/89, Enichem Anic mot Kommisjonen, Sml. 1991 s. II-1623 (avsnitt 237), jf. Forenede saker 40–48, 50, 54–56, 111, 113–114/73, Suiker Unie mot Kommisjonen, Sml. 1975 s. 1663 (avsnitt 85), Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett II* s. 74

²⁹² Jf. Forenede saker 40–48, 50, 54–56, 111, 113–114/73, Suiker Unie mot Kommisjonen, Sml. 1975 s. 1663 (avsnitt 84).

Det andre unntaket gjelder for det tilfellet at det opprinnelige foretaket fortsatt eksisterer. I slike tilfeller kan ansvaret i noen tilfeller likevel adresseres til det endrede foretaket. To momenter synes å være avgjørende.²⁹³ For det første må det endrede foretaket også her ha overtatt det opprinnelige foretakets *funksjonelle identitet* knyttet til virksomheten hvor lovbruddet ble begått. For det andre kreves en *felles eierstruktur* i det opprinnelige og endrede foretaket.

I norsk rett har Høyesterett adoptert lignende argumentasjonslinjer som i EU-konkurranseretten. For tilfeller hvor det opprinnelige foretak fortsatt formelt eksisterer, er hovedregelen at dette foretaket skal holdes ansvarlig. Høyesterett har i den forbindelse lagt til grunn i Rt. 2002 s. 1722 at *overdragelse av aksjene* i et selskap ikke endrer hvem som er strafferettslig ansvarlig. Også i dansk, svensk, amerikansk føderal og EU-konkurranseretten legges dette til grunn.²⁹⁴ Det samme gjelder naturlig nok interne organisatoriske endringer som endring i organisasjon, navn og aktiviteter.

Ved *overdragelse av virksomhet* hvor det opprinnelige foretak fortsatt består, slo Høyesterett fast i Rt. 2002 s. 1722 at hovedregelen er at det opprinnelige foretaket vedblir å være ansvarlig.²⁹⁵

«Det kan til vanleg heller ikkje vere nok, slik aktor har gjort gjeldande, at innmaten blir overdregen. Straffansvar er av ein heilt annan karakter enn gjeldsansvar, og ikkje noko ein kan ta over ved avtale. I vår sak stod også aksjeselskapet ... ved lag etter salet av innmaten.»

I Rt. 2008 s. 1201 lanserte Høyesterett imidlertid et unntak fra dette utgangspunktet som langt på vei tilsvarende løsningen i EU-konkurranseretten. Saken gjaldt foretaksstraff for ulovlig prissamarbeid i vegentreprenøravdelingen i et norsk aksjeselskap. Før domfellelse ble hele denne avdelingen overdratt til et utenlandsk selskap gjennom et innmatsalg. Det opprinnelige norske selskapet – som også hadde

²⁹³ Forenede saker C-2004/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland A/S mfl. mot Kommisjonen Sml. 2004 s. I-123 og Sak C-280/06, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato mot Ente tabacchi italiani — ETI SpA m.fl., Sml. 2007 s. I-10893.

²⁹⁴ Jf. Toftegaard Nielsen i Kommenteret straffelov, Almindelig del s. 283, Berg mfl., *Brottsbalken* s. 36:57, Gruner, Corporate Criminal Liability s. 5–24 med videre henvisninger og Wils i E. L. Rev 2000 s. 115

²⁹⁵ Rt. 2002 s. 1722 (s. 1724–1725).

annen virksomhet - besto etter overdragelsen. Økokrim ila kjøperen, et utenlandsk selskap, foretaksstraff for det ulovlige prissamarbeidet begått i den virksomheten som ble overdratt. Høyesterett gjentok utgangspunktet fra Rt. 2002 s. 1722 om at det «.. «til vanleg» ikkje kan vere nok til å overføre ansvaret at innmaten blir overdregen».²⁹⁶ Men i tillegg lanserte Høyesterett ett unntak dersom det er:²⁹⁷

«tale om ei overføring av verksemd og sterke strukturelle band mellom seljar og overtaker. I så måte vil det kome inn om det er monaleg samanfall i eigarinteressene mellom føretaka, og også om det er sterk tilknytning gjennom same styre eller administrativ leiing.»

I det konkrete tilfellet kom Høyesterett likevel til at det ikke var grunnlag for å gjøre unntak og ilegge foretaksstraff mot kjøperen av virksomheten. Når det gjaldt kravet til overføring av virksomheten (funksjonell identitet), la Høyesterett til grunn at dette var oppfylt her selv om bare *deler av virksomheten* var overført. Begrunnelsen var nok at virksomheten i det opprinnelige selskapet var organisert i tre separate divisjoner innenfor samme selskap, og at kjøper hadde overtatt en hel divisjon med alle aktiviteter, ansatte og kontrakter. Det var i denne divisjonen – entreprenørvirksomheten – at lovbruddet ble begått. Kriteriet om sammenfallende eierinteresser («strukturelle band») var imidlertid ikke oppfylt, i det kjøperen av virksomheten var et utenlandsk selskap med helt andre eierinteresser.²⁹⁸

Et eksempel på en transaksjon hvor opprinnelig selskap består, men hvor det kan være aktuelt å ilegge det endrede foretaket ansvar er *fisjon ved spalting* etter (allmenn)aksjeloven § 14-2 første ledd. Slik fisjon innebærer at virksomheten et overdragende selskap består, men at virksomheten deles mellom dette selskapet og et eller flere overtakende selskaper. Vederlaget er aksjer i det overtakende selskap i tillegg til eventuelt tilleggsvederlag. Vederlagsaksjene i det overtakende selskap vil som utgangspunkt utstedes til aksjonærene i det overdragende selskap. Dersom lovbruddet springer ut av den del av virksomheten som overføres til det overtakende selskap, og

²⁹⁶ Rt. 2008 s. 1201 (avsnitt 21).

²⁹⁷ Rt. 2002 s. 1201 (avsnitt 27, jf. avsnitt 22–26).

²⁹⁸ Rt. 2008 s. 1201 (avsnitt 28)

begge selskapene kontrolleres av de samme eierinteressene etter fisjonen, vil det i et tilfelle som dette være nærliggende å plassere ansvaret hos det overtakende selskapet, selv om det opprinnelige selskapet består. Etter min oppfatning bør dette gjelde også hvis vederlagsaksjene er distribuert slik at det overtakende selskapet IKKE kontrolleres av samme eierinteresser.²⁹⁹

Dersom det opprinnelige foretaket formelt er *opphørt*, eksisterer det i utgangspunktet ikke noe foretak som kan holdes ansvarlig. Departementet forutsetter like fullt i forarbeidene til straffeloven § 27 at endringer i selskapsstruktur, inkludert ved fusjoner og fisjoner, at straffansvaret ikke bortfaller.³⁰⁰ Dette er også lagt til grunn i Høyesterett. Avgjørende synes å være, slik det også er lagt til grunn i EU-konkurranseretten, om den funksjonelle identiteten er videreført i det endrede foretaket og til en viss grad om eierstrukturen er den samme.

Ved selskapsrettslige *fusjoner* etter (allmenn)aksjeloven kapittel 13, vil et selskaps samlede eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres til et nystiftet eller eksisterende selskap mot vederlag i aksjer i det overtakende selskap. Forutsetningen er videre at det overdragende selskap opphører ved slik fusjon. I slike tilfeller vil det overdragende selskaps funksjonelle identitet være overført til det overtakende selskap. I noen tilfeller vil det overtakende selskap være kontrollert av de samme eierinteressene som det overdragende selskap, men ikke nødvendigvis. Uansett er det i slike tilfeller lagt til grunn at det overtakende selskap kan holdes ansvarlig.³⁰¹

Som nevnt ovenfor vil normalt en overdragelse av virksomhet til et annet selskap ikke ha konsekvenser for det opprinnelige (overdragende) selskaps straffansvar. Spørsmålet er om dette stiller seg annerledes dersom det overdragende selskap *oppløses* i forbindelse med eller etter transaksjonen. EU-domstolen synes, som indikert ovenfor,

²⁹⁹ Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 368 – 371.

³⁰⁰ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 431 første spalte.

³⁰¹ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 431 første spalte, Rt. 2002 s. 1722 (s. 1724), jf. Rt. 1994 s. 299, Rt. 1995 s. 1922 og Høivik, *Foretaksstraff* s. 373 – 377.

å anta at i slike tilfeller kan overtakende selskap holdes ansvarlig hvis virksomheten som den straffbare handling sprang ut av er videreført i det overtakende selskap. Høyesterett har ikke behandlet et rent typetilfelle som dette. Rt. 2008 s. 1201 som gjaldt overdragelse av virksomhet hvor overdragende selskap fortsatt besto, gir en viss støtte for at EU-konkurranserettens løsning også må legges til grunn i norsk rett dersom overdragende selskap er opphørt.³⁰²

«Som det har gått fram av det som tidlegare er sagt, må det etter straffelova § 48 a i utgangspunktet vere ein føresetnad at det seljande føretaket er opphøyrtd før det kan vere aktuelt å nytte føretaksstraff mot det overtakande. Skal det etter § 48 a vere tale om straff for overtakaren, må det i alle tilfelle vere tale om ei overføring av verksemd og sterke strukturelle band mellom seljar og overtakar.»

Men siden dommen gjaldt et tilfelle av overdragelse av virksomhet hvor det opprinnelige selskap fortsatt besto, og hvor ansvar derfor ble ilagt dette selskapet, er det usikkert hvor langt uttalelsen rekker, også om det må stilles som vilkår at overdragende og overtakende selskap må ha samme eierinteresser.

I en *fisjon* hvor overdragende selskap oppløses, men den funksjonelle identiteten er videreført i det overtakende selskap, bør løsningen være at det overtakende selskap kan holdes ansvarlig. Det samme gjelder ved omdanning av et foretak til en ny foretaksform. Utgangspunktet om at straffansvaret følger foretakets formelle identitet må endelig modifiseres dersom endringen i foretaket er motivert av et ønske om å unngå foretaksstraff. Høyesterett har slått fast både i Rt. 2002 s. 1722 og Rt. 2008 s. 1201 at det gjelder en slik omgåelsesreservasjon, uten at det nærmere innhold er fastlagt.

I et komparativt perspektiv er inntrykket at spørsmål om og i hvilken grad et foretak kan holdes ansvarlig ved identitetsendringer, eller såkalt «successor liability», ofte er nokså uklar. I OECDs undersøkelse av medlemsstatenes regulering av foretaksstraff for korrupsjon overfor utenlandske offentlige tjenestepersoner, fremgår at av 40 medlemsstater som har tiltrådt OECD-konvensjonen mot korrupsjon, har minst 18 land

³⁰² Rt. 2008 s. 1201 (avsnitt 22).

(44 %) etablert straffansvar for «successor liability» i en eller annen form.³⁰³ Det er klart at 23 land har regler om ansvar ved «mergers and acquisition» mens for 16 land er dette spørsmålet uklart. Videre har 28 land regler som dekker ansvar ved «division», mens det i 11 land er uklart om dette dekkes. Videre har 32 land regler som dekker ansvar ved oppløsning.

7.10.2 Er det behov for å endre regulering av identitetsendringer?

Det ligger i et foretaks egenart at det kan være gjenstand for transaksjoner, omstruktureringer og andre endringer som påvirker dets identitet. Det vil være uheldig om slik identitetsendringer skulle medføre at straffansvaret automatisk bortfaller. Utgangspunktet om at ulike former for identitetsendringer ikke medfører at straffansvaret for et foretak faller bort, bør etter min oppfatning opprettholdes. Det kan reises spørsmål om rekkevidden av det norske foretaksansvaret ved identitetsendringer kan være i strid med skranken mot straffansvar for andres skyld etter EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96. Så vidt vites har spørsmålet om ansvar ved identitetsendringer aldri vært prøvd av EMD. OECD-rapporten om foretaksstraff viser til en fransk dom av Cour de Cassation som satt til side underinstansens straffedom mot et foretak som hadde overtatt et annet selskap ved fusjon.³⁰⁴ Den straffbare handling var begått i foretaket som var blitt oppløst og innfusjonert i foretaket som ble dømt. Cour de Cassation satt domfellelsen til side under henvisning til at underinstansen hadde sett bort fra at foretaket hvor den straffbare handling skjedde var oppløst ved fusjonen.

Etter min oppfatning kan regelen om ansvar ved identitetsendringer, slik den er utviklet og anvendt av Høyesterett ikke anses som et straffansvar for andres skyld. Dette fordi det reelle vurderingstemaet er om det er samme *identitet* mellom foretaket som det er spørsmål om å straffe og foretaket der lovbruddet ble begått. Når det gjelder den videre rekkevidden av ansvar for foretak ved identitetsendringer ser jeg ikke behov for

³⁰³ OECD, *Liability for Legal Persons* s. 102.

³⁰⁴ OECD, *Liability for legal persons* s. 101 (n. 76).

materielle endringer. Argumentasjonslinjen som Høyesterett har utviklet gir etter min oppfatning en hensiktsmessig avgrensning.

Et annet spørsmål er om de kriterier som Høyesterett har anvendt for å vurdere ansvar ved identitetsendringer bør reguleres i lovteksten. Slik jeg ser det, er dette neppe nødvendig eller hensiktsmessig. Det skyldes for det første at antall typetilfeller som kan tenkes å aktualisere dette spørsmålet om ansvar er så ulikeartede at det vil være vanskelig å utforme presise kriterier med en hensiktsmessig «maskevidde». Derneft vil en god løsning på det konkrete spørsmålet i de fleste tilfeller måtte bero på en konkret vurdering av omstendighetene som domstolen er nærmest til å ta. Jeg kan heller ikke se at legalitetsprinsippets klarhetskrav krever en mer detaljert lovregulering av dette spørsmålet.

8 FORETAKSSTRAFFENS FAKULTATIVE KARAKTER

8.1 Introduksjon

Straffeloven § 27 og § 28 viderefører systemet i straffeloven 1902 § 48 a og § 48 b med at foretaksstraff er et fakultativt ansvar. Dette innebærer at selv om vilkårene for foretaksstraff er oppfylt, må påtalemyndigheten og eventuelt domstolen vurdere i hvert enkelt tilfelle om det er hensiktsmessig å ilegge foretaksstraff. Dette kommer til uttrykk i straffeloven gjennom at foretak «kan» straffes, jf. § 27 første ledd og § 28 første ledd. Denne skjønsmessige vurderingen blir ofte kalt «kan-skjønnnet». Den kan anses som en generell straffritaksgrunn. Kan-skjønnnet markerer nok et særtrekk ved foretaksstraff sammenlignet med det personlige straffansvaret, hvor det ikke gjelder en slik generell straffritaksgrunn. Etter straffeloven § 81 første ledd kan retten riktig nok frifinne dersom en mistenkt, som ikke vet om mistanken, har forebygget eller gjenopprettet skaden ved et lovbrudd som kan straffes med bot. Etter bestemmelsens andre ledd kan retten også frifinne ved overskridelse av nødrett, nødverge og selvtekt

dersom det foreligger «særlige omstendigheter». Etter straffeloven § 61 kan retten dessuten frafalle straffutmålingen dersom «helt særlige grunner tilsier det».

Foretaksstraff i spesiallovgivningen forut for straffeloven 1902 § 48 a var i all hovedsak ikke obligatorisk. Straffelovkommissjonen foreslo å videreføre dette «kan-skjønn» i straffeloven 1902 § 48.³⁰⁵ Departementet var enig med kommisjonen i dette og viste til at:³⁰⁶

«[e]t slikt fakultativt ansvar kan ses som en nødvendig motvekt mot det prinsipielt sett meget vidtrekkende foretaksansvaret som departementet går inn for ved en generell hjemmel i straffeloven.»

8.2 Gjeldende rett

8.2.1 Utgangspunkter

For den diskresjonære vurderingen av om det er hensiktsmessig å straffe foretaket, inneholder straffeloven § 28 relevante momenter i vurderingen, men det fremgår av bestemmelsen at listen ikke er uttømmende, jf. uttrykket «blant annet». Prosessuelt er kan-skjønn en del av straffespørsmålet.³⁰⁷ Kan-skjønn er også en selvstendig henleggelsesgrunn for påtalemyndigheten. Høyesterett har i flere dommer om foretaksstraff etter straffeloven 1902 § 48 a presisert at det ikke gjelder noen presumsjon for ansvar dersom vilkårene for foretaksstraff er oppfylt. Domstolene må vurdere ansvaret fra sak til sak. I Rt. 1998 s. 652 (s. 654) som gjaldt den tilsvarende bestemmelsen i straffeloven § 48 b uttalte førstvoterende dette slik:³⁰⁸

«I denne sammenheng understreker jeg at vedtakelsen av en generell hjemmel for foretaksstraff bl a hadde som formål å åpne adgang til å straffe foretak ved overtredelser hvor det tidligere ikke var

³⁰⁵ NOU 1989: 11 s. 18–19.

³⁰⁶ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 22.

³⁰⁷ Rt. 2000 s. 234 (s. 242–243) og Rt. 2002 s. 1312 (1319).

³⁰⁸ Dette utgangspunktet er senere sementert i flere avgjørelser. Se blant annet Rt. 2000 s. 2023 (s. 2027), Rt. 2001 s. (s. 1381–1382), Rt. 2010 s. 1608 (avsnitt 25), Rt. 2011 s. 1738 (avsnitt 22), Rt. 2012 s. 770 (avsnitt 16), Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 27–28), Rt. 2015 s. 1504 (avsnitt 25).

hjemmel for foretaksstraff. Samtidig framhever jeg at behovet for foretaksstraff varierer for de ulike typer lovbrudd, og også fra lovbrudd til lovbrudd innenfor den enkelte kategori slik at det ikke kan oppstilles noen generell presumsjon om at foretaket bør straffes når vilkårene i § 48 a er oppfylt. Dette var et vesentlig moment da departementet foreslo å innføre en generell hjemmel for foretaksstraff, jf. Ot.prp.nr.27 (1990-91) side 11-12 og 22 annen spalte. Jeg nevner også at Justiskomiteen i Innst.O.nr.55 (1990-91) side 3 første spalte uttaler at «foretaksstraff ikke bør anvendes i andre tilfeller enn hvor dette anses hensiktsmessig». Domstolene må derfor vurdere fra sak til sak de hensyn som taler for og mot foretaksstraff»

Selv om hovedregelen er at spørsmålet om foretaket bør straffes må vurderes fra sak til sak – uten en presumsjon for straff, viser utviklingen av foretaksstraffinstituttet, forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a og rettspraksis at særlig brudd på økonomisk reguleringslovgivning har vært ansett som et kjerneområde for foretaksstraff. I forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a ble det fremhevet at behovet for foretaksstraff har økt nettopp som følge av økende reguleringslovgivning. I NOU 1989: 11 s. 9 heter det i den forbindelse:³⁰⁹

«Behovet for et objektivt straffansvar for foretak har dessuten blitt større de siste årene. Økt samfunnsmessig regulering har ført til nye lovbruddstyper. Flere av dem vil ofte skje nettopp i foretak, f eks ved brudd på regler om produktkontroll, arbeidsmiljø og forurensning.»

Dette er også fremhevet av Høyesterett i Rt. 2004 s. 1457 som gjaldt spørsmålet om foretaksstraff mot den ungdomspolitiske organisasjonen Rød Ungdom for ulovlig kopiering og distribusjon av lærebøker. Flertallet, som konkluderte med straffansvar støttet forsvarerens anførsel om at «foretaksstraff har sin viktigste funksjon ved brudd på lovgivning av økonomisk eller samfunnsregulerende karakter (herunder ressurs- og miljølovgivning)».³¹⁰ Mindretallet, som ville frifinne Rød Ungdom fremhevet:³¹¹

«Selv om straffelovens bestemmelser om foretaksstraff har en generell rekkevidde, er det fortsatt slik at denne straffen har sin sterkeste begrunnelse og legitimitet innenfor reguleringslovgivning i vid forstand, der overtredelsen har funnet sted på vegne av en økonomisk virksomhet, privat eller offentlig».

Når det særlig gjelder brudd på forurensningsloven er det lagt til grunn at foretaksstraff som hovedregel skal ilegges. Regelen følger av en uttalelse i forarbeidene til forurensningsloven om at «det må være hovedregelen at selskapsstraff idømmes når

³⁰⁹ Uttalelsen er fremhevet av Høyesterett i Rt. 2000 s. 2023 (s. 2027).

³¹⁰ Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 20)

³¹¹ Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 33).

det først foreligger en overtredelse av loven».³¹² Uttalelsen gjaldt særhjemmelen for foretaksstraff i forurensningsloven § 80 som gjaldt før den generelle hjemmelen ble innført i straffeloven 1902 § 48 a. Høyesterett har lagt til grunn i flere avgjørelser at denne hovedregelen gjelder etter straffeloven § 48 b, jf. § 48 a.³¹³ Det er ingenting som tyder på at dette er endret ved straffeloven § 27.

I en sak om foretaksstraff for brudd på arbeidsmiljøloven i Rt. 2012 s. 770 anførte Økokrim at tilsvarende presumsjon som ved brudd på forurensningsloven burde gjelde ved brudd på arbeidsmiljøloven. Dette fikk ikke tilslutning i Høyesterett, men førstvoterende fant likevel grunn til å understreke at ved overtredelse av bestemmelser som verner liv og helse er foretaksstraff «særlig egnet».³¹⁴ I praksis er det neppe stor forskjell mellom dette og presumsjonen for foretaksstraff som gjelder ved brudd på forurensningsloven.

Når det gjelder korrupsjon, avviste Høyesterett i Rt. 2013 s. 1025 en anførsel fra forsvareren om at korrupsjon falt utenfor kjerneområdet for foretaksstraff. Førstvoterende uttalte i den forbindelse:³¹⁵

«Det avgjørende ved bestemmelsen av hva som er foretaksstraffens kjerneområde, må være hvorvidt slik straff kan være særlig egnet i kriminalitetsbekjempelsen på det aktuelle området. Jeg finner det i så måte lite tvilsomt at dette vil være tilfellet for korrupsjonsforbrytelser».

At også korrupsjon ligger innenfor foretaksstraffens kjerneområde må derfor være klart. Selv om straffelovens korrupsjonsbestemmelser ikke er den type tradisjonell økonomisk reguleringslovgivning som foretaksstraffen ble utviklet innenfor, er det etter min oppfatning klart at foretaksstraff har en sentral preventiv funksjon ved all økonomisk kriminalitet, det vil si lovbrudd begått i forbindelse med økonomisk

³¹² Se Utkast til lov om vern mot forurensning og forsøpling med motiver, avgitt 1977, s. 99.

³¹³ Se Rt. 1998 s. 2011 (på s. 2020), Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 41), Rt. 2012 s. 770 (avsnitt 16), Rt. 2013 s. 684 (avsnitt 43).

³¹⁴ Se Rt. 2012 s. 770 (avsnitt 19), jf. Rt. 2015 s. 1504 (avsnitt 35–36).

³¹⁵ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 33).

virksomhet. Ikke minst gjelder dette hvor lovbruddet kan frembringe stor fortjeneste, som i korrupsjonssaker.

8.2.2 Hensynet til «straffens preventive virkning», jf. straffeloven § 28 bokstav a

Momentet «straffens preventive virkning», jf. straffeloven § 28 bokstav a, peker mot hensynet til foretaksstraffens allmennpreventive og individualpreventive virkning. Den allmennpreventive virkning er knyttet til at straffetrusselen virker preventivt på andre foretak. Den individualpreventive virkning er knyttet til å forhindre gjentakelser i foretaket hvor lovbruddet ble begått. I den nærmere vurdering vil det ha betydning hvilken type lovbrudd og skade som det er tale om å beskytte gjennom foretaksstraff. Et eksempel som illustrerer dette, er Rt 2015 s. 1504 som gjaldt foretaksstraff for brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelser til vern av liv og helse. Etter å ha slått fast at foretaksstraff er særlig egnet på dette området, presiserte førstvoterende at «[b]egrunnelsen for dette er at straffetruer på dette området kan ha en reell preventiv betydning».³¹⁶ Den allmennpreventive og individualpreventive virkning som søkes oppnådd ved foretaksstraff er særlig rettet mot å påvirke foretakets organisasjon til å implementere tiltak som motvirker at det begås lovbrudd.³¹⁷ Siden ansvaret for organisering av virksomheten er et *typisk ledelsesansvar*, betyr dette videre at det kan være større grunn til å reagere med foretaksstraff når lovbruddet er begått av personer i ledelsen og når det foreligger svikt i systemer for opplæring, retningslinjer, instruksjon og kontroll.

I tråd med dette presiserte departementet i forarbeidene til straffeloven § 28 bokstav a som følger:³¹⁸

«Det kan være større grunn til å straffe foretaket dersom lovbruddet sitter i foretakets ledelse enn dersom lovbruddet har en underordnet stilling. Er handlingen begått av en sentral person, vil trolig

³¹⁶ Rt. 2015 s. 1504 (avsnitt 36).

³¹⁷ Se 6.2.1 ovenfor

³¹⁸ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 første spalte.

fremtidige lovbrudd lettere la seg avverge. Ønsket om å heve standarden innen en bransje, utgjør en annen side av straffens preventive virkning. Gjennom en foretaksstraff gjøres det klart at bransjen for å unngå straffansvar i fremtiden må skjerpe sin praksis, sine rutiner mv.»

At ledelsens handlemåte står sentralt i vurderingen av foretaksstraffens preventive virkning etter straffeloven § 28 bokstav a er lagt til grunn av Høyesterett i flere dommer knyttet til tilsvarende bestemmelse i straffeloven 1902 § 48 b. Et eksempel er HR-2016-2507-A (avsnitt 35) hvor daglig leder i et oppdrettsselskap hadde overtrådt flere bestemmelser i matloven og dyrevelferdsloven i tillegg til falsk forklaring etter straffeloven 1902 § 166. Her la førstvoterende til grunn i vurderingen av straffens preventive virkning at det forhold at lovbruddet var begått av daglig leder gjorde «*selskapets ansvar større*». I Rt. 2015 s. 1217 ble et helseforetak ilagt foretaksstraff for medvirkning til utilbørlig utnyttning av utlendingers situasjon ved formidling av arbeid og bolig mv. etter utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav b. Helseforetakets medvirkning besto i unnlattelse av å gripe inn overfor to oppdragstakere som ble hyret av helseforetaket til å ansette sykepleiere fra Filipinene. I vurderingen av foretaksstraffens preventive virkning etter straffeloven 1902 § 48 b uttalte Høyesterett.³¹⁹

«I dette tilfellet unnlot sykehuset å følge opp en åpenbar risiko som sykehuset selv hadde skapt for at det ble begått lovbrudd mot egne ansatte, en risiko sykehusets ledelse var gjort kjent med. Det er da nødvendig å reagere med straff for å markere viktigheten av at arbeidsgivere i slike situasjoner bidrar til å gi utlendinger den beskyttelse de har krav på»

Et annet eksempel er Rt. 2007 s. 1841 hvor et flyselskap ble ilagt foretaksstraff for misbruk av forretnings- og driftshemmeligheter etter straffeloven 1902 § 294. Her la Høyesterett vekt på at lovbruddet ble begått av «*ledende ansatte*».³²⁰ Også i Rt. 2004 s. 1457, som gjaldt foretaksstraff mot den politiske ungdomsorganisasjonen Rød Ungdom for ulovlig kopiering og distribusjon av lærebøker, ble det fremhevet at foretaksstraff vil «*være særlig sterkt begrunnet*» når lovbruddet er begått på grunnlag av vedtak i foretakets styrende organer.

³¹⁹ Rt. 2015 s. 1217 (avsnitt 94).

³²⁰ Rt. 2007 s. 1841 (avsnitt 36).

Departementets påpekning av ønsket om «å heve standarden innen en bransje» som ledd i den preventive virkning, viser slektskapet mellom momentet «foretaksstraffens preventive virkning» i straffeloven § 28 bokstav a og momentet i samme bestemmelse bokstav c «om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet». I tråd med dette, har Høyesterett i flere dommer drøftet disse to momentene i sammenheng.

8.2.3 Hensynet til forebyggende tiltak, jf. straffeloven § 28 bokstav c

Etter straffeloven § 28 bokstav c skal det legges vekt på «om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet». Den nære sammenhengen mellom forebyggende tiltak og hensynet til straffens preventive virkning, jf. § 28 bokstav a er understreket i forarbeidene:³²¹

«Dette momentet har nær sammenheng med den preventive effekten av straff, jf. bokstav a. Straffen kan neppe sies å ha en preventiv effekt dersom foretaket ikke har mulighet til å forebygge tilsvarende straffbare handlinger i fremtiden. Momentet vil ha stor betydning for vurderingen av straffverdigheten.

I tråd med dette viser Høyesterettspraksis at i hvilken grad foretaket – og da ledelsen - kunne ha forhindre lovbruddet gjennom organisatoriske tiltak ofte står sentralt i vurderingen. Et tidlig eksempel er Rt. 1982 s. 878, som gjaldt ulovlig ansettelse av mindreårige. Her uttalte Høyesterett:³²²

«Det som kan tale for at bedriften allikevel ilegges straff, er å innskjerpe bedriftens ansvar når det gjelder nødvendige kontrollfunksjoner og de instruksjoner som i den anledning bør gis.»

Et annet eksempel er Rt. 1992 s. 19, hvor spørsmålet var om det skulle ilegges foretaksstraff for ulovlig utslipp av krom fra et støperi. Her ble det fremhevet:³²³

«Det er en grov tilsidesettelse av bedriftens plikter etter forurensningsloven at den ikke sørget for å ha utslippstillatelse med vilkår til stede, og sørget for at alle som hadde behov for dette, satte seg grundig inn i reglene. Om nødvendig skulle dokumentene vært skaffet fra Forurensningstilsynet.

³²¹ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432.

³²² Se Rt. 1982 s. 878 (s. 882).

³²³ Rt. 1992 s. 19 (s. 21)

Bedriften var også ansvarlig for at de ansatte var i stand til å betjene renseanlegget og at det ble tatt de prøver og gitt de meldinger som var krevet. Den skulle ha ført kontroll med dette. Jeg er ikke enig med domfelte i at det her bare dreier seg om formaldelikt. Grunnlaget for en etterlevelse av forurensningsloven og regler fastsatt i medhold av denne, er at man kjenner reglene og innen bedriften har organisert et effektivt apparat som står for den praktiske side av gjennomføringen.»

I Rt. 1993 s. 459 var saksforholdet at en ansatt sjåfør unnlot å fortolle datautstyr i strid med klar instruks fra sine overordnede. Det ble reist inndragningskrav mot foretaket. Inndragningsansvaret var underlagt samme kan-skjønn som foretaksstraff. I begrunnelsen for å frifinne selskapet etter kan-skjønnen, vektla Høyesterett at «*selskapet hadde gjort alt det kunne for å sikre korrekt behandling ved utlevering av tollpapirer og instruks om tollklarering*».³²⁴

I Rt. 2000 s. 1451, som gjaldt bruk av foretaksstraff overfor en transportbedrift, ble det under straffutmålingen vektlagt at forholdene i virksomheten «*samla sett viser eit mønster av svak organisering, opplæring og kontroll i høve dei aktuelle reglane*».³²⁵ I Rt. 2007 s. 1684 var spørsmålet om et selskap skulle ilegges foretaksstraff for en ansatts ulovlige utslipp av ammoniakkholdig væske i et vassdrag, til tross for at han hadde fått en muntlig instruks om ikke å gjøre dette. I vurderingen av om selskapet skulle straffes, ble det vektlagt, under henvisning til straffeloven § 48 b bokstav c, at selskapet ikke hadde gjort tilstrekkelige tiltak som kunne ha forhindret lovbruddet.³²⁶

«Jeg er enig i at As instruksbrudd kan være et moment som taler mot å illegge straff, men har kommet til at dette ikke kan tillegges avgjørende vekt i denne saken. Som påpekt, kunne Teknotherm gjort mer for å forhindre utslippet både i form av generelle instruks og ved å angi alternative håndteringsmåter i den konkrete instruks. Forholdet ligger således annerledes enn i saken i Rt-1993-459 som er omtalt foran, hvor Høyesterett kom til at den fakultative adgangen til å idømme inndragning ikke burde benyttes, fordi foretaket hadde gjort alt det kunne for å forhindre overtredelsen.»

I Rt. 2008 s. 996 var spørsmålet om foretaksstraff skulle ilegges et revisjonsselskap for brudd på revisorloven og regnskapsloven. Lovbruddet ble begått av en ansvarlig partner i selskapet. For Høyesterett var spørsmålet utelukkende om foretaket skulle straffes etter kan-skjønnen. Sentralt i denne vurderingen var om foretaket «ved

³²⁴ Rt. 1993 s. 459 (s. 462).

³²⁵ Rt. 2000 s. 1451 (s. 1454).

³²⁶ Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 44).

retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen», jf. straffeloven 1902 § 48 b bokstav c, jf. straffeloven § 28 bokstav c. Nærmere bestemt var det spørsmål om revisjonsselskapets omfattende internsystem med manualer for gjennomføringen av revisjonsarbeid og etterlevelsen av slik retningslinjer måtte føre til frifinnelse for straffansvar. Både tingrett og lagmannsrett frifant selskapet under særlig henvisning til dette internkontrollsystemet. Høyesterett kom til motsatt resultat og idømte foretaksstraff. Førstvoterende tok utgangspunkt i lagmannsrettens vurdering av innholdet og kvaliteten av dette internsystemet.³²⁷

«KPMG hadde i 1999 og har fremdeles et omfattende system med manualer for utførelsen av revisjonen. Disse manualene bygger på de internasjonale standardene for god revisjon, og det er heller ikke fra aktors side bestridt at innholdet i disse har vært fullt forsvarlig. Spørsmålet er hvordan selskapet har søkt å sikre seg at manualene blir etterlevd i praksis.

Lagmannsretten legger til grunn at selskapet gjennom årlige fagdager, kurs og bruk av selskapets intranett har søkt å holde sine ansatte faglig oppdatert. På bakgrunn av dette kan det ikke konstateres noen svikt i opplæringen av de som skulle utføre revisjonen.

Det er også godtgjort at selskapet har hatt et system for etterfølgende kontroll med utførelsen av revisjonen, dels årlig for risikoutsatte selskaper og dels rullerende slik at alle revisorer blir kontrollert minst hvert tredje år. Resultatene fra slike kontroller er med på å bestemme blant annet utfallet av belønningssystemet i selskapet, og de som får merknader blir også fulgt opp senere år. Selskapet og dets revisorer kontrolleres også til tider av KPMG internasjonalt. Ekstern kontroll utføres i tillegg av Revisorforeningen sentralt, og i tilknytning til tilsyn fra Kredittilsynet. I nærværende sak har det særlig vært pekt på tilsynsrapport fra Kredittilsynet av 27. april 2005, hvor KPMG's rutiner og prosedyrer ble vurdert som tilfredsstillende. Aktor har korrekt påpekt at dette tilsynet ikke omhandler hva som var situasjonen i perioden 1999 – 2002 da de aktuelle feil ble begått, og at tilsynet heller ikke har gått inn på utførelsen av enkeltoppdrag. Tilsynets rapport viser imidlertid til tidligere erfaringer med KPMG som revisjonsselskap, herunder til tilsyn som er gjort i tilknytning til utførelse av revisjonsoppdrag for konserner, for helseforetak og for revisjon utført av selskapets distriktskontorer. Heller ikke i tilknytning til disse tidligere tilsynene er det fremkommet merknader av betydning, verken vedrørende KPMG's systemer for revisjon eller utførelse av enkeltoppdrag.»

I tråd med synspunktet om at foretaksstraffen ikke vil fungere som organisatorisk incentiv i slike tilfeller, ble dette avgjørende for at selskapet ble frifunnet i både tingretten og lagmannsretten. Høyesterett vurderte imidlertid dette annerledes og pekte i den forbindelse på en annen side ved straffens preventive virkning:³²⁸

«... nemlig den virkning som består i en stadig innskjerping og oppstramming av rutiner, instruksjer og retningslinjer. Jeg vil anta at bevisstheten om en mulig straffereaksjon for foretaket ved at disse ikke blir etterlevd, vil skjerpe årvåkenheten både mot den interne oppfølging og i forholdet til

³²⁷ Rt. 2008 s. 996 (avsnitt 30).

³²⁸ Rt. 2008 s. 996 (avsnitt 36).

klientene. Den vil dessuten bidra til å rette oppmerksomheten mot hva som kan være særlige risikosituasjoner, og som derfor lett kan aktualisere foretaksstraff»

Poenget var altså at straffansvar uavhengig av internkontrollens kvalitet, vil kunne gi incentiv til stadig å forbedre internsystemet. Dersom et forsvarlig internsystem virker straffriende vil dette motsatt kunne bidra til at foretakene streber mot å tilfredsstille et minimumsnivå for systemet, snarere enn å jobbe for å motvirke lovbrudd.

Rt. 2009 s. 1595 gjaldt spørsmål om foretaksstraff mot et aksjeselskap som drev et slakteri. Selskapet ble dømt for grov overtredelse av dyrevernloven § 5a nr. 1, jf. § 31 etter at slakteriet utsatte slaktning av et parti lam over en helg, og deretter førte dyrene med feil type før. Dette medførte at ti dyr omkom eller måtte avlives og at flere dyr ble påført store lidelser. For Høyesterett var spørsmålet om foretaket burde straffes etter kan-skjønn. I forbindelse med vurderingen av momentet i straffeloven § 48 b bokstav c, kom Høyesterett til at det var tale om *uaktsom systemsvikt* og at det ikke var grunnlag for å bebreide fjøsmedarbeiderne personlig. Høyesterett siterte lagmannsrettens (flertallets) uttalelse om at:³²⁹

«... den uaktsomme svikten anses å foreligge hos mer ledende personer i bedriften, idet skaden burde vært unngått ved bedre retningslinjer, opplæring og kontroll, eller konkret instruks til C».

En annen sentral avgjørelse knyttet til vurderingen av om foretaket kunne ha forhindret lovbruddet er Rt. 2012 s. 270. Saken gjaldt foretaksstraff mot en industribedrift for brudd på arbeidsmiljøloven etter en fallulykke hvor en driftsoperatør falt 9 meter fra en usikret plattform mens han staket en tett nedfallstrakt på et kvartslager. Ledelsens forutsetning var at slik staking skulle utføres fra en gangvei som var sikret med et rekkverk mot plattformen fordi forutsetningen var at plattformen ikke skulle brukes. Driftsoperatøren hadde klatret over rekkverket på gangveien for å komme til plattformen. Det forelå også en instruks om at arbeid i høyde på usikret område bare kunne utføres ved bruk av sikkerhetssele. Bevisføringen viste at det i årevis hadde

³²⁹ Rt. 2009 s. 1595 (avsnitt 31).

foregått en instruksstridig bruk av plattformen til staking. Skiftbasene visste om dette, men varslet aldri den overordnede ledelsen. Dermed kom dette ikke til ledelsens kunnskap og det ble heller ikke fanget opp av bedriftens HMS-system.

I vurderingen av om selskapet burde straffes etter kan-skjønnen ble det lagt til grunn at det ikke var avdekket konkrete mangler ved det generelle HMS-systemet. Men selv om HMS-systemet var tilfredsstillende mente Høyesterett at systemet likevel ikke var «godt nok» når den langvarige instruksstridige bruken av plattformen ikke var blitt oppdaget. Høyesterett viste til at bedriften i større grad burde ha kartlagt og identifisert faremomenter, stilt mer konkrete spørsmål på de faste halvårlige vernerunder, og innpodet skiftbasene om deres ansvar som ledere og forbilder. Høyesterett mente derfor at det «dreier seg i stor grad om systemsvikt». Dommen illustrerer at Høyesterett ikke bare vurderer om foretaket har et tilfredsstillende system for å motvirke en generell type risiko for skade og lovbrudd. Høyesterett vurderer også hvorfor systemet ikke forhindret den konkrete hendelsen.³³⁰

I Rt. 2013 s. 312 var spørsmålet om et boligselskap skulle ilegges foretaksstraff for uaktsom legemsbeskadigelse, jf. straffeloven 1902 § 238, etter at en isklump falt fra en gesims på taket av en bygård og traff en fotgjenger på fortauet nedenfor. Personen som var ansvarlig for tilsyn med bygården for å oppdage snø- og isfare ble dømt for uaktsom legemsbeskadigelse etter § 238 og ansett for å ha opptrådt på vegne av foretaket. Selskapet ble likevel frifunnet etter kan-skjønnen. Det sentrale momentet i vurderingen var om ulykken kunne vært forebygget gjennom bedre rutiner. Høyesterett tok utgangspunkt i at «[s]traffansvar for gårdselskapet kan nok medvirke til å innskjerpe betydningen av gode inspeksjons- og rydderutiner», men pekte på flere faktorer som tilsa at forebyggingsarbeidet var tilstrekkelig.³³¹ For det første ble det vist til at dette var en type hendelse «som man tidligere hadde holdt for usannsynlig i bransjen». For det andre pekte Høyesterett på at det

³³⁰ For en kritisk kommentar til dommen, se Fougner i *LoR* 2013.

³³¹ Rt. 2013 s. 312 (avsnitt 39–40).

«... dreier seg om en konkret vurderingssvikt fra den som utførte inspeksjonen, og som tidligere nevnt var den av et slag som foretakets ledelse ikke godt kunne forventes å skulle ha forebygget gjennom mer utførlige instruksjer».

For det tredje viste Høyesterett til at det ikke var

«bestridt at den tekniske sikringen av gården mot sneras og selskapets generelle rutiner for avdekking av rasfare var på høyde med det andre store gårdeiere i Oslo praktiserte, og disse synes å ha hatt bedre rutiner enn andre gårdeiere».

I Rt. 2013 s. 1025 var spørsmålet om et konsulentselskap skulle ilegges foretaksstraff for medvirkning til korrupsjon. Det var rettskraftig avgjort at vilkårene for foretaksstraff etter straffeloven 1902 § 48 a var oppfylt ved at en ansatt som ble dømt for medvirkning til korrupsjon hadde opptrådt på vegne av selskapet. For Høyesterett var spørsmålet om selskapet skulle straffes etter kan-skjønnen. Sentralt i vurderingen stod betydningen av forebyggingsarbeid etter straffeloven 1902 § 48 b bokstav c, hvor det var dissens (3-2).

Flertallet avviste først forsvarerens anførsel om at begrunnelsen for foretaksstraff sviktet når lovbruddet ble begått av ansatte på underordnet nivå. Flertallet viste til at dommene i Rt. 2007 s. 1684, Rt. 2012 s. 770 og Rt. 2008 s. 996 var eksempler på.³³²

«at foretaksstraffen også rammer der handlingen som sådan er begått på et underordnet nivå, men der foretakets ledelse kan bebreides for ikke å ha truffet tiltak som kunne ha forebygget hendelsen.»

Basert på dette la flertallet til grunn at vurderingen av § 48 b bokstav c om foretaket kunne ha forebygget lovovertrедelsen, var et spørsmål om selskapet «kan bebreides for det som har hendt».³³³ I den videre vurderingen pekte flertallet særlig på at den påståtte årvåkenhet omkring korrupsjonsrisiko i virksomheten «knappt har satt et eneste spor i noen av selskapets policyerklæringer eller rutinedokumenter».³³⁴ Flertallet viste også til lagmannsrettens begrunnelse for domfellelse hvor det uttales at:³³⁵

³³² Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 49).

³³³ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 51).

³³⁴ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 71).

³³⁵ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 69).

«det burde vært utarbeidet rutiner for håndtering av korrupsjonsspørsmål, herunder plikt til å ta slike forhold opp linjevei. For medarbeidere som arbeidet i land som er sterkt korrupsjonsutsatte, burde det ha vært jevnlig innskjerping og oppfriskning av rutiner hvis man møter korrupsjonsforhold i utlandet. Ansatte og tidligere ansatte i Norconsult som forklarte seg som vitner for lagmannsretten, opplyste at dette ikke skjedde.».

Flertallet frifant likevel selskapet, særlig under henvisning til at det hadde tatt uforholdsmessig lang tid fra forholdet ble anmeldt til tiltale forelå og hensynet til øvrige ilagte og mulige reaksjoner mot selskapet som følge av korrupsjonen.

Mindretallet konkluderte også med frifinnelse, men begrunnet dette primært i en annen vurdering enn flertallet av forebyggingsarbeid etter straffeloven § 48 b bokstav c. Mindretallet var enig med flertallets utgangspunkt at foretaksstraff også kan ilegges når handlingen er gjort på underordnet nivå «men der leiinga kan lastast for ikkje å ha gjort tiltak som kunne ha førebygd hendinga».³³⁶ Mindretallet var også enig i at selskapet i perioden hvor korrupsjonen ble begått «mangla ... retningslinjer og etiske prinsipp som skulle motverka korrupsjon».³³⁷ Mindretallet kom imidlertid til at det er «ikkje slik at hendinga kunne ha vore førebygd ved ytterlegare retningslinjer eller tiltak».³³⁸ Dette fordi den ansatte gjerningspersonen hadde blitt «grundig åtvare om at korrupsjon var uakseptabelt» og gjennom sin konkrete handlemåte i utforming av møtereferater ikke bare hadde medvirket til korrupsjon, men også «handla grovt klanderverdig og illojalt i høve til arbeidsgivaren».³³⁹ Endelig viste mindretallet til faren for pulverisering av straffansvaret ikke var til stede fordi gjerningspersonen både var kjent og domfelt for forholdet.³⁴⁰

En forskjell mellom flertallet og mindretallets vurdering av selskapets forebyggingsarbeid er at mens flertallet synes å legge størst vekt på de åpenbare generelle svakhetene i selskapets antikorrupsjonsarbeid, er mindretallet mest opptatt av

³³⁶ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 110).

³³⁷ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 112).

³³⁸ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 117).

³³⁹ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 115).

³⁴⁰ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 118).

hvilken innvirkning forebyggingsarbeidet hadde eller kunne ha hatt på gjerningspersonen. Både flertallet og mindretallet uttaler seg videre på en måte som indikerer at foretaksstraff for lovbrudd begått av underordnede er betinget av at ledelsen kan bebreides for ikke å ha forhindre lovbruddet. Som Matningsdal har pekt på, kan dette ikke være meningen.³⁴¹ Høyesterett har presisert i flere tidligere avgjørelser at foretaksstraff ikke er betinget av at ledelsen kan klandres.³⁴² Videre har Høyesterett lagt til grunn i flere avgjørelser at gjerningspersonen etter omstendighetene kan anses for å ha opptrådt «på vegne av» foretaket, selv om det foreligger instruksbrudd.³⁴³ Til dette kommer at Høyesterett i Rt. 2013 s. 1025 bare prøvde kanskjønnet, ikke vilkårene for foretaksstraff.

Saken i Rt. 2015 s. 1217 gjaldt foretaksstraff mot et helseforetak for passiv medvirkning til brudd på utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav b. Grunnlaget var at tre filippinske sykepleiere hadde blitt utilbørlig utnyttet av to personer som hadde formidlet kontakt mellom sykepleierne og helseforetaket hvor de til slutt ble ansatt. Høyesterett kom til at vilkårene for foretaksstraff for grov uaktsom medvirkning til brudd på utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav b var oppfylt. I vurderingen av om helseforetaket burde straffes etter straffeloven § 48 b, uttalte Høyesterett følgende:³⁴⁴

«I dette tilfellet unnlot sykehuset å følge opp en åpenbar risiko som sykehuset selv hadde skapt for at det ble begått lovbrudd mot egne ansatte, en risiko sykehusets ledelse var gjort kjent med. Det er da nødvendig å reagere med straff for å markere viktigheten av at arbeidsgivere i slike situasjoner bidrar til å gi utlendinger den beskyttelse de har krav på.»

I Rt. 2015 s. 1504 ble en produksjonsbedrift ilagt foretaksstraff som følge av at en ansatt skadet seg i arbeidstiden på grunn av dårlig belysning på arbeidsplassen. I vurderingen av om foretaket bør straffes etter straffeloven § 48 b, vurderte Høyesterett

³⁴¹ Matningsdal, Magnus, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 5.4.

³⁴² Se Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 37), Rt. 2008 s. 996 (avsnitt 38) og Rt. 2012 s. 770 (avsnitt 21).

³⁴³ Se for eksempel Rt. 1993 s. 459 og Rt. 2007 s. 1684 og 7.8.2.3. ovenfor.

³⁴⁴ Rt. 2015 s. 1217 (avsnitt 94).

foretakets systemer for å forhindre lovbrudd etter § 48 b bokstav c sammen med hensynet til straffens preventive virkning etter § 48 b bokstav a.³⁴⁵

«Både den allmennpreventive og individualpreventive virkningen må imidlertid også vurderes i lys av at AS Rockwool har et godt HMS-system og gode systemer for å varsle og fange opp avvik. Bedriften har hatt få HMS-hendelser av alvorlig art, og den har fokus på HMS-tiltak. Lagmannsretten viser også til at ulykken med A ble fulgt opp på en seriøs måte.

Når jeg likevel finner at straffens preventive virkning taler for at det skal anvendes foretaksstraff, skyldes det at oppfølgingen fra As overordnede sviktet i forbindelse med å løse problemene med belysningen i maskinområdet. Den mangelfulle belysningen var varslet og tatt opp flere ganger, og bare noen dager før ulykken som A ble utsatt for, var det en lignende ulykke som skyldtes samme årsak. Hvor høyt opp i arbeidsledelsen informasjonen var kjent er ikke klarlagt, men det er i alle fall klart at formannen og hovedverneombudet hadde denne kunnskapen.

... Det hadde – som jeg har vært inne på – vært enkelt å løse lysproblemet ved å sette inn mobile lyskastere. Skaderisikoen kunne enkelt og raskt vært forebygget, men dette ble først gjort dagen etter at A ble skadet.»

Gjennomgangen ovenfor viser at foretakets internsystemer for å forhindre lovbrudd etter straffeloven § 28 bokstav c, jf. bokstav a, kanskje er det mest sentrale momentet i den fakultative vurderingen av om foretaket bør straffes. Høyesterett har flere ganger benyttet uttrykket «systemsvikt» om denne vurderingen.³⁴⁶ Det er også betegnende at Høyesterett flere ganger har knyttet vurderingen av foretakets internsystemer til spørsmålet om foretaket kan «bebreides» for lovbruddet – som en form for aktsomhetsvurdering.³⁴⁷ En annen observasjon er Høyesterett har knyttet denne aktsomhetsvurderingen til *ledelsens* ansvar.³⁴⁸

8.2.4 Hensynet til lovbruddets grovhet og om noen har utvist skyld, jf. § 28 bokstav b

Etter straffeloven § 28 bokstav b skal det legges vekt på «*lovbruddets grovhet, og om noen som har handlet på vegne av foretaket har utvist skyld*». Når det gjelder grovhet ble det i forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 b fremhevet at det særlig skal legges

³⁴⁵ Rt. 2015 s. 1504 (avsnitt 37–38 og 41).

³⁴⁶ Se for eksempel Rt. 2009 s. 1595 (avsnitt 33) og Rt. 2012 s. 770 (avsnitt 45).

³⁴⁷ Se for eksempel Rt. 2008 s. 996 (avsnitt 30) og Rt. 2011 s. 1738 (avsnitt 27) og Rt 2013 s. 1025 (avsnitt 49).

³⁴⁸ Se særlig Rt. 2013 s. 1025 avsnitt 49.

vekt på størrelsen av skaden eller skademuligheten, men også graden av skyld er relevant.³⁴⁹ Tilsvarende er lagt til grunn av departementet i forarbeidene til straffeloven § 27.³⁵⁰

At overtredelsen fremsto som beskjedent og derfor talte mot foretaksstraff er særlig fremhevet i Rt. 1981 s. 1112, Rt. 1982 s. 878 og Rt. 2015 s. 1504 (avsnitt 42-43). I Rt. 2000 s. 2023 som gjaldt foretaksstraff for overtredelse av kulturminneloven ble det lagt vekt på at det forelå en grov overtredelse av loven ved at en verneverdig bygning var blitt revet. I Rt. 2002 s. 1312, som gjaldt foretaksstraff for brudd på flaggingsplikt etter verdipapirhandelloven, ble det fremhevet under kan-skjønnat overtredelsen var grov fordi det gjaldt et aksjeinnehav som over lang tid hadde ligget betydelig over grensen for flaggingsplikten og som gjaldt betydelige økonomiske verdier.³⁵¹ I Rt. 2007 s. 1841 vedrørende foretaksstraff for misbruk av forretningshemmeligheter vektla Høyesterett at det forelå en «langvarig og grov utnyttelse av Norwegians bedriftshemmeligheter».³⁵² I Rt. 1996 s. 1065 som gjaldt foretaksstraff og inndragning for underreportering av fiske, ble det vektlagt at det var tale om «gjentatte og til dels ganske grove straffbare handlinger». I Rt. 2008 s. 996 hvor et revisjonsfirma ble ilagt foretaksstraff for brudd på revisjons- og regnskapslovgivningen ble det fremhevet at overtredelsen var grov blant annet fordi de mangelfulle regnskapene gjorde at personer i disse selskapene ble i stand til å begå svært omfattende bedragerier mot banker og andre kreditorer.³⁵³

I Rt. 2009 s. 1595 ble et slakteri ilagt foretaksstraff for feilføring av sauer. Her ble det først konstatert at handlingen måtte subsumeres under bestemmelsen om grovt brudd i (dagjeldende) dyrevernloven § 31 annet punktum, fordi *konsekvensene var så alvorlige*

³⁴⁹ NOU 1989: 11 s. 19 andre spalte og Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 21.

³⁵⁰ Se Ot.prp nr. 90 (2003–2004) s. 432 første spalte.

³⁵¹ Rt. 2012 s. 1312 (s. 1319).

³⁵² Rt. 2007 s. 1841 (avsnitt 36).

³⁵³ Rt. 2008 s. 996 (avsnitt 42).

i det ti dyr døde eller måtte avlives som følge av feilforingen. Dette medførte at forholdet også ble ansett som en grov overtredelse som talte for foretaksstraff etter straffeloven 1902 § 48 a bokstav b. At *stort skadepotensiale* er relevant fremgår for eksempel av Rt. 2010 s. 1608 hvor en turoperatør ble ilagt foretaksstraff etter en ulykke på et cruise på Svalbard. Flere passasjerer ble skadet etter at en isbre kalvet og forårsaket en bølge. Høyesterett fremhevet her som argument for foretaksstraff³⁵⁴

«... det store skadepotensialet som navigering så nær brefronten hadde. Som følge av kalvingen fra breen krenget skipet voldsomt, og vannmasser skyldte over dekk. Passasjerer kunne lett ha blitt feid overbord og det var ifølge lagmannsretten bare «tilfeldighet og hell at ingen ble mer alvorlig skadet eller omkom som følge av hendelsen».

Uttrykket «og om noen som har handlet på vegne av foretaket har utvist skyld» i straffeloven § 28 bokstav b ble tilføyd ved en lovendring i 2009.³⁵⁵ Begrunnelsen var å «vareta hensynene bak uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2) og SP artikkel 14 (2)».³⁵⁶ Tilføyelsen representerte først og fremst en presisering og ikke en endring av gjeldende rett. Forut for tilføyelsen om skyld for gjerningspersonen som opptrådte på vegne av foretaket, var det nemlig lagt til grunn at slik skyld inngikk i vurdering av «overtredelsens grovhet».³⁵⁷ Tilsvarende gjaldt også etter straffeloven 1902 § 48 b. Et eksempel på hvor skyldgraden ble utførlig fremhevet i vurderingen av overtredelsens grovhet er Rt. 2002 s. 1312 (på s. 1319–1320).

Som vist ovenfor i 7.5 følger det nå av EMDs storkammerdom i G.I.E.M-saken og HR-2021-797-A at straff krever skyld etter EMK artikkel 7, og at dette også gjelder for foretak. Det betyr at det må innfortolkes et skyldkrav for foretaksstraff i straffeloven § 27, i tillegg til at skyld har betydning for kan-skjønn.

³⁵⁴ Rt. 2010 s. 1608 (avsnitt 33).

³⁵⁵ Lov 19. juni 2009 nr. 74.

³⁵⁶ Ot. prp. nr. 22 (2008–2009) s. 397 andre spalte.

³⁵⁷ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 første spalte.

8.2.5 Hensynet til om lovbruddet fremmer foretakets interesser, jf. straffeloven § 28d

Etter straffeloven § 28 bokstav d skal det legges vekt på om «lovbruddet er begått for å fremme foretakets interesser». Ordlyden kan isolert sett forstås slik at det kreves at gjerningspersonen har hatt til *hensikt å begå et lovbrudd* som tjener foretakets interesse. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at dette ikke er meningen. Det er tilstrekkelig at hensikten *med handlingen* var å tjene foretakets interesser.³⁵⁸ Foretakets interesse kan typisk være økonomisk gevinst, for eksempel dersom salgssjefen i et leverandørselskap bestikker innkjøpsjefen hos kunden for å sikre en verdifull kontrakt for leverandørselskapet. Også mer indirekte økonomiske fordeler som for eksempel sparte kostnader gjennom «snarveier» ved underbemanning, utilstrekkelig sikring mot risiko for miljø, liv og helse faller innenfor. I forarbeidene fremheves også at foretakets interesser også kan være av ikke-økonomisk art, typisk ulike former for «good will».³⁵⁹ Om handlingen var motivert av å tjene foretakets interesse kan også ha betydning for rekkevidden av «på vegne av» vilkåret, jf. punkt 9.4.1.3.

8.2.6 Hensynet til om foretaket har hatt eller kunne ha oppnådd en fordel ved lovbruddet, jf. § 28 bokstav e

Om handlingen er begått for å fremme «foretakets interesser må videre sees i sammenheng med momentet i straffeloven § 28 bokstav e om «foretaket har hatt eller kunne ha oppnådd noen fordel ved lovbruddet». I praksis vurderes de to momentene i sammenheng. Det fremgår av ordlyden «kunne ha oppnådd» at det ikke er nødvendig at foretaket faktisk oppnådde en fordel. I forarbeidene er det presisert at «det er tilstrekkelig at lovbruddet etter sin art er egnet til å oppnå en fordel. Fordelen må ikke være av økonomisk karakter».³⁶⁰ Høyesterett har vektlagt dette momentet i flere avgjørelser. Et eksempel er Rt. 2013 s. 1025 som gjaldt foretaksstraff for korrupsjon

³⁵⁸ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 andre spalte.

³⁵⁹ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 andre spalte.

³⁶⁰ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 andre spalte.

ble det fremhevet at korrupsjonshandlingen var i foretakets interesse fordi det var viktig for selskapet å «få fotfeste innenfor vann- og avløpssektoren i Tanzania».³⁶¹ I Rt. 2011 s. 1738, hvor et rederi ble ilagt foretaksstraff for brudd på havressursloven i forbindelse med selfangst, ble det fremhevet at overtredelsene ble begått i foretakets interesse ved at handlingene var motivert av et «ønske om fangsteffektivitet og størst mulig kvantitativ fangst».³⁶²

I Rt. 2010 s. 1608 ble en turoperatør ilagt foretaksstraff etter en ulykke på Svalbard, hvor flere passasjerer på et cruise fartøy ble skadet som følge av en bølge etter kalving fra en isbre. Ulykken skjedde fordi skipet seilte for nær isbreen. I forbindelse med kan-skjønnen etter straffeloven 1902 § 48 b, anførte forsvarer at det ikke var i turoperatørens interesse å seile nær isbreen. Dette ble avvist av Høyesterett som viste til lagmannsrettens vurdering om at «det å gå nær brekanten fremmet selskapets interesser ved markedsføring på forhånd».³⁶³ På hjemmesiden ble det i logger fra tidligere turer fremhevet seiling nær brekanten for å kunne observere kalving fra breen på nært hold.

Også i Rt. 2007 s. 1841 ble hensynet til «foretakets interesse» vektlagt som argument for at foretaksstraff burde ilegges.³⁶⁴ Et flyselskap ble her idømt foretaksstraff for misbruk av en konkurrents forretnings- og bedriftshemmeligheter. I Rt. 2000 s. 2023 som gjaldt foretaksstraff mot en losjeforening for brudd på kulturminneloven gjennom riving av et bygg, la Høyesterett vekt på at lovbruddet ble begått for å ivareta losjens interesse og at losjen hadde oppnådd betydelig vinning.³⁶⁵ I Rt. 1998 s. 652 ble et avisforetak frifunnet for ulovlig bruk av en politiradio utført av en journalist. I vurderingen av kan-skjønnen vurderte Høyesterett at:³⁶⁶

³⁶¹ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 80).

³⁶² Rt. 2011 s. 1738 (avsnitt 38). Se også Rt. 2004 s. 1449 (avsnitt 44).

³⁶³ Rt. 2010 s. 1608 (avsnitt 30–31).

³⁶⁴ Rt. 2007 s. 1841 (avsnitt 36).

³⁶⁵ Rt. 2000 s. 2023 (på s. 2028).

³⁶⁶ Rt. 1998 s. 652 (på s. 654).

«[a]rbeidsmetodene til journalister og fotografer har normalt betydning for avisens kvalitet, og metodene kan ha betydning for avisens opplagstall og annonseinntekter. Overtredelsen er dermed begått «for å fremme foretakets interesser», jf. bokstav d. Men ved vektleggingen av dette momentet bør det tas et visst hensyn til at metodene også kan tjene generelle samfunnsinteresser ved at de har betydning for hvilke opplysninger som bringes til allmennhetens kunnskap».

I Rt. 1982 s. 878 ble et selskap frifunnet under dissens (3-2) for foretaksstraff etter en spesialhjemmel i tidligere arbeidsmiljølov ved at en byggeleder hadde satt en ungdom under 18 år til helkontinuerlig skiftarbeid. I forbindelse med kan-skjønnen uttalte flertallet:³⁶⁷

«Bedriften har ikke hatt noen fordel av overtredelsen. Jeg finner det også lite treffende å si at overtredelsen skjedde for å fremme bedriftens interesse – selv om B opptrådte i egenskap av anleggsleder for bedriften og utvilsomt ikke søkte egne fordeler. Det var tvert imot i strid med bedriftens interesse at arbeidsmiljølovens regler ikke ble fulgt.»

I lys av nyere dommer om foretaksstraff for brudd på arbeidsmiljøloven er jeg usikker på om selskapet ville blitt frifunnet om saken hadde kommet til vurdering i dag. Dersom betraktningen at det er i strid med bedriftens interesse at arbeidsmiljølovens regler ikke blir fulgt gis avgjørende betydning, vil det være vanskelig å idømme foretaksstraff for slike lovbrudd. Det er videre lett å tenke seg at bedriften ville ha indirekte fordeler av lovbruddet gjennom eventuelt redusert bemanning og kostnader.

Dersom lovbruddet blir begått i strid med instruks, kan dette etter omstendigheten medføre at lovbruddet anses som illojalt og ikke begått «på vegne av» foretaket, jf. 7.8.2.3 ovenfor. Instruksbrudd er imidlertid også relevant ved vurderingen av om foretaket bør straffes ved at instruksbruddet kan medføre at handlingen er i strid med foretakets interesse, jf. § 28 bokstav d eller at det viser at foretaket ikke kunne gjort mer for å forebygge overtredelsen, jf. § 28 bokstav c. Eksempler på avgjørelser hvor instruksbrudd har inngått i denne vurderingen er Rt. 1993 s. 459 (s. 462) og Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 44).

Høyesterett har i noen avgjørelser konkludert med at foretaksstraff bør ilegges til tross for at handlingene ikke har vært ansett for å tjene foretakets interesser. I Rt. 2015 s. 1504, som gjaldt foretaksstraff for brudd på arbeidsmiljøloven, vurderte flertallet at

³⁶⁷ Rt. 1982 s. 878 (s. 882).

foretaksstraff burde ilegges selv om den konkrete handlingen ikke kunne anses for å være begått i foretakets interesse.³⁶⁸ Tilsvarende vurderte Høyesterett i Rt. 2008 s. 996, hvor et revisjonsfirma ble ilagt foretaksstraff for en revisors omfattende brudd på regnskapsloven og revisorloven, at foretaksstraff burde ilegges til tross for at overtredelsene ikke kunne anses for å være begått i foretakets interesse.

8.2.7 Hensynet til foretakets økonomiske evne, jf. straffeloven § 28 bokstav f

Etter straffeloven § 28 bokstav f skal det legges vekt på «foretakets økonomiske evne». Dette momentet, særlig svak økonomi, vil normalt ha større betydning for straffutmålingen enn for vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges.³⁶⁹ I forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 b er nevnt som et typetilfelle på betydningen for om straff skal ilegges at:³⁷⁰

«foretaket er insolvent og det finnes en personlig, relativt velbemidlet og samtidig sentralt plassert ansvarlig for overtredelsen, for eksempel lederen eller eieren».

Samtidig presiseres i forarbeidene til straffeloven § 28 at momentet vil ha begrenset betydning dersom det først er en grov forbrytelse. Det er videre lagt til grunn at et morselskaps økonomi er relevant i vurderingen selv om lovbruddet er begått i datterselskapet.³⁷¹ Bestemmelsen i straffeprosessloven § 456 om avdragsvis betaling av bøtestraff vil også gjelde for foretaksstraff, og kan derfor gjøre det mindre betenkelig å reagere med foretaksstraff mot et selskap med dårlig likviditet.³⁷²

³⁶⁸ Rt. 2015 s. 1504 (avsnitt 44).

³⁶⁹ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 andre spalte og Rt. 2011 s. 1738 (avsnitt 39).

³⁷⁰ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 34–35.

³⁷¹ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 andre spalte og Rt. 1992 s. 19. Se også 10.3 nedenfor.

³⁷² Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 andre spalte.

8.2.8 Hensynet til andre reaksjoner, jf straffeloven § 28 bokstav g

Etter straffeloven § 28 bokstav g skal det videre legges vekt på «om andre reaksjoner som følge av lovbruddet blir ilagt foretaket eller noen som har handlet på vegne av det, blant annet om noen enkeltperson blir ilagt straff». På samme måte som når det gjelder foretakets økonomiske evne etter bokstav f er dette et moment som ikke er knyttet til selve den straffbare handling og foretakets involvering i denne, men til andre omstendigheter. Når det gjelder «andre reaksjoner» fremheves i forarbeidene at det primært er inndragning som er aktuelt.³⁷³ Rettspraksis viser likevel at påtalemyndigheten og domstolen ikke er fremmed for å reagere med *både* foretaksstraff og inndragning. Dette skyldes at de to sanksjonene tjener til dels ulike formål.³⁷⁴ I Rt. 1996 s. 624 uttalte Høyesterett følgende om samordningen mellom de to reaksjonsformene i en sak overtredelse av fiskerilovgivning:³⁷⁵

«Det kan reises spørsmål om hensiktsmessigheten av i tillegg til inndragning å utmåle foretaksstraff. Langt på vei vil det være de samme momenter som kommer inn i vurderingen av begge reaksjonsformer, og ved utmålingen må man se reaksjonene samlet. Man kan imidlertid si at foretaksstraff i noe høyere grad understreker det strafferettslige og det preventive moment i forhold til rederiene ...»

Selv om det idømmes både inndragning og foretaksstraff, vil inndragningens størrelse ha betydning for *utmålingen* av foretaksstraff. På samme måte som for det personlige straffansvaret, legges vekt på at den samlede reaksjonsfastsettelsen står i et rimelig forhold til lovbruddet, jf. straffeloven § 29 andre ledd.³⁷⁶ Også andre reaksjoner enn inndragning er relevante i vurderingen. I Rt. 2011 s. 1738, som gjaldt foretaksstraff for brudd på havressursloven i forbindelse med selfangst, kom Høyesterett til at det forhold at foretaket hadde blitt ilagt administrative sanksjoner, i form av midlertidig tilbakekall av ervervstillatelse, ikke var tilstrekkelig til å begrunne at foretaksstraff ikke

³⁷³ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 andre spalte.

³⁷⁴ Se 6.3.3.2 ovenfor.

³⁷⁵ Rt. 1996 s. 624 på s. 640. Tilsvarende synspunkt er fulgt i Rt. 1996 s. 1065 på s. 1067 og Rt. 2008 s. 598 (avsnitt 15).

³⁷⁶ Se for eksempel Rt. 2004 s. 1449 (avsnitt 44). Andre eksempler er Rt. 2000 s. 2023 som gjaldt foretaksstraff og inndragning for brudd på kulturminneloven og Rt. 1995 s. 1922 som gjaldt foretaksstraff og inndragning for brudd på prisloven

burde ilegges. Dette selv om tilbakekallet medførte betydelig inntektsbortfall. I Rt. 2013 s. 1025, som gjaldt foretaksstraff for medvirkning til korrupsjon, ble det vurdert hvilken betydning det skulle ha at en korrupsjonsdom er en avvisningsgrunn i offentlige anbudskonkurranser etter forskrift om offentlige anskaffelser. Etter ordlyden i dagjeldende forskrift § 11-10 første ledd bokstav e fremsto en korrupsjonsdom som en absolutt avvisningsgrunn i offentlige anbudskonkurranser. Det fremgikk imidlertid av departementets rundskriv til forskriften at avvisning bare var et *utgangspunkt*, og at rekkevidden av plikten til avvisning måtte tolkes i lys av forholdsmessighetsprinsippet. Det betød videre at hva som skulle til for ikke å bli avvist eller hvor lang en avvisning skulle gjelde var overlatt til oppdragsgiverens skjønn. Høyesteretts var enig med lagmannsretten i at risikoen for avvisning fra offentlige anbudskonkurranser som utgangspunkt må være uten betydning for vurderingen av foretaksstraff etter straffeloven 1902 § 48 b. En annen løsning:³⁷⁷

«vil lett kunne undergrave formålet med foretaksstraff, og føre til en utilsiktet forskjellsbehandling mellom leverandører som har en stor del av omsetningen fra det offentlige, og de som i hovedsak opererer i det private markedet.»

Flertallet ville likevel ikke helt utelukke at slik avvisning kunne føre til uforholdsmessige konsekvenser for selskaper som er ilagt foretaksstraff for korrupsjon, og at dette måtte tillegges vekt:³⁷⁸

«Det er vanskelig å avgjøre hvilken vekt hensynet til andre reaksjoner skal få for spørsmålet om foretaksstraff overhodet skal idømmes når det ennå er ukjent om slike reaksjoner vil bli besluttet etter anskaffelsesforskriften og i tilfellet hvilken varighet de vil ha. Det kan – til tross for det skjønn som innkjøpere i henhold til rundskrivet skal utvise med hensyn til avvisning – ikke utelukkes at slike beslutninger – i alle fall samlet sett – vil kunne føre til uforholdsmessige konsekvenser for selskap som har fått foretaksstraff på grunn av korrupsjon».

Flertallet la også til grunn at hensynet til «andre reaksjoner» også omfattet Verdensbankens utestengelse av selskapet.³⁷⁹

³⁷⁷ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 86–87).

³⁷⁸ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 90).

³⁷⁹ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 91).

Hensynet til «andre reaksjoner» kan i prinsippet også omfatte *erstatning* som er tilkjent skadelidte. I Rt. 2004 s. 1457 avviste Høyesterett at erstatningsansvaret hadde betydning for vurderingen av om foretaket skulle straffes, men erstatningsansvaret ble tillagt betydning for utmålingen av botens størrelse.³⁸⁰ I Rt. 2008 s. 996 som gjaldt foretaksstraff mot et revisjonsselskap for brudd på revisjons- og regnskapslovgivning, ble det i vurderingen av individualpreventive hensyn, jf. straffeloven 1902 § 48 b bokstav a, vektlagt at revisjonsselskapet, gjennom forsikringsdekning, hadde inngått forlik med en rekke finansinstitusjoner om erstatning. Dette bidro til at hensynet til individualprevensjon ikke talte for bruk av foretaksstraff.³⁸¹

Etter straffeloven § 28 bokstav g er det ikke bare andre reaksjoner mot foretaket som er relevant, men også om det er ilagt straff eller andre reaksjoner mot gjerningspersoner som har opptrådt «på vegne av» foretaket. Etter omstendighetene kan det at enkeltpersoner er ilagt straffansvar tale *mot* at det også skal ilegges foretaksstraff. Dette har sammenheng med foretaksstraffen etter sin preventive begrunnelse skal motvirke ansvarspulverisering, typisk dersom det er begått lovbrudd i virksomheten, men det ikke er mulig å identifisere en ansvarlig gjerningsperson (anonyme feil). Hvis foretaket er det eneste aktuelle ansvarssubjekt eller det ikke er aktuelt å holde en enkeltperson ansvarlig, vil dette tale sterkt for at foretaket straffes.³⁸² Et eksempel på dette er Rt. 2009 s. 1595 hvor det ble fremhevet at «det ikke er andre det er nærliggende å pålegge ansvar for lovbruddet. I en sak som denne, hvor bruddet beror på systemsvikt, er det foretaket som er det naturlige ansvarssubjektet».³⁸³ Motsatt, hvis det er klart hvem som har begått overtredelsen, og denne blir holdt ansvarlig, kan det hevdes at behovet for å reagere med foretaksstraff dermed blir mindre. I forarbeidene fremheves for eksempel at ved vurderingen av om et medieforetak skal ilegges straff, er det grunn

³⁸⁰ Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 26).

³⁸¹ Rt. 2008 s. 996 (avsnitt 29). Selskapet ble likevel idømt foretaksstraff.

³⁸² Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432–433, jf. s. 242–243.

³⁸³ Rt. 2009 s. 1595 (avsnitt 33).

til å ta i betraktning om ansvarlig redaktør kan holdes strafferettslig ansvarlig. Hvis redaktøren kan straffes, vil dette tale mot foretaksstraff.³⁸⁴

I Rt. 2013 s. 1025, som gjaldt foretaksstraff for medvirkning til korrupsjon, la flertallet – i begrunnelsen for å frifinne etter kan-skjønnets – vekt på at den ansatte som hadde begått korrupsjonshandlingen på vegne av foretaket ble straffet. Mindretallet som ville frifinne med en noe annen begrunnelse, fremhevet dette enda tydeligere:³⁸⁵

«Det ville vore lite heldig om det ikkje var nokon å gjere ansvarleg, fordi ansvaret var pulverisert eller fordi det ikkje let seg gjere å finne nokon personleg ansvarleg. I dette tilfellet var det ein klart ansvarleg, som også er domfelt for handlingane sine. A vart såleis av tingretten dømd til ei straff av fengsel i seks månader, av dette 60 dagar på vilkår»

På den andre siden, viser Rt. 2008 s. 996 at dersom lovbruddet er begått av personer i ledende posisjoner, vil et personlig straffansvar mot disse ikke være et avgjørende moment mot at foretaksstraff ilegges:³⁸⁶

«Et av formålene med foretaksstraff er å unngå pulverisering av ansvar, ved at straff kan anvendes ved kumulative og anonyme feil. I vår sak er en av foretakets medarbeidere straffedømt, og etter bokstav g i oppregningen skal det legges vekt på dette. Som en mer generell innvending mot foretaksstraff for revisjonsforetak har det vært vist til revisorlovens system med ansvarlig revisor, noe som innebærer at man ved brudd på revisorloven regelmessig vil ha en person å knytte ansvaret til. Heller ikke dette momentet kan være avgjørende mot at foretaksstraff ilegges. I denne forbindelse nevner jeg at i vår sak er den ansvarlige, C, en person som, ved siden av å være partner, hadde en overordnet stilling i selskapet. Han var leder av selskapets bank-/finansgruppe, som totalt utgjorde ca. 30 ansatte, og var dessuten leder av revisjonsteamet for Finance Credit-gruppen. Han hadde således en betydelig posisjon i selskapet, noe som er egnet til å trekke i retning av foretaksstraff.»

Flertallet i Rt. 2004 s. 1457 som gjaldt foretaksstraff mot en politisk ungdomsorganisasjon understreker videre at det ikke er slik at foretaksstraff bare skal anvendes der det ikke finnes eller er aktuelt å holde en enkeltperson ansvarlig:³⁸⁷

«Det er riktig som forsvareren har påpekt, at det i Ot.prp.nr.27 (1990–1991), punkt 2.3 er uttalt at straffansvar for foretak «er av supplerende karakter» i forhold til det personlige straffansvaret. Denne uttalelse kan imidlertid ikke forstås slik at det er et vilkår for å ilegge foretaksstraff at de personlig ansvarlige blir straffet, og at foretaksstraff bare kan anvendes dersom straffeforfølgning av de personlig ansvarlige ikke gir tilstrekkelig preventiv effekt. Hovedbegrunnelsen for

³⁸⁴ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 433 første spalte.

³⁸⁵ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 118).

³⁸⁶ Rt. 2008 s. 996 (avsnitt 40).

³⁸⁷ Rt. 2004 s. 1457 (avsnitt 23).

foretaksstraff er at man ved å straffe foretaket i tillegg til de personlig ansvarlige, styrker straffebudenes preventive effekt ved at man unngår «ansvarspulverisering» og foretakene får et incitament til å hindre at lovbrudd blir begått, se nærmere Matningsdal/Bratholm, op. cit. sidene 392-393. Foretaksstraff må imidlertid også kunne anvendes i tilfeller hvor handlingen har en slik tilknytning til foretaket at det er foretaket som peker seg ut som det naturlige ansvarssubjekt eller det av andre grunner vil være urimelig å legge ansvaret på noen enkeltperson, jf. Matningsdal/Bratholm, op. cit. side 393. Dette kan ikke bare gjelde i tilfeller hvor lovbruddet har funnet sted i foretakets interesse, men også hvor det er foretakets ledelse eller styrende organer som har tatt initiativ til og/eller står bak lovbruddet. Som tidligere nevnt, vil foretaksstraff i slike tilfeller være særlig sterkt legislativt begrunnet»

Også i Rt. 1982 s. 878 ble det i begrunnelsen for å frita foretaket for straff etter kanskjønnet vektlagt at det var klart hvem som kunne holdes ansvarlig. I lys av at overtredelsen ble ansett for å være beskjeden, talte dette mot foretaksstraff:³⁸⁸

«I foreliggende sak er det på det rene hvem som innenfor bedriften må holdes ansvarlig for at kontrollrutinen var for lettvin. Den konkrete overtredelse av arbeidsmiljøloven som fant sted, var beskjeden.»

8.2.9 Hensynet til internasjonale forpliktelser, jf. straffeloven § 28 bokstav h

Etter straffeloven § 28 bokstav h skal det også legges *vekt på om «om overenskomst med fremmed stat forutsetter bruk av foretaksstraff»*. Denne bestemmelsen er ny sammenlignet med straffeloven 1902 § 48 a. Departementet vurderte det slik at det fakultative foretaksansvaret var i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, men fant grunn til å synliggjøre at dette også er et moment i vurderingen.³⁸⁹ Også ikke-bindende bestemmelser i internasjonale instrumenter og bestemmelser som bare forplikter statene til å gi adgang til å straffe foretak skal tas i betraktning.³⁹⁰

8.2.10 Andre momenter enn de som er listet i loven

Det er klart at listen over momenter i straffeloven § 28 ikke er uttømmende. Dette kommer til uttrykk ved at det innledningsvis heter at det «*blant annet*» skal tas hensyn til momentene som er opplistet. I den parallelle bestemmelsen i straffeloven 1902 § 48

³⁸⁸ Rt. 1982 s. 878 på s. 882.

³⁸⁹ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 244 andre spalte, jf. s. 433 første spalte.

³⁹⁰ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 433 første spalte.

b ble det fremhevet at det «særlig» skulle legges vekt på de lovfestede momentene. Dette understreket at listen inneholder de viktigste momentene i kan-skjønnnet. Forarbeidene gir ingen grunn til å anta at justeringen av ordlyden fra «særlig» i straffeloven § 48 b til «blant annet» i § 28 betyr en realitetsendring.³⁹¹

Et moment som i den forbindelse er relevant er i hvilken grad foretaket har gjennomført *tiltak for å forhindre at tilsvarende lovbrudd skjer igjen* («self cleaning»). Dette ble tillagt betydning i Rt. 2013 s. 1025 som gjaldt foretaksstraff for medvirkning til korrupsjon. Her uttalte flertallet:³⁹²

«Ved helhetsvurderingen legger jeg også vekt på at Norconsult ifølge lagmannsretten har foretatt flere tiltak for å forhindre korrupsjon. Blant annet er det vedtatt nye retningslinjer hvor korrupsjon er behandlet og det er gjort organisatoriske tiltak»

Videre må det være relevant å legge vekt på *selvrapportering* til myndighetene og bidrag til sakens opplysning gjennom for eksempel fremleggelse av interne granskningsrapporter. At dette kan gi grunnlag for en «tilståelsesrabatt» under *straffutmålingen* følger direkte av straffeloven § 78 bokstav f hvor et formildende moment ved straffutmålingen er at «lovbryteren har avgitt en uforbeholden tilståelse, eller i vesentlig grad bidratt til oppklaring av andre lovbrudd». Forarbeidene til straffeloven § 28 presiserer at denne og de øvrige alminnelige straffutmålingsprinsipper også gjelder i relasjon til foretaksstraff.³⁹³

Rettspraksis viser videre at hvilken *type virksomhet* det er tale om å straffe har betydning. Høyesterett har i den forbindelse særlig gitt uttrykk for at det må utvises varsomhet med bruk av straff overfor *medieforetak* ved lovbrudd som begås i forbindelse med reportasjevirksomhet. Dette på grunn av medienes særlige stilling i samfunnet; hensynet til ytringsfrihet og medienes arbeidsvilkår. Førstvoterende i Rt. 2001 s. 1379, hvor Stavanger Aftenblad ble frifunnet for straff for en journalists

³⁹¹ Se Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 432 første spalte.

³⁹² Se Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 95).

³⁹³ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 433 første spalte. Se nærmere om dette i **Error! Reference source not found.** nedenfor.

ulovlige kjøp av ecstasy i forbindelse med en avisartikkel om narkotikaproblemer i Stavanger, uttrykte dette slik:³⁹⁴

«Når eg alt i alt og under slik tvil er komen til at det her ikkje er føremålstenleg å nytte føretaksstraff mot Stavanger Aftenblad, er dette med grunnlag i den særlege stillinga som media har i samfunnet. I ei slik skjønsvurdering må det vere rett å leggje vekt på omsynet til vern av yringsfridommen og med det også på arbeidskåra til media. Aviser og andre media har viktige oppgåver i å opplyse og setje under drøfting ulike sider ved samfunnet. Omsetning og bruk av narkotika representerer eit stort samfunnsproblem, og media har ei oppgåve i å avdekkje og synleggjere dette. Det er grunn til å leggje vekt på at dette blir gjort i samfunnets interesse.»

Et annet moment som er relevant for vurderingen av om foretaket skal straffes, er *strukturelle endringer* i foretaket gjennom fusjon, fisjon, overdragelse av virksomhet e.l. Selv om slike endringer etter en vurdering av vilkårene for foretaksstraff ikke er utelukket, vil foretaket etter omstendighetene kunne frifinnes etter kan-skjønnets. Departementet uttaler følgende om dette i forarbeidene:³⁹⁵

«Strukturelle endringer i foretaket, som nye eiere, ny ledelse, fisjoner eller fusjoner, kan tale for at foretaket ikke bør straffes, selv om endringene ikke er av en slik art at foretaksstraff er utelukket, se merknadene til § 27. Hvis for eksempel en ny ledelse har iverksatt tiltak for å hindre nye lovbrudd, er det mulig at foretaksstraff ikke bør benyttes. Hensiktsmessigheten av bruk av straff ved strukturelle endringer må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.»

Det finnes spor av dette synspunktet i Høyesterettspraksis. I Rt. 2002 s. 1722, som gjaldt foretaksstraff for brudd på arbeidsmiljøloven mot en matbutikk, hvor det hadde skjedd en rekke transaksjoner etter lovbruddet var begått, kom Høyesterett til at vilkårene for foretaksstraff likevel var oppfylt. Lagmannsrettens dom ble opphevet. Uten at det var nødvendig for resultatet, presiserte Høyesterett:

«Slik tilhøva er i denne saka, kan det ikkje ha vekt at det har kome til andre eigarar og ei anna leiing og eventuelt ein betre internkontroll. For ordens skuld minner eg om at straffelova § 48 a er ein kan-regel, og at det ikkje utan vidare er slik at det skal reagerast med føretaksstraff dersom vilkåra er til stades. Denne kan-vurderinga må likevel liggje til den retten som skal behandle sjølve spørsmålet om brot på føresegnene i arbeidsmiljølova»

Det kan videre være aktuelt å legge vekt på likhetshensyn og om det foreligger gjentagelse.³⁹⁶

³⁹⁴ Se Rt. 2001 s. 1379 (på s. 1382). Se også Rt. 1998 s. 652, Rt. 2001 s. 837 og Rt. 2009 s. 1079

³⁹⁵ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 433 første spalte.

³⁹⁶ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 35 andre spalte, Rt. 2011 s. 1738 (avsnitt 41) og Rt. 1996 s. 1065 (på s. 1067).

8.3 Vurdering og anbefaling

Foretaksstraffens fakultative karakter skal fungere som en motvekt til den vidtrekkende generelle hjemmelen for foretaksstraff i straffeloven.³⁹⁷ Samtidig viser utformingen av straffeloven § 28 og rettspraksis knyttet til denne at kan-skjønnnet beror på en bred og konkret vurdering hvor påtalemyndigheten og domstolen står nokså fritt til å velge løsning. Med noen unntak, er det ingen presumsjon for å ilegge straff, og det kreves heller ikke særlige grunner for å frifinne. Likevel er inntrykket fra rettspraksis at terskelen for frifinnelse etter kan-skjønnnet er nokså høy.

Til tross for at en slik regel kan bidra til å sikre rimelige resultater i konkrete tilfeller, har et slikt system på strafferettens område klare uheldige sider. Kan-skjønnnet bidrar for det første til en relativisering av foretaksstraffen som «visker ut» grensen mellom straffbare og straffrie handlinger. Legalitetsprinsippets klarhetskrav og hensynet til forutberegnelighet krever at det skal være mulig på forhånd å orientere seg i loven om denne grensen. Dette blir vanskelig når påtalemyndigheten og domstolen i hver enkelt sak har en vid, generell og skjønnsmessig kompetanse til å avgjøre spørsmålet om domfellelse eller frifinnelse (eller henleggelse). Hovedvekten i vurderingen av foretaksstraff blir i praksis ofte lagt til kan-skjønnnet. Konsekvensen er at det er utfordrende å trekke opp yttergrensene for ansvaret. Når ansvaret i så stor grad overlates til konkret skjønn, oppstår også fare for rettsulikhet.

Et eksempel som illustrerer uklarheten, er betydningen av gjerningspersonens skyld. Vilåret om at gjerningspersonen måtte oppfylle skyldkravet som gjaldt etter straffeloven 1902 § 48 a ble ikke videreført i straffeloven § 27, men i stedet lagt til kan-skjønnnet etter § 28, jf. § 28 bokstav b. I lys av skyldprinsippets sentrale funksjon i strafferetten, er det svært uheldig at det reduseres fra en vilkårsregel til et moment i en helhetsvurdering. Selv om det følger av HR-2021-797-A at det likevel må innfortolkes

³⁹⁷ Se Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s 22.

et skyldkrav for foretaksstraff for å unngå motstrid med EMK artikkel 7, vil skyldgraden like fullt *også* ha betydning for kan-skjønnnet.

Et annet eksempel på den uklare grensen for straffansvar for foretak er betydningen av organisatoriske tiltak for å forhindre lovbrudd, inkludert instruksbrudd. Hvis gjerningspersonens handling er i strid med en instruks, kan dette etter omstendighetene medføre at lovbruddet ikke anses begått «på vegne av» foretaket.³⁹⁸ Rettspraksis viser at det skal en god del til før instruksbrudd fører til straffrihet på dette grunnlaget. Det sentrale vurderingstemaet er om lovbruddet – i lys av instruksbruddet – var *påregnelig*. Påregnelighetsvurderingen påvirkes samtidig av hvilke (andre) organisatoriske tiltak foretaket har implementert for å forhindre lovbrudd. Dette er imidlertid også en del av kan-skjønnnet, jf. straffeloven § 28 bokstav c. I Rt. 1993 s. 459 kom Høyesterett til at en ansatt sjåfør som unnlot å fortolle datautstyr i strid med en konkret instruks om å gjøre dette, likevel måtte anses for å ha opptrådt «på vegne av» foretaket. Høyesterett kom til at forholdet ikke var «utpreget illojalt» som lå utenfor det foretaket kunne ha forutsett. Foretaket ble likevel frifunnet etter kan-skjønnnet, særlig fordi foretaket *«hadde gjort alt det kunne for å sikre korrekt behandling ved utlevering av tollpapirer og instruks om tollklarering, en instruks man måtte kunne regne med at ville bli fulgt»*. Det er ikke helt lett å forene denne begrunnelsen med hvordan Høyesterett vurderte «på vegne av» vilkåret.

Rt. 2013 s. 1025 kan også tjene som eksempel på hvordan kan-skjønnnet bidrar til å viske ut eller skape uklarhet om grunnvilkårene for straffansvar for foretak. Saken gjaldt foretaksstraff for medvirkning til korrupsjon. Medvirkningshandlingen ble begått av en ansatt som opptrådte «på vegne av» foretaket. Under kan-skjønnnet var et sentralt spørsmål *«om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet»*, jf. straffeloven § 28 bokstav c. Flertallet la i den forbindelse til grunn etter en gjennomgang av tidligere avgjørelser *«at foretaksstraffen også rammer der handlingen som sådan er begått på et*

³⁹⁸ Se 7.8.2.3 ovenfor.

*underordnet nivå, men der foretakets ledelse kan bebreides for ikke å ha truffet tiltak som kunne ha forebygget hendelsen».*³⁹⁹ Mindretallet var langt på vei enig i denne betraktningen.⁴⁰⁰ Isolert sett, kan denne uttalelsen tas til inntekt for at Høyesterett mener det er et vilkår for foretaksstraff for underordnedes ansattes lovbrudd at ledelsen har utvist skyld. Som nevnt ovenfor er dette neppe meningen, og heller ikke i samsvar med tidligere avgjørelser som uttrykkelig har avvist at det gjelder et vilkår om lederskyld.⁴⁰¹ Poenget i denne sammenheng er at dette viser at kan-skjønn bidrar til klarhet om grensene for ansvaret.

En annen innvending mot foretaksstraffens fakultative karakter er at den skaper en (unødvendig) risiko for *rettsulikhet* ved at tilfeller som burde vært behandlet likt, behandles ulikt, fordi det fort vil være opp til de(n) enkelte dommere og påtaleansvarliges individuelle skjønn å vurdere grensen mellom domfellelse og frifinnelse. Slik regelen er i dag, er det i den forbindelse vanskelig å trekke ut mer faste retningslinjer for skjønn fra Høyesterettspraksis.

Et tredje argument for å fjerne kan-skjønn er at de hensyn og retningslinjer som inngår i vurderingen etter straffeloven § 28 og rettspraksis kan ivaretas enten gjennom vilkårene for foretaksstraff, regelen om straffutmålingsfravall i straffeloven § 61, påtalemyndighetens påtalekompetanse eller straffutmålingen.

I den forbindelse vises til at «straffens preventive virkning», jf. § 28 bokstav a for det første er knyttet til hvilke typer straffebud det er tale om. I praksis er det imidlertid neppe noe stort behov for et fakultativt foretaksansvar for å avgrense mot bestemte typer straffbare handlinger. Tilknytningskravet «i foretakets virksomhet» (evt. «på vegne av») representerer en naturlig avgrensning mot straffebud det ikke er naturlig å straffe foretaket for. Dermed er det også vanskelig å se at det er et stort behov for kan-

³⁹⁹ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 49).

⁴⁰⁰ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 110).

⁴⁰¹ Rt. 2007 s. 1684 (avsnitt 36–38).

skjønnnet som en motvekt mot en generell hjemmel for foretaksstraff – slik det opprinnelig ble anført som begrunnelse for regelen.

Hensynet til «straffens preventive virkning» blir også gjerne vurdert opp mot om noen i ledelsen har vært involvert i lovbruddet – og vurderingen er nær knyttet til momentet i straffeloven § 28 bokstav c «*om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet*». Jeg er enig i at dette er sentralt for vurderingen av foretaksstraff, men som anbefalt i 9 nedenfor bør dette momentet i stedet reguleres som et ledd i vilkårene for foretaksstraff.

Når det gjelder hensynet til overtredelsens grovhet, jf. straffeloven § 28 bokstav b er dette mer relevant for straffutmålingen. Dersom strafferammen i straffebudet er 2 år eller lavere, har påtalemyndigheten også kompetanse til å unnlate å påtale forholdet «hvis ikke allmenne hensyn tilsier påtale», jf. straffeprosessloven § 62a. Denne bestemmelsen må også kunne anvendes ved foretaksstraff. I vurderingen av om allmenne hensyn tilsier påtale skal det legges vekt på «overtredelsens grovhet», jf. straffeprosessloven § 62a andre ledd. Dette innebærer at påtalemyndigheten har mulighet til å «sile» beskjedne lovbrudd. Hensynet til om noen som har opptrådt på vegne av foretaket «har utvist skyld», jf. straffeloven § 28 bokstav b bør etter min oppfatning ivaretas gjennom at skyldkravet for foretaksstraff gjeninnføres, jf. 7.5.7.2 ovenfor. Hensynet til om handlingen er begått for å fremme «foretakets interesser» eller om foretaket «kunne ha oppnådd noen fordel ved lovbruddet», jf. straffeloven § 28 bokstav d og e er begge momenter som er relevante for og som derfor naturlig dekkes av vilkåret om tilknytning mellom foretaket og den straffbare handling.

Momentene i straffeloven § 28 f) – h) er hensyn som ikke knytter seg til den straffbare handling. Når det gjelder hensynet til «foretakets økonomi», jf. bokstav f er dette allerede etter gjeldende rett viktigst for straffutmålingen, og det er etter min mening beskjedent behov for et fakultativt foretaksansvar for å ivareta dette hensynet. Hensynet til om overenskomst med fremmed stat forutsetter bruk av foretaksstraff er tatt inn som en påminnelse og gjør seg først og fremst gjeldende som en begrensning

for frifinnelse etter kan-skjønn. Dersom foretaksansvaret gjøres obligatorisk, er hensynet ivaretatt.

Når det gjelder hensynet til «andre reaksjoner» og konsekvenser av foretaksstraff, jf. § 28 bokstav g, typisk utestengelse fra offentlige anbudskonkurranser eller andre potensielle oppdragsgivere, brukte Høyesterett dette som et nokså sentralt argument mot å ilegge foretaksstraff i Rt. 2013 s. 1025 som gjaldt ansvar for medvirkning til korrupsjon. Som flertallet i Høyesterett er inne på, skaper imidlertid en frifinnelse med en slik begrunnelse en risiko for å undergrave slike utestengelsesmekanismer. Etter min mening bør dette hensynet ivaretas på andre måter enn gjennom et fakultativt straffansvar, først og fremst ved reaksjonsfastsettelsen.

Hensynet til om enkeltpersoner, særlig den eller de som har opptrådt «på vegne av» foretaket, er ilagt straffansvar, griper inn i et sentralt ledd i begrunnelsen for foretaksstraff – nemlig hensynet til å styrke straffebudets preventive effekt sammenlignet med det som kan oppnås gjennom et personlig straffansvar.⁴⁰² Dette hensynet kan etter omstendighetene tilsi at det ikke er behov for foretaksstraff i tilfeller hvor lovbruddet er begått av enkeltpersoner som er identifisert og ilagt ansvar.⁴⁰³ Denne vurderingen bør imidlertid etter min oppfatning inngå som ledd i *påtalevurderingen*. Etter dagens system vil en slik vurdering kunne inngå i spørsmålet om «allmenne hensyn» krever påtale etter straffeprosessloven § 62a. Denne bestemmelse gjelder imidlertid som nevnt bare ved straffebud som har en strafferamme på 2 år eller mindre. Slik jeg ser det, vil behovet for å unnlate forfølgning av foretaket også utover dette kunne forankres i en ulovfestet henleggelseskompetanse.⁴⁰⁴ Straffeprosesslovutvalget har for øvrig foreslått å fjerne begrensningen i straffeprosessloven § 62a om strafferamme på 2 år eller mindre.⁴⁰⁵

⁴⁰² Se 6.2 ovenfor.

⁴⁰³ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 433 første spalte og Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 96 og 118).

⁴⁰⁴ Se Kjelby, *Påtalerett* s. 125 og **Error! Reference source not found.** nedenfor.

⁴⁰⁵ NOU 2016: 24 s 360–361.

Når det gjelder andre momenter enn de som er listet opp i loven, særlig hvor lang tid etterforskningen har tatt, betydningen av selvrapporing og om foretaket har iverksatt tiltak for å rette opp og unngå gjentakelser, mener jeg at dette er hensyn som bør ha sitt viktigste nedslagsfelt for reaksjonsfastsettelsen. I den grad det er behov for at slike hensyn bør føre til at foretaket ikke holdes ansvarlig, bør dette gjøres gjennom unnlattelse av å reise påtale etter straffeprosessloven § 62 a, eventuelt gjennom henleggelse. Når det særlig gjelder foretaksstraff mot medieforetak i forbindelse med reportasjevirkosomhet,⁴⁰⁶ bør et eventuelt behov for særlige restriksjoner i bruk av foretaksstraff etter min oppfatning heller reguleres som en særskilt straffrihetsgrunn i spesiallovgivningen enn som ledd i kan-skjønnen. Det eksisterer i dag ingen slik særskilt straffrihetsgrunn for journalisters straffbare handlinger, og jeg stiller meg noe tvilende til medieforetak bør ha større vern enn personlig ansvarlige journalister. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

Endelig skal påpekes at risikoen for relativisering av straffansvaret, risikoen for å viske ut grensen mellom straffrie og straffbare handlinger, det betenkelige i å gi domstolen så vid diskresjonær kompetanse til å avgjøre rekkevidden av straffansvaret, og faren for rettsulikhet, også stod sentralt i diskusjonen om et forslag om en generell straffritaksregel for personlig straffansvar som ble lansert i forarbeidene til straffeloven. Straffelovkommisjonen foreslo allerede i NOU 1992: 23 en generell straffritaksgrunn for personlig straffansvar som ligner kan-skjønnen med den vesentlige forskjell at terskelen etter ordlyden var høyere. Vilåret var at det måtte foreligge «helt særegne omstendigheter tilsier at det fritas for straff», jf. utkast § 86 andre ledd.⁴⁰⁷ Begrunnelsen for forslaget var at bestemmelsen kunne «virke som et korrektiv til påtalemyndigheten dersom det er reist sak hvor dette ikke burde vært gjort».⁴⁰⁸ Forutsetningen var videre at slikt straffritak bare skulle brukes i unntakstilfeller. Domskonklusjonen skulle være «frifinnelse». Spørsmålet ble vurdert på nytt av

⁴⁰⁶ Se Rt. 1998 s. 652, Rt. 2001 s. 837, Rt. 2001 s. 1379 og Rt. 2009 s. 1079.

⁴⁰⁷ NOU 1992: 23 s. 214–215 og s. 286.

⁴⁰⁸ NOU 1992: 23 s. 214.

Straffelovkommisjonen i NOU 2002: 4. Flertallet i kommisjonen gikk denne gang imot forslaget.⁴⁰⁹ Begrunnelsen var at en slik regel ville kunne bidra til å viske ut grensen mellom straffbare og straffrie handlinger og at det var prinsipielt betenkelig å gi domstolen en slik diskresjonær kompetanse. Flertallet mente også at behovet for korrektiv til påtalemyndigheten kunne ivaretas gjennom regelen om straffutmålingsutsettelse. Endelig viste flertallet til at selv om regelen bare skulle gjelde i unntakstilfelle, ville den kunne redusere forutsigbarheten av domstolenes avgjørelser og skape rettsulikhet. Departementet var enig med flertallet og påpekte «at det er et viktig hensyn ikke å viske ut grensen mellom straffbare og straffrie handlinger».⁴¹⁰ I stedet foreslo departementet regelen om frafallelse av straffutmåling, jf. straffeloven § 61.

I høringsrunden i forbindelse med straffelovkommisjonens utredning, uttalte Administrasjonsdepartementet at forslaget om en generell straffritaksregel for fysiske personer også burde gjelde foretak, og dermed erstatte kan-skjønnnet. Straffelovkommisjonen avviste dette på grunn av et retts teknisk behov for å holde bestemmelsene atskilt, særlig fordi forslaget vedrørende fysiske personer skulle være snevrere:⁴¹¹

«Utgangspunktet ved foretaksstraff er at det kreves en særskilt vurdering med hensyn til om foretaket skal straffes eller ikke, og påtalemyndigheten og domstolene står relativt fritt til å velge den ene eller andre løsningen. Adgangen til straffritak etter utk § 3-16 er langt snevrere. Utgangspunktet der er at det skal særlige grunner til for å fritas for straff. Dette tilsier at reglene holdes atskilt. I tillegg anser kommisjonen det hensiktsmessig at alle de sentrale reglene om foretaksstraffen er samlet i utk kap 4»

Etter min oppfatning er det vanskelig å se gode grunner til at det skal gjøres forskjell mellom personlig straffansvar og foretaksstraff på dette punktet. Det avgjørende argumentet for departementet – at en generell straffritaksgrunn som leder til frifinnelse vil bidra til å viske ut grensen mellom straffbare og straffrie handlinger – gjør seg enda

⁴⁰⁹ NOU 2002: 4 s. 233–234.

⁴¹⁰ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 110 første spalte.

⁴¹¹ NOU 2002: 4 s. 233.

sterkere gjeldende i relasjon til foretaksstraffens fakultative karakter. Dette fordi kan-skjønnet er helt generelt og ikke en sikkerhetsventil som bare skal brukes i unntakstilfeller. Det er heller ingenting i veien for å anvende regelen om straffutmålingsfravall i straffeloven § 61 på foretak. Den har ingen praktisk funksjon ved siden av kan-skjønnet etter gjeldende rett, men dersom foretaksstraffens fakultative karakter ikke videreføres, vil bestemmelsen kunne tjene som en sikkerhetsventil på samme måte som i relasjon til det personlige straffansvaret.⁴¹²

På denne bakgrunn og i lys av forslagene om å gjeninnføre skyldkravet samt innføre et tilleggsvilkår om systemsvikt, er min anbefaling å ta ut det fakultative skjønnet fra straffeloven § 27 og § 28. Konsekvensene for momentene i straffeloven § 28 i relasjon til straffutmålingen, kommer jeg tilbake til i 10 nedenfor.

Når det gjelder administrative foretakssanksjoner er disse også ofte fakultative. Betenkelighetene er etter min oppfatning mindre her, og jeg mener at ileggelse av slike sanksjoner fortsatt normalt bør bero på et hensiktsmessighetsskjønn.⁴¹³

9 HVILKEN BETYDNING BØR FOREBYGGENDE TILTAK HA FOR FORETAKSSTRAFF?

9.1 Innledning

Et sentralt ledd i foretaksstraffens begrunnelse er at trusselen om straff skal fungere som et insentiv til å motvirke lovbrudd i virksomheten gjennom *systematiske* tiltak som organisering, opplæring, retningslinjer, prosedyrer, tilsyn og kontroll. Dette peker mot at når vi taler om et foretaks aktiviteter og handlinger, sikter vi ikke bare til enkeltpersoners – eller summen av enkeltpersoners – individuelle handlinger. Vi sikter

⁴¹² Se 10.6 nedenfor.

⁴¹³ Tilsvarende Jahre i *Feskrift Busch* s. 399–400.

også til foretaket forstått som et *system* av regler og praksis som de individuelle handlingene inngår i. Dette kan betegnes som foretakenes system for «selvregulering» av atferd.

Det er til syvende og sist fysiske personer som både utformer og vedlikeholder foretakets systemer. Det vil typisk være et *ledelsesansvar*. For aksjeselskaper er dette lovfestet. Aksjeloven § 6-12 (1) slår i den forbindelse fast at (min understrekning) «*[f]orvaltningen av selskapet hører under styret. Styret skal sørge for forsvarlig organisering av virksomheten*». Videre heter det i § 6-12 (2) at styret «*kan også fastsette retningslinjer for virksomheten*». Videre skal styret etter § 6-12 (3) «*påse at dets virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende kontroll*». Styret har også ansvar for å «*føre tilsyn med den daglige ledelse og selskapets virksomhet for øvrig*», jf. § 6-13 (1), og kan også iverksette «*de undersøkelser det finner nødvendig for å kunne utføre sine oppgaver*». I praksis vil den nærmere implementering av organisasjon, retningslinjer, prosedyrer, tilsyn og kontroll ofte bli delegert til daglig leder og eventuelt øvrig ledelse. Norsk lovgivning inneholder videre en rekke regulatoriske krav til foretakets internkontroll for å forhindre skade. Et typisk eksempel er arbeidsmiljøloven § 3-1 som stiller krav til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, med den tilhørende internkontrollforskriften.⁴¹⁴ Dette er krav som i seg selv er straffesanksjonerte, jf. for eksempel arbeidsmiljøloven § 19-1.

Spørsmålene er da hvilken betydning selskapers internsystemer for å forhindre lovbrudd bør ha for foretaksstraff, om dette er tilfredsstillende regulert i straffeloven § 27 og § 28, eller om loven bør endres på dette punkt. I vurderingen av dette problemkomplekset skal jeg først kort oppsummere hvilken betydning forebyggende tiltak har for foretaksansvaret etter gjeldende rett samt gi en komparativ oversikt over hvordan spørsmålet er regulert i andre land. Deretter skal jeg vurdere hvilken betydning

⁴¹⁴ FOR-1996-12-06-1127.

internsystemer bør spille for ansvaret og alternative måter å regulere dette spørsmålet på, før jeg gir min anbefaling.

9.2 Gjeldende rett

Etter gjeldende rett tillegges foretakets tiltak for å forhindre lovbrudd betydning i tre relasjoner. For det første er slike tiltak direkte regulert som et sentralt moment i den fakultative vurderingen av om et foretak bør straffes etter kan-skjønn og straffutmålingen, jf. straffeloven § 28 bokstav a. Som redegjort for i 8.2.3 ovenfor, er dette momentet sammen med «straffens preventive virkning», jf. § 28 bokstav a, ofte det mest sentrale i domstolens vurdering av om straff skal ilegges.

For det andre er forebyggende tiltak relevant i vurderingen av «på vegne av» vilkåret i straffeloven § 27. Som vist ovenfor i 7.8.2.3 inneholder vilkåret «på vegne av» en avgrensning mot handlinger som ligger utenfor hva som er rimelig å regne med for foretaket. I Rt. 2007 s. 1684 (Technoterm), som gjaldt ulovlig forurensning begått av en ansatt som hadde brutt interne instruksjoner, la Høyesterett i påregnelighetsvurderingen uttrykkelig vekt på hvilke organisatoriske tiltak foretaket hadde implementert i form av opplæring, instruksjon, retningslinjer, tilsyn og kontroll. Dette er også i samsvar med anbefalingen fra Den nordiske strafferettskomité, som allerede i 1986 anbefalte at:⁴¹⁵

«... et straffansvar för företaget givetvis inte skall kunna komma i fråga när den begångna gärningen kan betecknas som helt atypisk eller totalt opåräknad i förhållande till företagets verksamhet. Den sist angivna huvudprincipen innebär emellertid å andra sidan att företaget i allmänhet bör kunna åläggas ansvar så snart det finns anledning förutsätta att företaget – genom en med hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter mer ändamålsenlig organisation eller övervakning av verksamheten – borde ha kunnat förhindra eller i varje fall påtagligt reducera risken för den aktuella normöverträdelsen.»

For det tredje kan det reises spørsmål om avgrensningen mot «hendelige uhell» og «force majeure», som departementet har gitt uttrykk for i forarbeidene, inneholder en

⁴¹⁵ Jf. NU 1986: 2 s. 46.

selvstendig avgrensning mot ansvar for lovbrudd som ikke kunne vært forhindret gjennom organisatoriske tiltak. Som fremholdt i 7.4.2.2, er den nærmere rekkevidden av denne uttalelsen ikke prøvd for domstolene, og det er tvilsomt om den i det hele tatt er et korrekt uttrykk for gjeldende rett.

9.3 Fremmed rett

I dansk rett er systematiske tiltak som kunne ha forhindret lovbruddet inntatt som et alternativt *skyldkrav* for foretaksstraff. Dette følger av at dansk straffelov § 27 bestemmer at skyldkravet enten kan oppfylles av «en eller flere til den juridiske person knyttede personer» eller «den juridiske person som sådan». Sistnevnte alternativ dekker manglende organisatoriske tiltak som kunne ha forhindret lovbruddet.⁴¹⁶ Dette skyldkravet kan bare anvendes på straffebed som har uaktsomhet som skyldkrav. I dansk rett er også reist spørsmål om det gjelder en egen objektiv straffrihetsgrunn for foretak i form av en umulighetsreservasjon. Det vil i så fall si at dersom det er begått et lovbrudd i virksomheten og gjerningspersonen oppfyller skyldkravet, vil foretaket likevel ikke bli ansvarlig om lovbruddet ikke kunne vært forhindret gjennom organisatoriske tiltak. En slik regel har noe støtte i forarbeidene til den danske bestemmelsen om foretaksstraff, men det er tvilsomt om den har særlig gjennomslagskraft i praksis.

Etter svensk rett er regelen for «företagsbot» at det stilles et tilleggskrav om at «näringsidkaren inte har gjort vad som skäligen kunnat krävas för at förebygga brottsligheten», jf. Brottsbalken 36 kap. 7 § nr. 1.⁴¹⁷ Regelen gjelder imidlertid ikke om lovbruddet er begått av en person i en ledende stilling eller med særskilt tilsynsansvar, jf. 7 § nr. 2 og 3. Finsk rett inneholder en lignende regel som i svensk rett. Dersom lovbruddet er begått av en underordnet stilles tilleggskrav om enten

⁴¹⁶ Se 7.8.1.2 ovenfor og Høivik, *Foretaksstraff* s. 131–135 med videre henvisninger.

⁴¹⁷ Se 7.8.1.4 ovenfor og Høivik, *Foretaksstraff* s. 142–143 med videre henvisninger.

ledelsesmedvirkning eller «om i den juridiske personens virksomhet inte har iakttagits den omsorg och försiktighet som krävs för att förebygga brottet», jf. Strafflagen 9. kap 2 § første ledd.⁴¹⁸ Det tyske systemet for administrativ sanksjon mot foretak etter OWiG § 30 krever som utgangspunkt at lovbruddet er begått av ledelsen.⁴¹⁹ OWiG § 130 inneholder imidlertid en praktisk viktig særbestemmelse om ansvar for en innehaver av en virksomhet dersom denne har forsømt å implementere tiltak for å forhindre straffbare lovbrudd. Innehaveren vil normalt oppfylle ledelseskravet i OWiG § 30 og følgelig vil denne forsømmelsen etter omstendigheten gi grunnlag for ansvar for foretaket etter OWiG § 30.⁴²⁰

I USA er utgangspunktet at organisatoriske tiltak for å forhindre lovbrudd ikke har betydning for om et foretak skal ilegges straff eller ikke. Dette vil imidlertid kunne ha betydning for påtalemyndighetens vurdering av om forholdet skal strafforfølges, innholdet av fremforhandlede «forlik» mellom påtalemyndighet og foretak, valg av straffesanksjon og utmåling av bøtestraff.⁴²¹ I England er også utgangspunktet at organisatoriske tiltak for å forhindre lovbrudd ikke har betydning for om ansvar skal ilegges.⁴²² Dette må imidlertid forstås i lys av utgangspunktet i engelsk rett om at foretaksstraff krever at lovbruddet er begått av ledelsen. I spesiallovgivningen finnes imidlertid unntak. Regelen i UK Bribery Act om foretaksstraff for unnlattelse av å forhindre korrupsjon begått i virksomheten er et eksempel på dette.

⁴¹⁸ Se 7.8.1.3 og Høivik, *Foretaksstraff* s. 139–140 med videre henvisninger.

⁴¹⁹ Se 7.8.1.5 ovenfor.

⁴²⁰ Se Høivik, *Foretaksstraff* s. 145–146 med videre henvisninger.

⁴²¹ Se 7.8.1.7 ovenfor og Høivik, *Foretaksstraff* s. 161–163.

⁴²² Se 7.8.1.6 ovenfor og Høivik, *Foretaksstraff* s. 151–157 med videre henvisninger.

9.4 Vurdering og anbefaling

9.4.1 Overordnede hensyn

At kjernen i foretaksstraffens preventive formål er å påvirke foretakets egne systemer for å motvirke lovbrudd, tilsier at innretningen av slike systemer bør tillegges nokså sentral betydning for foretaksansvaret. Dersom et foretak har implementert en forsvarlig organisasjon, forsvarlige rutiner for ansettelse, opplæring, retningslinjer, tilsyn og kontroll, og det likevel begås et lovbrudd i virksomheten, slår ikke foretaksstraffens kjernebegrunnelse alltid til. Til støtte for dette er også at hensynet til å motvirke *ansvarspulverisering* gjennom delegasjon, arbeidsdeling og kunnskapsspredning ikke gjør seg gjeldende (i samme grad) dersom internkontrollsystemene er forsvarlige. Dessuten, og i lys av at straff impliserer klander – kan det hevdes at *klander* mot foretak ofte er knyttet til svikt i foretakets systemer – og ikke nødvendigvis bare til enkeltpersoners handlinger.⁴²³

En annen grunn til å tillegge internsystemer en sentral betydning for foretaksansvaret er fremveksten av internasjonale anbefalinger og retningslinjer for ansvarlig næringsvirksomhet. Slike anbefalinger gir blant annet anvisning på hvordan foretak bør innrette sine systemer for å bekjempe bestemte typer kriminalitet eller lovbrudd. Retningslinjene er ofte et resultat av samarbeid mellom nasjonalstater om kriminalitetsbekjempelse. På antikorrupsjonsområdet er «*Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business*» som er utarbeidet i samarbeid mellom OECD, FN og Verdensbanken et typisk eksempel på dette.⁴²⁴ Et annet eksempel er «*Business Principles for Countering Bribery – A multi-stakeholder initiative led by Transparency International*».⁴²⁵ Tilsvarende er det utviklet lignende anbefalinger til foretak for å motvirke andre former for uetisk eller kriminell atferd. Et eksempel er *OECD*,

⁴²³ Se 6.5 ovenfor.

⁴²⁴ <https://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>

⁴²⁵ https://www.transparency.org/whatwedo/publication/business_principles_for_countering_bribery

*Retningslinjer for flernasjonale selskaper.*⁴²⁶ Innenfor menneskerettigheter har FN utviklet *Guiding Principles on Business and Human Rights.*⁴²⁷

Slike anbefalinger er ikke i seg selv juridisk bindende rettsregler som foretak er forpliktet til å følge og som kan håndheves av nasjonale myndigheter. Retningslinjene skal anses som anbefalinger og tjene som hjelp for aktørene i næringslivet når de skal utvikle sine internkontrollsystemer. Ofte blir de betegnet som «soft law instruments».⁴²⁸ Retningslinjene bidrar til å fastlegge innholdet i en effektiv standard for ansvarlig atferd og dermed *forsvarlig virksomhet*. Utviklingen og bruk av slike retningslinjer for ansvarlig virksomhet som ledd i kriminalitetsbekjempelsen tilsier at foretakenes bruk og etterlevelse av dem tillegges betydning for foretaksstraffens utstrekning.

En mulig negativ konsekvens av å tillegge forebyggende tiltak betydning for straffansvaret er risikoen for at dette kan bidra til å svekke foretaksstraffens preventive effekt. Faren er at oppmerksomheten i foretakene vil være rettet mot å oppfylle minimumskrav til forsvarlige rutiner snarere enn å forhindre lovbrudd. Et straffansvar for foretaket uavhengig av kvaliteten på internsystemene og gjerningspersonens etterlevelse av interne retningslinjer og instruksjoner kan hevdes å gi selskapene et bedre insentiv til kontinuerlig tilsyn og forbedring av systemene for å forhindre lovbrudd.⁴²⁹ Jeg er uenig i dette synspunktet. For det første er det klart at ingen internsystemer vil kunne forhindre ethvert lovbrudd. Det kan anføres at ansvaret vil kunne virke mot sin preventive hensikt dersom et foretak holdes ansvarlig for lovbrudd som begås i virksomheten i et tilfelle hvor det er ingenting å utsette på kvaliteten på forebyggende

⁴²⁶https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/handelspolitikk/occd/kontaktpunktet/occd_retningslinjer_no.pdf

⁴²⁷ [GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf \(ohchr.org\)](#)

⁴²⁸ Se for eksempel Europarådets oversikt over tilnærming til antikorrupsjon og anti-hvitvasking: <https://www.coe.int/en/web/corruption/approach>

⁴²⁹ I denne retning, Rt. 2008 s. 996 (avsnitt 36), jf. 8.2.3 ovenfor. .

tiltak. Risikoen er at foretakene ikke vil ha tilstrekkelig insentiv til å bruke ressurser på å optimalisere forebyggende tiltak når slike tiltak ikke gir beskyttelse mot ansvar. Som det amerikanske Department of Justice («DOJ») og Security and Exchange Commission («SEC») har uttalt i tilknytning til systemer som skal forebygge korrupsjon («compliance programs»):⁴³⁰

«[A] company's failure to prevent every single violation does not necessarily mean that a particular company's compliance program was not generally effective. DOJ and SEC understand that «no compliance program can prevent all criminal activity by a corporation's employees. »

En annen innvending mot å tillegge forebyggende tiltak sentral betydning, er at kvaliteten på foretakets internsystemer for å motvirke lovbrudd kan være et nokså komplisert bevisstema. Kvaliteten vil dels bero på dokumenterbare formelle retningslinjer, instruksjer og prosedyrer. Det kan imidlertid være stor forskjell på innholdet i den skriftlige dokumentasjon og hvordan internsystemet fungerer i praksis. For å klarlegge hvordan systemet virker i praksis, vil det kunne være nødvendig med kompliserte og omfattende undersøkelser og bevisføring om et foretaks «indre liv». I kombinasjon med de strenge beviskravene i strafferetten, kan dette føre til at det blir uforholdsmessig vanskelig å bevise at foretaket ikke har tatt alle rimelige forholdsregler. Denne innvendingen er etter min oppfatning relevant, men samtidig viser praksis om kan-skjønn at påtalemyndigheten og domstolene synes i stand til å håndtere dette spørsmålet også.⁴³¹ Fremveksten av bransjepraksis og internasjonale retningslinjer for innholdet i effektive internkontrollsystemer bidrar også til å gjøre det lettere å håndtere dette bevisstemaet.

En tredje innvending, som særlig gjelder dersom forebyggende tiltak innføres som en selvstendig straffrihetsgrunn, er at det kan hevdes at en slik regel bryter med strukturen i de norske reglene om foretaksstraff. Den norske straffebestemmelsen bygger på et representasjonsansvar hvor foretaket identifiseres med en fysisk gjerningspersons straffbare handling. Den foreslåtte straffrihetsgrunnen kan forstås som et krav om

⁴³⁰ *FCPA Resource Guide 2020* s. 57.

⁴³¹ Se 8.2.3 ovenfor.

systemsvikt – som systematisk bygger på en annen konstruksjon. Motforestillingen er etter min oppfatning ikke holdbar. Representasjonsansvaret i straffeloven § 27 og § 28 er for det første ikke frikoblet fra et organisasjonsansvar etter gjeldende rett. En hovedbegrunnelse for regelen er å forebygge lovbrudd gjennom *systematiske tiltak*. Videre er systemsvikt et sentralt ledd i kan-skjønnen etter § 28 bokstav c. Representasjonsansvaret og organisasjonsansvaret reflekterer i sin rene form to perspektiver på foretak som fenomen. Å kombinere vilkårene for et representasjonsansvar med et vilkår om systemsvikt gjør derfor ansvaret etter min oppfatning mer fullstendig – eller mer presist.

Jeg mener på denne bakgrunn at forebyggende tiltak bør ha en sentral betydning for foretaksansvaret. Spørsmålet er om dagens regulering av dette spørsmålet er hensiktsmessig, eller om det er behov for lovendring.

9.4.2 Er dagens regulering hensiktsmessig?

Selv om forebyggende tiltak har en viss betydning for vurderingen av «på vegne av» vilkåret, har forebyggende tiltak primært betydning for kan-skjønnen og straffutmålingen, jf. straffeloven § 28 bokstav b, og dermed også for påtalemyndighetens kompetanse til å ta ut tiltale. Dette systemet ligner det som følger av amerikansk føderal strafferett, for eksempel under FCPA. En styrke ved dagens system kan hevdes å være fleksibiliteten som ligger i at forebyggende tiltak inngår i en større helhetsvurdering av behovet for straff i det konkrete tilfellet. Denne fleksibiliteten kan bidra til å sikre hensynet til å oppnå et rimelig resultat i det konkrete tilfellet. Siden vurderingen av om de forebyggende tiltakene er forsvarlige eller tilstrekkelige etter sin natur er av skjønnsmessig karakter, kan det være mer treffsikkert å vurdere dem i en større sammenheng sammen med andre faktorer, slik systemet er etter straffeloven § 28.

Den samme fleksibiliteten utgjør samtidig en grunnleggende svakhet ved dagens system: Når forebyggende tiltak primært inngår i domstolens generelle og vide kan-

skjønn blir det nokså uklart hvor stor vekt dette sentrale momentet har i vurderingen av om foretaket skal frifinnes eller ikke. Etter høyesterettspraksis synes terskelen for frifinnelse å svært høy, noe som kan indikere at forebyggende tiltak i praksis har liten betydning for grensen for straffbarhet. Det er imidlertid ikke lett å spore en klar linje når vurderingen er så bred og konkret. Uklarheten forsterkes av at forebyggende tiltak *også* spiller en viss rolle på vilkårssiden i vurderingen av «på vegne av». På strafferettens område krever legalitetsprinsippets klarhetskrav at betydningen av et sentralt element som dette bør være tydeligere. Til dette kommer at fremveksten av «soft law» instrumenter myntet på organisatoriske tiltak for å motvirke lovbrudd (compliance programmer), tilsier at forebyggende tiltak gis en mer fremskutt posisjon. Endelig vises til at jeg ovenfor har anbefalt å fjerne foretaksstraffens fakultative karakter nettopp fordi det skaper uklarhet om foretaksstraffens rekkevidde. Dersom denne anbefalingen følges, men uten ny regulering, vil det i realiteten føre til at betydningen av forebyggende tiltak reduseres til straffutmålingen, og eventuelt gjennom utøvelsen av påtalemyndighetens påtalekompetanse.

Etter min oppfatning er dette utilfredsstillende. Det er et behov for å gi forebyggende tiltak en fremskutt posisjon for rekkevidden av foretaksansvaret, og klarhetskravet tilsier at dette bør reguleres som ledd i vilkårene for foretaksstraff. Jeg har i den forbindelse vurdert to alternative reguleringsmåter:

Alternativ 1: Presisere i loven at forebyggende tiltak skal tillegges betydning i vurderingen av den funksjonelle tilknytningen mellom foretaket og den straffbare handling.

Alternativ 2: Innføre forebyggende tiltak som en selvstendig straffrihetsgrunn for foretaksstraff.

9.4.3 Reglueringsalternativ 1: Presisering av at forebyggende tiltak skal tillegges betydning i kravet til funksjonell tilknytning

En presisering av at forebyggende tiltak skal tillegges betydning i vurderingen av tilknytningskravet kan for eksempel reguleres slik:

«I vurderingen av om handlingen er begått i foretakets virksomhet, skal det hensyntas om foretaket har truffet alle rimelige forholdsregler for å unngå overtredelsen».

Sammenlignet med gjeldende rett, vil denne regelen innebære at betydningen av forebyggende tiltak får en mer fremskutt posisjon på vilkårssiden for foretaksstraff. Ved at dette momentet spesifiseres i lovteksten er meningen å signalisere at kvaliteten på forebyggende tiltak skal tillegges en sentral betydning for terskelen for hvilke handlinger som anses begått i foretakets virksomhet. Den nærmere grensen må domstolen utvikle, men ved at vurderingen innpasses i tilknytningsvilkåret og presiseres i lovteksten, vil domstolen kunne utvikle klarere grenser enn hva tilfellet er i dag.

Sammenlignet med gjeldende rett, vil det funksjonelle tilknytningskravet endre noe karakter. Etter gjeldende rett inngår et krav om påregnelighet i denne vurderingen, tilsvarende som i arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven § 2-1. Dette innebærer at overtredelsen ikke er begått «på vegne av» foretaket dersom gjerningspersonen har «gått utover det som er rimelig å regne med» fra foretakets ståsted. I denne påregnelighetsvurderingen er hvilke forebyggende tiltak og kontroll foretaket har iverksatt relevant å ta hensyn til, men det spiller en nokså tilbaketrasket rolle i vurderingen.⁴³² Ved å fremheve i lovteksten at det skal tas hensyn til forebyggende tiltak, er meningen å erstatte vurderingstemaet i dette momentet fra en «framoverskuende» påregnelighetsvurdering til et mer «tilbakeskuende» perspektiv hvor kjernen vil være hvor langt foretaket kunne ha forebygget overtredelsen. Om lovbruddet var påregnelig vil fortsatt være relevant, men da som ledd i vurderingen av hvilke forholdsregler det var rimelig å kreve av foretaket å implementere for å forhindre det.

Særlig i tilfeller hvor det foreligger instruksbrudd, vil endringen innebære at det blir større rom for å ta hensyn til om selskapet kunne ha forhindre lovbruddet. Det er fortsatt relevant om instruksbruddet er «illojalt», men det sentrale vil være om instruksene sammen med andre tiltak medfører at foretaket har tatt alle rimelige

⁴³² Se 7.8.2.3 ovenfor.

forholdsregler for å forhindre lovbruddet. Et mulig eksempel på en sak som ville måtte vurderes annerledes etter forslaget til ny regulering er Rt. 1993 s. 59, hvor Høyesterett kom til at en sjåførs unnlatelse av å fortolle datautstyr i strid med konkret instruks var begått «på vegne av» foretaket han var ansatt i fordi instruksbruddet ikke var «utpreget illojalt».⁴³³ I stedet ble foretaket frifunnet etter kan-skjønn, blant annet fordi det «hadde gjort alt det kunne for å sikre korrekt behandling ved utlevering av tollpapirer og instruks om tollklarering».⁴³⁴ Med forslaget til ny regulering, vil resultatet i en tilsvarende sak fort bli at sjåføren ikke anses for å ha opptrådt «på vegne av» foretaket.

9.4.4 Reguleringsalternativ 2: Forebyggende tiltak som selvstendig straffrihetsgrunn

En alternativ regulering er å introdusere forebyggende tiltak som en særskilt straffrihetsgrunn for foretak i straffeloven § 27. Alternativet forutsetter at kan-skjønn fjernes. Regelen kan for eksempel formuleres slik:

«Foretaket straffes likevel bare dersom det kunne ha forebygget den straffbare handlingen ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak»

Dette er ikke helt nytt. Som vist ovenfor gir forarbeidene uttrykk for at det allerede eksisterer et unntak for foretaksansvaret for «hendelige uhell og force majeure» som skal fange opp tilfeller hvor foretaket har gjort det det kunne for å forhindre lovbruddet. Men rettskildegrunnlaget for denne regelen er tynt, og regelen har ikke vært brukt. I tillegg mener jeg at å innta en reservasjon for «hendelige uhell og force majeure» i lovteksten ikke treffer godt. Begrepene gir lite veiledning for det sentrale vurderingstemaet som er om foretaket har gjort nok for å forhindre lovbruddet.

Siden bevisstemaet berører et foretaks indre liv og kultur, som det kan være vanskelig for påtalemyndighet og domstol å trenge inn i,⁴³⁵ kan det vurderes å innføre en regel

⁴³³ Rt. 1993 s. 459 (på s. 461).

⁴³⁴ Rt. 1993 s. 459 (på s. 462).

⁴³⁵ Se 9.4.1 ovenfor.

om omvendt bevisbyrde for denne straffrihetsgrunnen. Det er foretaket som er nærmest til å kaste lys over hvilke forebyggende tiltak som er gjort for å unngå overtredelsen. Dette er systemet for «adequate procedure defence» UK Bribery Act section 9.⁴³⁶ Det er også regelen etter skadeserstatningsloven § 1-6 om arbeidsgiveransvaret for korrupsjon. Forslaget kan da omformuleres for eksempel slik (min utheving og understrekning):

«Foretaket straffes likevel bare dersom det påviser at det ikke kunne ha forebygget den straffbare handlingen ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak»

En mulig innvending mot en regel om omvendt bevisbyrde er at det bryter med det grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp om at påtalemyndigheten har bevisbyrden som vil være uvanlig i norsk strafferett. Det kan også reises spørsmål med om en slik regel vil være forenlig med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6. Til dette er for det første å si at selv om regler om omvendt bevisbyrde ikke er vanlig i straffeloven, inneholdt straffeloven tidligere en slik bestemmelse i § 269 for redaktører i tilknytning til straffansvaret for innholdet i trykt skrift eller kringkastingssending. Her het det at straff ikke kommer «*til anvendelse på den som godtgjør at det ikke kan legges ham noe til last med hensyn til kontroll med innholdet eller tilsyn eller rettleiding eller instruks for hans stedfortreder, medarbeidere eller underordnede*». Bestemmelsen ble opphevet ved lov 29. mai 2020 nr. 59, og ble i stedet videreført i justert språkdrakt i medieansvarsloven § 9 andre ledd. Siden regelen er begrenset til en spesiell straffrihetsgrunn som gir foretaket ikke bare en plikt, men også en rett til å føre bevis for sin uskyld, er regelen etter min mening forenlig med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6.

Siden forebyggende tiltak typisk er et ledelsesansvar, bør denne rettstridsreservasjonen ikke gjelde dersom den straffbare handlingen i foretaket er begått av en person i ledende stilling. En mulig innvending mot at regelen ikke skal gjelde i slike tilfeller er at regelen blir mer komplisert og at den skaper nye avgrensingsproblemer. Etter min oppfatning er dette ingen avgjørende innvending. Kjernen i avgrensningen vil være

⁴³⁶ Se 19.14.4.6 nedenfor.

om gjerningspersonens posisjon og oppgaver har en ledelsesfunksjon som omfatter ansvar for å forhindre lovbrudd i virksomheten. Som det fremgår av forslaget til ny regel, mener jeg videre at det ikke er behov for å presisere avgrensningen i lovteksten.

9.4.5 Anbefaling

Etter min oppfatning er det en bedre løsning å innføre en særskilt rettsstridsreservasjon for forebyggende tiltak (Alternativ 2) enn en presisering av at slike tiltak skal inngå i vurderingen av tilknytningskravet (Alternativ 1). At tilknytningskravet og en slik straffrihetsgrunn er kumulative vilkår vil gjennom praksis på en bedre måte bidra til rettsavklaring og dermed forutberegnelighet om betydningen av forebyggende tiltak som grense for straffansvaret. Siden jeg mener at eksisterende bestemmelser om *fakultative* administrative foretakssanksjoner bør videreføres, mener jeg at tilvarende rettsstridsreservasjon ikke er nødvendig ved slike sanksjoner.

10 STRAFFREAKSJONER MOT FORETAK

10.1 Innledning - oversikt

Den sentrale straffereaksjonen mot foretak er bot, jf. straffeloven § 27 tredje ledd. Av samme bestemmelse følger at foretak også kan idømmes «inndragning» etter straffeloven kapittel 13 og «fradømmes retten til å utøve virksomheten eller forbys å utøve den i visse former, jf. § 56», det vil si rettighetstap. Andre straffereaksjoner i etter straffeloven § 29 og § 30, typisk fengsel, forvaring og ungdomsstraff er etter sin karakter bare anvendelige på fysiske personer. Med utgangspunkt i Grunnloven § 96 er systemet og den generelle arbeidsfordelingen mellom lovgiver og domstol ved straffutmålingen at lovgiver fastsetter reaksjonsformene, jf. straffeloven §§ 29–30, og den generelle strafferammen for overtredelse av et straffebud, mens den konkrete straffutmålingen i hver sak beror på domstolens skjønnsmessige vurdering. Høyesteretts rolle er i den forbindelse å «normere skjønnnet og derigjennom styre

praksis i de underordnede domstolene».⁴³⁷ Tradisjonelt har norsk straffelovgivning ikke regulert retningslinjer for den konkrete straffutmålingen i særlig grad. Den tidligere straffeloven 1902 inneholdt svært få slike retningslinjer. Dette ble endret i straffeloven hvor det i § 77 – § 84 er innført fellesregler for straffutmålingen inkludert oppstilling av skjerpende og formildende omstendigheter, jf. §§ 77 og 78.

For utmåling av bøtestraff er slike retningslinjer i loven likevel ikke fullstendig nytt. Straffeloven § 53 andre ledd om utmåling av bøtestraff viderefører langt på vei straffeloven 1902 § 27. Straffeloven § 28 om momenter som både skal gjelde for kan-skjønn og straffutmålingen ved foretaksstraff viderefører straffeloven 1902 § 48 a. Men i motsetning til det som gjelder for fengselsstraff, er det ikke fastsatt egne strafferammer for bøtestraff verken generelt eller for foretaksstraff spesielt. Opprinnelig fastsatte straffeloven 1902 minimums- og maksimumsstraffer for bøtestrafen. De ble imidlertid opphevet i 1946 med den begrunnelse at slike grenser kom i strid med § 27 om at bøtestrafen skulle utmåles under hensyn til lovbrysterens økonomiske evne.⁴³⁸ Innenfor disse nokså generelle og vide rammene, er det domstolens oppgave å fastsette straffen i hver enkelt sak. Det betyr at domstolen har stor innflytelse på straffutmålingen gjennom et vidt domstolsskjønn.

10.2 Statistikk

Siden den generelle hjemmelen for foretaksstraff i straffeloven 1902 § 48 a trådte i kraft den 15. oktober 1991, har Høyesterett behandlet 89 straffesaker mot foretak.⁴³⁹ Antallet dekker ikke bare materielle vilkår for straff, kan-skjønn og utmåling, men også prosessuelle spørsmål og erstatning i anledning av forfølgning. Det utgjorde i overkant av 1 % av det totale antall straffesaker i Høyesterett i samme periode som var 8368.

⁴³⁷ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet forbrytelse og straff* s. 608.

⁴³⁸ Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 53 punkt 2.

⁴³⁹ Lovdata Pro, Avansert Søk, HRSTR, Lovhenvisning: «LOV-1902-05-22-10-§48 a, LOV-2005-05-20-28-§27», Dato: 15.10.1991 – 13.05.2021.

Antall *Høyesterettsdommer* om foretaksstraff i samme periode er 39, noe som utgjør i underkant av 1,5 % av det totale antall Høyesterettsdommer i straffesaker i perioden på 2672. Ser vi på tiårsperioden fra 1. januar 2010 til 31. desember 2019 behandlet Høyesterett 34 straffesaker som involverte foretak.⁴⁴⁰ Det utgjorde 1,6 % av det totale antall straffesaker i samme periode som var 2124. Høyesterett behandlet bare spørsmål knyttet til utmåling av bøtestraff i 10 av disse sakene. Høyesterett avsa totalt 15 dommer mot foretak i denne perioden. Dette utgjorde 2,4 % av totalt antall straffedommer i perioden som var 625.

Statistisk sentralbyrås («SSBs») statistikker over ilagte straffereaksjoner viser at de aller fleste straffesaker mot foretak blir avgjort av påtalemyndigheten gjennom *forelegg*. Foretak er riktignok ikke oppgitt som egen kategori i SSBs statistikker, men det opplyses at «[r]eaksjonstypene som normalt gis foretak er forelegg, bot ved dom eller betinget påtaleunntatelse. Omfanget av foretak kan fra og med årgang 2011 identifiseres i kategorien uoppgitt alder og kjønn i statistikken for disse type reaksjoner.»⁴⁴¹ De tre reaksjonsformene som normalt ilegges foretak fordeler seg slik i perioden 2011-2019:⁴⁴²

Straffereaksjoner mot foretak											
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Totalt	
Betinget påtaleunntatelse	2	3	4	5	6	3	4	4	5	36	
Forelegg	336	624	658	651	512	447	512	501	527	4768	
Bot ved dom	13	16	25	12	16	10	11	19	12	134	
Totalt	351	643	687	668	534	460	527	524	544	4938	

Antall forelegg inkluderer *ikke* forenklet forelegg. Forholdet mellom forelegg og bot ved dom er mest interessant. Det varierer noe fra år til år, men i perioden 2011-2019 ble i underkant av 97 % av alle bøtestraffer mot foretak avgjort med forelegg og bare

⁴⁴⁰ Lovdata Pro, Avansert Søk, HRSTR, Lovhenvisning: «LOV-1902-05-22-10-§48 a, LOV-2005-05-20-28-§27», Dato: 01.01.2010 – 31.12.2019.

⁴⁴¹ Se fotnote til tabell 10623: <https://www.ssb.no/statbank/table/10623>

⁴⁴² SSB tabell 10623: <https://www.ssb.no/statbank/table/10623>

3 % ved dom. Forholdet mellom antall straffereaksjoner mot foretak og det totale antall straffereaksjoner i samme perioder fordeler seg slik:⁴⁴³

Forholdet mellom straffereaksjoner mot foretak og total antall											
		2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Totalt
Betinget påtaleunntatelse	Foretak	2	3	4	5	6	3	4	4	5	36
	I alt	2716	2349	3208	3303	3477	3261	3675	3992	4188	30169
Forelegg	Foretak	336	624	658	651	512	447	512	501	527	4768
	I alt	55525	54606	55385	52868	53922	50586	46199	43382	40654	453127
Bot ved dom	Foretak	13	16	25	12	16	10	11	19	12	134
	I alt	1985	1699	1698	1545	1734	1796	1649	1495	1581	15182
Samfunnsstraff	I alt	2521	2349	2427	2155	2032	1944	1873	1830	1882	19013
Betinget fengsel	I alt	6161	5731	6074	5334	5735	5474	4832	4590	4599	48530
Ubetinget fengsel	I alt	10341	9993	11676	10555	10868	10556	9216	8885	8628	90718
Særreaksjon/ annen type reaksjon	I alt	66	56	45	67	93	109	122	127	138	823
Total	Foretak	351	643	687	668	534	460	527	524	544	4394
	I alt	79315	76783	80513	75827	77861	73726	67566	64301	62209	658101

Oversikten viser at i perioden 2011-2019 utgjorde straffereaksjoner mot foretak 0,67 % av det totale antall straffereaksjoner.

10.3 Bot

10.3.1 Gjeldende rett

Bot kan idømmes selv om straffebudet bare gir anvisning på en fengselsstraff. Subsidiær fengselsstraff fastsettes naturlig nok ikke, jf. straffeloven § 55 tredje ledd. Ved utmåling av foretaksstraff gjelder momentene i straffeloven § 28, som også er de mest aktuelle utmålingsmomentene. I tillegg gjelder de alminnelige prinsippene for straffutmåling.⁴⁴⁴ Det betyr at fellesreglene for reaksjonsfastsettelsen i straffeloven

⁴⁴³ SSB tabell 10623: <https://www.ssb.no/statbank/table/10623> (Forenklede forelegg er ikke inkludert i min oversikt).

⁴⁴⁴ Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) s. 433 første spalte.

kapittel 14 får anvendelse så langt de passer. Straffeloven § 53 andre ledd bestemmer at ved utmåling av bøtestraff:

«...skal det ved siden av slike forhold som i alminnelighet tillegges vekt ved straffutmålingen, legges vekt på lovbrøtters inntekt, formue, forsørgelsesbyrde, gjeldsbyrde og andre forhold som påvirker den økonomiske evnen. Ved utmåling av bot overfor et foretak gjelder § 28.»

Referansen til straffeloven § 28 innebærer at § 53 andre ledd har liten selvstendig betydning ved utmåling av bøtestraff mot foretak. Straffeloven gir ingen hjemmel for å ilagge foretak betinget bot. Etter § 53 tredje ledd kan retten gjøre boten betinget dersom «lovbrøtteren var under 18 år på handlingstidspunktet». Denne regelen kan naturlig nok ikke anvendes på foretak.

Siden straffeloven ikke inneholder kvantitative rammer for bøtestrafen, er domstolsskjønnet videre for bøtestraff enn fengselsstraff. En ytre grense følger av grunnloven § 96 tredje ledd som fastsetter at ingen kan «dømmes til å avstå fast eiendom eller samlet formue, med mindre verdiene er benyttet til eller er utbytte fra en straffbar handling». For noen forbrytelser har Høyesterett utviklet en viss standardisering av bøtestrafen. Eksempler på dette er skattesvik og overtredelser av tolloven.⁴⁴⁵ Ved utmåling av bot mot foretak inneholder Høyesterettspraksis dessuten ansatser til bruk av kvantitative rammer gjennom henvisning til foretakets konkrete omsetning og resultater. I HR-2016-2507-A ble for eksempel et oppdrettsselskap ilagt en bot på kr 6 millioner for brudd på reguleringslovgivning ved at det ble oppgitt bevisst uriktig informasjon om antall lakselus i anleggene. Ved utmålingen vektla Høyesterett selskapets økonomiske evne, jf. straffeloven § 28 bokstav f. Her viste Høyesterett både til omsetningen og årsresultatet de tre siste årene før domstidspunktet.⁴⁴⁶

«I 2013 var selskapets omsetning på ca. 111 millioner kroner og årsresultatet 21 millioner. I 2014 og 2015 var omsetningen på henholdsvis 133 og 187 millioner og årsresultatet 20 og 16 millioner kroner»

⁴⁴⁵ HR-2017-553-A avsnitt 47 med videre henvisninger, Rt. 2015 s. 1049 (avsnitt 14).

⁴⁴⁶ HR-2016-2507-A (avsnitt 39)

Dersom vi bruker gjennomsnittsverdiene disse tre årene for henholdsvis omsetning (kr 110 millioner) og årsresultat (kr 19 millioner), utgjorde boten 5,5 % av gjennomsnittlig omsetning og 31,6% av gjennomsnittlig årsresultat. Høyesterett la til grunn at dette var et alvorlig lovbrudd. Et annet eksempel er Rt. 2013 s. 684 hvor et brønnboringsselskap ble idømt en bot på kr 400.000 for 6 brudd på forurensningsloven i perioden 2004 til 2010. Ved straffutmålingen viste Høyesterett til lagmannsrettens vektlegging av at selskapet hadde økt driftsinntektene fra kr 44 millioner i 2006 til kr 118 millioner i 2011, og at det hadde hatt «betydelig overskudd i hvert år i denne perioden».⁴⁴⁷ Bøtestraffen utgjorde 0,33 % av driftsinntektene i 2011.

I Rt. 2009 s. 1595, som gjaldt grov overtredelser av dyrevernloven som førte til at 10 sauer omkom eller måtte avlives, ble et slakteri idømt kr 300.000 i bot. Høyesterett vektla selskapets økonomi, jf. straffeloven 1902 § 48 b bokstav f, og viste i den forbindelse at selskapets omsetning var på ca. kr 500 millioner. Høyesterett la imidlertid også vekt på at selskapet hadde hatt et mindre underskudd det siste året, men at dette skyldtes at selskapet var i en oppbyggingsfase med mye investeringer. Høyesterett fant derfor grunn til å bruke «omsetningen som en indikator på et vi her står overfor en stor og profesjonell aktør».⁴⁴⁸ Boten utgjorde bare 0,6 promille av denne omsetningen. Det kan ha sammenheng med at Høyesterett vektla at overtredelsen var «situasjonsbestemt og skyldgraden alminnelig uaktsomhet».⁴⁴⁹ I Rt. 2004 s. 1449 ble et rederi idømt bot på kr 700.000 og inndragning på kr 4.300.000 for brudd på reguleringslovgivning for fiske. I vurderingen av rederiets økonomi, stod først og fremst verdien og fortjenesten av det ulovlige fisket sentralt. Førstehåndsverdien av fisken var kr 6,7 millioner mens bruttofortjeneste var kr 400.000. Nettofortjenesten ble ansett for å være «forholdsvis beskjeden». I lys av dette ble inndragningen ansett for å ramme selskapet hardt. Dette medførte at Høyesterett reduserte boten utmålt av lagmannsretten til kr 1.500.000 til kr 700.000. I Rt. 1995 s. 1922 ble fire selskaper

⁴⁴⁷ Rt. 2013 s. 684 (avsnitt 46)

⁴⁴⁸ Rt. 2009 s. 1595 (avsnitt 37).

⁴⁴⁹ Rt. 2009 s. 1595 (avsnitt 37).

dømt for ulovlig prissamarbeid til bøter fra kr 1,35 millioner til kr 5,35 millioner. De samlede bøtestraffene utgjorde kr 14,9 millioner. Ved utmålingen la Høyesterett vekt på at omsetningen i de 8 årene overtredelsene varte, var totalt ca. kr 5,3 milliarder.⁴⁵⁰ De samlede bøtestraffene utgjorde 0,28% av denne omsetningen. Høyesterett påpekte imidlertid at det bare var en begrenset del av selskapenes omsetning som var basert på samarbeidet.

10.3.2 Vurdering og anbefaling

10.3.2.1 *Bør utmåling av bøtestraff i større grad normeres i loven?*

Statistikken viser at de aller fleste bøtestraffer mot foretak avgjøres ved forelegg og at domstolsprøving av bøter mot foretak i praksis skjer svært sjelden. Foreleggspraksis spiller heller ingen sentral rolle i Høyesterettspraksis om utmåling av foretaksstraff. I Rt. 2002 s. 1312 (s. 1321) som gjaldt foretaksstraff for brudd på børsrettslige flaggingsregler, uttalte førstvoterende direkte at foreleggspraksis «kan ikke tillegges nevneverdig vekt». I Rt. 1996 s. 1065 som gjaldt foretaksstraff mot et rederi for underrapportering av fiske, viste aktor til foreleggspraksis i begrunnelsen for bøtenivået. Høyesterett satt likevel boten ned.⁴⁵¹ I Rt. 1995 s. 1922, som gjaldt foretaksstraff for ulovlig prissamarbeid, viste derimot Høyesterett blant annet til foreleggspraksis i begrunnelsen for å skjerpe bøtestraffen.⁴⁵²

Selv om straffeloven § 28 inneholder en rekke generelle retningslinjer for utmåling av bøtestraff mot foretak, mener jeg at kombinasjonen av mangel på kvantitative rammer for bøtestraffen og at så få saker om foretaksstraff prøves for domstolene, fører til at Høyesteretts sentrale oppgave med å normere domstolsskjønnet for straffutmålingen neppe fungerer etter hensikten på foretaksstraffens område. Ofte enn ved ileggelse av personstraff vil foretaksstraffen bero på den enkelte dommer/domstols eller

⁴⁵⁰ Rt. 1995 s. 1922 (side 1934).

⁴⁵¹ Rt. 1996 s. 1065 (s. 1067).

⁴⁵² Rt. 1995 s. 1922 (s. 1933).

påtaleansvarliges individuelle skjønn. Dette gir lite forutberegnelighet og skaper også fare for usaklig forskjellsbehandling mellom tilfeller som bør behandles likt. Slik jeg ser det, bør derfor bøtestraff overfor foretak normeres i større grad enn hva tilfellet er i dag og også sammenlignet med straffutmåling mot personer. Ikke minst gjelder dette ved utmåling av store og inngripende bøtestraffer.

I vurderingen av hvordan dette nærmere kan reguleres er det naturlig å ta utgangspunkt i hovedhensynene som gjør seg gjeldende når botens størrelse skal fastsettes. Tradisjonelt har utmåling av bøtestraff vært basert på to hovedhensyn: a) *alvorlighetsgraden* basert på skyld, prevensjonsformålet mv. og b) gjerningspersonens *økonomiske evne*. Dette kom tydelig til uttrykk i straffeloven 1902 § 27 som bestemte at ved utmåling av bøtestraff «bør det foruten til det straffbare forhold tas særlig hensyn til den dømtes formuesforhold og til hva han etter sine livsforhold antas å kunne utrede». Regelen er videreført i straffeloven § 53, men i en noe annen språkdrakt. Straffelovkommisjonen foreslo opprinnelig at det skulle presiseres at lovbrysterens økonomiske forhold skulle ha «vesentlig vekt» ved utmålingen, men dette kvalifikasjonskravet ble avvist av departementet.⁴⁵³ Begge hovedhensyn er relevante, og vekten kan variere.⁴⁵⁴ Departementet påpeker i den forbindelse i forarbeidene til § 53:⁴⁵⁵

«For at straffen skal ramme likt, må den rike ilegges en større bot enn den fattige. Ved mer alvorlige lovbrudd vil det derfor måtte legges særlig stor vekt på lovbrysterens økonomiske evne, slik at boten blir følbare også for den med god økonomi. Siden straffen også skal tilpasses det straffbare forholdet, er det likevel grenser for hvor høyt boten kan settes.»

I forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 b understreket departementet at hensynet til straffens preventive effekt og foretakets økonomi var de to sentrale hensynene ved utmåling av bøtestraff mot foretak:⁴⁵⁶

⁴⁵³ Se Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 310.

⁴⁵⁴ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 310. Se også Rt. 1981 s. 887 og Rt. 2011 s. 10, jf. Matningsdal, *Straffeloven 2005*, § 53 punkt 3.

⁴⁵⁵ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 451.

⁴⁵⁶ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 34, jf. HR-2016-2507-A (avsnitt 42).

«Straffen skal motvirke at samfunnets handlingsnormer overtres. Og straffen må søkes utmålt på en slik måte at den så vidt mulig vil virke avskrekkende og normdannende for fremtiden. For foretak med solid økonomi bør dette hensyn etter omstendighetene lede til høye bøter...Departementet mener at bøtenivået for foretaksstraff generelt sett bør ligge vesentlig høyere enn bøtenivået for personlig ansvarlige for samme overtredelse».

Særlig ved grove overtredelser, bør hensynet til foretakets økonomi etter min oppfatning spille en mer dominerende rolle ved fastsetting av foretaksstraff enn i dag, også sammenlignet med utmåling av bøtestraff mot fysiske personer. Dette skyldes at det er en nær sammenheng mellom hensynet til proporsjonal straff og den preventive virkning på den ene siden og et foretaks økonomi på den andre. En bot på kr 1 million kan være en marginal utgift for et multinasjonalt konsern med store inntekter og fortjeneste, mens den kan resultere i avvikling eller konkurs for et selskap med lave marginer eller et selskap i en utviklingsfase uten overskudd. I motsetning til hva som er tilfelle for personstraff vil foretaksstraff i praksis alltid være en bot. Loven inneholder i dag ingen øvre grense og kan komme opp i svært store beløp. Så vidt vites er boten på kr 275 millioner som Økokrim ila Yara i 2014 den største boten som er utmålt i Norge. Bot overfor foretak anvendes for de mest alvorlige lovbrudd hvor strafferammen for fysiske personer er fengsel eller samfunnsstraff. Overfor fysiske personer er bøtestraff normalt forbeholdt mindre alvorlige lovbrudd. Når bot er den sentrale strafferettslige sanksjon for foretak, og dens preventive effekt og forholdsmessighet er nær knyttet til foretakets økonomi, bør foretakets økonomiske evne stå sentralt for utmålingen. Med dette som utgangspunkt, blir det neste spørsmålet hvordan rammene for bøtestraffene nærmere kan kvantifiseres for å reflektere dette. Jeg har vurdert to alternative reguleringsmekanismer.

Reguleringsalternativ 1: Minimums- og/eller maksimumsbeløp for bøtestraff.

Reguleringsalternativ 2: Standardisert metode for beregning av bøtestraff.

10.3.2.2 Reguleringsalternativ 1: Minimums- og/eller maksimumsnivå for bøtestraff

Et første alternativ er å fastsette minimums- og/eller maksimumsbeløp for bøtestraffen for gitte typer lovbrudd, eventuelt med presisering for konkurrenstilfeller. Slike beløpsgrenser er for eksempel lovfestet for overtredelsesgebyr for brudd på

hvitvaskingsloven. Etter hvitvaskingsloven § 49 fjerde ledd og femte ledd, kan gebyret settes til inntil 9 millioner kroner eller 44 millioner kroner, avhengig av hvilken type «rapporteringspliktige» det er tale om. Dersom det kan beregnes oppnådd vinning ved overtredelsen, kan overtredelsesgebyret i stedet settes til det dobbelte av vinningen.

Ulempen med en generell regel om maksimumsbeløp er at det enkelte foretaks økonomiske evne varierer stort. Maksimalbeløpet må derfor være høyt nok til at en bøtestraff mot store foretak for alvorlige lovbrudd ikke bare blir en marginal utgift i regnskapet. Men hvis maksimalbeløpet innrettes mot de største selskapene, vil rammen i beskjedne utstrekning kunne være normerende for utmåling av foretaksstraff mot mindre foretak. Videre vil det i praksis være nødvendig å fastsette forskjellige maksimalbeløp for ulike typer lovbrudd eller kriminalitetsområder, noe som vil kreve en god del administrative ressurser siden det i dag ikke fastsatt noen slike rammer. Til dette kommer at fastsettelse av et statisk maksimalbeløp vil kunne gjøre det nødvendig med hyppige lovendringer hvis utvikling av samfunnsøkonomien løper fra rammen.

I stedet for å fastsette den øvre grensen som et maksimums*beløp* kan en øvre grense kvantifiseres som en forholdsmessig andel av foretakets omsetning eller andre regnskapsmessige størrelser. For overtredelsesgebyr etter hvitvaskingsloven kan for eksempel gebyret for noen rapporteringspliktige settes til «inntil 10 % av omsetningen i siste godkjente årsregnskap» hvis dette er høyere enn maksimalbeløpet (44 millioner kroner). Et annet eksempel på slik regulering er systemet i forskrift om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven.⁴⁵⁷ Forskriftens § 2 angir overtredelsesgebyrets maksimale størrelse. Avhengig av hvilke bestemmelser som er brutt, er maksimalstørrelsen enten 1 prosent eller 10 prosent av «foretakets omsetning». Omsetningen er foretakets samlede salgsinntekt for det siste regnskapsåret, jf. § 2 tredje ledd. En slik regulering er mer fleksibel enn en beløpsgrense og mer treffsikker med hensyn til å fastsette straffen i forhold til det enkelte foretaks økonomiske evne.

⁴⁵⁷ FOR-2013-12-11-1465

Som generell regel for utmåling av bøtestraff mot foretak, støter imidlertid denne løsningen delvis på de samme utfordringene som en regel om maksimalbeløp. Det er utfordrende å fastsette en *felles* øvre grense for bøtestraffen for alle lovbrudd basert på andel av omsetning eller resultat. En slik grense vil på samme måte som et maksimumsbeløp fort bli for grovmasket i lys av det er svært stor forskjell på grovheten av lovbrudd som det kan være aktuelt å straffe et foretak for. Dette kan naturligvis håndteres gjennom at en slik maksimumsramme fastsettes i det enkelte straffebed eller på bestemte kriminalitetsområder, men hvis dette skal gjøres i lovs- eller forskriftsform, vil ordningen kunne bli nokså administrativt ressurskrevende å gjennomføre.

10.3.2.3 Reguleringsalternativ 2: Standardisert metode for beregning av bøtestraff

Et annet alternativ kan være å lovfeste eller innta i forskrift en nærmere standardisert metode for utmålingen som tar utgangspunkt i foretakets økonomiske evne. Også her kan forskrift om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven tjene som illustrasjon: For brudd på de sentrale forbudene mot konkurransebegrensende avtaler, jf. konkurranseloven § 10 og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, jf. konkurranseloven § 11 inneholder forskriften en særskilt regulering av metoden for den konkrete utmålingen av overtredelsesgebyret. I henhold til forskriftens § 3 tredje ledd skal man ved utmålingen «ta utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen». Basert på beregningen av omsetningsverdien, og avhengig av hvor grov overtredelsen er, kan det ved fastsettelsen av overtredelsesgebyret tas utgangspunkt i et beløp på inntil 30% av denne omsetningsverdien. Dette beløpet kan så multipliseres med antallet år foretaket har deltatt i overtredelsen, jf. § 3 fjerde ledd. Ved særlige grove overtredelser kan overtredelsesgebyret økes med ytterligere 15 til 25 prosent av den beregnede omsetningsverdien, jf. § 3 femte ledd. Ved fortsatte og gjentatte overtredelser kan gebyret økes med inntil 100 prosent for hver overtredelse, jf. § 3 syvende ledd. Endelig

fastsetter § 3 sjette ledd andre momenter som det kan tas hensyn til i formildende eller skjerpende retning.

Denne metoden for beregning av overtredelsesgebyr i konkurransesaker inviterer til en standardisering av metoden for utmåling som bidrar til likebehandling og forutberegnelighet for foretakene. Ved at den tar utgangspunkt i omsetning bidrar den også til forholdsmessighet mellom straff og betalingsevne for hvert foretak. Metoden er videre nokså finmasket hvor utgangspunktet for boten settes til en angitt prosent av omsetningen. Dette alternativet er etter min oppfatning å foretrekke fremfor regler om maksimumsbeløp. Men reguleringen bør ikke være så finmasket som i konkurranseretten hvor boten beregnes med utgangspunkt i en fastsatt prosent av omsetningen. I stedet foreslår jeg at boten skal fastsettes med utgangspunkt enten i et beløp som tilsvarende en forholdsmessig andel av foretakets gjennomsnittlige brutto driftsinntekt de siste tre regnskapsår før domstidspunktet *eller* et normalnivå for den aktuelle type lovovertrædelse. Dersom foretaket er en del av et konsern bør det være omsetningen etter det konsoliderte godkjente årsregnskapet som legges til grunn. Deretter bør det overlates til praksis å fastsette hvor høy andel eller hvor normalnivået bør ligge innenfor de enkelte kriminalitetsområder. Beløpet man kommer frem til gjennom denne metoden kan så justeres avhengig av mer generelle straffutmålingsmomenter i skjerpende eller formildende retning. Utkast til ny § 28 i straffeloven reflekterer dette.

I tillegg til ovennevnte regulering av metode for utmåling, anbefaler jeg at det innføres særskilt regulering av utmåling ved flere lovbrudd og gjentakelser. Straffeloven § 79 bestemmer at en fengselsstraff kan forhøyes med inntil det dobbelte i slike tilfeller. Tilsvarende bør en bøtestraff overfor foretak kunne forhøyes med det dobbelte. Ordlyden i § 79 er innrettet mot et personlig straffansvar og utkast til ny § 28 inneholder en tilsvarende regel for foretak. Videre bør betydningen av selvrapporing, samarbeid og tilståelse reguleres i en særskilt bestemmelse. Det kommer jeg tilbake til i 12 nedenfor.

Skal en slik beregningsmetode fungere etter hensikten, det vil si å skape økt forutberegnelighet og motvirke risikoen for forskjellsbehandling, må beregningen fremgå av domsbegrunnelsen eller forelegget som ilegges foretaket. Jeg anbefaler derfor at det inntas en presisering i straffeprosessloven § 40 om domsbegrunnelser og § 256 om forelegg at det fremgår hvordan bøtestraff mot foretak er beregnet.

10.3.2.4 Bør det være adgang til å ilegge betinget bot overfor foretak?

Den begrensede adgangen til å ilegge betinget bøtestraff etter straffeloven § 53 fjerde ledd kan ikke anvendes på foretak. Slik jeg ser det, bør det innføres en generell adgang for retten til å bestemme at fullbyrdingen av en bøtestraff mot foretak helt eller delvis skal utsettes i en prøvetid. Siden bøter mot fysiske personer i normaltillfellene bare anvendes for mindre alvorlige lovbrudd, er behovet for å ilegge betinget bot i slike tilfeller nokså begrenset. Overfor foretak er bot den dominerende straff for alle lovbrudd. Da vil en generell adgang til å gi betinget bot bidra til mer differensiert reaksjonssystem. En slik betinget bot må gis på vilkår om at foretaket ikke på ny begår en straffbar handling i prøvetiden. Videre bør det kunne fastsettes særvilkår, for eksempel bestemte tiltak for å forebygge tilsvarende lovbrudd. Regelen bør også gjelde ved forelegg. Forslaget til endret § 28 reflekterer dette.

10.4 Inndragning

10.4.1 Gjeldende rett

Foretak kan idømmes inndragning etter de vanlige regler i straffeloven kapittel 13, jf. § 27 tredje ledd. Når det gjelder inndragning av utbytte etter § 67, skal dette etter § 71 første ledd «*foretas overfor den utbyttet er tilfalt direkte ved handlingen*». I relasjon til foretak vil dette typisk innebære at inndragning foretas overfor det foretaket som

gjerningspersonen handlet på vegne av. Det følger imidlertid av sikker høyesterettspraksis at:⁴⁵⁸

«...[d]ersom en straffbar handling er begått på vegne av et aksjeselskap, er det adgang til å foreta inndragning hos selskapets eneaksjonær – eventuelt den som «i realiteten kontrollerer det selskap som direkte har oppebåret utbyttet.»»

Dette kan anses som en særskilt identifikasjonsregel som er forankret i uttrykket «tilfalt direkte» i straffeloven § 71. Synspunktet er at selskapets vinning medfører en verdiøkning på aksjene. Denne verdiøkningen er en vinning på eneaksjonærens hånd som må kunne inndras. Høyesterett har videre lagt til grunn at inndragningskravet kan gjøres gjeldende mot eneaksjonæren selv om det er fullt mulig å gjennomføre inndragning overfor selskapet.⁴⁵⁹ Men inndragning av utbytte overfor eneaksjonæren kan ikke overstige et alternativt krav mot aksjeselskapet.⁴⁶⁰ Høyesterettspraksis om inndragning mot eneaksjonær har alle dreiet seg om tilfeller hvor aksjonæren var en fysisk person som samtidig ble straffedømt personlig for forholdet som inndragningskravet springer ut av. I Rt. 2012 s. 1282 uttales i den forbindelse at:

«[h]vorvidt det må gjøres enkelte unntak, for eksempel dersom den fysiske personen ikke har begått den straffbare handlingen som har gitt utbyttet, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på».

Av dette følger også at det ikke er avklart hvor langt regelen om inndragning mot eneaksjonær kan gjøres gjeldende mot et *morselskap* som er eneaksjonær eller som kontrollerer selskapet. Dersom det straffbare forhold som har gitt utbyttet er begått på vegne av morselskapet, er det klart nok at inndragning kan foretas overfor dette selskapet. Men hvis gjerningspersonen har opptrådt på vegne av datterselskapet, og det heller ikke ellers er grunnlag for straffansvar for morselskapet, er det neppe

⁴⁵⁸ Rt. 2012 s. 1282 (avsnitt 23), jf. Rt. 1987 s. 1194 (på s. 1201), Rt. 2008 s. 907 (avsnitt 30), Rt. 2011 s. 257 og Rt. 2011 s. 868.

⁴⁵⁹ Rt. 2012 s. 1282 (avsnitt 24–28).

⁴⁶⁰ Rt. 2018 s. 1282 (avsnitt 31).

grunnlag for inndragning av utbytte overfor morselskapet. Ansvarer fremstår i slike tilfeller fort som et straffansvar for *andres* handlinger i strid med EMK artikkel 7.⁴⁶¹

Utvidet inndragning etter straffeloven § 68 kan også brukes overfor foretak som er funnet skyldig i straffbar handling etter straffeloven § 27 og § 28. Foretaket vil her anses som «lovbryteren», jf. § 71 andre ledd. I forarbeidene til bestemmelsen er det imidlertid påpekt at siden.⁴⁶²

«bestemmelsen om utvidet inndragning primært tar sikte på personer med en «criminal lifestyle», bør bestemmelsen neppe anvendes overfor et foretak med mindre det til en viss grad synes å basere seg på straffbar virksomhet».

I tillegg regulerer straffeloven § 73 fjerde ledd situasjonen hvor et formuesgode som er omfattet av reglene om utvidet inndragning etter § 68 er overdratt til et foretak som lovbyteren har nær tilknytning til. Bestemmelsen gir hjemmel for inndragning overfor foretaket i slike tilfeller dersom lovbyteren enten a) alene eller sammen med noen som er nevnt i annet ledd, eier en vesentlig del av foretaket, eller b) oppebærer en betydelig del av foretakets inntekt, eller c) i kraft av sin stilling som leder har vesentlig innflytelse over det. Formuleringene er hentet fra dekningsloven § 1-5 nr. 2 og skal tolkes på samme måte. Uttrykket «foretak» skal forstås på samme måte som i straffeloven § 27.

Inndragning av produktet av, gjenstanden for og redskapet til en straffbar handling etter straffeloven § 69 kan etter omstendighetene også foretas overfor et foretak. Etter § 71 tredje ledd kan slik inndragning skje overfor «lovbyteren eller den lovbyteren handler på vegne av». Dersom foretaket ilegges foretaksstraff etter § 27 og § 28 for den aktuelle handlingen, må foretaket anses som «lovbyteren» etter § 71 tredje ledd. Siden vilkåret «på vegne av» i andre alternativ i denne bestemmelsen er parallell til vilkåret for foretaksstraff, kan det i prinsippet også tenkes at inndragning kan foretas selv om foretaket ikke er ansvarlig. Også forebyggende inndragning etter § 70 kan foretas overfor foretak, dersom dette «besitter eller eier gjenstanden», jf. § 73 fjerde ledd.

⁴⁶¹ Se punkt 9.3.4 ovenfor og *Varvara mot Italia*, søkenummer 17475/09, dom 29. Oktober 2013 avsnitt 64.

⁴⁶² NOU 1996: 21 s. 133–134 og Ot. prp. nr. 8 (1998–99) s. 67 andre spalte.

10.4.2 Vurdering og anbefaling

Jeg har ikke identifisert et særskilt behov for endring av bestemmelsene om inndragning mot foretak i straffeloven.

10.5 Rettighetstap

10.5.1 Gjeldende rett

Etter straffeloven § 27 tredje ledd kan foretak «også fradømmes retten til å utøve virksomheten eller forbys å utøve den i visse former, jf. § 56». Bestemmelsen viderefører regelen i straffeloven 1902 § 48 a. I forarbeidene til denne bestemmelsen fremhevet Straffelovkommisjonen at rettighetstap er en inngripende sanksjon som man bør være varsom med å bruke.⁴⁶³ Kommisjonen pekte på at det bare bør idømmes når samfunnsmessige hensyn tilsier det. Kommisjonen viste også til at selv om det kan være ønskelig å stanse samfunnsskadelig virksomhet er ikke alltid behovet for rettighetstap overfor foretak like stort fordi det i noen tilfeller vil være nok å idømme rettighetstap mot den ansvarlige i virksomheten. I tillegg kan man oppnå det samme gjennom å trekke tilbake tillatelser og konsesjoner. I tråd med dette la også departementet til grunn at «det bare rent unntaksvis vil være tale om å idømme rettighetstap».⁴⁶⁴ Referansen til § 56 om rettighetstap kan ikke forstås slik at vilkårene der får direkte anvendelse på foretak. Det fremgår eksplisitt av forarbeidene til denne bestemmelsen at den bare gjelder for fysiske personer, og at rettighetstap kan idømmes foretak etter bestemmelsen i § 27.⁴⁶⁵ Høyesterett har imidlertid fastslått at det ikke er en videre adgang til å idømme rettighetstap overfor foretak enn overfor fysiske

⁴⁶³ NOU 1989: 11 s. 28 og Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 33–34.

⁴⁶⁴ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 34.

⁴⁶⁵ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s.

personer.⁴⁶⁶ På grunn av reaksjonens inngripende karakter, kan rettighetstapet begrenses til et forbud mot å utøve den i «visse former». Det betyr for eksempel at foretaket kan idømmes å legge ned en bestemt avdeling som har drevet ulovlig. Ut fra likhetshensyn er det i forarbeidene antatt at det ikke kan utelukkes at rettighetstap også kan idømmes offentlig virksomhet.⁴⁶⁷ Men dette er ikke aktuelt for virksomhet som bare det offentlige kan utøve, for eksempel tradisjonell forvaltningsvirksomhet.

Rettighetstap overfor foretak er behandlet av Høyesterett én gang, i HR-2016-2507-A. Forholdet var her at et oppdrettsselskap ble ilagt bot for feilaktig rapportering av lakselus. Spørsmålet var om selskapet også skulle idømmes rettighetstap etter straffeloven § 48 a. Høyesterett konkluderte med at rettighetstap ikke skulle idømmes i dette tilfellet. I begrunnelsen slo Høyesterett fast at momentene i straffeloven § 48 b *ikke* gjaldt tilsvarende ved rettighetstap.⁴⁶⁸ På grunnlag av uttalelsen i forarbeidene la Høyesterett også til grunn at rettighetstap bare kan anvendes rent unntaksvis, og at det ikke er videre adgang til å idømme rettighetstap overfor foretak enn overfor fysiske personer.⁴⁶⁹ Høyesterett fremhevet videre at det primære formålet med rettighetstap er å beskytte samfunnet mot skadevirkningene det kan ha at virksomheten fortsetter. Det betyr at rettighetstap må begrunnes i faren for «*fremtidig misbruk*».⁴⁷⁰

Det er ingenting i forarbeidene til straffeloven § 27 som tyder på at adgangen til å idømme rettighetstap er utvidet sammenlignet med straffeloven § 48 a. Av dette følger at rettighetstap etter gjeldende rett er en sanksjon som (fortsatt) bare skal anvendes i spesielle unntakstilfeller. Tidligere kunne rettighetstap ikke ilegges ved forelegg. Ved vedtakelsen av straffeloven, ble adgangen til å avgjøre saker med forelegg utvidet til å også omfatte rettighetstap, jf. straffeprosessloven § 255 første ledd. Adgangen gjelder

⁴⁶⁶ HR-2016-2507-A (avsnitt 53).

⁴⁶⁷ NOU 1989: 11 s. 28.

⁴⁶⁸ HR-2016-2507-A (avsnitt 51).

⁴⁶⁹ HR-2016-2507-A (avsnitt 52–53).

⁴⁷⁰ HR-2016-2507-A (avsnitt 57 jf. avsnitt 47).

ikke alle former for rettighetstap. Etter § 255 tredje ledd kan «rettighetstap som avgjøres ved forelegg, ... bare gjelde for inntil 3 år og kan ikke gjelde tap av stilling, retten til å inneha stilling eller tap av retten til å utøve næringsvirksomhet, med unntak for binæring».

10.5.2 Vurdering og anbefaling

Terskelen for å idømme rettighetstap er høy. Så vidt jeg har kunnet bringe på det rene, har rettighetstap ikke blitt idømt foretak verken etter straffeloven 1902 § 48 a eller straffeloven § 27. Høyesterett har bare behandlet spørsmålet ved én anledning,⁴⁷¹ og konkluderte da med ikke å idømme rettighetstap. Det er vanskelig å vurdere om den manglende bruk av denne sanksjonen er tegn på at rettighetstap ikke er særlig praktisk eller om det er et uttrykk for at terskelen er for høy. Etter min oppfatning er det klart at det bør være adgang til å idømme rettighetstap overfor foretak. Formålet med rettighetstapet bør fortsatt være det samme som overfor fysiske personer, nemlig å beskytte samfunnet mot skadevirkninger i fremtiden ved fortsatt virksomhet. Særlig fordi et slikt rettighetstap i større grad enn bot og inndragning kan ha konsekvenser for uskyldige tredjeparter som for eksempel ansatte, bør terskelen fortsatt være høy. Det betyr etter min oppfatning at det særlig er ved gjentatte forbrytelser eller markert fare for gjentagelser som kan begrunne en slik reaksjon. Slik jeg ser det, ligger det innenfor formålsbegrensningen tilstrekkelig fleksibilitet til å kunne anvende rettighetstap der det er behov for dette. Jeg vil særlig understreke at alternativet at straffeloven § 27 tredje ledd presiser at tap av retten til å utøve virksomhet kan begrenses til et forbud mot «å utøve den i visse former». Det betyr at bestemmelsen åpner for rettighetstap i relasjon til en del av virksomheten.

Min anbefaling er etter dette at det ikke gjøres endringer i vilkår eller terskel for å ilegge foretak rettighetstap. Derimot mener jeg at begrensningen i straffeprosessloven § 255 tredje ledd i adgangen til å avgjøre rettighetstap ved forelegg ikke bør gjelde

⁴⁷¹ HR-2016-2507-A (avsnitt 52–53).

foretak. Begrensningen synes å være begrunnet i hensynet til *personlig* siktede. Det er vanskelig å se at det er behov for en særskilt skranke for rettighetstap overfor foretak, når det ikke ellers gjelder skranker for hvilken bøtestraff som kan ilegges foretak ved forelegg. Jeg kan ikke se at Grunnloven § 96 krever dette. Min anbefaling er derfor at det presiseres i loven at denne skranken ikke gjelder ved forelegg mot foretak. Forslag til endring i straffeprosessloven § 255 reflekterer dette.

10.6 Særlig om straffutmålingsutsettelse og straffutmålingsfracfall

10.6.1 Gjeldende rett

Selv om straffeskyld anses bevist, kan retten etter straffeloven § 60 første ledd «utsette å utmåle straff i en prøvetid». Forskjellen mellom straffutmålingsutsettelse og betinget dom er at ved sistnevnte reaksjon utmåles en straff, men fullbyrdelsen av straffen utsettes. Ved straffutmålingsutsettelse utmåles ingen straff. Etter § 60 andre ledd, kan straffutmålingsutsettelse kombineres med ubetinget fengsel, jf. bokstav a eller en ubetinget bot, jf. bokstav b. Forutsetningen er at gjerningspersonen har begått flere lovbrudd og det skal idømmes felles straff. Ordlyden i § 60 første ledd er ikke til hinder for å anvende straffutmålingsutsettelse på foretak. Spørsmålet er ikke berørt i forarbeidene.

Etter straffeloven § 61 første ledd kan retten «når helt særlige grunner tilsier det», fracfalle å utmåle straff. Selv om ordlyden ikke stenger for anvendelse av denne regelen på foretak, har den i dag neppe selvstendig betydning ved siden av kan-skjønnen.

10.6.1.1 Vurdering og anbefaling

Etter min oppfatning bør det presiseres i loven at straffutmålingsutsettelse og straffutmålingsfracfall kan anvendes på foretak. Dette kan særlig være aktuelle instrumenter å bruke ved selvrapporing og vesentlig bidrag til oppklaring av saken,

jf. 12 nedenfor. I tillegg bør påtalemyndigheten ha kompetanse til å ilegge straffutmålingsutsettelse og straffutmålingsfravall ved forelegg.

11 FORETAKS STRAFFEPROSESSUELLE STILLING

11.1 Innledning

Straffeprosessloven får anvendelse på straffesaker mot foretak, jf. straffeprosessloven § 1. Men på samme måte som strafferetten er utviklet med utgangspunkt i det personlige straffansvaret, er også straffeprosesslovens regler, og de hensyn den hviler på, utformet med utgangspunkt i at den mistenkte, siktede eller tiltalte er en fysisk person. Det betyr at det ikke uten videre er gitt at alle reglene, og de hensyn og forutsetninger som begrunner dem, passer på foretak. Straffeprosessloven bruker gjennomgående uttrykkene «mistenkt», «siktet» eller «tiltalt» uten å skille mellom foretak og fysiske personer som har slik status. Utgangspunktet er derfor at foretak har samme rettigheter og vern som fysiske personer i straffeprosessen. Det er likevel stor forskjell mellom foretak og fysiske personer som siktet, og det er ulike behov, interesser og verdier i spill når foretak og fysiske personer blir straffeforfulgt. Det vil derfor måtte bero på en tolkning av de enkelte bestemmelser om de bare gjelder fysiske personer eller også foretak. Noen rettigheter gjelder klart nok både foretak og fysiske personer, som for eksempel retten til dokumentinnsyn etter straffeprosessloven § 242. Andre bestemmelser gjelder etter sin natur bare når fysiske personer er siktet, for eksempel reglene om pågripelse og fengsling etter straffeprosessloven § 171. Straffeprosessloven inneholder dessuten et par særbestemmelser om foretak, jf. § 84a (partsrepresentasjon) og § 321.

Spørsmålet er i hvilken grad det er behov for endringer av straffeprosessloven i relasjon til foretak. Jeg skal i det følgende vurdere dette spørsmålet ved å først se nærmere på hvilken betydning forskjellen mellom foretak og fysiske personer har for de

grunnleggende hensyn og formål med straffeprosessen. Deretter skal jeg behandle de særlige spørsmål som oppstår for foretak i relasjon til straffeprosessen, og hvordan de er løst i gjeldende rett. Jeg vil trekke inn andre lands rett underveis. For hvert spørsmål skal jeg gi en vurdering og anbefaling. Reglene om forelegg, påtaleunntatelse og tilståelsesdom vil behandles i et særskilt punkt knyttet til betydningen av foretaks selvrapporing og bidrag til oppklaring av saken.⁴⁷²

11.2 Kort om foretak og grunnleggende hensyn i straffeprosessen

Det overordnede formål med straffeprosessen er å realisere straffansvaret, det vil å sørge for at straffbare handlinger oppdages og at de skyldige straffes.⁴⁷³ Suksesskriteriet for dette formålet er at straffedommene er *riktige*. Man kan derfor si at målet om å realisere straffansvaret hviler på et sannhetsideal.⁴⁷⁴ Høyesterett uttalte i Rt. 2007 s. 1435 (avsnitt 38) at den «materielle sannhets prinsipp er en bærebjelke i straffeprosessen». Dette overordnede formålet står like sentralt om mistenkte er et foretak eller en fysisk person. En god straffeprosessordning krever imidlertid at kryssende hensyn og formål etter omstendighetene må prioriteres foran formålet om å realisere straffansvaret. Hvilke hensyn og formål dette er, kan kategoriseres på forskjellig vis. For mitt formål, finner jeg det hensiktsmessig å kategorisere dem etter hvilke interesser de skal beskytte.

Mistenktes viktigste interesse er å ikke bli uskyldig dømt. Straffeprosessen bygger gjennomgående på at uriktige domfellelser anses som verre enn uriktige frifinnelser. Systemet er derfor innrettet mot å gi høy grad av sikkerhet mot uriktige domfellelser.⁴⁷⁵

⁴⁷² Se 12 nedenfor.

⁴⁷³ Se for eksempel Øyen, *Straffeprosess* s. 24 og NOU 2016: 24 s. 147 andre spalte.

⁴⁷⁴ NOU 2016: 24 s. 147 andre spalte.

⁴⁷⁵ Øyen, *Straffeprosess* s. 24.

Det sentrale virkemidlet er *rettsikkerhetsregler*, det vil si regler som skal beskytte mistenktes interesse i å ikke bli uskyldig dømt. Foretak som mistenkt må i utgangspunktet ha krav på samme beskyttelse mot uriktige domfellelser. Mistenktes interesser i straffeprosessen strekker seg imidlertid lenger enn til å unngå uriktig domfellelse. Mistenkte har også en legitim interesse i beskyttelse mot inngrep i sin personlige integritet. Med inngrep i personlig integritet sikter jeg til fysiske og psykiske krenkelser og andre inngrep i den personlige selvstendighet. Etterforskning, irettføring, og gjennomføring av straff vil etter sitt formål alltid være et alvorlig inngrep i den personlige integritet. Poenget er at hensynet setter skranker for hvilke inngrep mistenkte kan utsettes for under etterforskning og irettføring: Straffeprosessen må ikke i unødvendig grad gjøre inngrep i mistenktes integritet, og det er en kjerne i den personlige integritet som (alltid) må respekteres.⁴⁷⁶ Foretak som sådan innehar naturlig nok ikke tilsvarende beskyttelsesverdig integritet som mennesker. Men også for foretak gir det mening å tale om en beskyttelsesverdig selvstendighet som straffeprosessen bør respektere. For eksempel bør foretak etter omstendighetene ha krav på beskyttelse av forretningshemmeligheter, og rett til fortrolighet gjennom taushetsplikt. Forskjellen mellom mennesker som mistenkt og foretak som mistenkt innebærer likevel at der hvor det oppstår konflikt mellom formålet om å avdekke straffbare handlinger og få skyldige dømt på den ene siden, og hensynet til den personlige integritet på den andre, er det ikke gitt at regelen bør være den samme for foretak og fysiske personer som mistenkt.

Mistenkte har også en interesse av *hurtig behandling av straffesaker* på grunn av belastningen det er å bli utsatt for en straffeprosess. Dette er også viktig av hensyn til eventuelle fornærmede eller andre som er berørt. Dette hensynet gjør seg gjeldende også når foretak er mistenkt. Bredere *samfunnsinteresser* som må ivaretas, er for det første å sikre at straffeprosessen er *kostnadseffektiv*. De økonomiske ressursene som kreves for en straffeprosessordning er et resultat av samfunnets prioriteringer av bevilgninger til en rekke offentlige oppgaver. Der er derfor svært viktig at de ressurser

⁴⁷⁶ Se Øyen, *Straffeprosess* s. 25.

som stilles til rådighet brukes best mulig. For det andre er det en samfunnsinteresse at straffeprosessen utformes slik at den har høy tillit hos alle som berøres av prosessen og befolkningen ellers. Hvis ikke, undergraves straffesystemets demokratiske legitimitet. Hensynet til kostnadseffektiv straffeprosess og tillit til systemet gjør seg også gjeldende ved realisering av foretaksstraff. En særlig utfordring er her at store økonomiske straffesaker som involverer foretak ofte er svært kostnadskrevende, samtidig som de mistenkte foretakene kan ha store – og i noen tilfeller langt større – økonomiske ressurser til å forsvare sine interesser enn myndighetene som etterforsker det. Dette kan tilsa at det er behov for særlige og mindre kostnadskrevende mekanismer i gjennomføringen av straffeprosesser mot foretak.

Denne gjennomgangen viser at det særlig er hensynet til mistenktes *personlige integritet* og hensynet til *kostnadseffektivitet* som slår forskjellig ut når mistenkte er et foretak sammenlignet med når mistenkte er en fysisk person. I tillegg til dette kommer at foretaksstraff reiser noen særskilte regeltekniske utfordringer i straffeprosessen. For det første vil utøvelse av partsrettigheter for foretak måtte utøves av fysiske personer. Straffeprosessen må derfor regulere *hvem* i foretaket som har kompetanse til dette. En annen utfordring er at foretaksstraff alltid vil være bot. Straffeprosessuelle regler som beror på straffens art, må ta høyde for dette.

11.3 Når får foretak status som mistenkt og siktet?

11.3.1 Gjeldende rett

Hvis politiet tilkjenner at de betrakter et foretak som mistenkt, vil foretaket få partsrettigheter som mistenkt. Hvis en person i foretaket har status som mistenkt, og denne personen har en posisjon i foretaket som kan aktualisere spørsmålet om foretaksstraff, blir spørsmålet om foretaket har krav på partsrettigheter som mistenkt, for eksempel dokumentinnsyn etter straffeprosessloven § 242, selv om politiet ikke har gitt foretaket slik status. Den alminnelige regelen er at politiets standpunkt ikke er

avgjørende for om en person har krav på rettigheter som mistenkt.⁴⁷⁷ Det må vurderes konkret om og i tilfelle hvor sterk mistanken er rettet mot den aktuelle personen i lys av hvilken partsrettighet det er tale om. Dette må også gjelde foretak. Om en person i foretaket har fått status som mistenkt kan ikke dette automatisk innebære at foretaket får status som mistenkt. Sentralt i vurderingen vil være hvor aktuelt det vil kunne være å straffe foretaket for handlingen som mistanken gjelder. Det kreves mer enn en teoretisk mulighet. Etterforskningen må ha «tatt en slik vending at ansvar for foretaket fremtrer som en aktuell mulighet».⁴⁷⁸

Etter straffeprosessloven § 82 får mistenkte stilling som siktet

«...når påtalemyndigheten har erklært ham for siktet eller når forfølgning mot ham er innledet ved retten eller det er besluttet eller foretatt pågrepelse, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler rettet mot ham»

Denne regelen gjelder også for foretak. Også her oppstår et spørsmål om foretaket uten videre har krav på status som siktet dersom en ansatt blir siktet, og denne ansatte har en posisjon som kan aktualisere foretaksstraff. Spørsmålet er ikke regulert i straffeprosessloven. I Rt. 2012 s. 1431 la Høyesterett til grunn at etterforskning mot direktøren i et selskap ikke uten videre innebærer at selskapet har krav på status som siktet. Høyesterett vurderte det slik at «[s]elskapets stilling må avgjøres konkret, hvor det avgjørende er om etterforskningen må sies å være rettet mot selskapet».⁴⁷⁹ Men påtalemyndighetens eventuelle etterforskningsmessige behov og bevisforspillingsfare kan *ikke* inngå i vurderingen av om foretaket har krav på status som siktet.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ Se for eksempel Øyen, *Straffeprosess* s. 81.

⁴⁷⁸ Matningsdal, *Straffeloven kommentar* § 27 punkt 10.4.2.

⁴⁷⁹ Rt. 2012 s. 1431 (avsnitt 16).

⁴⁸⁰ Rt. 2012 s 1431 (avsnitt 18).

11.3.2 Vurdering og anbefaling

Jeg ser ingen behov for å endre bestemmelsene eller innføre særlige regler for foretak i relasjon til foretakets status som mistenkt og siktet.

11.4 Partsrepresentasjon

11.4.1 Gjeldende rett

Utgangspunktet er at det beror på reglene for de respektive foretaksformene *hvem* som representerer foretaket utad også når det gjelder utøvelsen av partsrettigheter i en straffesak mot foretak. For å sikre klarhet og at politi- og påtalemyndighet har en bestemt (fysisk) person å forholde seg til når partsrettighetene utøves, bestemmer straffeprosessloven § 84a at partsrettighetene tilligger «den personen som foretaket utpeker». Samme regel vil gjelde i tilfeller hvor foretaket er mistenkt.⁴⁸¹ Bestemmelsens ordlyd synes å forutsette at det treffes en særskilt beslutning om dette i foretaket. Men i forarbeidene er det presisert at det kan følge av kompetansefordelingen i det aktuelle foretaket hvem som skal utøve partsrettighetene.⁴⁸² For eksempel vil innehaveren av et enkeltpersonforetak naturlig nok ha kompetanse til å utøve partsrettighetene. Departementet antar imidlertid at daglig leders kompetanse i et aksjeselskap normalt ikke omfatter utøvelse av partsrettigheter i en straffesak.⁴⁸³ Det kan nok diskuteres om dette gjelder uavhengig av selskapets størrelse og sakens alvorlighetsgrad. Men uansett kan slik representasjon delegeres. Det tryggeste vil da være at styret treffer beslutningen om representasjon. Ved aktiv utøvelse av partsrettigheter, forutsetter bestemmelsen at politi- og påtalemyndighet får melding fra foretaket om hvem som er utpekt. Dersom foretaket

⁴⁸¹ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 41.

⁴⁸² Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 41.

⁴⁸³ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 41.

ikke har utpekt en representant, må politi- og påtalemyndighet uansett kunne holde seg til den som utad fremstår som leder ved forkynnelser og andre meddelelser. Straffeprosessloven § 84a bestemmer videre at «så vidt mulig» bør foretaket ikke utpeke en person som selv er siktet for den overtredelsen saken gjelder. Grunnen er risikoen for interessekonflikt som kan oppstå i slike situasjoner. Siden regelen kan være vanskelig å praktisere i mindre selskaper, setter bestemmelsen imidlertid ikke et forbud mot at en mistenkt person i saken også kan opptre som partsrepresentant for foretaket. Straffeprosesslovutvalget foreslår å videreføre regelen i § 84 a med noen språklige justeringer.⁴⁸⁴

Et særlig spørsmål om partsrepresentasjon oppstår i straffesaker mot enkeltpersonforetak og innehaveren dør. Etter straffeloven § 100 faller straffansvaret bort ved «den skyldiges død». Bestemmelsen kan ikke anvendes på oppløste foretak. Men dersom et enkeltpersonforetak er ilagt bøtestraff, oppstår spørsmålet om straffansvaret faller bort dersom *innehaveren* dør før boten er inndrevet. I Rt. 2007 s. 785 (avsnitt 19) uttalte Høyesterett i et obiter dictum at siden tvangsfullbyrdelse av foretaksstraff mot et enkeltpersonforetak må skje overfor innehaveren, må straffansvaret mot enkeltpersonforetaket falle bort når innehaveren dør. Foretaksstraff mot enkeltpersonforetak kommer her i samme stilling som individuelt straffansvar. Høyesterett la også til grunn at det samme må gjelde regelen i straffeprosessloven § 308 om at «ektefelle, slektninger i rett opp- eller nedstigende linje, søsken og arvinger» har rett til å anke i siktedes sted i slike situasjoner.

11.4.2 Vurdering og anbefaling

Etter min oppfatning er det en svakhet med partsrepresentasjonsregelen i § 84a at det er uklart hvem som er foretakets partsrepresentant før det foreligger en konkret beslutning om dette fra foretakets side. At politi- og påtalemyndighet kan holde seg til den som utad fremstår som leder ved forkynnelser og andre meddelelser, bør komme

⁴⁸⁴ Se NOU 2016: 24 s. 551 jf. s. 30.

til uttrykk i loven. Sivilprosessens løsning for stedfortreder for «upersonlig rettssubjekt» etter tvisteloven § 2-5 er en klarere regulering, som jeg mener kan fungere også i straffeprosessen. Det vil innebære at partsrepresentanten som utgangspunkt er den person som kan motta forkynnelser på vegne av foretaket etter domstolloven § 191, men at partsrepresentasjonen kan delegeres. I tillegg bør regelen om at partsrepresentanten ikke selv bør være siktet i saken videreføres. Jeg har foreslått en ny § 84a som reflekterer dette.

Når det gjelder spørsmålet om partsrettigheter i en sak mot et enkeltpersonforetak der innehaveren dør, foreslår jeg å presisere i straffeloven § 100 at straffansvaret mot et enkeltpersonforetak faller bort når innehaveren dør. Videre foreslår jeg at det presiseres i straffeprosessloven § 308 at bestemmelsen også gjelder i saker mot enkeltpersonforetak der innehaveren dør.

11.5 Foretakets vern mot selvinkriminering

11.5.1 Oversikt over rettslige rammer for selvinkriminering

Selvinkrimineringsvernet har tre sider:⁴⁸⁵ For det første gir det siktede beskyttelse mot å aktivt medvirke til sakens opplysning gjennom forklaringsplikt eller plikt til å utlevere bevis. Denne retten til taushet er kjernen i FN-konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter fra 1966 (SP) artikkel 14 nr. 3 bokstav g, som bestemmer at en person som er utsatt for strafferettslig anklage ikke skal bli «compelled to testify against himself or to confess guilt». EMK inneholder ingen tilsvarende eksplisitt regulering av selvinkrimineringsvernet, men EMD har innfortolket et slikt vern i kravet til «fair hearing» i EMK artikkel 6 nr. 1. Selvinkrimineringsvernet inngår dermed også i kravet til rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95.⁴⁸⁶ I tråd med dette gir

⁴⁸⁵ Se Øyen, *Straffeprosess* s. 89–91.

⁴⁸⁶ HR-2016-1459-A (avsnitt 42).

straffeprosessloven siktede et vern mot forklaringsplikt både overfor retten, jf. § 90, og politiet, jf. § 232.⁴⁸⁷ Videre følger det av § 210 at politiet ikke kan pålegge mistenkte å utlevere bevis. Vitner har ikke forklaringsplikt overfor politiet, men har som utgangspunkt både forklaringsplikt for retten, jf. § 108 og plikt til å utlevere bevis etter § 210. Hovedregelen er likevel at vitnet kan nekte å svare på spørsmål og utlevere bevis hvis dette kan utsette vitnet for straff, jf. § 123 første ledd og § 210. Straffeprosessloven gir dermed i noen grad vitner et selvinkrimineringsvern.

Den andre siden av selvinkrimineringsvernet er regler om avskjæring av bevis som kan inkriminere siktede. Den nærmere rekkevidden er utviklet av EMD på grunnlag av kravet til «fair hearing» etter EMK artikkel 6. Vernet kan aktualiseres dersom en siktet har gitt informasjon i henhold til en informasjonsplikt utenfor straffesaken som påtalemyndigheten ønsker å benytte som bevis. På bakgrunn av EMDs dom i storkammersaken *Saunders mot Storbritannia*,⁴⁸⁸ la Høyesterett til grunn i Rt 2007 s. 932 at:⁴⁸⁹

«...bruk i straffesak av forklaringer avgitt under forklaringsplikt før straffesaken kan krenke vernet mot selvinkriminering. Sentralt ved avgjørelsen av om vernet er krenket, er måten forklaringene er brukt på vurdert i et helhetlig lys.»

I vurderingen vil det blant annet ha betydning hvorvidt den avgitte informasjonen er en vesentlig del av bevisgrunnlaget i straffesaken, formålet med informasjonsplikten, krav til den som ga informasjonen og sanksjonen ved pliktbrudd.⁴⁹⁰ Bevisavskjæring på grunn av selvinkrimineringsvernet kan også aktualiseres ved ulovlig innhenting og sikring av bevis.⁴⁹¹

⁴⁸⁷ Se for eksempel HR-2016-1459-A (avsnitt 42).

⁴⁸⁸ EMDs dom 17. desember 1996 (storkammer), *Saunders mot Storbritannia* (sak 19187/91).

⁴⁸⁹ Rt. 2007 s. 932 (avsnitt 24).

⁴⁹⁰ EMDs dom 29. juni 2007 (storkammer), *O'Halloran og Francis mot Storbritannia* (sak 15809/02 og 25624/02) (avsnitt 53–58) og Øyen, *Straffeprosess* s. 398.

⁴⁹¹ Se for eksempel HR-2019-1747-U.

Den tredje siden av selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 gir beskyttelse mot hvilke bevisslutninger som kan utledes fra mistenktes manglende medvirkning til opplysning av saken. Dette er et prinsipp som består av flere elementer og regler. Rekkevidden er omdiskutert. Øyen oppsummerer EMDs praksis som følger:⁴⁹²

«EMDs praksis viser at bevismessige slutninger fra mistenktes taushet enklest kan forsvares hvis bevissituasjonen, da mistenkte valgte å forholde seg taus, ga ham en særlig oppfordring til å forklare seg om det aktuelle bevistemaet. På den annen side må en være særlig varsom med å trekke bevismessige slutninger hvis mistenkte forholdt seg taus i en situasjon der han ikke hadde bistand fra en forsvarer. Den eneste absolutte normative skranken som EMD har oppstilt, er at en domfellelse aldri hovedsakelig («mainly») kan bygge på mistenktes taushet.»

11.5.2 De sentrale hensyn bak reglene om selvinkrimineringsvernet

De rettslige rammene for selvinkrimineringsvernet hviler på flere hensyn. Professor Ørnulf Øyen, som har gjennomført den mest grundige og omfattende analysen av selvinkrimineringsvernet i norsk juridisk teori,⁴⁹³ kommer til at det bærende eller mest grunnleggende hensyn som vernet mot selvinkriminering skal ivareta er hensynet til *verdlig* behandling av en skyldig mistenkt.⁴⁹⁴ Hensynet er nært forbundet med at en plikt til selvinkriminering vil stille en skyldig mistenkt overfor valget mellom å «angi seg selv eller komme i det dilemma at han må lyve for å unngå dette».⁴⁹⁵ Selvinkrimineringsvernet gir mistenkte i stedet en «tredje utvei» - å forholde seg taus.⁴⁹⁶ Men hva er det med dette dilemmaet som gjør plikt til selvinkriminering uverdlig? Øyen vurderer det slik at sammenhengen mellom krav til en verdig behandling og selvinkrimineringsvernet er enkeltmenneskets grunnleggende *selvbestemmelsesrett*:⁴⁹⁷

⁴⁹² Øyen, *Straffeprosess* s. 366–367.

⁴⁹³ Øyen, *Vernet mot selvinkriminering*.

⁴⁹⁴ Øyen, *Vernet mot selvinkriminering* s. 115.

⁴⁹⁵ Rt. 1993 s. 202 (s. 207–208)

⁴⁹⁶ Andenæs i *NTJK* 1962 s. 121.

⁴⁹⁷ Øyen, *Vernet mot selvinkriminering* s. 115.

«En grunnleggende rettighet for et menneske er retten til selvbestemmelse – til autonomi. Ethvert menneske har rett til å treffe egne valg, basert på egne verdiprioriteringer. Kjernen i rettigheten er at en beskjæring av den fra myndighetenes side må være forholdsmessig ut fra det målet myndighetene ønsker å oppnå. Anerkjennelse av retten til selvbestemmelse er en vesentlig forutsetning for at et menneske skal kunne behandles med verdighet»

En straffeprosess uten selvinkrimineringsvern vil være uverdlig fordi det er et uforholdsmessig inngrep i denne selvbestemmelsesretten. Selvinkrimineringsvernet bygger altså på at myndighetenes mål om realisering av straffansvar og interesse i å opplyse saken ikke kan forsvare et slikt inngrep. Øyen oppsummerer sitt standpunkt som følger:⁴⁹⁸

«Et minimumsvern mot selvinkriminering er påkrevd for at mistenkte, som en aktør i strafferettspleien, ikke skal bli redusert til et redskap for samfunnet. Det er imidlertid vanskelig å forankre standpunktet på annen måte enn i egen moraloppfatning. Standpunktet bygger på at mennesker har en sterk iboende selvoppholdelsesdrift og et sterkt ønske om å bestemme over egen lojalitet, og at disse driftene inkluderer en potensielt sterk motvilje mot selvinkriminering. Videre bygger standpunktet på den moraloppfatning at staten, i den situasjonen som drøftes her, må utvise et minimum av respekt for disse egenskapene hos mennesker.»

Også EMD har uttrykt at selvinkrimineringsvernet bygger på en respekt for siktedes *vilje* til taushet.⁴⁹⁹ Selv om det ikke er blitt uttrykt eksplisitt av EMD, er det nærliggende å anta at respekten for siktes vilje er knyttet til den vanskelige situasjonen hvor siktede må velge mellom å inkriminere seg selv eller beskytte seg gjennom løgn. Det kan derfor legges til grunn at hensynet til verdighet står sentralt også i EMDs begrunnelse for selvinkrimineringsvernet.⁵⁰⁰

Selvinkrimineringsvernet kan også i noen grad fungere som en *rettssikkerhetsgaranti* for *uskyldige* mistenkte. Uten regler som beskytter mot selvinkriminering er risikoen at uskyldig mistenkte kan bli utsatt for trusler, tvang og andre utilbørlige etterforskningsmetoder for å presse frem informasjon. Dette kan i verste fall lede til falske tilståelser eller annen uriktig selvinkriminering. Uskyldige mistenkte kan videre ha grunner til å forholde seg taus, for eksempel ved fare for å snakke seg inn i et ansvar

⁴⁹⁸ Øyen, *Vernet mot selvinkriminering* s. 118.

⁴⁹⁹ Se Saunders-dommen (avsnitt 68–69) og EMDs dom av 5. november 2002, *Allan mot Storbritannia* (sak 48539/99) (avsnitt 44).

⁵⁰⁰ Se Øyen, *Vernet mot selvinkriminering* s. 123 og NOU 2016: 24 s. 208.

det ikke er grunnlag for. Samtidig er det tvilsomt hvor langt selvinkrimineringsvernet gir særlig systematisk sikkerhet mot utilbørlige avhørsmetoder. Beskyttelse mot slike overgrep sikres bedre gjennom forbud og annen lovgivning direkte rettet mot utilbørlig etterforskningsmetoder.⁵⁰¹

Hensynet til (skyldige) mistenktes verdighet og uskyldige mistenktes rettssikkerhet tilsier at det bør gjelde et selvinkrimineringsvern, men kan ikke alene styre hvor langt vernet rekker. I denne vurderingen må disse to hensynene veies opp mot det grunnleggende hensyn om å sikre at en *straffesak blir så godt opplyst som mulig*, jf. straffeprosessloven § 294. Et utstrakt selvinkrimineringsvern vil svekke opplysningen av saken og dermed også ha skadelige virkninger på samfunnets interesse i å realisere straffansvar. Samtidig vil en utstrakt plikt for siktede til å medvirke til sakens opplysning, særlig ved bruk av press, kunne skape risiko for uriktige forklaringer, ha en negativ effekt på fokus i etterforskningen, og svekke kvaliteten på bevisene.⁵⁰² Det er derfor ikke slik at hensynet til sakens opplysning alltid taler for å begrense selvinkrimineringsvernet.

11.5.3 Foretaks selvinkrimineringsvern etter gjeldende rett

Straffeprosessloven inneholder ingen særregler om selvinkrimineringsvern for foretak. I forarbeidene til den generelle hjemmelen for foretaksstraff i straffeloven 1902 § 48 a ble det uttalt at når et foretak er siktet, vil ansatte i foretaket ha vitneplikt etter de vanlige regler i straffeprosessloven, men som vitner vil ansatte kunne nekte å svare på spørsmål som kan utsette dem for straff, jf. straffeprosessloven § 123.⁵⁰³ Vitneplikten gjelder heller ikke når svar vil kunne røpe forretnings- eller driftshemmeligheter, jf. § 124. Uttalelsene synes å forutsette at foretaket som mistenkt ikke faller inn under §

⁵⁰¹ Øyen, *Vernet mot selvinkriminering* kap. 3.4.

⁵⁰² Se Øyen, *Vernet mot selvinkriminering* kap. 3.2 og Rui i *TjR*, 2009 s. 50–52..

⁵⁰³ NOU 1989: 11 s. 30 Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 40

123, men spørsmålet er ikke drøftet.⁵⁰⁴ Spørsmålet ble heller ikke drøftet i forarbeidene til straffeprosessloven § 84 a om partsrepresentasjon for foretak. EMD har ikke tatt direkte stilling til spørsmålet om foretak er beskyttet av selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6, men har lagt til grunn at foretak er beskyttet av andre rettigheter etter EMK artikkel 6. I norsk og internasjonal juridisk teori, har meningene vært noe delte om hvorvidt foretak har et selvinkrimineringsvern etter EMK artikkel 6.⁵⁰⁵

Spørsmålet kom opp for Høyesterett i Rt. 2011 s. 800, som gjaldt pålegg til et foretak om utlevering av bevis etter straffeprosessloven § 210. Høyesterett kom til at et mistenkt foretak er beskyttet av retten til selvinkriminering etter EMK artikkel 6. Høyesterett la imidlertid til grunn at det er en høy terskel for at pålegg om utlevering av regnskapsmateriale etter § 210 vil krenke selvinkrimineringsvernet. Dette fordi det er tale om realbevis som eksisterer uavhengig av foretakets vilje.⁵⁰⁶ Høyesterett konkluderte også med at vitners selvinkrimineringsvern etter straffeprosessloven § 123 også gjelder foretak, men avgjørelsen gir begrenset veiledning om den nærmere rekkevidden av vernet for foretak i relasjon til denne bestemmelsen.

11.5.4 Vurdering og anbefaling

11.5.4.1 Bør foretak ha vern mot selvinkriminering?

En forutsetning for at foretak bør ha vern mot selvinkriminering er at de sentrale hensynene som begrunner vernet for fysiske personer også gjør seg gjeldende for foretak. Når det gjelder det grunnleggende hensynet til en verdig behandling av skyldige mistenkte, hevder Øyen at verdighet er en «målestokk på et menneskes situasjon».⁵⁰⁷ Han avviser derfor at et foretak som sådan kan settes i en uverdigg

⁵⁰⁴ Jf. Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 76–78).

⁵⁰⁵ Se Øyen, *Vernet mot selvinkriminering* s. 360 med videre henvisninger. Øyen konkluderer med (s. 369) at spørsmålet er usikkert, men heller mot at det menneskerettslige vernet ikke kan utgjøre en skranke for norsk straffeprosess på dette punktet. Motsatt, Elgesem og Wahlen i *TjF* 2010.

⁵⁰⁶ Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 60).

⁵⁰⁷ Øyen, *Vernet mot selvinkriminering* s. 118.

situasjon, og dermed kan ikke hensynet til en verdig behandling av siktede begrunne et selvinkrimineringsvern mot foretak. Han utdyper argumentet ved å vise til at et foretak har:⁵⁰⁸

«... ingen egen evne til å treffe valg ... og kan derfor aldri komme i en tilsvarende vanskelig valgsituasjon som fysiske personer. Eventuelle vanskelige valg oppstår hos den fysiske personen som skal forklare seg eller beslutte utlevering av en gjenstand på foretakets vegne. Valgkvaler hos vedkommende skyldes enten hensynet til egne økonomiske interesser i foretaket, hensynet til de ansatte, eller hensynet til mer allmenne interesser som foretaket ivaretar. Selv om slike valgkvaler etter forholdene kan være betydelige, skiller de seg markert fra det valget en fysisk person står overfor der det er spørsmål om han i lojalitet mot samfunnets strafforfølgingsinteresse skal bøye av for et press i retning selvinkriminering, eller prioritere egen frihet, ære og fremtid. I tillegg minner valgkvalene mye om de valg en person generelt sett er forpliktet til å tåle som leder i et foretak»

Jeg er enig med Øyen i at hensynet til verdig behandling ikke gjør seg gjeldende på samme måte for foretak som for fysiske personer. Men begrunnelsen for dette ligger etter min oppfatning ikke i at foretak mangler «egen evne til å treffe valg». En slik forståelse av foretak, som også bygger på forutsetningen om at det ikke har en «vilje», er problematisk og har også vært brukt som argument for at foretak *ikke* kan straffes.⁵⁰⁹ Hensynet til verdig behandling er etter min oppfatning klart relevant for foretak, men forskjellen er at foretaksstraff uten selvinkrimineringsvern *ikke* er et uforholdsmessig inngrep i selvbestemmelsesretten som med rimelighet kan anses uverdigg mot foretaket.

I denne forholdsmessighetsvurderingen er det to sentrale forskjeller mellom foretak og fysiske personer som mistenkt som tilsier at foretak ikke har samme beskyttelsesbehov mot selvinkriminering som fysiske personer. For det første er selvbestemmelsesretten til foretak av en helt annen (og innskrenket) karakter enn fysiske personers selvbestemmelsesrett. Foretak bør i denne sammenheng forstås som en sosial konstruksjon som treffer beslutninger og valg gjennom en institusjonalisert beslutningsprosess. Det betyr at foretak har en selvbestemmelsesrett, men utøvelsen av den treffes etter en nærmere bestemt prosedyre. Den involverer naturligvis enkeltpersoner, men skiller seg fra disse enkeltpersonenes individuelle

⁵⁰⁸ Øyen, *Vernet mot selvinkriminering* s. 358.

⁵⁰⁹ Se. 5.1 og 6.5 ovenfor.

selvbestemmelsesrett nettopp ved at de er begrenset gjennom prosedyrer og skranker for beslutningene. Styret i et aksjeselskap kan for eksempel ikke treffe beslutninger som strider mot *selskapets interesse*. Sagt med andre ord, et foretaks selvbestemmelsesrett er etter sin natur underlagt institusjonelle skranker. Selv om skrankene kan endres, vil et foretaks selvbestemmelsesrett når en konkret beslutning skal treffes ikke være *fri* på samme måte som en fysisk persons selvbestemmelsesrett. Det medfører at inngrepet i selvbestemmelsesretten som følger av en eventuell selvinkriminering er mindre inngripende enn overfor fysiske personer. Riktig nok vil enkeltpersonene som er involvert i foretakets beslutninger og/eller handler i kraft av slike beslutninger kunne stå overfor vanskelige valgkvaler i en straffeprosess mot foretaket, men i avveiningen mellom hensynet til opplysning av saken og behovet for et selvinkrimineringsvern, er det etter min oppfatning liten tvil om at behovet for vern er langt mindre i denne situasjonen enn når det er enkeltpersonenes eget straffansvar som er i spill.

Den andre sentrale forskjellen som gjør at behovet for selvinkrimineringsvern er mindre for foretak enn fysiske personer, er at ved alvorlige lovbrudd er *konsekvensene* siktede risikerer ved å inkriminere seg selv langt mer byrdefull for en fysisk person enn et foretak. Mens et foretak «bare» risikerer bot (eventuelt rettighetstap) vil en personlig siktet ofte risikere fengselsstraff. Selv om en stor bot kan være svært inngripende i foretakets økonomiske interesser, er dette en vesentlig lettere byrde å bære sammenlignet med en personlig fengselsstraff.

Etter min oppfatning taler disse to grunnene sterkt for at en straffeprosess uten selvinkrimineringsvern for foretak ikke kan anses som et uforholdsmessig inngrep i foretakets selvbestemmelsesrett. I tillegg kommer at i avveiningen mellom hensynet til opplysning av saken og behovet for et selvinkrimineringsvern, bør det tas hensyn til at selv med tvangsmidler som ransaking og beslag, kan det være svært komplisert å etterforske lovbrudd begått i et foretak. Mengden av informasjon og informasjonsstrømmer i større foretak er så omfattende, at uten en medvirkningsplikt til å fremskaffe informasjon som er relevant for etterforskningen, kan foretaket fort bli «ugjennomtrengelig» for politi- og påtalemyndighet.

Imot dette kan innvendes at hensynet til rettssikkerhet for uskyldige siktede, særlig hensynet til å unngå uriktig selvinkriminering som følge av tvang og press, også er aktuelt for foretak. Til dette er å si at de enkeltpersonene som kan bli utsatt for press for å inkriminere foretaket, likevel står i en mindre byrdefull tvangssituasjon enn personlig siktede. Dessuten, og som vist ovenfor, er dette hensynet ikke en bærende begrunnelse for selvinkrimineringsvernet. Beskyttelse mot press og tvang kan også ivaretas gjennom andre mekanismer.

Det kan også anføres at et selvinkrimineringsvern for foretak representerer en rimelig balanse mellom hensynet til samfunnets interesse i realisering av straffansvar og foretakets interesser i straffeprosessen. Min innvending mot dette er at jeg har vanskelig for å se hvilke hensyn som tilsier at denne avveiningen faller annerledes ut enn forholdsmessighetsvurderingen jeg har argumentert for ovenfor. Til dette kommer at selvinkrimineringsvern for foretak skaper noen særlige retts tekniske utfordringer når man skal trekke en hensiktsmessig rettslig ramme for vernet. For det første vil det være betenkelig dersom politi- og påtalemyndighet skal være avskåret fra å bruke dokumentbevis som foretaket har avgitt som ledd i informasjon til forvaltningen, for eksempel regnskapsopplysninger til skattemyndigheter. Sammenlignet med fysiske privatpersoner, er særlig næringsdrivende foretak underlagt en omfattende opplysningsplikt til myndigheter og andre. For det andre vil et selvinkrimineringsvern i form av fritak for forklaringsplikt kreve at det identifiseres hvem i foretaket som kan påberope dette vernet. Hvem dette bør være er ikke opplagt.

På denne bakgrunn mener jeg at de beste reelle grunner tilsier at et foretak ikke bør ha et selvinkrimineringsvern.

11.5.4.2 Har foretak selvinkrimineringsvern etter EMK artikkel 6?

Høyesteretts standpunkt i Rt. 2011 s. 800 bygger på en forutsetning om at foretak er beskyttet mot tvungen selvinkriminering etter EMK artikkel 6. Hvis dette er riktig, er det klart at selvinkrimineringsvernet for foretak som Høyesterett slo fast må videreføres. Men det er grunn til å problematisere Høyesteretts standpunkt. Straffeprosessutvalget har reist innvendinger mot Høyesteretts argumentasjon, og

mener at det ikke kan utledes et selvinkrimineringsvern for foretak etter EMK artikkel 6.⁵¹⁰ Jeg er langt på vei enig i utvalgets konklusjon og store deler av begrunnelsen. Jeg vil likevel knytte noen særlige kommentarer til Høyesteretts og Straffeprosesslovutvalgets vurderinger.

Høyesteretts utgangspunkt er at selv om EMD ikke har tatt stilling til om foretak er beskyttet av selvinkrimineringsvernet, har EMD i flere dommer slått fast at *andre* rettigheter under EMK artikkel 6 kan påberopes av juridiske personer og at dette tilsier at vernet kan påberopes av foretak.⁵¹¹ Jeg er enig med straffeprosesslovutvalgets innvending at styrken av dette argumentet ikke er opplagt fordi rettighetene som EMD har gitt anvendelse på foretak har en klarere forankring i konvensjonsteksten enn selvinkrimineringsvernet. I tillegg skal påpekes at retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 er et overordnet og generelt prinsipp som består av flere («under»)rettigheter som dels er presisert i bestemmelsen og dels følger av konvensjonspraksis. Det er imidlertid ikke full identitet mellom hensynene som begrunner de forskjellige rettighetene under det overordnede kravet til rettferdig rettergang. Så lenge EMD ikke har tatt konkret stilling til om foretak er beskyttet av selvinkrimineringsvernet, bør det derfor utvises forsiktighet med å trekke slutninger om et foretaks selvinkrimineringsvern fra andre rettigheter under EMK artikkel 6 som er gitt anvendelse på foretak.

Høyesterett legger videre til grunn at «generelle rettssikkerhetshensyn» som EMK artikkel 6 skal ivareta, er «et sterkt argument for at også juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering når de risikerer foretaksstraff.»⁵¹² Dette fordi domfellelse kan ha «inngrepene konsekvenser for dem». Jeg mener at dette argumentet må nyanseres. Som Høyesterett påpeker, følger det av Saunders-dommen at selvinkrimineringsvernet blant annet skal verne «the accused against improper

⁵¹⁰ NOU 2016: 24 s. 209–214.

⁵¹¹ Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 28–33).

⁵¹² Rt. 2011. s 800 (avsnitt 40).

compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6».⁵¹³ Men jeg mener Høyesterett anlegger et svært bredt perspektiv når det legges til grunn at selvinkrimineringsvernet «har til formål å unngå rettsfornektelse og å ivareta de hensyn [artikkel 6] mer allment skal ivareta». Som beskrevet ovenfor, er rettssikkerhetshensynet som selvinkrimineringsvernet beskytter, primært knyttet til faren for at tvang og press skal føre til uriktige tilståelser fra uskyldige siktede. Selv om dette også kan være relevant for foretak, er dette hensynet ikke den bærende begrunnelsen for selvinkrimineringsvernet. Dessuten er tvangssituasjonen en annen for representantene for foretaket enn en personlig siktet.

Høyesterett legger videre vekt på at EMD i Saunders-dommen viser til at det er en nær forbindelse mellom selvinkrimineringsvernet og uskyldpresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2, og at rettssikkerhetshensynene bak selvinkrimineringsvernet er begrunnet i et ønske om å beskytte mot uakseptabel tvang.⁵¹⁴ Disse to momentene må vurderes i sammenheng, fordi de begge hviler på hensynet til respekt for siktedes vilje.

Når det gjelder uttalelsen om at selvinkrimineringsvernet er «closely linked» til uskyldpresumsjonen i artikkel 6 (2), sammenholdt med at EMD i Västberga Taxi mot Sverige forutsatte at foretak er beskyttet av uskyldpresumsjonen, er det mulig at dette bærer bud om at EMD kan tenkes å åpne for at foretak er beskyttet av et selvinkrimineringsvern, men det er likevel ikke åpenbart. Som Straffeprosesslovutvalget peker på, må sammenhengen mellom de to rettighetene nyanseres. Västberga Taxi saken gjaldt et spørsmål om vernet mot *skyldpresumsjoner* etter EMK artikkel 6 (2). Klagerne, som var både fysiske personer og et selskap, anførte at en presumsjonsregel for subjektiv skyld i svensk skatterett som påla klagerne en tung bevisbyrde, var i strid med uskyldpresumsjonen. Hovedbegrunnelsen for vernet mot slike skyldpresumsjoner er imidlertid knyttet til en annen side ved siktedes vilje enn

⁵¹³ Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 38), jf. Saunders-dommen (avsnitt 68).

⁵¹⁴ Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 40–41).

det selvinkrimineringsvernet beskytter. Selvinkrimineringsvernet skal særlig beskytte *selvbestemmelsesretten* til en skyldig siktet, mens vernet mot objektivt ansvar beskytter mot straff for noe en uskyldig siktet ikke «kan for» eller klandres for. Foretak har som anført ovenfor ikke et legitimt behov for like sterk beskyttelse mot inngrep i selvbestemmelsesretten som fysiske personer. Men foretak har et legitimt behov for vern mot straffansvar for handlinger det ikke kan *klandres for*, jf. ovenfor punkt [...]. Derfor bør foretak være beskyttet av skrankene mot skyldpresumsjoner som er innbakt i EMK artikkel 6(2).

Når det gjelder EMDs uttalelser om å beskytte mot uakseptabel tvang, må det skilles mellom hensynet til å beskytte uskyldige siktede mot uriktige tilståelser fremkalt ved tvang, og hensynet til å beskytte skyldige siktede mot å inkriminere seg selv mot sin vilje ved bruk av tvang. Det er det siste hensynet som er kjernen i selvinkrimineringsvernet. Høyesterett skiller ikke mellom disse tilfellene, men viser til at «siden et selskap som sådan ikke har noen vilje», kan uttalelsene fra EMD om dette tilsa at vernet bar tar sikte på å beskytte fysiske og ikke juridiske personer.⁵¹⁵ Dette avvises likevel fordi enkeltpersoner som opptre på vegne av et foretak vil kunne komme i en lignende tvangssituasjon.⁵¹⁶

«Det kan hevdes at den tvang selskapsrepresentantene utsettes for når en strafforfølgning rettes mot selskapet, er markert forskjellig fra den tvang en fysisk person utsettes for når strafforfølgningen gjelder ham personlig. Men selv om straff som rammer foretaket kan ramme selskapsrepresentantene mindre hardt, dreier det seg etter mitt syn mer om enn gradsforskjell enn en prinsipiell ulikhet som kan begrunne at juridiske personer ikke er omfattet av vernet mot selvinkriminering»

Jeg er enig med Høyesterett i at risikoen for foretaksstraff kan stille selskapsrepresentantene i en vanskelig tvangssituasjon som ligner den som personlig siktede kan oppleve. Men det kan synes som at Høyesterett i vurderingen av forskjellen, forutsetter at foretaksstraffen rammer selskapsrepresentantene direkte – men «mindre hardt». Det er etter min oppfatning lite treffende perspektiv på vurderingen. Selv om

⁵¹⁵ Rt. 2011 s. 800 avsnitt 41.

⁵¹⁶ Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 42).

vilkårene for et foretaks straffansvar bygger på en identifikasjon mellom foretak og en fysisk gjerningsperson, er det ingen identifikasjon mellom foretaket og representantene som straffesubjekter. Foretaksstraffen kan indirekte ramme representantenes private økonomiske interesser, men denne interessen bør etter min oppfatning ikke beskyttes på bekostning av hensynet til sakens opplysning. Tvangssituasjonen selskapsrepresentantene står overfor kan også skyldes en lojalitet til selskapets interesser, men denne lojaliteten kan sammenlignes med det som et vitne kan oppleve i relasjon til risikoen for inkriminering av nærstående etter straffeloven § 123. Det er høyst tvilsomt om EMK artikkel 6 beskytter inkriminering av andre enn siktedes selv. Og uansett bør denne lojaliteten ikke beskyttes på bekostning av hensynet til sakens opplysning

Høyesterett legger videre «betydelig vekt» på at EU-domstolen har lagt til grunn at foretak kan påberope et begrenset selvinkrimineringsvern, og «forutsatt at EMK artikkel 6 får anvendelse på juridiske personer».⁵¹⁷ Etter min oppfatning kan det imidlertid ikke legges til grunn at EU-domstolen har forutsatt at selvinkrimineringsvernet under EMK artikkel 6 gjelder foretak. De dommene som Høyesterett viser til, signaliserer tvert imot at EU-domstolen stiller seg tvilende til rekkevidden av selvinkrimineringsvernet under EMK artikkel 6. I Orkem-dommen,⁵¹⁸ hvor selvinkrimineringsvernet først kom til uttrykk, uttalte EU-domstolen følgende om forholdet til EMK artikkel 6:⁵¹⁹

As far as Article 6 of the European Convention is concerned, although it may be relied upon by an undertaking subject to an investigation relating to competition law, it must be observed that neither the wording of that article nor the decisions of the European Court of Human Rights indicate that it upholds the right not to give evidence against oneself

Første del av setningen refererer til Artikkel 6 *generelt* – og det er ikke kontroversielt at flere av rettighetene under bestemmelsen får anvendelse på foretak. Men av setningens siste ledd fremgår at EU-domstolen på dette tidspunktet mente at EMK

⁵¹⁷ Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 47).

⁵¹⁸ Sak C-374/87, *Orkem mot Kommisjonen*, EU:C:1989:387.

⁵¹⁹ Sak C-374/87, *Orkem mot Kommisjonen*, EU:C:1989:387 (avsnitt 30).

artikkel 6 *ikke* inneholdt et selvinkrimineringsvern – i hvert fall ikke for foretak. Det begrensede selvinkrimineringsvernet for foretak som EU-domstolen la til grunn i Orkem-dommen ble med andre ord *ikke* begrunnet i EMK artikkel 6. Det samme gjelder den senere Dalmine SpA-dommen, som med referanse til uttalelser iblant annet Orkem-dommen fastholdt et «strippet»selvinkrimineringsvern for foretak uten å forankre dette i EMK artikkel 6.⁵²⁰ Høyesterett viser også til P Limburgse Vinyl Maatschappij-dommen.⁵²¹ Her slo EU-domstolen fast at det i konkurransesaker må tas hensyn til EMDs praksis. Den fastholder imidlertid det begrensede selvinkrimineringsvernet som ble slått fast i Orkem-dommen, og det er uklart hvor langt den forutsetter at selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 også omfatter foretak.

Slik jeg ser det, gir disse dommene ikke tilstrekkelig grunnlag for å anta at EU-domstolen forutsetter at selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 omfatter foretak. Tvert om, det begrensede selvinkrimineringsvernet i EU-konkurranseretten har blitt utviklet på selvstendig grunnlag først med utgangspunkt i at EMK artikkel 6 ikke ga beskyttelse, og selv om senere praksis fra EMK har utviklet et selvinkrimineringsvern for fysiske personer, har ikke dette endret rekkevidden av vernet for foretak i EU-konkurranseretten.

Etter min oppfatning indikerer dommene at EU-domstolen forutsetter at spørsmålet om selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 for foretak ikke er avklart. Dette støttes av en nylig avsagt dom av EU-domstolen (storkammer) i saken DB mot Consob.⁵²² Dommen ble avsagt etter anmodning fra forfatningsdomstolen i Italia om en prejudisiell avgjørelse i en sak mellom en fysisk person DB og Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob). Saken gjaldt en pønalt administrativ sanksjon mot DB for innsidehandel og manglende samarbeid med myndighetene under en

⁵²⁰ Sak C-407/04 P, *Dalmine SpA mot Kommisjonen*, EU:C:207:53 (avsnitt 34), sml. Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 44).

⁵²¹ Sak C-238/99 P, *Limburse Vinyl Maatschappij mfl. mot Kommisjonen*, EU:C:2002:582, jf. Rt. 2011 s. 800 avsnitt 46.

⁵²² Sak C-481/19, *DB mod Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, EU:C:2021:84.

administrativ etterforskning. Et av de prejudisielle spørsmålene EU-domstolen tok stilling til var om Consob ved sanksjonene hadde krenket DBs selvinkrimineringsvern. EU-domstolen la til grunn at Den Europeiske Unions Charter om grunnleggende rettigheter («EU-Charteret») Artikkel 47 (retten til «fair hearing») svarer til prinsippet om «fair hearing» i EMK artikkel 6 (1) og at Artikkel 48 (uskyldspresumsjonen) svarer EMK artikkel 6 (2). Videre la EU-domstolen til grunn at «the right to silence of natural persons» etter EMK artikkel 6, slik det er utviklet av EMD, også er beskyttet av EU-Charteret.⁵²³

Siden sanksjonen var rettet mot en fysisk person (DB), kom spørsmålet om et foretak er beskyttet av dette selvinkrimineringsvernet ikke direkte opp til avgjørelse, men Italienske myndigheter anførte at det «strippede» selvinkrimineringsvernet som juridiske personer har etter EU-domstolens praksis i konkurransesaker kan anvendes analogisk på fysiske personer i innsidesaker som dette. EU-domstolen avviste dette og understrekte at konklusjonen om fysiske personers «right to silence» under EU-Charteret og EMK:⁵²⁴

“... is not called into question by the case-law of the Court of Justice on the EU competition rules, from which it is apparent, in essence, that, in proceedings seeking to establish an infringement of those rules, the undertaking concerned may be compelled to provide all necessary information concerning such facts as may be known to it and to disclose, if necessary, such documents relating thereto as are in its possession, even if the latter may be used to establish, inter alia in its regard, the existence of anti-competitive conduct (see, to that effect, judgments of 18 October 1989, *Orkem v Commission*, 374/87, EU:C:1989:387, paragraph 34; of 29 June 2006, *Commission v SGL Carbon*, C-301/04 P, EU:C:2006:432, paragraph 41; and of 25 January 2007, *Dalmine v Commission*, C-407/04 P, EU:C:2007:53, paragraph 34).”

Denne uttalelsen kan tas til inntekt for at EU-domstolen mener at selvinkrimineringsvernet som er utviklet av EMD bare gjelder fysiske personer. I den videre begrunnelsen for standpunktet viser EU-domstolen likevel til at det gjelder et

⁵²³ DB-dommen (avsnitt 45).

⁵²⁴ DB-dommen (avsnitt 46)

begrenset selvinkrimineringsvern for foretak, men at dette ikke kan anvendes analogisk på fysiske personer:⁵²⁵

“First, the Court has further held, in this context, that that undertaking cannot be compelled to provide answers which might involve an admission on its part of the existence of such an infringement (see, to that effect, judgments of 18 October 1989, *Orkem v Commission*, 374/87, EU:C:1989:387, paragraph 35, and of 29 June 2006, *Commission v SGL Carbon*, C-301/04 P, EU:C:2006:432, paragraph 42).

Second, as the referring court itself states, the case-law referred to in the two preceding paragraphs above concerns procedures that may lead to the imposition of penalties on undertakings and associations of undertakings. It cannot apply by analogy when determining the scope of the right to silence of natural persons who, like DB, are the subject of proceedings for an offence of insider dealing.”

Det er i denne sammenhengen interessant at Generaladvokaten, i sitt forslag til avgjørelse om dette spørsmålet la til grunn at selvinkrimineringsvernet som er utviklet av EMD er myntet på fysiske personer ikke foretak:⁵²⁶

Unless I am mistaken, the ECtHR has never, unlike the Court of Justice, ruled on whether a legal person may rely on the right to remain silent in criminal or administrative proceedings brought against it that seek to impose a penalty of a criminal nature. In other words, the scope of that right, as defined in broad terms in the following paragraphs, has hitherto been granted only to *natural persons*.

That is made patently clear by the way in which the ECtHR has defined the rationale underpinning the right to remain silent and the right not to incriminate oneself, the latter being a component of the former. According to the ECtHR, that rationale lies in the protection of persons who are the subject of a ‘criminal charge’ against improper coercion on the part of the authorities. In that court’s view, such protection is intended to avoid miscarriages of justice and to secure the aims of Article 6 ECHR, (61) and, more specifically, to ensure that, in criminal proceedings, the prosecution seek to prove their case without resorting to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. The latter consideration is reinforced by the clarification that the right not to incriminate oneself ‘is primarily concerned ... with respecting the will of an accused person to remain silent.

In other words, as well put by the Commission in its written observations, respect for the person and his freedom of determination, by preventing coercion by the public authorities in the formation of his will, lies at the heart of the purpose of the right to remain silent as envisaged by the ECtHR. Thus, the right in question is understood by the ECtHR as a component of human dignity, as Judge Martens rightly observed in his dissenting opinion annexed to *Saunders v. the United Kingdom*, which states that the ECtHR appears to have embraced the view that ‘respect for human dignity and autonomy requires that every suspect should be completely free to decide which attitude he will adopt with respect to the criminal charges against him’. Against this backdrop, it does not appear possible to transpose that case-law, as it stands, to legal persons. “

⁵²⁵ DB-dommen (avsnitt 47–48).

⁵²⁶ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat P. Pikamäe av 27. oktober 2020 i sak C-481/19, *DB mod Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, EU:C:2020:861 (avsnitt 97–99)

Til dette kommer, som Straffeprosesslovutvalget har påpekt,⁵²⁷ at EU-direktiv 2016/343 som gjelder styrking av blant annet uskyldspresumsjonen, og som inkluderer selvinkrimineringsvernet, jf. Artikkel 7, *ikke* gjelder foretak. I fortalen forutsettes at EMDs praksis gjelder *fysiske personers* selvinkrimineringsvern (min uthevning):

“This Directive acknowledges the different needs and levels of protection of certain aspects of the presumption of innocence as regards natural and legal persons. As regards *natural persons*, such protection is reflected in well established case-law of the European Court of Human Rights. The Court of Justice has, however, recognised that the rights flowing from the presumption of innocence do not accrue to legal persons in the same way as they do to natural persons.”

På denne bakgrunn er jeg enig med Straffeprosesslovutvalgets vurderinger og mener at det i dag ikke kan utledes et selvinkrimineringsvern for foretak etter EMK artikkel 6.

11.5.4.3 *Anbefaling*

Jeg støtter Straffeprosesslovutvalgets forslag til utkast til ny straffeprosesslov § 3-2 annet ledd annet punktum, som gjør uttrykkelig unntak fra selvinkrimineringsvernet i saker hvor mistenkte er et foretak.

11.6 Henleggelse etter kan-skjønn

11.6.1.1 *Gjeldende rett*

Dersom påtalemyndigheten finner at vilkårene for foretaksstraff er oppfylt, krever tiltale mot foretaket at påtalemyndigheten finner at straff er hensiktsmessig etter kan-skjønn, jf. straffeloven § 28. Hvis utfallet av denne vurderingen er at foretaket ikke bør straffes, skal saken henlegges. Kan-skjønn er med andre ord en selvstendig henleggelsesgrunn.⁵²⁸ Regelen i straffeprosessloven § 74 første ledd om adgangen til å ta opp igjen strafforfølgingen i tilfeller hvor en sak er henlagt etter bevisets stilling vil trolig gjelde også når en sak mot et foretak er henlagt etter kan-skjønn i straffeloven

⁵²⁷ NOU 2016: 24 s. 212–213.

⁵²⁸ Ot. prp. nr. 27 (1900–91) s. 38, jf. Matningsdal, *Straffeloven kommentar* § 27 punkt 10.3.

§ 27, jf. § 28.⁵²⁹ Jeg har ovenfor i 8.2.10 lagt til grunn at selvrapporing og etterfølgende tiltak for å forhindre gjentakelse («self-cleaning») er relevant for domstolens utøvelse av kan-skjønnen. Dette må også gjelde for påtalemyndighetens vurdering av om saken skal henlegges på dette grunnlag. Men påtalemyndigheten kan neppe henlegge på dette grunnlaget alene fordi foretaket har selvrapporert. Kan-skjønnen forutsetter en *bred* helhetsvurdering. Riksadvokaten har generelt instruert om at henleggelse eller nedsubsumering ikke skal brukes som «vederlag for opplysninger».⁵³⁰ Men dette kan neppe være til hinder for at selvrapporing og samarbeid inngår som et sentralt ledd i henleggelse etter kan-skjønnen.

11.6.1.2 Vurdering og anbefaling

Jeg har ovenfor under 8.3 anbefalt å ta bort kan-skjønnen. Konsekvensen av anbefalingen er at kan-skjønnen som selvstendig henleggelsesgrunn også bortfaller. Det er likevel ikke gitt at dette vil redusere påtalemyndighetens kompetanse til å henlegge saker mot foretak etter en hensiktsmessighetsvurdering av om foretaket bør straffes. For det første har påtalemyndigheten en generell kompetanse til å «innstille» strafforfølgingen av mindre alvorlige lovbrudd ved henleggelse, «hvis ikke allmenne hensyn tilsier påtale», jf. straffeprosessloven § 62 a andre ledd. Bestemmelsen gjelder overtredelser av straffebud med en strafferamme på 2 år eller lavere. Denne bestemmelsen vil også gjelde ved strafforfølging av foretak, og må etter min oppfatning anses like vid som kan-skjønnen etter straffeloven § 28. I tillegg synes påtalemyndigheten å ha en viss adgang til å henlegge saker der reelle hensyn tilsier at saken ikke forfølges, dels på ulovfestet grunnlag og dels gjennom en analogisk anvendelse av reglene om påtaleunntatelse i straffeprosessloven § 69 og § 70.⁵³¹ Straffeprosesslovutvalget foreslår videre en generell adgang til å henlegge enhver sak «når forfølging ikke er i det offentlige interesse, jf. utkast til ny straffeprosesslov §

⁵²⁹ Keiserud m.fl., *Straffeprosessloven Bind I* s. 357.

⁵³⁰ R. 3/2007 s. 2–3.

⁵³¹ Se Kjelby, *Påtalerett* s. 125 med videre henvisninger, Hov i *Festskrift Stavang* s. 616, jf. s. 621–623. Motsatt Andenæs/Myhrer, *Norsk Straffeprosess* s. 343. Se også NOU 2016: 24 s. 134.

28-2 andre ledd. Denne regelen vil også gjelde ved strafforfølgning av foretak, og kunne dekke tilfeller som i dag dekkes av straffeloven § 28.⁵³²

11.7 Tiltalekompetanse

11.7.1 Gjeldende rett

I henhold til straffeprosessloven § 65 – § 67 beror tiltalekompetansen på strafferammen for det aktuelle lovbruddet. Siden foretaksstraff alltid vil være bot (eventuelt rettighetstap), er et spørsmål om politiet har kompetanse til å ta ut tiltale i alle saker om foretaksstraff etter § 67. Det er klart at tiltalekompetansen også for foretak beror på den øvre strafferammen i straffebudet selv om det bare er bot som er aktuell straff for foretak.⁵³³ Som Matningsdal påpeker, ville en annen løsning gitt en uheldig kompetanseoppdeling i saker hvor det er aktuelt med både foretaksstraff og personlig straffansvar.⁵³⁴

11.7.2 Vurdering og anbefaling

Etter min oppfatning er gjeldende rett hensiktsmessig og bør videreføres også etter Straffeprosesslovutvalgets forslag til bestemmelser om påtalekompetanse i utkast til ny straffeprosesslov § 2-11.⁵³⁵

⁵³² NOU 2016: 24 s. 360–361, jf. s. 632.

⁵³³ Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 10.2. Løsningen synes forutsatt i Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 30 andre spalte.

⁵³⁴ Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 10.2.

⁵³⁵ NOU 2016: 24 s. 28.

11.8 Forelegg

11.8.1 Gjeldende rett

Siden foretak bare kan ilegges bot, rettighetstap eller inndragning, jf. straffeloven § 27 tredje ledd, vil forelegg som utgangspunktet kunne anvendes i alle saker mot foretak, jf. straffeprosessloven § 255 første ledd. Det er ingen maksimalbeløp for bøtestraff som kan ilegges ved forelegg. Etter § 255 tredje ledd kan rettighetstap som avgjøres ved forelegg likevel «bare gjelde for inntil 3 år og kan ikke gjelde tap av stilling, retten til å inneha stilling eller tap av retten til å utøve næringsvirksomhet, med unntak for binæring». Begrunnelsen for begrensningen er at rettighetstap utover dette fremstår som så inngripende, at det er naturlig med domstolsbehandling av hensyn til Grunnloven § 96.⁵³⁶ Dersom det er aktuelt å idømme et foretak et slikt rettighetstap, kan saken ikke avgjøres ved forelegg.

Straffeprosessloven § 256 om foreleggets innhold har enkelte regler som må tilpasses når bestemmelsen skal anvendes på foretak. Etter § 256 nr. 1 skal forelegget inneholde «siktedes navn og bopel». Ved foretak må «bopel» forstås som forretningsadresse. Etter § 256 nr. 4, skal forelegget fastsette «den fengselsstraff som inntreer om boten ikke blir betalt». Denne bestemmelsen gjelder naturlig nok ikke foretak.

Et forelegg vedtas ved «siktedes påtegning på forelegget», jf. straffeprosessloven § 257 første ledd. Dette reiser to spørsmål i relasjon til foretak. For det første er spørsmålet hvem som internt i foretaket har kompetanse til å vedta forelegget. Dette beror på kompetansereglene for den aktuelle foretaksform. For eksempel vil spørsmålet om vedtakelse av et forelegg i et aksjeselskap normalt være en beslutning av «uvanlig art eller stor betydning», som ligger utenfor daglig leders kompetanse etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-14 andre ledd. Konsekvensen er at en vedtakelse i normaltillfellene må besluttes av styret, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-12 (1).

⁵³⁶ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 231–232.

Det andre spørsmålet er hvem som har kompetanse til *utad* å vedta forelegget ved påtegning etter straffeprosessloven § 257. Utgangspunktet er her at forelegget kan signeres av den eller de personer som etter reglene for den aktuelle foretaksform har rett til å signere utad på vegne av foretaket. For aksjeselskaper reguleres dette av bestemmelsene om firmategningsrett etter aksjeloven/allmennaksjeloven §§ 6-30 – 6-34. Utgangspunktet må være at styret, eller den/de som styret har delegert firmategningsretten til etter § 6-31 har kompetanse til å signere forelegget. Daglig leder vil i normaltilfellene ikke ha slik kompetanse i kraft av sin stillingsfullmakt etter § 6-32. Partsrepresentanten som foretaket skal utpeke etter straffeprosessloven § 84 a, har også kompetanse til *utad* å vedta forelegget ved påtegning etter § 257.⁵³⁷ Når det gjelder forholdet til den interne beslutningen i foretaket om å vedta forelegget, presiserte departementet i forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a at foretaket kan instruere partsrepresentanten med hensyn til vedtakelsen:⁵³⁸

«Ved utpekingen av den personen som skal utøve partsrettigheter på foretakets vegne, må foretakets organer kunne instruere personen om utøvelsen av rettighetene, for eksempel at vedtakelse av forelegg eller inngivelse av ankeerklæring først skal kunne skje etter at saken har vært forelagt foretakets styre eller liknende»

Dette må fortsatt gjelde.

11.8.2 Vurdering og anbefaling

Jeg har ovenfor anbefalt at foretak bør kunne ilegges betinget bot, straffutmålingsutsettelse og straffutmålingsfravall, også ved forelegg. Jeg har videre anbefalt at forelegg bør inneholde en kort redegjørelse for hvordan bøtestrafen er beregnet. På grunn av dette, mener jeg at reguleringen av innholdet i forelegg mot foretak mest hensiktsmessig kan flyttes til en særskilt bestemmelse hvor ordlyden kan tilpasses foretaksstraff. Forslag til ny § 256 a i straffeprosessloven reflekterer dette.

⁵³⁷ Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 10.4.4.

⁵³⁸ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 41.

11.9 Konsekvenser av at gjerningspersonens straffesak stilles i bero

11.9.1 Gjeldende rett

Etter straffeprosessloven § 250 kan en sak stilles «foreløpig i bero» dersom påtalemyndigheten har funnet at det er grunnlag for tiltale, men siktede ikke kan dømmes fordi hans oppholdssted er ukjent eller han befinner seg i utlandet. I Rt. 2010 s. 1608 er forutsatt at sak kan reises mot foretaket selv om saken mot personen som har opptrådt på vegne av foretaket ble stilt i bero.

11.9.2 Vurdering og anbefaling

Løsningen som er fastslått i Rt. 2010 s. 1608 er hensiktsmessig. Etter min oppfatning er det ikke behov for å justere lovteksten i straffeprosessloven § 250 for å ta høyde for dette. Straffeprosesslovutvalget har foreslått en ny regel om midlertidig utsettelse som delvis har samme innhold, jf. utkast til ny straffeprosesslov 28-6 tredje ledd, jf. §13-8 første ledd.⁵³⁹ Den presiserer ikke at saken mot foretak kan fortsette selv om saken mot gjerningspersonen i foretaket blir utsatt. Det er etter min oppfatning heller ikke nødvendig.

11.10 Hovedforhandling uten meddommere

11.10.1 Gjeldende rett

Etter straffeprosessloven § 276 første ledd kan retten i saker hvor forelegg har vært utferdiget settes uten meddommere dersom den øvre strafferammen er bot og/eller fengsel inntil ett år. Dette gjelder likevel ikke dersom retten finner «behandlingsmåten betenkelig». I forarbeidene til bestemmelsen er fremhevet at saker om foretaksstraff

⁵³⁹ NOU 2016: 24 s. 64.

kan være kompliserte og gjelde store beløp, slik at disse ofte ikke vil være egnet til pådømmelse uten meddommere.⁵⁴⁰ Departementet fulgte likevel ikke anbefalingen fra en arbeidsgruppe om at regelen om pådømmelse uten meddommere ikke skulle gjelde saker om foretaksstraff.

11.10.2 Vurdering og anbefaling

Slik jeg ser det, er det neppe behov for et generelt unntak fra regelen om pådømmelse uten meddommere i saker om foretaksstraff hvor et forelegg ikke er vedtatt. Etter min oppfatning er dagens løsning hensiktsmessig. Straffeprosesslovutvalget foreslår å opprettholde regelen, jf. utkast til ny straffeprosesslov § 5-5.⁵⁴¹

11.11 Sondringen mellom skyld- og straffespørsmålet

Om vilkårene for foretaksstraff er oppfylt hører til skyldspørsmålet, mens kan-skjønn og straffutmålingen hører under straffespørsmålet, jf. Rt. 2000 s. 234 og 2002 s. 1312. Jeg har ovenfor anbefalt å ikke videreføre kan-skjønn. Konsekvensen er at denne delen av det prosessuelle straffespørsmålet bortfaller.

11.12 Unntaket fra kravet til samtykke etter straffeprosessloven § 321

11.12.1 Gjeldende rett

Etter straffeprosessloven § 321 første ledd, er hovedregelen at dersom påtalemyndigheten ikke vil nedlegge påstand om, og det heller ikke er idømt bøtestraff, kreves samtykke fra lagmannsretten for å fremme en anke. Samtykke er likevel ikke

⁵⁴⁰ Ot. prp. nr. 13 (2008–2009) s. 15.

⁵⁴¹ NOU 2016: 24 s. 234.

nødvendig når siktede er et foretak, jf. § 321 første ledd andre punktum. Begrunnelsen for regelen er at saker om foretaksstraff kan være svært komplekse og gjelde svært store beløp.⁵⁴² I tillegg kommer at det er særlig behov for ankebehandling for fastsettelse av straffenivået.

11.12.2 Vurdering og anbefaling

Unntaket fra samtykkekravet ved anker etter straffeprosessloven § 321 har gode grunner for seg, og bør opprettholdes. Straffeprosesslovutvalget har også foreslått å videreføre regelen i utkast til ny straffeprosesslov § 38-3 (1).

11.13 Særlig om samordning med administrative sanksjoner

11.13.1 Gjeldende rett

Forvaltningsloven § 47 første ledd bestemmer:

«Dersom et forvaltningsorgan har grunn til å anta at både straff og administrativ sanksjon kan være en aktuell reaksjon mot samme forhold, må organet i samråd med påtalemyndigheten avklare om forholdet skal forfølges strafferettslig, administrativt eller både strafferettslig og administrativt»

Tilsvarende bestemmer straffeprosessloven § 229 tredje ledd:

«Dersom påtalemyndigheten har grunn til å anta at både straff og administrativ sanksjon kan være en aktuell reaksjon mot samme forhold, må påtalemyndigheten i samråd med forvaltningsorganet avklare om forholdet skal forfølges strafferettslig, administrativt eller både strafferettslig og administrativt»

Bestemmelsene får anvendelse i tilfeller hvor samme lovbrudd kan gi grunnlag for både administrative sanksjoner og straff. Administrative myndigheter og påtalemyndigheten har i slike tilfeller en samordningsplikt. Formålet med bestemmelsene er å unngå

⁵⁴² Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 10.5, Andenæs/Myhrer, *Norsk straffeprosess* s. 481, NOU 1992: 28 s. 56 første spalte.

urettmessig dobbeltforfølgning etter EMK Protokoll 7 artikkel 4.⁵⁴³ I noen tilfeller er samordningsspørsmålet løst gjennom instruksjer om hvilket spor som skal følges.⁵⁴⁴ Etter straffeprosessloven § 71c har påtalemyndigheten dessuten en selvstendig kompetanse til å henlegge en sak og overføre den til forvaltningen «hvis vilkårene for straff eller offentlig påtale ikke er oppfylt, eller hvis det for øvrig er mest hensiktsmessig at forholdet forfølges administrativt.»

11.13.2 Vurdering og anbefaling

Jeg kan ikke se at mine anbefalinger knyttet til bruk av foretaksstraff skaper særskilt behov for lovendringer om samordning. Som fremholdt ovenfor i 6.3.3.4, mener jeg at administrative sanksjoner ikke bør erstatte foretaksstraff. Etter min oppfatning er reglene om samordning i forvaltningsloven § 47 og straffeprosessloven § 229 tredje ledd, jf. § 71 bokstav c hensiktsmessige. Jeg støtter også straffeprosesslovutvalgets forslag om å åpne for pådømmelse av administrative sanksjoner i straffesaken, jf. utkast til straffeprosesslov § 43-2 første ledd bokstav e.⁵⁴⁵

12 SÆRLIG OM BETYDNINGEN AV FORETAKETS SELVRAPPORTERING

12.1 Innledning

En praktisk viktig problemstilling er hvilken betydning selvrapporing, tilståelse og annet samarbeid med politi- og påtalemyndighet bør ha for et foretaks straffansvar. I det følgende bruker jeg uttrykket «selvrapporing» som en generell benevnelse som dekker alle bidrag til å oppklare saken. Dette er for så vidt ikke en eksklusiv

⁵⁴³ Prop 62 L (2015–2016) s. 200.

⁵⁴⁴ Se også Riksadvokaten, *Nasjonal Instruks om samarbeid med forvaltningsorganer i straffesak 2019*.

⁵⁴⁵ NOU 2016: 24 s. 84, jf. s. 498–499.

problemstilling som bare gjelder foretak. Også for fysiske personers straffansvar er et spørsmål hvilken betydning slike bidrag til oppklaring bør ha. Men straffbare handlinger som skjer i et foretaks virksomhet og foretakets håndtering av dette har noen særtrekk som gjør at både behov, hensyn og interesser etter omstendighetene stiller seg noe annerledes enn i relasjon til et personlig straffansvar.

Det sentrale spørsmålet er hvor langt selvrapporing om et lovbrudd bør gi grunnlag for mildere sanksjonering mot foretaket. Slik mildere sanksjonering kan bestå i at selvrapporing tillegges betydning for bøtstraffens størrelse når påtalemyndighetens utferdiger forelegg eller domstolen ilegger straff. Men det kan også reises spørsmål om selvrapporing bør gi grunnlag for betinget bot, straffutmålingsutsettelse, straffutmålingsfracfall, påtaleunntatelse eller henleggelse. Spørsmålet om betydningen av selvrapporing henger videre nær sammen med spørsmålet om i hvilken grad det bør åpnes for forhandlingsbaserte ordninger mellom myndigheter og foretak.

12.2 Overordnede hensyn og internasjonale forpliktelser

Prosessøkonomiske hensyn tilsier at det er en fordel med mekanismer som oppfordrer til at foretak samarbeider med politi- og påtalemyndighet. Særlig store økonomiske straffesaker mot foretak er typisk komplekse og svært ressurskrevende å etterforske og iretteføre. Et karakteristisk trekk ved slike saker er at de gjerne involverer store selskaper, at etterforskningen beror på en svært kostnadskrevende gjennomgang av et stort dokumentvolum og vitneavhør, at lovbruddene har forgreininger til flere land, og at det ofte er tale om lovbrudd i virksomhet som ellers er lovlig. Utfordringen er ikke bare at det er svært ressurskrevende å etterforske og iretteføre sakene. Det kan også være en utfordring for politi- og påtalemyndighet å komme på sporet av forbrytelsene. Igangsetting av etterforskningen kan i det hele tatt være avhengig av initiativ og samarbeid fra foretaket selv. Til dette kommer at politi- og påtalemyndighet ikke sjelden står overfor selskaper som har langt større økonomiske ressurser og kompetanse til sitt forsvar, enn det etterforskerne har til rådighet. Samarbeid om oppklaring kan her frigjøre ressurser i strafferettspleien.

En annen grunn til å tillegge samarbeid betydning for foretaks straffansvar er hensynet til Norges internasjonale forpliktelser. I henhold til FN-konvensjonen mot korrupsjon (United Nation Convention Against Corruption – UNCAC) Artikkel 37 nr. 2 og 3 er staten forpliktet til å vurdere muligheten for «mitigating punishment» og «immunity» for personer som har deltatt i korrupsjon – inkludert foretak - som samarbeider med håndhevingsmyndigheter. Tanken er at straffesystemet bør gi personer oppfordring til å ta ansvar for straffbare handlinger.⁵⁴⁶

Article 37

«2. Each State Party shall consider providing for the possibility, in appropriate cases, of mitigating punishment of an accused person who provides substantial cooperation in the investigation or prosecution of an offence established in accordance with this Convention.

«3. Each State Party shall consider providing for the possibility, in accordance with fundamental principles of its domestic law, of granting immunity from prosecution to a person who provides substantial cooperation in the investigation or prosecution of an offence established in accordance with this Convention.

Art 37 må sees i sammenheng med Artikkel 39 som inneholder en videre og mer generell forpliktelse for statene til å promotere samarbeid mellom myndigheter og privat sektor:

«Each State Party shall take such measures as may be necessary to encourage, in accordance with its domestic law, cooperation between national investigating and prosecuting authorities and entities of the private sector, in particular financial institutions, relating to matters involving the commission of offences established in accordance with this Convention.»

I tillegg kan vises til en rapport fra «OED Secretary-General High Level Advisory Group on Anti-Corruption and Integrity» fra 16. mars 2017. Anbefaling nummer 6 i denne rapporten er:⁵⁴⁷

«Create and publish model guidelines for criminal and civil settlements and voluntary disclosure consistent with the requirement for effective, proportionate and dissuasive sanctions under the OECD Anti-Bribery Convention. »

Samarbeid gjennom selvrapporing, informasjonsutveksling og bidrag til oppklaring av saken krever gjensidig tillit at både myndigheter og foretak drar fordel av

⁵⁴⁶ Se også Ot. prp. nr. 8 (1999–2000) s. 33 og s. 36.

⁵⁴⁷ OECD 2017, *On Combating Corruption and Fostering Integrity* s. 20.

samarbeidet. At samarbeid lønner seg gir også foretakene insentiv til å implementere systemer og prosedyrer for å detektere, etterforske og sanksjonere slike lovbrudd. Dersom samarbeid ikke anses formildende, er det fare for at foretak etter omstendighetene vil se seg tjent med å legge lokk på slike saker. Dette synspunktet korresponderer med at de fleste internasjonale «best-practice» standarder for selskapers antikorrupsjonsprogram forutsetter at foretak utarbeider og implementerer systemer og prosedyrer for etterforskning av korrupsjonsmistanker og påfølgende sanksjonering. Et eksempel på dette er FN-publikasjonen «An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A practical guide».⁵⁴⁸ En av anbefalingene i disse retningslinjene er «Addressing violations»:⁵⁴⁹

“When violations of the company’s anti-corruption policies and procedures are reported or detected, it is crucial to address these violations in order to demonstrate the company’s commitment to zero-tolerance of corruption. How a company addresses violations or irregular practices determines the credibility of its anticorruption programme among employees and business partners. Effective processes to deal with violations also help companies to avoid negative consequences by law enforcement and any reputational damage to the company. Companies should address violations as possible learning and improvement opportunities for their anti-corruption programme.”

Tilsvarende er understreket i Verdensbankens anbefaling «Summary of World Bank Group Integrity Compliance Guidelines» punkt 10.1:⁵⁵⁰ «Implement procedures for investigating Misconduct and other violations of its Program which are encountered, reported or discovered by the party» I retningslinjene knyttet til Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) fremhever også det amerikanske justisdepartementet («DOJ») betydningen av at selskaper etterforsker og sanksjonerer korrupsjon i virksomheten:⁵⁵¹

«Moreover, once an allegation is made, companies should have in place an efficient, reliable, and properly funded process for investigating the allegation and documenting the company’s response, including any disciplinary or remediation measures taken. Companies will want to consider taking «lessons learned» from any reported violations and the outcome of any resulting investigation to

⁵⁴⁸ Standarden er utgitt av “United Nations Office on Drugs and Crime” (UNODC) 2013: [An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide \(unodc.org\)](#).

⁵⁴⁹ An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A practical guide s. 86.

⁵⁵⁰ Retningslinjene er publisert på Verdensbankens hjemmesider: [Integrity-Compliance-Guidelines-2-1-11.pdf \(worldbank.org\)](#)

⁵⁵¹ FCPA, A resource guide to the Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition 2020 (s. 66): [download \(justice.gov\)](#)

update their internal controls and compliance program and focus future training on such issues, as appropriate».

Tanken bak slike mekanismer for intern etterforskning og sanksjonering av korrupsjon i virksomheten er at dette demonstrerer virksomhetens nulltoleranse for korrupsjon. Men det vil kunne virke mot sin hensikt dersom slike virkemidler øker risikoen for strengere straff.

Selvrapportering og samarbeid er ikke bare viktig for oppklaring av saker *mot foretaket*. Det vil også kunne være avgjørende for å strafforfølge personlig ansvarlige lovbrutere med tilknytning til foretaket. Men her kan det oppstå interessekonflikter som foretak kan utnytte. På den ene siden kan strafferabatt, mildere reaksjonsformer eller amnesti ved bidrag til å oppklare saker mot personlig ansvarlige gjerningspersoner kunne gi grobunn for en «syndebukkkultur» i selskaper, hvor enkelte personer blir «ofret» av foretaket som er under etterforskning for å beskytte andre individer og foretaket. Etter min oppfatning bør dette synspunktet ikke ha stor vekt. Det urimelige i at en person blir «ofret» er vel først og fremst dersom andre ansvarlige blir beskyttet. I så fall er utfordringen å finne mekanismer som gir foretaket en oppfordring til å legge alle relevante fakta på bordet. Om foretaket søker å beskytte enkeltpersoner må være en del av vurderingen av en eventuell strafferabatt. Særlig dersom ledelsespersoner er involvert, kan på den andre siden lojalitet til ledelsen være sterkere enn hensynet til oppklaring av saken. Styret i et foretak kan være mer innstilt på å akseptere en bøtStraff for foretaket hvis personlig ansvarlige gjerningspersoner ikke blir tiltalt.⁵⁵² Ressurssterke selskaper vil etter omstendighetene dermed kunne bruke foretaksansvaret som et forhandlingskort for at ledelse eller ansatte skal unngå ansvar. Dette kan etter min oppfatning motvirkes gjennom å sikre at en eventuell mildere behandling er betinget av at foretaket bidrar til opplysning av eventuelle saker mot enkeltpersoner.

En ordning som åpner for at selvrapportering fører til at foretak slipper sanksjon eller får særlig mild behandling, mens andre foretak eller fysiske personer i blir ilagt strenge

⁵⁵² Se Rt. 1995 s. 1922 og 12.3.3.3 nedenfor.

straffer for det samme lovbruddet, kan hevdes å være problematisk ut fra et likhetshensyn. Særlig hvis informasjon og anklager mot andre personer blir «premiert», kan det oppstå risiko for falske anklager. Dette kan tilsi varsomhet med å kombinere premiering av selvrapporing med forhandlingsbaserte løsninger.

Et foretak som ønsker å selvrapporere om forbrytelser i virksomheten vil etter omstendighetene kunne stå overfor vanskelige vurderinger vedrørende hvilket tidspunkt slik rapportering bør skje. Ikke sjelden vil det kunne være tale om mer eller mindre begrunnede mistanker, hvor faktagrunnlaget er uklart. I slike tilfeller vil et foretak ha et legitimt behov for selv å undersøke saken nærmere før myndighetene varsles, både av hensyn til foretaket selv, men også av hensyn til involverte enkeltpersoner. Myndighetene vil neppe heller ha ressurser til å betjene rapporter om enhver mistanke om et straffbart forhold i et foretak. Samtidig vil mulige interessekonflikter mellom foretaket og involverte enkeltpersoner kunne føre til et strategisk «kappløp» om selvrapporing. Enkeltpersoner i et foretak som er satt under intern granskning, vil kunne se seg tjent med å selvrapporere til myndighetene før foretaket, for å oppnå større strafferabatt på bekostning av foretaket.

Etter min oppfatning er det samlet sett gode grunner til å ha ordninger i strafferettspleien som gir foretak insentiv til selvrapporing i form av mildere behandling. Ved utforming av lovgivning og påtalepraksis om samarbeid er det sentralt å forene på den ene siden hensynet til forutberegnelighet, likhet og rettssikkerhet for foretaket og på den andre siden behovet for prosessøkonomisk effektive løsninger. Begge hensyn er viktig for å sikre den nødvendige tilliten mellom aktørene og til strafferettspleien. I tillegg er det behov for fleksible løsninger som sikre gode resultater i det enkelte tilfellet. Nytteverdien av et foretaks bidrag vil variere fra tilfelle til tilfelle, og samarbeidets betydning må vurderes i lys av hvor alvorlig forbrytelsen som avdekkes er.

I den videre analysen vil jeg skille mellom selvrapporing i relasjon til påtaleavgjørelser og i relasjon til domstolens kompetanse.

12.3 Selvrapportering og (forhandlingsbaserte) påtaleavgjørelser

12.3.1 Introduksjon og legislative hensyn

I et internasjonalt perspektiv er det blitt mer og mer vanlig at forfølgning av alvorlig økonomisk kriminalitet begått både av fysiske personer og i foretak avgjøres gjennom beslutninger av påtalemyndighet eller gjennom avtalelignende ordninger *utenfor* domstolen. En undersøkelse gjennomført av OECD i 2019 viser for eksempel at i alle 44 stater som har tiltrådt OECD-konvensjonen mot korrupsjon, er slike ordninger den dominerende måten å avgjøre store korrupsjonssaker på.⁵⁵³ OECD bruker uttrykket «non-trial resolutions» om slike ordninger. Jeg bruker uttrykket «utenrettslige avgjørelser». Uttrykket dekker både ordninger som er basert på avgjørelser helt utenfor domstolen og avgjørelser som krever samtykke eller annen forenklet behandling i domstolen. Av 890 saker om korrupsjon overfor utenlandske offentlige tjenestepersoner fra konvensjonen trådte i kraft, var 695 saker (78 %) avgjort gjennom utenrettslige sanksjoner. Tallene dekker både sanksjonering av foretak og fysiske personer. Undersøkelsen viste også en stabil økning i bruk av slike «non-trial resolutions» ved koordinert forfølgning mellom påtalemyndighet i korrupsjonssaker som har forgreininger i flere land.⁵⁵⁴

En sentral grunn for slike ordninger er å gi selskaper insentiv til selvrapportering og dermed øke oppdagelsen og realiseringen av ansvar for alvorlig økonomisk kriminalitet. Selskapene som samarbeider og aksepterer utenrettslige sanksjoner kan ofte oppnå mildere behandling. Dessuten – og noen ganger enda viktigere – kan selskapene unngå at sanksjonen formelt anses som straff. Dette kan være viktig blant annet for å unngå utestengelser fra offentlige anbudskonkurranser eller at selskapet blir «svartelistet» av finansieringsinstitusjoner.

⁵⁵³ OECD, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions* s. 13.

⁵⁵⁴ OECD, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions* s. 37–41.

En annen, og minst like viktig grunn til fremveksten av slike ordninger er *effektivitetshensyn*. Alvorlig økonomisk kriminalitet over landegrensene involverer gjerne store multinasjonale selskaper, og både etterforskning og tradisjonell irretteføring i domstolen er svært tids- og ressurskrevende. Ikke minst gjelder dette ved forbrytelser som har forgreininger i flere land og som ofte forutsetter tidkrevende assistanse fra andre myndigheter for å skaffe til veie tilstrekkelig bevis for en domstol.⁵⁵⁵ Muligheten til å avgjøre saken utenfor domstolen vil kunne være mindre kostnadskrevende for politi- og påtalemyndigheten og kan derfor frigjøre ressurser i strafferettspleien. I forlengelsen av dette kan utenrettslige sanksjoner bidra til å effektivisere samarbeidet og koordineringen mellom flere lands myndigheter i saker som involverer flere jurisdiksjoner. En fordel med slike ordninger er nemlig at de kan ilegges samtidig i flere land, noe som kan gi både foretakene og myndighetene større forutberegnelighet om den samlede reaksjonsfastsettelsen.⁵⁵⁶ Dette er vanskelig å få til hvis sakene skal avgjøres i rettsapparatet i de berørte landene. Eksempler på denne type «global resolutions» er Odebrecht-saken som begynte i Brasil og som hadde forgreininger til USA og Sveits. Det ble inngått et «forlik» hvor selskapet betalte til sammen 2,6 milliarder USD i bøter. Boten ble fordelt slik at 80% ble betalt til Brasil, 10 % til Sveits og 10 % til USA.⁵⁵⁷

Etter norsk rett kan følgende avgjørelser mot foretak naturlig vurderes under paraplybetegnelsen «utenrettslige avgjørelser»:

- a) Henleggelse etter kan-skjønn, jf. straffeloven § 28.
- b) Påtaleunntatelse, jf. straffeloven §§ 69–70.
- c) Forelegg, jf. straffeprosessloven §§ 255–256.
- d) Straffetilsagn ved domstolsbehandling.

⁵⁵⁵ OECD, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions* s. 21.

⁵⁵⁶ OECD, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions* s. 37–42.

⁵⁵⁷ For andre eksempler, se OECD, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions* s. 40.

12.3.2 Fremmed rett

12.3.2.1 Innledning

I et komparativt perspektiv, finnes en rekke varianter av utenrettslige avgjørelser mot foretak. Noen er basert på ensidige beslutninger av myndigheter, mens noen er basert på fremforhandlede løsninger. Noen krever godkjenning av en domstol, mens andre kan inngås uten slik medvirkning. Noen løsninger krever at foretaket erkjenner skyld, mens andre ordninger ikke krever dette. For denne oversikten bruker jeg kategoriinndelingen som benyttes i ovennevnte undersøkelse av OECD.⁵⁵⁸

12.3.2.2 Avslutning av saken uten pønale sanksjoner

Dette er typisk påtaleavgjørelser om henleggelse, eller straffutmålingsfravall basert på at foretaket har selvrapportert og i vesentlig grad bidratt til opplysning av saken, inkludert å bidra til opplysninger om andre personer eller foretak som har vært involvert. Etter eksempel på dette etter amerikansk rett, er at påtalemyndigheten (DOJ) kan treffe avgjørelse om såkalt «Declinations», det vil si at saken avsluttes uten videre strafforfølgning. I relasjon til brudd på FCPA, brukes denne i noen tilfeller hvor selskaper har selvrapportert og i vesentlig grad samarbeidet og bidratt til oppklaring av saken. DOJ har oppsummert hvilke omstendigheter som har vært til stede i nyere saker som er avgjort med «declination» slik.⁵⁵⁹

«(1) a corporation voluntarily and fully disclosed the potential misconduct; (2) corporate principles voluntarily engaged in interviews with DOJ and provided truthful and complete information about their conduct; (3) a parent company conducted and engaged in extensive pre-acquisition due diligence of potentially liable subsidiaries and significant remediation efforts post-acquisition; (4) a company provided information about its extensive compliance policies, procedures, and internal controls; (5) a company agreed to a civil resolution with the Securities and Exchange Commission while also demonstrating that criminal declination was appropriate; (6) only a single employee was involved in the improper payments; and (7) the improper payments involved minimal funds compared to overall business revenues.»

⁵⁵⁸ OECD, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions* s. 47–60.

⁵⁵⁹ FCPA Resource Guide s. 75, jf. s. 119 (note 382).

Amerikanske myndigheter kan også anvende såkalt Non-Prosecution Agreement. Dette instrumentet innebærer at DOJ inngår avtale om *ikke* å reise tiltale og iretteføre saken mot et selskap under nærmere gitte betingelser, for eksempel bidrag til opplysninger om andre involverte og implementering av forebyggende tiltak. Slik avtale kan også inneholde betingelser om betaling av en bot – som da ikke anses som straff.⁵⁶⁰ Et annet eksempel fra Østerrike er en ordning med såkalt «Diversion and Withdrawal from prosecution due to cooperation». I noen land, som for eksempel USA, kan denne type ordninger brukes både i et strafferettslig spor og et administrativt spor.

12.3.2.3 Beslutninger eller avtaler om betinget eller utsatt strafforfølgning

Dette er typisk påtalebeslutninger eller avtaler mellom påtalemyndighet og foretak om utsatt strafforfølgning, betinget bøtStraff eller utsatt utmåling. Et kjent eksempel er det amerikanske systemet med Deferred Prosecution Agreement (DPA) som brukes av DOJ i flere typer saker inkludert ved brudd på FCPA. DPA innledes med at DoJ først tar ut tiltale og oversender denne til en domstol med begjæring om utsettelse av den videre behandling mens forhandling av en DPA pågår. Når avtalen er inngått, sendes også denne over til domstolen, og videre behandling av straffesaken utstår til avtalen er oppfylt. Når avtalen er oppfylt, avsluttes straffesaken uten dom. Hvis avtalen ikke oppfylles, fortsetter straffesaken. DPA innebærer typisk at selskapet betaler en bot og innrømmer bestemte faktiske omstendigheter relatert til brudd på FCPA. Videre kan det settes mer eller mindre andre omfattende vilkår om å forbedre antikorrupsjonsarbeidet i virksomheten. I alvorlige tilfeller kan dette innebære at DoJ utnevner en uavhengig «monitor» som over en bestemt periode skal følge opp virksomhetens antikorrupsjonsarbeid og rapportere tilbake til myndighetene. Det er også vanlig at selskapene må fraskrive seg retten til å påberope foreldelse av straffansvaret for det tilfellet at det senere skulle bli aktuelt å fortsette strafforfølgningen

⁵⁶⁰ Se FCPA Resource Guide s. 76.

i domstolen. Forvaltningsmyndigheter kan inngå lignende type DPA med selskaper for administrativt ansvar.⁵⁶¹ I 2014 innførte England en ordning med Deferred Prosecution Agreement.⁵⁶² Den gjelder bare for foretak og bare for bestemte typer økonomisk kriminalitet, herunder brudd på UK Bribery Act. Betingelsene for å inngå slike avtaler er typisk at selskapene må betale en bot, erstatning til eventuelle ofre, inndragning av fortjeneste og implementering av forebyggingstiltak. Selskapene må også tiltre en «statement of facts». Frankrike innførte en lignende ordning gjennom Sapin II loven⁵⁶³

12.3.2.4 Administrative sanksjoner ilagt av påtalemyndighet eller forvaltning

En form for utenrettslig sanksjon er administrative bøtesanksjoner som ilegges for brudd på straffelovgivning eller regulatorisk lovgivning. Etter tysk rett, som ikke anerkjenner foretaksstraff, kan myndighetene ilegge foretak en administrativ bøtesanksjon etter OWiG § 30 både ved brudd på straffeloven StGB og ved brudd på OWiG. Sanksjonen ilegges av påtalemyndighet i egenskap av administrativ myndighet. Foretaket har krav på å bli hørt før sanksjonen ilegges, og den kan bringes inn for domstolen dersom foretaket ikke aksepterer boten.

12.3.2.5 Straffesanksjon uten innrømmelse av skyld

Dette er ordninger som innebærer at det ilegges en straffesanksjon etter en summarisk behandling uten at foretaket må innrømme skyld. Et eksempel er det italienske «Patteggiamento» systemet som gjelder både fysiske personer og foretak.. Etter denne ordningen kan påtalemyndigheten og foretaket fremsette en felles begjæring til domstolen om å idømme en bøtesanksjon som på forhånd er avtalt mellom partene. Foretaket trenger ikke å innrømme skyld. Domstolen har diskresjonær kompetanse til å forkaste eller akseptere begjæringen.

⁵⁶¹ FCPA Resource Guide s. 78–79.

⁵⁶² Schedule 17 of the Crime and Courts Act 2013.

⁵⁶³ Loven trådte i kraft 9. desember 2016.

12.3.2.6 Plea agreements

Såkalte «plea agreements» er avtaler mellom påtalemyndighet og foretak eller lignende samtykke baserte sanksjoner som forutsetter at foretaket erkjenner skyld og er særlig brukt i common law systemer. I amerikansk rett er Plea Agreements er nærmere regulert i straffeprosesslovgivningen. Avtalen innebærer at tiltalte innrømmer faktiske forhold, skyld og eventuelt straffutmåling. Avtalen må godkjennes av en domstol som formelt fastsetter en straffedom. Incentivet for den tiltalte til å inngå slik avtale er at den normalt vil medføre en strafferabatt og en rask avgjørelse. Fordelen for påtalemyndigheten er å slippe en lang og ressurskrevende domstolsbehandling. Ordningen er mest brukt overfor fysiske personer. For foretak er Plea Agreements mindre vanlig enn Non-Prosecution Agreements og Deferred Prosecution Agreements.

12.3.2.7 Kombinasjoner

Noen utenrettslige sanksjoner kombinerer kategoriene nevnt ovenfor. Et eksempel er Brasils «Leniency Agreements» som inngås i henhold til en lov om særskilt foretaksansvar.⁵⁶⁴ Etter omstendighetene kan både påtalemyndighet og administrative myndigheter forhandle frem slik avtale. Foretaket må innrømme deltakelse i lovbrudd og forplikte seg til samarbeid, men trenger ikke å innrømme skyld. Avtalen kan inneholde en rekke type vilkår, som for eksempel en sivilrettsslig bot, erstatning og inndragning. Den kan også inneholde sanksjoner mot brudd på vilkår, for eksempel utestengelse av anbudskonkurranser.

12.3.3 Gjeldende rett

12.3.3.1 Utgangspunkter

Det tradisjonelle utgangspunktet i norsk straffeprosess er at forhandlinger og forhandlingsbaserte løsninger mellom påtalemyndighet og siktede om skyld og straff etter mønster fra det amerikanske «plea-bargaining» systemet «går på akkord med

⁵⁶⁴ N.12.846 av 1 august 2013.

grunnleggende prinsipper i straffeprosessen».⁵⁶⁵ Synspunktet bygger på at selv om slike ordninger kan styrke effektiviteten i straffeprosessen, kan dette samtidig svekke siktedes rettssikkerhet og dermed også tilliten til strafferettspleien. Dette skyldes særlig risikoen for at påtalemyndigheten bruker forhandlingsmakt og løfter til å presse frem uriktige forklaringer og tilståelser, risikoen for at forhandlinger undergraver objektivitetsplikten, og at man reduserer straffeprosessens grunnleggende formål om sannhetssøken og materielt riktige resultater til et spørsmål om kompromiss. I tråd med dette bestemmer straffeprosessloven § 92 andre ledd at det ikke må brukes «løfter» ved avhør av siktede.

Det er likevel ikke mer enn et utgangspunkt. Det er liten tvil om at det i praksis forekommer samtaler med noe preg av forhandlinger mellom påtalemyndighet og forsvarer både om skyld og straffespørsmål i ulike stadier av en straffeprosess. Hvor grensen går for påtalemyndighetens kompetanse til slike «forhandlinger» vil bero på situasjonen og hvilken type beslutning det gjelder. Jeg skal i det følgende gjennomgå ulike påtaleavgjørelser og domstolsprosesser hvor «forhandlinger» kan være aktuelt. Spørsmålet er hvor langt påtalemyndigheten kan innrømme foretak mildere behandling «i bytte mot» selvrapporing.

12.3.3.2 Påtaleunntatelse

Dersom påtalemyndigheten kommer til at vilkårene for foretaksstraff er oppfylt, men at foretaket ikke bør straffes etter kan-skjønnet i § 28 skal saken henlegges. Men foretak kan i prinsippet også ilegges påtaleunntatelse, jf. straffeloven § 30 og straffeprosessloven § 69 og 70. Påtaleunntatelse kan brukes «når helt særlige grunner tilsier det». Etter ordlyden er terskelen nokså høy, og må ses i lys av at straffansvar for fysiske personer ikke er fakultativt, slik som foretaksstraff. Sentrale momenter i vurderingen er «sakens art og alvor, foranledningen til den straffbare handlingen og forhold på den siktedes side».⁵⁶⁶ I relasjon til foretaksstraff må vurderingen bli nokså

⁵⁶⁵ NOU 2016: 24 s. 364 første spalte.

⁵⁶⁶ Keiserud m.fl., *Straffeprosessloven Bind I*, § 69 punkt 3.

lik som etter § 28. Men påtaleunntatelse er formelt enn straffereaksjon og dermed en *strengere* reaksjon enn henleggelse etter kan-skjønnen.

Etter straffeloven § 80 bokstav a nr. 2 kan straffen settes «til en mildere straffart når lovbrøyteren har avlagt en uforbeholden tilståelse. Bestemmelsen gjelder også for påtalemyndigheten.⁵⁶⁷ Påtaleunntatelse er en straffereaksjon som må anses mildere enn en bot. Det betyr at påtalemyndigheten etter omstendighetene kan gi påtaleunntatelse i stedet for bot (ved forelegg) dersom foretaket har avgitt en uforbeholden tilståelse.

12.3.3.3 Forelegg

Forelegg etter straffeprosessloven § 255 og § 256 er den dominerende avgjørelsesform i saker om foretaksstraff. Den kan anses som et «tilbud» fra påtalemyndigheten som kan aksepteres eller avvises av siktede. I så måte har forelegg klart nok preg av å være en avtalebasert ordning. Spørsmålet er hvilken betydning selvrappoterering har i relasjon til bruk av forelegg. Siden tilståelse og vesentlig bidrag til oppklaring av saken er et relevant moment ved straffutmålingen, jf. 12.4.1.1, er det klart nok at påtalemyndigheten kan ta dette i betraktning ved fastsettelsen av botens størrelse i forelegget. Siden forelegg bygger på et tilbud og aksept, vil det i praksis være en viss grad av forhandlinger mellom påtalemyndighet og foretak, særlig om botens størrelse. Hvor langt påtalemyndigheten kan gå «i forhandlinger» med foretak om rammene for forelegget synes ikke helt avklart. Det er akseptert at påtalemyndigheten har anledning til å legge et press på siktede ved å tilkjennegi at «tilbudet» om forelegg er basert på erkjennelse og utenrettslig avgjørelse, og at bøtepåstanden vil bli høyere hvis forelegget ikke vedtas.⁵⁶⁸

Et eksempel som ofte trekkes frem er Rt. 1995 s. 1922, der Økokrim hadde tilbudt involverte selskaper i en kartellsak å avgjøre saken ved forelegg, men uten tiltale mot

⁵⁶⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 470.

⁵⁶⁸ Se Riksadvokatens Rundskriv nr. 3/2007 s. 7 og Andenæs/Myhrer, *Norsk Straffeprosess* s. 359.

selskapets ledere, dersom alle selskapene vedtok de respektive foreleggene. Dette ble avslått av selskapene. Høyesterett uttalte i den forbindelse følgende:⁵⁶⁹

«I forbindelse med forelegg kan nok et slikt utspill som Økokrim gjorde, etter omstendighetene ha betenkelige sider. Størst betenkelighet knytter det seg til at selskapenes administrerende direktører kunne bli påvirket til å gå inn for at selskapene skulle vedta sine forelegg for at de selv skulle slippe unna strafforfølgning, og til at styrene i selskapene kunne komme i en vanskelig valgsituasjon.

På den annen side er det nødvendig at påtalemyndigheten kan gi informasjon om de alternativer til vedtakelse av forelegg som er aktuelle. Når det spesielt gjelder det forhold at et forelegg gjøres mer begrenset enn en eventuell tiltale, peker jeg på at prosessøkonomiske hensyn taler for at straffesaker som den foreliggende må kunne søkes avgjort ved forelegg slik at sakene kan bli behandlet med rimelig bruk av tid og ressurser. De nærmere grenser for påtalemyndighetens og eventuelt forsvarerens adgang til å kunne diskutere innholdet av et forelegg opp mot en alternativ tiltale, fortjener overveielse på prinsipielt grunnlag»

Å bruke frafall eller reduksjon av ledernes personlige straffansvar til et forhandlingskort ved tilbud om forelegg til foretaket, er etter min oppfatning uheldig, og slik jeg forstår det neppe vanlig i dag. En slik praksis bidrar til en ansvarspulverisering som foretaksstraffen etter sitt formål skal bidra til å forhindre. På den andre siden mener jeg at påtalemyndigheten både kan og bør ta hensyn til om foretaket bidrar med opplysninger til etterforskningen mot personlig ansvarlige ledere og ansatte i foretaket. Hvor grensen nærmere skal trekkes etter gjeldende rett er noe uavklart. Straffeprosesslovutvalget oppsummerer rettstilstanden slik:⁵⁷⁰

Et selvsagt utgangspunkt må uansett være at påtalemyndighetens avgjørelser – de alternativer som forespeiles – må bygge på et forsvarlig skjønn ut fra de hensyn som er relevante etter de ulike kompetansegrunnlag. Samtidig vil avgjørelsen av om og eventuelt hvor langt en sak skal etterforskes, og hvordan påtalespørsmålet skal avgjøres, ofte være preget av skjønnsmessige vurderinger, der påtalemyndigheten også må ta hensyn til prosessøkonomi og kapasitet. Hvor langt påtalemyndigheten innenfor disse rammer kan gå i å vektlegge at mistenkte forenkler behandlingen ved tilståelse eller vedtakelse av forelegg, gjenstår imidlertid som et til dels uavklart spørsmål.

12.3.3.4 *Straffetilsagn*

Et særlig spørsmål er hvor langt påtalemyndigheten kan gi bindende forhåndstilsagn om en bestemt straffepåstand for domstolen – og hvilken betydning dette skal ha for

⁵⁶⁹ Rt. 1995 s. 1922 (s. 1924–1925).

⁵⁷⁰ NOU 2016: 24 s. 366.

domstolens behandling av straffutmålingen. Det er klart at påtalemyndigheten kan gi bindende forhåndstilsagn om straffepåstand som «vederlag» for en tilståelse.⁵⁷¹

Den klare hovedregel er videre at et slikt forhåndstilsagn ikke er bindende for domstolen, jf. straffeprosessloven § 38 annet ledd annet punktum. Men spørsmålet er om det at straffepåstanden er fremsatt etter avtale mellom påtalemyndighet og tiltalte bør tillegges selvstendig betydning for rettens straffutmåling. Høyesteretts flertall svarte bekræftende på dette i Rt. 2007 s. 616 (dissens 3-2) og uttalte:⁵⁷²

Gode grunner kan etter omstendighetene tale for at påtalemyndigheten inngår denne type avtaler for på den måten å begrense rettsforhandlingen. Dette gjelder spesielt i store, kompliserte saker med mange aktører, slik forholdene har vært i dette tilfelle, der påtalemyndigheten ofte vil ha den beste oversikt over hvilken betydning en tilståelse vil ha for avviklingen av saken. Skal formålet kunne oppnås, må det være en viss forutberegnelighet med hensyn til hvilket gjennomslag påtalemyndigheten vil kunne regne med å få i domstolen. Dette tilsier at domstolen må være villig til å tillegge slike tilsagn en viss selvstendig betydning, selv om de ikke gis rekkevidde som i det lovforslag som er presentert i Justisdepartementets høringsnotat av september 2006 om hurtigere behandling av straffesaker. Forutsetningen er selvfølgelig at påtalemyndigheten ved inngåelse av slike avtaler opptrer lojalt i forhold til de retningslinjer for strafferabatt som er trukket opp i Høyesteretts praksis.

Høyesterett i storkammer tilbakeviste imidlertid dette standpunktet i en enstemmig dom i Rt. 2009 s. 336. Her tiltrådte Høyesterett betraktningene til mindretallet i Rt. 2007 s. 616.⁵⁷³

«Det finnes imidlertid ingen holdepunkter for at lovgiverne ved [bestemmelsen i § 59 andre ledd] tok sikte på å åpne for 'plea bargaining', slik at det skal gis større strafferabatt for tilståelser som blir avgitt som ledd i avtale med påtalemyndigheten, enn for tilståelser som siktede avgir uten at det skjer som ledd i en slik avtale. Etter min mening vil en slik ordning både være prinsipielt betenkelig og virke sterkt urimelig. Det er vanskelig å forstå hvorfor den som ikke tilstår straks, men først tilstår etter forhandlinger med påtalemyndigheten om hvilken straffepåstand som skal nedlegges, skal komme bedre ut enn den som – uten noe løfte om redusert straffepåstand – tilstår på et tidlig stadium av etterforskningen. Som påpekt i Ot.prp.nr.81 (1999–2000), punkt 6.3.2, bør det tvert imot gis større strafferabatt for en 'uforbeholden tilståelse som kommer uoppfordret i første politiavhør' enn for en tilståelse som 'først foreligger under hovedforhandlingen etter at tiltalte innser at bevismaterialet mot ham er overveldende', idet den prosessøkonomiske gevinst er større og belastningen på fornærmede mindre i det førstnevnte tilfellet enn i det sistnevnte. I tillegg kommer at en ordning hvor påtalemyndigheten skal kunne tilby redusert straff som 'vederlag' for en uforbeholden tilståelse, vil innebære en fare for forskjellsbehandling og favorisering av ressurssterke siktede og vil kunne fungere som et uheldig pressmiddel overfor en siktet som faktisk er uskyldig, men som er redd for ikke å bli trodd. For meg fremstår en rettstilstand hvor tiltaltes

⁵⁷¹ Rt. 2005 s. 1453, Rt. 2007 s. 616, Rt. 2009 s. 1336 (avsnitt 12) jf. R. 3/2007 s. 10.

⁵⁷² Rt. 2007 s. 616 (avsnitt 29).

⁵⁷³ Rt. 2009 s. 1336 (avsnitt 20), jf. Rt. 2007 s. 616 (avsnitt 36).

rettsstilling skal være avhengig av aktors forhandlingsvilje og forsvarerens forhandlingsdyktighet, som svært uheldig.»

Etter denne dommen er rettstilstanden dermed at påtalemyndigheten kan gi forhåndstilsagn om straffutmåling som vederlag for en tilståelse, men uten at retten er bundet av påstanden, og uten at det skal ha selvstendig betydning for straffutmålingen at påstanden er fremsatt som «motstykke til en tilståelse».⁵⁷⁴

Sakene i 2007 og 2009 gjaldt begge forhåndstilsagn om fengselsstraffer mot personlig tiltalte. I HR-2021-797-A behandlet Høyesterett rekkevidden av forhåndstilsagn tilknyttet forelegg, og kom til at det i det konkrete tilfellet måtte dette tillegges «atskillig vekt». Situasjonen var at påtalemyndigheten ga foretaket et tilbud om å vedta et forelegg på 25.000 kroner, og opplyste samtidig at påtalemyndigheten ville påstå en bot på 30.000 kroner dersom forelegget ikke ble vedtatt og saken brakt til domstolen. Til tross for dette la påtalemyndigheten ned en påstand om en bot på 500.000 kroner i retten. Forsvarer ble opplyst om dette dagen før hovedforhandling.

Høyesterett uttalte i den forbindelse:

«Regelen må være at hverken retten eller påtalemyndigheten er bundet av de beløp som er angitt i et forelegg. De aller fleste straffesakene avgjøres imidlertid ved forelegg hvor man på en annen måte enn ved utmåling av fengselsstraff står overfor en tilbuds- og akseptsituasjon. Ved avgjørelsen av om forelegget skal vedtas, bør siktede normalt kunne stole på at påtalemyndigheten vil legge ned en påstand i tråd med det som fremgår av forelegget. Siktede bør videre kunne regne med at påtalemyndigheten har gjort en grundig vurdering ikke bare av straffbarhetsvilkårene, men også av hva som er riktig bøtenivå, slik at siktede vet omtrent hva han risikerer dersom han ikke vedtar forelegget. Dette tilsier etter mitt syn at beløpsopplysningene i forelegget bør tillegges stor vekt.»

Konsekvensen av dette var at:⁵⁷⁵

«Selv om påtalemyndigheten ikke formelt er bundet, må den i alle fall som et utgangspunkt være avskåret fra å fravike det beløpet som er varslet i forelegget. Situasjonen stiller seg annerledes hvis det for eksempel viser seg at de faktiske forhold er vesentlig annerledes enn de som påtalemyndigheten hadde grunnlag for å basere forelegget på. At et internt direktiv er oversett, er i alle fall etter min oppfatning klart ikke et slikt forhold som gjør at påtalemyndigheten fritt kan endre syn. Selv om retten ikke er bundet av påtalemyndighetens tilsagn, legger jeg atskillig vekt på dette ved den konkrete utmålingen i saken her»

⁵⁷⁴ Rt. 2009 s. 1336 (avsnitt 28).

⁵⁷⁵ HR-2021-797-A (avsnitt 38)

Etter min oppfatning viser denne dommen at den nokså kategoriske avvisningen i Rt. 2009 s. 336 av å tillegge forhåndstilsagn om fengselsstraff som «vederlag» for tilståelse noe selvstendig betydning for straffutmålingen, og de prinsipielle betenkelighetene dette standpunktet bygger på, må nyanseres i saker om forelegg. Utgangspunktet må være at dersom påtalemyndigheten gir tilbud om et forelegg og opplyser om hvilken høyere bot som vil bli påstått dersom forelegget ikke vedtas, kan ikke påtalemyndigheten senere endre påstanden i domstolen med mindre det foreligger særlige grunner, typisk vesentlig endrede faktiske forhold. Høyesterett åpner også for at påstanden som varsles i forbindelse med forelegget må tillegges selvstendig betydning for domstolens straffutmåling.

12.3.4 Vurdering og anbefaling

Etter min oppfatning bærer debatten om selvrapportering og forhandlingsbaserte løsninger i straffeprosessen noe preg av at dette anses som et spørsmål om det bør innføres et «plea-bargaining»-system eller ikke.⁵⁷⁶ Straffeprosessutvalget peker i den forbindelse på at særlig effektivitetshensyn taler for at påtalemyndigheten i en viss utstrekning bør gi adgang til å love mistenkte en mildere behandling hvis mistenkte tilstår eller gir informasjon om andre.⁵⁷⁷ Men samtidig understrekes:

«Utvalgets grunnleggende syn er at ønsket om effektivitet ikke kan begrunne ordninger som ikke kan forsvares ut fra hensynene til mistenktes rettssikkerhet og den alminnelige tillit til straffeprosessen. Det er grunn til å ta inn over seg at praksis og erfaringer fra andre land viser at plea bargaining kan føre til urimelig forskjellsbehandling, misbruk og uheldig press overfor mistenkte. Det er også fremmet kritikk mot ordningen fordi den reduserer domstolenes kontroll med den utøvende makt. Dersom straffesaker løses gjennom avtaler mellom partene, kan det også føre til mindre offentlighet i rettspleien. Det vil dermed kunne bli vanskeligere for utenforstående å få kunnskap om systemet og hva som har vært styrende for resultatet i enkeltsaker. Utad vil avgjørelsene kunne fremstå som tilfeldige og urimelige, noe som igjen kan skade tilliten til rettssystemet. Etter utvalgets syn bør påtalemyndighetens rådighet over saken som et klart utgangspunkt ikke forvaltes ut fra forhandlingsmekanismer. Det er av vesentlig betydning for strafferettspleiens legitimitet at påtalemyndighetens avgjørelser om å fremme krav om straff, eller å unnlate forfølgning, skjer etter objektive kriterier og ikke medfører urimelig forskjellsbehandling. Slik utvalget ser det, er det grunn til å frykte at disse hensynene ikke vil bli tilstrekkelig ivaretatt

⁵⁷⁶ Se for eksempel Rt. 2009 s. 1336 (avsnitt 20), jf. Rt. 2007 s. 616 (avsnitt 36) og NOU 2016: 24 s. 378.

⁵⁷⁷ NOU 2016: 24 s. 378.

dersom påtalemyndighetens vedtak blir gjenstand for forhandlinger. Det vil blant annet innebære fare for favorisering av ressurssterke personer.

[...]

På bakgrunn av de hensyn det er redegjort for ovenfor, mener utvalget at det ikke bør legges opp til forhandlinger mellom påtalemyndigheten og mistenkte om avgjørelsen av påtalespørsmålet, herunder hvilken straffebestemmelse som skal anvendes på forholdet. Avgjørelsen av om et forhold skal henlegges, eller om det skal utferdiges positivt påtalevedtak, og eventuelt hvilken straffebestemmelse som skal anvendes, skal avgjøres ut fra bevissituasjonen og korrekt rettsanvendelse, ikke tiltaltes samarbeidsvilje. Forhandlinger med mistenkte om slike spørsmål vil stride mot påtalemyndighetens objektivitetsplikt.»

Jeg er enig i utvalgets vurdering av betenkelighetene knyttet til forhandlingsbaserte løsninger i tilknytning til bruk av fengselsstraff. Men etter min oppfatning kan man ikke skjære alle forhandlingsbaserte ordninger over én kam. Ved bøtestraffer generelt og bruk av foretaksstraff spesielt, er de prinsipielle betenkelighetene mindre.

For det første avgjøres de aller fleste sakene mot foretak med forelegg. Foreleggsinstituttet *er* basert på tilbud og aksept, og *er* dermed en avtalebasert ordning som med nødvendighet vil innebære noen grad av forhandlinger. Man kan ikke likestille dette med plea-bargaining instituttet. For det andre er faren for misbruk og uheldig press overfor siktede langt mindre i slike sammenhenger fordi foretak av en viss størrelse vil ha sterke nok ressurser til å ivareta sine interesser. For det tredje kan risikoen for forskjellsbehandling avhjelpes ved offentliggjøring av forelegg og andre påtalebeslutninger, samt gjennom retningslinjer for straffutmålingen og prosessen ved «forhandlingene». Objektivitetsplikten ivaretas gjennom at et «tilbud» er en forvaltningsbeslutning og som er underlagt kravet til forsvarlighet.

Det er etter min oppfatning klart at det fortsatt er ønskelig med et system som promoterer foretakenes selvrapportering og annet samarbeid om oppklaring av saken. Spørsmålet er hvilken betydning og hvordan dette bør reguleres, herunder hvilken betydning forhandlingsbaserte ordninger bør ha i den forbindelse. Mitt inntrykk er at betydningen av foretakenes selvrapportering og samarbeid med politi- og påtalemyndighet oppfattes som uklar.

Jeg har fire anbefalinger i den forbindelse. For det første støtter jeg regelen som Straffeprosessutvalget foreslår i utkast til straffeprosesslov § 28-7 første ledd om tilsagn om straffepåstand:

Når mistenkte ved tilståelse eller på annen måte bidrar med opplysninger av betydning, kan påtalemyndigheten forplikte seg til å nedlegge en bestemt påstand om straff.

Tilsagnet kan omgjøres etter en særskilt regel om dette i forslag til § 29-8. Videre foreslås en regel i § 32-3 om at domstolen bare kan gå ut over påstanden det er gitt tilsagn om, «når det fremstår som klart at reaksjonsfastsettelsen ellers vil bli feil».⁵⁷⁸ Regelen er generell og må også gjelde når et foretak nekter å vedta et forelegg. Forslaget ligger tett opp til regelen som Høyesterett anvendte i HR-2021-797-A.

Den andre anbefalingen er at det gis adgang til å gi betinget bot, straffutmålingsutsettelse og straffutmålingsfracfall ved forelegg, samtidig som foretaks selvrapportering etter omstendighetene bør kunne tillegges tung vekt ved slike reaksjoner. Selvrapportering bør også kunne tillegges betydning ved beslutninger om påtaleunntatelse eller henleggelse på ulovfestet grunnlag. Dette vil utvide påtalemyndighetens alternativer i påtalespørsmål vedrørende foretak og selvrapportering, og forutsetningen er at påtalemyndigheten i noen grad kan forhandle med et mistenkt foretak før avgjørelse. Straffutmålingsutsettelse og straffutmålingsfracfall vil i slike tilfeller ha lignende trekk som Deferred Prosecution Agreement eller Non-Prosecution Agreement. Straffeprosessutvalget åpner også for noe grad av forhandlinger om påtalespørsmål, men maner til en restriktiv linje:

I ulike sammenhenger vil det imidlertid være relevant å ta hensyn til om mistenkte er villig til å erkjenne straffskyld for andre forhold eller gi opplysninger om lovbrudd begått av andre, for eksempel ved vurderingen av om det skal reageres med tiltale, forelegg eller påtaleunntatelse. ... Utvalget forutsetter imidlertid at den restriktive praksis påtalemyndigheten har fulgt under gjeldende lov med hensyn til å forhandle med mistenkte om avgjørelsen av påtalespørsmålet, skal videreføres.

Som redegjort for ovenfor, mener jeg at betenkelighetene knyttet til forhandlingsbaserte løsninger i relasjon til forelegg mot foretak er langt mindre enn når det gjelder fengselsstraffer. Og siden foreleggsinstituttet allerede er en avtalebasert ordning som gir forhandlingsrom, bør dette forhandlingsrommet også omfatte

⁵⁷⁸ NOU 2016:24 s. 69.

påtaleunntatelse og henleggelse på ulovfestet grunnlag i saker som kan avgjøres med forelegg.

Min tredje anbefaling, som går utover en ren lovendring, er at påtalemyndigheten utformer nærmere retningslinjer for hvilke forventninger som stilles til foretaks selvrapporing for å få mildere behandling. Momenter som etter min oppfatning bør være sentrale i slike retningslinjer er blant annet:

- Om foretaket har selvrapporert til politi- og påtalemyndighet av eget tiltak eller som følge av allerede igangsatt etterforskning i Norge eller utlandet.
- Om foretakets eventuelle egen granskning av forholdet før selvrapporingen har lettet etterforskningen og bidratt til oppklaring av saken mot foretaket og eventuelle personlig ansvarlige involverte.
- Om foretaket har bidratt med informasjon og dokumentasjon under etterforskningen som i vesentlig grad har bidratt oppklaring av saken.
- Om foretaket er villig til å erkjenne straffeskyld eller ikke.
- Om foretaket har implementert tiltak for å forhindre at tilsvarende lovbrudd skjer igjen

Når det gjelder det siste momentet, kan det innvendes at dette går utover politi- og påtalemyndighets naturlige kompetanse og rolle. Dette er en form for oppfølging av foretakets systemer som politi- og påtalemyndighet ikke er satt opp for å vurdere. Momentet bør derfor ha størst betydning ved lovbrudd hvor det eksisterer tilsynsmyndigheter som har kompetanse til å vurdere slike tiltak, typisk Arbeidstilsynet eller Finanstilsynet innenfor sine respektive områder.

12.3.5 Bør det innføres andre instrumenter for utenrettslige (forhandlingsbaserte) avgjørelser overfor foretak som ikke er straff?

Et særtrekk ved flere utenrettslige avgjørelser i fremmed rett, som for eksempel Non-Prosecution Agreements og Deferred Prosecution Agreements etter amerikansk rett, er at sanksjonene som ilegges etter disse ordningene ikke formelt anses som straff. Det er

bare dersom vilkårene i avtalen ikke oppfylles at straffansvar aktualiseres. Dette kan etter omstendighetene gi et særlig insentiv til foretak om å samarbeide og bidra til etterforskningen. Det kan reises spørsmål om det før innføres en lignende ordning i norsk rett. Jeg har så langt ikke identifisert et stort behov for dette ved siden av foreleggsinstituttet. Anbefalingen om at også straffutmålingsutsettelse, straffutmålingsfracfall og betinget bot kan ilegges ved forelegg, vil også kunne gjøre instituttet mer fleksibelt og egnet for «premiering» av selvrapporing. Det kan vurderes om påtalemyndigheten bør ha kompetanse til å kombinere straffutmålingsutsettelse eller straffutmålingsfracfall med vilkår om betaling av et overtredelsesgebyr som da ikke anses som straff. Jeg har imidlertid ikke foreslått lovbestemmelser om dette.

12.4 Selvrapporing og domstolens kompetanse

12.4.1 Gjeldende rett

12.4.1.1 Selvrapporing ved kan-skjønnen og straffutmålingen

Straffeloven inneholder ingen spesielle bestemmelser om betydningen av et foretaks selvrapporing eller annet samarbeid. Det er klart at foretak, på samme måte som fysiske personer, ikke har en generell plikt til å selvrappore mistanker om forbrytelser som begås i virksomheten. Men selvrapporing, tilståelse og annet bidrag til oppklaring av saken vil ha betydning for kan-skjønnen og straffutmålingen. I forarbeidene til straffeloven § 28 er det i den forbindelse presisert at den generelle straffutmålingsbestemmelsen i § 78 bokstav f også skal gjelde ved foretaksstraff.⁵⁷⁹

«Regelen om tilståelsesrabatt i utkastet § 77 [senere § 78 bokstav f] gjelder også ved foretaksstraff. En tilståelse i disse tilfeller må normalt inneholde en erkjennelse fra foretakets ledelse om at det foreligger et lovbrudd av noen som har handlet på vegne av foretaket, samt at dette kunne vært forebygget ved tiltak som nevnt i § 28 bokstav c.»

⁵⁷⁹ Ot. prp.nr.90 (2003–2004) s. 433. Slik var også regelen etter straffeloven 1902, jf. Ot. prp.nr. 81 (1999–2000) s. 38 og s. 44.

Etter denne bestemmelsen skal det i formildende retning især tas i betraktning at «lovbryteren har avgitt en uforbeholden tilståelse, eller i vesentlig grad bidratt til oppklaring av andre lovbrudd». Bestemmelsen erstatter straffeloven 1902 § 59 andre ledd. Forarbeidene til bestemmelsen gir i den forbindelse uttrykk for at første alternativ om at det skal legges vekt på «uforbeholden tilståelse» fra lovbyteren svarer «uten endringer til gjeldende straffelov § 59 annet ledd».⁵⁸⁰ Alternativet om at det skal legges vekt på om lovbyteren «i vesentlig grad bidratt til oppklaring av andre lovbrudd» var ikke inkludert i straffeloven 1902 § 59 andre ledd, men i forarbeidene understrekes at bestemmelsen «kodifiserer gjeldende praksis».⁵⁸¹ Departementet understreket også at bestemmelsen «trolig få[r] størst praktisk betydning i saker om grovere kriminalitet der etterforskningen erfaringsmessig er særlig vanskelig».⁵⁸² Dette var også tilfelle i tidligere praksis.⁵⁸³

Straffeloven 1902 § 59 andre ledd ble opprinnelig innført som et ledd i et arbeid for å fremme hurtigere straffesaksbehandling. Tanken var at en tilståelsessak krever betydelig mindre etterforskning enn en sak der skyldspørsmålet er bestridt, påtaleavgjørelsen blir enklere og iretteføringen krever færre ressurser. Dette vil skape økt tempo og frigjorte ressurser i strafferettspleien.⁵⁸⁴ I tillegg til slike prosessøkonomiske hensyn stod hensynet til fornærmede sentralt. En tilståelsessak vil gjennomgående være mindre belastende for fornærmede, ikke minst i saker hvor fornærmede risikerer å få sin troverdighet trukket i tvil, for eksempel i sedelighetssaker. Et tredje viktig hensyn var at det ble ansett som riktig å fremme et strafferettssystem som gir en oppfordring for den som har begått en straffbar handling å ta ansvar for

⁵⁸⁰ Ot. prp. nr. 90 (2003–2004) s. 468, jf. Ot. prp.nr.8 (2007–2008) s. 275.

⁵⁸¹ Ot. prp. nr. 8 (2007–2008) s. 46 første spalte.

⁵⁸² Ot. prp. nr. 8 (2007–2008) s. 46 første spalte.

⁵⁸³ Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 78 punkt 8.2.

⁵⁸⁴ Ot. prp. nr. 8 (1999–2000) s. 33 og s. 36.

denne. Endelig ble det vist til at «premiering» av tilståelser vil kunne bidra til at flere saker blir oppklart.

I Rt. 2015 s. 1217, som gjaldt foretaksstraff mot et helseforetak for (passiv) medvirkning til utilbørlig utnytting av utlendingers situasjon ved formidling av arbeid og bolig mv., la Høyesterett i straffutmålingen vekt på at sykehuset hadde anmeldt forholdet selv og bidratt til oppklaring av saken mot hovedgjerningspersonene:⁵⁸⁵

«For det andre legger jeg vekt på at sykehuset anmeldte forholdet da sykehuset i mars 2012 ble kjent med de faktiske forholdene. Straffeloven 2005 § 78 bokstav f kodifiserer på dette punkt gjeldende praksis ved å fastslå at det i formildende retning skal tas i betraktning at lovbryteren «i vesentlig grad har bidratt til oppklaring av andre lovbrudd». Gjennom sin anmeldelse bidro sykehuset til oppklaring av de lovbrudd A og Bs hadde begått. Slike lovbrudd kan ofte være vanskelig å avdekke – typisk fordi utlendinger kan være ukjent med norske regler, og fordi de kan være engstelig for konsekvensene av å anmelde et forhold til politiet. Arbeidsgivere bør derfor ha et insentiv til å anmelde slike lovbrudd selv om det skulle utsette dem selv for straff. Av den grunn mener jeg at sykehuset bør gis en markert strafferabatt.»

12.4.1.2 Tilståelsesdom

I forarbeidene til foretaksstraffbestemmelsen i straffeloven 1902 § 48 a la Straffelovkommisjonen til grunn at det i saker om foretaksstraff ikke var naturlig med «forhørsrettsbehandling» som tilsvarer tilståelsesdom etter gjeldende rett.⁵⁸⁶

«... Det vil være vanskelig å si at vilkårene for forhørsrettsbehandling i strpl § 248 om «uforbeholden tilståelse» mv er oppfylt når et foretak er siktet. Dessuten er det trolig lite behov for en adgang til slik behandling i akkurat disse sakene. Saken vil som regel kunne avgjøres ved forelegg når foretakets ledelse innrømmer ansvaret.»

Departementet ga sin tilslutning til dette synspunktet.⁵⁸⁷ Dette tilsier at det ikke er adgang til å bruke denne behandlingsformen ved idømmelse av foretaksstraff. Forut for den generelle hjemmelen for foretaksstraff, uttalte Høyesterett i Rt. 1992 s. 19 i en sak om foretaksstraff som ble pådømt i forhørsretten:⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ Rt. 2015 s. 1217 (avsnitt 99).

⁵⁸⁶ NOU 1989: 11 s. 30.

⁵⁸⁷ Ot. prp. nr. 27 (1990–91) s. 39–40.

⁵⁸⁸ Rt. 1992 s. 19 (s. 20).

«For min del finner jeg det uheldig at en sak av denne karakter ble behandlet ved forhørsretten, men kan ikke se at dette er noen saksbehandlingsfeil av betydning».

Basert på denne avgjørelsen, er det i juridisk teori, til tross for uttalelsene i forarbeidene, forutsatt at det likevel *er* adgang til å idømme foretaksstraff ved tilståelsesdom.⁵⁸⁹ Når det gjelder kravet til «siktedes samtykke» for tilståelsesdom, må samtykke fra foretakets partsrepresentant etter § 84a være tilstrekkelig, eventuelt den som ellers representerer foretaket utad.⁵⁹⁰

Som Straffelovkommisjonen er inne på, kan det imidlertid være usikkert hvem som skal kunne gi en «uforbeholden tilståelse» på foretakets vegne. Matningsdal forutsetter at det er den som styrer foretakets anliggende som kan gi slik tilståelse. Men siden det legislative grunnlaget for tilståelsesdom er bevisverdien av siktedes tilståelse, mener Matningsdal at instituttet ikke bør kunne brukes dersom (ledelsens) tilståelse er basert på en indirekte kjennskap til lovbruddet ved at overtredelsen er begått av underordnede i organisasjonen.⁵⁹¹ Instituttet bør derfor forbeholdes tilfeller hvor lovbruddet er begått av ledelsen. Tilståelsesdom har uansett liten praktisk betydning for foretak ved siden av foreleggsinstituttet.

12.4.2 Vurdering og anbefaling

Jeg har ovenfor anbefalt å ta bort kan-skjønnnet fra foretaksstraffbestemmelsen. Om anbefalingen følges vil selvrapporing ikke lenger inngå i grunnlaget for å frifinne et foretak. Det synes imidlertid ukontroversielt at selvrapporing fortsatt bør ha betydning for domstolens straffutmåling på samme måte som ved det personlige straffansvaret. Jeg anbefaler at dette momentet reguleres særskilt i forslaget til ny straffutmålingsbestemmelse for foretak i straffeloven § 28. Ved en slik regulering vil det være mulig å skreddersy ordlyden slik at den passer bedre på foretak enn hva

⁵⁸⁹ Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 10.5, Keiserud mfl., *Straffeprosessloven*, § 248 punkt 2, jf. punkt 6 og 8.

⁵⁹⁰ Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 10.5.

⁵⁹¹ Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 10.5.

tilfellet er med straffeloven § 78 bokstav f. En slik regulering vil tydeliggjøre at et foretaks samarbeid skal vektlegges ved straffutmålingen. I forlengelsen av dette bør regelen i straffeprosessloven § 40 om at det i domsgrunnene skal opplyses om hvorvidt straffeloven § 78 bokstav f er anvendt inkludere en særskilt referanse til den foreslåtte bestemmelsen. Regelen bør også gjelde ved forelegg mot foretak. jf. forslag til endring av straffeprosessloven § 256.

Siden i praksis alle saker kan avgjøres ved forelegg er det neppe et stort behov for å kunne avgjøre saker om foretaksstraff ved tilståelsesdom.⁵⁹² Men etter omstendighetene kan det tenkes at et foretak ikke vil vedta et forelegg fordi det mener at boten er for høy. Da bør det ha mulighet til å samtykke til en tilståelsesdom, men med full prosedyre om straffutmålingen.⁵⁹³ Jeg mener videre at et foretak må kunne avgi en «uforbeholden tilståelse» i saker hvor andre enn ledelsen er direkte involvert i lovbruddet. Dette kan typisk gjelde ved kombinasjon av anonyme og kumulative feil som bærer preg av systemsvikt. Det bør heller ikke være utelukket at et foretak kan avgi en uforbeholden tilståelse for et lovbrudd som er begått av en underordnet ansatt på vegne av foretaket. Mens den legislative begrunnelsen for tilståelsesdom typisk er knyttet til valget mellom full hovedforhandling og en forenklet behandling gjennom tilståelsesdom, vil foretak ofte i tillegg ha mulighet til å vedta et forelegg. Det gjør det mindre betenkelig å akseptere en tilståelse basert på mer indirekte kjennskap til lovbruddet. Særlig når straffeprosessloven § 248 stiller krav om at tilståelsen må styrkes av øvrige opplysninger i saken.

Etter min oppfatning er det ikke nødvendig med lovendring for å fange opp dette. Straffeprosesslovutvalget har foreslått å videreføre reglene om tilståelsesdom, men med noen endringer. Blant annet stilles ikke lenger krav om samtykke fra siktede, se

⁵⁹² Slik også Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 27 punkt 10.5.

⁵⁹³ Matningsdal *Straffeloven 2005* § 27 punkt 10.5 mener at et foretak neppe vil samtykke i tilståelsesdom i slike tilfeller. Det tror jeg ikke alltid er riktig.

utkast til straffeprosesslov § 36-1.⁵⁹⁴ De foreslåtte justeringene har etter min oppfatning ingen konsekvenser for min vurdering og anbefaling.

13 OFFENTLIGGJØRING AV FORELEGG OG HENLEGGELSESBESLUTNINGER MOT FORETAK

13.1 Innledning - behovet

Spørsmålet om forelegg og henleggelsesbeslutninger mot foretak i større grad bør offentliggjøres er todelt. For det første er det et spørsmål om det bør gis innsyn for allmennheten i forelegg og henleggelsesbeslutninger. Dersom svaret på dette er ja, er neste spørsmål om de bør publiseres og i tilfelle på hvilken måte. Jeg avgrenser vurderingen til spørsmål om publisering av vedtatte forelegg og endelige beslutninger om henleggelse mot foretak.

Siden de aller fleste bøtestraffene mot foretak avgjøres gjennom forelegg og dermed sjelden prøves for domstolen, har påtalemyndigheten en dominerende innflytelse på bøtenivået ved ileggelse av foretaksstraff. I tillegg til at dette skaper et særlig behov for fastere retningslinjer i loven for utmåling av bøtestraff, skaper det også et særlig behov for åpenhet om foreleggspraksis mot foretak. Slik åpenhet er viktig for å motvirke forskjellsbehandling mellom saker som burde bli behandlet likt. Åpenhet om bøtenivået i enkeltsaker er også viktig for foretaksstraffens preventive virkning ved at informasjon om bøtenivået når de foretak som den ønskede preventive effekt er rettet mot. Særlig når det gjelder store og alvorlige straffesaker mot foretak som avgjøres med forelegg er åpenhet også viktig for å sikre offentlig kritisk debatt.

Det særegne kan-skjønn er prosessuelt en del av straffespørsmålet som kan gi grunnlag for frifinnelse. Også påtalemyndigheten må vurdere hensiktsmessigheten av

⁵⁹⁴ Jf. NOU 2016:4 s. 648 og kap. 18.3.

foretaksstraff, og hvis utfallet av denne vurderingen er at foretaket ikke bør straffes, er dette kan-skjønnets en selvstendig henleggelsesgrunn.⁵⁹⁵ Dette spesielle trekket ved foretaksstraffinstituttet sammenlignet med det personlige straffansvaret skaper et særskilt behov for åpenhet om påtalemyndighetens bruk av kan-skjønnets gjennom henleggelsesbeslutninger. Hensynet til å motvirke forskjellsbehandling, tilsier at foretak som blir tiltalt bør ha muligheten til å ettergå påtalemyndighetens utøvelse av kan-skjønnets i andre (sammenlignbare) saker. Også for domstolens og påtalemyndighetens egen vurdering i enkeltsaker vil det kunne være en fordel om påtalemyndighetens praksis i andre saker er tilgjengelig. Særlig når det gjelder henleggelse etter kan-skjønnets ved grov kriminalitet, vil åpenhet også styrke den offentlige debatt. Jeg har ovenfor anbefalt at kan-skjønnets avvikles både som straffritaksgrunn for domstolen og som henleggelsesgrunnlag for påtalemyndigheten. Hvis denne anbefalingen følges, er det neppe større behov for offentliggjøring av henleggelsesbeslutninger mot foretak enn mot fysiske personer..

13.2 Gjeldende rett

Det gjelder ingen generell innsynsrett for allmennheten i forelegg generelt eller mot foretak spesielt. Det samme gjelder henleggelsesbeslutninger. Etter straffeprosessloven § 28 første ledd har personer med rettslig interesse rett til innsyn i dokumenter som avslutter en straffesak, inkludert forelegg og henleggelsesbeslutninger. Etter § 28 tredje ledd har også «enhver» som hovedregel rett til utskrift av «dom i en bestemt straffesak». Etter politiregisterforskriften § 9-8 er det etter omstendighetene likevel adgang til å utlevere opplysninger om straffesaker til allmennheten, inkludert henleggelse og vedtatte forelegg. Utlevering kan skje for å:

«... 1. medvirke til en saklig og nøktern reportasje og omtale i massemedia om strafforfølgning og behandling av straffesaker,

⁵⁹⁵ Se 8.2.1 ovenfor.

2. korrigere uriktigheter eller usanne rykter og opplysninger som er egnet til å skade omdømmet til noen person, organisasjon, institusjon, virksomhet mv., eller for å skape nødvendig balanse i en omtale,
3. advare mot fare og for å oppklare lovbrudd, eller
4. fremme alminnelig lovlydighet.»

Når det gjelder henleggelsesbeslutninger og vedtatte forelegg, bestemmer § 9-8 femte ledd at utlevering av slike opplysninger ikke bør skje før mistenkte eller anmeldte har fått meddelelse om vedtaket. I tillegg skal vurderingen av om vedtatte forelegg skal utleveres «blant annet bero på hva saken gjelder, og hvilke sensitive personopplysninger gjerningsbeskrivelsen inneholder». Det er grunn til å anta at det i normaltillfellene vil være sterke grunner til å tillate utlevering etter politiregisterforskriften § 9-8, både av vedtatte forelegg mot foretak og henleggelsesbeslutninger på grunnlag av kan-skjønn. Det er som vist ovenfor bare i sjeldne tilfeller at foretaksstraff blir prøvd for domstolen, og både hensyn til allmennprevensjon og likhetshensyn tilsier at forelegg bør være lett tilgjengelige. Det er på den andre siden grunn til å tro at forelegg mot foretak i normaltillfellene ikke vil inneholde sensitive personopplysninger i gjerningsbeskrivelsen som ikke kan avhjelpes gjennom anonymisering. Lovgivningen inneholder ingen generell plikt for politi- og påtalemyndighet til å gjøre forelegg eller henleggelsesbeslutninger mot foretak tilgjengelig for allmennheten *av eget tiltak*. Økokrim publiserer enkelte forelegg på sine hjemmesider. Det finnes også eksempler på at påtalemyndigheten har publisert henleggelsesbeslutninger mot foretak. Det er ikke lagt opp til at forelegg kan publiseres på Lovdata eller andre elektroniske plattformer.

13.3 Vurdering og anbefaling

Jeg mener det ville vært en stor fordel om det ble lagt til rette for at vedtatte forelegg mot foretak og henleggelsesbeslutninger etter kan-skjønn gjøres tilgjengelig for allmennheten, enten på åpne elektroniske plattformer i regi av politi- og påtalemyndighet, eller på eksisterende plattformer som Lovdata. Den eksisterende adgangen til å utlevere slike dokumenter etter politiregisterforskriften § 9-8 er etter min oppfatning vid nok til at slike påtalevedtak i normaltillfellene vil kunne publiseres.

Antall saker som ender med forelegg hvert år er ikke veldig høyt. Statistikken viser at de siste fem årene dreier det seg om 300-600 forelegg hvert år,⁵⁹⁶ og det skulle således ikke være administrativt krevende å håndtere verken for påtalemyndighet eller Lovdata. Når det gjelder antall henleggelses på grunnlag av kan-skjønnet, har jeg ikke konkrete tall, men det kan neppe dreie seg om et stort omfang. Skal en slik løsning fungere best mulig, er den imidlertid avhengig av at politi- og påtalemyndighet faktisk sender foreleggene til Lovdata. Det kan ordnes gjennom å etablere en plikt for politi- og påtalemyndighet til å dele vedtatte forelegg med Lovdata.

Selv om gjeldende regler for innsyn og offentlighet etter min vurdering ofte vil være vide nok til at slike vedtak mot foretak kan publiseres, kan det reises spørsmål om reglene om innsyn og offentlighet bør utvides. Professor Ragna Aarli har i utredningen «Dokumentoffentlighet i straffesaker» nylig foreslått nye generelle regler for innsyn og publisering av dokumenter i straffesaker.⁵⁹⁷ Aarli foreslår en ny generell hovedregel i straffeprosessloven § 29, om dokumentinnsyn for allmennheten i verserende og avsluttede straffesaker. Hovedregelen suppleres av forslag til presiseringer av hvilke dokumenter dette gjelder, i § 29a og § 29b. I forslag til § 29c og § 29d er det gitt unntak fra hovedregelen. Relevant for spørsmålet om innsyn og publisering av vedtatte forelegg mot foretak er forslag til ny § 29 b bokstav a. Etter denne bestemmelsen skal enhver ha rett til innsyn i «påtalevedtak som avslutter saken og som klageberettigede er gitt underretning om». Dette inkluderer forelegg som er vedtatt. Om begrunnelsen for rett til innsyn for allmennheten i forelegg, skriver Aarli:⁵⁹⁸

I lys av omfang og virkeområde kan det fremstå som betenkelig med en ordning uten rett til innsyn for allmennheten i forelegg. Avtalepreget som knytter seg til forelegg, med et visst forhandlingsrom for straffespørsmålet, kan tale for at vedtatte forelegg bør være offentlige slik som i Sverige, eller i alle fall bør være offentlige i større grad enn i dag. Det gjør det mulig å kontrollere om det skjer forskjellsbehandling. Det kan også bidra til å skape tillit til at regelverket ikke misbrukes til å la ressurssterke personer forhandle seg bort fra en offentlig rettergang. Med økende inntektsulikhet i befolkningen, og nyere beregningsmodeller som muligvis synliggjør dette,²⁶¹

⁵⁹⁶ Se 10.2 ovenfor.

⁵⁹⁷ Aarli, *Dokumentoffentlighet i straffesaker*.

⁵⁹⁸ Aarli, *Dokumentoffentlighet i straffesaker* s. 121.

kan også noe større åpenhet om forelegg tenkes å bidra positivt til å bevare den høye tilliten politi- og påtalemyndighet nyter i dag.

Jeg er enig i Aarlis anbefalte løsning for rett til innsyn i forelegg, inkludert den siterte begrunnelsen. I tillegg vil jeg påpeke at som en konsekvens av at 97% av alle straffesanksjoner mot foretak avgjøres ved forelegg, er det sjelden domstolen får anledning til å prøve straffenivået ved foretaksstraff slik systemet for straffutmåling forutsetter. I lys av dette er hensynet til å unngå forskjellsbehandling og muligheten til å etterprøve politi- og påtalemyndighetens vurderinger kanskje enda mer tungtveiende enn ved forelegg mot fysiske personer hvor domstolen i større grad bidrar til fastsettelsen av straffenivået.

Når det gjelder unntakene fra innsynsretten som foreslås av Aarli i § 29 c, skal bemerkes at det i bokstav b er gjort unntak for «påtalevedtak som er truffet for mer enn 1 år siden».⁵⁹⁹ Regelen er særlig begrunnet i personvern hensyn for den som har vært utsatt for politietterforskning og ønsker å legge dette bak seg. Etter min oppfatning er personvern hensyn ikke tungtveiende i spørsmålet om tidsrammer for alminnelig innsynsrett i forelegg mot foretak. Foretaket som sådan har nok av hensyn til omdømmehensyn et ønske om å legge dette bak seg, men omdømmehensynet bør etter min oppfatning tillegges mindre vekt enn behovet for offentlighet om forelegg mot foretak som skissert ovenfor. Jeg mener derfor at dette unntaket ikke bør få anvendelse på forelegg mot foretak. I den grad professor Aarlis forslag til ny generell regel for innsynsrett ikke følges opp, vil jeg anbefale at (i det minste) retten for enhver til «å kreve utskrift av en dom i en bestemt straffesak» i straffeprosessloven § 28 tredje ledd utvides til også å gjelde forelegg mot foretak. Det er vanskelig å se gode grunner til at allmennheten ikke skal ha samme rett til innsyn i forelegg mot foretak som i dommer. I den forbindelse skal bemerkes at de administrative byrdene med å håndtere slik generell innsynsrett er begrenset all den stund det er nokså begrenset antall forelegg som ilegges foretak hvert år, samtidig som en generell innsynsrett vil gjøre at politi- og

⁵⁹⁹ Aarli, *Dokumentoffentlighet i straffesaker* s. 230.

påtalemyndighet slipper å foreta en konkret skjønsmessig vurdering i hvert tilfelle slik regelen i politiregisterforskriften § 9-8 forutsetter.

Dersom det innføres en generell regel om innsynsrett i forelegg mot foretak, vil forholdene ligge bedre til rette enn i dag for at politi- og påtalemyndighet av eget tiltak gjør slike forelegg tilgjengelige for allmennheten. Når det gjelder forslaget om utvidet innsyn i påtalevedtak generelt, fremhever professor Aarli.⁶⁰⁰

«Med flere krav på innsyn i påtaledata, vil det være ressursbesparende om det kan tilrettelegges for selvbetjente løsninger for innsyn i en «Plattform for påtaledata» tilsvarende løsningen som er anbefalt som «Plattform for domstoldata» i DAs rapport «Allmenn offentliggjøring av rettsavgjørelser.»»

Jeg støtter denne vurderingen, og i relasjon til vedtatte forelegg mot foretak vil en slik løsning sikre åpenhet om foreleggspraksis og henleggelsesbeslutninger mot foretak.

14 ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

Jeg kan ikke se at anbefalingene om endringer av straffeloven § 27 og § 28 vil ha vesentlige økonomiske og administrative konsekvenser. Det samme gjelder de foreslåtte endringer i straffeprosessloven. Når det særlig gjelder økonomiske og administrative konsekvenser av offentliggjøring av forelegg og henleggelsesbeslutninger, vises til professor Ragna Aarlis utredning kapittel 19.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ Aarli, *Dokumentoffentlighet i straffesaker* s. 124.

⁶⁰¹ Aarli, *Dokumentoffentlighet i straffesaker* s. 226–227.

DEL III: KORRUPSJON

16 INTRODUKSJON

Siktemålet med denne delen av utredningen er å analysere straffelovens bestemmelser om korrupsjon og påvirkningshandel i § 387-389 og vurdere behovet for lovendringer – særlig med tanke på foretak. Jurisdiksjonsspørsmål behandles ikke. I strafferettslig forstand er kjernen i korrupsjonsforbrytelsen en transaksjon mellom en aktiv bestikker (Ab) og en passiv bestikker (Pb), hvor Abs ytelse er en utilbørlig fordel og Pbs ytelse er en handling eller beslutning som er fordelaktig for Ab. Et typisk eksempel kan være hvor Ab betaler en offentlig tjenesteperson Pb et pengebeløp for at Pb skal misbruke sin stilling til å gi noe Ab ellers ikke har krav på, for eksempel en fiskeritillatelse. Et karakteristisk trekk ved Pbs handling er at den er *illojal* overfor Pbs oppdrags- eller arbeidsgiver. Transparency Internationals definisjon av korrupsjon er noe videre: «Korrupsjon er misbruk av makt i betrodde stillinger for personlig gevinst».⁶⁰² Organisasjonen skiller videre mellom korrupsjon «ifølge regelen» og «på tross av regelen». Det første er bestikkelser som Ab yter for å oppnå en fordelaktig behandling som Pb er forpliktet etter loven til å utføre. Det andre er bestikkelser som Ab yter for å oppnå en behandling som Pb ikke har lov til å utføre.

Korrupsjon har enorme skadevirkninger både for enkeltpersoner og samfunnet. Saksforholdet i Rt. 2013 s. 1025 kan tjene som illustrasjon på ulike skader som kan forårsakes av korrupsjon: Saken gjaldt korrupsjon ved utbygging av vann- og avløpssystemet i Dar es Salaam i Tanzania. De lokale myndighetene utlyste en anbudskonkurranse for utbyggingen. Prosjektet ble finansiert av verdensbanken. Et joint venture med tre selskaper vant konkurransen. Det ble etter hvert avdekket at oppdragskontrakten forutsatte at 5% av kontraktssummen skulle utbetales til ansatte i den offentlige etaten som utlyste konkurransen. To ansatte i et norsk konsulentselskap ble domfelt for medvirkning til korrupsjon, mens en tredje ansatt og selskapet ble frifunnet. Denne type korrupsjon har flere skadelige konsekvenser. For det første kan korrupsjonen ha skadet konkurransen om oppdraget. Hvis joint venture foretaket fikk

⁶⁰² [Hva er korrupsjon? – Transparency Int. Norge](#)

oppdraget på grunn av de korruperte betalingene, kan det være at oppdragskontrakten ble både dyrere for oppdragsgiver og med dårligere kvalitet enn hvis aktørene konkurrerte på objektive vilkår. Denne *konkurransenvidningen* kan både ha påført konkurrenter og de lokale myndighetene et *økonomisk tap*, og medført at befolkningen fikk et vann- og avløpssystem som var av dårligere kvalitet. I sin tur kan dette *hemme utviklingen* av byen og andre oppgaver som myndighetene er satt til å løse. Korrupsjon som dette har også potensiale til å forårsake *økte klasseforskjeller* ved at et begrenset antall offentlige tjenestepersoner sitter i posisjoner hvor de har mulighet til å misbruke rollen til å oppnå store private gevinster gjennom korrupsjon. Når korrupsjonen i et land er utbredt, vil alle de nevnte skadevirkningene føre til *svekket tillit til offentlige institusjoner* og dermed kunne *svekke demokratiet*. Transparency International oppsummerer skadevirkningene slik:⁶⁰³

“Corruption erodes trust, weakens democracy, hampers economic development and further exacerbates inequality, poverty, social division and the environmental crisis”

Korrupsjon rammer også verdensøkonomien hardt. World Economic Forum har anslått at korrupsjon koster verdensøkonomien hele 5% av BNP hvert år, det vil si ca. 3,6 billioner USD.⁶⁰⁴ Dette sier noe om omfanget av problemet, men også noe om hvor rotfestet korrupsjon er i mange kulturer og hvor vanskelig det er å få bukt med utfordringen.

I indeksbaserte statistikker over korrupsjon kommer Norge gjennomgående svært godt ut sammenlignet med andre land. I Transparency Internationals CPI for 2020 (Corruption Perceived Index), er Norge det syvende *minst* korruperte land (av 180), men likevel bak Danmark (delt første plass med New Zealand), Finland (tredje plass) og Sverige (delt fjerde plass med Sveits og Singapore). Også i World Bank Governance Index scorer Norge høyt på indikator for «Control of Corruption».⁶⁰⁵

⁶⁰³ [What is corruption? - Transparency.org](#)

⁶⁰⁴ [Transparency and Anti-Corruption | World Economic Forum \(weforum.org\)](#).

⁶⁰⁵ [Worldwide Governance Indicators | DataBank \(worldbank.org\)](#).

I kjølvannet av den kalde krigens avslutning og økt internasjonal handel fra ca. 1990, ble det i større grad enn før mulig å adressere korrupsjon som et internasjonalt problem som bare kunne bekjempes gjennom koordinering og samarbeid. Flere internasjonale initiativ ble igangsatt for å samordne og styrke korrupsjonsbekjempelsen særlig over landegrensene. Resultatet var en rekke internasjonale konvensjoner mot korrupsjon rundt årtusenskiftet som blant annet pålegger statene å kriminalisere og håndheve korrupsjon. De tre sentrale konvensjonene som adresserer strafferettslig korrupsjon og som Norge har ratifisert er OECD-konvensjonen om motarbeidelse av bestikkelse av utenlandske tjenestemenn i internasjonale forretningsforhold av 21. november 1997 («OECD-konvensjonen»), Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon av 27. januar 1999 («Europarådskonvensjonen») og FN-konvensjonen mot korrupsjon av 31. oktober 2003 («FN-konvensjonen»). Norge ratifiserte OECD-konvensjonen 18. desember 1998 og Europarådskonvensjonen 2. mars 2004. FN konvensjonen trådte i kraft 14 desember 2005 etter at 30 stater hadde ratifisert den. Norge signerte konvensjonen 9 desember 2003 og ratifiserte den 29. juni 2006.

Korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven § 387 - § 389 viderefører bestemmelsene i straffeloven 1902 § 276 a - § 276 c som ble innført ved lov 4. juli 2003 nr. 79. Det ble foretatt en lovteknisk endring i bestemmelsene ved at medvirkningstillegget i straffeloven § 276 a tatt ut. Dette skyldes at medvirkning nå er regulert i straffeloven § 15.⁶⁰⁶ Enkelte språklige endringer ble også utført, men uten at dette medførte realitetsendringer. Forarbeidene og rettspraksis knyttet til straffeloven § 276 a til § 276 c er derfor fortsatt relevante. Et sentralt formål med innføringen av de norske korrupsjonsbestemmelsene i 2003 var å tilpasse korrupsjonslovgivningen til OECD-konvensjonen og Europarådskonvensjonen.⁶⁰⁷ FN konvensjonen fordret ingen nye endringer av korrupsjonslovgivningen.

⁶⁰⁶ Ot. prp. nr. 22 (2008–2009) s. 333.

⁶⁰⁷ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 7–8.

I det følgende skal jeg først gi en oversikt over kriminaliseringsforpliktelsene i de tre sentrale korrupsjonskonvensjonene som Norge har ratifisert. Etter denne oversikten skal jeg gi en statistisk oversikt over korrupsjonsdommer i Norge siden 2003 før jeg foretar en analyse og vurdering av de norske korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven og behovet for endringer. Reglene om jurisdiksjon er ikke et ledd i mandatet for denne utredningen.

17 NORGES INTERNASJONALE FORPLIKTELSE

17.1 OECD-konvensjonen

17.1.1 Innledning - bakgrunn

I begynnelsen av 1990-tallet var lovgivning mot korrupsjon i internasjonal handel svært lite utbredt. I Norge kunne virksomheter inntil 1996 få skattefradrag for bestikkelser i utlandet. Dette var ikke uvanlig. Et unntak var USA, som allerede i 1977 innførte Foreign Corrupt Practices Act («FCPA»). Bakgrunnen var avsløringer i kjølvannet av Watergate-skandalen hvor det blant annet ble avdekket at amerikanske selskaper betalte store bestikkelser til utenlandske offentlige tjenstepersoner for å fremme virksomhet i USA. Siden få andre vestlige land hadde tilsvarende lovgivning, opplevde amerikanske selskaper at FCPA begrenset amerikanske selskapers konkurranseevne sammenlignet med andre lands selskaper som ikke var underlagt slik lovgivning. Av den grunn tok USA flere initiativ for å få andre vestlige land til å innføre lignende lovgivning. Etter noen mislykkede tidlige initiativ gjennom FN og ICC, fremmet USA i 1989 et krav om at OECD initierte et arbeid for å utarbeide en konvensjon om bekjempelse av korrupsjon mot utenlandske offentlige tjenstepersoner.⁶⁰⁸ Dette

⁶⁰⁸ Pieth, Low and Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery* s. 9.

arbeidet ledet frem til vedtakelsen av OECD-konvensjonen.⁶⁰⁹ Konvensjonen er tiltrådt av 44 medlemsstater. Norge ratifiserte OECD-konvensjonen 18. desember 1998. Den trådte i kraft 15. februar 1999.⁶¹⁰

17.1.2 Særtrekk ved OECD-konvensjonen

OECD-konvensjonen har begrenset rekkevidde. Den adresserer utelukkende «tilbudssiden» i en korrupsjon. Tanken var å ramme innsprøyting av korruperte betalinger i økonomien, særlig til utviklingsland i sør. Det vil si at den er begrenset til *aktiv* korrupsjon mot utenlandske offentlige tjenstepersoner. Den passive siden – det å kreve eller ta imot bestiktelser er ikke omfattet. Begrunnelsen var at det er lettere å forfølge kommersielle betalere av bestiktelser på grunn av deres sårbarhet overfor konkurrenter og markedet. Dessuten, hvis alle konkurrenter nekter å betale bestiktelser for å overholde forbudet, vil dette etter hvert redusere presset fra offentlige tjenstepersoner som forventer slike bestiktelser. Dette vil i sin tur tjene befolkningen som de offentlige tjenstepersonene utøver myndighet for. Videre er konvensjonen begrenset til internasjonale transaksjoner. Den dekker med andre ord ikke korrupsjon innenfor landegrensene til OECD statene. Den er også begrenset til bestiktelser av offentlige tjenstepersoner. Bestiktelser i privat sektor dekkes ikke.

OECD-konvensjonen er først og fremst en konvensjon som pålegger *kriminalisering* av korrupsjon mot utenlandske offentlige tjenstepersoner. Formålet er dermed å harmonisere medlemsstatenes korrupsjonslovgivning innenfor rammene av konvensjonen. I den forbindelse bygger konvensjonen metodisk på prinsippet om «functional equivalence». Det vil si at konvensjonen forutsetter at hvert rettssystem har særegenheter som gjør at sammenligning mellom ulike lands regler ikke skal bero på lovteksten alene. Dette er kommet til uttrykk i fortalen i konvensjonen som følger:

⁶⁰⁹ For en mer detaljert oversikt over utviklingen av dette arbeidet, se Pieth, Low and Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery* s. 9–20.

⁶¹⁰ Offisiell konvensjonstekst: [210X297 \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/210X297)

“RECOGNISING that achieving equivalence among the measures to be taken by the Parties is an essential object and purpose of the Convention, which requires that the Convention be ratified without derogations affecting this equivalence”.

I de offisielle kommentarene til konvensjonen heter det videre:⁶¹¹

“This Convention seeks to assure a functional equivalence among the measures taken by the Parties to sanction bribery of foreign public officials, without requiring uniformity or changes in fundamental principles of a Party’s legal system.”

Prinsippet innebærer at implementering av konvensjonen ikke nødvendigvis må skje gjennom en lovtekst som følger samme struktur og tekst som konvensjonen så lenge det materielle innhold er sammenfallende. For eksempel kan konvensjonens forpliktelse til å kriminalisere korrupsjon mot offentlige tjenstepersoner implementeres både gjennom særbestemmelser om slik korrupsjon, og som i Norge gjennom en videre og mer generell bestemmelse. OECD-konvensjonen artikkel 12 inneholder bestemmelser om en systematisk oppfølgingsfunksjon gjennom enheten Working Group on Bribery («WGB»). Oppfølgingen skjer ved at WGB systematisk monitorer og promoterer medlemsstatenes implementering av konvensjonen. Ordningen er ingen tvisteløsningsmekanisme. Det er snarere en rådgivende vurdering av effektiviteten av det enkelte lands implementering av konvensjonen.

17.1.3 Forpliktelsen til å kriminalisere bestikkelser av utenlandske offentlige tjenstepersoner

Forpliktelsen til å kriminalisere korrupsjon av utenlandske offentlige tjenstepersoner er inntatt i OECD-konvensjonen artikkel 1 første ledd:

“Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business.”

Bestikkelseshandlingen er angitt som «offer, promise or give». Det innebærer at fullbyrdet korrupsjon foreligger allerede ved et tilbud eller løfte om en bestikkelse.

⁶¹¹ OECD, *Commentaries on the Convention on Bribery* (avsnitt 2).

Kravet til bestikkelsen er «any undue pecuniary or other advantage». Uttrykket «undue advantage» kan oversettes med utilbørlig fordel, og dekker både økonomiske og ikke-økonomiske fordeler. Mottakeren av fordelene er «foreign public official». Uttrykket er definert i artikkel 1 fjerde ledd bokstav a:

““foreign public official” means any person holding a legislative, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected; any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise; and any official or agent of a public international organisation.”

Definisjonen dekker både personer i embetsverk og folkevalgte på alle nivåer og posisjoner «of a foreign country», jf. artikkel 1 fjerde ledd bokstav b. Videre dekkes personer i offentlige etater og selskaper eid av offentlige enheter. Også representanter eller ansatte i offentlige internasjonale organisasjoner er omfattet. Dette dekker organisasjoner opprettet av nasjonalstater, som for eksempel FN og OECD, eller organisasjoner som er opprettet av slike organisasjoner.

Bestemmelsen setter også opp krav til *formål om en gjenytelse* fra den offentlige tjenestepersonen til den aktive bestikkeren. Det spiller ingen rolle om gjenytelsen er gjennomført eller ikke. Formålet om gjenytelse inneholder to ledd: For det første at den offentlige tjenestepersonen skal «act or refrain from acting in relation to the performance of official duties». I henhold til definisjonen av dette uttrykket i artikkel 1 fjerde ledd bokstav c, inkluderer dette «any use of the public official’s position, whether or not within the official’s authorised competence». Alle typer beslutninger som ligger til stillingen er omfattet av tjenestepersonens «authorised competence». Et eksempel på bruk av posisjon som omfattes selv om det ligger utenfor «authorised competence», er hvis en ansatt offentlig tjenesteperson bruker posisjonen sin til å påvirke en annen tjenesteperson i samme etat til å treffe beslutning til fordel for bestikkeren.⁶¹² Det andre leddet i formålet er at bestikkeren ved gjenytelsen får en «improper advantage» tilknyttet sin forretningsvirksomhet. At gjenytelsen skal fremme

⁶¹² OECD, *Commentaries on the Convention on Bribery* (avsnitt 9).

eller opprettholde bestikkerens næringsvirksomhet («obtain or retain business») er alltid tilstrekkelig, men uttrykket er ikke begrenset til dette.

Kriminalisering som er begrenset til rettsstridige tjenestehandlinger vil i prinsippet være tilstrekkelig til å oppfylle konvensjonens artikkel 1. Dette betyr at det ikke gjelder et krav om å kriminalisere små «facilitation payments», det vil si små betalinger til offentlige tjenestepersoner for å gi dem ekstra insentiv til å gjøre oppgaven de er satt til å gjøre.

Videre stiller artikkel 1 vilkår om at gjerningspersonen opptrer «intentionally». Uttrykket innebærer et krav om et subjektivt element. Det er ikke nærmere definert og kan oppfylles både gjennom krav om hensikt og ulike typer forsett. Uttrykket «for that official or for a third party» krever at straffebestemmelsen ikke bare må dekke tilfeller hvor bestikkelsen kommer den offentlige tjenestepersonen til gode, men også hvor mottakeren er tredjeparter, for eksempel hvor bestikkeren betaler for utdanning til tjenestepersonens barn. Mottakeren trenger ikke være en nærstående av tjenestepersonen. Også donasjoner til for eksempel frivillige organisasjoner, politiske partier eller fagforeninger vil etter omstendighetene rammes.

Kriminaliseringsforpliktelsen i artikkel 1 omfatter også *indirekte korrupsjon* ved at bestikkeren bruker tredjeparter i transaksjonen. Dette følger av uttrykket «whether directly or through intermediaries». Dette dekker tilfeller hvor gjerningspersonen bruker agenter eller andre mellomledd som ledd i korrupsjon. Etter omstendighetene vil det også omfatte korrupsjon begått i datterselskaper.⁶¹³ Kravet til «intention» vil også gjelde når korrupsjonen er begått ved bruk av tredjeparter.

OECD-konvensjonen forplikter også statene til å kriminalisere *medvirkning* («complicity») til korrupsjon av offentlig utenlandske tjenestepersoner, jf. artikkel 1 andre ledd. Etter konvensjonsteksten omfatter dette «incitement, aiding and abetting, or authorisation». Uttrykkene dekker både fysisk medvirkning («aiding and abetting»)

⁶¹³ Pieth, Low and Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery* s. 129–134.

og psykisk medvirkning i form av oppfordringer («incitement») og godkjenninger («authorisation»). Ren passiv medvirkning er neppe inkludert. Det er betydelig overlapp mellom forpliktelsen til å kriminalisere medvirkning til korrupsjon og forpliktelsen til å kriminalisere *indirekte* korrupsjon. Meningen er at den nærmere grensedragning mellom indirekte korrupsjon og medvirkning skal trekkes av medlemsstatene. Konvensjonen tar høyde for at dersom en medlemsstat har vidtrekkende medvirkningsansvar, er det etter omstendighetene ikke nødvendig med særskilt kriminalisering av indirekte korrupsjon.⁶¹⁴ Også forsøk («attempt») på korrupsjon skal kriminaliseres, jf. artikkel 1 andre ledd. Det samme gjelder å inngå forbund om («conspiracy») om å begå korrupsjon. Begge kriminaliseringsforpliktelser gjelder imidlertid bare så langt dette også er straffbart ved korrupsjon av offentlige tjenstepersoner i det aktuelle landet.

17.1.4 Foretaksansvar for korrupsjon

OECD-konvensjonen artikkel 2 forplikter statene til å etablere regler om foretaksansvar for korrupsjon av utenlandske offentlige tjenstepersoner. Siden ikke alle land anerkjenner foretaks*straff* aksepterer konvensjonen at foretak sanksjoneres med «non-criminal sanctions» som for eksempel kan være en administrativ bot.

For både personlig straffansvar og foretaksansvar krever konvensjonen at statene innfører «effective, proportionate and dissuasive» sanksjoner, jf. artikkel 3 første og andre ledd. Konvensjonen inneholder bestemmelser om jurisdiksjon og foreldelse, jf. artikkel 4 og 6, samt en rekke andre typer forpliktelser relatert til korrupsjon. De skal ikke gjennomgås her.

⁶¹⁴ Pieth, Low and Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery* s. 121.

17.2 Europarådskonvensjonen

17.2.1 Innledning

Europarådskonvensjonen ble vedtatt 27. januar 1999 og trådte i kraft 1. juli 2002.⁶¹⁵ Norge ratifiserte konvensjonen den 2. mars 2004. Alle medlemsstater i Europarådet har ratifisert eller tiltrådt konvensjonen. Bakgrunnen for konvensjonen var at Ministerkomiteen i Europarådet i 1996 vedtok et handlingsprogram mot korrupsjon som blant annet skulle utvikle en internasjonal konvensjon mot korrupsjon og et oppfølgingsprogram. Dette ledet frem til et politisk program bestående av tre hovedelementer:⁶¹⁶ a) standarder for anti-korrupsjon, b) monitorering av statenes overholdelse av disse standardene gjennom Group of States against Corruption (GRECO) og c) oppbygging av kapasitet til å bekjempe korrupsjon.

I tillegg til Europarådskonvensjonen utviklet Europarådet to andre konvensjoner som ledd i dette arbeidet: a) Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon,⁶¹⁷ og b) Europarådets konvensjon vedrørende manipulering av idrettskonkurranser.⁶¹⁸ Videre har rådet utviklet fire «soft law» instrumenter som komplementerer konvensjonene (engelske titler): a) Resolution on the Twenty Guiding Principles for the Fight Against Corruption,⁶¹⁹ b) Recommendation on the Codes of Conduct for Public Officials,⁶²⁰ c) Recommendation on the Protection of Whistleblowers,⁶²¹ og Recommendation on Common Rules against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral

⁶¹⁵ Offisiell konvensjonstekst: [CETS 173 - Criminal Law Convention on Corruption \(coe.int\)](https://conventions.coe.int/Treaty/Html/173.htm)

⁶¹⁶ Nichols m.fl., *Corruption and Misuse of Public Office* punkt 18.02.

⁶¹⁷ Vedtatt 4. november 1999, ikraft 1. november 2003. Norge ratifiserte konvensjonen 12. februar 2008.

⁶¹⁸ Vedtatt 18. september 2014, ikraft 1. september 2019. Norge ratifiserte konvensjonen 9. desember 2014.

⁶¹⁹ Committee of Ministers Resolution (97), 6 November 1997.

⁶²⁰ Recommendation No. R (2000) 10, 11 May 2000.

⁶²¹ Recommendation CM/Rec (2014)7, 30 April 2014.

Campaigns.⁶²²I relasjon til denne utredningen er det særlig kriminaliseringsforpliktelsene i Europarådskonvensjonen som er av interesse. Konvensjonen forplikter statene til å kriminalisere flere typer korrupsjonshandlinger.

17.2.2 Aktiv og passiv korrupsjon i offentlig sektor

Europarådskonvensjonen artikkel 2 til 6 og artikkel 9 til 11 inneholder forpliktelser for statene til å kriminalisere aktiv og passiv korrupsjon i offentlig sektor både i og utenfor den respektive nasjonalstat. Når det gjelder bestikkelser i nasjonal offentlig sektor, skiller bestemmelsene mellom korrupsjon av offentlige tjenstepersoner og av representanter i nasjonalforsamlingen («domestic public officials»/«members of domestic public assemblies»), jf. artikkel 2 til 4. Når det gjelder korrupsjon i utlandet er systemet mer finmasket. Konvensjonen har egne korrupsjonsbestemmelser for henholdsvis offentlig tjensteperson i en annen stat, jf. artikkel 5, representanter i nasjonalforsamlingen i en annen stat, jf. artikkel 6, personer ansatt i tjeneste i internasjonale organisasjoner, jf. artikkel 9, representanter fra nasjonalstater i internasjonale organisasjoner, jf. artikkel 10, dommere og ansatte i internasjonale domstoler, jf. artikkel 11. Uttrykket «public officials» er definert i artikkel 1 og viser til hvordan «official», «public officer», «mayor», «minister» og «judge» er definert i nasjonal lovgivning og strafferett. Uttrykket «judge» skal imidlertid alltid inkludere påtalemyndighet. Uttrykket «members of domestic public assemblies» er ikke nærmere definert.

Selv om konvensjonen skiller mellom ulike aktører i offentlig sektor, dekker de alle aktiv og passiv korrupsjon, og vilkårene er skåret over samme lest. Den aktive korrupsjonshandlingen som skal kriminaliseres er for alle tilfellene «promising, offering or giving ... any undue advantage». Termen “promising” vil typisk være et bindende løfte. Ordet “offering” tar sikte på å dekke hvor bestikkeren har vist at han er klar til å gi fordelene, mens «giving» vil være å faktisk yte bestikkelsen. De to første

⁶²² Recommendation Rec (2003)4, 8 April 2003.

alternativene viser at fullbyrdet korrupsjon ikke krever at bestikkelsen faktisk er ytet. Ordlyden speiles i gjerningsbeskrivelsen for passiv korrupsjon som er «the request or receiving ...of any undue advantage, ...or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage». Dette inkluderer både å *kreve* og å faktisk *motta* bestikkelsen.

Begrepet «undue advantage» som er brukt for alle tilfeller av korrupsjon skal forstås slik at mottakeren «is placed in a better position than he was before the commission of the offence and that he is not entitled to the benefit».⁶²³ Ytelsen trenger ikke ha økonomisk verdi. Uttrykket er ment å ekskludere fordeler som er tillatt etter loven og gaver med lav verdi eller som er sosialt akseptable. Formålet med bestikkelsen må både for aktiv og passiv korrupsjon være at den offentlige tjenestepersonen/medlemmet av nasjonalforsamlingen skal «act or refrain from acting in the exercise of his or her functions», jf. artikkel 2 og 3, jf. artikkel 4-6. Formålet må med andre ord være å påvirke mottakeren av bestikkelsen til å bruke sin offentlige posisjon på en bestemt måte. Det spiller ingen rolle om handlingen eller unnlattelsen er rettsstridig eller innenfor tjenestepersonens diskresjonære kompetanse. Grunnen til dette er at hensynet til tillit, åpenhet, objektivitet og lojalitet i offentligrettslige posisjoner tilsier at bestikkelser for å påvirke offentlige tjenestepersoner til å utføre handlinger som ligger innenfor deres kompetanse også omfattes av kriminaliseringsforpliktelsen.

Kriminaliseringsforpliktelsen dekker korrupsjon som er begått «intentionally». Det er grunn til å tro at uttrykket er bredere enn hensiktsforsett, slik at også ulike former for kunnskapsforsett er inkludert. I kommentarene til bestemmelsene heter det at forsettet:⁶²⁴

«must relate to a future result: the public official acting or refraining from acting as the briber intends. It is however immaterial whether the public official actually acted or refrained from acted as intended.»

⁶²³ CoE, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption* (avsnitt 37).

⁶²⁴ CoE, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption* (avsnitt 34).

Det er ingen krav om at bestikkelsen kommer den offentlige tjenstepersonen *selv* til gode. Konvensjonen slår eksplisitt fast at fordeler «for anyone else» er omfattet så lenge formålet er påvirke den offentlige tjenstepersonens handlinger, jf. artikkel 2 og 3. I slike tilfeller er forutsetningen at den offentlige tjenstepersonen er kjent med at fordelene skal komme tredjepart til gode.⁶²⁵ Konvensjonen bestemmer inkluderer å bestikke «directly or indirectly». Med indirekte korrupsjon siktes til tilfeller hvor bestikkelsen kanaliseres gjennom mellomledd.

17.2.3 Aktiv og passiv korrupsjon i privat sektor

Europarådskonvensjonen artikkel 7 og artikkel 8 pålegger statene å kriminalisere henholdsvis aktiv og passiv korrupsjon i privat sektor. Vilkårene er skåret over samme lest som for korrupsjon i offentlig sektor. Tre viktige særtrekk skal likevel fremheves:

For det første gjelder bestemmelsene bare bestikkelser med tilknytning til «business activity». Uttrykket skal tolkes vidt og dekker alle typer næringsvirksomhet inkludert tjenester som private yter til det offentlige. Frivillige organisasjoner faller utenfor og dekkes ikke av kriminaliseringsforpliktelsen, men samtidig er det ingenting i veien for at nasjonal korrupsjonslovgivning også dekker frivillig sektor. For det andre må den passive bestikkeren (mottakeren) være en person som «direct or work for, in any capacity, privat sector entities». Uttrykket skal tolkes vidt, og dekker ledere og ansatte på alle nivåer, men ikke eiere. «Private sector entities» dekker alle typer foretak som er eid eller under bestemmende innflytelse av privatpersoner. For det tredje er det forskjell på kravet til opptreden fra den passive bestikker. Vilkåret er at formålet med bestikkelsen er å påvirke den passive bestikker «to act or refrain from acting in breach of their duties». I motsetning til hva som gjelder for korrupsjon i offentlig sektor, kreves her at den passive opptre «in breach of their duty». Uttrykket er ikke begrenset til, eller først og fremst myntet på, spesielle kontraktuelle forpliktelser. Det siktes til brudd på den mer generelle lojalitetsplikten til prinsipalen som følger av stillingen til

⁶²⁵ CoE, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption* (avsnitt 36).

den passive bestikker.⁶²⁶ Tanken bak dette kravet er at kriminalisering av korrupsjon i privat sektor skal beskytte *tilliten og lojaliteten* i forholdet mellom aktørene, og særlig i forholdet mellom en arbeidstaker/opdragstaker og «prinsipalen». Det er bare i tilfeller når den passive bestikker opptrer i strid med denne lojalitetsplikten, at begrunnelsen slår til.

17.2.4 Påvirkningshandel

Europarådskonvensjonen Artikkel 12 pålegger statene å kriminalisere påvirkningshandel i *offentlig sektor*. Tanken er å ramme korruperte personer i «the neighbourhood of power» til offentlige tjenestepersoner som treffer beslutninger.⁶²⁷ Dette kan betegnes som «bakgrunnskorrupsjon» som underminerer tilliten til den offentlige institusjoner. Bestemmelsen rammer et trepartsforhold mellom en aktiv bestikker, en passiv påvirkningsagent og en beslutningstaker. Den korruperte ytelsen er på samme måte som ved korrupsjon en «undue advantage». Ved aktiv påvirkningshandel er det den aktive bestikker som lover, gir eller tilbyr («promising, giving or offering») den utilbørlige fordelten til påvirkningsagenten eller en tredjepart (som påvirkningsagenten vet om). Ved passiv påvirkningshandel er det påvirkningsagenten som krever, tar imot eller aksepterer («request, receipt or acceptance of») den utilbørlige fordelten. Hovedforskjellen mellom korrupsjon og påvirkningshandel er knyttet til gjenytelsen for den utilbørlige fordelten. Gjenytelsen fra påvirkningsagenten i begge tilfeller er en utilbørlig påvirkning («improper influence») av en beslutningstaker. Det er altså ikke krav om at påvirkningsagenten skal handle eller treffe en beslutning i sin stilling. Det er et vilkår i begge tilfeller at påvirkningsagenten «asserts or confirm» at vedkommende vil utøve «improper influence» på beslutningstakeren. Men fullbyrdet påvirkningshandel foreligger uavhengig av om påvirkningsagenten faktisk bruker innflytelsen eller ikke, eller om innflytelsen er vellykket eller ikke. Kravet til at påvirkningen er «improper» innebærer

⁶²⁶ CoE, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption* (avsnitt 55).

⁶²⁷ CoE, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption* (avsnitt 64).

at påvirkningsagenten må ha «corrupt intent».⁶²⁸ Dette markerer en avgrensning mot lovlig lobbyvirksomhet. Kriminaliseringsforpliktelsen gjelder utelukkende påvirkningshandel i offentlig sektor, og gjelder alle offentlige tjenstepersoner og verv som er adressert i bestemmelsene om korrupsjon i offentlig sektor.

17.2.5 Foretaksansvar

Også Europarådskonvensjonen stiller krav om at det innføres sanksjoner mot foretak for korrupsjon. På samme måte som OECD-konvensjonen kan sanksjonene være både «criminal and non-criminal sanctions», jf. artikkel 19. artikkel 18 stiller nærmere krav til vilkårene for foretaksansvaret. Her heter det:

- (1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences of active bribery, trading in influence and money laundering established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on:
 - a power of representation of the legal person; or
 - an authority to take decisions on behalf of the legal person; or
 - an authority to exercise control within the legal person;as well as for involvement of such a natural person as accessory or instigator in the above-mentioned offences.
- (2) Apart from the cases already provided for in paragraph 1, each Party shall take the necessary measures to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of the criminal offences mentioned in paragraph 1 for the benefit of that legal person by a natural person under its authority.

Kravet er at korrupsjonen er begått «for the benefit of» foretaket og av en person «in a leading position». Personen kan både opptre individuelt og som del av et selskapsorgan. Om gjerningspersonen har en ledende posisjon avgjøres på grunnlag av om vedkommende har representasjonsrett, kompetanse til å treffe beslutninger på vegne av foretaket, eller kompetanse til å utøve tilsyn eller kontroll. Gjerningspersonens involvering kan også være «accessory or instigator» i forbindelse

⁶²⁸ CoE, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption* (avsnitt 65).

med korrupsjonen, det vil etter norsk rett omfatte medvirkning. I tillegg kan foretaket etter andre ledd holdes ansvarlig hvis korrupsjonen er begått av en underordnet (ansatt) dersom manglende tilsyn og kontroll fra personer i ledende stilling har muliggjort korrupsjonen.

17.3 FN-konvensjonen

17.3.1 Innledning

I Resolusjon 55/61 av 4. desember 2000 anerkjente FNs generalforsamling et behov for en særskilt global konvensjon mot korrupsjon, og besluttet å initiere et arbeid for å fremme en slik konvensjon. En ekspertgruppe ble satt ned for å arbeide frem et konvensjonsutkast som etter forhandlinger ble vedtatt av FNs Generalforsamling ved Resolusjon 58/4 den 31 oktober 2003.⁶²⁹ Den er ratifisert av 87 land. Norge ratifiserte konvensjonen 29. juni 2006. FN-konvensjonens bestemmelser kan inndeles i fem kategorier:

- i) «General provisions» som gjelder implementering, beskyttelse av nasjonalstatenes suverenitet og definisjoner som skal gjelde hele konvensjonen.
- ii) «Preventive measures» som gjelder instrumenter for å *forebygge* korrupsjon både i offentlig og privat sektor.
- iii) «Criminalization, law enforcement and jurisdiction» som gjelder forpliktelse til å kriminalisere eller vurdere å kriminalisere bestemte typer korrupsjon, forpliktelse til tiltak for å sikre håndheving og jurisdiksjon.
- iv) «International cooperation» som gjelder ulike former for internasjonalt samarbeid for å bekjempe korrupsjon, inkludert samarbeid om etterforskning av korrupsjon over landegrensene.

⁶²⁹ Offisiell konvensjonstekst: [UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION \(unodc.org\)](https://www.unodc.org/unodc/en/convention-against-corruption.html)

- v) «Asset recovery» som gjelder mekanismer for å sikre frysing og inndragning av korrupsjonsytelser.

Innenfor hver av disse kategoriene må det i tillegg skilles mellom *obligatoriske krav* til å innføre lovbestemmelser, forpliktelse til å *vurdere lovgivning* og forpliktelse til å *vurdere andre tiltak* enn lovgivning. I det følgende skal jeg gi en oversikt over FN-konvensjonens kriminaliseringsforpliktelser og forpliktelsene til å *vurdere* kriminalisering.

17.3.2 Kriminaliseringsforpliktelser

17.3.2.1 Aktiv og passiv korrupsjon i nasjonal offentlig sektor

På samme måte som Europarådskonvensjonen, krever FN-konvensjonen at statene kriminaliserer aktiv og passiv korrupsjon overfor offentlig tjenstepersoner. Artikkel 15 dekker korrupsjon overfor nasjonale offentlige tjenstepersoner, mens artikkel 16 gjelder utenlandske offentlige tjenstepersoner. Når det gjelder korrupsjon i nasjonal offentlig sektor i artikkel 15, skal uttrykket «public official» forstås i henhold til definisjonen i artikkel 2 bokstav a:

“Public official” shall mean: (i) any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a State Party, whether appointed or elected, whether permanent or temporary, whether paid or unpaid, irrespective of that person’s seniority; (ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party; (iii) any other person defined as a “public official” in the domestic law of a State Party. However, for the purpose of some specific measures contained in chapter II of this Convention, “public official” may mean any person who performs a public function or provides a public service as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party”

Uttrykket dekker ansatte på alle nivåer i offentlige institusjoner, inkludert domstoler. Men også folkevalgte representanter i alle typer offentlige institusjoner dekkes. Uttrykket dekker også ansatte og tillitspersoner i offentlige eide foretak. Gjerningsbeskrivelsen for aktiv korrupsjon i nasjonal offentlig sektor dekker på samme måte som Europarådskonvensjonen og OECD-konvensjonen «the promise, offering or giving of an undue advantage», jf artikkel 15 bokstav a. Dette innebærer at allerede tilbudet eller løftet om en bestikkelse må være tilstrekkelig for fullbyrdet forbrytelse.

Uttrykket «undue advantage» dekker både materielle og ikke-materielle verdier, og både økonomiske og ikke-økonomiske verdier.⁶³⁰ Men uttrykket «undue advantage» ekskluderer små leilighetsgaver som er sosialt akseptable. Videre dekkes på samme måte både fordel til den passive bestikker «himself or herself or another person or entity». Men det må være en tilknytning mellom fordelen og den passive bestikkers stilling. Kriminaliseringsforpliktelsen må dessuten dekke bestikkelser som ytes både «directly» og «indirectly», det vil si gjennom bruk av mellomledd.

Minimumsforpliktelsen etter FN-konvensjonen artikkel 15 er videre at formålet med bestikkelsen må være «that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties». Det har ikke betydning om dette formålet om gjenytelse oppnås eller ikke. Avgjørende er om det er en tilknytning mellom formålet om gjenytelse og den passive bestikkers stilling. Fordeler som gis som en etterfølgende *belønning* er ikke omfattet av kriminaliseringsforpliktelsen.⁶³¹ I motsetning til hva som gjelder i Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon, dekker kriminaliseringsforpliktelsen bare handlinger eller unnlater som ligger innenfor tjenestepersonens «official duties». Den dekker ikke forhold som ligger helt utenfor tjenestepersonens kompetanse, selv om handlingen (eller unnlatsen) har tilknytning til stillingen.⁶³² Motsatt er det ikke tilstrekkelig å kriminalisere bestikkelser som har som formål å få den offentlige tjenestepersonen til å handle eller unnlate å handle på en måte som ligger utenfor kompetansen. En slik løsning vil innebære at «facilitation payments» faller utenfor kriminaliseringsforpliktelsen, noe som ikke er meningen.⁶³³ Flere land har implementert lovgivning som går lenger enn minimumsforpliktelsen ved å kriminalisere «smøring» - det vil si bestikkelser uten et formål om en konkret gjenytelse. På samme måte som Europarådskonvensjonen og OECD-konvensjonen omfatter kriminaliseringsforpliktelsen et krav om at gjerningspersonen har opptrådt

⁶³⁰ UN, *Legislative Guide, UN Convention Against Corruption* (avsnitt 196).

⁶³¹ UN, *State of implementation of the UN Convention Against Corruption* s. 24.

⁶³² UN, *State of implementation of the UN Convention Against Corruption* s. 25.

⁶³³ UN, *State of implementation of the UN Convention Against Corruption* s. 25.

«intentionally». Dette må også dekke formålet om å påvirke den passive bestikkeren til å utføre en gjenytelse.⁶³⁴

Forpliktelsen til å kriminalisere *passiv* korrupsjon overfor nasjonale offentlige tjenestepersoner i artikkel 15 bokstav b speiler vilkårene for aktiv korrupsjon. Forskjellen er den korruperte handlingen, som her er «the solicitation or acceptance» av en utilbørlig fordel. Sammenlignet med Europarådskonvensjonen, bruker FN-konvensjonen andre ord for den passive bestikkers handling. Ordet «solicitation» kan oversettes med «oppfordring» men har neppe annet innhold enn «request» etter Europarådskonvensjonen artikkel 3 som tolkes vidt. FN-konvensjonen nevner ikke det å motta («receipt») som eget alternativ, men dette må anses dekket av «acceptance».

17.3.2.2 Aktiv korrupsjon i utenlandsk offentlig sektor

Forpliktelsen til å kriminalisere korrupsjon i utenlandsk offentlig sektor etter artikkel 16, er begrenset til aktiv korrupsjon, jf artikkel 16 nr. 1. Men statene er forpliktet til å *vurdere* kriminalisering også av passiv korrupsjon, jf. artikkel 16 nr. 2. Vilårene for aktiv korrupsjon i artikkel 16 nr. 1 følger langt på vei vilårene for aktiv korrupsjon i artikkel 15. En forskjell er at uttrykket «foreign public official» har en særskilt definisjon i artikkel 2 bokstav b som er tilnærmet like vid som i nasjonal sektor. Men definisjonen dekker også «officials of international organizations». Dette inkluderer alle ansatte i slike organisasjoner og enhver annen som kan opptre på vegne av organisasjonen. En annen forskjell er at kriminaliseringsforpliktelsen er begrenset til internasjonale forretningstransaksjoner. Dette er kommet til uttrykk gjennom vilkåret om at den aktive bestikkers formål må være at gjenytelsen fra den offentlige tjenestepersonen vil «obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business». Uttrykket inkluderer også internasjonal bistand. Verken artikkel 15 eller artikkel 16 inneholder eksplisitt unntak for «facilitation

⁶³⁴ UN, *Legislative Guide, UN Convention Against Corruption* (avsnitt 198).

payments». Det er diskutabelt i hvilken utstrekning et unntak for slike betalinger vil være i samsvar med konvensjonen.⁶³⁵

17.3.2.3 Andre kriminaliseringsforpliktelser

FN-konvensjonen inneholder også forpliktelser til å kriminalisere andre former for misbruk av offentlig myndighet, jf. artikkel 17, hvitvasking av utbyttet av en straffbar handling, jf. artikkel 23 og motarbeidelse av rettsvesen, jf. artikkel 25. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

17.3.3 Forpliktelse til å vurdere kriminalisering

17.3.3.1 Passiv korrupsjon overfor utenlandske offentlige tjenestepersoner

FN-konvensjonen artikkel 16 nr. 2 forplikter statene til å *vurdere* kriminalisering av passiv korrupsjon i utenlandsk offentlig sektor. Bestemmelsen speiler kriminaliseringsforpliktelsen for passiv korrupsjon i innenlands offentlig sektor i artikkel 16 nr. 1, jf. artikkel 15 bokstav b. Grunnen til at forpliktelsen er begrenset til å vurdere kriminalisering er ikke at denne type korrupsjon anses mindre alvorlig. Tanken var at slik korrupsjon langt på vei er dekket av statenes forpliktelse til å kriminalisere passiv korrupsjon i nasjonal offentlig sektor etter artikkel 15.⁶³⁶

17.3.3.2 Påvirkningshandel

Etter FN-konvensjonen artikkel 18 har statene en forpliktelse til å vurdere kriminalisering av aktiv og passiv påvirkningshandel i innenlands offentlig sektor. Hovedforskjellen mellom påvirkningshandel etter artikkel 18 og korrupsjon etter artikkel 15 er at personen som mottar fordelene er en påvirkningsagent som må:

⁶³⁵ Jf. UN, *State of implementation of the UN Convention Against Corruption* s. 34–35.

⁶³⁶ Jf. UN, *Interpretive Notes on UN Convention Against Corruption* (avsnitt 28).

«abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining for an administration or public authority of the State party an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person.»

Påvirkningsagenten trenger ikke å være en offentlig tjenesteperson. Påvirkningshandel foreligger uavhengig av om påvirkningsagenten faktisk bruker innflytelsen eller lykkes. Ellers spiller bestemmelsen grunnvilkårene for korrupsjon. I relasjon til subjektiv skyld skal bemerkes at bestemmelsen forutsetter at forsettet må dekke påvirkningsagentens (påståtte) innflytelse.

17.3.3.3 Korrupsjon i privat sektor

FN-konvensjonen artikkel 21 pålegger statene å vurdere kriminalisering av aktiv- og passiv korrupsjon i privat sektor. Vilråene er skåret over samme lest som artikkel 15. To hovedforskjeller skal fremheves: For det første er den passive bestikkeren en person «who directs or works, in any capacity, for a privat sector entity». Dette dekker ikke bare næringsvirksomhet, men også frivillige organisasjoner. For det andre er (formålet om) gjenytelse knyttet til at den passive bestikker «in breach of his or her duties, act or refrain from acting». Det er altså et vilkår at den passive bestikkers gjenytelse representerer et brudd på forpliktelsene i forholdet til oppdragsgiver eller arbeidsgiver.

17.3.3.4 Andre forpliktelser til å vurdere kriminalisering

FN-konvensjonen inneholder også forpliktelser til å vurdere kriminalisering av myndighetsmisbruk i offentlig sektor, jf. artikkel 19, ulovlig berikelse, jf. artikkel 20, underslag i næringsvirksomhet, jf. artikkel 22 og å skjule utbyttet av en straffbar handling etter konvensjonen, jf. artikkel 24.

17.3.4 Særlig om foretaksansvar for korrupsjon

FN -konvensjonen artikkel 26 nr. 1 pålegger statene å implementere bestemmelser om foretaksansvar for korrupsjon. Etter artikkel 26 nr. 2 kan ansvaret være strafferettslig, administrativt eller sivilrettslig. Dette skyldes at ikke alle stater anerkjenner foretak som straffesubjekt. Videre bestemmer konvensjonen at fysiske personers ansvar for korrupsjon skal kunne ilegges uavhengig av foretaksansvaret, jf. artikkel 26 nr. 3.

Dersom en fysisk person begår korrupsjon på vegne av foretaket, må det være mulig å sanksjonere begge. Endelig må foretaksansvaret inneholde «effective, proportionate and dissuasive» sanksjoner, jf. artikkel 26 nr. 4.

18 STATISTIKK NORSKE KORRUPSJONSDOMMER

Ved utgangen av 2020 var det i Norge avsagt rettskraftige korrupsjonsavgjørelser ved dom eller forelegg i 60 saker på grunnlag av korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven 1902 § 276a - § 276 c eller straffeloven §§ 387 – 389.⁶³⁷ I alt 8 foretak er ilagt foretaksstraff. Den høyeste boten som er ilagt er 270 millioner kroner mot Yara (i tillegg til 25 millioner kroner i inndragning). I 1 sak ble foretaket frifunnet. I alt 122 fysiske personer er ilagt straff. 1 person er ilagt samfunnsstraff, 2 personer er ilagt bøtestraff alene, 4 personer er ilagt bøtestraff og fengselsstraff, mens de øvrige 115 er ilagt fengselsstraff. Bøtestraffene varierer fra 6.000 til 450.000 kroner. Den høyeste fengselsstraffen som er utmålt er 21 år (Jensen-saken), men den inkluderte medvirkning til innførsel av narkotika.

Av de 60 sakene gjelder 28 (46,7 %) privat sektor, mens 32 (53,3 %) gjelder offentlig sektor. 5 av sakene (8,3 %) omfattet bestikkløser av utenlandske offentlige tjenestepersoner. I 4 av disse 5 sakene ble korrupsjonen gjennomført ved bruk av tredjeparter. Det totale antall saker der korrupsjonen er gjennomført ved bruk av tredjeparter er 8 saker (13,3 %).

⁶³⁷ Tallene i det følgende er basert på TI, *Korrupsjonsdommer i Norge 2003–2020*.

19 ANALYSE OG EVALUERING AV STRAFFELOVENS BESTEMMELSER OM KORRUPSJON

19.1 Innledning

I det følgende behandles korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven § 387 og § 388 med sikte på å identifisere behov for lovendringer. Jurisdiksjon behandles ikke. Hovedbestemmelsen i § 387 skiller mellom aktiv- og passiv korrupsjon. Aktiv korrupsjon er regulert i § 387 bokstav b. Etter denne bestemmelsen straffes:

«den som gir eller tilbyr noen en utilbørlig fordel i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag»

Passiv korrupsjon er regulert i § 387 bokstav a. Etter denne bestemmelsen straffes den som:

«... for seg eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag.»

Som det fremgår, er flere av vilkårene felles. I stedet for å analysere aktiv- og passiv korrupsjon hver for seg, har jeg derfor valgt å inndelegge vilkårene med utgangspunkt i at korrupsjon er en transaksjon mellom den aktive bestikker Ab og den passive bestikker Pb. Inndelingen er som følger:

- i) System og anvendelsesområde (19.2 nedenfor).
- ii) Partsforholdet: Vilkaarene for Ab og Pbs rolle (19.3 nedenfor).
- iii) Bestikkelsen: Abs ytelse, som må være en «utilbørlig fordel» både ved aktiv og passiv korrupsjon (19.4 nedenfor).
- iv) Tilknytningskravet: «i anledning av utøvelsen av» Pbs rolle (19.5 nedenfor).
- v) Handlingsalternativene: Kravet til henholdsvis Abs og Pbs handling ved henholdsvis aktiv og passiv korrupsjon (19.6 og 19.7 nedenfor).
- vi) Medvirkning og forsøk (19.8 nedenfor).
- vii) Skyldkravet (19.9 nedenfor).
- viii) Strafferammen (19.10 nedenfor)

- ix) Grov korrupsjon etter straffeloven § 388 (19.11 nedenfor)

Videre skal jeg analysere tre temaer særskilt: i) Facilitation payments, det vil si mindre betalinger til offentlig tjenestepersoner for rutinepregede handlinger som tjenestepersonen har plikt til å utføre og borgeren har krav på (19.12 nedenfor), ii) indirekte korrupsjon, det vil si bruk av mellomledd, som agenter og andre tredjeparter (19.13 nedenfor) og iii) foretaksstraff for korrupsjon (19.14 nedenfor).

19.2 Korrupsjonsbestemmelsenes system og anvendelsesområde

19.2.1 Gjeldende rett og internasjonale forpliktelser

Korrupsjonsbestemmelsen i straffeloven § 387 skiller som nevnt mellom aktiv- og passiv korrupsjon. Systemet er videre at mens § 387 regulerer (simpel) korrupsjon, inneholder § 388 en særbestemmelse om *grov* korrupsjon. Et særtrekk ved de norske bestemmelsene er videre at de er generelle. De dekker både offentlig sektor og privat sektor. De skiller heller ikke mellom økonomisk eller ikke-økonomisk virksomhet, eller mellom korrupsjon i Norge og i utlandet. Bestemmelsene utfylles på samme måte som andre straffebud av de alminnelige straffebestemmelsene i straffelovens første del. Dette betyr blant annet at jurisdiksjon, skyldkrav, medvirkning og forsøk i forbindelse med korrupsjon reguleres av de generelle bestemmelsene og ikke i korrupsjonsbestemmelsene. Det samme gjelder foretaksstraff for korrupsjon som er regulert i straffeloven § 27 og § 28.

Anvendelsesområdet er videre enn kriminaliseringsforpliktelsen etter OECD-konvensjonen som er begrenset til aktiv korrupsjon overfor utenlandske tjenestepersoner i forbindelse med «the conduct of international business», jf. artikkel 1. Når det gjelder forholdet til Europarådskonvensjonens kriminaliseringsforpliktelser, som omfatter aktiv og passiv korrupsjon i både offentlig og privat sektor, er kriminaliseringsforpliktelsen for privat sektor begrenset til næringsvirksomhet, jf. Europarådskonvensjonen artikkel 7 og artikkel 8. De norske bestemmelsene, som også

dekker ikke-økonomisk virksomhet, har dermed et videre anvendelsesområde enn konvensjonen. De norske bestemmelsenes anvendelsesområde går også lenger enn FN-konvensjonens kriminaliseringsforpliktelser. FN-konvensjonen forplikter bare til å *vurdere* kriminalisering av passiv korrupsjon for utenlandske offentlige tjenestepersoner, jf. artikkel 16 nr. 2. Det samme gjelder kriminalisering av korrupsjon i privat sektor, jf artikkel 21. Kriminaliseringsforpliktelsen i artikkel 16 nr. 1 om aktiv korrupsjon mot utenlandske offentlige tjenestepersoner er videre begrenset til internasjonal næringsvirksomhet.

Ingen av konvensjonene stiller krav om at kriminaliseringsforpliktelsene skal oppfylles gjennom bestemmelser som har likelydende struktur eller ordlyd som konvensjonsteksten. OECD-konvensjonen hviler på prinsippet om «functional equivalence» som innebærer at kriminaliseringsforpliktelsen kan oppfylles gjennom generelle og videre bestemmelser som også dekker andre forhold. Også i forhold til Europarådskonvensjonen og vil det være det materielle innhold som er avgjørende. Straffelovens system er derfor klart innenfor Norges internasjonale forpliktelser.

19.2.2 Fremmed rett

OECD-konvensjonen, Europarådskonvensjonen og FN-konvensjonen har ført til at nasjonal korrupsjonslovgivning er blitt mer ensartet. Mens Norge har valgt å kriminalisere korrupsjon i to generelle bestemmelser om henholdsvis aktiv- og passiv korrupsjon og to generelle bestemmelser om henholdsvis aktiv- og passiv påvirkningshandel, som alle gjelder både offentlig- og privat sektor, har noen andre land valgt en mer detaljert lovgivningsteknikk.

Dansk straffelov skiller mellom aktiv- og passiv korrupsjon i offentlig- og privat sektor. Offentlig sektor er regulert i Dansk straffelov § 122 og § 144 mens korrupsjon i privat sektor er regulert i § 299 nr. 2. Også den finske straffelovgivningen skiller mellom aktiv- og passiv korrupsjon i offentlig- og privat sektor. Offentlig sektor er regulert i Strafflagen kapittel 16 og kapittel 40. Korrupsjon i privat sektor er regulert i kapittel 30. Finsk lovgivning skiller videre mellom aktiv- og passiv korrupsjon begått av

offentlige tjenestepersoner og representanter i Riksdagen. Bestemmelsene inneholder også mer detaljerte vilkår for korrupsjon enn etter norsk rett. Korrupsjon i privat sektor regulert i Strafflagen 30 kapittel, 7 og 8 §§. Sveriges korrupsjonslovgivning er strukturert nokså lik den norske med to generelle bestemmelser om henholdsvis aktiv- og passiv korrupsjon som gjelder både offentlig og privat sektor, j. Brottbalken, 10 kapittel 5a § og 5b §. Brottbalken 10 kapittel 5 e § inneholder dessuten særbestemmelse om grov uaktsom medvirkning til aktiv korrupsjon i næringsvirksomhet.

UK Bribery Act Section 1 og Section 2 inneholder to generelle forbud mot henholdsvis aktiv- og passiv korrupsjon som både dekker offentlig- og privat sektor. Lovgivningsteknikken skiller seg markert fra norsk strafferett, blant annet med omfattende definisjoner, mer detaljerte vilkår og angivelse av «cases» som dekkes av bestemmelsene. I tillegg de to generelle bestemmelsene inneholder UK Bribery Act Section 6 en særbestemmelse om aktiv korrupsjon overfor utenlandske offentlige tjenestepersoner. Det er overlapp mellom denne og den generelle bestemmelsen om aktiv korrupsjon i Section 1, men Section 6 stiller noe strengere vilkår. UK Bribery Act inneholder også en særskilt bestemmelse om foretaksstraff for «failure to prevent bribery» i Section 7. Amerikanske FCPA dekker på den andre siden bare aktiv bestikkelse av utenlandske offentlige tjenestepersoner. Korrupsjon i offentlig- og privat sektor i USA er i stor grad regulert i delstatslovgivning. Fransk straffelov skiller også mellom aktiv- og passiv korrupsjon i henholdsvis offentlig og privat sektor. Korrupsjon og påvirkningshandel i offentlig sektor er regulert i artikkel 432.11 og 432.11.1 og 433-1. I tillegg er inntatt en særskilt bestemmelse om aktiv- og passiv korrupsjon og påvirkningshandel overfor utenlandske tjenestepersoner og representanter i internasjonale organisasjoner, jf. artikkel 435-1 flg. Aktiv- og passiv korrupsjon i privat sektor er regulert i artikkel 445-1 og 445-2.

19.2.3 Vurdering og anbefaling

Jeg ser ingen behov for å endre systemet og hovedstrukturen i straffelovens korrupsjonsbestemmelser. Systemet med generelle bestemmelser for korrupsjon og

påvirkningshandel som dekker både offentlig og privat sektor fungerer etter min mening godt og gjør det lettere å orientere seg i lovgivningen sammenlignet med mer oppdelte og detaljerte regler. En annen sak er at det kan reises spørsmål om enkelte vilkår i bestemmelsene bør gjøres mer detaljerte. Det skal jeg komme tilbake til nedenfor. I lys av at vi har generelle regler om foretaksstraff i straffeloven § 27 og § 28 som også dekker korrupsjon, mener jeg også at det vil være uheldig å innføre en særbestemmelse om foretaksstraff for korrupsjon som ikke skal følge dette systemet. Jeg skal utdype dette nærmere i 19.14 nedenfor.

19.3 Partsforholdet ved korrupsjon

19.3.1 Gjeldende rett og folkerettslige forpliktelser

Partsforholdet i et tradisjonelt korrupsjonsforhold etter straffeloven § 387 består av en aktiv bestikker Ab og passiv bestikker Pb, hvor Ab kan straffes for aktiv korrupsjon, jf. § 387 første ledd bokstav b, og Pb for passiv korrupsjon, jf. § 387 første ledd bokstav a. For Ab gjelder ingen krav om at transaksjonen utføres i forbindelse med en bestemt rolle eller funksjon. Ab kan være en privatperson som begår korrupsjon for å tjene private interesser. Et eksempel er en person som blir tatt i promillekontroll og tilbyr politibetjenten betaling for å slippe unna.⁶³⁸ Men Ab kan også opptre i næringsvirksomhet på vegne av et foretak, for eksempel der Ab er en salgssjef som betaler innkjøpsansvarlig Pb hos en kunde for at Pb skal sikre foretaket Ab jobber i en lukrativ kontrakt. Ab kan i prinsippet også være en offentlig tjenesteperson.

For Pb gjelder et krav om at Pb opptre i «stilling, verv eller utføring av oppdrag», jf. straffeloven § 387 bokstav a og b. Det betyr at Pb må opptre i en profesjonell rolle i transaksjonen. Uttrykket dekker både offentlig og privat sektor, og både næringsvirksomhet, ideell virksomhet, eller myndighetsutøvelse. Straffeloven § 387

⁶³⁸ Sml. LE-2012-190280.

andre ledd presiserer at uttrykket også dekker stilling, verv eller oppdrag «i utlandet». Begrepet «stilling» er typisk ansettelsesforhold, mens «verv» typisk dekker tillitsverv i foreninger, verv i politiske partier, styreverv i selskaper og lignende. Det stilles ikke krav om at det mottas godtgjørelse for vervet. Ordet «oppdrag» peker mot oppdragstakere, konsulenter og agenter. Det er klart at vilkåret oppfyller forpliktelsene etter korrupsjonskonvensjonene. Selv om Pb opptrer i en spesifikk profesjonell rolle ved korrupsjonen, vil bestikkelsen som mottas normalt være til Pbs *private bruk*. Det er dette som gjør at et sentralt kjennetegn ved korrupsjon ofte er at den er *illojal* overfor Pbs oppdragsgiver.

Korrupsjonsbestemmelsen i straffeloven § 387 omfatter også korrupsjon i flerpartsforhold, altså hvor flere enn Ab og Pb er involvert. For det første dekker bestemmelsen tilfeller hvor bestikkelsen skal komme andre enn Pb til gode, for eksempel Pbs familiemedlemmer. Andre eksempler er en veldedig organisasjon eller et politisk parti. Ved passiv korrupsjon er dette kommet direkte til uttrykk i § 387 bokstav a hvor det heter at Pb «for seg eller andre» krever/mottar/aksepterer tilbud om bestikkelsen. Ved aktiv korrupsjon brukes uttrykket «noen», og det fremgår av forarbeidene at dette dekker både Pb og tredjeparter.⁶³⁹ Ved passiv korrupsjon er det klart Pbs forsett må dekke at bestikkelsen skal ytes til tredjeparten. Ved aktiv korrupsjon må også forutsetningen være at Pb har kunnskap om at bestikkelsen skal ytes til en tredjepart. Dette følger av at bestikkelsen må ha tilknytning til Pbs funksjon. Mottakeren av bestikkelsen kan i slike tilfeller etter omstendighetene dømmes for medvirkning til korrupsjon. OECD-konvensjonen, FN-konvensjonen og Europarådskonvensjonen krever alle at kriminalisering av aktiv og passiv korrupsjon skal dekke tilfeller hvor bestikkelsen skal ytes til andre enn Pb. Det samme gjelder de fleste andre lands regler om korrupsjon.

For det andre inkluderer korrupsjonsbestemmelsene tilfeller hvor Ab kanalisere bestikkelsen til Pb gjennom mellomledd. Dette betegnes ofte som *indirekte* korrupsjon.

⁶³⁹ Ot. prp. nr. 78 s. 55 første spalte.

For det tredje dekker bestemmelsene *medvirkning* til korrupsjon, jf. § straffeloven § 15. Indirekte korrupsjon og medvirkning reiser flere avgrensningsspørsmål, og behandles derfor særskilt nedenfor i 0.

19.3.2 Vurdering og anbefaling

Jeg ser ingen behov for å endre regulering av partsforholdet.

19.4 Kravet til «utilbørlig fordel» og betydningen av påvirkningsformål

19.4.1 Fordelsbegrepet

19.4.1.1 Gjeldende rett og forholdet til internasjonale forpliktelser

Uttrykket «bestikkelse» finnes ikke i loven, men blir ofte brukt som betegnelse på Absytelse i en korrupsjon. For både aktiv og passiv korrupsjon er kravet i straffeloven § 387 at det er tale om en «utilbørlig fordel». Uttrykket «fordel» skal tolkes vidt. En «fordel» vil typisk ha en økonomisk verdi, for eksempel et pengebeløp eller en vare. Men loven stiller ingen krav om at fordelene har en materiell økonomisk verdi. I forarbeidene er det presisert at «[a]lt den passive bestikker ser seg tjent med eller kan dra nytte av, er å anse som en fordel i lovens forstand».⁶⁴⁰ Det kan for eksempel være medlemskap i en lukket organisasjon. I Rt. 2011 s. 1495 ble en politibetjent dømt for passiv korrupsjon etter å ha mottatt vederlag for å gi råd i en namssak mot en privatperson. Den tiltalte erkjente at vederlaget var en «fordel» i lovens forstand, men gjorde gjeldende at dette bare gjaldt nettoverdien – det vil si etter fradrag for utgifter. Høyesterett avviste dette og anså hele vederlaget for en «fordel» etter straffeloven 1902 § 276a. Etter å ha gjengitt uttalelsen i forarbeidene om at korrupsjonsbestemmelsen

⁶⁴⁰ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 54 andre spalte.

ikke stiller krav om at fordelene har en materiell verdi for den passive bestikkeren, uttalte Høyesterett:⁶⁴¹

«Dette må innebære at en utbetaling kan være en fordel selv om den ikke innebærer en netto økonomisk verdi for mottakeren. Her har A utført arbeid for B som A var avskåret fra å gjøre. Arbeidet innebar en graverende tilsidesettelse av grunnleggende tjenesteplikter for A. Når han i en slik situasjon ikke bare utfører arbeidet, men også får dekning for utgifter ved det, er vilkåret om «fordel» etter min mening oppfylt».

I lys av at A brøt tjenesteplikter gjennom rådgivningen, var også betaling til dekning av utgifter i forbindelse med rådgivningen å anse som en «fordel». Det vide fordelsbegrepet er i tråd med kriminaliseringsforpliktelsene i OECD-konvensjonen, Europarådskonvensjonen og FN-konvensjonen.

19.4.1.2 *Fremmed rett*

Danmark, Sverige og Finland bruker gjennomgående samme vide fordelsbegrep i korrupsjonslovgivningen som de norske bestemmelsene. Dansk straffelov bruker uttrykket «gave eller anden fordel», jf. dansk straffelov § 122, § 144 og § 299 nr. 2. De svenske korrupsjonsbestemmelsene bruker uttrykket («otillbörlig») «förmån», jf. Brottsbalken 10 kapittel 5a § og 5b §. Den finske straffelovgivningen som er mer detaljert, bruker gjennomgående uttrykket «förmån», jf. Strafflagen 16 kapittel 13 § (aktiv korrupsjon i offentlig sektor), 40 kapittel 1 § (passiv korrupsjon i offentlig sektor), 16 kapittel 14 a § (aktiv korrupsjon mot Riksdagsrepresentanter) og 40 kapittel 4 a § (passiv korrupsjon av Riksdagsrepresentanter) og 30 kapittel 7 § og 8 § (privat sektor). Franske Code Pénal bruker tilsvarende uttrykket «des avantages», jf. artikkel 432.11 og 432.11.1 (offentlig sektor) og artikkel 445-1 og 445-2 (privat sektor). UK Bribery Act bruker uttrykket «any financial or other advantage», jf. Section 1, 2 og 6. Uttrykket er ikke nærmere definert, og må forstås «in its normal, everyday meaning»⁶⁴². FCPA som gjelder aktiv korrupsjon overfor utenlandske offentlige tjenestepersoner bruker uttrykket «money ... or anything of value», jf. FCPA §§ 78dd-

⁶⁴¹ Rt. 2011 s. 1495 (avsnitt 30).

⁶⁴² CPS, *Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance*.

1 (a), 78dd-2 (a), 78dd-3 (a). Dette er ikke nærmere definert i loven, men skal tolkes vidt. Uttrykket dekker både formuesgoder, tjenester og «intangible assets». Loven inneholder ingen minimumskrav til verdien.

19.4.1.3 Vurdering og anbefaling

Det vide fordelsbegrepet er i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser og lik det som brukes i mange andre land. Jeg kan ikke se at det er noe behov for å endre loven på dette punkt.

19.4.2 Utilbørighetskriteriet

19.4.2.1 Gjeldende rett

Det sentrale vilkår for både aktiv og passiv korrupsjon er at fordelen i er «utilbørlig». Dette utilbørighetskriteriet er en rettslig standard. Det vil si at det kjennetegnes ved en generell utforming og at den gir anvisning på en bred skjønnsmessig vurdering opp mot en målestokk utenfor regelen selv. Det nærmere innhold av standarden fastlegges av Høyesterett i form av retningslinjer som utvikles i forbindelse med de konkrete vurderinger fra sak til sak. Men domstolens normering skjer i et samspill med forarbeidene som inneholder føringer for vurderingen og som Høyesterett bruker.

Forarbeidene og Høyesterettspraksis viser at det er en rekke momenter som er relevante. For analysen er det imidlertid grunn til å understreke to overordnede premisser for vurderingen. For det første er terskelen for hva som skal anses for utilbørlig nokså høy. Straffelovrådet ga uttrykk for at det ligger en ganske sterk fordømmelse i uttrykket utilbørlig.⁶⁴³ Departementet understrekte at det ikke er:⁶⁴⁴

«... tilstrekkelig at forholdet er kritikkverdig. Ved at loven bruker uttrykket 'utilbørlig' er det gitt en margin slik at tjenestemannen eller den næringsdrivende ikke skal kunne straffes med mindre det foreligger et ganske klart klanderverdig forhold.»

⁶⁴³ NOU 2002:22 s. 39.

⁶⁴⁴ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 34 og 55.

Under henvisning til disse uttalelsene i forarbeidene, har også Høyesterett lagt til grunn at det bare er de «*klart klanderverdige forhold*» som rammes av korrupsjonsbestemmelsen.⁶⁴⁵ Dette betyr også at mange kritikkverdige forhold er straffrie.⁶⁴⁶ For det andre er det grunn til å understreke at korrupsjonshandlinger kjennetegnes av «*svikaktig og illojal*» opptreden.⁶⁴⁷ Den videre vurdering, både når det gjelder aktiv- og passiv korrupsjon, vil bero på en totalvurdering av situasjonen. Straffelovrådets oppsummering av de viktigste momentene, som også Høyesterett har lagt til grunn, er som følger:⁶⁴⁸

«Ved vurderingen av hva som er «utilbørlig», må det foretas en totalvurdering av situasjonen, hvor en rekke momenter vil spille inn, slik som formålet med ytelsen, ytelsens art og verdi, hvilken grad av åpenhet som foreligger, hvilket regelsett som eksisterer i bedriften eller bransjen, om forholdet gjelder offentlige tjenestemenn eller privat næringsliv, og også ellers hvilken posisjon henholdsvis giver og mottaker til ytelsen har»

Et naturlig utgangspunkt for vurderingen er *formålet* med ytelsen. Selv om loven ikke stiller et selvstendig krav om et påvirkningselement, uttaler departementet i forarbeidene at:⁶⁴⁹

«Formålet bak en ytelse vil stå sentralt i en utilbørlighetsvurdering. Dersom det lar seg bevise at fordelens var ment å påvirke den passive bestikkers utøvelse av en stilling, et verv eller et oppdrag, vil den normalt være utilbørlig.»

Den nærmere betydning av påvirkningsformål i relasjon til utilbørlighetskriteriet skal drøftes særskilt i 19.4.3 nedenfor. Fordelens *art og verdi* er også særlig viktig. Jo høyere verdi, jo større er risikoen for at fordelens anses utilbørlig. Kontantbeløp vil lettere bli ansett som utilbørlig, også ved lavere beløp. Graden av *åpenhet om forholdet* har særlig betydning for vurderingen av passiv korrupsjon, og vil vurderes forskjellig

⁶⁴⁵ Rt. 2014 s. 786 (avsnitt 13–14 og 16), Rt. 2015 s. 302 (avsnitt 28).

⁶⁴⁶ Rt. 2014 s. 786 (avsnitt 48).

⁶⁴⁷ NOU 2002:22 s. 37 og Rt. 2014 s. 786 (avsnitt 18–19).

⁶⁴⁸ NOU 2002:22 s. 38 og Rt. 2014 s. 786 (avsnitt 22–23)..

⁶⁴⁹ Ot. prp. nr. 78 s. 55 andre spalte.

avhengig av om det er offentlig eller privat virksomhet. Departementet påpeker i den forbindelse at:⁶⁵⁰

«Åpenhet i forhold til arbeids- eller oppdragsgiver vil ofte innebære at en fordel ikke kan betraktes som utilbørlig. I privat virksomhet vil det sjelden være naturlig å karakterisere selv en verdifull gave som utilbørlig, dersom arbeids- eller oppdragsgiver er gjort kjent med den. I offentlig sektor kan det lettere tenkes at en fordel må sies å være utilbørlig selv om mottakeren har gjort sine overordnede kjent med at den ytes.»

I Rt. 2011 s. 1495 som gjaldt spørsmålet om en politibetjent var skyldig i passiv korrupsjon etter å ha mottatt vederlag fra en privatperson for rådgivning i en namssak, var disse to momentene avgjørende:⁶⁵¹

«I dette tilfellet har formålet med betalingen fra B vært at A skulle benytte sin kompetanse og sin stilling til Bs fordel. A har heller ikke vært åpen om forholdet overfor sin arbeidsgiver. Jeg finner det åpenbart at fordelene i dette tilfellet var «utilbørlig».

I Rt. 2014 s. 786 som gjaldt spørsmålet om driftssjefen i et kommunalt selskap skulle straffes for korrupsjon på grunnlag av deltakelse i tre middager som var bekostet av bussprodusent, stod også formål og åpenhet sentralt. Basert på bevisbedømmelsen til lagmannsretten, la Høyesterett til grunn at formålet med middagsinvitasjonene ikke var å påvirke driftssjefen i noen konkret sammenheng, og at heller ikke driftssjefen hadde noen tanke om at siktemålet var en senere gjenytelse fra hans side. Følgelig forelå ingen påvirkningsmoment.⁶⁵² Videre ble det lagt til grunn at driftssjefen ikke kunne sies å ha holdt deltakelsen i middagene skjult.⁶⁵³

Interne retningslinjer for etisk atferd i ansettelses- og oppdragsforhold vil også ha betydning for vurderingen.⁶⁵⁴ I Rt. 2014 s. 786 la Høyesterett til grunn at driftssjefen ikke hadde brutt interne retningslinjer ved deltakelsen i middagene, noe som talte mot

⁶⁵⁰ Ot. prp. nr. 78 s. 55 andre spalte.

⁶⁵¹ Rt. 2011 s. 1495 (avsnitt 33–34).

⁶⁵² Rt. 2014 s. 1495 (avsnitt 35).

⁶⁵³ Rt. 2014 s. 1495 (avsnitt 36).

⁶⁵⁴ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 55 andre spalte.

at forholdet var utilbørlig.⁶⁵⁵ Også *bransjepraksis eller sedvane* på bestemte livsområder kan ha betydning når terskelen for «utilbørlig fordel» skal fastsettes, kanskje særlig om det ikke foreligger avtalte retningslinjer. Men slik praksis skal ikke være et hinder for at påtalemyndighet og domstol strafforfølger fordeler som er et resultat av en ukultur.⁶⁵⁶

I hvilken grad det er tale om korrupsjon i *offentlig sektor eller i privat næringsliv* er også relevant. Som utgangspunkt er det noe strengere grenser for hvilke ytelser som kan gis til eller mottas av ansatte i offentlig sektor sammenlignet med ansatte i privat sektor.⁶⁵⁷ Dette fordi korrupsjon i offentlig sektor berører «vitale samfunnsinteresser, samtidig som borgernes tillit til gjeldende samfunnssystem ellers lett kan undergraves».⁶⁵⁸ Dette understrekes også indirekte i loven ved at det i vurderingen av om det er tale om grov korrupsjon, skal legges vekt på om korrupsjonen «*er forøvd av eller overfor en offentlig tjenestemann*», jf. straffeloven § 388 bokstav a. Forbudet i statsansatteloven § 39 mot å motta gaver kan gi en viss veiledning også for vurderingen av utilbørlighetskriteriet i offentlig sektor. Dersom fordelene representerer et brudd på § 39 vil den som oftest måtte anses som utilbørlig, men likevel slik at normen i statsansatteloven i noen tilfeller vil være strengere.⁶⁵⁹ *Abs og Pbs rolle* vil også utover dette ha betydning. Tilsvarende strengere norm som gjelder i offentlig sektor, vil typisk kunne gjelde for personer i særlige betroede posisjoner i privat sektor, som for eksempel advokater og revisorer. Det samme vil gjelde for personer som jobber i organisasjoner med ideelt formål.⁶⁶⁰

⁶⁵⁵ Rt. 2014 s. 1495 (avsnitt 38–44).

⁶⁵⁶ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 55 andre spalte.

⁶⁵⁷ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 56 første spalte og NOU 2002: 22 s. 50.

⁶⁵⁸ Rt. 2014 s. 786 (avsnitt 17).

⁶⁵⁹ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 56 første spalte og NOU 2002:22 s. 51, som gjaldt forholdet til den tilsvarende bestemmelsen i tjenestemannsloven § 20.

⁶⁶⁰ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 56. første spalte

Med et generelt vilkår som «utilbørlig» kan det være særlig vanskelig å trekke grensen mellom ulovlig korrupsjon og lovlig representasjon, kundepleie og sosial omgang med forretningsforbindelser. Straffelovrådet uttrykte i den forbindelse.⁶⁶¹

«Det vil lett her kunne trekkes en grense mot bagatellmessige fordeler som har målbar økonomisk verdi, f.eks. blomsterbuketter, kalendere og andre mindre leilighetsgaver. Oppmerksomheter som ytes i forbindelse med mottakerens virke i alminnelighet, for eksempel i forbindelse med jubileum, fratreden eller forflyttelse, vil normalt heller ikke anses utilbørlig. ...

I forretningslivet vil det for øvrig ofte kunne være vanskelig å trekke grensen mellom utilbørlig smøring og lovlig utdeling eller tilrettelegging av gaver og fordeler i konkurranseøyemed eller for å fremme informasjon om et produkt. F.eks. vil det normalt ikke være utilbørlig med studiereiser, kurser og konferanser som bekostes av noen som ønsker å markedsføre et produkt, så lenge innholdet i et program ligger innenfor forsvarlige rammer, og det foreligger åpenhet om forholdet. Derimot vil f.eks. et gratis cruise som i hemmelighet tilbys en innkjøper fort bli ansett utilbørlig, og det uavhengig av om vedkommende innkjøper er privatansatt eller offentlig tjenestemann. Som nevnt er det ikke ulovlig å motta mindre oppmerksomhetsgaver som blomster eller konfekt. Etter omstendighetene må det også være lovlig å motta noe mer kostbare gjenstander med reklameformål eller i form av vareprøver - særlig dersom gjenstandene er påstemplet firma eller annet som viser reklamefunksjonen. Og selv om den økonomiske verdi er betydelig, kan det i gitte tilfeller likevel være lovlig å motta ytelsen, f.eks. hvor det gis en større gave til en tjenestemann som har kommet til skade i tjenesten.»

Departementet var enig i denne vurderingen og fremholdt:⁶⁶²

«Det kan ofte være vanskelig å trekke grensen mellom ulovlig smøring og lovlige aktiviteter, for eksempel i markedsføringsøyemed. For offentlig ansatte gjelder det en streng norm i slike sammenhenger. ... Selv offentlig ansatte må imidlertid kunne akseptere en invitasjon til en konsert, en middag eller et annet liknende arrangement betalt av andre enn arbeidsgiver, hvor også representanter for andre virksomheter eller etater er invitert, uten å stå i fare for å bli dømt for korrupsjon. Dette må gjelde selv om arrangementet ikke innebærer noe faglig opplegg.

I forretningslivet antar Straffelovrådet at det normalt ikke vil være utilbørlig med studiereiser, kurs og konferanser som bekostes av noen som ønsker å markedsføre et produkt, så lenge innholdet i et program ligger innenfor forsvarlige rammer og det foreligger åpenhet om forholdet, se NOU 2002: 22 side 39. Departementet er enig i dette.»

Høyesterett vurderte grensen mellom lovlig kundepleie og korrupsjon i Rt. 2014 s. 786. Spørsmålet var som nevnt om en driftssjef i et kommunalt selskap skulle dømmes for korrupsjon etter å ha deltatt i tre middager over en periode på to år til en verdi av til sammen kr. 4.739. Middagen var påkostet av en bussprodusent. Høyesterett kom til at dette ikke var en «utilbørlig fordel» og uttalte:⁶⁶³

⁶⁶¹ NOU 2002:22 s. 51.

⁶⁶² Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 56 første spalte.

⁶⁶³ Rt. 2014 s. 786 avsnitt 46.

«Når en fordel ikke er av varig karakter, den konsumeres i tilknytning til det arrangement som i seg selv er relevant for arbeidstakerens stilling, vil det normalt ikke være aktuelt å anvende straffelovens korrupsjonsbestemmelse. Slektskapet til andre former for ordinær kundepleie og tradisjonell kundekontakt er så sterkt at det skal mye til for at arrangementet må anses som så påkostet at deltakelsen kan anses som utilbørlig. Det kommer naturligvis også inn i vurderingen hva gjesten hadde grunn til å forvente»

Uttalelsene i forarbeidene og Rt. 2014 s. 786 viser at det skal en god del til før representasjon og kundepleie kvalifiserer til straffbar korrupsjon. Utfordringen er at når slike fordeler etter en konkret vurdering *kan* være korrupsjon, vil seriøse aktører gjerne unngå gråsoner og søke trygghet for at slike aktiviteter skjer innenfor lovlige rammer.

19.4.2.2 Forholdet til internasjonale forpliktelser

Det er klart at utilbørlighetskriteriet er i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser. OECD-konvensjonen, Europarådskonvensjonen og FN-konvensjonen bruker alle uttrykket «undue advantage».⁶⁶⁴ Uttrykket «undue» kan oversettes med «utilbørlig». Det norske utilbørlighetskriteriet ligger dermed tett opp til ordlyden i konvensjonene. En forskjell er likevel at de tre konvensjonene alle stiller tilleggskrav om at Abs formål med bestikkelsen er å påvirke Pb til en gjenytelse. Se for eksempel OECD-konvensjonen artikkel 1 som stiller vilkår om at formålet er «that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business».⁶⁶⁵ Straffeloven stiller ikke et slikt krav eksplisitt, men formålet med ytelsen er som nevnt sentralt i utilbørlighetsvurderingen. For passiv korrupsjon i offentlig sektor gjelder tilsvarende vilkår om at Pb «uberettiget» mottar/krever en fordel. Men Pb kan straffes uansett om formålet er at Pb skal handle pliktstridig eller ikke.

⁶⁶⁴ Se OECD-konvensjonen artikkel 1 og 17.1.3 ovenfor, Europarådskonvensjonen artikkel 2, 3 og 8 og, 17.2 ovenfor, og FN-konvensjonen artikkel 15 bokstav a og 17.3.2 ovenfor.

⁶⁶⁵ Se tilsvarende Europarådskonvensjonen artikkel 2,3, 7 og 8, og FN-konvensjonen artikkel 15 og 16, jf. ovenfor kapittel 17.

19.4.2.3 Fremmed rett

De danske korrupsjonsbestemmelsene inneholder ikke et utilbørighetsvilkår. For aktiv korrupsjon i offentlig sektor kreves i stedet at Ab «uberettiget» yter, lover eller tilbyr en fordel, jf. § 122. Kriteriet «uberettiget» avgrensner blant annet mot beskjedne ytelser som ikke omfatter risiko for innflytelse på Pbs utførelse av tjenester. I tillegg kreves at formålet er «at formå den pågældende til at gøre eller undlade noget i tjenesten». For aktiv og passiv korrupsjon i privat sektor kreves at fordelene ytes eller mottas «på pligtstridig måde», jf. dansk straffelov § 299 nr. 2. I forarbeidene er det i den forbindelse presisert.⁶⁶⁶

«Bestemmelsens typiske anvendelsesområde vil være tilfælde, hvor en person, der er ansat eller på anden måde knyttet til en virksomhed, fra tredjemand modtager en fordel, og hvor fordelene er ydet for at få den pågældende til i strid med sine pligter over for hvervgiveren at foretage eller undlade at foretage en handling eller eventuelt at foretage en handling på en bestemt måde.»

De svenske korrupsjonsbestemmelsene krever både for aktiv og passiv korrupsjon at fordelene er «otillbörlig», jf. Brottsbalken 10 kapittel 5a § 5b §. I forarbeidene fremheves at vurderingen skal ta i betraktning «samtlige omständigheter som omger gärningen».⁶⁶⁷ Videre heter det:⁶⁶⁸

«Otillbörlig är varje transaktion som objektivt sett har förutsättningar att påverka utförandet av vissa uppgifter eller att uppfattas som en belöning för hur uppgifter utförts».

Å «påverka» en arbeidstaker eller oppdragstaker innebærer å forsøke å påvirke vedkommende til å fatte en bestemt beslutning eller å foreta eller unnlate å foreta en bestemt handling. En «belöning» innebærer at transaksjonen er en takk for en beslutning, handling eller unnlattelse. Som eksempel på åpenbare tilfeller hvor det er tale om «otillbörlig förmån» er situasjonen hvor arbeids- eller oppdragstakeren faktisk har tilsidesatt sine oppgaver eller hatt til hensikt å gjøre det. Et annet eksempel er hvor det ligger i sakens natur at formålet med transaksjonen ikke kan være noe annet enn å

⁶⁶⁶ 1999/1 LSF 15, Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, Til nr. 9 (straffelovens § 299, nr. 2).

⁶⁶⁷ Prop. 2011/12:79 s. 43.

⁶⁶⁸ Prop. 2011/12:79 s. 43.

påvirke eller belønne en beslutning, handling eller unnlattelse.⁶⁶⁹ I de mindre åpenbare tilfellene beror utilbørighetsvurderingen på fordelens økonomiske verdi og karakter, samt andre omstendigheter ved transaksjonen. Det understrekes at fordeler med beskjedne økonomisk verdi sjelden vil være utilbørlige.

De finske korrupsjonsbestemmelsene bruker forskjellige kvalifikasjonskrav til bestikkelsen avhengig av hvilken type korrupsjon det er tale om. For aktiv korrupsjon overfor offentlige tjenstepersoner i strafflagen kapittel 16 13 § første ledd, kreves at Abs ytelse (fordelen) «påverkar eller syftar till eller är ägnad att påverka tjänstemannens verksamhet i anställningen». Dette betyr at transaksjonen enten rent faktisk må ha påvirket tjenstemannens handlinger, eller ha slik påvirkning som formål, eller objektivt sett være egnet til slik påvirkning.⁶⁷⁰ Bestemmelsen inneholder ingen krav om at fordelen (ut over dette) må være utilbørlig. For passiv korrupsjon begått av offentlige tjenstepersoner etter 40 kapittel 1 § kreves heller ikke at fordelen er utilbørlig. I stedet stilles tre alternative kvalifikasjonskrav:

«En tjänsteman som för sin verksamhet i anställningen för egen eller någon annans räkning

1) begär en gåva eller någon annan orättmätig förmån eller på något annat sätt tar initiativ för att få en sådan förmån,

2) tar emot en gåva eller någon annan förmån som påverkar eller syftar till eller är ägnad att påverka hans eller hennes verksamhet i anställningen, eller

3) godtar en sådan gåva eller förmån som nämns i 2 punkten eller ett löfte eller erbjudande om en sådan,

skall för tagande av muta dömas till böter eller fängelse i högst två år.»

Alternativ a), som dekker å kreve eller ta initiativ til å motta en fordel, er kvalifikasjonskravet til fordelen at den er «orättmätig», altså urettmessig. For alternativ b) og c) kreves at fordelen «påverkar.. eller är ägnad att påverka» tjenstemannens utførelse av sine oppgaver. Det vil også være korrupsjon dersom fordelen har som formål å påvirke tjenstemannen. Særbestemmelsen om passiv

⁶⁶⁹ Prop. 2011/12:79 s. 44.

⁶⁷⁰ RP 6/1997 rd s. 85.

korrupsjon begått av medlemmer av Riksdagen inneholder lignende vilkår, jf. 40 kapittel 4 a §, mens ved aktiv korrupsjon begått av slike representanter inneholder et krav om at fordelene er utilbørlig. For aktiv- og passiv korrupsjon i privat sektor stilles vilkår om at fordelene er «otillbørlig», jf. Straffelagen 30 kapittel 7 og 8 §§. Men her kreves i tillegg at hensikten med å yte den utilbørlige fordelene er å påvirke eller belønne Pb, nærmere bestemt «för att förmå den mutade att i sin anställning eller sitt uppdrag gynna den som har gett mutan eller någon annan, eller för att belöna den mutade för sådant gynnande».

UK Bribery Act Section 1, som regulerer aktiv korrupsjon i både offentlig og privat sektor stiller ingen krav om at fordelene som Ab yter er utilbørlig. I stedet stilles krav om at Pbs opptreden er utilbørlig. Nærmere bestemt stilles tre alternative kvalifikasjonskrav:

- i) at Ab «intends the advantage to induce a person to perform improperly a function or activity»,
- ii) at Ab «intends the advantage to reward a person for the improper performance of such a function or activity», eller
- iii) at Ab “knows or believes that the acceptance of the advantage would itself constitute the improper performance of a relevant function or activity”.

Utilbørlighetvurderingen er med andre ord knyttet til Pbs utførelse av sin funksjon. Hva som skal regnes som «improper performance» er regulert i section 4. Avgjørende er om Pbs opptreden representerer et brudd på forventningen («breach of relevant expectations») som ligger til Pbs rolle. UK Bribery Act Section 5 presiserer nærmere innholdet i en «expectation test» for å avgjøre om det foreligger brudd på forventningene til Pb. Denne vurderingen skal bero på hva en «reasonable person in the United Kingdom would expect in relation to the performance of the type of function or activity concerned».

FCPA, som er begrenset til aktive bestikkelser av utenlandske offentlige tjenestepersoner, stiller heller ikke et utilbørighetsvilkår om fordelene som ytes fra Ab. I stedet stilles krav til at formålet med ytelsen fra Ab er ett av følgende:⁶⁷¹

- 1) *«(i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or*
- 2) *inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality. »*

Vilkårene er ikke nærmere presisert i loven, og FCPA Resource Guide gir heller ikke særlig veiledning for tolkningen. Kjernen synes å være at formålet med fordelene er å øve innflytelse på («influencing») den offentlige tjenestepersonens beslutninger eller handlinger, eller overtale tjenestepersonen til å bruke sin innflytelse på en annen offentlig beslutningstaker. Alternativet «securing any improper advantage» kom inn ved en lovendring i 1998 for å sikre overholdelse av OECD-konvensjonen.

Heller ikke de franske korrupsjonsbestemmelsene stiller krav om at fordelene («advantages») er utilbørlig. For aktiv korrupsjon overfor offentlige tjenestepersoner stilles krav om at ytelsen *uberrettiget* («sans droit») tilbys for å få mottakeren til å utøve eller unnlate å utøve en handling knyttet til posisjonen som offentlig tjenesteperson, eller som belønning for en slik handling, jf. Code Pénal artikkel 433-1. Lignende vilkår gjelder for passiv korrupsjon i offentlig sektor, jf artikkel 432-11 og ved aktiv- og passiv korrupsjon i privat sektor, jf. artikkel 445-1 og 445-2.

19.4.3 Særlig om påvirkningsformål og forventninger til Pbs gjenytelse

Straffeloven § 387 stiller ingen krav om at Pb tilbyr eller yter en gjenytelse til fordel for Ab. En slik regel ville også vært i strid med Norges internasjonale forpliktelser. Men i motsetning til OECD-konvensjonen, Europarådskonvensjonen og FN-konvensjonen, stiller de norske korrupsjonsbestemmelsene etter sin ordlyd heller ingen

⁶⁷¹ Jf. FCPA § 78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a)

krav om at Ab har en forventning om slik gjenytelse eller at formålet med fordelene som skal ytes til Pb er å påvirke Pb til å yte noe til fordel for Ab. På dette punkt synes de norske korrupsjonsbestemmelsene noe videre enn konvensjonene. OECD-konvensjonen artikkel 1 krever at formålet med bestikkelsen er å få Pb til å «*act or refrain from acting in relation to the performance of official duties*». Tilsvarende krever Europarådskonvensjonen at formålet er å få Pb til å «*act or refrain from acting in the exercise of his or her functions*», jf. artikkel 2 og 3, jf artikkel 4-6 ved korrupsjon i offentlig sektor, og «*to act or refrain from acting in breach of their duties*» ved korrupsjon i privat sektor, jf. artikkel 6 og 7. FN-konvensjonen mot korrupsjon artikkel 15, 16 og 21 bruker tilsvarende uttrykk som Europarådskonvensjonene. Som vist i 19.4.2.3 ovenfor inneholder de fleste land som jeg har sammenlignet med denne type vilkår enten i stedet for eller i tillegg til et utilbørighetskrav.

Straffelovkommisjonen foreslo opprinnelig i NOU 2002: 22 at bestemmelsen om aktiv korrupsjon skulle være betinget av at den utilbørlige fordelene var gitt eller tilbudt «*for å oppnå en ytelse for seg eller andre*».⁶⁷² Uttrykket peker mot et krav om at Abs formål med den (aktive) bestikkelsen må være å påvirke Pb til en gjenytelse i kraft av Pbs stilling, verv eller oppdrag. Det fremgår ikke om meningen var at Ab må ha til *hensikt* å oppnå slik fordel. Departementet anså det imidlertid ikke nødvendig å innføre dette vilkåret. Begrunnelsen var særlig å unngå tvil om to typetilfeller som departementet ønsket å ramme med korrupsjonsbestemmelsen: Det ene er rene tilfeller av «smøring», altså tilfeller hvor en bestikkelse ikke er betinget av en bestemt gjenytelse, men snarere knyttet til en generell forventning om fordelaktig behandling. I den forbindelse uttalte Justisdepartementet:⁶⁷³

«Fordelen vil normalt fremstå som en motytelse for noe den passive bestikker skal gjøre eller unnlate å gjøre i forbindelse med utføringen av stillingen, vervet eller oppdraget, eller for en handling eller unnlattelse som allerede har funnet sted. Det er imidlertid ikke noe vilkår for straff at bestikkelsen kan knyttes til en bestemt handling eller unnlattelse. Også rene tilfeller av «smøring»

⁶⁷² NOU 2002: 22 s. 55.

⁶⁷³ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 54 første spalte.

er dekket, dersom fordelen er utilbørlig og det er på det rene at den har sammenheng med den passive bestikkers stilling, verv eller oppdrag.»

Det andre tilfellet er hvor Ab tilbyr eller gir en utilbørlig fordel til Pb som belønning for noe denne allerede har gjort eller unnlatt å gjøre.⁶⁷⁴ Departementet anså slike belønninger for straffverdige og ønsket å gjøre det klart at korrupsjonsbestemmelsen også dekket slike tilfeller. I tillegg til dette viste departementet til bevishensyn:⁶⁷⁵

«Også bevishensyn taler for å utforme straffebudet på en måte som gjør at slike handlinger omfattes. Selv om en person utvilsomt har mottatt en utilbørlig fordel i anledning av sin stilling, et verv eller et oppdrag, kan det ofte være vanskelig å fremskaffe bevis for at det forelå et løfte eller et krav om dette allerede før vedkommende utførte sin motytelse. Ved den løsning som er nå er valgt, vil det ikke være nødvendig å bevise eksistensen av et slikt forutgående krav eller løfte. Det er tilstrekkelig å bevise at den passive bestikker mottar fordelene i kraft av stillingen, vervet eller oppdraget.»

Forarbeidene bygger dermed på en forutsetning om at det ikke kan stilles opp noe krav om at Ab har til hensikt å påvirke Pb til å gi en gjenytelse. I Rt 2009 s. 130 vurderte Høyesterett rekkevidden av uttalelsene i forarbeidene. Høyesterett tok utgangspunkt i at det var et «villet standpunkt» fra departementets side at det ikke stilles krav at Ab må ha tatt sikte på å oppnå en fordel for seg eller andre.⁶⁷⁶ Samtidig pekte Høyesterett på at forarbeidene gir uttrykk for at formålet med ytelsen er et sentralt element i vurderingen av om fordelene er «utilbørlig». Høyesterett tolket forarbeidene slik at:⁶⁷⁷

«det ikke [tas] direkte avstand fra at en forventning om en gjenytelse er kjernen i korrupsjon fra den aktive bestikkers side. Det er påvirkningsmomentet i alle dens former en ønsker å ramme ved straffebestemmelsene for aktiv korrupsjon.

Basert på dette la Høyesterett til grunn at selv om det på generelt grunnlag ikke kan utelukkes straffansvar for aktiv korrupsjon selv om Ab ikke har et påviselig motiv, kan det:⁶⁷⁸

⁶⁷⁴ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 34 andre spalte.

⁶⁷⁵ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 34 andre spalte.

⁶⁷⁶ Rt. 2009 s. 130 (avsnitt 34).

⁶⁷⁷ Rt. 2009 s. 130 (avsnitt 36).

⁶⁷⁸ Rt. 2009 s. 130 (avsnitt 37). Se også Rt. 2009 s. 1684 (avsnitt 26).

«... bare være i svært spesielle tilfelle at det er grunn til å dømme etter korrupsjonsbestemmelsen dersom en må se helt bort fra at det foreligger et påvirkningsmoment. Vurderingen av dette kan være vanskelig. Hva som konkret finnes å være utilbørlig, vil et stykke på vei kunne avhenge av hva som er alminnelig akseptert i bransjen, og hvorvidt ytelsen skjer i full åpenhet eller forsøkes skjult.»

Dette standpunktet ble videreført i Rt. 2014 s. 786, hvor spørsmålet var om en driftssjef i et kommunalt selskap var ansvarlig for passiv korrupsjon etter å ha deltatt i tre middager bekostet av bussprodusenter som leverte busser til flere selskaper som det kommunale selskapet hadde driftsavtale med. Høyesterett la til grunn at bussprodusentens siktemål med middagsinvitasjonene ikke var å påvirke driftssjefen, og at driftssjefen heller ikke hadde noe tanke om slik påvirkning. På grunnlag av uttalelsen i Rt. 2009 s. 130 la Høyesterett til grunn at det i denne saken manglet et slikt påvirkningsmoment.

På denne bakgrunn må det legges til grunn at selv om det ikke stilles et selvstendig krav om at den aktive bestikker har som formål om å påvirke mottakeren til en gjentelse, vil det bare i svært spesielle tilfeller være aktuelt å straffe dersom påvirkningsmomentet mangler.

19.4.4 Vurdering og anbefalinger

Når det gjelder utilbørlighetskriteriet er spørsmålet om den nedre grense for korrupsjon bør trekkes på en klarere måte enn gjennom en slik rettslig standard. Bruken av utilbørlighetskriteriet som nedre grense for korrupsjon har sammenheng med et generelt ønske om å unngå at straffelovgivningen skal bli for omfattende og uoversiktlig.⁶⁷⁹ Risikoen med en mer detaljert utforming er at regelen ikke klarer å fange opp alle tilfeller man ønsker å ramme.⁶⁸⁰ Et generelt og fleksibelt uttrykk som «utilbørlig» - som henviser til en alminnelig dom over handlingen – ivaretar også

⁶⁷⁹Se Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet forbrytelse og straff* s. 151.

⁶⁸⁰ Ot. prp. nr. 78 (2003–2004) s. 35 første spalte og Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 387 punkt 3 med videre henvisninger.

hensynet til å holde tritt med samfunnsutviklingen, slik at det ikke blir nødvendig å revidere loven for ofte. Departementet fremhevet i den forbindelse:⁶⁸¹

«Det er ikke den enkelte dommers personlige oppfatning som skal være avgjørende for hvilke handlinger som er å anse som utilbørlige og dermed straffbare. Vurderingen skal bero på oppfatningen i samfunnet i lys av de reelle hensyn og grunnleggende verdier som ligger bak bestemmelsen. Utilbørlighetsstandarden vil derfor ikke ligge fast, men utvikles på bakgrunn av det rådende moralsynet i samfunnet til enhver tid.»

En innvending mot å trekke den nedre grense for korrupsjon gjennom utilbørlighetskriteriet er at vilkåret kan hevdes å stå i et problematisk forhold til legalitetsprinsippets minstekrav til klarhet og presisjon etter Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7. Høyesterett har uttalt at presisjonskravet innebærer at straffebudene må utformes:⁶⁸²

«... tilstrekkelig presist til å gi nødvendig veiledning om grensen mellom rett og galt på det aktuelle området ... [og slik at] lovene må være tilgjengelige og utformet på en slik måte at den enkelte med rimelighet kan innrette sin atferd på bakgrunn av lovgivningen».

Når den nedre grense for korrupsjon trekkes ved et så skjønnsmessig kriterium som «utilbørlig fordel» kan det i lys av dette være vanskelig for borgerne å orientere seg om hvor grensen går. Særlig gjelder dette når grensen skal trekkes mot legitime gaver og representasjon som ledd i ordinær kundepleie og nettverksbygging. En forutsetning for bruk av rettslige standarder er imidlertid at domstolene, og i siste instans Høyesterett, bidrar til å ivareta hensynet til klarhet gjennom å presisere og utvikle det nærmere innholdet av standarden i rettspraksis.⁶⁸³ Domstolene kan også kompensere for manglende klarhet gjennom innskrenkende tolkning – slik at bare tilfeller som klart faller innenfor ordlyden omfattes.⁶⁸⁴ Høyesterett har så langt ikke satt til side skjønnspregede vilkår i gjerningsinnholdet som stridende mot legalitetsprinsippets presisjonskrav. Men Høyesterett har i flere avgjørelser gitt uttrykk for at slike vilkår

⁶⁸¹ Ot. prp. nr. 78 (2003–2004) s. 34 andre spalte.

⁶⁸² HR-2016-1458-A (avsnitt 8) og HR-2016-2228-A avsnitt 30, jf. Grønning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 66.

⁶⁸³ Ot. prp. nr. 78 (2003–2004) s. 35 første spalte.

⁶⁸⁴ Se Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* s. 67, jf. Rt. 2005 s. 1628 (avsnitt 16) og Rt. 2010 s. 466 (avsnitt 12–13).

ikke er uproblematisk. Et tydelig eksempel er Rt. 2005 s. 1628 (avsnitt 16) hvor retten uttalte:

«Anvendelse av rettslige standarder som grunnlag for straffereaksjoner er ikke uproblematisk på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn for lovkravet i Grunnloven § 96. Jeg er enig med lagmannsretten i at denne type straffebestemmelser må tolkes med varsomhet»

Denne linjen har Høyesterett fulgt også i relasjon til utilbørighetskriteriet. I Rt. 2014 s. 786 understrekte Høyesterett at vilkåret «utilbørilig» måtte tolkes i samsvar med den «viktige presisering» i forarbeidene om at det må foreligge «et klart klanderverdig forhold for at bestemmelsen skal kunne anvendes». ⁶⁸⁵ Under henvisning til uttalelsen i Rt. 2005 s. 1628 (avsnitt 16), som sitert ovenfor, viste Høyesterett også til at denne presiseringen måtte forstås i lys av «de betenkeligheter det i sin alminnelighet er forbundet med å benytte rettslige standarder i strafferetten». ⁶⁸⁶ På bakgrunn av Høyesteretts restriktive linje ved tolkning av rettslige standarder generelt og når det gjelder utilbørighetskriteriet spesielt, mener jeg at vilkåret ikke er i strid med legalitetsprinsippets klarhetskrav. ⁶⁸⁷

Men selv om utilbørighetskriteriet ligger innenfor legalitetsprinsippets klarhetskrav, kan det like fullt hevdes at utilbørighetskriteriet gjør det så vanskelig å innrette seg etter bestemmelsen at det bør vurderes å gi mer detaljert gjerningsbeskrivelse i loven. I forarbeidene understrekte departementet i den forbindelse at behovet for dette neppe er stort fordi: ⁶⁸⁸

«... under norske forhold har verken den som foretar en «bestikkelse» eller den som mottar den, noen rimelig grunn til å balansere på kanten av en straffebestemmelse om korrupsjon»

⁶⁸⁵ Rt. 2014 s. 786 (avsnitt 13).

⁶⁸⁶ Rt. 2014 s. 786 (avsnitt 14).

⁶⁸⁷ Slik også Matningsdal, *Straffeloven 2005* § 387 punkt 3.

⁶⁸⁸ Ot. prp. nr. 78 (2003–2004) s. 35 første spalte.

Dette argumentet er ikke treffende. Utfordringen er at utilbørighetskriteriet etter sin ordlyd ikke gir så god veiledning for grensen mot helt legitime ytelser som kundepleie og nettverksbygging. Departementet påpekte imidlertid også at:⁶⁸⁹

«Det er ikke gitt at en mer detaljert gjerningsbeskrivelse ville ha skapt noen større grad av klarhet og forutberegnelighet. Enkle og oversiktlige straffebud som henviser til den alminnelige dom over en handling, for eksempel gjennom et krav om utilbørighet, vil ofte kunne fremstå som mer instruktive for ikke-jurister enn en gjerningsbeskrivelse som er juridisk mer stringent, men som kanskje er vanskeligere å forstå for en lekmann.»

NHO har imot dette gitt uttrykk for at mange bedrifter finner grensen uklar, og at det er et behov for klarere retningslinjer for den nedre grensen for korrupsjon særlig ved gaver og representasjon, enten gjennom forskriftsbestemmelser eller gjennom retningslinjer.⁶⁹⁰

Jeg mener at det neppe er formålstjenlig å erstatte eller presisere det strafferettslige utilbørighetskriteriet gjennom detaljerte korrupsjonsbestemmelser i straffeloven. De praktiske tolkningsspørsmålene om den nedre grense for korrupsjon vil nok oppstå uansett, og det er vanskelig å gi slike regler en språkdrakt som dekker alle tilfeller man ønsker å dekke og som ikke skaper behov for hyppige lovendringer. Videre har Høyesterett, særlig gjennom Rt. 2014 s. 786, bidratt til en klargjøring av den nedre grensen for korrupsjon. Dette gjelder både understrekningen av at terskelen for straffbar korrupsjon er nokså høy og at utilbørighetskriteriet må tolkes med varsomhet. En annen grunn til å fortsatt bruke utilbørighetskriteriet er at de sentrale internasjonale forpliktelsene til å kriminalisere korrupsjon bruker tilsvarende begrep, jf. uttrykket «undue ... advantage» i OECD-konvensjonen Art. 1, Europarådskonvensjonen Art. 2, art. 3, art. 7, art. 8 og art. 12, og FN-konvensjonen mot korrupsjon art. 15, art. 16, art. 18, art. 19 og art. 21.

Etter min oppfatning kan det vurderes om det bør komme klarere frem i lovteksten at det normalt kreves et påvirkningsmoment. En slik presisering vil ikke bare sementere

⁶⁸⁹ Ot. prp. nr. 78 (2003–2004) s. 35 første spalte.

⁶⁹⁰ <https://www.dn.no/jus/nho/korrupsjon/hvor-dyr-kan-vinen-vare-for-det-blir-korrupsjon/1-1-5169444>

Høyesteretts tolkning av bestemmelsen, men også bidra til å presisere utilbørighetskriteriet og dermed avhjelpe ulempene med å bruke en rettslig standard. Det kan imidlertid være utfordrende å formulere et slikt vilkår som ikke ekskluderer unntakstilfeller av ren «smøring» og tilfeller av belønning, særlig når bestemmelsene er generelle og ikke skiller mellom offentlig og privat sektor og heller ikke mellom bestikkelser for å påvirke og for å belønne. Som fremstillingen av konvensjonene og andre lands korrupsjonslovgivning har vist, kan et slikt vilkår også utformes på nokså forskjellig vis.

Jeg er i den forbindelse skeptisk til å knytte ordlyden til en forventning om en fordel for Ab slik straffelovutvalget foreslo i NOU 2002: 22. Kravet bør etter min oppfatning i tilfelle knyttes til en forventning om Pbs handlemåte i kraft av rollen Pb har i transaksjonen. Et eksempel på regulering kan være å bruke uttrykket som er benyttet i FN-konvensjonen mot korrupsjon: «in order that he or she act or refrain from acting». En ulempe med denne reguleringen er at etterfølgende belønning ikke rammes av uttrykket. Dette kan avhjelpes gjennom et særskilt handlingsalternativ for belønninger. I forslaget til endring av § 387 har jeg lagt inn en regulering som reflekterer dette.

En mulig svakhet med denne reguleringen er at den kan skape inntrykk av at bestikkelsen er knyttet til en *konkret gjenytelse*, og dermed utelukke ren «smøring» for å oppnå velvillighet som etter omstendighetene kan være straffverdig. Jeg mener imidlertid at når vilkåret ikke knyttes til selve gjenytelsen, men til Pbs handlemåte, vil også en mer generell forventning fra Abs side om velvillighet eller positiv innstilling i fremtidige transaksjoner omfattes av bestemmelsen. Når dette er sagt, vil jeg legge til at det etter min oppfatning ikke er et stort behov for en slik lovendring i lys av Høyesteretts tolkning av utilbørighetskriteriet som beskrevet ovenfor.

Praktiske utfordringer med å innrette seg etter loven med hensyn til lovlig kundepleie og nettverksbygging kan etter min oppfatning utover dette hensiktsmessig løses gjennom *selvregulering* i form av retningslinjer. Dersom en virksomhet utarbeider klare retningslinjer for gaver og representasjon, og det er åpenhet om praktiseringen av retningslinjene, vil fordeler som gis innenfor rammene av retningslinjene for alle

praktiske formål ikke rammes av korrupsjonsbestemmelsen. Svært mange private virksomheter og offentlige organer og etater har utarbeidet slike retningslinjer. I tillegg har flere norske og internasjonale organisasjoner utarbeidet veiledninger til utforming og implementering av slike. Et norsk eksempel er NHOs veiledning, «...over streken», for bedrifter i deres eget arbeid med holdninger og praksis knyttet til gaver, representasjon og utgiftsdekning for andre enn egne ansatte.⁶⁹¹ Et internasjonalt eksempel er «ICCs guidelines on Gifts and Hospitality».⁶⁹² Jeg stiller meg noe tvilende til om det er hensiktsmessig at departementet eller påtalemyndighet skal utarbeide generelle retningslinjer om antikorrupsjonsarbeid i virksomheter som ledd i praktiseringen av straffelovens korrupsjonsbestemmelser. Dersom dette skal skje i regi av myndighetene bør det heller gjøres som ledd i regulatoriske krav til antikorrupsjonsarbeid. Det kommer jeg tilbake til i 21 nedenfor.

19.5 Tilknytningskravet: «i anledning av utøvelsen» av stilling, verv eller oppdrag

19.5.1 Gjeldende rett

Både aktiv og passiv korrupsjon krever at Pb opptrer «i anledning av utøvelsen» av stilling, verv eller oppdrag. I dette ligger et krav om sammenheng mellom fordelene fra Ab og Pbs beslutninger og handlinger i «stilling, verv eller oppdrag».⁶⁹³ Fordeler som Pb tilbys, krever eller mottar som privatperson faller utenfor virkeområdet for korrupsjonsbestemmelsen. For eksempel vil det å låne ferieleiligheten i Spania gratis fra en god venn ikke være korrupsjon. Å ta imot betaling fra naboer for å klippe plenen deres i sommerferien er heller ikke korrupsjon. Grensen mellom når mottakeren opptrer i rollen som privatperson og «i anledning av utøvelsen» av stilling, verv eller

⁶⁹¹ https://www.nho.no/contentassets/3d67883b541b4e3d9e4ea29f0a08f038/over_streken_web.pdf.

⁶⁹² <https://iccwbo.org/publication/icc-guidelines-on-gifts-and-hospitality/>

⁶⁹³ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 54.

oppdrag» kan by på tvil. I Rt. 2011 s. 495 ble en politibetjent dømt for grov korrupsjon etter å ha mottatt kr 55.000 fra en bekjent som vederlag for at politibetjenten engasjerte seg og utførte arbeid i en namssak mot vedkommende. Politibetjenten anførte at dette var vederlag for tjenester han utførte i fritiden og ikke i anledning hans stilling som politibetjent. Denne anførselen ble forkastet av Høyesterett. Etter å ha slått fast at politibetjenten håndterte oppdraget både i og utenfor arbeidstiden, og at et slikt bierverv var i strid med instruksjer som gjaldt for hans stilling, påpekte Høyesterett:

«Engasjementet for B har stått i direkte konflikt med hans arbeidsoppgaver som lensmannsbetjent/politibetjent og namsmannsfullmektig og har medført at han ikke har vært en nøytral saksbehandler. Utad – blant annet i intervjuet med i Finansavisen og i møtet i Stortinget – har A opptrådt som saksbehandler/representant for lensmannskontoret og ikke gitt til kjenne at han handlet på oppdrag for B. Alt hans arbeid for B har hatt direkte sammenheng med hans kompetanse og arbeidsoppgaver som namsmannsfullmektig ved lensmannskontoret. Jeg kan ut fra dette ikke se at det er tvilsomt at hans arbeid for B har vært «i anledning» av hans stilling.»

I Rt. 2015 s. 302 ble en gjeldsrådgiver i NAV dømt for korrupsjon etter å ha betinget seg og mottatt til sammen ca. 150.000 kr. for å ha gitt privat gjeldsrådgivning til personer som rådgiveren hadde kommet i kontakt med i forbindelse med sitt arbeid i NAV. Gjeldsrådgiveren ble dømt for i alt åtte tilfeller av korrupsjon. Høyesterett opphevd imidlertid lagmannsrettens dom på fire ytterligere korrupsjonstilfeller fordi rettsbelæringen ikke ga et tilstrekkelig uttrykk for en riktig forståelse av tilknytningskravet «i anledning stilling». I den forbindelse presiserte Høyesterett:⁶⁹⁴

«Hvis en offentlig tjenestemann som privatperson utnytter sin kompetanse og erfaring og mottar en fordel for det, kan han ikke domfelles for korrupsjon. Det må kreves en tilknytning til stillingen ut over dette».

Straffeloven stiller ikke selvstendig krav om at fordelen er egnet til eller faktisk påvirker Pbs utøvelse av stillingen i form av en bestemt gjenytelse til Ab. Den stiller heller ikke selvstendig krav om at formålet er slik påvirkning.⁶⁹⁵

⁶⁹⁴ Rt. 2015 s. 302 (avsnitt 25).

⁶⁹⁵ Se 19.4.3

19.5.2 Forholdet til Norges internasjonale forpliktelser og fremmed rett

Tilknytningskravet er i samsvar med Norges kriminaliseringsforpliktelser under OECD-konvensjonen, Europarådskonvensjonen og FN-konvensjonen som alle inneholder tilsvarende vilkår. En forskjell er at mens den norske bestemmelsen er generell og dekker posisjoner i offentlig og privatsektor både innenlands og utenlands, skiller konvensjonenes bestemmelser mellom offentlig og privat sektor, og mellom korrupsjon mot innenlands og utenlandske offentlige eller private personer. Tilsvarende tilknytningskrav finnes også i andre lands korrupsjonslovgivning, men detaljnivået varierer. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

19.5.3 Vurdering og anbefaling

Jeg har ikke identifisert behov for endring av bestemmelsene på dette punkt.

19.6 Handlingsalternativene ved aktiv korrupsjon: «gir eller tilbyr»

19.6.1 Gjeldende rett

Handlingsalternativene for aktiv korrupsjon er at Ab «gir» eller «tilbyr» noen en utilbørlig fordel. Alternativet «gir» er motstykket til «mottar» i passiv korrupsjon. Fullbyrdet korrupsjon inntreffer her samtidig som når fordelen er mottatt etter § 387 bokstav a. Alternativet «tilbyr» innebærer at et tilbud om en utilbørlig fordel er tilstrekkelig for fullbyrdet korrupsjon, så lenge tilbudet er kommet til mottakerens kunnskap. Tilbudet vil ofte være knyttet til en forutsetning om en gjenytelse som enten allerede har funnet sted, eller som skal skje senere. Fordelen kan være til Pb personlig, men også til en tredjepart.

19.6.2 Forholdet til Norges internasjonale forpliktelser og fremmed rett

Det har vært reist spørsmål om korrupsjonsbestemmelsene er i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser på dette punkt siden OECD-konvensjonen mot korrupsjon artikkel 1, Europarådskonvensjonen mot korrupsjon artikkel 2 og 6 og FN-konvensjonen mot korrupsjon artikkel 15 i tillegg til alternativene «gir» og «tilbyr» («give» og «offer») også inneholder det tredje alternativet «promise» - å love/et løfte som et selvstendig alternativ. Straffelovrådet foreslo opprinnelig å inkludere «lover» i bestemmelsen, men departementet mente dette uttrykket ikke ville ha selvstendig betydning ved siden av «tilbyr», og valgte derfor å ta det ut.⁶⁹⁶

I evaluering av Norges implementering av konvensjonsforpliktelsene har det på denne bakgrunn vært understreket at uttrykket «tilbyr» etter norsk rett vil konsumere alternativet «promise» i de respektive konvensjonene, slik at det ikke er nødvendig med et tredje alternativ i straffeloven.⁶⁹⁷ I evalueringen under FN-konvensjonen mot korrupsjon, påpeker evalueringsgruppen at dersom domstolene skulle tolke straffeloven snevrere enn det forarbeidene tilsier, bør Norge vurdere å spesifisere alternativet «promise» i lovteksten. Til sammenligning bruker Sverige, Danmark, Finland alle tre alternativer.

19.6.3 Vurdering og anbefaling

Det er klart at straffelovens uttrykk «gir eller tilbyr» må tolkes slik at det dekker uttrykket «promise» i konvensjonene, og at straffeloven derfor oppfyller konvensjonsforpliktelsene på dette punkt. Siden de norske straffebestemmelsene ellers ligger ganske nær opp til konvensjonenes ordlyd, og en rekke andre land bruker alle tre alternativer, mener jeg imidlertid at det av pedagogiske hensyn kan være grunn til å

⁶⁹⁶ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 57 andre spalte.

⁶⁹⁷ OECD Working Group on Bribery, *Norway: Phase 2* (avsnitt 83), GRECO, *Third Evaluation Round: Norway* (avsnitt 19–20), UNODC, *Country Review Report of Norway* (avsnitt 16).

inkludere uttrykket «lover» som opprinnelig foreslått av Straffelovkommisjonen. Dette vil ikke innebære en endring av rettstilstanden, men vil kunne representere en klargjøring for aktører som skal anvende loven og evaluere forholdet til Norges internasjonale forpliktelser. Forslag til endring av § 387 reflekterer dette.

19.7 Handlingsalternativene ved passiv korrupsjon: «krever, mottar eller aksepterer et tilbud»

19.7.1 Gjeldende rett

Uttrykket «krever, mottar eller aksepterer et tilbud» er alternative vilkår for passiv korrupsjon. Kjerneområdet for alternativet «krever» er at Pb utnytter sin posisjon til å presse en annen til å gi en fordel, men uttrykket dekker også mer forsiktige anmodninger og forespørsler.⁶⁹⁸ Det er ikke tilstrekkelig at et krav er sendt. Fullbyrdet korrupsjon foreligger når kravet er kommet til adressatens kunnskap. Men det foreligger fullbyrdet korrupsjon selv om adressaten velger å se bort fra kravet. Alternativet «mottar» er mest aktuelt der det ikke foreligger forutgående krav eller tilbud, eller dette ikke kan bevises. Det er likegyldig hvem som har tatt initiativet til ytelsen. Men etter forarbeidene må det utvises noe skjønn i situasjoner som dette. Hvis det er grunn til å tro at mottakeren hadde til hensikt å informere sin arbeidsgiver, bør det innrømmes noe tid etter mottak før forsøk eller fullbyrdet korrupsjon kan anses for å foreligge.⁶⁹⁹ Hva som ellers skal til for at det foreligger fullbyrdet forbrytelse gjennom å motta en utilbørlig fordel beror på omstendighetene. Fysiske gjenstander og kontanter må anses mottatt når de er i mottakers besittelse. Pengeoverføringer gjennom bank må anses mottatt når beløpet står på mottakers konto. Den som «aksepterer et tilbud» om en utilbørlig fordel oppfyller også kravet til fullbyrdet korrupsjon. Det typiske tilfellet er en avtale om bestikkelser som ligger noe frem i tid. Et eksempel er

⁶⁹⁸ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 56.

⁶⁹⁹ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 57 første spalte.

at innkjøpssjefen (Pb) i et entreprenørselskap aksepterer et tilbud fra en leverandør av anleggsmaskiner om å motta provisjon for hver gang han sørger for at entreprenørselskapet kjøper maskiner fra denne leverandøren. Her foreligger fullbyrdet passiv korrupsjon for innkjøpssjefen allerede fra aksept av tilbudet. Det kreves videre at aksepten er kommet frem til tilbydereren. Fordelen kan være til Pb selv, men også for «andre», jf. § 387 bokstav b.

Mottakelse av en bestikkelse vil etter omstendighetene også rammes av gjerningsbeskrivelsen i § 390 om økonomisk utroskap. I slike tilfeller bestemmer § 390 andre ledd at det er korrupsjonsbestemmelsen som skal anvendes. Denne subsidiaritetsklausulen forutsetter at samme handling oppfylder gjerningsbeskrivelsen i begge straffebud fullt ut.⁷⁰⁰ Subsidiaritetsklausulen gjelder også ved domfellelse for medvirkning til passiv korrupsjon.⁷⁰¹

19.7.2 Vurdering

Korrupsjonskonvensjonene Norge har ratifisert bruker tilsvarende uttrykk som i Straffeloven § 387 bokstav a for handlingsalternativene ved passiv korrupsjon. Dette er også typisk for andre lands korrupsjonslovgivning. Jeg ser ingen behov for å justere lovgivningen på dette punktet.

19.8 Medvirkning og forsøk

Det følger av den generelle medvirkningsbestemmelsen i straffeloven § 15 at medvirkning til korrupsjon er straffbart. En aktiv bestikker straffes som hovedgjerningsperson etter § 387 bokstav b og ikke som medvirker.⁷⁰² Den passive bestikker straffes som hovedgjerningsperson etter bokstav a. Både fysisk og psykisk

⁷⁰⁰ Rt. 2012 s. 243.

⁷⁰¹ HR-2016-1835-A.

⁷⁰² Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, s. 511.

medvirkning er aktuelt. Typiske medvirkningshandlinger vil kunne være å godkjenne en korrupt betaling eller å forhandle frem en avtale med korruperte elementer på vegne av en annen. Også passivitet må etter omstendighetene kunne kvalifisere til medvirkning dersom medvirkeren har en særlig oppfordring til å gripe inn. Det vil typisk kunne være en leder av et selskap som ikke griper inn når vedkommende får informasjon om at noen i selskapet planlegger eller er i ferd med å begå korrupsjon. Se i den forbindelse også forslaget til generell regel om passiv medvirkning for foretak i 7.9.5.5 ovenfor. Europarådskonvensjonen artikkel 15, OECD-konvensjonen artikkel 1 nr. 2 og FN-konvensjonen artikkel 27 krever kriminalisering av medvirkning til korrupsjon som dekkes av de respektive konvensjonene. De norske medvirkningsreglene oppfyller klart nok konvensjonsforpliktelsene. Også andre lands korrupsjonsbestemmelser omfatter normalt medvirkning enten gjennom generelle regler, eller spesifikt for korrupsjon.⁷⁰³ Det skal imidlertid bemerkes at rekkevidden av medvirkningsansvaret kan variere fra land til land. Jeg går ikke nærmere inn på dette her.⁷⁰⁴

Forsøk på korrupsjon er straffbart etter straffeloven § 16. Grensen mot fullbyrdet korrupsjon er behandlet i 19.7 ovenfor. Med unntak av forslaget om en generell regel om passiv medvirkning for foretak i straffeloven § 27, ser jeg ingen behov for lovendringer om medvirkning og forsøk til korrupsjon.

⁷⁰³ Se dansk straffelov § 23, den svenske Brottsbalken 23 kapittel 4 §, jf. 10 kap. 5 e §, den finske Strafflag 5 kap. 3 § – 8 §, den franske Code Penál artikkel 121-6 og 121-7, den tyske StGB §§ 26-27, For brudd på FCPA følger dette av prinsipper for medvirkning under ulovfestet føderal rett, jf. DOJ, FCPA Resource Guide s. 35. Tilsvarende følger det av generelle medvirkningsprinsipper under common law at UK Bribery Act dekker medvirkningshandlinger.

⁷⁰⁴ For en sammenlignende fremstilling av medvirkningslæren i de nordiske lands strafferett, se Boucht i *TJS* 2020.

19.9 Skyldkravet ved korrupsjon

19.9.1 Gjeldende rett og forholdet til internasjonale forpliktelser

Skyldkravet ved korrupsjon er forsett, jf. straffeloven § 21. Både hensiktsforsett, kunnskapsforsett og dolus eventualis er prinsippet aktuelle skyldgrader. Siden påvirkningsformålet står så sentralt i utilbørighetsvurderingen, er det likevel bare unntaksvis at det kan tenkes korrupsjon uten hensikt om påvirkning. Kriminaliseringsforpliktelsene etter OECD-konvensjonen, Europarådskonvensjonen og FN-konvensjonen gjelder alle korrupsjon begått «intentionally». Det er ingen tvil om at straffelovens forsettsbegrep oppfyller dette kravet.

19.9.2 Fremmed rett

De danske korrupsjonsreglene krever forsett, jf. forutsetningsvis dansk straffelov § 19. Det samme gjelder som utgangspunkt for de svenske korrupsjonsbestemmelsene i Brottsbalken 10 kapittel 5 a § og 5 b §, jf. 1 kapittel 2 §. Men Sverige har innført en særskilt regel om grov uaktsom medvirkning til aktiv korrupsjon i 10 kapittel 5 e § som jeg vil behandle særskilt i 19.9.3 nedenfor. Også etter finsk rett kreves forsett for straffansvar for korrupsjon, jf. Strafflag 3 kapittel 5 §. Det samme gjelder Frankrike, jf. Code Pénal artikkel 121-3 («intention»), og Tyskland, jf. StGB § 15. For aktiv korrupsjon etter UK Bribery Act Section 1 kreves enten at gjerningspersonen «intended» at fordelene skulle føre til en «improper performance» fra en annen person, jf. «case 1», eller at gjerningspersonen «knows or believes» at slik utilbørlig opptreden vil bli konsekvensen av fordelene som skal ytes. For aktiv korrupsjon av utenlandske offentlige tjenstepersoner etter Section 6 kreves at gjerningspersonen «intends» både å påvirke tjenstepersonen og «obtain or retain business or an advantage in conducting business» gjennom å yte en fordel. For passiv korrupsjon etter UK Bribery Act Section 2 er ikke skyldkravet like tydelig regulert. Bestemmelsen skiller mellom fire typer passiv korrupsjon, med ulik regulering av skyldkravet. I det første typetilfellet er det et vilkår at gjerningspersonen « [is] intending that, in consequence, a relevant function or activity should be performed improperly», jf. Section 2 (2). I det andre typetilfellet

er det tilstrekkelig at gjerningspersonen R “requests, agrees to receive or accept» en fordel og “the request, agreement or acceptance itself constitutes the improper performance by R of a relevant function or activity”, jf. Section 2 (3). Her vil formentlig Rs krav, avtale eller aksept av fordelene være forsettlig, men det fremgår av Section 2 (7) at det ikke har betydning om R «knows or believes that the performance of the function or activity is improper». Det samme gjelder det tredje typetilfellet hvor R mottar fordelene som en etterfølgende «reward» for slik «improper performance», jf. Section 2 (4). Også i det siste typetilfellet etter Section 2 (5) gjelder denne begrensningen. Typetilfellet dekker hvor «improper performance» av R er en konsekvens av eller en forventning knyttet til Rs krav om en fordel.

19.9.3 Vurdering og anbefaling: Bør grov uaktsom korrupsjon kriminaliseres?

Det klare utgangspunktet bør fortsatt være at straffansvar for korrupsjon bør kreve forsett. Spørsmålet er imidlertid om grov uaktsom korrupsjon etter omstendighetene bør være straffbart. Internasjonale forpliktelser krever ikke kriminalisering av uaktsom eller grov uaktsom korrupsjon. Med et viktig unntak for Sverige, kan jeg heller ikke se at uaktsomhetsansvar er vanlig i andre lands rett. Det kan også hevdes at korrupsjonsforbrytelsen etter sin natur har et element av hensikt i seg – i hvert fall slik at gjerningspersonen normalt vil ha til hensikt å oppnå noe ved den korruperte handlemåten. Det er kanskje derfor ikke så lett å tenke seg en uaktsom korrupsjon som hovedgjerning. Etter min oppfatning stiller *medvirkningssituasjonen* seg noe annerledes. Det kan lett tenkes situasjoner hvor en person eller et foretak objektivt sett medvirker til korrupsjon begått forsettlig av en annen person, men hvor medvirkningen kan anses uaktsom eller grov uaktsom. Et eksempel kan være at en finansdirektør i et selskap A godkjenner en utbetaling til et datterselskap som så brukes av datterselskapet til korrupsjon. Utbetalingen kan i lys av dette kunne være uaktsom eller grov uaktsom dersom A ikke undersøkte godt nok om betalingen ville bli brukt til lovlige formål. Det kan også tenkes tilfeller hvor ledere i større organisasjoner bevisst unngår informasjon om korrupsjon i virksomheten som kan eksponere for ansvar.

Sverige har innført en særskilt bestemmelse om visse former for grov uaktsom medvirkning til korrupsjon i Brottsbalken 10 kapittel 5 e §. Bestemmelsen lyder:

«En näringsidkare som tillhandahåller pengar eller andra tillgångar åt någon som företräder näringsidkaren i en viss angelägenhet och därigenom av grov oaktsamhet främjar givande av muta, grovt givande av muta eller handel med inflytande enligt 5 d § 2 i den angelägenheten döms för vårdslös finansiering av mutbrott till böter eller fängelse i högst två år.»

Bestemmelsen utfyller den generelle medvirkningsbestemmelsen i Brottsbalken 23 kapittel 4 §. Det er bare «næringsidkare», det vil næringsdrivende som kan straffes etter denne bestemmelsen. «Næringsidkare» dekker flere typer næringsdrivende, men sikter til fysiske personer, ikke foretak.⁷⁰⁵ Det omfatter innehavere av næringsvirksomhet, typisk innehaver av et enkeltpersonforetak. Men det dekker også personer som formelt inngår i ledelsen i juridiske personer, for eksempel styret og daglig leder i et aksjeselskap. Også personer som har bestemmende innflytelse gjennom delegasjon kan omfattes.

Medvirkningshandlingen er beskrevet i to ledd. For det første kreves at den næringsdrivende «tillhandahåller pengar eller andra tillgångar åt någon som företräder näringsidkaren». Dette omfatter å gjøre penger eller andre eiendeler tilgjengelig for noen som representerer den næringsdrivende.⁷⁰⁶ Grunnlaget for representasjonsforholdet er typisk ansettelsesforhold eller avtale. Hvis «næringsidkaren» er en leder i et aksjeselskap, kan representanten for eksempel være en underordnet ansatt i selskapet eller en konsulent, men også juridiske personer som for eksempel et datterselskap dekkes.⁷⁰⁷ For det andre kreves at denne handlingen «därigenom ... främjar givande av muta, grovt givande av muta eller handel med inflytande enligt». I dette ligger at representanten i forbindelse med sin rolle objektivt sett oppfyller gjerningsbeskrivelsen for aktiv korrupsjon eller påvirkningshandel som beskrevet i 5 b §, 5 c § og 5 d § 2. Det stilles ikke krav om at representanten kan dømmes eller er dømt for forholdet. Den objektive medvirkningshandlingen, slik den

⁷⁰⁵ Prop. 2011/12:79 s. 49.

⁷⁰⁶ Prop. 2011/12:79 s. 49.

⁷⁰⁷ Prop. 2011/12:79 s.49.

er beskrevet i 5 e §, går neppe lenger enn det som følger av den generelle medvirkningsbestemmelsen i Brottsbalken 23 kapittel 4 §. Det som skiller den spesielle medvirkningsbestemmelsen i Brottsbalken 10 kapittel 5 e § er skyldkravet. Mens medvirkning til korrupsjon etter den generelle medvirkningslæren krever at medvirkeren har utvist forsett, er det tilstrekkelig etter den spesielle medvirkningsbestemmelsen at medvirkeren har utvist grov uaktsomhet.

For at medvirkningen skal anses som grovt uaktsom må den «påtaglig ha avvikit från vad som kan anses vara ett normal aktsamt beteende i den aktuella situationen».⁷⁰⁸ Det som straffes er dermed å gjøre penger eller andre formuesgoder tilgjengelig for representanten til tross for risikoen for at dette fremmer korrupsjon. Et sentralt element i vurderingen er hvilke tilsyns- og kontrolltiltak som er implementert overfor representanten som får midler tilgjengelig.⁷⁰⁹ Den næringsdrivende bør blant annet ha undersøkt integriteten til representantene, de eventuelle motpartene som representanten skal handle med og hvordan midlene som stilles tilgjengelig er forutsatt brukt. Aktsomhetsvurderingen styres også av korrupsjonsrisikoen i det aktuelle området og, dersom representanten er ansatt, hvilke instruksjoner og rutiner som er iverksatt overfor vedkommende for å motvirke korrupsjon.

Jeg mener det bør vurderes å innføre en særskilt regel om grov uaktsom medvirkning til aktiv korrupsjon også etter norsk rett. Slik jeg ser det, er det ikke behov for å konkretisere medvirkningshandlingen i bestemmelsen, slik det er gjort i den svenske Brottsbalken. Bestemmelsen bør kunne anvendes på alle medvirkningshandlinger som oppfyller de alminnelige kravene til medvirkning etter § 15. Men et hovednedslagsfelt for en slik regel vil være hvor en person og/eller et foretak medvirker gjennom finansiering eller godkjenning av arrangementer med korruperte elementer. Regelen vil særlig kunne ramme morselskapers medvirkning til korrupsjon begått i datterselskaper og oppdragsgiverforetaks medvirkning til korrupsjon begått av oppdragstakter.

⁷⁰⁸ Prop. 2011/12:79 s. 50.

⁷⁰⁹ Prop. 2011/12:79 s. 50.

Anbefalingen er inntatt i forslag til ny § 387 a i straffeloven. Sammenholdt med forslaget til en ny generell regel om passiv medvirkning for foretak i straffeloven § 27, vil et morselskap og et oppdragsgiverforetak også kunne straffes for grov uaktsom passiv medvirkning til korrupsjon etter denne bestemmelsen.

19.10 Strafferamme

19.10.1 Gjeldende rett

Strafferammen for korrupsjon er bot eller fengsel inntil 3 år, jf. straffeloven § 387 første ledd. Høyesterett har i den forbindelse lagt til grunn at straffen bør være noe strengere for korrupsjon enn for underslag og utroskap av tilsvarende beløp som bestikkelsen fordi skadevirkningene av korrupsjon er større.⁷¹⁰ Videre anses korrupsjon begått under utøvelse av offentlig myndighet eller av ansatte i offentlig eide foretak som særlig alvorlig.⁷¹¹ Høyesterett har videre forkastet et synspunkt om at passiv korrupsjon bør vurderes strengere enn aktiv korrupsjon. Begge former anses som utgangspunkt like straffverdige ved straffutmålingen.⁷¹² Korrupsjon straffes ikke mildere fordi den har skjedd i et korrupsjonsutsatt land.⁷¹³ Den personlige belastningen ved straffansvar for korrupsjon har heller ikke betydning.⁷¹⁴ I relasjon til foretaksstraff har Høyesterett ved utøvelsen av kan-skjønnets lagt til grunn at «korrupsjonsforbrytelser tilhører foretaksstraffens kjerneområde».⁷¹⁵

⁷¹⁰ Rt. 2001 s. 227 (s. 230), jf. Rt. 1996 s. 1111 (s. 1112) og Matningsdal, *Norsk Spesiell Strafferett* s. 513–514.

⁷¹¹ Rt. 2011 s. 477 (avsnitt 24) og Matningsdal, *Norsk Spesiell Strafferett* s. 514.

⁷¹² HR-2016-1834-A (avsnitt 31).

⁷¹³ HR-2017-1776-A (avsnitt 26).

⁷¹⁴ Rt. 2010 s. 1624 (avsnitt 31).

⁷¹⁵ Rt. 2013 s. 1025 (avsnitt 36).

19.10.2 Vurdering og anbefaling

Jeg har ikke identifisert behov for å endre strafferammen for korrupsjon.

19.11 Grov korrupsjon

19.11.1 Gjeldende rett

Straffeloven § 388 inneholder en særskilt bestemmelse om grov korrupsjon. Ved grov korrupsjon heves strafferammen til 10 års fengsel. Loven inneholder momenter som det skal «særlig legges vekt på» i vurderingen. Det er om handlingen:

- «a) er forøvd av eller overfor en offentlig tjenestemann eller noen annen ved brudd på den særlige tillit som følger med hans stilling, verv eller oppdrag,
- b) om den har eller kunne ha hatt til følge betydelig økonomisk fordel,
- c) om det forelå risiko for betydelig skade av økonomisk eller annen art, og
- d) om det er registrert uriktige regnskapsopplysninger, utarbeidet uriktig regnskapsdokumentasjon eller uriktig årsregnskap.»

Etter forarbeidene skal bestemmelsen anvendes ved «kvalifisert utilbørlig opptreden».⁷¹⁶ Listen er ikke uttømmende, men dersom ett av momentene foreligger, er korrupsjonen normalt grov.⁷¹⁷

Bokstav a innebærer at korrupsjon begått av offentlige tjenestepersoner i normaltillfellene vil anses som grov, og at «korrupsjon i offentlig sektor lettere vil være grov enn korrupsjon i privat sektor».⁷¹⁸ Det vil ha betydning hvilken stilling tjenestepersonen har. Også korrupsjon som begås i forbindelse med tjenester som utøves gjennom offentlig eide foretak vil det ofte være «grunn til å se like alvorlig på

⁷¹⁶ Ot.prp.nr. 78 (2002–2003) s. 45, jf. s. 59 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 470.

⁷¹⁷ Matningsdal, *Norsk Spesiell Strafferett* s. 485.

⁷¹⁸ Ot.prp. nr. 78 (202–2003) s. 45.

...som på korrupsjon tilknyttet tradisjonell myndighetsutøvelse».⁷¹⁹ I privat sektor er alternativet «brudd på den særlige tillit» som følger med stillingen aktuell. Det kan typisk gjelde korrupsjon begått av advokater eller revisorer. Etter bokstav b skal det særlig legges vekt på om korrupsjonen «kunne ha hatt til følge betydelig økonomisk fordel». Ved denne vurderingen skal det sees hen til grensedragningen for andre økonomiske forbrytelser. I dag trekkes grensen ved om lag 150.000 kroner.⁷²⁰ Etter bokstav c skal det særlig legges vekt på om korrupsjon skaper risiko for «betydelig skade av økonomisk eller annen art». som det fremgår, er det ikke bare økonomisk skade som dekkes. Andre type skaderisiko vil for eksempel kunne være miljøskader og helseskader.⁷²¹ Regnskapsovertredelser henger ofte sammen med korrupsjon. Bokstav d bestemmer derfor at det i vurderingen av om korrupsjonen er grov, skal særlig legges vekt på om det i forbindelse med korrupsjon er begått uriktig regnskapsførsel. I den forbindelse uttaler departementet i forarbeidene:⁷²²

«Regnskapsovertredelser henger gjerne sammen med korrupsjon. Etter europarådskonvensjonen artikkel 14 plikter Norge å kriminalisere atferd som går ut på «å lage eller bruke en faktura eller et annet regnskapsdokument eller -bok som inneholder falske eller ufullstendige opplysninger» eller «rettsstridig å unnlate å bokføre en betaling», dersom overtredelsen er forsettlig og finner sted «for å begå, skjule eller dekke over de straffbare forhold som er nevnt i artikkel 2 til 12». Dersom gjerningspersonen har opptrådt som beskrevet i europarådskonvensjonen artikkel 14 eller medvirket til at en slik regnskapsovertredelse har funnet sted, vil forholdet ofte være å anse som grovt.»

Straffansvar for grov korrupsjon krever forsett om de omstendigheter som gjør korrupsjonen grov. Unntak gjelder for momentet i bokstav b, hvor uaktsomhet er tilstrekkelig.⁷²³

Strafferammen for grov korrupsjon er 10 års fengsel. Før de generelle korrupsjonsbestemmelsene ble innført i straffeloven 1902, ble flere tilfeller av

⁷¹⁹ HR-2016-1834-A (avsnitt 34).

⁷²⁰ Matningsdal, *Norsk Spesiell Strafferett* s. 518 med videre henvisninger.

⁷²¹ Se Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 58–59.

⁷²² Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 59.

⁷²³ Matningsdal, *Norsk Spesiell Strafferett* s. 519

korupsjon subsumert som grov utroskap som har en strafferamme på 6 år. Også grovt underslag og grovt bedrageri har en strafferamme på 6 år. Departementet uttaler om forskjellen at:⁷²⁴

«grove korupsjonshandlinger kan fremstå som mer straffverdige enn de fleste andre grove formuesforbrytelser. Selv overfor enkeltstående grove korupsjonshandlinger kan det unntaksvis være grunn til å reagere med fengselsstraffer opp mot ti år.»

I Rt. 2008 s. 1473 vurderte Høyesterett i hvilken grad denne hevingen av strafferammen innebar en generell heving av straffenivået:

«Noe klart signal om at heving av det generelle straffenivået for grov korupsjon var et formål ved lovendringen utover de mest alvorlige tilfellene, er det imidlertid ikke mulig å lese ut av forarbeidene. Selv om en heving av strafferammen i seg selv ikke tilsier en generell heving av straffenivået, vil imidlertid utvidelsen av spennet kunne medvirke til et større spillerom i straffutmålingen og dermed til en strengere straffutmåling også utenfor de mest alvorlige tilfellene. Forarbeidenes understreking av straffverdigheten ved korupsjon gir dessuten etter mitt syn, sammenholdt med de synspunkter som lå til grunn for de to nevnte høyesterettsdommene, grunnlag for en viss skjerpelse av straffenivået.»

Høyesterett har i tråd med uttalelsene i forarbeidene straffet utroskap gjennomgående atskillig mildere enn korupsjon.⁷²⁵

19.11.2 Vurdering og anbefaling

Jeg er gjennomgående enig i at grove tilfeller av korupsjon bør straffes strengere enn andre formuesforbrytelser. Jeg har ikke identifisert behov for å endre straffenivået.

19.12 Særlig om facilitation payments

19.12.1 Gjeldende rett

En særlig form for korupsjon er såkalte «facilitation payments», det vil si mindre betalinger til offentlig tjenstepersoner for rutinepregede handlinger som

⁷²⁴ Ot.prp. nr. 78 (2002–2003) s. 45.

⁷²⁵ Se Matningsdal, *Norsk Spesiell strafferett* s. 520–522, Rt. 2008 s. 1473, Rt. 2012 s. 243 og HR-2016–1834-A

tjenestepersonen har plikt til å utføre og borgeren har krav på. Et eksempel er at en passkontrollør på flyplassen krever et beløp for å tilbakelevere passet til en flypassasjer etter rutinekontroll. Før vi fikk korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven 1902 §§276a – 276c, var det en forutsetning for bestikkelser til offentlig tjenestepersoner etter straffeloven 1902 § 128 at Ab må ha forsøkt å påvirke Pb til å handle «urettmessig». Dersom tjenestepersonens ytelse til giveren var rettmessig, kunne giveren ikke dømmes for korrupsjon. Dette betød at facilitation payments normalt ikke var ulovlig. Det følger av klare uttalelser i forarbeidene til straffeloven § 387 første ledd nr. 2 at «facilitation payments» kan rammes av korrupsjonsbestemmelsen dersom betalingen anses som utilbørlig. Men «facilitation payments» vil ikke alltid være ulovlig. I den forbindelse vil det kunne ha betydning om betalingen er vederlag for en ytelse som er urettmessig eller ikke. Terskelen vil normalt være høy for å reagere med straff for betaling for en ytelse som man har rettskrav på.⁷²⁶ Betalinger som har preg av utpresning, for eksempel betaling som vilkår for å få tilbake eget pass fra en kontrollør, er i normalttilfellet ikke utilbørlig. Sentrale momenter vil ellers være ytelsens verdi og evt. sedvane i det landet hvor situasjonen har oppstått.

19.12.2 Forholdet til internasjonale forpliktelser

Verken OECD-konvensjonen eller Europarådskonvensjonen krever at medlemslandene kriminaliserer slike betalinger. OECD Working Group on Bribery har anbefalt at medlemsstatene jobber for å bekjempe facilitation payments og at selskaper forbyr slike betalinger som ledd i sin internkontroll.⁷²⁷ Europarådskonvensjonen Art 5 krever at stater som vil gjøre straffansvar betinget av at den aktive bestikker søker å påvirke den offentlige tjenestemann til å opptre pliktstridig, må avgi en særskilt erklæring om dette. Justisdepartementet fant det «uheldig» å avgi en slik erklæring, og ville ikke innføre et slikt vilkår.⁷²⁸ FN-konvensjonen synes å forutsette at også

⁷²⁶ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 36 andre spalte.

⁷²⁷ OECD, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials* punkt VI.

⁷²⁸ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 36.

facilitation payments er innenfor kriminaliseringsforpliktelsene, men ikke strengere enn løsningen i norsk rett.⁷²⁹ Det er etter dette ikke tvilsomt at norsk rett er i samsvar med konvensjonsforpliktelsene på dette punkt.

19.12.3 Fremmed rett

«Facilitation payments» kan etter omstendighetene straffes som korrupsjon etter dansk, svensk og finsk strafferett. Det samme gjelder for de franske og tyske korrupsjonsbestemmelsene. UK Bribery Act inneholder heller ingen unntak for «facilitation payments». Slike betalinger vil etter omstendighetene kunne rammes av det generelle forbudet mot aktiv korrupsjon i Section 1 og forbudet mot aktiv korrupsjon overfor utenlandske offentlige tjenstepersoner i Section 6.⁷³⁰ I den forbindelse bestemmer section 5 (2) at det ikke skal tas hensyn til lokal sedvane, med mindre ytelsen er tillat i henhold til lokal lovgivning. Men dersom en person befinner seg en tvangs- eller utpressingssituasjon, vil dette ofte være en straffrihetsgrunn.⁷³¹ Påtalemyndigheten i UK har nokså vid diskresjonær kompetanse når det gjelder beslutning om å ta ut tiltale, inkludert mot «facilitation payments». I CPS, Bribery Act 2010: *Joint Prosecution Guidance* heter det at påtalemyndigheten normalt vil ta ut tiltale også mot «facilitation payments» med mindre myndighetene finner offentlige interesser som taler mot å ta ut tiltale har større vekt enn de som taler mot.⁷³² Offentlige interesser som taler for påtale i slike saker er blant annet hvis det er større betalinger og/eller dette følger et mønster av betalinger. Offentlige interesser som taler mot er typisk hvis det er tale om engangstilfeller, at betalingen er oppdaget og (selv)rapportert av selskapet eller hvis gjerningspersonen var i en sårbar situasjon.

⁷²⁹ UN, *State of implementation of the UN Convention Against Corruption* s. 25.

⁷³⁰ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* avsnitt 44–51.

⁷³¹ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* avsnitt 48.

⁷³² CPS, *Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance* (til Section 6).

FCPA inneholder et spesifikt unntak for «facilitating or expediting payment», jf. FCPA § 78-dd(1)(b), § 78-dd(2)(b) og § 78-dd(3)(b). Unntaket gjelder kun betalinger som har som formål «to expedite or to secure the performance of a routine governmental action». Unntaket er praktisert nokså snevert.⁷³³ Unntaket gjelder betalinger for å få «foreign official» til å utøve rutineplikter som for eksempel sjekke pass, behandle visum, sørge for strøm- eller vannforsyning. Unntaket gjelder ikke utøvelse av skjønnsmessig kompetanse. Unntaket gjelder heller ikke tildeling av kontrakter eller tillatelser til virksomhet. Det vil heller ikke gjelde betaling for å få særbehandling eller reduserte skatte- og avgiftssatser. Betalingens størrelse er i prinsippet ikke avgjørende, men vil kunne ha betydning for vurderingen. Unntaket har vært kritisert, og mange amerikanske selskaper har innført forbud mot «facilitation payments» i organisasjonen.⁷³⁴ Årsaken til dette er at det kan være vanskelig for den enkelte ansatte å trekke grensen mellom lovlig «facilitation payments» og ulovlig korrupsjon. Det er også en risiko for at ansatte vil kunne misbruke unntaket og begå korrupsjon under dekke av at det er «facilitation payments». Videre er «facilitation payments» ulovlig i mange lands antikorrupsjonslovgivning. Slike betalinger skaper dessuten uansett en risiko for å komme i brudd med regnskapsstandardene i FCPA. «Facilitation payments» kan også føre til at «foreign officials» tøyer grenser og vil forsøke å oppnå ulovlig bestikkelser. Endelig har OECD's Working Group on Bribery anbefalt alle medlemsland til å oppfordre selskaper til å forby «facilitation payments».⁷³⁵

19.12.4 Vurdering og anbefaling

I lys av Norges internasjonale forpliktelser, sammenholdt med hvordan «facilitation payments» er regulert i andre land, mener jeg gjeldende rett er en hensiktsmessig regulering.

⁷³³ Nicholls mfl, *Corruption and misuse of public office* avsnitt 20.44 og FCPA Resource Guide s. 25.

⁷³⁴ Nicholls mfl, *Corruption and misuse of public office* avsnitt 20.45.

⁷³⁵ OECD, *Recommendation of the Council for Further Combating of Bribery of Foreign Public Officials* punkt VI, jf. FCPA Resource Guide s. 25–26.

19.13 Indirekte korrupsjon: Bruk av mellomledd

19.13.1 Innledning og Norges internasjonale forpliktelser

Den tradisjonelle korrupsjonssituasjonen etter straffeloven § 387 er en transaksjon direkte mellom Ab og Pb, for eksempel når direktøren i et fiskeriselskap betaler et større pengebeløp til en offentlig tjenesteperson for at denne skal treffe beslutning om tildeling av offentlig konsesjon til fiskeriselskapet. Håndheving av store korrupsjonssaker har imidlertid vist at korrupte betalinger og tjenester i mange tilfeller kanaliseres gjennom ulike *tredjeparter*, typisk agenter, konsulenter, rådgivere, stråselkaper eller via familiemedlemmer. OECD publiserte i 2014 en undersøkelse av 427 saker om bestikkelser i utlandet av offentlige tjenestemenn. Denne viste at mellomledd hadde blitt brukt i 3 av 4 saker.⁷³⁶ En nyere studie bekrefter denne trenden og viser at i en undersøkelse av 115 korrupsjonssaker ble mellomledd brukt i 81% av tilfellene (93 av 115).⁷³⁷

OECD-konvensjonen artikkel 1 stiller derfor krav om kriminalisering av aktiv bestikkelse av utenlandske offentlige tjenestepersoner «whether directly or through intermediaries». Europarådskonvensjonen mot korrupsjon stiller også krav om at kriminalisering av aktiv og passiv korrupsjon, både i offentlig og privat sektor dekker bestikkelser begått «directly or indirectly», jf artikkel 2 og 3, jf. artikkel 7 og 8. Begge konvensjonene krever dermed kriminalisering av korrupsjon ved bruk av tredjeparter. Kriminalisering av påvirkningshandel er i den forbindelse ikke tilstrekkelig. FN-konvensjonen mot korrupsjon stiller krav om at medlemsstatene vurderer å kriminalisere også indirekte korrupsjon, jf. artikkel 15 og 16 (offentlig sektor) og artikkel 21 (privat sektor). Spørsmålet er dermed om den norske korrupsjonsbestemmelsen i § 387 har en hensiktsmessig regulering av slik korrupsjon.

⁷³⁶ OECD, Foreign Bribery Report 2014.

⁷³⁷ OECD (2020), *Foreign bribery and the role of intermediaries, managers and gender* s. 6.

19.13.2 Gjeldende rett

Ordlyden i § 387 inneholder ikke uttrykket «direkte eller indirekte» eller lignende uttrykk som Europarådskonvensjonen og OECD-konvensjonen. Regelen om passiv korrupsjon i § 387 bokstav a bruker riktig nok uttrykket «den som for seg eller andre» krever/aksepterer/tar imot. Kjernen som dette uttrykket skal dekke er når Pb ønsker at fordelene skal tilfalle andre enn Pb selv, typisk et familiemedlem. Men ordlyden er vid nok til å dekke at Pb mottar den utilbørlige fordelene gjennom utbetalinger til en konto som for eksempel tilhører et selskap som Pb kontrollerer. Det synes også å ligge innenfor ordlyden at Pb bruker mellomledd når fordelene kreves, aksepteres eller tas imot, forutsatt at Pbs forsett dekker dette. Når det gjelder aktiv korrupsjon i § 387 b) er handlingen beskrevet som «den som...gir eller tilbyr noen» men uten presisering av at bruk av tredjeparter omfattes. Å gi eller tilby den utilbørlige fordelene til Pb via et mellomledd ligger imidlertid etter min oppfatning innenfor en naturlig forståelse av dette uttrykket. Det kan innvendes mot dette at når lovbestemmelsen ellers ligger nokså tett på OECD- og Europarådskonvensjonenes språkbruk, bør det utvises varsomhet med å uten videre inkludere bruk av tredjeparter i bestemmelsen når dette ikke er uttrykkelig presisert som i konvensjonsbestemmelsene, særlig i tilfeller hvor handlingen ellers kvalifiserer som påvirkningshandel. Problemstillingen er knapt berørt i forarbeidene. Den eneste eksplisitte uttalelsen er en kommentar i tilknytning til bestemmelsen i § 387 andre ledd om at uttrykket «stilling verv eller oppdrag» også dekker «stilling, verv eller oppdrag i utlandet». I den forbindelse presiserer departementet.⁷³⁸

«Det er uten betydning for straffbarheten om den aktive bestikker får en annen, for eksempel en person hjemmehørende i den passive bestikkers hjemland, til å utføre selve bestikkelseshandlingen»

⁷³⁸ Ot. prp.nr. 78 (2002–2003) s. 58 første spalte.

Uttalelsen forutsetter at korrupsjon ved hjelp av mellomledd er dekket av § 387 selv om dette ikke ble presisert i teksten. I forarbeidene til medvirkningstillegget i straffeloven 1902 § 276a uttaler departementet videre:⁷³⁹

«Straff for medvirkning kan for eksempel være aktuelt hvor en tredjeperson har tilskyndet bestikkelsen, eller hvor noen har medvirket til å overbringe bestikkelsen eller et løfte om en bestikkelse.»

Denne kommentaren synes også å bygge på forutsetningen om at Ab kan begå korrupsjon ved bruk av mellomledd. Tilsvarende gjelder en uttalelse knyttet til grensedragningen mellom påvirkningshandel og korrupsjon. Departementet viste i den forbindelse til at dersom den utilbørlige fordelten er ytet i sammenheng med påvirkningsagentens egen stilling, verv eller oppdrag, må forholdet bedømmes som korrupsjon og ikke påvirkningshandel. Departementet brukte følgende eksempel:⁷⁴⁰

«Dersom en saksbehandler i et forvaltningsorgan mot betaling påtar seg å påvirke en beslutning som skal fattes av lederen av forvaltningsorganet, er det derfor § 276 a som må anvendes, ikke § 276 c. Det samme gjelder om en ansatt i en privat bedrift tar seg betalt for å påvirke en av sine overordnede til å gå til innkjøp av produksjonsutstyr fra en bestemt leverandør. I grensetilfeller kan det være grunn til å se hen til om påvirkningsagentens atferd fremstår som illojal i forhold til vedkommendes egen arbeids- eller oppdragsgiver, noe som normalt utgjør et kjennetegn ved ordinær korrupsjon.»

Dersom meningen var at korrupsjonsbestemmelsen skal være begrenset til topartsforhold mellom Ab og Pb, ville forholdet i eksemplet ovenfor med nødvendighet måtte bedømmes som påvirkningshandel. Selv om man skulle anse aktiv korrupsjon ved bruk av mellomledd for å falle utenfor rekkevidden av gjerningsbeskrivelsen i § 387, vil forholdet dessuten ofte kunne anses for *medvirkning* til korrupsjon, jf. straffeloven § 15. Dersom for eksempel Ab betaler en påvirkningsagent for å påvirke en beslutningstaker (Bt), og påvirkningsagenten bruker deler av fordelten til å bestikke Bt, vil påvirkningsagenten etter omstendighetene kunne dømmes for aktiv korrupsjon og Ab for medvirkning til dette. Forutsetningen er naturligvis at også forsettskravet er oppfylt.

⁷³⁹ Ot. prp.nr. 78 (2002–2003) s. 58 første spalte.

⁷⁴⁰ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 59 andre spalte.

Høyesterett har ikke direkte behandlet spørsmålet om rekkevidden av korrupsjonsbestemmelsen ved bruk av tredjeparter. Foreleggspraksis, underrettspraksis og Høyesteretts straffutmålingspraksis viser imidlertid at selskaper og enkeltpersoner er straffet for aktiv korrupsjon ved bruk av mellomledd. Et nyere eksempel er Yara-saken. Her ble tidligere juridisk direktør i Yara dømt i Borgarting Lagmannsrett for aktiv korrupsjon overfor oljeministeren i Libya som også var styreleder i det statlige oljeselskapet i landet, National Oil Corporation («NOC»)⁷⁴¹. Korrupsjonen hadde sammenheng med at Yara forhandlet med NOC om etableringen av et samarbeid om gjødselproduksjon i Libya. Samarbeidet skulle organiseres gjennom et «joint venture». Korrupsjonen ble satt opp gjennom en avtale mellom Yara og oljeministerens sønn. Etter denne avtalen skulle Yara betale USD 4,5 millioner til sønnen. Deler av det avtalte beløp, USD 1,5 millioner ble overført til en bankkonto i Sveits som ble disponert av ham. Yaras tidligere juridiske direktør medvirket til inngåelsen av avtalen og utbetalingene.

Den tidligere juridiske direktøren ble i samme dom også dømt for korrupsjon overfor en høytstående tjenestemann i the Ministry of Chemistry and Fertilizers i India . Tjenestemannen var også styremedlem i selskapet KRIBHCO hvor den indiske stat hadde 67% eierandel. Yara forhandlet med KRIBHCO om å etablere et samarbeid gjennom et joint venture innenfor gjødselsektoren i India. I tilknytning til forhandlingene tilbød den juridiske direktøren å inngå en avtale mellom Yara og tjenestemannens sønn om utbetalinger på til sammen kr 18 millioner. Avtalen med sønnen var blant annet betinget av at avtalen om joint venture samarbeid mellom KRIBHCO og Yara ble inngått.

Basert på lagrettens bekreftende svar på skyldspørsmålet for den juridiske direktøren, la lagmannsretten til grunn i forbindelse med straffutmålingen for begge korrupsjonstilfellene at inngåelsen av avtalen med henholdsvis oljeministerens sønn i Libya og tjenestemannens sønn i India «i realiteten» var et tilbud om en utilbørlig fordel

⁷⁴¹ LB 2015-138815-2.

til de respektive fedre. Det samme ble lagt til grunn av Høyesterett i straffutmålingsanken.⁷⁴² Siden fullbyrdet aktiv korrupsjon krever at tilbudet kommer til den passive bestikkers kunnskap, synes forutsetningen her å være at henholdsvis oljeministeren og tjenestemannen fikk kunnskap om avtalen. Det ble videre lagt til grunn at utbetalingene under avtalene «på samme måte» representerte en utilbørlig fordel til fedrene.⁷⁴³ Her kan forutsetningen enten ha vært at utbetalinger til sønnene helt eller delvis gikk til fedrene, men siden fordelene kan komme andre enn den passive bestikkeren til gode, er ikke det en nødvendig forutsetning.

Et annet eksempel på at straffelovens bestemmelse om aktiv korrupsjon er brukt i trepartsforhold er Cabu Chartering saken. Her ble rederiet Cabu Chartering ilagt et forelegg på kr 20 millioner og inndragning på kr 12 millioner for aktiv korrupsjon etter straffeloven 1902 § 276 a).⁷⁴⁴ Korrupsjonen ble begått i forbindelse med en fraktavtale rederiet inngikk med selskapet Alba om frakt av alumina (råstoff i aluminiumsproduksjon) fra Australia til Bahrain. Staten Bahrain hadde en eierandel på 77% i Alba. Korrupsjonen bestod i utbetalinger til styreleder i Alba, som også var oljeminister i Bahrain. Utbetalingene var fordekt som kommisjoner under en avtale med et mellomledd. Kommisjonene ble betalt til en bankkonto i Sveits tilhørende et selskap registrert på British Virgin Islands og kontrollert av en mellommann bosatt i London. Fra denne kontoen ble det videre foretatt utbetalinger til konti i Sveits, Liechtenstein og Luxembourg som var kontrollert av nevnte styreleder i Alba og oljeminister i Bahrain.

Et tredje eksempel – hvor Økokrim bedømte forholdet som påvirkningshandel og ikke aktiv korrupsjon er Hortonsaken. Her ble Statoil ASA ilagt et forelegg på kr 20 millioner for påvirkningshandel på grunnlag av en avtale Statoil hadde inngått med

⁷⁴² HR-2017-1776-A (avsnitt 15).

⁷⁴³ LB 2015-138815-2 og HR-2017-1776-A (avsnitt 15).

⁷⁴⁴ <https://www.okokrim.no/millionforelegg-for-bestikklseraktueltforelegg/millionforelegg-for-bestikklser.5990286-411472.html>

konsulentselskapet Horton. Etter avtalen skulle Statoil betale USD 15,2 millioner for konsulentttjenester. Statoil utbetalte USD 5,2 millioner før avtalen ble terminert. Sønnen til den iranske presidenten stod bak Horton, og det ble lagt til grunn at avtalen med Horton i realiteten var en avtale om betaling for at sønnen til presidenten eller andre skulle påvirke personer som var eller ville bli involvert i offentlige beslutningsprosesser av betydning for Statoils kommersielle virksomhet i Iran, herunder tjenestehandlinger vedrørende tildeling av kontrakter innen olje- og gasssektoren. Betalingene til presidentsønnen under Horton-avtalen ble av Økokrim ikke ansett for å være bestikkelser i anledning presidentsønnens «stilling verv eller oppdrag», men som utilbørlig fordel til en påvirkningsagent etter straffeloven 1902 § 276 c). For at dette forholdet skulle ha vært bedømt som aktiv korrupsjon måtte avtalen med Horton og betalingene til presidentsønnen under denne enten vært vurdert som tilbud om en utilbørlig fordel i anledning presidentsønnens egen «stilling, verv eller oppdrag», eller som et tilbud og utilbørlig fordel til presidenten. Dette er primært et bevisspørsmål. I anledning Hortonsaken, inngikk Statoil også såkalt «Deferred Prosecution Agreement» med myndighetene i USA for brudd på FCPA. Etter denne avtalen ble presidentsønnen regnet som «public official» og utbetalingene kvalifiserte dermed som korrupsjon under FCPA. På denne bakgrunn må det legges til grunn at korrupsjon i trepartsforhold, for eksempel gjennom bruk av mellomledd etter omstendighetene dekkes av korrupsjons-bestemmelsen i straffeloven § 387.

19.13.3 Fremmed rett

De danske korrupsjonsbestemmelsene har ingen særvilkår om «indirekte» korrupsjon ved bruk av mellomledd. Slik korrupsjon synes forutsatt regulert gjennom de generelle bestemmelsene om medvirkning.⁷⁴⁵ Tilsvarende er lagt til grunn i finsk og svensk rett.⁷⁴⁶ Sverige har dessuten innført en særskilt bestemmelse om grov uaktsom

⁷⁴⁵ Jf. GRECO, *Third Evaluation Round: Denmark 2009* s. 5.

⁷⁴⁶ For finsk rett, se GRECO, *Third Evaluation Round: Finland 2007* avsnitt 55. For svensk rett, se Prop. 2011/12:79 s. 36 og GRECO, *Third Evaluation Round: Sweden 2009* s 5.

medvirkning til korrupsjon, jf. Brottsbalken 10 kapittel 5 e § og 19.9.2 ovenfor. De tyske korrupsjonsbestemmelsene inneholder heller ingen referanse til direkte og indirekte korrupsjon, men det følger av tysk rettspraksis at bestemmelsen dekker korrupsjon ved bruk av mellomledd.⁷⁴⁷ De franske bestemmelsene om korrupsjon i Code Pénal rammer «directement ou indirectement» korrupsjon, jf. artikkel 432-11, 433-1, 445-1 og 445-2. UK Bribery Act inneholder en presisering ved både aktiv og passiv korrupsjon at den dekker tilfeller hvor fordelene gis/kreves «directly or through a third party», jf. Section 1 (5), Section 2 (6) (a) og Section 6 (3) (a). Tilsvarende inneholder FCPA en særskilt presisering av at korrupsjonsforbudet dekker tilfeller hvor fordelene ytes «directly or indirectly» til utenlandske offentlige tjenestepersoner, jf. FCPA § 78dd-1 (a)(3), § 78dd-2 (a)(3) og § 78dd-3 (a)(3). Hensikten er å ramme bestikkelser ved bruk av tredjeparter⁷⁴⁸

19.13.4 Vurdering og anbefaling

Som redegjort for ovenfor må indirekte korrupsjon – altså korrupsjon som begås ved bruk av mellomledd – anses dekket av korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven, selv om det ikke er kommet til uttrykk i lovteksten. Et spørsmål er om dette bør presiseres i loven. Etter min oppfatning er det særlig to grunner som tilsier å innta en slik presisering. For det første har fraværet av slik presisering i lovteksten ført til at det i evalueringer har vært reist spørsmål om bestemmelsene oppfyller kriminaliseringsforpliktelsene i Europarådskonvensjonen og OECD-konvensjonen. Pedagogiske hensyn kan dermed tilsi en presisering i lovteksten. For det andre vil en slik presisering kunne bidra til å klargjøre tvil som er reist fra enkelte hold om grensen mellom påvirkningshandel og korrupsjon.⁷⁴⁹

⁷⁴⁷ Se GRECO report Germany s. 8 med videre henvisninger.

⁷⁴⁸ Se FCPA Resource Guide s. 22.

⁷⁴⁹ Se 20.5.3 nedenfor.

Når det gjelder evaluering av Norges oppfyllelse av kriminaliseringsforpliktelsene, viser jeg til evaluering utført av «Group of States against Corruption» («GRECO»), som er opprettet av Europarådet blant annet for å overvåke om stater som har tiltrådt og ratifisert Europarådskonvensjonen oppfyller forpliktelsene under konvensjonen. I tredje evalueringsrunde var et av temaene om Norge har oppfylt kriminaliseringsforpliktelsene under konvensjonen. I den forbindelse ble det reist spørsmål om den norske korrupsjonsbestemmelsen i § 276 a) oppfylte forpliktelsen til å kriminalisere «directly or indirectly» korrupsjon, jf. Europarådskonvensjonen artikkel 2-3, 7-8. GRECO kom til at Norge oppfylte forpliktelsene på dette punktet.⁷⁵⁰

«The relevant provisions on active and passive bribery do not specify whether the offence could be committed directly or indirectly. However, the Norwegian authorities indicate that the wording of Section 276a PC makes the method by which the corrupt act is committed irrelevant and that the person bribing through an intermediary will be held liable for corruption. This is also outlined in the preparatory works by mentioning that it is “irrelevant whether the active party uses another person, for example a person who resides in the passive party’s home country, to carry out the corrupt act”.¹⁹ According to the Norwegian authorities, the same applies to the passive party: the use of an innocent intermediary, whether domestic or foreign, will not have any impact on the criminal liability of either the bribe-taker or the bribe-giver.

...

The relevant provisions contained in the Penal Code do not expressly provide for indirect commission of bribery offences, but both the explanation provided in the preparatory works – that it is “irrelevant whether the active party uses another person (...) to carry out the corrupt act” and statements of the interlocutors on site did not leave the GET with any doubt that use of an intermediary by either the passive or the active party to the corrupt act was sufficiently covered»

Spørsmålet har også vært reist i forbindelse med evalueringen av om Norge oppfyller kriminaliseringsforpliktelsene under OECD-konvensjonen artikkel 1, som krever at korrupsjonsansvaret dekker korrupsjon begått «directly or through intermediaries». I «Phase 2» evalueringsrapporten fra 12 april 2004, som kom etter at straffeloven § 276 a) og § 276 b) ble satt i kraft, påpekte OECD at ordlyden i § 276 a) ikke inneholdt uttrykket «direct or through intermediaries». ⁷⁵¹ Rapporten påpeker at norske myndigheter mente at korrupsjon ved bruk av mellomledd dekket, under henvisning til uttalelser i forarbeidene, Selv om det foreløpig ikke forelå avklarende rettspraksis, var

⁷⁵⁰ GRECO Evaluation Report on Norway on Incrimination (2008) (avsnitt 27 og 69).

⁷⁵¹ OECD Working Group on Bribery, *Norway: Phase 2 2004* s. 25.

evalueringsgruppen trygge på at rettspraksis ville bekrefte norske myndigheters standpunkt. I «Phase 3» rapporten fra 2011 bekreftet norske myndigheter overfor evalueringsgruppen at straffeloven § 276 dekket korrupsjon ved bruk av mellomledd, men kunne ikke vise til bestemt rettspraksis som kunne bekrefte dette.⁷⁵² Evalueringsgruppen fant dette tilfredsstillende, men anbefalte at spørsmålet ble fulgt opp i videre evalueringer. I «Phase 4» rapporten fra 2018 konkluderte evalueringsgruppen at Norge, gjennom praksis i Yarasaken og Cabu Chartering saken, hadde demonstrert at korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven fikk anvendelse på korrupsjon også gjennom bruk av mellomledd.⁷⁵³

Selv om både OECD og GRECO har konkludert med at de norske bestemmelsene dekker indirekte korrupsjon, kan det etter min oppfatning være hensiktsmessig og klargjørende at dette presiseres i lovteksten. En slik regel vil også bidra til å klargjøre tvil om grensen mellom påvirkningshandel og korrupsjon. Forsvarere har både i enkeltsaker og i juridisk teori argumentert for at mangel på eksplisitt regulering av korrupsjon ved bruk av mellomledd gjør at straffeloven § 387 må tolkes med varsomhet i slike forhold. *Berg* antyder at påtalemyndighet og underrettene har strukket bestemmelsen for langt og brukt den på forhold som de lege lata burde vært ansett som påvirkningshandel etter § 389.⁷⁵⁴ Selv om jeg ikke deler Bergs konklusjoner, mener jeg at en presisering av at korrupsjonsbestemmelsen også dekker trepartsforhold vil kunne bidra til klargjøring. Dette kan gjøres ved at uttrykket «direkte eller indirekte» inkluderes i straffeloven § 387 første ledd bokstav b (aktiv korrupsjon) og § 389 første ledd bokstav b (aktiv påvirkningshandel). Forslaget til endring av § 387 og § 389 reflekterer dette.

⁷⁵² OECD Working Group on Bribery, *Norway: Phase 3 2011* s. 11 og 14.

⁷⁵³ OECD Working Group on Bribery, *Norway: Phase 4 2018* s. 23-24.

⁷⁵⁴ Berg i *LoR* 2018.

19.14 Foretaksstraff for korrupsjon

19.14.1 Gjeldende rett

Foretak kan straffes for korrupsjon i henhold til den generelle hjemmelen i straffeloven § 27, jf. § 28, dersom korrupsjon er begått «på vegne av» foretaket. Etter ordlyden kreves ikke at skyldkravet i straffebudet er oppfylt for å straffe foretaket. Det følger imidlertid av G.I.E.M.-dommen og HR-2021-797-A at et objektivt ansvar for korrupsjon vil være i strid med EMK artikkel 7. Høyesterett la imidlertid også til grunn at i et tilfelle hvor straffebudet krever grov uaktsomhet, er uaktsomhet tilstrekkelig til å oppfylle forpliktelsen etter EMD. Basert på denne tolkningen, kan det ikke utelukkes at uaktsom korrupsjon begått av en person som opptrer på vegne av foretaket vil være tilstrekkelig for straffansvar for foretaket. I motsetning til hva som gjelder for personlig straffansvar for korrupsjon, vil foretaksstraff her som ellers også på en skjønsmessig vurdering av om straff *bør* ilegges, jf. § 28. Høyesterett har ved et tilfelle *frifunnet* et foretak for korrupsjon etter denne regelen.⁷⁵⁵

Når det gjelder ansvar for korrupsjon begått i datterselskaper er hovedregelen at et morselskap ikke er ansvarlig for lovbrudd begått «på vegne av» et datterselskap. Dersom en fysisk person som opptrer på vegne av morselskapet har medvirket til korrupsjonen i datterselskapet, kan morselskapet etter omstendighetene straffes for medvirkning til denne korrupsjonen. Et eksempel er dersom finansdirektøren i morselskapet godkjenner en korrumpert utbetaling fra datterselskapet. Medvirkningsansvaret kan også aktualiseres dersom morselskapet og datterselskapet har et felles arbeidsgiveransvar for gjerningspersonen eller dersom gjerningspersonen som ledd i ansettelsesforholdet i morselskapet har et verv i datterselskapet. Etter omstendighetene kan morselskapet også straffes dersom korrupsjon skjer som ledd i et oppdrag datterselskapet utfører for morselskapet. Når det gjelder korrupsjon begått av agenter, konsulenter og andre oppdragstakere for foretaket, kan dette anses begått på

⁷⁵⁵ Rt. 2013 s. 1025, jf. 8.2.3 ovenfor.

vegne av foretaket dersom foretaket har hatt «reell myndighet til instruksjon og kontroll».

19.14.2 Internasjonale forpliktelser

OECD-konvensjonen artikkel 2 forplikter statene til å etablere regler om foretaksansvar for korrupsjon av utenlandske offentlige tjenestepersoner. Siden ikke alle land anerkjenner foretaksstraff aksepterer konvensjonen at foretak sanksjoneres med «non-criminal sanctions» som for eksempel kan være en administrativ bot, men sanksjonene må være «effective, proportionate and dissuasive», jf. artikkel 3 nr. 2. I tillegg inneholder konvensjonens Annex 1 følgende anbefaling om foretaksansvar for bruk av mellomledd, inkludert datterselskaper:

“Member countries should ensure that, in accordance with Article 1 of the OECD Anti Bribery Convention, and the principle of functional equivalence in Commentary 2 to the OECD AntiBribery Convention, a legal person cannot avoid responsibility by using intermediaries, including related legal persons, to offer, promise or give a bribe to a foreign public official on its behalf.”

FN -konvensjonen artikkel 26 nr. 1 pålegger statene å implementere bestemmelser om foretaksansvar for korrupsjon. Etter artikkel 26 nr. 2 kan ansvaret være strafferettslig, administrativt eller sivilrettslig. Videre bestemmer konvensjonen at fysiske personers ansvar for korrupsjon skal kunne ilegges uavhengig av foretaksansvaret, jf. artikkel 26 nr. 3. Dersom en fysisk person begår korrupsjon på vegne av foretaket, må det være mulig å sanksjonere begge. Endelig må foretaksansvaret inneholde «effective, proportionate and dissuasive» sanksjoner, jf. artikkel 26 nr. 4.

19.14.3 Fremmed rett

19.14.3.1 Norden, Tyskland og Frankrike

Etter dansk rett kan foretak straffes for korrupsjon etter de alminnelige regler for juridiske personers straffansvar i dansk straffelov § 25, jf. § 305. Vilkåret er at korrupsjonen er begått i den juridiske persons virksomhet og at gjerningspersonen

oppfyller skyldkravet.⁷⁵⁶ jf. Straffen er bøter. Sverige anerkjenner ikke foretaksstraff, men foretak kan ilegges «företagsbot» som formelt ikke anerkjennes som straff for korrupsjon etter reglene i Brottbalken 36 kapittel 10 §. Disse dekker også brudd på korrupsjonsbestemmelsene. Etter finsk strafferett kan foretak straffes for aktiv korrupsjon overfor offentlige tjenestepersoner, jf. Strafflagen 16 kapittel 18 §. Vilklårene for foretaksstraff følger de generelle vilklårene i Strafflagen 9 kapittel Tysk strafferett anerkjenner ikke foretaksstraff, men den særskilte foretakssanksjonen etter OWiG § 30 kan anvendes også ved brudd på korrupsjonsbestemmelsene i StGB. Etter fransk straffelovgivning kan foretak etter den generelle hjemmelen for foretaksstraff i Code Pénal artikkel 121-2 også straffes for brudd på korrupsjonsbestemmelsene begått på vegne av det («pour leur compte»). Det inkluderer personell fra øverste ledelse til underordnede ansatte. Strafferammen er her bøter opp til 5 millioner EUR, eller to ganger fortjenesten av lovbruddet. Foretak kan også idømmes blant annet rettighetstap, avvikling av virksomhet, utestengelse fra offentlige anskaffelser, inndragning, offentlig tilsyn og offentliggjøring av avgjørelsen. Foretak kan også idømmes implementering av et anti-korrupsjonsprogram.

19.14.3.2 USA – Foretaksansvaret under FCPA

Den generelle doktrinen for foretaksstraff etter amerikansk føderal strafferett gjelder også ved brudd på FCPA.⁷⁵⁷ Et foretak kan holdes ansvarlig for brudd på FCPA som er begått «in behalf of» foretaket. Som etter norsk rett, dekkes overtredelser begått av personer i både ledende stillinger og underordnede ansatte. Ansvaret dekker etter omstendighetene korrupsjon begått i datterselskaper og ved bruk av tredjeparter, typisk agenter. Et morselskap kan holdes ansvarlig for brudd på FCPA i et datterselskap på to grunnlag.⁷⁵⁸ For det første kan morselskapet holdes ansvarlig dersom dets ledere eller ansatte deltok direkte i bestikkelsen, for eksempel gjennom å godkjenne en

⁷⁵⁶ Jf. 7.5.1 og 7.8.1.2 ovenfor.

⁷⁵⁷ FCPA Resource Guide s. 28.

⁷⁵⁸ FCPA Resource Guide s. 28–29.

korrupt betaling til en «foreign official». For det andre kan morselskapet holdes ansvarlig gjennom såkalt «agency principles».⁷⁵⁹ Regelen innebærer at morselskapet kan holdes ansvarlig for lovbrudd i datterselskaper dersom datterselskapet kan anses for å være en «agent» for morselskapet. Avgjørende for om det består et slikt agentforhold er om morselskapet utøver «control» over datterselskapet. DOJ og SEC vil i vurderingen av om det foreligger slik «control» vurdere hvilken kunnskap og retningslinjer morselskapet generelt har for datterselskapet og konkret for den aktuelle transaksjonen. Dersom kontrollvilkåret er oppfylt, vil morselskapet bli identifisert med korrupsjon begått av ledelse og ansatte i datterselskapet, etter samme prinsipper som korrupsjon begått av ledelse og ansatte i morselskapet.

19.14.4 Særlig om foretaksansvaret for unnlattelse av å forhindre korrupsjon etter UK Bribery Act Section 7

19.14.4.1 Innledning

Foretak kan etter omstendighetene straffes for aktiv korrupsjon etter de generelle bestemmelsene section 1 og section 6, og passiv korrupsjon i henhold til section 2. Etter «the identification doctrine» kreves imidlertid for foretaksstraff i disse tilfellene at korrupsjonshandlingen er begått av en fysisk person som representerer «the directing mind and will of the company», i praksis en toppleder eller styremedlem med kompetanse til å binde selskapet. Det betyr at rekkevidden av foretaksansvaret etter disse bestemmelsene er nokså snever sammenlignet med en rekke andre land, inkludert Norge.⁷⁶⁰ Blant annet for å utvide foretaksansvaret sammenlignet med «identification doctrine» og sikre overholdelse av internasjonale forpliktelser til å holde foretak ansvarlig for korrupsjon,⁷⁶¹ er det i UK Bribery Act section 7 innført en særregel om foretaksstraff for «failure of commercial organizations to prevent bribery». Kjernen i

⁷⁵⁹ FCPA Resource Guide s. 28.

⁷⁶⁰ Nichols m.fl., *Corruption and Misuse of Public Office* avsnitt 3.28.

⁷⁶¹ Nichols m.fl., *Corruption and Misuse of Public Office* avsnitt 3.89.

bestemmelsen er at foretak kan holdes ansvarlig for ikke å ha forhindret korrupsjon som er begått i virksomheten. Section 7 stiller fem grunnvilkår for ansvar:

1. Ansvarssubjekt: Foretaket må være en «relevant commercial organization» (benevnt «C» i loven);
2. Gjerningspersonen «A» må være «associated with» C,
3. A «bribes another person»
4. As hensikt er «intending...to obtain or retain business for C or obtain or retain an advantage in the conduct of business for C»;
5. Straffrihet hvis C kan «prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct».

19.14.4.2 Ansvarssubjektet C: «relevant commercial organisation»

Ansvarssubjektet etter bestemmelsen er «relevant commercial organisation», jf. UK Bribery Act. Section 7 (1). Uttrykket er nærmere definert i Section 7 (5) og dekker:

i) «a body ... [or] partnership incorporated ...[or]... formed [in]» UK «and which carries on a business (whether there or elsewhere)»;

ii) «any other body corporate ...or partnership ...wherever incorporated...[or] formed)... and which carries on a business, or part of a business, in any part of» UK.

Uttrykket «body [or] partnership» er vid og vil dekke de fleste foretaksformer. Men definisjonen inneholder to viktige avgrensninger. Den første er at organisasjonen «carries on business». Ministry of Justice har i retningslinjer utgitt i henhold til UK Bribery Act Section 9 gitt uttrykk for at det domstolene som til syvende og sist må fastlegge det nærmere innholdet av denne skranken. Men Ministry of Justice mener samtidig at bestemmelsen kan anvendes på alle organisasjoner som driver kommersielle aktiviteter, uavhengig av om de har profittformål eller ikke.⁷⁶²

«Government expects that whether such a body or partnership can be said to be carrying on a business will be answered by applying a commonsense approach. So long as the organisation in question is incorporated (by whatever means), or is a partnership, it does not matter if it pursues

⁷⁶² Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* (avsnitt 35).

primarily charitable or educational aims or purely public functions. It will be caught if it engages in commercial activities, irrespective of the purpose for which profits are made. »

Dette betyr at også ideelle organisasjoner etter omstendighetene vil kunne holdes ansvarlig etter denne bestemmelsen.

Den andre viktige avgrensningen knytter seg skillet mellom foretak etablert i henhold til UK-lovgivning og foretak etablert i andre land (utenlandske foretak). For foretak etablert i henhold til UK-lovgivning får bestemmelsen bruk uansett hvor i verden foretaket driver «business». For utenlandske foretak er kravet at det «carries on a business or part of a business in UK». Det må altså ha noe virksomhet i UK. Ministry of Justice har gitt uttrykk for at også denne regelens innhold må fastlegges nærmere av domstolene etter en «common sense approach». I retningslinjene fra Ministry of Justice gis imidlertid uttrykk for en forventning om at et selskap er børsnotert i UK neppe i seg selv vil være tilstrekkelig til å rammes:⁷⁶³

«Government anticipates that applying a common sense approach would mean that organisations that do not have a demonstrable business presence in the United Kingdom would not be caught. The Government would not expect, for example, the mere fact that a company's securities have been admitted to the UK Listing Authority's Official List and therefore admitted to trading on the London Stock Exchange, in itself, to qualify that company as carrying on a business or part of a business in the UK and therefore falling within the definition of a 'relevant commercial organisation' for the purposes of section 7.»

Sannsynligvis vil heller ikke det å ha et datterselskap med virksomhet i UK være tilstrekkelig til å holde et utenlandsk morselskap ansvarlig under UK Bribery Act Section 7.⁷⁶⁴

«Likewise, having a UK subsidiary will not, in itself, mean that a parent company is carrying on a business in the UK, since a subsidiary may act independently of its parent or other group companies. »

19.14.4.3 Gjerningsperson: «person A associated with C»

Gjerningspersonen, «person «A», kan både være en fysisk person og et foretak. Men A må være «associated with C». Dette tilknytningskravet er nærmere definert i Section

⁷⁶³ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* (avsnitt 36).

⁷⁶⁴ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* (avsnitt 36).

8. Kravet er at A «is a person who performs services for or on behalf of C», jf. Section 8 (1). Det spiller ingen rolle hvilken funksjon A har ved utføring av tjenestene for C, jf. Section 8 (2). A kan typisk være en ansatt i eller agent for C, men A kan også være et foretak, for eksempel C's datterselskap, jf. Section 8 (3). As nasjonalitet har heller ingen betydning.

Spørsmålet er hva som nærmere ligger i kravet til at A «performs services for or on behalf of C». Etter Section 8 (4) skal dette bero på en samlet vurdering av «all the relevant circumstances and not merely by reference to the nature of the relationship between A and C». Det er omstendighetene på tidspunktet for bestikkelsen som er avgjørende. Et formål med bruk av dette uttrykket er å gi foretaksansvaret etter Section 7 et vidt nedslagsfelt slik at det dekker alle personer med tilknytning til C som kan være i stand til å begå bestikkelser på vegne av C.⁷⁶⁵ Vurderingen vil bero blant annet på tilknytningen mellom A's funksjon og Cs virksomhet og om transaksjonen som bestikkelsen inngår i gir C noen fordeler. Jeg skal i det følgende gjennomgå noen relevante typetilfeller:

Hvis A er ansatt i C gjelder en presumsjon for at vilkåret er oppfylt, jf. Section 8 (5). Men hvis A opptrer i egen interesse og uten at C oppnår noe fordel, er ikke vilkåret nødvendigvis oppfylt. *Oppdragstakere* kan også være «associated person» hvis de utfører tjenester for eller på vegne av C. Det samme gjelder *leverandører* dersom de kan anses for å utføre tjenester for C, snarere enn bare å selge (enkelstående) varer. Når det gjelder korrupsjon i et prosjekt som skal utføres av en hovedleverandør og en kjede med underleverandører, synes utgangspunktet å være at «associated person» dekker ett ledd i kjeden: En underleverandør kan etter omstendighetene kan anses for å utøve tjenester for hovedleverandøren, men ikke hovedleverandørens kunde.⁷⁶⁶ Anbefalingen fra Ministry of Justice er at C i slike tilfeller implementerer

⁷⁶⁵ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* (avsnitt 37).

⁷⁶⁶ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* (avsnitt 39).

antikorrupsjonsprosedyrer i relasjon til sin kontraktspartner, og stiller krav om at denne implementerer tilsvarende prosedyrer overfor neste ledd i kjeden.⁷⁶⁷

Cs datterselskaper kan også være «associated person». Dette følger direkte av section 8 (3). Avgjørende er også her om datterselskapet A kan anses for å «perform services on behalf of C». I Ministry of Justice's veiledning fremgår at Cs eierskap i A ikke automatisk er tilstrekkelig for å anse A som «associated person». Det vil bero på en samlet vurdering av alle relevante fakta. Siden section 7 (1) også krever at As korrupsjon har til hensikt å fremme eller bevare kommersiell forretning for C, og slik hensikt bare kan oppfylles av fysiske personer, er det mulig at et vilkår for at datterselskapet skal anses for «associated person» vil kreve at en person i øverste ledelse i A må ha begått korrupsjonen. Dersom korrupsjonen er begått av en underordnet ansatt i A, er det mulig at den ansatte (primært) må anses for å være en «associated person» til A og ikke C.

Korrupsjonsansvar etter Section 7 kan også aktualiseres i forbindelse med oppdragssamarbeid, «joint ventures». Det kan skilles mellom tilfeller hvor oppdragssamarbeidet er organisert gjennom en egen juridisk enhet, typisk et selskap, og i tilfeller hvor det har en «løser» organisasjonsform basert på en samarbeidsavtale. Hvis et «joint venture» er organisert som et eget selskap A, og A utbetaler bestikkelse, kan dette aktualisere korrupsjonsansvar for en deltaker C, dersom A kan anses for å utføre tjenester for C og hensikten med bestikkelsen er å tjene Cs interesse.⁷⁶⁸ Men det er imidlertid ikke slik at eksistensen av joint venture selskapet A innebærer at A automatisk anses som en «associated person» til deltaker C. Hvis en ansatt i A begår bestikkelse på vegne av A, er med andre ord ikke det forhold at C indirekte får en fordel gjennom sin deltakelse i A tilstrekkelig for ansvar. Situasjonen kan bli annerledes i et løser joint venture som ikke er organisert som en egen juridisk enhet. Her vil utgangspunktet være at ansatte hos en deltaker som jobber med joint venture

⁷⁶⁷ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* (avsnitt 39).

⁷⁶⁸ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* (avsnitt 40).

samarbeidet anses for å utføre tjenester «for and on behalf of» sin arbeidsgiver og ikke alle deltakerne i prosjektet. Det samme gjelder agenter eller oppdragstakere som en deltaker engasjerer i forbindelse med oppdragssamarbeidet, med mindre det foreligger bevis for at agenten eller oppdragstakeren opptrådte på vegne av alle deltakerne. Sentralt vil være i hvilken grad deltakeren har og utøver kontroll i arrangementet.⁷⁶⁹

19.14.4.4 Gjerningsbeskrivelsen: «bribes another person»

Vilkåret om at A «bribes another person» er nærmere presisert i Section 7 (3). Kravet er at A oppfyller alle vilkårene for aktiv korrupsjon etter den generelle bestemmelsen i Section 1 eller den spesielle bestemmelsen om aktiv korrupsjon av «foreign public officials» i Section 6. C kan imidlertid ikke bli holdt ansvarlig for «failure to prevent bribery» etter Section 7 for tilfeller hvor A har begått passiv korrupsjon etter Section 2. Foretaket C, kan holdes ansvarlig selv om A ikke er eller vil bli strafforfulgt for korrupsjon. Men påtalemyndigheten må føre bevis i henhold til strafferettslige beviskrav for at A ville ha blitt dømt ved en strafforfølging.⁷⁷⁰ Det er ingen krav om at A utførte bestikkelsen i UK. As nasjonalitet er uten betydning. A vil også oppfylle kravet til «bribes another person» selv om handlingen (bare) anses som medvirkning til aktiv korrupsjon.⁷⁷¹

19.14.4.5 As hensikt

For at C skal straffedømmes for «failure to prevent corruption» må A da bestikkelsen ble utført, hatt til hensikt «to obtain or retain business for C, or to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C», jf. Section 7 (1) (a) og (b). Det materielle innholdet i dette hensiktskravet er det samme som ved aktiv korrupsjon av utenlandske offentlige tjenestepersoner etter Section 6. Dette hensiktskravet representerer en tilleggsskranke for morselskap Cs ansvar for korrupsjon i datterselskaper og for en

⁷⁶⁹ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* (avsnitt 41).

⁷⁷⁰ Nicholls mfl, *Corruption and misuse of public office*, avsnitt 3.111.

⁷⁷¹ Nicholls mfl, *Corruption and misuse of public office*, avsnitt 3.111 og avsnitt 3.11.

deltaker Cs ansvar for bestiktelser i joint ventures. Vilkaoret innebærer at C's indirekte fordeler gjennom eierskap i et datterselskap A, C's rett til utbytte fra A eller Cs investering i et joint venture A ikke automatisk fører til ansvar for As bestiktelser. Det må føres bevis for at As hensikt med bestiktelser var mer direkte oppnå «business» eller «advantage» for C og ikke datterselskapet eller joint venture enheten.⁷⁷²

19.14.4.6 Adequate procedure defence

I henhold til Section 7 (2) er det en straffrihetsgrunn («defence») for C «to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct». Denne såkalte «adequate procedure defence» innebærer at C ikke kan holdes ansvarlig dersom C kan påvise at organisasjonen hadde implementert et robust antikorrupsjonsprogram i virksomheten. I henhold til Section 9 (1) er myndighetene pålagt å publisere retningslinjer «about procedures that relevant commercial organisations can put in place to prevent persons associated with them from bribing». Ministry of Justice publiserte slike retningslinjer i mars 2011.⁷⁷³ Retningslinjene inneholder retningslinjer for hovedelementene i et robust antikorrupsjonsprogram som kan oppfylle kravene til «adequate procedure defence». Antikorrupsjonsprogrammer bør i henhold til disse retningslinjene være basert på følgende seks prinsipper:

1. Proportionate procedures
2. Top-level commitment
3. Risk assessment
4. Due Diligence
5. Communication (including training)

⁷⁷² Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* (avsnitt 42).

⁷⁷³ [The Bribery Act 2010 - Guidance \(publishing.service.gov.uk\)](http://publishing.service.gov.uk)

6. Monitoring and Review

Principle 1, «Proportionate procedures», innebærer følgende:⁷⁷⁴

«A commercial organisation's procedure to prevent bribery by persons associated with it are proportionate to the bribery risks it faces and to the nature, scale and complexity of the commercial organisation's activities. They are also clear, practical, accessible, effectively implemented and enforced.»

Antikorrupsjonsprogrammet må utformes proporsjonalt til risikoen for korrupsjon som organisasjonen står overfor. Dette proporsjonalitetsprinsippet er et overordnet prinsipp for et robust antikorrupsjonsprogram.⁷⁷⁵ Uttrykket «procedures» dekker både skriftlige retningslinjer og nærmere prosedyrer for å implementere dem. Prinsipp nr. 2 til 6 gir nærmere retningslinjer for implementeringen av prosedyrene. Retningslinjene gir videre en indikasjon (ikke uttømmende) på hvilke temaer som bør dekkes i de skriftlige retningslinjene. Dette er a) organisasjonens forpliktelse til å forhindre korrupsjon, b) organisasjonens tilnærming til å motvirke spesifikk risiko for korrupsjon som kan oppstå i virksomheten, for eksempel bruk av agenter, gaver og bevertning og c) overordnet strategi for å implementere retningslinjene.⁷⁷⁶ Avsnitt 1.7 inneholder videre en liste over typiske prosedyrer som må implementeres i organisasjonen som ledd i et antikorrupsjonsprogram.

Principle 2, «Top-level commitment» innebærer følgende:⁷⁷⁷

«The top-level management of a commercial organisation (be it a board of directors, the owners or any other equivalent body or person) are committed to preventing bribery by persons associated with it. They foster a culture within the organisation in which bribery is never acceptable.»

Hensikten med dette prinsippet er å oppfordre toppledelsen i organisasjoner til å engasjere seg i implementeringen av et robust antikorrupsjonsprogram og promotere null-toleranse for korrupsjon. Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* gir uttrykk for

⁷⁷⁴ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* avsnitt 21.

⁷⁷⁵ Nicholls mfl, *Corruption and misuse of public office*, avsnitt 4.66.

⁷⁷⁶ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* avsnitt 1.6.

⁷⁷⁷ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* s. 23.

at dette kan skje på forskjellige måter, men legger til grunn at slik forpliktelse kan kommuniseres effektivt gjennom et «formal statement». Retningslinjene inneholder en liste av forhold som et slikt «statement» bør inkludere. Men det forventes mer enn kommunikasjon av null-toleranse for korrupsjon.

Principle 3: «Risk Assessment», er uttrykt slik:⁷⁷⁸

«The commercial organisation assesses the nature and extent of its exposure to potential external and internal risks of bribery on its behalf by persons associated with it. The assessment is periodic, informed and documented»

Formålet med dette prinsippet er å fremme implementering av robuste prosedyrer for vurderinger av korrupsjonsrisikoen i organisasjonen. Prosedyrene må tilpasses organisasjonens størrelse, struktur, type og omfang av aktiviteter og lokasjon. Det må også tas høyde for at risikobildet vil forandre seg med organisasjonens utvikling . Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* lister opp fem karakteristisk trekk ved prosedyrer for risikovurdering.⁷⁷⁹

- i) Oversight of the risk assessment by top level management.
- ii) Appropriate resourcing
- iii) Identification of the internal and external information sources that will enable risk to be assessed and reviewed
- iv) Due diligence enquiries
- v) Accurate and appropriate documentation of the risk assessment and its conclusions.

Retningslinjene inneholder også en liste over fem kategorier risiki som bør vurderes:⁷⁸⁰

- i) Country risk
- ii) Sectoral risk
- iii) Transaction risk
- iv) Business opportunity risk

⁷⁷⁸ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* s. 25.

⁷⁷⁹ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* avsnitt 3.3.

⁷⁸⁰ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* avsnitt 3.5.

-
- v) Business partnership risk

Principle 4, «Due diligence» er uttrykt slik:⁷⁸¹

«The commercial organisation applies due diligence procedures, taking a proportionate and risk based approach, in respect of persons who perform or will perform services for or on behalf of the organisation, in order to mitigate identified bribery risks.»

Uttrykket «due diligence» blir brukt om en systematisk forsvarlig gjennomgang av korrupsjonsrisiko for å identifisere konkrete tiltak som kan redusere eller motvirke korrupsjon. «Due diligence» kan anses både som en form for risikovurdering, jf. Principle 3, og en måte å håndtere korrupsjonsrisiko på som er identifisert. Risikovurderingen i en organisasjon vil for eksempel avdekke korrupsjonsrisiko knyttet til deltakelse i joint ventures med nye partnere i et høyrisikoland. Due diligence prosedyrer vil typisk gi anvisning på spesifikke undersøkelser av partnere i joint venture prosjekter som organisasjonen vurderer. Kjerneområdet for due diligence prosedyrene er undersøkelser av personer som kan tenkes å kvalifisere som «associated persons» i Section 7. Forventningen er at organisasjonen utfører undersøkelser som er proporsjonal til risikoen man står overfor («risk based approach»).

Principle 5, «Communication (including training)» kommer til uttrykk som følger:⁷⁸²

«The commercial organisation seeks to ensure that its bribery prevention policies and procedures are embedded and understood throughout the organisation through internal and external communication, including training, that is proportionate to the risks it faces.»

Begrunnelsen for dette prinsippet er at kommunikasjon og trening vil motvirke at «associated persons» begår korrupsjon gjennom å fremme bevissthet og forståelse for organisasjonens forpliktelse til å motvirke korrupsjon og prosedyrene for dette. Informasjon om antikorrupsjon vil bidra til bedre tilsyn og kontroll. Trening vil gjøre personell bedre i stand til å håndtere korrupsjonsrisiko.

Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* skiller mellom intern og ekstern kommunikasjon. Intern kommunikasjon retter seg typisk mot å informere personell om

⁷⁸¹ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* s. 26.

⁷⁸² Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* s. 27.

konkrete retningslinjer om for eksempel gaver, bevertning og «facilitation payments, og hvilken betydning dette har for den enkelte i organisasjonen. Ekstern kommunikasjon er typisk publisering av etiske retningslinjer som viser omverdenen hvilken holdning organisasjonen har til korrupsjon, inkludert potensielle nye samarbeidspartnere. Anbefalingen er videre å gjennomføre obligatorisk kursing for ansatte og konsulenter, typisk i forbindelse med oppstart.

Principle 6, «Monitoring and Review» er som følger:⁷⁸³

«The commercial organisation monitors and reviews procedures designed to prevent bribery by persons associated with it and makes improvements where necessary»

Begrunnelsen for dette prinsippet er at korrupsjonsrisikoen i en organisasjon sjelden vil være konstant, men endre seg i takt med endringer i type aktiviteter og aktivitetsnivå. Siden antikorrupsjonsprogrammet skal være risikobasert, betyr dette at det er nødvendig å ha mekanismer for å føre tilsyn og kontroll med at programmet fungerer effektivt og sørge for nødvendige forbedringer når det er behov. Tilsyns- og kontrollmekanismer for å evaluere effektiviteten kan ta mange former. Eksempler som fremheves er systemer for å avdekke og granske (mistanker om) korrupsjon og finansiell kontroll med transaksjoner. Andre eksempler er spørreundersøkelser blant ansatte, tilbakemelding på kursing, periodisk evaluering av programmet med rapportering til styret. Ekstern verifikasjon av antikorrupsjonsprogrammet kan også være aktuelt.

19.14.4.7 Sammenligning med norsk rett

Foretaksstraff for korrupsjon generelt etter UK Bribery Act og spesielt særregelen for foretakets unnløtelser av å forhindre korrupsjon etter Section 7 spesielt, har fått en del oppmerksomhet. I tråd med mandatet, skal jeg i det følgende foreta en sammenligning av foretaksansvaret for korrupsjon etter norsk rett og UK Bribery Act. Ved en slik sammenligning er det viktig å være oppmerksom på UK Bribery Act følger en helt

⁷⁸³ Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010* s. 31.

annen struktur og lovgivningstradisjon enn de norske bestemmelsene. UK Bribery Act er utformet mer detaljert enn straffelovens bestemmelser om korrupsjon. I tillegg til generelle bestemmelser om aktiv og passiv korrupsjon, har UK Bribery Act særbestemmelser om aktiv korrupsjon av utenlandske offentlige tjenestepersoner, jf. Section 6 i tillegg til den særskilte regelen om foretaksansvar for unnløtelse av å forhindre korrupsjon i Section 7. I tillegg inneholder loven egne bestemmelser med definisjoner og typeeksempler («case»).

Et annet mer overordnet synspunkt er at Section 7 ikke er det eneste grunnlag for foretaksstraff for korrupsjon etter UK Bribery Act. Section 7 dekker et foretaks unnløtelse av å forhindre korrupsjon, men foretak kan også straffes (direkte) for aktiv korrupsjon etter Section 1 og Section 6 og passiv korrupsjon etter Section 2. Vilklårene for foretaksstraff i slike tilfeller følger den generelle «identification doctrine» som innebærer at foretaket bare kan holdes ansvarlig for korrupsjon begått av medlemmer av (øverste) ledelse og styrende organer. Dette er et mer begrenset foretaksansvar enn de norske reglene for foretaksstraff etter straffeloven §§ 27–28, hvor et foretak etter omstendighetene er ansvarlig for korrupsjon begått av alt personell fra øverste ledelse og tillitsvalgte til underordnede ansatte og oppdragstakere i foretaket. Etter norsk rett stilles heller ikke krav om forsett for å straffe foretaket for korrupsjon, men «kanskjønnen» innebærer at det nok er vanskelig å tenke seg domfellelse uten forsett ved korrupsjon.

Så langt synes det klart at det norske korrupsjonsansvaret for foretak er videre enn UK Bribery Act. Spørsmålet er imidlertid om særbestemmelsen i UK Bribery Act section 7 medfører at foretaksansvaret for korrupsjon etter engelsk rett likevel er videre etter den norske straffeloven.

Etter UK Bribery Act section 7 kan foretaket straffes for unnløtelse av å forhindre aktiv korrupsjon, jf. section 1 og section 6, som er begått av en «associated person». Unnløtelse av å forhindre passiv korrupsjon dekkes ikke. Foretaksansvar for eventuell passiv korrupsjon følger den generelle «identification doctrine», hvor altså det norske ansvaret for foretak er videre. For unnløtelse av å forhindre aktiv korrupsjon etter

section 1 og section 6, er grunnvilkåret om tilknytning mellom gjerningspersonen A og det ansvarlige foretaket C etter UK Bribery Act section 7 som utgangspunkt nokså lik tilknytningskravet «på vegne av» etter straffeloven § 27. Kravet er nemlig at A «perform services for or on behalf of» C. Rekkevidden av dette tilknytningsvilkåret er nokså lik rekkevidden av det norske «på vegne av» vilkåret ved at både ledere og ansatte på alle nivåer i C etter omstendighetene omfattes.

Men i to relasjoner kan det reises spørsmål om foretaksansvaret for «associated person» er videre enn det norske foretaksansvaret etter straffeloven § 27. Det ene er morselskapets ansvar for korrupsjon begått i datterselskaper. Det andre er ansvaret for selvstendige oppdragstakere.

Når det gjelder morselskapets (Cs) ansvar for korrupsjon i et datterselskap (A) er det etter UK Bribery Act section 8 (3) klart at Cs datterselskap kan være «associated person» etter section 8 (3). Etter straffeloven § 27 er derimot det klare utgangspunktet at ansatte i et datterselskap *ikke* opptrer på vegne av morselskapet. Men i praksis er forskjellen neppe veldig stor. For det første er det mye som tyder på at Cs ansvar for korrupsjon i datterselskapet A krever at korrupsjonen må være begått av den øverste ledelse («directing mind and will of the company») i A.⁷⁸⁴ For det andre kreves at gjerningspersonen har til hensikt «to obtain or retain business» for C eller «to obtain or retain an advantage in the conduct of business in C». Som vist ovenfor er det ikke tilstrekkelig at C får en indirekte fordel gjennom sitt eierskap i A. Det kreves at As hensikt er knyttet til en mer direkte fordel for C, typisk en kontrakt. Dette fører til at Cs ansvar for korrupsjon i datterselskapet A synes nokså snever. På den andre siden mener jeg at en vurdering etter norsk rett av en leder i et datterselskap som begår aktiv korrupsjon for å sikre en direkte fordel for morselskapet, typisk en kontrakt, etter omstendighetene vil anses for å opptre «på vegne av» morselskapet også etter straffeloven § 27.

⁷⁸⁴ Nicholls mfl, *Corruption and misuse of public office* avsnitt 3.111, jf. 3.28.

Når det gjelder foretakets ansvar for selvstendige oppdragstakere, synes tilknytningskravet i UK Bribery Act Section 7 å være videre enn det norske «på vegne av vilkåret». Både agenter og leverandører som kan sies å utføre en tjeneste «on behalf of» C vil være omfattet av Cs ansvar, mens et foretaks ansvar for oppdragstakere etter straffeloven § 27 krever at C hadde «reell myndighet til instruksjon og kontroll» over oppdragstakeren. Dette vilkåret har vært tolket nokså snevert, men har ikke vært testet i rettspraksis ved bruk av typiske mellomledd ved korrupsjon. På den andre siden kreves ikke etter norsk rett i dag nødvendigvis at oppdragstaker oppfyller forsettskravet for korrupsjon.

UK Bribery Act Section 7 (2) inneholder en særskilt «adequate procedure defence» som innebærer at foretaket frifinnes dersom det kan påvise at det hadde implementert adekvate forebyggende tiltak for å forhindre korrupsjon. Straffeloven § 27 inneholder etter gjeldende rett ikke en tilsvarende straffrihetsgrunn. Men som vist ovenfor er forebyggende tiltak sentral i «kan-skjønn» etter straffeloven § 28, jf. bokstav c. Forebyggende tiltak er også et element i vurderingen av om gjerningspersonen har opptrådt «på vegne av» foretaket. I praksis er det dermed ikke sikkert at forskjellen er så stor. Men ved å etablere en særskilt straffrihetsgrunn har betydningen av forebyggende tiltak en fastere forankring i UK Bribery Act enn tilfellet er etter norsk rett, og gjennom praksis har en slik regel større potensiale for å gi fastere retningslinjer og avklaring enn den norske regelen.

19.14.5 Vurdering og anbefaling

19.14.5.1 Innledning

Jeg kan ikke se at erfaringer med korrupsjonsbestemmelsen, forholdet til internasjonale regler eller en sammenligning med andre lands rett, tilsier at det er et behov for en særskilt regel om foretaksstraff for korrupsjon. Den generelle hjemmelen for foretaksstraff i § 27 gjelder og bør fortsatt gjelde for korrupsjon. Å innføre en særskilt bestemmelse vil bryte med dette systemet noe jeg ikke kan se at er hensiktsmessig.

I et komparativt perspektiv og i lys av internasjonale forpliktelser og erfaringer, er det særlig to problemstillinger som utpeker seg, og som krever en særskilt vurdering. Det første foretaksansvar ved korrupsjon i datterselskap, eller ved bruk av oppdragstakere eller andre tredjeparter. Det andre er betydningen av antikorrupsjonsprogrammer for foretaksansvaret.

19.14.5.2 Morselskapers ansvar for korrupsjon i datterselskaper

Når det gjelder korrupsjon i datterselskaper er utgangspunktet etter norsk rett i dag at dette reguleres av *medvirkningsansvaret*. Dette innebærer at foretaksstraff for et morselskap krever at ledere eller ansatte i dette foretaket har medvirket til korrupsjon begått i datterselskapet. Unntaksvis vil noen handlinger begått i et datterselskap kunne anses begått på vegne av morselskapet. Jeg har ovenfor foreslått å videreføre dette utgangspunktet. I tillegg har jeg foreslått en generell regel om passiv medvirkning til overtredelser begått i et annet foretak, dersom medvirkerforetaket har «reell myndighet til instruksjon og kontroll» over foretaket hvor hovedgjerningen er begått. Denne vil typisk omfatte morselskapers ansvar for overtredelser i datterselskaper. Det gjøres særlig oppmerksom på at denne regelen ikke krever at hovedgjerningspersonen (som opptrer for datterselskapet) oppfyller *subjektive vilkår* for straff. Det er tilstrekkelig at hovedgjerningspersonen har begått en objektiv overtredelse av straffebudet. Men passiviteten begått i morselskapet må oppfylle skyldkravet. I den forbindelse vises også til forslaget om å kriminalisere grov uaktsom medvirkning til korrupsjon i forslaget til ny § 387 a i straffeloven. Dersom anbefalingene følges vil dette innebære at et morselskap etter omstendighetene kan straffes for grov uaktsom unnlatelse av å forhindre korrupsjon i et datterselskaper.

19.14.5.3 Foretaksansvar for korrupsjon begått av oppdragstakere

Når det gjelder ansvar for oppdragstakere, viser jeg til anbefalingen ovenfor i relasjon til straffeloven § 27 om at enkeltpersoner som engasjeres som oppdragstakere må vurderes tilsvarende som ansatte i foretaket uten tilleggskravet om «reell myndighet til

instruksjon og kontroll».⁷⁸⁵ Dette vil blant annet omfatte et foretaks bruk av enkeltstående agenter. Når det gjelder bruk av oppdragstakere organisert som foretak har jeg ovenfor anbefalt at dette må vurderes etter reglene om *medvirkning*. Anbefalingen om en generell særskilt regel om passiv medvirkning til overtredelser i et annet foretak vil også dekke oppdragsgiverforetak som har «reell myndighet til instruksjon og kontroll» over oppdragstakerforetaket, jf. 7.9.5.5 ovenfor. Forslaget om ny bestemmelse om grov uaktsom medvirkning til korrupsjon vil også gjelde slike tilfeller.

19.14.5.4 Betydningen av antikorrupsjonsprogrammer

Vedrørende betydningen av antikorrupsjonsprogrammer viser jeg til de generelle vurderingene om betydningen av forebyggende tiltak i 9 ovenfor. Forlaget til ny generell rettstridsreservasjon ved forebyggende tiltak i straffeloven § 27 første ledd, sammenholdt med anbefalingen om å ta bort kan-skjønn, vil innebære at antikorrupsjonsprogrammer vil få en mer fremskutt posisjon i vurderingen av foretaksansvaret. Også i vurderingen av passiv medvirkning til korrupsjon i datterselskaper eller oppdragstakerforetak vil antikorrupsjonsprogrammer stå sentralt. Hvis anbefalingen følges kan det reises spørsmål om påtalemyndighet eller departementet bør utarbeide retningslinjer for hvilke forventninger som stilles til antikorrupsjonsprogrammer i virksomheter. Jeg mener imidlertid at dette bør gjøres som ledd i regulatoriske krav til forebyggingsarbeid, jf. 21 nedenfor.

20 STRAFFELOVENS BESTEMMELSE OM PÅVIRKNINGSHANDEL

⁷⁸⁵ Se 7.9.5.2 ovenfor.

20.1 Innledning

I det følgende skal forbudet mot påvirkningshandel i straffeloven § 389 analyseres og evalueres med sikte på eventuelle lovendringer. På samme måte som korrupsjonsbestemmelsen i § 387, skiller bestemmelsen mellom aktiv- og passiv påvirkningshandel. Straffeloven § 389 bokstav b dekker aktiv påvirkningshandel. Etter denne bestemmelsen straffes den som:

«gir eller tilbyr noen en utilbørlig fordel for å påvirke utøvelsen av en annens stilling, verv eller utføring av oppdrag»

Grunnvilkårene for passiv påvirkningshandel følger av straffeloven § 389 bokstav a. Bestemmelsen rammer den som:

«for seg eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel for å påvirke utøvelsen av en annens stilling, verv eller utføring av oppdrag».

Flere av vilkårene speiler korrupsjonsbestemmelsen i § 387. Kjerneområdet for påvirkningshandel i straffeloven § 389 er en transaksjon i et *trepartsforhold* mellom en aktiv bestikker (heretter Ab), en påvirkningsagent (heretter Pa) og en beslutningstaker (heretter Bt). Abs ytelse er på samme måte som ved korrupsjon en «utilbørlig fordel» til en mottaker. Pas gjenytelse er Pas *innflytelse* på Bt med det siktemål at Bt skal treffe en beslutning til fordel for Ab. Et eksempel kan være at Ab betaler Pa som er gift med en offentlig tjenesteperson Bt for at Pa skal påvirke Bt til å utstede en tillatelse til Ab som Ab ikke har krav på.

En hovedforskjell mellom korrupsjon og påvirkningshandel er dermed *gjenytelsen* for bestikkelsen. Ved korrupsjon er gjenytelsen at Pb bruker sin stilling til å treffe beslutning eller å handle til fordel for Ab, mens ved påvirkningshandel er gjenytelsen at Pb bruker sin tilknytning til Bt til å øve innflytelse på Bt. Eller sagt på en annen måte: Ved korrupsjon kjøper man seg en fordelaktig beslutning, mens ved påvirkningshandel kjøper man seg innflytelse på beslutningstakeren. Det er likevel gråsoner mellom korrupsjon og påvirkningshandel. Dette skyldes at korrupsjon i noen tilfeller struktureres gjennom flere mellomledd. Det kan blant annet være komplisert å skille mellom korrupsjon og påvirkningshandel hvor Pa bruker aktiv korrupsjon for å påvirke Bt, og Ab er klar over dette.

På samme måte som i korrupsjonsbestemmelsen i § 387, er det flere sammenfallende vilkår for aktiv- og passiv påvirkningshandel. Jeg har derfor valgt å inndele vilkårene med utgangspunkt i påvirkningshandel som en transaksjon mellom Ab, Pa og Bt:

- i) System og anvendelsesområde (20.2 nedenfor).
- ii) Partsforholdet: Vilkår for rollene til henholdsvis Ab, Pa og Bt (20.3 nedenfor)
- iii) Bestikkelsen: Abs ytelse, som må være en «utilbørlig fordel» både ved aktiv og passiv påvirkningshandel (20.4 nedenfor).
- iv) Påvirkningshensikt: Hensikten om Pas påvirkning av utøvelsen av Bts rolle. (20.5 nedenfor)
- v) Handlingsalternativene: Kravet til Abs og Pas handling ved henholdsvis aktiv og passiv påvirkningshandel (20.6 nedenfor).
- vi) Medvirkning, forsøk, skyldkrav og strafferamme (20.7 nedenfor).
- vii) Foretaksstraff for påvirkningshandel (20.8 nedenfor)

For hvert tema skal jeg vurdere gjeldende rett og forholdet til internasjonale forpliktelser, gi en oversikt over løsningen i andre lands rett og foreta en evaluering og anbefaling med hensyn til lovendringer.

20.2 System og anvendelsesområde

20.2.1 Gjeldende rett og forholdet til internasjonale forpliktelser

Bestemmelsen om påvirkningshandel i straffeloven § 389 følger samme struktur og system som korrupsjonsbestemmelsen i § 387. Den skiller mellom aktiv- og passiv påvirkningshandel og gjelder både offentlig og privat sektor. Bestemmelsen skiller heller ikke mellom økonomisk eller ikke-økonomisk virksomhet, eller mellom påvirkningshandel i Norge og i utlandet. Bestemmelsene utfylles av de alminnelige straffebestemmelsene i straffelovens første del, slik at jurisdiksjon, skyldkrav, medvirkning og forsøk reguleres her og ikke i § 389. Det samme gjelder foretaksstraff

for korrupsjon som er regulert i straffeloven § 27 og § 28. Straffeloven inneholder ingen særlig regel om grov påvirkningshandel.

De norske bestemmelsene om påvirkningshandel er videre enn Norges internasjonale kriminaliseringsforpliktelser. OECD-konvensjonen inneholder ingen forpliktelse til kriminalisering av påvirkningshandel. FN-konvensjonen inneholder bare en forpliktelse til å *vurdere* kriminalisering av påvirkningshandel i offentlig sektor, jf artikkel 18. Europarådskonvensjonen artikkel 12 inneholder en forpliktelse til å kriminalisere påvirkningshandel i offentlig sektor, men samtidig er det gitt åpning for statene til å gjøre en reservasjon mot denne forpliktelsen, jf. artikkel 37 første ledd. Straffelovkommisjonen foreslo opprinnelig å ta reservasjon og foreslo at påvirkningshandel ikke ble kriminalisert i straffeloven. Justisdepartementet var uenig og foreslo bestemmelsene som ble vedtatt og innført i det som i dag er straffeloven § 389.

20.2.2 Fremmed rett

I et komparativt perspektiv går det et hovedskille mellom land som har kriminalisert påvirkningshandel, og land som har valgt å avstå fra slik kriminalisering. Danmark og Tyskland har ikke kriminalisert påvirkningshandel. I forbindelse med evaluering av Danmarks overholdelse av Europarådskonvensjonen, anbefalte GRECO at Danmark burde vurdere kriminalisering av påvirkningshandel og revurdere reservasjonen mot dette. Danmark vurderte anbefalingen, men konkluderte med å opprettholde reservasjonen mot kriminalisering av slike handlinger. Begrunnelsen var knyttet til kompleksiteten i slike straffebed, samt at noen typer påvirkningshandel vil rammes som medvirkning til korrupsjon.⁷⁸⁶ Tilsvarende er lagt til grunn i Tyskland.⁷⁸⁷ Etter anbefaling fra GRECO vurderte også Finland å innføre særskilte bestemmelser om påvirkningshandel, men konkluderte med å opprettholde reservasjonen mot slik

⁷⁸⁶ GRECO, *Third Evaluation Round: Denmark, Compliance Report 2011*, avsnitt 17.

⁷⁸⁷ GRECO, *Third Evaluation Round: Germany, Second Addendum to the Second Compliance Report 2019* avsnitt 17.

kriminalisering, dels fordi man anså det vanskelig å utforme bestemmelsen tilstrekkelig presist og dels fordi de alvorligste tilfellene vil rammes som (medvirkning til) korrupsjon.⁷⁸⁸ FCPA rammer ikke aktiv påvirkningshandel av utenlandske offentlige tjenstepersoner. Heller ikke England har kriminalisert påvirkningshandel.

Sverige kriminaliserte påvirkningshandel ved en lovendring i 2012, jf. Brottbalken 10 kapittel 5 d §. Den rammer både aktiv og passiv påvirkning, men bare i tilknytning til «beslut eller åtgärd vid myndighetsutövning eller offentlig upphandling», det vil si at påvirkningshandel i privat sektor ikke er omfattet. I Frankrike er aktiv- og passiv påvirkningshandel i offentlig sektor kriminalisert i artikkel 432-11 og artikkel 433-1. Påvirkningshandel i privat sektor er ikke kriminalisert.

20.2.3 Vurdering og anbefaling

I lys av Norges internasjonale forpliktelser, er det i dag neppe et alternativ å avkriminalisere påvirkningshandel. Det er likevel et tankekors at bestemmelsen bare har vært brukt én gang, og da på et forhold, som kanskje kunne vært subsumert som korrupsjon.⁷⁸⁹ Dette betyr naturligvis ikke uten videre at det ikke er behov for straffebudet, men det kan reises spørsmål om bestemmelsen har fått en hensiktsmessig utforming, herunder om grensen mot lovlig påvirkning og grensen mot straffbar korrupsjon er for uklar, Det skal jeg komme tilbake til under analysen av de enkelte vilkår.

⁷⁸⁸ RP 79/2010 rd s. 17–18.

⁷⁸⁹ Horton-saken, jf. 19.13.2 ovenfor.

20.3 Partsforholdet

20.3.1 Gjeldende rett og forholdet til internasjonale forpliktelser

Partsforholdet i en tradisjonell påvirkningshandel består av en aktiv bestikker Ab, en påvirkningsagent Pa og en beslutningstaker Bt. Ab kan på samme måte som ved korrupsjon handle både som privatperson og i forbindelse med en profesjonell funksjon. Påvirkningshandel kjennetegnes ved at Pa foregir å ha til hensikt å påvirke Bts handlinger eller beslutninger til fordel fra Ab eller en tredjepart. Pa kan ved utøvelsen av påvirkningen etter omstendighetene opptre som privatperson eller som profesjonell. Bt skal påvirkes i anledning «stilling verv eller utførelsen av oppdrag», altså i en profesjonell funksjon. Vilkåret har samme innhold som i § 387. Loven inkluderer både hvor Bt er en offentlig tjenesteperson eller opptrer i privat sektor. På dette punkt går de norske bestemmelsene utvilsomt lenger enn både Europarådskonvensjonen og FN-konvensjonen som bare omfatter påvirkningshandel i offentlig sektor. Påvirkningshandel kan omfatte flere personer enn Ab, Pa og Bt. For det første kan bestikkelsen («utilbørlig fordel») fra Ab være til fordel for andre enn Pa. For det andre kan Bts beslutning eller handling som ønskes påvirket være til fordel for andre enn Ab.

20.3.2 Vurdering og anbefaling

Jeg mener forbudet mot påvirkningshandel bør begrenses til offentlig sektor. Kjerneområdet for forbudet er formentlig å ramme påvirkning av offentlig myndighet. Verken Europarådskonvensjonen, OECD-konvensjonen eller FN-konvensjonen omfatter påvirkningshandel i privat sektor, og andre land som har kriminalisert påvirkningshandel har typisk begrenset anvendelsesområdet til offentlig sektor. I lys av at bestemmelsen er lite brukt, og at vilkårene kan være overlappende med korrupsjonsbestemmelsen, vil en slik avgrensning kunne bidra til klargjøring av bestemmelsens rekkevidde og dermed mer praktisk anvendbar. Begrensningen er inntatt i forslag til endring av § 389.

20.4 Kravet til «utilbørlig fordel»

20.4.1 Gjeldende rett, forholdet til internasjonale forpliktelser og fremmed rett

Kravet til Abs ytelse ved påvirkningshandel etter § 389 er en «utilbørlig fordel». Uttrykket er identisk som ved Abs ytelse ved korrupsjon etter § 387. Fordelsbegrepet har identisk innhold. Ved anvendelsen av utilbørlighetskriteriet, vil de samme momentene som er relevante for korrupsjonsbestemmelsen også være relevante ved påvirkningshandel, men siden det er tale om forholdet mellom Ab og Pa, vil vurderingen likevel være noe forskjellig. Ved påvirkningshandel vil særlig åpenhet overfor beslutningstakeren (Bt) om at Pa representerer en oppdragsgiver ofte kunne være avgjørende for om fordelene fra Ab til Pa er utilbørlig. Særlig gjelder dette ved avgrensningen mellom lovlig lobbyingvirksomhet mot politiske miljøer og ulovlig påvirkningshandel. I forarbeidene til bestemmelsen påpeker departementet i den forbindelse:⁷⁹⁰

«Dersom påvirkningsagenten ikke opplyser at han opptrer på oppdrag fra en annen, og heller ikke har grunn til å tro at den som søkes påvirket er blitt kjent med dette på annen måte, må hovedregelen være at forholdet er å anse som utilbørlig. Dersom et kommunestyremedlem blir forsøkt påvirket av en slektning som ikke nevner at han har fått betalt for å argumentere for et bestemt syn, vil slektningen derfor etter omstendighetene kunne straffes for utilbørlig påvirkningshandel, jf. første ledd bokstav a. Dette selv om påvirkningsagenten argumenterer for et syn han også av politiske grunner har sympati for. Oppdragsgiveren vil i et slikt tilfelle kunne straffes for aktiv påvirkningshandel, jf. første ledd bokstav b, under forutsetning av at han er kjent med eller holder det for overveiende sannsynlig at påvirkningsagenten ikke er åpen om oppdragsforholdet.»

Samtidig presiserer departementet at det ikke kreves at Pa oppgir til Bt hvem som er oppdragsgiver eller hvor mye vederlag som mottas, men dersom Pa bevisst gir feilaktige opplysninger om dette, kan vurderingen bli annerledes.⁷⁹¹

Vilkåret «utilbørlig fordel» ligger tett opp til vilkåret «undue advantage» i Europarådskonvensjonen artikkel 12 og FN-konvensjonen artikkel 18. Den svenske

⁷⁹⁰ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 60 første spalte.

⁷⁹¹ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 60.

bestemmelsen om påvirkningshandel i Brottsbalken 10 kapittel 5 d § bruker det tilsvarende uttrykket «otillbörlig förmån». Den franske straffeloven har en noe annen tilnærming. Etter artikkel 433-2 og 432-11 kreves ikke at Abs ytelse til Pa er utilbørlig. En hvilken som helst fordel («des avantages») rammes av bestemmelsen. I stedet stilles krav om at Pa misbruker («abusé») sin innflytelse over Bt.

20.4.2 Vurdering og anbefaling

Det er naturlig å bruke samme vilkår om «utilbørlig fordel» som i § 387 og konvensjonsforpliktelsene. Jeg ser ingen grunn til å endre dette.

20.5 Hensikten om Pas påvirkning av utøvelse av Bts stilling, verv eller oppdrag

20.5.1 Gjeldende rett og forholdet til internasjonale forpliktelser

Korrupsjon etter straffeloven § 387 krever tilknytning mellom den utilbørlige fordelten og Pbs stilling, verv eller utførelsen av et oppdrag. Loven stiller ingen selvstendig krav om at Ab har til hensikt eller formål å påvirke den passive bestikker, men formålet med bestikkelsen står sentralt i utilbørlighetsvurderingen, jf. 19.4.3 ovenfor. Ved passiv påvirkningshandel etter § 389 nr. 1 kreves at påvirkningsagenten Pa foregir å ha til hensikt å påvirke en beslutningstaker Bt, og at bestikkelsen har sammenheng med denne hensikten. Dette følger av uttrykket «for å påvirke utøvelsen av en annens stilling verv eller oppdrag». Det er Pas påvirkning av Bt som er gjenytelsen for Abs bestikkelse. Justisdepartementet presiserer i forarbeidene at det for passiv påvirkningshandel verken er nødvendig at Pa hadde *praktisk* mulighet til å utøve påvirkning eller at Pa gjør et reelt forsøk på slik påvirkning. Det er tilstrekkelig at Pa foregir å ha til hensikt å forsøke å påvirke Bt.⁷⁹² Men (den pretenderte)

⁷⁹² Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 60 andre spalte.

påvirkningshensikten må gjelde utøvelsen av Bts «stilling, verv eller oppdrag». Forarbeidene presiserer at påvirkningen både kan gjelde Bts beslutninger og handlinger.⁷⁹³ Men det er ingen krav om at selve påvirkningen skal skje på en utilbørlig måte.⁷⁹⁴ For aktiv påvirkningshandel kreves tilsvarende at Abs formål er at Pa skal «påvirke utøvelsen av en annens stilling, verv eller utføring av oppdrag» jf. straffeloven § 389 bokstav b.

Europarådskonvensjonen artikkel 12 krever at Pa «asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence» over Bt. Det norske vilkåret går lenger ved at § 389, i motsetning til artikkel 12, ikke krever at påvirkningen skal skje på en utilbørlig måte. FN-konvensjonen artikkel 18 krever at Abs og Pas hensikt er at Pa skal misbruke sin innflytelse til å få Bt til å yte en utilbørlig fordel til Ab. Med dette synes artikkel 18, i motsetning til straffeloven § 389 å forutsette at også påvirkningen må skje på en utilbørlig måte. Det stilles heller ingen selvstendig krav etter straffeloven § 389 om at hensikten må være at Bt skal yte en utilbørlig fordel til Ab.

Vilkåret reiser avgrensningsspørsmål mot korrupsjonsbestemmelsen i § 387. En første avgrensning gjelder tilfeller hvor det er en nær tilknytning mellom Bts stilling, verv eller oppdrag, og Pas virksomhet eller organisasjon. I slike tilfeller er utgangspunktet at Pa anses for å motta en utilbørlig fordel i anledning utøvelsen av egen stilling, eventuelt eget verv eller oppdrag, slik at det er korrupsjonsbestemmelsen i § 387 som skal anvendes og ikke § 389. Forarbeidene nevner som eksempel et tilfelle hvor en saksbehandler i et forvaltningsorgan mottar en utilbørlig fordel fra Ab for å påvirke sin sjef Bt til å treffe beslutning til fordel Ab. Her kan saksbehandleren og Ab dømmes for henholdsvis passiv og aktiv korrupsjon.⁷⁹⁵ Det samme gjelder hvis en underordnet i en privat bedrift tar betalt for å påvirke en overordnet til å kjøpe utstyr til en bestemt leverandør.

⁷⁹³ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 60 andre spalte.

⁷⁹⁴ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 60 andre spalte.

⁷⁹⁵ Ot. prp. nr. 78 (2002–2003) s. 59 andre spalte.

Dersom Bt ikke har slik tilknytning til Pas virksomhet eller organisasjon er utgangspunktet at det er § 389 om påvirkningshandel som skal anvendes.⁷⁹⁶ Et eksempel er dersom en ansatt i en privat virksomhet mottar en utilbørlig fordel for å påvirke en offentlig tjenesteperson. I grensetilfeller skal det ifølge forarbeidene sees hen til om Pa opptrer illojalt overfor egen arbeids- eller oppdragsgiver, noe som er typisk for korrupsjon.⁷⁹⁷

Et annet avgrensningsspørsmål mellom påvirkningshandel og korrupsjon oppstår dersom Pa, som ledd i utøvelsen av innflytelse på Bt, gir eller foregir å ha til hensikt å gi gaver eller andre fordeler til Bt. Dersom fordelene som Pa yter til Bt må anses «utilbørlig», forutsetter forarbeidene at det er korrupsjonsbestemmelsen som skal anvendes.⁷⁹⁸ Da kan Pa etter omstendighetene dømmes for aktiv korrupsjon overfor Bt, jf. § 387 bokstav b, oppdragsgiveren Ab kan dømmes for medvirkning (eventuelt som hovedgjerningsperson) til aktiv korrupsjon hvis Ab har tilstrekkelig forsett om korrupsjonshandlingen, mens Bt kan dømmes for passiv korrupsjon, jf. § 387 bokstav a.

20.5.2 Fremmed rett

Den svenske bestemmelsen om påvirkningshandel i Brottsbalken 10 kapittel 5 d § krever også at formålet er at Pa skal «påverka annans beslut eller åtgärd». Vilkåret synes å være helt parallelt til det norske. Som nevnt ovenfor krever de franske bestemmelsene om påvirkningshandel i Code Pénal artikkel 432-11 og artikkel 433-2 at formålet er at Pb skal misbruke sin innflytelse over Bt.

⁷⁹⁶ Ot.prpr. nr. 78 (2002–2003) s. 59 andre spalte.

⁷⁹⁷ Ot. prp.nr. 78 (2002–2003) s. 59 andre spalte.

⁷⁹⁸ Ot. prp.nr. 78 (2002–2003) s. 59 andre spalte og s. 60 første spalte.

20.5.3 Vurdering

Det er vilkåret «for å påvirke utøvelsen av en annens» stilling, verv, eller oppdrag som skaper størst avgrensingsproblemer mot korrupsjon og som kan være vanskelig å anvende i praksis. Jeg har ovenfor foreslått at bestemmelsen begrenses til offentlig sektor, slik konvensjonsforpliktelsene legger opp til og slik Sverige og Frankrike har innført. I forlengelsen av dette mener jeg at det også kan være grunn til å begrense den til å gjelde hvor påvirkningen er rettet mot Bts beslutninger, men ikke andre handlinger. Jeg mener det vil bidra til at bestemmelsen i større grad treffer det mest sentrale formålet med bestemmelsen, nemlig å beskytte tilliten til offentlige myndigheter og motvirke myndighetsmisbruk. Selv om det nok også kan tenkes straffverdige påvirkningshandler i privat sektor eller mot andre offentligrettslige handlinger enn beslutninger, har ikke praksis avdekket et stort behov for et slikt straffebud som ikke dekkes av korrupsjonsbestemmelsen. Jeg mener videre at en slik endring ikke strider mot Norges formål om være et foregangsland i kampen mot korrupsjon. Bestemmelsen ligger fortsatt klart innenfor konvensjonsforpliktelsene, og meningen er å gjøre bestemmelsen mer anvendbar i praksis. Forslag til endring av § 389 reflekterer denne anbefalingen.

20.6 Handlingsalternativene

20.6.1 Gjeldende rett

Ved aktiv påvirkningshandel etter § 389 bokstav b er handlingsalternativene som rammes at Ab «gir eller tilbyr noen». Uttrykket må forstås på samme måte som ved aktiv korrupsjon etter § 387 bokstav b. Tilsvarende er handlingsalternativene for passiv påvirkningshandel identisk som ved passiv korrupsjon etter § 387 bokstav a, det vil si «for seg eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud».

20.6.2 Vurdering og anbefaling

Uttrykkene er innarbeidet og i tråd med korrupsjonskonvensjonene. Som redegjort for ovenfor, mener jeg det av pedagogiske grunner bør vurderes å inkludere uttrykket «lover» i handlingsalternativet for aktiv korrupsjon i § 387 bokstav b. Det samme bør gjelde for påvirkningshandel i § 389 bokstav b.

20.7 Medvirkning, forsøk, skyldkrav og strafferamme

Medvirkning og forsøk på påvirkningshandel er straffbart etter de alminnelige bestemmelsene i § 15 og § 16. Skyldkravet er forsett. Strafferammen bøter eller fengsel inntil 3 år. Jeg har ikke identifisert behov for lovendringer på dette punktet.

20.8 Foretaksstraff for påvirkningshandel

Foretak kan straffes for påvirkningshandel etter de alminnelige bestemmelsene i § 27 og § 28. Bestemmelsen har vært brukt én gang mot foretak. I 2003 ble Statoil ilagt en bot på 20 millioner kroner for påvirkningshandel etter straffeloven 1902 § 276 c. Jeg ser ingen behov for særskilte lovendringer på dette punkt. Se for øvrig 19.14 ovenfor.

21 SKISSE TIL ANDRE TILTAK FOR Å BEKJEMPE KORRUPSJON

Etter mandatet *kan* utredningen inneholde forslag til annen aktuell lovgivning eller administrative tiltak som kan bidra til mer effektiv bekjempelse av korrupsjon. Jeg skal i den forbindelse nøye meg med å skissere følgende tiltak som bør vurderes i det videre arbeidet:

1. Regulatorisk lovgivning som stiller krav til forebygging av korrupsjon i større virksomheter.

Som redegjort for i 5.2.2 ovenfor er det en internasjonal trend i retning av økte forventninger til foretaks systematiske arbeid for å forebygge lovbrudd i virksomheten. Forslagene om en særskilt rettsstridsreservasjon og en særskilt regel om passivt medvirkningsansvar i straffeloven § 27, samt forslaget om å kriminalisere grov uaktsom medvirkning til korrupsjon, innebærer alle at forebyggende tiltak generelt og ved korrupsjon spesielt får en mer fremskutt posisjon.

Et annet lovgivningstiltak som bør vurderes i den forbindelse er regulatoriske krav til virksomheters antikorrupsjonsarbeid. En slik ordning ble introdusert i Frankrike ved Sapin II-loven i 2016. Kravene gjelder for selskaper med over 500 ansatte eller årsinntekt over 100 millioner EUR.⁷⁹⁹ I den forbindelse er det opprettet en særskilt tilsynsmyndighet med ansvar for antikorrupsjon, Agence Francaise Anticorruption («AFA»). AFA fører tilsyn med at foretak oppfyller de regulatoriske kravene til antikorrupsjonsprogrammene, og kan blant annet gi administrative bøter ved brudd på disse kravene. AFA fører også tilsyn med foretak som er idømt implementering av et antikorrupsjonsprogram som ledd i en straffedom eller avtale med påtalemyndigheten. AFA har gitt nærmere retningslinjer for innholdet i antikorrupsjonsprogrammer.⁸⁰⁰ Regnskapsstandardene i den amerikanske Foreign Corrupt Practices Act («FCPA») kan også ansees som slike regulatoriske krav. De består av i) «books and records provision» som stiller materielle krav til kvaliteten på regnskapene;⁸⁰¹ og b) «internal controls provision» som krever at selskapet implementerer internkontrollsystemer for å sikre korrekte regnskaper.⁸⁰² Begge typer forpliktelser gjelder for «issuers», typisk børsnoterte selskaper. Slike «issuers» er ikke bare forpliktet til å overholde standardene

⁷⁹⁹ Lov 2016-1691 av 9. desember 2016 artikkel 17.

⁸⁰⁰ AFA, The French Anti-Corruption Agency Guidelines, 4. Desember 2020: [French AC Agency Guidelines .pdf \(agence-francaise-anticorruption.gouv.fr\)](#)

⁸⁰¹ FCPA § 78m(b)(2)(A).

⁸⁰² FCPA § 78m(b)(2)(B).

i «eget hus». De er også forpliktet til å sørge for at eventuelle datterselskaper og andre nærstående selskaper overholder standardene.⁸⁰³ I praksis er bestemmelsene svært viktige for strafforfølgingen av bestikkelser av utenlandske offentlige tjenestepersoner.

Regnskapsloven § 3-3 c første ledd stiller i dag krav til rapportering om antikorupsjonsarbeid i årsregnskapet til store foretak:

«Store foretak skal redegjøre for hva foretaket gjør for å integrere hensynet til menneskerettigheter, arbeidstakerrettigheter, likestilling og ikke-diskriminering, sosiale forhold, det ytre miljø og bekjempelse av korrupsjon i sine forretningsstrategier, i sin daglige drift og i forholdet til sine interessenter. Redegjørelsen skal minst inneholde opplysninger om retningslinjer, prinsipper, prosedyrer og standarder foretaket benytter for å integrere de nevnte hensynene i sine forretningsstrategier, i sin daglige drift og i forholdet til sine interessenter. Foretak som har retningslinjer, prinsipper, prosedyrer og standarder som nevnt, skal i tillegg opplyse om hvordan foretaket arbeider for å omsette disse til handling, gi en vurdering av resultatene som er oppnådd som følge av arbeidet med å integrere hensynene som er nevnt i første punktum i sine forretningsstrategier, i sin daglige drift og i forholdet til sine interessenter, og opplyse om forventninger til dette arbeidet framover.»

Med «store foretak» menes allmennaksjeselskaper, børsnoterte virksomheter samt andre regnskapspliktige hvis dette er fastsatt i forskrift, jf. regnskapsloven § 1-5. Plikten i § 3-3 bokstav c er en *rapporteringsplikt* om blant annet antikorrupsjonsarbeid, men stiller ikke nærmere krav til systemenes kvalitet.

Professor Jon Petter Rui og Professor Tina Søreide har argumentert for å innføre et «Two-Track Regulatory Regime» med både regulatoriske krav til antikorrupsjonsarbeid og strafferettslig ansvar for korrupsjon.⁸⁰⁴ Ingvild Rosseland Sandhaug har også i sin doktoravhandling «*Korrupsjonsbekjempelse*» grundig behandlet en slik regulatorisk «forebyggingsmodell» hvor lovgivningen stiller krav til innhold i antikorrupsjonsarbeid i virksomheter.⁸⁰⁵

Jeg er også positiv til denne type regulatorisk lovgivning. Etter min oppfatning kan et naturlig utgangspunkt for slik regulering være å utvide rapporteringsplikten for «store foretak» etter regnskapsloven § 3-3 første ledd med et regulatorisk krav om forsvarlig

⁸⁰³ FCPA Resource Guide s. 43.

⁸⁰⁴ Se Rui og Søreide i *TfR* 2019. .

⁸⁰⁵ Se Sandhaug, *Korrupsjonsbekjempelse*, særlig kapittel 15.3.

antikorrupsjonsprogram i virksomheten. Dette kan for eksempel innføres gjennom en generell bestemmelse i regnskapsloven eller arbeidsmiljøloven kombinert med en forskriftshjemmel, for eksempel slik:

«Store foretak skal sørge for at det utføres systematisk og forsvarlig antikorrupsjonsarbeid i virksomheten.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om gjennomføringen av kravene i denne paragraf, herunder krav til dokumentasjon av og tilsyn med antikorrupsjonsarbeidet.»

Med «store foretak» sikter jeg her til store foretak som definert i regnskapsloven § 1-5. Den utfyllende forskriften må da inneholde nærmere detaljer om innholdet i antikorrupsjonsprogrammer med utgangspunkt i internasjonale «best practice» standarder. Overtredelse av kravene til forsvarlig antikorrupsjonsarbeid kan sanksjoneres administrativt, etter mønster fra for eksempel hvitvaskingsloven. Det kan også vurderes å straffesanksjonere slike brudd.

En slik lovgivningsteknikk er kjent på andre regulatoriske områder for risikostyring, jf. for eksempel arbeidsmiljøloven § 3-1 (1) om systematisk helse- miljø og sikkerhetsarbeid. Alternativet er å innføre en mer detaljert lovgivning om innholdet i antikorrupsjonsprogrammer, slik som for eksempel hvitvaskingsloven.

Statistikken over rettskraftige korrupsjonsdommer i Norge viser at over halvparten, 32 av 60 saker (53,3 %), gjelder offentlig sektor.⁸⁰⁶ Av disse gjaldt 13 saker korrupsjon i kommunal sektor. Flere av de største korrupsjonssakene har skjedd i denne sektoren. I forlengelsen av anbefalingen om regulatoriske krav til antikorrupsjonsarbeid i store virksomheter, bør det vurderes å innføre et særskilt påbud om å forebygge korrupsjon i offentlig sektor. Dette kan gjøres ved at den generelle bestemmelsen som foreslått ovenfor utvides til for eksempel å dekke alle virksomheter av en viss størrelse. Et annet alternativ, for så vidt gjelder kommunal sektor, er å innta et krav om forebyggingsarbeid i kommuneloven kapittel 14 (Økonomiforvaltning), for eksempel

⁸⁰⁶ Se 18 ovenfor.

som ny § 14-23. Bestemmelsen kan da utformes på samme måte som forslaget om antikorrupsjonsarbeid i store foretak, for eksempel slik:

«Kommuner og fylkeskommuner skal sørge for at det utføres systematisk og forsvarlig antikorrupsjonsarbeid i deres virksomhet.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om gjennomføringen av kravene i denne paragraf.

Dersom et slikt påbud inntas i kommuneloven, vil tilsynet med at forpliktelsen oppfylles måtte følge kommunelovens regler for egenkontroll og statlig kontroll og tilsyn.

2. Opprettelse av et eget «Antikorrupsjonstilsyn»

Selv om jeg er positiv til regulatoriske krav til antikorrupsjonsarbeid, er det en helt avgjørende forutsetning for slik lovgivning at det opprettes et spisskompetent *tilsynsorgan* som har ansvaret for å føre tilsyn og kontroll med at kravene til antikorrupsjonsarbeid oppfylles. Det eksisterer naturlig nok ikke et slikt organ i dag. Det mest naturlige vil etter min oppfatning være at et slikt «antikorrupsjonstilsyn» kombineres med tilsynet av pliktene etter hvitvaskingsloven som i dag ligger til Finanstilsynet, jf. Hvitvaskingsloven § 43. Dette vil kreve oppbygging av kompetanse på antikorrupsjonsarbeid.

I tillegg til å føre tilsyn med regulatoriske krav til antikorrupsjonsarbeid, kan et slikt «Antikorrupsjonstilsyn» også kunne ha to andre viktige funksjoner. For det første vil et slikt organ naturlig kunne gi veiledning og gjennom dialog og samarbeid utarbeide retningslinjer for robuste antikorrupsjonsprogrammer både for virksomheter som er underlagt eventuelle regulatoriske krav, men også andre. Etter min oppfatning er dette en bedre løsning enn at Justisdepartementet eller påtalemyndigheten skal utarbeide slike retningslinjer som ledd i hvilke forventninger som stilles til antikorrupsjonsarbeid i relasjon til foretaksstraff for korrupsjon etter straffeloven.

For det andre vil et slikt organ naturlig kunne ta ansvar for oppfølging av vilkår om antikorrupsjonstiltak eller tilsyn som fastsettes i forelegg eller dom mot foretak, for eksempel ved (delvis) betinget bot, eller en straffutmålingsutsettelse. Med et

«antikorrupsjonstilsyn» som gis ansvar for slik oppfølging, vil forholdene ligge bedre til rette for å utvikle hensiktsmessige vilkår av denne typen som ledd i straffutmålingen mot foretak.

22 ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

Jeg kan ikke se at forslagene til endringer av straffelovens korrupsjonsbestemmelser vil ha nevneverdige økonomiske eller administrative konsekvenser. Når det gjelder eventuell ny regulatorisk lovgivning om antikorrupsjonsarbeid og opprettelsen av et Antikorrupsjonstilsyn, vil det kreve betydelige ressurser både til å bygge opp kompetanse og drifte et slikt tilsyn.

DEL IV: LOVFORSLAG MED MERKNADER

23 FORSLAG TIL ENDRINGER I STRAFFELOVEN

23.1 Lovforslag

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) endres slik:

§ 27 skal lyde:

Når en straffbar handling er begått under utøvelse av et foretaks virksomhet, skal foretaket straffes. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan straffes for handlingen. Foretaket straffes likevel bare dersom det [påviser at det ikke] kunne ha forebygget den straffbare handlingen ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak.

Med foretak menes selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak med flere ansatte, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet.

Et foretak straffes som medvirker etter straffeloven § 15. Et foretak som gjennom avtale eller eierskap har reell myndighet til instruksjon og kontroll over hele eller deler av virksomheten i et annet foretak, straffes også som medvirker til overtredelser begått under utøvelsen av det andre foretakets virksomhet, dersom det har unnlatt å treffe tiltak som var egnet til å motvirke handlingen, og som det var mulig og rimelig å kreve.

Straffen er bot. Foretaket kan også fradømmes retten til å utøve virksomheten eller forbys å utøve den i visse former, jf. § 56, og ilegges inndragning, jf. kapittel 13.

Straffeloven § 28 skal lyde: Utmåling av bøtestraff

Ved utmålingen av bot overfor et foretak, skal det tas utgangspunkt i et beløp som tilsvarer en forholdsmessig andel av foretakets driftsinntekter de siste tre år før domstidspunktet, eller et normalnivå for den aktuelle type overtredelse. Dersom foretaket er en del av et konsern, skal konsernets konsoliderte driftsinntekter legges til grunn for beregningen. Beløpet fastsettes på grunnlag av:

- a) straffens preventive virkning, og
- b) lovbruddets grovhet.

Beløpet som fremkommer etter beregningen i første ledd kan justeres i skjerpende eller formildende retning under hensyn til blant annet:

- a) om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet,
- b) om foretaket har hatt eller kunne ha oppnådd noen fordel ved lovbruddet,
- c) om andre reaksjoner som følge av lovbruddet blir ilagt foretaket eller andre, blant annet om noen enkeltperson blir ilagt straff.

Bøtestraffen skal reduseres dersom foretaket selv har meldt lovbruddet til politiet eller påtalemyndigheten, avgitt en uforbeholden tilståelse, eller i vesentlig grad bidratt til oppklaring av saken.

Bøtestraffen kan forhøyes med inntil det dobbelte dersom det ved én eller flere handlinger er begått flere lovbrudd i foretakets virksomhet og det skal idømmes en felles straff. Det samme gjelder dersom overtredelsen er begått i et foretak som tidligere er dømt her i riket eller i utlandet for en straffbar handling av samme art.

Retten kan bestemme at fullbyrdingen av boten overfor et foretak helt eller delvis skal utsettes i en prøvetid (betinget bot). Prøvetiden skal i alminnelighet være to år. Fullbyrdingsutsettelse gis på det grunnvilkår at foretaket ikke begår en ny straffbar handling i prøvetiden. I tillegg kan det fastsettes særvilkår som retten finner hensiktsmessig. Ved forelegg mot foretak gjelder reglene om betinget bot så langt de passer.

§ 60 nytt fjerde ledd skal lyde:

Regelen om straffutmålingsutsettelse i første ledd gjelder også ved foretaksstraff etter § 27. Reglene om prøvetid, vilkår og forelegg i § 28 fjerde ledd gjelder tilsvarende.

§ 61 nytt fjerde ledd skal lyde:

Regelen om straffutmållingsfrafall i første ledd gjelder også ved foretaksstraff etter § 27. Det samme gjelder ved forelegg mot foretak. Ved avgjørelsen om det foreligger helt særlige grunner skal det særlig legges vekt på

a) om foretaket selv har meldt lovbruddet til politiet eller påtalemyndigheten, avgitt en uforbeholden tilståelse, eller i vesentlig grad bidratt til oppklaring av saken;

b) om foretaket har gjennomført tiltak for å forhindre at tilsvarende lovbrudd skjer igjen.

Straffeloven § 100 skal lyde:

Straffansvar faller bort ved den skyldiges død. Det samme gjelder straffansvar for enkeltpersonforetak når innehaveren dør.

Inndragningsansvar faller bort ved den ansvarliges død. Det samme gjelder inndragningsansvar for enkeltpersonforetak når innehaveren dør. Gjelder det inndragning av utbytte, herunder inndragning etter § 68 og § 72 annet ledd, kan sak likevel fremmes, og ilagt inndragning kan fullbyrdes dersom det blir besluttet ved kjennelse av den retten som har pådømt saken i første instans, eller av den tingrett som saken hører under etter straffeprosessloven § 12 når inndragningen er vedtatt ved forelegg. Retten kan beslutte inndragning av et beløp istedenfor en ting.

Straffeloven § 387 skal lyde:

Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som:

a) direkte eller indirekte krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel for å gjøre eller unnlate noe i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag, eller som belønning for en slik handling eller unnlattelse, eller

b) direkte eller indirekte gir, lover, eller tilbyr noen en utilbørlig fordel for at en person skal gjøre eller unnlate noe i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag, eller som belønning for en slik handling eller unnlattelse.

Med stilling, verv eller oppdrag i første ledd menes også stilling, verv eller oppdrag i utlandet

Ny § 387a skal lyde:

Grov uaktsom medvirkning til korrupsjon straffes med bot eller fengsel inntil ett år. Er den grovt uaktsomme medvirkningen grov, jf. § 387, kan fengsel inntil 2 år anvendes.

§ 389 skal lyde:

Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som:

a) *direkte eller indirekte krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel for å påvirke en annens avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet, eller*

b) *direkte eller indirekte gir, lover eller tilbyr noen en utilbørlig fordel for å påvirke en annens avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet*

Med *utøving av offentlig myndighet* i første ledd menes også *utøving av offentlig myndighet* i utlandet.

23.2 Merknader til bestemmelsene

Til § 27:

Første ledd første punktum inneholder tre endringer i forhold til gjeldende rett. For det første er vilkåret «når et straffebud er overtrådt» erstattet med «når en straffbar handling er begått». Med straffbar handling menes at både objektive og subjektive vilkår i et straffebud er oppfylt. Dette innebærer at i motsetning til etter gjeldende rett, må også skyldkravet i det aktuelle straffebudet og tilregnelighetskravet, der dette er aktuelt, være oppfylt. Om bakgrunnen for forslaget, se 7.5 ovenfor. For det andre er tilknytningskravet «noen som har handlet på vegne av» erstattet med et vilkår om at den straffbare handling er «begått under utøvelse av foretakets virksomhet». Hensikten med endringen av ordlyden i tilknytningskravet er å klargjøre at selv om den straffbare

handling begås av eller involverer fysiske personer, er det like fullt *foretakets handlinger*. Som utgangspunkt vil vilkåret ha samme innhold som «på vegne av» vilkåret. Det må foreligge en personell og funksjonell tilknytning mellom foretaket og den straffbare handling. Når det gjelder personell tilknytning kreves på samme måte som i dag at gjerningspersonen har en positiv hjemmel for delta i foretakets virksomhet. Ansatte og tillitsverv på alle nivåer dekkes. Når det gjelder ansvar for oppdragstakere må det skilles mellom ulike typetilfeller. I tilfeller hvor oppdragstaker opptrer som en integrert del av oppdragsgiverforetakets egen virksomhet, typisk ved arbeidsinnleie, må oppdragstaker likestilles med ansatte i organisasjonen. Det samme må gjelde agentforhold og andre tilfeller hvor oppdragstaker skal representere foretaket overfor tredjeparter. Når det derimot gjelder lovbrudd som er begått i et oppdragstakerforetak under en avtale med et oppdragsgiverforetak, for eksempel et skipsbyggingsoppdrag, må oppdragsgiverforetakets ansvar bero på reglene om medvirkning, jf. § 15 og utkast til § 27 nytt tredje ledd. Et morselskap kan bli ansvarlig for lovbrudd i datterselskap etter reglene om medvirkning. Unntaksvis kan lovbrudd begått i et datterselskap – som i dag – anses begått i morselskapets virksomhet.

Det funksjonelle tilknytningskravet under «på vegne av» vilkåret videreføres i den nye ordlyden «under utøvelse av foretakets virksomhet». Vurderingen av om lovbruddet er «illojalt», inkludert betydningen av instruksbrudd, er imidlertid i det nye forslaget er et ledd i vurderingen av den særskilte rettsstridsreservasjonen i forslagets første ledd andre punktum, jf. nedenfor. Den tredje endringen i første punktum er at uttrykket «kan» er erstattet med «skal». Det innebærer at foretaksstraff ikke lenger er fakultativt, men obligatorisk på samme måte som det personlige straffansvaret. Om begrunnelsen for forslaget, se 8.3 ovenfor.

Første ledd andre punktum presiserer at foretaket kan straffes selv om ingen enkeltperson straffes for handlingen. Det innebærer at foretaket kan straffes for handlinger begått av anonyme gjerningspersoner og ved kumulative feil. Regelen innebærer ingen endring sammenlignet med gjeldende rett, men ordlyden er tilsvarende som etter straffeloven 1902 § 48 a første ledd andre punktum.

Første ledd tredje punktum etablerer en særskilt rettsstridsreservasjon myntet på systemsvikt. Foretaket straffes bare dersom det kunne ha forebygget den straffbare handlingen ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak. Selv om det typisk er et ledelsesansvar å utforme, implementere og vedlikeholde systemer som skal forhindre lovbrudd., brukes uttrykket «foretaket» som pliktsubjekt når denne rettsstridsreservasjonen skal vurderes. Det typiske nedslagsfeltet for regelen er tilfeller hvor lovbruddet er begått av underordnede ansatte og hvor ledelsen ikke kunne ha forhindre lovbruddet gjennom opplæring, retningslinjer, instruksjon eller kontroll. Siden forebyggende tiltak er et typisk ledelsesansvar, skal denne rettsstridsreservasjonen ikke gjelde dersom den straffbare handlingen er begått av personer ledende stillinger. Ledelsen er ikke i samme grad som underordnede underlagt systemets tilsyn- og kontrollmekanismer. Da bør ikke foretaket kunne gå fri ansvar selv om forebyggende tiltak i virksomheten ellers holder en høy standard. På et vis kan man også si at lovbrudd begått av ledelsespersoner i seg selv representerer en systemsvikt. At en slik skranke for foretaksansvaret ikke bør gjelde for lovbrudd begått av personer i ledelsen er også typisk i andre rettssystemer som har innført lignende regler.⁸⁰⁷ Dette er blant annet tilfellet i svensk, finsk og tysk rett. En tilsynelatende forskjell er UK Bribery Act hvor unntaket fra foretaksansvaret for korrupsjon dersom foretaket har implementert «adequate procedures» synes å gjelde uavhengig av hvilken posisjon gjerningspersonen har i foretaket. Men UK Bribery Act suppleres av den alminnelige «identification doctrine» som innebærer at foretak også kan holdes ansvarlig for korrupsjon begått av personer i ledelsen og hvor det ikke gjelder en «adequate procedure defence».

For at foretaket skal frifinnes kreves at det ikke kunne *forebygget handlingen ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak*. Uttrykket er tilsvarende som i eksisterende § 28 bokstav c. Om vilkåret er oppfylt vil bero på en konkret vurdering. Alle systematiske tiltak i foretaket for å forebygge straffbare handlinger er relevant i vurderingen, som for eksempel risikovurderinger,

⁸⁰⁷ Se 7.8.1 ovenfor.

retningslinjer og prosedyrer, instruks, opplæring, tilsyn, kontroll og revisjon. Det overordnede vurderingstemaet er hvilke forventninger det var rimelig å stille til foretakets internkontrollsystemer i det konkrete tilfellet. Retningslinjer for denne vurderingen vil for det første være hvilken type overtredelse det er tale om. På områder hvor det er utviklet bransjestandarder eller generelle anbefalinger for forebyggingsarbeid, er det naturlig å ta utgangspunkt i de krav og forventinger som følger av disse. Et eksempel på dette kan være *korruptsjon* hvor det som nevnt ovenfor er utviklet en rekke nasjonale og internasjonale retningslinjer for antikorrupsjonsarbeid i virksomheter. Tilsvarende vil det være relevant å vektlegge om foretaket er underlagt lov- eller forskriftspålagte plikter til internkontroll som er rettet mot å forhindre den aktuelle overtredelsen. Videre vil det være relevant å legge vekt på virksomhetens art og hvilken risiko som forelå for at den aktuelle overtredelsen kunne inntreffe. For et foretak som håndterer særlig miljøfarlig avfall som del av sin virksomhet vil det for eksempel være større forventninger til systematiske tiltak for å forhindre ulovlig forurensning enn virksomheter hvor forurensningsrisikoen er mer generell. I forlengelsen av dette vil overtredelsens påregnelighet og om den er illojal ha betydning for forventningene som kan stilles. Saksforholdet i Rt. 2007 s. 1684 kan tjene som illustrasjon: Her ga arbeidstaker A beskjed til sin overordnede om at han hadde til hensikt å tømme ut et plastfat med ammoniakkblanding i et vassdrag i forbindelse med et oppdrag. A fikk da muntlig beskjed om å *ikke* gjøre det og at blandingen måtte håndteres forsvarlig. Høyesterett la til grunn at det som utgangspunkt ikke er påregnelig at en arbeidstaker bryter en intern instruks, men at i dette tilfellet var utslippet i høy grad påregnelig *før* instruks ble gitt siden A ga uttrykk for at han ville tømme ut blandingen med ammoniakk. I en slik situasjon må det forventes mer av en arbeidsgiver enn en muntlig instruks om å ikke gjøre det. Eksempelet viser også at det i påregnelighetsvurderingen må skilles mellom generell og konkret risiko for overtredelse. Et foretaks generelle internkontrollsystem kan holde høy kvalitet, men særlig dersom det foreligger konkret kunnskap om at et lovbrudd er nærliggende, vil det etter omstendighetene kreves mer. Dersom foretaket er pliktsubjekt i straffebudet som er overtrådt, vil rettsstridsreservasjonen etter omstendighetene ha liten selvstendig

betydning ved siden av kravet til at det må være begått en straffbar handling og skyldkravet.

Andre ledd viderefører gjeldende definisjon av foretak, men inneholder en ny presisering om at foretaksstraff mot enkeltpersonforetak bare kan brukes dersom det har flere ansatte. Om bakgrunnen for forslaget, se 7.2.3.1 ovenfor.

Tredje ledd første punktum presiserer at medvirkningsregelen i § 15 gjelder for foretak. Presiseringen inntas fordi det i *første ledd annet punktum* foreslås en ny regel om foretaksstraff for et foretak As passive medvirkning til et lovbrudd i et annet foretak B. Regelen gjelder bare hvor B er underlagt reell mulighet til instruksjon og kontroll fra A. Om bakgrunnen for forslaget, se 7.9 ovenfor. Bestemmelsen er særlig myntet på morselskapers passive medvirkning til lovbrudd i datterselskaper og oppdragsgiverforetaks passive medvirkning til lovbrudd i oppdragstakerforetak. Hovedgjerningen i relasjon til medvirkerforetakets As medvirkning er en «overtredelse av et straffebed under utøvelse av [Bs] virksomhet». En objektiv overtredelse av straffebedet i B's virksomhet er tilstrekkelig. A kan dermed straffes selv om ingen i B oppfyller skyldkravet. Den særskilte rettsstridsreservasjonen for B etter straffeloven § 27 første ledd andre punktum virker ikke straffriende for A. Men hovedgjerningen må være begått under «utøvelse av [Bs] virksomhet». Innholdet i dette vilkåret må fastsettes på samme måte som det tilsvarende vilkåret i § 27 første ledd første punktum.

Det andre vilkåret er at A «gjennom avtale eller eierskap har «reell mulighet til instruksjon og kontroll over hele eller deler av virksomheten» i hovedgjerningsforetaket. Vilkaeret innebærer krav om en kvalifisert tilknytning mellom foretakene som er egnet til å skape en forventning om at A griper inn for å motvirke lovbrudd i B. Et morselskap etter aksjeloven vil alltid oppfylle dette vilkåret overfor et datterselskap, idet definisjonen av et morselskap krever at det har «bestemmende innflytelse» over datterselskapet, jf. aksjeloven §1-3. Etter omstendighetene, vil også mindre eierposter i et annet foretak kunne oppfylle vilkåret. Dette gjelder for eksempel Joint Venture samarbeid som organiseres som selvstendige foretak, og hvor det avtales at enkeltdeltakere skal ha styrerepresentanter eller stille med bestemte funksjoner i

Joint Venture foretaket. Passive kapitalinvesteringer hvor eierskapet ikke gir formell eller reell innflytelse faller utenfor. Vilåret skal videre dekke oppdragsforhold. Her må imidlertid avgrenses mot tilfeller hvor oppdragstaker er en fysisk person som er innleid arbeidskraft, konsulent eller agent som opptrer som representant for oppdragsgiver overfor en tredjepart. Slike oppdrag vil faller inn under oppdragsgivers *egen* virksomhet. Lovbrudd som oppdragstaker begår i forbindelse med slike oppdrag bedømmes etter regelen i første ledd. Videre vil rene kjøp og salg av formuesgoder ikke etablere et oppdragsforhold som aktualiserer passivt medvirkningsansvar etter denne bestemmelsen. Kjerneområdet for bestemmelsen vil være entreprisekontrakter og servicekontrakter. Her vil oppdragsforholdet gi oppdragsgiverforetaket «reell mulighet til instruksjon og kontroll» med den delen av virksomheten som omfattes av oppdraget. Det vil være store forskjeller i graden av instruksjon- og kontroll i slike oppdragsforhold, men forskjellene vil først og fremst ha betydning for handleplikten.

Den passive medvirkningen består i unnlattelsen av å «treffe tiltak som var egnet til å motvirke lovovertrædelsen». Det kreves ikke at tiltaket ville forhindre lovbruddet, men det må være egnet til å påvirke årsaksrekken som ledet frem til hovedgjerningen. Om handleplikten er overholdt beror på konkret vurdering av om det var «mulig og rimelig å kreve» en motvirkende handling. I den forbindelse må det særlig legges vekt på lovbruddets alvorlighetsgrad, hvor omfattende og lenge det har pågått, om personer i foretaket hadde en særlig foranledning til å gripe inn ut fra sin kunnskap om risikoen for lovbruddet, og hvilke virkemidler og handlingsalternativer foretaket hadde til rådighet for å gripe inn. I relasjon til sistnevnte moment vil det særlig være av betydning hvilken instruksjon- og kontrollmyndighet medvirkerforetaket hadde mulighet til å utøve og om medvirkerforetaket hadde oppfordring og anledning til å styrke systemene for å motvirke det aktuelle lovbruddet.

Passiviteten må oppfylle skyldkravet i straffebudet. Dette er mest praktisk ved lovbrudd som krever uaktsomhet eller grov uaktsomhet. Men den kan også anvendes på straffebud som kreves forsett. Hvis handleplikten i det konkrete tilfellet er knyttet til systemer for å motvirke lovbrudd, altså slik at passiviteten fremstår som systemsvikt, er forsettlig medvirkning utelukket. Ved overtredelser med uaktsomhet som

skyldform, må uaktsomheten i slike tilfeller ta som utgangspunkt en objektiv norm for forsvarlig virksomhet. Men det betyr ikke at subjektive elementer ikke er relevante. Også kunnskap og kompetanse hos enkeltpersoner vil være relevant i uaktsomhetsvurderingen med hensyn til om bruddet på handleplikten var uaktsom eller grov uaktsom.

Gjeldende tredje ledd blir nytt *fjerde ledd*.

Til § 28:

Bestemmelsen legger opp til en viss standardisering av hvordan bøtestraff mot foretak utmåles. Sammen med forslag til bestemmelser om begrunnelse og offentliggjøring av forelegg, er hensikten å skape større klarhet og forutberegnelighet om utmåling av bøtestraff, samt redusere risiko for forskjellsbehandling sammenlignet med gjeldende rett. Om bakgrunnen for forslaget, se 10.3.2 ovenfor.

Første ledd første punktum bestemmer at beregningen av bøtestraffen skal ta utgangspunkt i et beløp som tilsvarer enten en forholdsmessig andel av foretakets driftsinntekter de siste tre år før domstidspunktet, eller et normalnivå for den aktuelle overtredelsen. Dette beløpet skal fastsettes under hensyn til straffens preventive virkning og overtredelsens grovhet. Det må overlates til praksis å fastsette dette utgangspunktet innenfor ulike typer lovbrudd. Dersom foretaket er en del av et selskapsrettslig konsern, er det konsernets regnskap som skal legges til grunn for beregningen.

Med utgangspunkt i dette beløpet kan boten etter *andre ledd* justeres opp eller ned under hensyn til generelle straffeskjerpene eller formildende omstendigheter. Listen av momenter i andre ledd er ikke uttømmende. Bokstav a viderefører momentet i gjeldende § 28 bokstav c.⁸⁰⁸ Dette momentet er etter forslaget til ny § 27 en selvstendig rettsstridsreservasjon, men vil også ha betydning for straffutmålingen i skjerpene retning hvis det foreligger svikt i forebyggende tiltak. Den gir også mulighet til å telle

⁸⁰⁸ Se 8.2.3 og 8.3 ovenfor.

i formildende retning i de tilfeller hvor foretaket har implementert forebyggende tiltak, selv om de ikke er tilstrekkelig til straffrihet etter § 27. Bokstav b presiserer at det har betydning for straffutmålingen om foretaket har hatt eller kunne ha oppnådd en fordel ved lovbruddet. Momentet er en videreføring av gjeldende § 28 bokstav e.⁸⁰⁹ Bokstav c viderefører gjeldende § 28 bokstav g.⁸¹⁰

Tredje ledd presiserer at foretakets selvrapportering, inkludert tilståelse og andre bidrag til oppklaring av saken, skal gi reduksjon av bøtestraffen. Den har en noe annen språkdrakt enn den generelle bestemmelsen i straffeloven § 78 bokstav f for å fange opp rapportering til myndighetene og at medvirkning til oppklaring av både saken mot foretaket og mot andre har betydning. Om bakgrunnen for forslaget, se 12.4.2.

Etter mønster fra straffeloven § 79 bokstav a og b er det *i fjerde ledd* inntatt en bestemmelse om at boten kan forhøyes med inntil det dobbelte i konkurrenstilfeller og ved gjentakelser.

Femte ledd presiserer at foretak kan ilegges en betinget bot. Om bakgrunnen for forslaget, se 10.3.2.4 ovenfor. Betinget bot kan også gis av påtalemyndigheten ved forelegg, jf. femte ledd siste punktum. Ved betinget bot, settes en prøvetid som normalt skal være to år. Grunnvilkåret er at foretaket ikke begår en ny straffbar handling i prøvetiden. Videre kan domstolen – og påtalemyndigheten ved forelegg – sette særvilkår. Dette kan for eksempel være konkrete tiltak for å forhindre at tilsvarende lovbrudd skjer igjen.

Til § 60 nytt fjerde ledd:

Regelen klargjør at også foretak kan ilegges straffutmålingsutsettelse etter § 60 første ledd. Om bakgrunnen for forslaget, se 10.6 ovenfor. Slik straffutmålingsutsettelse skal

⁸⁰⁹ Se 8.2.6 og 8.3 ovenfor.

⁸¹⁰ Se 8.2.8 og 8.3 ovenfor.

også kunne ilegges ved forelegg. Reglene om prøvetid og vilkår som er foreslått for betinget bot skal gjelde tilsvarende, jf. § 28 femte ledd.

Til § 61 nytt fjerde ledd:

Regelen klargjør for det første at straffutmålingsfrfall etter § 61 første ledd også kan anvendes ved foretaksstraff. Om bakgrunnen for forslaget, se 10.6 ovenfor. Slik straffutmålingsfrfall skal også kunne ilegges ved forelegg mot foretak. Ved avgjørelsen om det foreligger «helt særlige grunner», skal det etter fjerde ledd tredje punktum særlig legges vekt på foretakets selvrappotering, inkludert tilståelser og andre bidrag til oppklaring av saken. Det skal også legges vekt på om det er gjennomført tiltak for å forhindre tilsvarende lovbrudd. Terskelen for slik straffutmålingsfrfall bør være svært høy.

Til § 100:

I første ledd annet punktum og *andre ledd* annet punktum er inntatt en kodifisering av oppfatningen som ble slått fast i Rt. 2007 s. 785 (avsnitt 19) om at straffansvar og inndragningsansvar for et enkeltpersonforetak faller bort når innehaveren dør. Om bakgrunnen for forslaget, se 11.4.2 ovenfor.

Til § 387:

Første ledd inneholder tre endringer i ordlyden sammenlignet med gjeldende rett. For det første foreslås å presisere at korrupsjonsbestemmelsen jf. § 387 første ledd bokstav a og første ledd bokstav b, dekker «direkte eller indirekte» korrupsjon. Dette representerer ingen endring i gjeldende rett. Presiseringen inntas av pedagogiske hensyn og for å bidra til klargjøring av grensen mot påvirkningshandel etter § 389. Om bakgrunnen for forslaget, se 0 ovenfor. For det andre foreslås en presisering av at formålet med den aktive bestickers (Abs) ytelse («utilbørlig fordel») er en gjenytelse fra den passive bestikker. Om bakgrunnen for forslaget, se 19.4.3 og 19.4.4 ovenfor. Det er ingen krav om at gjenytelsen faktisk ytes. Formålet trenger heller ikke være knyttet til en konkret gjenytelse. Også en mer generell forventning om fordelaktig behandling eller «smøring» vil etter omstendighetene dekkes. Endringen tar ikke sikte på å endre gjeldende rett, snarere å kodifisere høyesteretts praksis. For å sikre at

bestemmelsen fortsatt inkluderer formål om å belønne Pb for handlinger eller beslutninger som allerede er utført, foreslås for det tredje en særskilt presisering av dette.

Til § 387a:

Bestemmelsen er ny og kriminaliserer grov uaktsom medvirkning til korrupsjon. Om bakgrunnen for forslaget, se 19.9.3 ovenfor. Bestemmelsen gjelder både aktiv- og passiv korrupsjon, men vil være mest praktisk ved aktiv korrupsjon. Vilkårene for medvirkning følger de generelle reglene for medvirkning, jf. straffeloven § 15. Både fysisk og psykisk medvirkning er aktuelt. Medvirkningshandlingene kan være finansiering av bestikkelser, aksept fra overordnede til korruperte betalinger, eller godkjenninger av korruperte betalinger kamuflert som avtaler. Også ren passivitet må etter omstendighetene kunne rammes dersom den passive medvirker hadde særlig oppfordring til å gripe inn. Dette vil typisk gjelde for ledere som unnlater å gripe inn mot korrupsjon begått i organisasjonen. For medvirkning til korrupsjon etter gjeldende rett kreves at medvirkeren har forsett om korrupsjonen. Etter dette forslaget vil grov uaktsomhet være tilstrekkelig. Vurderingen av grov uaktsomhet beror her som ellers på om «handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse», jf. straffeloven § 23 andre ledd. Dette vil etter omstendighetene kunne være tilfelle dersom ledelsen i et selskap unnlater å følge opp mer konkrete mistanker og varsler om mulig korrupsjon, eller hvis det inngås avtaler eller foretas utbetalinger som viser seg å være korruperte, og uten at det på forhånd er gjort forhåndsundersøkelser og vurderinger av korrupsjonsrisiko. I forslag til ny § 27 tredje ledd er inntatt en særskilt bestemmelse om foretaksstraff for passiv medvirkning til lovbrudd i et annet foretak. Bestemmelsen gjelder for tilfeller hvor medvirkerforetaket har reell mulighet til instruksjon og kontroll over foretaket hvor hovedgjerningen er begått, typisk i datterselskaper eller oppdragstakerforetak. Den bestemmelsen vil også kunne anvendes på grov uaktsom medvirkning til korrupsjon etter § 387 a. Strafferammen er satt til bot eller fengsel inntil 1 år, men utvidet til 2 år dersom korrupsjonen er grov.

Til §389:

Første ledd inneholder to endringer sammenlignet med gjeldende rett. For det første

foreslås å presisere at både «direkte og indirekte» påvirkningshandel rammes av bestemmelsen. Begrunnelsen er den samme som for korrupsjonsbestemmelsen. For det andre foreslås å begrense forbudet mot påvirkningshandel til påvirkning av beslutninger i offentlig sektor. Det betyr at påvirkningshandel i privat sektor ikke omfattes, og at forbudet bare gjelder påvirkning på beslutninger, og ikke handlinger som ikke er beslutninger. Beslutningstaker Bt må altså være i en posisjon til å treffe avgjørelse under utøving av offentlig myndighet. Uttrykket «avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet» er det samme som brukes i forvaltningsloven § 2 a og skal forstås like vidt. Det vil si at det sentrale elementet er «offentlig» som her skal leses som «offentligrettslig».⁸¹¹ Utgangspunktet er dermed at det dekker alle avgjørelser som er særpreget for det offentlige. Avgjørelser som faller utenfor, er offentlig virksomhet som ikke adskiller seg fra det private gjør. Bestemmelsen vil også ramme der Bt deltar i en kollektiv avgjørelse, for eksempel en votering i et kommunestyre. Om bakgrunnen for forslaget, se 20.2.3 og 20.5.3 ovenfor.

Med dette forslaget begrenses bestemmelsen til kjernen i det som ønskes oppnådd ved forbud mot påvirkningshandel, nemlig å beskytte tilliten til det offentlige og motvirke myndighetsmisbruk. Endringen vil også kunne bidra til et klarere skille mot korrupsjonsbestemmelsen. Avgrensningen mellom utilbørlig fordel i anledning påvirkningsagenten Pas egen stilling, verv eller oppdrag, som skal bedømmes som korrupsjon, og utilbørlig fordel fordi Pa skal påvirke Bts avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet, blir kanskje noe klarere. Det vil fortsatt være slik at hvis Pa er en saksbehandler i et forvaltningsorgan som mottar en utilbørlig fordel for å påvirke sin overordnede Bt til å treffe en avgjørelse under offentlig myndighet, må forholdet bedømmes som korrupsjon. Grunnen er at den offentlige myndighetsutøvelsen har direkte tilknytning til Pas egen stilling, verv eller oppdrag. Og fortsatt vil det være slik at hvis Pa gir/tilbyr en utilbørlig fordel til Bt som ledd i påvirkningen, kan Pa dømmes for korrupsjon og Ab eventuelt for medvirkning.

⁸¹¹ Bernt og Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, s. 169

Andre ledd endres tilsvarende slik at den gjelder utøving av offentlig myndighet.

24 FORSLAG TIL ENDRINGER I STRAFFEPROESSLOVEN

24.1 Lovforslag

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) endres slik:

Straffeprosessloven § 40 første ledd skal lyde:

Når siktede domfelles, skal domsgrunnene for skyldspørsmålets vedkommende bestemt og uttømmende angi det saksforhold retten har funnet bevist som grunnlag for dommen, og vise til det straffebud han dømmes etter. Når siktede domfelles, skal domsgrunnene også opplyse om de grunner retten har lagt vekt på ved fastsetting av straff og andre rettsfølger. Det skal opplyses i domsgrunnene om hvorvidt straffeloven § 78 bokstav f er anvendt, og det bør angis hvilken betydning tilståelsen har hatt for straffutmålingen. Det skal opplyses i domsgrunnene om hvorvidt straffeloven § 79 bokstav a er anvendt, og det bør pekes på straffenivået for hvert av de mest alvorlige lovbruddene. Opplysninger om tidligere domfellelser eller påtaleunntatelser tas bare med i den utstrekning det har betydning for dommen. *Dersom siktede er et foretak, skal domsgrunnene angi hvordan bøtestrafen er beregnet, jf. straffeloven § 28. Det bør særlig angis hvilken betydning foretakets selvrapportering og samarbeid etter § 28 tredje ledd har hatt for straffutmålingen.*

Straffeprosessloven § 84a skal lyde:

Er den siktede et foretak, tilligger partsrettighetene den personen som kan motta forkynnelser på vegne av foretaket, jf. domstolloven § 191. Er dette flere enn én person,

tilligger partsrettighetene den personen som styret utpeker. Utøvelse av partsrettighetene kan delegeres til en annen person som er ansatt i foretaket. Partsrettigheter bør såvidt mulig ikke tilligge noen som selv er siktet for den overtredelsen saken gjelder.

Straffeprosessloven § 255 skal lyde:

Finner påtalemyndigheten at en sak bør avgjøres med bot, inndragning eller rettighetstap, kan den utferdige forelegg i stedet for å reise tiltale. Reaksjoner som nevnt i § 2 nr. 3 kan også avgjøres ved forelegg og kan også ilegges sammen med reaksjoner som nevnt i første punktum. *Overfor foretak kan betinget bot, straffutmålingsutsettelse og straffutmålingsfrafall også avgjøres ved forelegg.*

Rettighetstap som avgjøres ved forelegg, kan bare gjelde for inntil 3 år og kan ikke gjelde tap av stilling, retten til å inneha stilling eller tap av retten til å utøve næringsvirksomhet, med unntak for binæring. *Dette gjelder likevel ikke for rettighetstap som avgjøres ved forelegg.*

Straffeprosessloven § 256 a skal lyde:

Forelegg mot foretak skal være undertegnet, datert og inneholde:

- 1. det siktede foretaks navn og forretningsadresse*
- 2. opplysning om hvilket straffebud som er anvendt, med gjengivelse av innholdet så langt det er av betydning for saken,*
- 3. en kort, men så vidt mulig nøyaktig beskrivelse av det forhold forelegget gjelder, med opplysning om tid og sted*
- 4. fastsetting av den bot som kreves og hvordan den er beregnet, jf. straffeloven § 28. Det skal særskilt opplyses om straffeloven § 28 tredje ledd er anvendt, og hvilken betydning dette har hatt for utmålingen.*
- 5. en kort begrunnelse for reaksjonsfastsettelsen, samt vilkår og prøvetid ved ileggelse av helt eller delvis betinget bot etter*

straffeloven § 61, straffutmålingsutsettelse etter straffeloven § 60 eller straffutmålingsfrafall etter straffeloven § 61 .

Regelen i § 256 tredje ledd gjelder tilsvarende forforelegg mot foretak.

Straffeprosessloven § 308 skal lyde:

Er siktede død, kan hans ektefelle, slektninger i rett opp- eller nedstigende linje, søsken og arvinger anke i hans sted. *Det samme gjelder når siktede er et enkeltpersonforetak og innehaveren er død.*

24.2 Merknader til bestemmelsene

Til § 40 første ledd:

Første ledd siste punktum er ny og innebærer at domsgrunnene skal angi hvordan bøtestrafen mot foretak er beregnet i henhold til metoden som er regulert i forslaget til straffeloven § 28. Om bakgrunn og begrunnelse, se 10.3.2.3 og 12.3.4 ovenfor. På samme måte som domsgrunnene skal opplyse om anvendelse av straffeloven § 78 bokstav f, skal de angi hvilken betydning foretakets selvrappoterings og samarbeid etter straffeloven § 28 tredje ledd har hatt for straffutmålingen.

Til § 84a:

Bestemmelsen er ny og har til hensikt å klargjøre reglene for partsrepresentasjon også når foretaket ikke har utpekt en partsrepresentant. Om bakgrunnen for forslaget, se ovenfor 11.4. ovenfor. Første punktum slår fast at et foretakets partsrettigheter som siktet som utgangspunkt tilligger den som kan motta forkynnelser på vegne av foretaket etter domstolloven § 191. Dette er det samme utgangspunktet som for stedfortreder for upersonlige rettssubjekter i sivile saker, jf. tvisteloven § 2-5. Bestemmelsen skal forstås på samme måte. Dersom dette er flere enn én person, jf. domstolloven § 191 annet ledd, skal foretakets styre utpeke en representant. Partsrepresentasjonen kan delegeres til en annen person som har verv i foretaket. Regelen om at partsrettigheter ikke bør

tilligge noen som selv er siktet for den overtredelsen saken gjelder videreføres i § 84 a tredje punktum.

Til § 255:

Første ledd tredje punktum er ny. Bestemmelsen slår fast at påtalemyndigheten også kan utferdige forelegg mot foretak om betinget bot, straffutmålingsutsettelse og straffutmålingsfracfall. Om bakgrunnen for bestemmelsen, se 10.3.2.4, 10.6.1.1 og 12.3.4 ovenfor.

Andre ledd andre punktum er ny. Den fastsetter at begrensningen i kompetansen til å avgjøre rettighetstap ved forelegg etter første punktum ikke skal gjelde for forelegg utferdiget overfor foretak. Om bakgrunnen for bestemmelsen, se 10.5.2 ovenfor.

Til § 256 a:

Bestemmelsen er ny og innebærer at innholdet i forelegg utferdiget mot foretak reguleres særskilt for å dekke forskjeller som gjør seg gjeldende ved forelegg mot foretak. Om bakgrunnen for forslaget, se 11.8 ovenfor. *Første ledd nr. 1* bestemmer at et forelegg skal inneholde foretakets navn og forretningsadresse. Dette punktet tilsvarer § 256 nr. 1 med den forskjell at det for foretak skal opplyses om forretningsadresse i stedet for bopel. *Første ledd nr. 2 og 3* tilsvarer § 256 første ledd nr. 2. *Første ledd nr. 4* er ny og bestemmer at forelegg mot foretak skal inneholde hvordan bøtestraff er beregnet etter metoden som foreslås regulert i straffeloven § 28. I tillegg bør særskilt opplyses om regelen om selvrappotering og samarbeid i straffeloven § 28 tredje ledd er anvendt. Bestemmelsen må sees i sammenheng med anbefalingen om publisering av forelegg. *Første ledd nr. 5* bestemmer at når det utferdiges forelegg på betinget bot, straffutmålingsutsettelse eller straffutmålingsfracfall, skal det gis en kort begrunnelse for reaksjonsfastsettelsen. I tillegg må det angis prøvetid og vilkår. *Andre ledd* slår fast at regelen i § 256 tredje ledd om pengekrav og saksomkostninger også skal gjelde ved forelegg mot foretak.

Til § 308:

Andre punktum er ny. Den kodifiserer løsningen som ble fastslått i Rt. 2007 s. 785 om

at bestemmelsen om nærståendes ankerett ved siktedes død må gjelde tilsvarende når siktede er et enkeltpersonforetak og innehaveren er død.

Særlig om offentliggjøring og publisering av forelegg og henleggelsesbeslutninger:

I relasjon til spørsmålet om offentliggjøring av forelegg og henleggelsesbeslutninger, støtter jeg anbefalingene i utredningen til professor Ranga Aarli om en ny generell hovedregel i straffeprosessloven § 29, om dokumentinnsyn for allmennheten i verserende og avsluttede straffesaker. Jeg støtter også i all hovedsak forslagene til presiseringer av hvilke dokumenter dette gjelder, i § 29a og § 29b, og unntakene som er regulert § 29c og § 29d, se 13 ovenfor. Jeg har derfor ikke utarbeidet særskilt forslag til lovbestemmelser om dette. Det bemerkes imidlertid at dersom Aarlis anbefalinger ikke følges, bør (i det minste) retten for enhver til «å kreve utskrift av en dom i en bestemt straffesak» i straffeprosessloven § 28 tredje ledd utvides til også å gjelde forelegg mot foretak. Det bør også legges til rette for at forelegg mot foretak kan publiseres på Lovdata eller andre digitale plattformer.

Særlig om foretaks selvinkrimineringsvern:

Som redegjort for i 11.5 ovenfor, støtter jeg straffeprosessutvalgets forslag om at foretak ikke skal være beskyttet av selvinkrimineringsvernet. Jeg har ikke utarbeidet et eget forslag til lovbestemmelse om dette, men viser til utvalgets forslag til ny straffeprosesslov § 3-2 andre ledd annet punktum.

25SKISSE TIL REGULATORISK PÅBUD OM Å FOREBYGGE KORRUPSJON

25.1 Lovforslag

«Store foretak skal sørge for at det utføres systematisk og forsvarlig antikorrupsjonsarbeid i virksomheten.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om gjennomføringen av kravene i denne paragraf, herunder krav til dokumentasjon av og tilsyn med antikorrupsjonsarbeidet.»

25.2 Merknader til betsemnelsen

Bestemmelsen er adressert til «store foretak» etter regnskapsloven § 1-5 som har rapporteringsplikt om antikorrupsjonsarbeid etter regnskapsloven § 3-3 c. Om bakgrunnen for forslaget, se 21 ovenfor. Bestemmelsen kan vurderes inntatt for eksempel i regnskapsloven eller i arbeidsmiljøloven. Det bør vurderes å utvide den til å gjelde offentlig sektor. Forutsetningen for at en slik lovgivning skal fungere, er at det opprettes et spisskompetent «Antikorrupsjonstilsyn».

26 FORSLAG TIL ANDRE LOVENDRINGER

26.1 Forslag til endringer i forvaltningsloven

26.1.1 Lovforslag

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) endres slik:

Forvaltningsloven § 46 første ledd skal lyde:

Forvaltningsorganer kan ilegge administrativ foretakssanksjon når det er fastsatt i lov. Skyldkravet er uaktsomhet med mindre annet er bestemt. Med foretak menes selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet.

26.1.2 Merknader til bestemmelsen

Første ledd første og andre punktum er en konsekvens av Høyesteretts dom i HR-2021-797-A, hvor det ble slått fast at straffansvar for foretak krever skyld etter EMK artikkel 7. Siden administrativ foretakssanksjon etter forvaltningsloven § 46 også er straff etter EMK, jf. forvaltningsloven § 43 andre ledd, krever også en slik sanksjon et skyldkrav. Det objektive ansvaret for administrativ foretakssanksjon etter forvaltningsloven § 46 kan derfor ikke opprettholdes. For en nærmere vurdering, se 7.5.8 ovenfor. Første ledd første punktum viderefører gjeldende rett om at administrativ foretakssanksjon krever hjemmel i den enkelte særlov. Første ledd andre punktum slår fast at skyldkravet er uaktsomhet med mindre annet er bestemt i den enkelte særlov. Uaktsomhet er tilstrekkelig til å unngå motstrid med EMK artikkel 7. Uaktsomhetskravet kan oppfylles av en enkeltperson som opptrer på vegne av foretaket, inkludert anonyme gjerningspersoner. Det kan også oppfylles ved kumulative feil. Ved uaktsomhetsvurderingen av kumulative feil er kunnskapselementer i foretaket relevante for vurderingen.

26.2 Forslag til endringer i bestemmelser om administrativ foretakssanksjon i spesiallovgivningen

26.2.1 Lovforslag

Lov 24. mai 1929 nr. 4 om tilsyn med elektriske anlegg og elektrisk utstyr (el-tilsynsloven) endres slik:

El-tilsynsloven § 14 andre ledd skal lyde:

Er overtredelsen eller unnlåtelsen begått *under utøvelsen av virksomheten* i et selskap eller annen sammenslutning, en stiftelse eller offentlig virksomhet, kan selskapet mv. ilegges bøtStraff. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen.

Lov 17. desember 1976 nr. 91 om Norges økonomiske sone (økonomiske soneloven) endres slik:

Økonomiske soneloven § 7 a andre ledd skal lyde:

Hvis overtredelse av en bestemmelse gitt i eller i medhold av denne loven er begått under utøvelsen av et foretaks virksomhet, kan foretaket ilegges et overtredelsesgebyr. Det gjelder selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr.

Lov 26 mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven) endres slik:

Deltakerloven §28 andre ledd skal lyde:

Hvis overtredelse av en bestemmelse gitt i eller i medhold av denne loven er begått under utøvelsen av et foretaks virksomhet, kan foretaket ilegges et overtredelsesgebyr. Det gjelder selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr.

Lov 15. juni 2001 nr. 79 om miljøvern på Svalbard (svalbardmiljøloven) endres slik:

Svalbardmiljøloven § 96 a fjerde ledd skal lyde:

Hvis overtredelse av en bestemmelse gitt i eller i medhold av denne loven er begått under utøvelsen av et foretaks virksomhet, kan foretaket ilegges et overtredelsesgebyr i samsvar med første til tredje ledd. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr.

Lov om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven) endres slik:

Universitets- og høyskoleloven § 3-2 (7) skal lyde:

Den som forsettlig eller uaktsomt tildeler eller bruker en tittel, alene eller som en del av en annen tittel, uten å ha rett til dette etter første eller femte ledd i denne paragrafen, eller i strid med forbud gitt i medhold av sjette ledd, kan ilegges overtredelsesgebyr av departementet. Foretak kan også ilegges slikt overtredelsesgebyr. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr. Departementet kan gi forskrift om utstedelse, størrelse, forfall, klage, overprøving og lemping av

overtredelsesgebyret. Endelig vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg.

§ 7-2 (6) skal lyde:

Den som forsettlig eller uaktsomt bruker en vernet institusjonsbetegnelse i strid med denne paragrafen, kan ilegges overtredelsesgebyr av departementet. Foretak kan *også* ilegges slikt overtredelsesgebyr. *Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr.* Departementet kan gi forskrift om utstedelse, størrelse, forfall, klage, overprøving og lemping av overtredelsesgebyret. Endelig vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg.

§ 8-11 (1) skal lyde:

Hvis en institusjon overtrer bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven, kan departementet ilegge institusjonen et overtredelsesgebyr. *Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr.*

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) endres slik:

Arbeidsmiljøloven § 18-10 (1) skal lyde:

Dersom overtredelser av bestemmelser som nevnt i § 18-6 første ledd er begått under utøvelsen av en virksomhet, kan Arbeidstilsynet ilegge virksomheten overtredelsesgebyr. Overtredelsesgebyr kan ilegges selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr. Overtredelsesgebyret tilfaller statskassen, og kan maksimalt utgjøre 15 ganger grunnbeløpet i folketrygden.

Lov 26. januar 2007 nr. 4 om målenheter, måling og normaltid endres slik:

§ 30 fjerde ledd skal lyde:

Når en overtredelse er begått under utøvelsen av et foretaks virksomhet, kan foretaket ilegges overtredelsesgebyr etter bestemmelsen her. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr. Med foretak menes her selskap, enkeltpersonforetak, forening eller annen sammenslutning, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet.

Lov 24. juni 2011 nr. 29 om folkehelsearbeid (folkehelseloven) endres slik:**Folkehelseloven § 17 fjerde ledd skal lyde:**

Når en overtredelse er begått under utøvelsen av et foretaks virksomhet, kan foretaket ilegges overtredelsesgebyr i samsvar med første til tredje ledd. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr.

Lov 25. november 2011 nr. 44 om verdipapirfond (verdipapirfondloven) endres slik:**Verdipapirfondloven § 11-6 (1) skal lyde:**

Dersom overtredelse av § 1-3 første punktum, § 2-1, § 2-5, §§ 2-9 til 2-12, § 2-15, § 3-1, § 4-1 første ledd, §§ 6-1 til 6-11, § 7-7, kapittel 8, § 9-2, §§ 10-1 til 10-3 eller forskrifter gitt i medhold av de nevnte bestemmelsene, eller vilkår i tillatelser gitt i medhold av de nevnte bestemmelsene, er begått under utøvelse av et foretaks virksomhet, kan Finanstilsynet ilegge foretaket overtredelsesgebyr. Tilsvarende gjelder dersom foretaket har fått tillatelse etter § 2-1 ved hjelp av uriktige opplysninger eller andre uregelmessigheter. Overtredelsesgebyr kan ilegges foretaket selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr.

Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven) endres slik:**Skipsarbeidsloven § 12-3 skal lyde:**

(1) *Dersom overtredelser av bestemmelser gitt i eller i medhold av §§ 3-1, 3-3, 3-4 fjerde ledd, 3-9, 4-2, 4-3 tredje ledd, 5-16, kapittel 7 eller kapittel 11, jf. § 2-2 første ledd, er begått under utøvelse av arbeidsgivers virksomhet, kan tilsynsmyndigheten ilegge arbeidsgiveren overtredelsesgebyr.*

(2) *Dersom overtredelser av bestemmelser gitt i eller i medhold av §§ 9-1 annet ledd eller 9-7, jf. § 2-4 annet ledd, eller en bestemmelse gitt i eller i medhold av noen av bestemmelsene som nevnt i første ledd, jf. § 2-4 første ledd, er begått under utøvelse av rederiets virksomhet, kan tilsynsmyndigheten ilegge rederiet overtredelsesgebyr.*

(3) Ved avgjørelsen av om det skal ilegges overtredelsesgebyr og ved utmåling av gebyret skal det særlig legges vekt på:

- a. hvor alvorlig overtredelsen er,
- b. om overtredelsen kunne ha vært forebygget gjennom interne systemer eller ved instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak,
- c. om overtredelsen er begått for å fremme arbeidsgiverens eller rederiets interesser,
- d. om arbeidsgiveren eller rederiet har hatt eller kunne oppnådd noen fordel ved overtredelsen,
- e. om det foreligger gjentakelse,
- f. arbeidsgiverens eller rederiets økonomiske evne.

(4) Skipssikkerhetsloven §§ 55 fjerde ledd og 57 gjelder tilsvarende.

(5) Departementet kan gi utfyllende forskrifter til bestemmelsen.

Lov 20. juni 2014 nr. 30 om kredittvurderingsbyråer endres slik:

§ 6 første ledd skal lyde:

Finanstilsynet kan ilegge foretaket overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som har handlet på vegne av foretaket, har *Dersom en overtredelse av kredittvurderingsbyråforordningen artikkel 4 nr. 1 som gjennomført i § 1 eller forskrifter gitt til utfylling av disse bestemmelsene, er begått under utøvelsen av et foretaks virksomhet, kan Finanstilsynet ilegge foretaket overtredelsesgebyr.*

Lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven) endres slik:

§ 49 (1) skal lyde:

Dersom *overtredelse av §§ 6 til 8, kapittel 4, §§ 25, 26, 27, 28, 30, 35, 36, 39, 42, forskrift gitt i medhold av disse bestemmelsene eller forskrift gitt i medhold av § 52, er begått under utøvelse av virksomheten til et rapporteringspliktig foretak, kan tilsynsmyndigheten ilegge foretaket overtredelsesgebyr. Overtredelsesgebyr kan*

ilegges rapporteringspliktige foretak selv om ingen enkeltperson *kan ilegges overtredelsesgebyr*. Rapporteringspliktige som ikke er foretak *kan også ilegges overtredelsesgebyr for overtredelser som nevnt i første punktum*. *Slike rapporteringspliktige* må ha utvist forsett eller grov uaktsomhet.

Lov 8. juni 2018 nr. 28 om høyere yrkesfaglig utdanning (fagskoleloven) endres slik:

Fagskoleloven § 37 første ledd skal lyde:

Hvis en privat fagskole overtrer bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven, kan departementet ilegge fagskolen et overtredelsesgebyr.

Lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk mv., som endret ved lov 22 juni 2018 nr. 76, endres slik:

§ 10-5 tredje ledd skal lyde:

Fysiske personer kan bare ilegges overtredelsesgebyr for forsettlige eller uaktsomme overtredelser. Foretak kan ilegges overtredelsesgebyr når overtredelsen er begått *under utøvelse av foretakets virksomhet*. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson *kan ilegges overtredelsesgebyr*.

Lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakksskader, som endret ved lov 22. juni 2018 nr. 77, endres slik:

§ 36 a andre ledd skal lyde:

Fysiske personer kan bare ilegges overtredelsesgebyr for forsettlige eller uaktsomme overtredelser. Foretak kan ilegges overtredelsesgebyr når overtredelsen er begått *under utøvelse av foretakets virksomhet*. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson *kan ilegges overtredelsesgebyr*.

Lov 21. juni 2019 nr. 70 om havner og farvann (havne og farvannsloven) endres slik:

§ 50 tredje ledd skal lyde:

Hvis handlingsnormer som nevnt i første eller andre ledd er overtrådt under utøvelse av et foretaks virksomhet, kan foretaket ilegges overtredelsesgebyr. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr.

26.2.2 Felles merknader til bestemmelsene

De foreslåtte endringene av reglene om overtredelsesgebyr i særlovgivningen kan deles inn i to kategorier. For det første er foreslått å endre «på vegne av» vilkåret med et krav om at overtredelsen er begått under utøvelsen av foretakets virksomhet. Om bakgrunnen for forslaget, se 7.8.3. Endringen representerer ingen realitetsendring, men er foreslått for å bruke samme ordlyd som foreslått i straffeloven § 27. For det andre er foreslått å fjerne bestemmelser om at overtredelser kan ilegges uten skyldkrav. Om begrunnelsen, se 7.5.8. Der det passer, er foreslått å erstatte ordlyden med en bestemmelse om at overtredelsesgebyr kan ilegges selv om ingen enkeltperson kan ilegges overtredelsesgebyr. Dette vil dekke overtredelser begått av anonyme gjerningspersoner og kumulative feil. Alle endringene må sees i lys av forslag til endring av forvaltningsloven § 46 om foretakssanksjon, hvor det foreslås at skyldkravet er uaktsomhet med mindre særloven bestemmer noe annet.

REGISTER

FORARBEIDER, OFFENTLIGE DOKUMENTER OG UTREDNINGER

Norge:

Innst. O. nr. 10 (1972-73)	Innstilling fra justiskomiteén om endringer i lovgivningen om inndragning på grunn av straffbare handlinger.
Innst. O. nr. 55 (1990-91)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak).
Innst. O. nr. 72 (2004–2005)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven).
NOU 1983: 57	Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I.
NOU 1989: 11	Straffansvar for foretak. Straffelovkommisjonens delutredning III.
NOU 1992: 23	Ny straffelov - alminnelige bestemmelser. Straffelovkommisjonens delutredning V.
NOU 1992: 28	To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker.
NOU 1996: 21	Mer effektiv inndragning av vinning.
NOU 2002: 4	Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII.
NOU 2002: 22	En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon.
NOU 2003: 12	Ny konkurranselov.
NOU 2003: 15	Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff.
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov
Ot.prp. nr. 27 (1990-91)	Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak).
Ot.prp. nr. 8 (1998–1999)	Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv (inndragning av utbytte)

Ot.prp. nr. 78 (2002–2003)	Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon).
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven).
Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).
Prop. 62 L (2015-2016)	Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.)
Prop. 75 L (2012–2013)	Endringer i Konkurranseloven.
Prop. 150 L (2020–2021)	Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven).
R. 3/2007	Rundskriv fra Riksadvokaten, R. 3/2007 av 7. mai 2007: Tilståelsesrabatt.
Riksadvokaten, <i>Nasjonal Instruks om samarbeid med forvaltningsorganer i straffesak 2019</i>	Riksadvokaten, <i>Nasjonal Instruks om samarbeid med forvaltningsorganer i straffesak</i> , 30. august 2019
SKM 1896	Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. II Motiver. Udarbejdet af den ved kgl. Resolution af 14de november 1885 nedsatte Kommission. Kristiania 1896.
Veiledning til rammeforskriften	Veiledning til Rammeforskriften, (Petroleumstilsynet, Miljødirektoratet, Helsedirektoratet, Mattilsynet, Direktoratet for strålevern og atomsikkerhet), oppdatert 16. desember 2020.

Danmark:

Betænkning 1289/95	Straffelovrådets betænkning om juridiske personers bødeansvar. København 1995.
1991/LSF 15	Forslag til Lov om ændring af straffeloven (Grovt momssvig, EU-svig og bestikkelse af udenlandske tjenestemænd mv.), 6. oktober 1999.

Sverige:

Prop 1985/86: 23	Om ändring i Brottsbalken m.m. (Företagsbot).
Prop 2005/06: 59	Företagsbot.
Prop. 2011/12:79	En reformerad mutbrottslagstiftning, 15 mars 2012.
SOU 1997: 127	Straffansvar för juridiska personer. Del A. Stockholm 1997

Finland:

RP 95/1993 II	Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om straffansvar för juridiska personer, Detaljmotivering.
RP 6/1997 rd	Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till revidering av stadgandena om brott mot rättskipning, myndigheter mv.

Nordisk samarbaid:

NU 1986: 2	Företagsböter.
------------	----------------

Frankrike:

AFA, <i>The French Anti-Corruption Agency Guidelines</i> (2020)	AFA, <i>The French Anti-Corruption Agency Guidelines</i> , 4. Desember 2020
---	---

England:

Explanatory Notes 2007	Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, Explanatory Notes
Ministry of Justice, <i>The Bribery Act 2010</i>	Ministry of Justice, <i>The Bribery Act 2010</i> , Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010), March 2011.
CPS, <i>Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance</i>	Crown Prosecution Service, Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of The Director of the Serious Fraud Office and The

Director of Public Prosecutions. Reviewed September 2019.

USA:

FCPA Resource Guide

U.S. Department of Justice and U.S. Securities and Exchange Commission, *FCPA. A resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Second Edition July 2020.

United States Sentencing Commission, *Guidelines Manual* 2018

United States Sentencing Commission, *Guidelines Manual* 2018

Internasjonale institusjoner:

CoE, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*

Council of Europe, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, European Treaty Series – No. 173, Strasbourg, 27.01.1999.

GRECO, *Third Evaluation Round: Norway 2009*

GRECO, Third Evaluation Round, Evaluation Report on Norway on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), 19 February 2009.

GRECO, *Third Evaluation Round: Denmark 2009*

GRECO, Third Evaluation Round, Evaluation Report on Denmark on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), 2 July 2009.

GRECO, *Third Evaluation Round: Sweden 2009*

GRECO, Third Evaluation Round, Evaluation Report on Sweden on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), 19 February 2009.

GRECO, *Third Evaluation Round: Germany 2009*

GRECO, Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), 4 December 2009.

GRECO, *Third Evaluation Round: Finland 2009*

GRECO, Third Evaluation Round, Evaluation Report on Finland on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), 7 December 2007.

GRECO, *Third Evaluation Round: Denmark, Compliance Report 2011*

GRECO, Third Evaluation Round, Compliance Report on Denmark on Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), 27 May 2011.

GRECO, <i>Third Evaluation Round: Germany, Second Addendum to the Second Compliance Report 2019</i>	GRECO, Third Evaluation Round, Second Addendum to the Second Compliance Report. Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2), 27 March 2019.
Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business	OECD, UNODC, The World Bank, <i>Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business</i> , 2013.
TI, <i>Business Principles for Countering Bribery</i>	Transparency International, <i>Business Principles for Countering Bribery. A multi-stakeholder initiative led by Transparency International</i> , 2013.
TI, <i>Korrupsjonsdommer i Norge 2003–2020</i>	Transparency International, <i>Korrupsjonsdommer i Norge 2003–2020</i> , Oslo 2021.
OECD, <i>Commentaries on the Convention on Bribery</i>	OECD, Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Adopted by the Negotiating Conference on 21 November 1997.
OECD, <i>Recommendation of the Council for Further Combating of Bribery of Foreign Public Officials</i>	OECD, Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. 26 November 2009.
OECD, <i>Retningslinjer for flernasjonale selskaper</i>	OECD, <i>Retningslinjer for flernasjonale selskaper: Anbefalinger for ansvarlig næringsliv innenfor en global ramme</i> , 2011.
OECD Working Group on Bribery, <i>Norway: Phase 2 2004</i>	OECD, Working Group on Bribery, Norway: Phase 2, Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions. 12 April 2004
OECD Working Group on Bribery, <i>Norway: Phase 3 2011</i>	OECD, Working Group on Bribery, Norway: Phase 2, Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in

-
- international business transactions. 23 June 2011
- OECD Working Group on Bribery, *Norway: Phase 4 2018*: OECD, Implementing the OECD Anti-Bribery Convention, 2018.
- OECD, *Foreign Bribery Report 2014*: OECD, Foreign Bribery Report. An analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials. December 2nd 2014.
- OECD (2017), *On Combating Corruption and Fostering Integrity*: OECD Secretary-General's High-Level Advisory Group on Anti-Corruption and Integrity, *On Combating Corruption and Fostering Integrity*, 16. mars 2017.
- OECD (2020), *Foreign bribery and the role of intermediaries, managers, and gender*: OECD, Foreign bribery and the role of intermediaries, managers and gender. 2020.
- OECD, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions*: *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions. Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*. 2019.
- UN, *Legislative Guide, UN Convention Against Corruption*: United Nations Office on Drugs and Crime, Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention Against Corruption, New York, 2006.
- UN, *Interpretative Notes on UN Convention Against Corruption*: United Nations, General Assembly, A/58/422/Add.1, Report of the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention against Corruption on the work of its first to seventh sessions, Addendum: Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Corruption, 7 October 2003.
- UNODC, *Country Review Report of Norway*: UNODC, Country Review Report of Norway. Review by Sweden and Kuwait of the implementation by Norway of articles 15 – 42 of Chapter III. “Criminalization and law enforcement” and articles 44 – 50 of Chapter IV. “International cooperation” of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010 – 2015.
- UN, *State of implementation of the UN Convention Against Corruption*: United Nations Office on Drugs and Crime, State of implementation of the United

Nations Convention Against Corruption,
Second Edition, Vienna 2017.

UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights* UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011.

LITTERATUR:

- Andenæs, *Alminnelig strafferett* 1997** Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 4. utgave (Oslo 1997).
- Andenæs i NTfK 1962** Andenæs, Johs., «Avhør av mistenkte, tiltalte og vitner i straffesaker», i NTfK 1962 s. 119–139.
- Andenæs/Myhrer, *Norsk straffeprosess*** Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer (Oslo 2009).
- Andenæs/Matningsdal/Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett*** Andenæs, Johs, Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Fredrik, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, (Oslo 2004).
- Andenæs/Rieber-Mohn/Sæther, *Alminnelig strafferett*** Andenæs, Johs, Rieber-Mohn, Fredrik og Sæther, Knut Erik, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave, (Oslo 2016).
- Ashworth, *Principles of Criminal Law*** Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Fifth Edition (Oxford 2006).
- Asp, *EG:s sanktionsrätt*** Asp, Petter, *EG:s sanktionsrätt. Ett straffrättsligt perspektiv* (Uppsala 1998).
- Aarli, *Dokumentoffentlighet i Straffesaker*** Aarli, Ragna, *Dokumentoffentlighet i straffesaker. En utredning for Justis- og beredskapsdepartementet*, 28. februar 2021.
- Beale and Safwat in *Buff. Crim. L. Rev.* 2004–2005** Beale, Sara Sun og Adam G. Safwat, "What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability", 8 *Buff. Crim. L. Rev.*, 2004-2005 s. 100 - 163.
- Berg mfl., *Brottsbalken III*** Berg, Ulf, Berggren, Nils-Olof, Munck, Johan, Werner, Anita, Victor, Dag og Örn, Claes, *Kommentar til Brottsbalken Del III (25-38 kap.). Påföljder m.m. Följdföfatningar*, Fjärde omarbetade upplagan (Stockholm 1994).
- Berg i *LoR* 2018** Berg, Fredrik, «Noen problemstillinger i grenselandet mellom direkte korrupsjon og påvirkningshandel», *LoR* 2018 s. 277–290.

-
- Boucht i TjS 2020** Boucht, Johan, «Medvirkningslæren i finsk, norsk og svensk rett – en komparativ undersøkelse», i *TjS* 2020 s. 354–383.
- Brickey, *Corporate Criminal Liability*** Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability. A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, Their Officers and Agents, Volume I*, Second edition (Deerfield, IL/New York, NY/Rochester, NY 1992 - Annual Supp. 2003).
- Coffee i *Mich. L. Rev.* 1980–1981** Coffee, John C. Jr., "'No soul to damn: No body to kick': An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment", *79 Mich. L. Rev.* 1980–1981 s. 386–459.
- Coffee i *Collective Entities*** Coffee, John C., "Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey", i *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities, International Colloquium Berlin 1998*, Albin Eser, Günter Heine og Barbara Huber (eds.) (Band S 78, Freiburg im Breisgau 1999) s. 9-37.
- Cooper i *Philosophy: The Journal of the Royal Institute of Philosophy* 1948** Cooper, David E., "Collective Responsibility (A Defense)" i *Philosophy: The Journal of the Royal Institute of Philosophy* Volum 43, no. 68 (1948), reprinted in *Collective Responsibility. Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*, Larry May and Stacy Hoffman (ed.) (Lanham 1991) s. 35–46.
- Developments in the Law i *Harv. L. Rev.* 1978-1979** "Developments in the Law – Corporate Crime: Regulating corporate behavior through criminal sanctions", *92 Harv. L. Rev.* 1978-1979 s. 1227–1375.
- Elgesem og Wahlen i *TjF* 2010** Elgesem Frode og Wahlen, Henning Rosenlund, «Vernet mot sevinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen», *TjF* 2020 (s. 59–75).
- Eskeland/Høgberg, *Strafferett*** Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. utgave ved Alf Petter Høgberg (Oslo 2017).
- FCPA Resource Guide*** Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *FCPA, A Resource Guide to the US. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition*, (New York/Washington D.C. July 2020).
- Fischel and Sykes i *J. Legal Stud.* 1996** Fischel, Daniel S. and Alan O. Sykes, "Corporate Crime", *J. Legal Stud.*, 1996 s. 319–349.

-
- Fougner i LoR 2013** Fougner, Jan, "Gir mer straff færre alvorlige arbeidsulykker», *LoR* 2013 s. 131–151.
- French i *American Philosophical Quarterly* 1979** French, Peter, "The Corporation as a Moral Person", I *American Philosophical Quarterly*, Vol 16, no. 3 (1979) reprinted in *Collective Responsibility. Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*, Larry May and Stacy Hoffman (ed.) (Lanham 1991) s.133-149.
- Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett II*** Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng, *Norsk konkurranserett, Bind II Prosess og sanksjoner* (Oslo 2006).
- Greve, *Ansvar*** Greve, Vagn, *Det strafferetlige ansvar*, 2. utgave (København 2004).
- Gruner, *Corporate Criminal Liability*** Gruner, Richard S., *Deterrence and Corporate Criminal Liability* (New York 2006).
- Gröning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*** Gröning, Linda, Husabø, Erling Johannes og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, 2. utgave (Bergen 2019).
- Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*** Hagstrøm, Viggo og Stenvik, Are, *Erstatningsrett* (Oslo 2019)
- Hika i *TfR* 2010** Hika, Gemetchu, «Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldpresumsjonen i EMK artikkel 6 (2)», *TfR* 2010 s. 505–547.
- Hjelmeng og Jacobsen i *TfR* 2021** Hjelmeng, Erling og Jacobsen, Jørn, «Skyldkravet i konkurranseretten – mot et objektivt ansvar for systemsvikt», *TfR* 2021 s. 3–45.
- Hov i *Festskrift Stavang*** Hov, Jo, «Henleggelse av straffesaker», i Doublet, David R., Krüger, Kai og Strandbakken, Asbjørn (red.), *Stat, politikk og folkestyre: Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen*, (Bergen 1998) s. 613–629.
- Hurwitz, *Kollektive enheders pønale ansvar*** Hurwitz, Stephan, *Bidrag til læren om kollektive enheders pønale ansvar* (København 1933).
- Husabø, *Straffansvarets periferi*** Husabø, Erling Johannes, *Straffansvarets periferi. Medverking, forsøk, førebuing* (Bergen 1999).
- Høivik i *TfS* 2005** Høivik, Knut, "Foretaksstraff overfor politiske partier", *TfS* 2005 s. 106-118.

-
- Høivik, *Foretaksstraff*** Høivik, Knut, *Foretaksstraff* (Oslo 2012).
- Iseskog, *Företagsbot*** Iseskog, Tommy, *Företagsbot - en sanktion vid brott i näringsverksamhet* (Stockholm 2006).
- Jacobsen i *TfS 2009*** Jacobsen, Jørn RT, "Fiksjon utan moral eller konstruksjon utan verdi", *TfS*, 2009 s. 43–74.
- Jahre i *Festskrift Busch*** Jahre, Hans-Petter, «Når forvaltningen straffer – Litt om forvaltningssanksjoner i norsk rett», i Knut Erik Sæther m.fl., *Straff og frihet: Til vern om den liberale rettsstat. Festskrift til Tor-Aksel Busch*. (Oslo 2019).
- Jescheck & Weigend, *Lehrbuch*** Jescheck, Hans-Heinrich og Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Fünfte Auflage (Berlin 1996).
- Johannisson i *Karnov Brottsbalk*** Johannisson, Sven, i *Karnov, Brottsbalk*, (elektronisk versjon, oppdatert pr. 1. juli 2009), kommentarer til 36 kap. 7 §.
- Keiserud m.fl., *Straffeprosessloven Bind I*** Keiserud, Erik, Sæther, Knut Erik, Holmboe, Morten, Jahre, Hans Petter, Matningsdal, Magnus og Smørdal, Jarle Golten, *Straffeprosessloven, Lovkommentar*, Bind I, 5. utgave (Oslo 2020).
- Khanna i *Wash. U. L. Q. 2004*** Khanna, V.S., "Corporate Crime Legislation: A political economy analysis", 82 *Wash. U. L. Q.* 2004 s. 95–141.
- Kjelby, Gert Johan, *Påtalerett*** Kjelby, Gert Johan, *Påtalerett*, 2. utgave (Oslo 2019).
- Kobayashi i *Geo. Wash. L. Rev. 2001*** Kobayashi, Bruce H., "Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations», 69 *Geo. Wash. L. Rev.* 2000-2001s. 715–744.
- Kruse, *Erhvervslivets kriminalitet*** Kruse, Sysette Vinding, *Erhvervslivets kriminalitet. Studier i det objektive straffansvar* (København 1983).
- LaFave, *Criminal Law*** LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, Fourth Edition (St. Paul, Minnesota 2003).
- Matningsdal, *Inndragning*** Matningsdal, Magnus, *Inndragning* (Bergen 1987).
- Matningsdal, *Straffeloven 2005*** Matningsdal, Magnus, «*Straffeloven 2005, Kommentarutgave*», *Juridika* (elektronisk versjon, bekreftet à jour 1. januar 2021).
- Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*** Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*, (Bergen 2021).

-
- Nichols m.fl., *Corruption and Misuse of Public Office*** Nichols, Colin, Daniel, Tim, Bacarese, Alan, Maton, James and John Hatchard, *Corruption and Misuse of Public Office*, Third Edition (London 2017).
- OECD, *Liability for Legal Persons*** OECD, *The liability for legal persons: A stock taking report* (2016).
- Pieth, Low and Cullen (ed.), *The OECD Convention on Bribery*** Pieth, Mark, Low, Lucinda A. and Peter J. Cullen, *The OECD Convention on Bribery, A Commentary* (2007).
- Rieber-Mohn i NTfK 1989** Rieber-Mohn, Georg Fr., «Miljøkriminalitet – med vekt på krenkelser av det ytre miljø», *NTfK* 1989 s. 5–16.
- Rogall i *Karlsruher Kommentar OWiG*** Rogall, Dr. Klaus, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*. Herausgegeben von Lothar Senge, Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof, 3., neu bearbeitete Auflage (München 2006).
- Roxin, *Strafrecht*** Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage (München 2006).
- Rui i TfR 2009** Rui, Jon Petter, «Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse», i *TfR* 2009 s. 47–69.
- Rui i TfS 2018** Rui, Jon Petter, «Fra menneskerettighetsdomstolen. Ingen straff uten skyld (*nulla poena sine culpa*) G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia, søkenummer 1828/06 storkammerdom 28. juni 2018.
- Sandhaug, *Korrupsjonsbekjempelse*** Sandhaug, Ingvild Rosseland, «Korrupsjonsbekjempelse. Særlig om norske virksomheters ansvar for korrupsjon», Oslo 2020.
- Simester and Sullivan, *Criminal Law*** Simester, A.P. og G.R. Sullivan, *Criminal Law. Theory and Doctrine*, Third Edition (Oxford and Portland, Oregon 2007).
- Skoghøy i JV 2014** Skoghøy, Jens Edvin A., «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven, *JV* 2014 s. 297–339.
- Stessens i ICLQ 1994** Stessens, Guy, "Corporate Criminal Liability: A comparative perspective", 43 *ICLQ*, 1994 s. 493-520.
- Toftegaard Nielsen i *Kommenteret straffelov, Almindelig del*** Greve, Vagn, Asbjørn Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen, *Kommenteret straffelov. Almindelig del*, 8. omarbejdede udgave (København 2005).
- Velasquez i *Business and Professional Ethics Journal*** Velasquez, Manuel, "Why Corporations Are Not Morally Responsible For Anything They Do" i *Business and*

-
- Professional Ethics Journal*, Vol 2, no. 3, reprinted in *Collective Responsibility. Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*, Larry May and Stacy Hoffman (ed.) (Lanham 1991) s. 111-131.
- Wahl-Larsen i Festskrift Hydro** Wahl-Larsen, Karl, "Foretaksstraff" i *Industribygging og rettsutvikling. Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*, Odd Ivar Biller mfl. (red.) (Bergen 2005) s. 371–379.
- Wells, Corporations** Wells, Celia, *Corporations and Criminal Responsibility*, Second Edition (Oxford 2001).
- Wils i E. L. Rev. 2000** Wils, Wouter P. J., "The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons", *E.L. Rev.* 2000 s. 99-116.
- Øyen, Vernet mot selvinkriminering** Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, (Bergen 2010).
- Øyen, Straffeprosess** Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2. utgave (Bergen 2019).
- Øyen og Kjelby, Barnerett og strafferett** Ørnulf Øyen og Gert Johan Kjelby, «Barnerett og strafferett: omsorgsansvar og straff ansvar. Noen tanker om passiv medvirkning og avgjørelsen i HR-2019-561-A», i Sigrid Eskeland Schütz, Ragna Aarli og Henriette Sinding Aasen (red.), *Likestilling, barn og velferd. Rettsfelt i utvikling: Til Gudrun Holgersen på 70 årsdagen*, (Oslo 2020) s. 316–335.
- Aarbakke, Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar** Aarbakke, Magnus, *Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, Rapport Juitis- og tolldepartementet, 06.12.2004.