

Foretaksstraff for korrupsjon

En analyse av kan-skjønnets etter strl. § 48 a når overtredelsen er korrupsjon



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 722

Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 17 138 ord

18.04.2011

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Problemstilling, avgrensing og rettskildebilde	1
1.1.1	Problemstilling	1
1.1.2	Avgrensing	1
1.1.3	Rettskildebilde	2
2	<u>INTERNASJONALE FORPLIKTELSER OG VILKÅR FOR STRAFF</u>	3
2.1	Innledning	3
2.2	Internasjonale forpliktelser	3
2.2.1	OECD-konvensjonen	3
2.2.2	Europaråds-konvensjonen	4
2.2.3	FN-konvensjonen	5
2.3	Straffelovens korrupsjonsbestemmelser	6
2.3.1	Vilkår for straff	7
2.3.1.1	Posisjon	7
2.3.1.2	Tilknytning	7
2.3.1.3	Ytelsen	7
2.3.1.4	Utlørlighetskravet	8
2.3.1.5	Skyldkrav: forsett	8
2.3.2	Straff	8
2.4	Straffelovens bestemmelser om foretaksstraff	9
2.4.1	Vilkår for straff	9
2.4.1.1	Overtredelse av et straffebud	9
2.4.1.2	Spesielt om anonyme og kumulative overtredelser	11
2.4.1.3	Tilknytningsvilkåret	11
2.4.1.4	Foretaket	12
2.4.2	Straff	13

3	<u>KAN-SKJØNNET ETTER STRL. § 48 A NÅR OVERTREDELSEN ER KORRUPSJON</u>	14
3.1	Innledning	14
3.2	Foretaksansvarets valgfrie karakter	14
3.3	Utgangspunktet: ingen presumsjon for foretaksstraff	15
3.4	Unntak fra utgangspunktet i korrupsjonssaker?	16
3.5	Momentene i § 48 b	18
3.5.1	Bokstav a – prevensjonshensynet	18
3.5.1.1	Preventiv effekt i forhold til foretaket som sådan	19
3.5.1.2	Preventiv effekt i forhold til fysiske personer	23
3.5.2	Bokstav b – overtredelsens grovhet	27
3.5.3	Bokstav c – forebyggende tiltak	28
3.5.4	Bokstav d – motiv om å fremme foretakets interesser	32
3.5.5	Bokstav e – potensiell eller aktuell fordel ved overtredelsen	33
3.5.6	Bokstav f – foretakets økonomiske evne	34
3.5.7	Bokstav g – andre reaksjoner på overtredelsen	35
3.6	Forholdet til internasjonale forpliktelser	36
3.6.1	Folkerettslig forpliktet til et obligatorisk foretaksansvar for korrupsjon?	36
3.6.2	Hvilken betydning har internasjonale forpliktelser for kan-skjønn?	39
3.6.3	Forslag til ny bokstav h i straffelov 2005	41
3.7	Reelle hensyn	42
3.7.1	Tid siden overtredelsen	42
3.7.1.1	Strukturelle endringer i foretaket	43
3.7.1.2	Gjerningspersonens tilknytning til foretaket	45
3.7.2	Lav oppdagelsesrisiko	45
3.7.3	Bedriftsøkonomisk kalkulert risiko - rasjonell kriminalitet	47
3.7.4	Straffverdighet	49
4	<u>AVSLUTNING</u>	51
4.1	Oppsummering og konklusjon	51
4.2	Vurdering av gjeldende rett og rettsutviklingen	52

4.2.1	Synspunkter på gjeldende rett	52
4.2.2	Synspunkter på rettsutviklingen	53

5 LITTERATURLISTE 55

1 Innledning

1.1 Problemstilling, avgrensning og rettskildebilde

1.1.1 Problemstilling

Foretaksstraffinstituttet i norsk rett er etablert i §§ 48 a og 48 b i straffeloven¹ kap. 3 a. Reglene er generelt utformet, og kan anvendes i kombinasjon med hvilket som helst straffebed. Hjemmelen for foretaksstraff kan derfor ikke i sin lovtekniske utforming ta høyde for alle de konkrete særhensyn som kan gjøre seg gjeldende innenfor de vidt forskjellige rettsområdene foretaksstraff kan tenkes anvendt på. Av den grunn beror det på rettens skjønn om den generelle hjemmelen for foretaksstraff skal benyttes i det enkelte tilfelle. Å ta hensyn til lovbruddets særegenhet og de konkrete omstendigheter blir derfor i stor grad en oppgave for domstolene i deres praktisering av den skjønnsmessige kompetanse de tillegges etter strl. kapittel 3 a. Denne avhandlingen skal drøfte bruk av foretaksstraff der det er begått en korrupsjonshandling på vegne av foretaket. Hovedvekten av drøftelsen vil ligge på *hensiktsmessighetsvurderingen* som følger av § 48 a, jf. § 48 b, når overtredelsen er korrupsjon. Siktemålet er å finne ut om det finnes særhensyn innenfor dette rettsområdet som kan tenkes å gi seg utslag i rettens skjønnsutøvelse, og om det på bakgrunn av dette er mulig å oppstille en presumsjon for at foretaksstraff ilegges i korrupsjonssaker. Problemstillingen er altså om det foreligger særtrekk ved korrupsjon som kriminalitetstype som gjør at det som hovedregel er *hensiktsmessig* å benytte kompetansen til å ilegge foretaksstraff.

1.1.2 Avgrensning

Avhandlingens tema er foretaksstraff for korrupsjon. I dette ligger at det er bruken av foretaksstraff der overtredelsen er korrupsjon som skal behandles, og ikke foretaksstraff for andre typer lovbrudd. Avhandlingen har som formål å drøfte de hensyn som gjør seg særskilt gjeldende i *hensiktsmessighetsvurderingen* i korrupsjonssaker. Det tilsiktes

¹ Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10. Heretter forkortet til strl.

altså ikke å gi en generell eller uttømmende oversikt over hensyn som måtte være relevant i vurderingen for andre lovbrudd. Foretakets straffeprosessuelle stilling vil ikke bli behandlet. Utmålingen av foretaksstraff faller som utgangspunkt utenfor avhandlingen, men det blir likevel sagt noen ord om straffutmålingen der dette anses nødvendig av hensyn til sammenhengen. Avhandlingen tar kun for seg de norske reglene om foretaksstraff for korrupsjon, selv om også utenlandske regler som f.eks. amerikanske Foreign Corrupt Practices Act kan ha stor betydning for norske foretak i utlandet. Avhandlingen tar for seg gjeldende rett, men behandler også reglene etter ny straffelov der det er nødvendig. Forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 behandles ikke, verken i forhold til gjeldende rett eller straffeloven 2005. Avhandlingen gjelder *domstolenes* utøvelse av kan-skjønnet. Eventuelle avvik som måtte finnes i påtalemyndighetens skjønnsutøvelse blir derfor ikke behandlet.

1.1.3 Rettskildebilde

Avhandlingen bygger på alminnelig norsk rettskildelære. Det er per dags dato ikke avsagt dom verken i Høyesterett eller lagmannsrett som direkte omhandler foretaksstraff for korrupsjon. Tolkning av ordlyden i de aktuelle bestemmelser, forarbeider, juridisk teori og reelle hensyn vil derfor dominere rettskildebildet. Dessuten vil rettspraksis rundt bruk av foretaksstraff for andre overtredelser, spesielt annen økonomisk kriminalitet, gi viktige bidrag til avhandlingen. Bruk av foretaksstraff for korrupsjon er ikke direkte behandlet i juridisk teori tidligere. Til gjengjeld er det skrevet mye om både korrupsjonsbestemmelsene og foretaksstraffinstituttet isolert og generelt. Avhandlingen vil prøve å knytte teori fra slike kilder sammen.

2 Internasjonale forpliktelser og vilkår for straff

2.1 Innledning

Dette kapittelet vil gi en kort redegjørelse for straffelovens korrupsjonsbestemmelser og den generelle hjemmelen for foretaksstraff. Fremstillingen av dette er på ingen måte ment å være uttømmende, ettersom det vil sprengte rammene for denne avhandlingen. Det er allikevel nødvendig å si noen ord om disse bestemmelsene for å sette avhandlingens hovedtema i riktig perspektiv. Innledningsvis vil kapittelet gi en kort oversikt over de internasjonale forpliktelsene Norge har påtatt seg i forbindelse med korrupsjon. Dette fordi de nye norske korrupsjonsbestemmelsene i stor grad er et resultat av disse traktatreglene, og fordi traktatretten kan ha betydning for anvendelsen av kan-skjønnen i strl. § 48 a når overtredelsen er korrupsjon, jf. nedenfor kap. 3.6.

2.2 Internasjonale forpliktelser

2.2.1 OECD-konvensjonen

OECDs Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (heretter OECD-konvensjonen) ble ratifisert av Norge 18. desember 1998. Formålet med konvensjonen er å oppdage, forhindre og motarbeide korrupsjon ved å forplikte statene til å kriminalisere bestikkelse av utenlandske tjenestemenn i forbindelse med internasjonale forretningstransaksjoner.² Kriminaliseringen skal skje på bakgrunn av en felles definisjon av bestikkelser, som etableres i art. 1. Konvensjonen retter seg mot den som tilbyr bestikkelsen, altså aktiv korrupsjon. Det er kun korrupsjon i offentlig sektor som er omfattet, og korrupsjonen må i tillegg skje som ledd i en internasjonal forretningstransaksjon.

Statene er forpliktet til å fastsette sanksjoner som er “effective, proportionate and dissuasive”, jf. art. 3 nr. 1. Med andre ord – det må etableres effektive, forholdsmessige

² Se tredje avsnitt i konvensjonens fortale

og avskrekkende sanksjoner for å sikre etterlevelsen av konvensjonens forbud. Etter art. 2 er dessuten statene forpliktet til å sørge for at også juridiske personer skal kunne holdes ansvarlig for slike bestikkelser som konvensjonen retter seg mot.

Det fremgår av art. 3 nr. 1 sammenholdt med nr. 2 at foretaksansvaret kan være enten strafferettslig eller sivilrettslig. Foretaksansvaret etter strl. kap. 3 a er strafferettslig, og derfor i tråd med art. 3 nr. 1. OECD har imidlertid, både i første og andre fase i evalueringen av Norges oppfyllelse av traktaten, stilt spørsmål ved om det norske foretaksansvaret er tilstrekkelig til å oppfylle kravet i art. 2 om ansvar for juridiske personer, ettersom foretaksstraffen etter strl. § 48 a er valgfri og ikke obligatorisk.³ Under både fase 1 og fase 2 i evalueringen konkluderer OECD med at spørsmålet om dagens ordning sikrer et effektivt straffansvar for juridiske personer som begår korrupsjon som omfattes av traktaten, skal følges opp i neste fase av evalueringen av Norges konvensjonsoppfyllelse.⁴

2.2.2 Europaråds-konvensjonen

The Criminal Law Convention on Corruption (heretter: Europarådskonvensjonen) ble signert av Norge samme dag som den trådte i kraft; 29. januar 1999. Konvensjonens formål er å styrke det internasjonale samarbeidet om bekjempelse av korrupsjon, og dette skal skje ved at traktatspartene forplikter seg folkerettslig til å samordne kriminaliseringen og forbedre det internasjonale samarbeidet om bekjempelse av korrupsjon.

Konvensjonen har et vesentlig videre anvendelsesområde enn OECD-konvensjonen, fordi den rammer både aktiv og passiv korrupsjon i både privat og offentlig sektor. Og det er uten betydning hvilken sammenheng korrupsjonen skjer i, dvs. det er ikke et krav at korrupsjonen inngår i en internasjonal forretningstransaksjon eller noen annen spesifikk sammenheng.

³ Se NOU 2002: 22 s. 14 og OECDs Evalueringsrapport fase 2 s. 34-35 og s. 51

⁴ Fase 3 i evalueringen av Norges konvensjonsoppfyllelse er per dags dato i gang, men konklusjonen foreligger ennå ikke.

Art. 18 pålegger de kontraherende stater å vedta lovgivning som sikrer at juridiske personer kan holdes ansvarlig for aktiv korrupsjon, påvirkningshandel og hvitvasking begått på vegne av foretaket av en fysisk person som besitter en av de nærmere angitte ledende posisjoner i foretaket, jf. første ledd. Etter annet ledd skal foretaket også kunne holdes ansvarlig når overtredelsen er begått av en person som *ikke* er i en ledende posisjon dersom det er foretakets manglende kontroll eller tilsyn som har muliggjort overtredelsen. I likhet med OECD-konvensjonen art. 3, skal det etter Europarådskonvensjonen art. 19 annet ledd fastsettes effektive, proporsjonale og avskrekkende strafferettslige sanksjoner.

Etterlevelsen av konvensjonen overvåkes av GRECO. GRECO har i sine rapporter ikke problematisert det fakultative foretaksansvaret, fordi det ikke finnes rettspraksis der foretaksstraff har vært ilagt for korrupsjon. De har derfor ennå ikke hatt mulighet til å se hvordan systemet fungerer i praksis.⁵ I forarbeidene til korrupsjonsbestemmelsene antar lovgiver at bestemmelsene om foretaksstraff i strl. kap. 3 a oppfyller konvensjonens krav.⁶ Samtidig erkjennes det at den fakultative hjemmelen for foretaksstraff kan komme i konflikt med konvensjonens krav om et effektivt foretaksansvar, på samme måte som for OECD-konvensjonen.

2.2.3 FN-konvensjonen

United Nations Convention Against Corruption (heretter: FN-konvensjonen) ble ratifisert av Norge 29. juli 2006. Konvensjonen har til formål å styrke det internasjonale samarbeidet for å forebygge og bekjempe korrupsjon, og stiller krav om at nasjonal lovgivning kriminaliserer en rekke handlinger med preg av korrupsjon. Ratifikasjonen skapte behov for endring av blant annet bestemmelsene om hvitvasking, men det var ikke nødvendig å endre de nye norske korrupsjonsbestemmelsene.

I likhet med de to foregående konvensjonene krever også FN-konvensjonen at juridiske personer etter intern rett skal kunne holdes ansvarlig for korrupsjonshandlinger som

⁵ GRECO Second Evaluation Round, Evaluation Report on Norway s. 18 avsnitt 62.

⁶ Jf. NOU 2002: 22 s. 20

omfattes av traktaten, jf. art. 26 første ledd. Også etter denne konvensjonen skal overtredelser møtes med effektive, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner, se fjerde ledd.

Norge er altså bundet av i alt tre konvensjoner som alle stiller krav om at juridiske personer skal kunne holdes ansvarlig etter nasjonal rett for de korrupsjonshandlinger traktatene rammer. Samtlige traktater krever videre at sanksjonene skal være effektive, proporsjonale og avskrekkende. De krav som konvensjonene med dette stiller til norsk rett kan få betydning for hensiktsmessighetsvurderingen som skal foretas etter de norske reglene om foretaksstraff. Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 3.6.

2.3 Straffelovens korrupsjonsbestemmelser

Strl. §§ 276 a og 276 b om korrupsjon og 276 c om påvirkningshandel ble vedtatt ved lov av 4. juli 2003 nr. 79, og er i stor grad foranlediget av ratifikasjonen av Europarådskonvensjonen.⁷ Med dette ble det innført generelle korrupsjonsbestemmelser i norsk rett som avløste en rettsstilstand basert på til dels ufullstendig regulering gjennom en rekke straffebud spredt rundt i straffeloven.⁸ Med den nye reguleringen er korrupsjonsbestemmelsene samlet på ett sted. Det skilles ikke lenger mellom korrupsjon i og utenfor offentlige forhold, og både aktiv og passiv korrupsjon rammes av bestemmelsene. Strl. § 276 a bokstav a rammer passiv korrupsjon, det vil si der gjerningsmannen er den som mottar bestikkelsen. Bokstav b rammer aktiv korrupsjon, altså der gjerningsmannen er den som tilbyr bestikkelsen. Av plasshensyn vil § 276 c om påvirkningshandel ikke bli behandlet i det følgende, selv om også dette er å regne som en korrupsjonshandling.

Etter strl. § 12 kommer korrupsjonsbestemmelsene til anvendelse både for handlinger begått i Norge⁹ og i utlandet, uansett om handlingen begås av en utlending¹⁰ eller en person hjemmehørende i Norge¹¹.

⁷ Se f.eks. NOU 2002: 22 s. 9 og Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 19

⁸ §§ 112 og 113 (opphevet) rammet passiv korrupsjon i offentlige tjenesteforhold, mens aktiv korrupsjon i slike forhold ble rammet av § 128. Korrupsjon i privat sektor ble bedømt som utroskap etter § 275.

⁹ Jf. strl. § 12 nr. 1 og 2

2.3.1 Vilkår for straff

2.3.1.1 Posisjon

Etter ordlyden kreves det at den som mottar den utilbørlige ytelse må være i en posisjon hvor han innehar en “stilling, verv eller oppdrag”, eller at ytelsen gis eller tilbys til noen i en slik posisjon. Formuleringen favner vidt, og etter forarbeidene er det meningen at alle tenkelige stillingsforhold, verv og oppdragsforhold for både offentlige og private oppdrags- og arbeidsgivere skal være omfattet.¹² Annet ledd presiserer at tilsvarende posisjoner i utlandet er omfattet.

2.3.1.2 Tilknytning

Ytelsen må være gitt eller mottatt “i anledning” stilling, verv eller oppdrag. Det må altså foreligge en tilknytning mellom ytelse og posisjon. Men det kreves ikke at ytelsen er gitt med påvirkningshensikt, det vil si med en forventning om gjenytelser. Dermed omfattes ikke bare bestikkelser i tradisjonell forstand, men også “smøring” som ikke har til formål å påvirke posisjonsinnehaveren til å utføre sine oppgaver på en bestemt måte.¹³ Men dersom påvirkningshensikt kan bevises, vil dette være et moment som taler for at ytelsen er utilbørlig, se for øvrig kap. 2.3.1.4. Denne tolkningen er forutsatt i forarbeidene¹⁴ og lagt til grunn av Høyesterett i Rt.2009.130.

2.3.1.3 Ytelsen

Det må være ytet en “fordel”. Det er ikke et krav at ytelsen har økonomisk verdi, selv om dette vil være det mest nærliggende. Forarbeidene trekker fram blant annet medieomtale og innsideinformasjon som eksempler på “fordel” uten økonomisk verdi.¹⁵

¹⁰ Jf. strl. § 12 nr. 4 bokstav a

¹¹ Jf. § 12 nr. 3 bokstav a

¹² Jf. Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 33

¹³ Andenæs (2008) s. 424

¹⁴ Ot.prp. 78 (2002-2003) s. 34

¹⁵ NOU 2002: 22 s. 23

2.3.1.4 Utilbørighetskravet

For å rammes av korrupsjonsbestemmelsene må ytelsen være “utilbørlig”. Grensen mellom straffri og straffbar adferd trekkes altså gjennom en rettslig standard der innholdet er ment å endre seg over tid. Etersom korrupsjonsbestemmelsene er så nye, vil forarbeidene være en tungtveiende rettskilde når standardens innhold skal belyses på nåværende tidspunkt.¹⁶ Sammenfatningsvis må det dreie seg om et “klart klanderverdig forhold”. I denne vurderingen vil størrelsen på en eventuell økonomisk verdi av ytelsen være av betydning. Det samme gjelder hvilken stilling eller posisjon giver og mottaker har, og forholdet dem i mellom. Normen er normalt strengere for offentlige tjenestemenn og enn for privat ansatte. I privat sektor er det relevant å legge vekt på bransjepraksis og interne retningslinjer for hva som er alminnelig aksepterte ytelser, selv om retten selvfølgelig ikke er forhindret fra å sanksjonere mot praksis som i seg selv vurderes som utilbørlig, se også kap. 3.5.3. Graden av åpenhet rundt ytelsen og hvorvidt mottakers/givers overordnede er informert om den vil dessuten være av betydning. For at § 276 b om grov korrupsjon skal komme til anvendelse må det “foreligge kvalifisert utilbørlig opptreden - et markert avvik fra det tilbørlige”.¹⁷ Hvorvidt overtredelsen er grov har også betydning i vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges for korrupsjonshandlingen, se kap. 3.5.2.

2.3.1.5 Skyldkrav: forsett

Skyldkravet i §§ 276 a – c er forsett. Det fremgår av bestemmelsenes ordlyd sammenholdt med straffelovens generelle regel om skyld; strl. § 40 første ledd. Uaktsom overtredelse av §§ 276 a – c er altså ikke straffbart.

2.3.2 Straff

Strafferammen for korrupsjon er bøter og inntil 3 års fengsel, jf. strl. § 276 a tredje ledd første punktum. Det samme gjelder for påvirkningshandel, jf. § 276 c tredje ledd første punktum. Dersom korrupsjonen er grov og rammes av § 276 b er strafferammen inntil 10 års fengsel.

¹⁶ Drøftelsen i det følgende er basert på NOU 2002: 22 s. 39 og Ot.prp. nr.78 (2002-2003) s. 55-56

¹⁷ Jf. Ot.prp. nr.78 (2002-2003) s. 45

2.4 Straffelovens bestemmelser om foretaksstraff

Strl. §§ 48 a og 48 b ble tatt inn i straffeloven ved lov av 20.juli 1991 nr. 66.

Bestemmelsene gir generell hjemmel for foretaksstraff.

Etter strl. § 12 nr. 1 kan både norske og utenlandske foretak kan holdes ansvarlig etter §§ 48 a og 48 b for *lovbrudd begått på norsk territorium*.¹⁸ Når det gjelder spørsmålet om å anvende de norske reglene om foretaksstraff for *handlinger begått i utlandet*, må det sondres mellom forskjellige typetilfeller. Anvendelsen av § 12 nr. 3 og 4 i forhold til foretaksstraff reiser visse tolknings spørsmål som det faller utenfor denne oppgaven å drøfte. Høivik konkluderer imidlertid med at § 12 nr.3 dekker straffansvar for *norske foretak for handlinger begått i utlandet*, uansett om den fysiske gjerningsperson er utlending eller hjemmehørende i Norge. Dette er praktisk viktig i korrupsjonssaker, som gjerne kan gå på tvers av landegrenser. Dersom *foretaket er utenlandsk og handlingen er begått i utlandet*, kommer imidlertid reglene om foretaksstraff *ikke* til anvendelse, uansett om den fysiske gjerningsperson er utlending eller hjemmehørende i Norge.¹⁹ *Personlig* straffansvar for korrupsjonshandlingen kan imidlertid gjøres gjeldende i Norge, jf. kap. 2.3.

2.4.1 Vilkår for straff

2.4.1.1 Overtredelse av et straffebed

Lovskravet i Grunnloven § 96 gjelder også når straffesubjektet er et foretak. Strl. § 48 a krever derfor at det må være foretatt en handling som er i strid med gjerningsinnholdet i et straffebed. Prinsipielt kan overtredelse av hvilket som helst straffebed gi grunnlag for foretaksstraff, idet § 48 a etter ordlyden kun krever at et “straffebed er overtrådt”. Men det er klart at for visse typer overtredelser vil foretaksstraff i praksis være nærmest utenkelig. For eksempel kan det vanskelig tenkes at en voldtekt kan sies å være begått “på vegne av” selskapet, selv om det er teoretisk mulig.²⁰ Korrupsjon og annen

¹⁸ Se f.eks. Rt.2002.1312 og Høivik (2006) s. 7

¹⁹ Jf. Høivik (2006) s. 10-15

²⁰ Se f.eks. Eskeland (2006) s. 354

økonomisk kriminalitet vil på den annen side være typiske overtredelser der foretaksstraff er aktuelt.²¹

Etter § 48 a første ledd annet punktum kan foretaket straffes “selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen”. Formuleringen innebærer at alle de vanlige vilkår for straff ikke trenger å være oppfylt hos den som overtrer straffebudet på vegne av foretaket.²² De objektive vilkår for straff, dvs. at handlingen dekkes av gjerningsinnholdet i et straffebud og at det ikke foreligger straffrihetsgrunner, *må* være oppfylt. Det subjektive vilkår om tilregnelighet trenger imidlertid *ikke* være oppfylt. Formuleringen “selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen” sammenholdt med første ledd første punktum kan gi inntrykk av at det også gjøres unntak fra det subjektive vilkår om skyld. En naturlig språklig forståelse av ordlyden kan med dette gi inntrykk av at foretaksansvaret er helt objektivt. I dom inntatt i Rt.2002.1312 ble det klart slått fast at gjerningspersonen må oppfylle straffebudets skyldkrav. Høyesterett uttaler at “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 enten foreligge skyld – forsett eller uaktsomhet – hos en enkeltperson som handler på vegne av foretaket, eller anonyme og/eller kumulative feil.”²³

Denne rettstilstanden vil imidlertid bli endret når den nye straffeloven trer i kraft: etter ordlyden i utkastet til § 27 første ledd første punktum kan foretaket straffes “selv om ingen enkeltperson har utvist skyld”²⁴. Konsekvensen av dette er at konstatering av skyld ikke lenger vil være et vilkår for å ilegge foretaksstraff. Imidlertid vil skyldkravet og graden av skyld etter utkastet til ny § 28 være relevant som moment i vurderingen av om foretaksstraff *bør* ilegges, og i så fall i hvilket omfang.²⁵

²¹ Se f.eks. NOU 1989:11 s.12 og Andenæs (2004) s. 281

²² Se NOU 1989: 11 s. 15

²³ Jf. Rt.2002.1312 s.1318

²⁴ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 499

²⁵ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 242

2.4.1.2 Spesielt om anonyme og kumulative overtredelser

Formuleringen “selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen” innebærer likevel en begrensning i kravet til skyld. Etter forarbeidene omfatter foretaksansvaret også såkalte anonyme og kumulative overtredelser.²⁶ Med anonyme menes overtredelser der den fysiske gjerningsperson er ukjent, men hvor det likevel kan konstateres at overtredelsen er begått “på vegne av selskapet”. Med ansvar for kumulative overtredelser menes at foretaket straffes for summen av enkeltpersoners adferd i de tilfeller hvor ingen enkeltpersoner alene oppfyller gjerningsbeskrivelsen og skyldkravet. En forutsetning for at foretaksansvaret skal omfatte kumulative overtredelser, er at skyldkravet i det aktuelle straffebed er uaktsomhet.²⁷ Dersom skyldkravet i straffebedet er forsett, er kumulasjonsansvaret ikke anvendelig. Begrunnelsen er, som Knut Høivik skriver i sin doktoravhandling, at “forsettskravet inneholder en psykologisk komponent som forutsetter en individuell gjerningsperson. Skyldformen uaktsomhet inneholder på den andre siden en objektiv kjerne som i noen grad kan løsrives fra psykologiske kriterier.”²⁸ Skyldkravet i strl. §§ 276 a-c er forsett, jf. strl. § 40. Dette medfører altså at det ikke er mulig å kumulere foretaksansvar for overtredelse av korrupsjonsbestemmelsene.

2.4.1.3 Tilknytningsvilkåret

Overtredelsen må være foretatt av noen som har handlet “på vegne av” foretaket, jf. § 48 a første ledd første punktum. Dette kravet om tilknytning innebærer for det første at det må foreligge tilknytning mellom *gjerningspersonen* og foretaket. Spørsmålet om hvor sterk tilknytning som kreves beror på en tolkning av ordlyden “på vegne av”. Dersom overtredelsen er begått av en arbeidstaker eller av foretakets egne organer (styre, generalforsamling etc.) vil tilstrekkelig tilknytning foreligge. Ordlyden åpner for at også selvstendige oppdragstakere kan ha tilstrekkelig tilknytning, og dette forutsettes også i forarbeidene.²⁹ For selvstendige oppdragstakere må det vurderes konkret om tilknytningen er sterk nok. Det avgjørende vil etter forarbeidene være om foretaket som

²⁶ NOU 1989: 11 s. 16 (flertallets forslag), Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 17 og Innst. O. nr. 55 (1990-1991) s. 2

²⁷ Se NOU 1989: 11 s.16 og Andenæs (2004) s. 280, Matningsdal (2011) note 427.

²⁸ Høivik (2010) s. 243

²⁹ Jf. NOU 1989: 11 s. 17

har gitt oppdraget har hatt noen reell mulighet for å innvirke på hvordan oppdraget ble utført. Eskeland skriver at “Jo mindre reell mulighet foretaket har til å instruere og kontrollere en selvstendig oppdragstaker, desto mindre grunn er det til å anse vedkommende for å opptre “på vegne av” foretaket”.³⁰

For det annet innebærer tilknytningsvilkåret at det må foreligge tilknytning mellom *handlingen* og foretaket. Også her må tilknytningen vurderes konkret med utgangspunkt i ordlyden “på vegne av”. Om foretaket oppnår fordeler ved overtredelsen, om gjerningsmannen har gått ut over sine instruksjoner og gjerningsmannens stilling i foretaket, er momenter i vurderingen som kan leses ut av forarbeidene.³¹

Tilknytningen må i begge relasjoner vurderes ut fra forholdene på tidspunktet for overtredelsen.³²

2.4.1.4 Foretaket

Strl. § 48 a annet ledd definerer selv hva som regnes som “foretak”. Alle typer selskaper er omfattet, herunder selskapsformer med personlig, ubegrenset ansvar som enkeltpersonforetak og ansvarlige selskap. Også offentlig virksomhet er omfattet og likestilt med private foretak, enten virksomheten er organisert som eget rettssubjekt eller som et regulært forvaltningsorgan.³³

I tiden mellom lovbruddet og straffesaken kan foretaket tenkes å gjennomgå strukturelle endringer som for eksempel navneendring, omdanning til annen selskapsform, overføring av eierskap, overføring av virksomhet til annet selskap, fusjon, fisjon og likvidasjon. Dersom foretaket og virksomheten knyttet til det har opphørt fullstendig, altså slik at både formell og funksjonell identitet har opphørt, finnes det ikke noe foretak å fullbyrde straffen overfor. Utgangspunktet er da at foretaksstraff er utelukket fordi det ikke lenger finnes noe “foretak”. Men dersom det opprinnelige foretaket kan følges inn i et annet foretak, kan det bli aktuelt å holde det “nye” foretaket ansvarlig for

³⁰ Eskeland (2006) s. 361

³¹ Jf. Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 18

³² Asbjørnsen (1995) s. 84

³³ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 29

lovbruddet. I følge forarbeidene, rettspraksis og juridisk teori beror ansvaret for det nye foretaket på om lovbruddet kan sies å være foretatt “på vegne av” også det nye selskapet.³⁴ Dersom tilknytningsvilkåret er oppfylt også overfor det “nye” selskapet, kan dette holdes ansvarlig for overtredelsen. I vurderingen vil det være relevant å legge vekt på om den strukturelle endringen er foretatt primært for å unndra foretaket fra straffansvar, om eiere og ledelse er den samme som tidligere, samt om formuesmassen og virksomheten videreføres i det nye foretaket.³⁵ Normalt vil derfor navneendring, selskapsrettslig omdanning og eierskifte som hovedregel ikke påvirke straffansvaret. Ved fisjon vil normalt det selskapet som fortsetter den virksomhet som lovbruddet springer ut av være ansvarlig. Ved fusjon overtas som utgangspunkt ansvaret av det overtagende selskap, også dersom virksomheten som utløste overtredelsen legges ned i forbindelse med fusjonen. Strukturelle endringer i tidsrommet mellom overtredelsen og pådømmelsen kan også ha betydning i vurderingen av om det er hensiktsmessig å ilegge foretaksstraff, se kap. 3.7.1.1.

2.4.2 Straff

Reaksjonstypene som kan ilegges foretaket fremgår av § 48 a tredje ledd. Bot er den klart vanligste reaksjonsform. Det er prinsipielt ingen øvre grense for botens størrelse, men boten skal utmåles med hensyn til foretakets økonomiske evne og straffens preventive virkning, jf. § 48 b bokstav a og f. Subsidiær fengselsstraff etter § 28 første ledd fastsettes ikke, jf. bestemmelsens annet ledd. Etter § 48 a tredje ledd er det videre et alternativ å idømme foretaket rettighetstap i form av forbud mot å utøve virksomhet eller mot å utøve virksomheten på bestemte måter, jf. § 29. I tillegg følger det av strl. §§ 34 flg. at dersom foretaket har hatt vinning av lovbruddet skal utbyttet inndras.

³⁴ Jf. Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 42, Rt.1994.299, Rt.1995.1922, Rt.2008.1201 og Asbjørnsen (1995) s. 84-88. Høivik (2010) s. 386-387 tar imidlertid til orde for å knytte vurderingen til begrepet “foretak” fremfor “på vegne av”.

³⁵ Jf. Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 42, Rt.1994.299 og Asbjørnsen (1995) s. 84-88.

3 Kan-skjønnnet etter strl. § 48 a når overtredelsen er korrupsjon

3.1 Innledning

Spørsmålet om vilkårene for foretaksstraff er oppfylt hører prosessuelt til skyldspørsmålet. Hvorvidt foretaksstraff skal ilegges når vilkårene er oppfylt, hører derimot til reaksjonsspørsmålet (eller straffutmålingsspørsmålet).³⁶ Oppgaven vil i det følgende ta for seg reaksjonsspørsmålet, og drøftelsen skjer under forutsetning av at vilkårene for å ilegge foretaksstraff er oppfylt, med mindre noe annet fremgår av sammenheng. Etter strl. § 48 a “kan” foretaket straffes når vilkårene er oppfylt. Hvorvidt straff skal ilegges, beror altså på en skjønnsmessig vurdering. Denne vurderingen vil i det følgende omtales som kan-skjønnnet eller hensiktsmessighetsvurderingen.

3.2 Foretaksansvarets valgfrie karakter

Foretaksansvaret er ikke obligatorisk, men fakultativt – dvs. valgfritt. Dersom vilkårene for å ilegge foretaksstraff er oppfylt, er det i første omgang opp til påtalemyndigheten å avgjøre om saken skal henlegges eller om det skal reises tiltale mot foretaket (eller eventuelt om det bør utferdiges forelegg). For påtalemyndighetens skjønnsutøvelse gjelder de vanlige forvaltningsrettslige krav til saklighet og forsvarlighet.³⁷ Dersom saken bringes inn for domstolene er det opp til retten å avgjøre om foretaksstraff skal ilegges. Finner retten at kompetansen ikke bør brukes, blir resultatet frifinnelse. Dette skiller foretaksansvaret fra straffansvaret mot fysiske personer, der straffansvar *skal* ilegges dersom vilkårene for straff er oppfylt og det ikke foreligger særskilt grunnlag for påtalemyndigheten til å henlegge saken eller for retten til å frifinne vedkommende.³⁸ Det skal altså foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av hvorvidt det er hensiktsmessig å reagere med foretaksstraff i det konkrete tilfelle. Foretaksstraffens valgfrie karakter kan utledes av en naturlig språklig forståelse av ordlyden i § 48 a, der det sies at foretaksstraff “kan” ilegges. Det er også slik bestemmelsen er å forstå etter

³⁶ Se Rt.2000.234 s. 243 hvor det uttales at “... det prosessuelt hører til straffespørsmålet å ta stilling til om foretaksstraff skal ilegges, jf. straffeloven § 48 b ...”

³⁷ Jf. Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 22

³⁸ Jf. Matningsdal (2011) note 430

forarbeidene³⁹ og rettspraksis⁴⁰. Spørsmålet etter dette er om det kan sies å foreligge særtrekk ved korrupsjon som kriminalitetstype som gir seg utslag i vurderingen av hvorvidt det er hensiktsmessig å ilegge foretaksstraff der vilkårene ellers er til stede.

3.3 Utgangspunktet: ingen presumsjon for foretaksstraff

Det generelle utgangspunkt er at det *ikke* kan oppstilles en presumsjon for at foretaksstraff skal ilegges når vilkårene for øvrig er til stede. Dette er slått fast i Rt.1998.652 hvor det uttales 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.”⁴¹ Synspunktet er gjentatt av Høyesterett en rekke ganger, blant annet i Rt.2000.2023 hvor det uttales at det “Etter mitt skjønn [dommer Skoghøy, min anmerkning] kan man ikke operere med noen hovedregel i den ene eller andre retningen. Spørsmålet må avgjøres på grunnlag av en slik avveining som straffeloven § 48a, jf. § 48b gir anvisning på.”⁴² I førstnevnte avgjørelse var overtredelsen ulovlig besittelse av politiradio og foretaket var en avis. I Rt.2000.2023 var det miljølovgivningen som var overtrådt - en losje hadde revet en fredet bygning.

I forarbeidene til forurensingsloven understrekes det at “det må være hovedregelen at selskapsstraff idømmes når det først foreligger en overtredelse av loven.”⁴³ Det er imidlertid fastslått i rettspraksis at denne hovedregelen ikke kan ha overføringsverdi til andre rettsområder fordi den bygger på så klare uttalelser i forarbeidene til en bestemt lov.⁴⁴ I Rt.2008.996, som gjaldt brudd på regnskapsloven og revisorloven, ble det anført at innenfor kjerneområdet for bruk av foretaksstraff - brudd på økonomisk og

³⁹ Jf. Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 3 og s. 21-23 hvor valgfriheten bl.a. begrunnes med behovet for en motvekt til det vidtgående foretaksansvaret som følger av at hjemmelen er generell.

⁴⁰ Se f.eks. Rt.2008.996 avsnitt 12

⁴¹ Jf. Rt.1998.652 på s.654

⁴² Jf. Rt.2000.2023 på s. 2027

⁴³ Jf. Utkast til lov om vern mot forurensning og forsøpling med motiver, avgitt 1977, side 99.

⁴⁴ Se Rt.2008.996 avsnitt 25

samfunnsregulerende lovgivning⁴⁵ - må retten være forsiktig med å unnlate å ilegge foretaksstraff når vilkårene er oppfylt. Anførselen fikk ikke gjennomslag: “Etter straffeloven § 48 b skal spørsmålet om foretaksstraff bør ilegges, bero på en bred skjønsmessig helhetsvurdering. Verken av lovens ord eller forarbeidene kan det utledes en regel om at en slik helhetsvurdering ikke skal skje innenfor ordningens kjerneområde.”⁴⁶ Det er dermed utelukket at det for visse typer lovbrudd kan ilegges foretaksstraff *uten* en forutgående hensiktsmessighetsvurdering. Uttalelsen utelukker imidlertid ikke muligheten for en presumsjon for foretaksstraff i den forstand at bruk av foretaksstraff vil være mer hensiktsmessig ved noen typer lovbrudd enn visse andre.

Det finnes ingen høyesterettsavgjørelse som direkte tar stilling til spørsmålet om foretaksstraff kan presumeres der overtredelsen er korrupsjon. I LE-2008-046619⁴⁷, den såkalte “Vannverkssaken”, idømte Eidsivating lagmannsrett foretaksstraff for utroskap. I den forbindelse uttalte retten at “Riktignok skaper det ikke noen presumsjon for foretaksstraff at grunnvilkårene i § 48a er oppfylt. Men når det er selskapets øverste leder som har foretatt overtredelsen på vegne av selskapet, og det er tale om en grov lovovertrødelse, mener lagmannsretten at dette i seg selv trekker i retning av foretaksstraff.” Lagmannsretten holder altså fast ved det generelle utgangspunkt om at det ikke kan oppstilles en presumsjon for foretaksstraff også i saker der overtredelsen er økonomisk kriminalitet med nært slektskap til korrupsjon.

3.4 Unntak fra utgangspunktet i korrupsjonssaker?

Uttalelsen fra Rt.1998.652 gjengitt ovenfor synes å indikere at det kan tenkes at det kan oppstilles en presumsjon for foretaksstraff ved visse typer lovbrudd, i den forstand at kan-skjønnet som oftest vil resultere i foretaksstraff for enkelte overtredelser. Den siterte uttalelse fra forarbeidene til forurensingsloven viser at også lovgiver forutsetter at hensiktsmessigheten av foretaksstraff vil variere mellom forskjellige kategorier av lovbrudd. Spørsmålet blir etter dette om *korrupsjon* kan sies å være en slik type

⁴⁵ Jf. NOU 1989:11 s.12

⁴⁶ Rt.2008.996 avsnitt 23-24

⁴⁷ Dommen er rettskraftig. LE-2008-046619 omtales heretter som “Vannverkssaken”.

lovbrudd hvor det er spesielt nærliggende og hensiktsmessig å anvende foretaksstraff. Med andre ord om resultatet av hensiktsmessighetsvurderingen normalt vil bli at foretaksstraff benyttes når overtredelsen er korrupsjon, slik at det kan *formodes* at foretaksstraff vil bli ilagt i slike saker.

Dette vil for det første bero på momentene som oppstilles av loven selv i § 48 b: problemstillingen kan dermed omformuleres til et spørsmål om disse momentene normalt vil tilsi at foretaksstraff skal ilegges i korrupsjonssaker, se kap. 3.5. § 48 b angir de momenter som typisk vil være de mest sentrale i vurderingen.⁴⁸ Oppregningen av momenter i § 48 b er ikke uttømmende. I følge ordlyden angir bestemmelsen bare momenter som det “særlig” skal legges vekt på. Denne tolkningen forutsettes i forarbeidene⁴⁹ og er lagt til grunn i rettspraksis⁵⁰. Det er derfor relevant å vektlegge også andre momenter enn de som er spesifikt oppregnet i § 48 b.

For det annet er Norge folkerettslig forpliktet til å holde foretak ansvarlig for korruperte handlinger begått av fysiske personer på vegne av foretaket. Dermed reises spørsmålet om hvilken betydning dette har for kan-skjønnet, se kap. 3.6.

For det tredje kan det hende at det foreligger særtrekk ved korrupsjon som kriminalitetstype som tilsier bruk av foretaksstraff. Slike særtrekk vil i så fall være naturlig å trekke inn som reelle hensyn i hensiktsmessighetsvurderingen, se kap. 3.7.

⁴⁸ Se Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 1

⁴⁹ Se NOU 1989: 11 s. 11 og Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 22

⁵⁰ Se f.eks. Rt.2002.1312

3.5 Momentene i § 48 b

Strl. § 48 b angir momenter som skal fungere som retningslinjer både for kan-skjønnnet og straffutmålingen. Dette kapittelet vil redegjøre for momentenes betydning for kan-skjønnnet.

3.5.1 Bokstav a – prevensjonshensynet

Etter § 48 b bokstav a skal det ved anvendelsen av kan-skjønnnet etter § 48 a særlig tas hensyn til “straffens preventive virkning”. Lovgivers hovedformål med foretaksstraffen er å styrke straffebudets preventive effekt sammenlignet med det som kan oppnås gjennom personlig straffansvar alene.⁵¹

Det er foretaket som sådan som straffes når foretaksstraff ilegges. Det er da den preventive effekt i forhold til foretaket som fremstår som mest nærliggende å legge vekt på etter § 48 b bokstav a. Som Høivik sier det: “kjernen i foretaksstraffens preventive mekanisme er at ansvaret skal fungere som et organisatorisk incitament til å forhindre lovbrudd i organisasjonen.”⁵² Men som jeg kommer tilbake til nedenfor, kan foretaksstraff også ha en preventiv effekt i forhold til fysiske personer med tilknytning til foretaket. Prevensjonshensynet har altså en side både til foretaket som sådan og til fysiske personer. Ordlyden i § 48 b bokstav a henviser til “straffens preventive virkning” helt generelt og åpner dermed for at det kan legges vekt på den preventive virkning både i forhold til foretaket som sådan og i forhold til fysiske personer med tilknytning til foretaket. Forarbeidene er heller ikke til hinder for en slik tolkning av ordlyden.

Prevensjonshensynet er i § 48 b tatt inn som et eget, selvstendig moment som skal vektlegges i hensiktsmessighetsvurderingen. Prevensjonshensyn kan imidlertid også komme inn som tolkningsmoment i vurderingen av de øvrige momenter som er relevant å trekke inn i kan-skjønnnet, for eksempel vil straff ha liten preventiv virkning dersom foretaket ikke kunne forhindre overtredelsen, jf. § 48 b bokstav c, se kap. 3.5.3.

⁵¹ Jf. NOU 1989: 11 s. 9 og Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6 og 7.

⁵² Høivik (2010) s. 71

Ettersom korrupsjon er sterkt samfunnsskadelig, er det grunn til å tro at domstolene vil tillegge prevensjonshensynet stor vekt i hensiktsmessighetsvurderingen. I Rt.2008.996, som gjaldt foretaksstraff for brudd på revisorloven og regnskapsloven, ble prevensjonshensynet sterkt vektlagt nettopp fordi det dreide seg om lovbrudd med store skadevirkninger for “det økonomiske liv og i samfunnet for øvrig”.⁵³ I Rt.2010.1624, som gjaldt utmåling av fengselsstraff for korrupsjon begått av og overfor en offentlig tjenestemann, blir det uttalt at prevensjonshensynet “gjør seg ualminnelig sterkt gjeldende ved straffutmåling for korrupsjon i det offentlige.”⁵⁴

3.5.1.1 Preventiv effekt i forhold til foretaket som sådan

Ved at foretaket som sådan kan holdes ansvarlig, gir loven et incitament til å utvikle en organisasjonskultur som motvirker korrupsjonshandlinger. Dette er en effekt av foretaksstraff som man ikke kunne oppnådd ved personlig straffansvar alene. Asbjørnsen skriver at “for å endre den kollektive styringen vil det sannsynligvis ikke være tilstrekkelig å straffe en eller to enkeltpersoner i foretaket. Det vil sannsynligvis være mer effektivt å straffe felleskapet slik at alle i foretaket ser at dette er forhold som er klanderverdige”.⁵⁵ I Rt.2008.996 fremhever Høyesterett at vissheten om mulig foretaksstraff skjerper interne rutiner og oppfølgingen av disse, og bidrar til årvåkenhet overfor spesielle risikosituasjoner.

Det kan likevel diskuteres hvor stor preventiv effekt foretaksstraffen isolert sett har. Konsekvensene, utover de strafferettslige sanksjonene, av å bli innblandet i en korrupsjonssak vil normalt være meget vidtgående for foretaket. Tap av omdømme kan stille foretak i en dårligere posisjon i markedet fordi potensielle samarbeidspartnere ikke vil bli sett i sammenheng med et korrupt selskap. Omdømmetap kan dessuten gjøre det vanskeligere for selskapet å knytte til seg kvalifisert arbeidskraft og kan føre til misnøye blant de medarbeiderne man allerede har ansatt. En korrupsjonssak vil også

⁵³ Rt.2008.996 avsnitt 37

⁵⁴ Rt.2010.1624 avsnitt 22

⁵⁵ Asbjørnsen (1995) s. 28

ofte medføre fallende aksjekurser, og kan gjøre selskapet lite attraktivt for nye investorer.⁵⁶

Det er grunn til å tro at frykten for virkninger som dette kan virke vel så preventivt som selve foretaksstraffen. En undersøkelse gjennomført av PriceWaterhouseCoopers viser at 55 prosent av de 390 spurte bedriftslederne mente tap av omdømme var den verste konsekvens av at selskapet blir innblandet i en korrupsjonssak.⁵⁷ I tillegg kommer den preventive virkning av andre sanksjoner av mer formell karakter. Svartelisting og utestengelse fra markeder vil ofte være en konsekvens av at et foretak blir involvert i en korrupsjonssak. Private aktører står fritt til å velge sine kontraktsparter, og har således mulighet til å utarbeide svartelister over selskaper man ikke ønsker å samarbeide med. Offentlig virksomhet har *plikt* til å avvise tilbud fra leverandører som er domfelt for korrupsjon, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 første ledd bokstav e og § 20-12 første ledd bokstav e. Offentlig sektor i Norge foretar årlig innkjøp av varer og tjenester for nærmere 400 milliarder kroner.⁵⁸ Utestengelse fra et marked av en slik størrelsesorden, illustrerer hvor vidtgående konsekvenser korrupsjon kan få for et selskap.

Domfellelse for korrupsjon kan med andre ord lett tenkes å få vesentlig større økonomiske konsekvenser for foretaket enn den strafferettslige foretaksstraffen som ilegges. Spesielt gjelder dette for foretak som hovedsakelig lever av oppdrag for det offentlige. Svartelisting etter forskrift om offentlige anskaffelser forutsetter imidlertid at foretaket er rettskraftig dømt for korrupsjon. Svartelistingen inntreffer altså ikke uavhengig av domfellelse, og kan derfor ikke sies være verken et argument for eller imot å benytte kompetansen til å ilegge foretaksstraff. Men den preventive effekt som ligger i svartelisting vil altså komme i tillegg til og forsterke den preventive effekt som følger av foretaksstraff. Det vil derfor være relevant å ta hensyn til i straffutmålingen at

⁵⁶ Se f.eks. omtale av Telenor i Dagens Næringsliv, jf. Finstad (2011) s. 36-37

⁵⁷ Jf. PriceWaterhouseCoopers (2009) s. 3

⁵⁸ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser.html?id=592102> [sitert 15.04.2011]

domfellelsen også vil føre til svartelisting, spesielt dersom det er snakk om en virksomhet som har store deler av sine inntekter gjennom oppdrag fra det offentlige.

I den såkalte “Vannverkssaken” ble vilkårene for å anvende foretaksstraff mot et aksjeselskap ansett for å være oppfylt. Overtredelsen var utroskap etter strl. § 275, ettersom lagretten frifant selskapet for korrupsjon. I vurderingen av hvorvidt det var hensiktsmessig å idømme foretaksstraff i dette konkrete tilfellet, la lagmannsretten vekt på argumenter av den typen jeg har redegjort for ovenfor. Det ble uttalt at “Når det gjelder hensynet « straffens preventive virkning », som særlig framheves som viktig i straffeloven § 48b, er lagmannsretten enig med E's forsvarere i at det neppe er noe å oppnå i dag overfor akkurat E AS ved å reagere med foretaksstraff. *Selskapet har allerede erfart hvor skadelig det er for økonomi og omdømme å bli assosiert med den type handlinger det her er tale om* [min kursivering].” Typen handlinger det her var snakk om, var altså utroskap som har mange likhetstrekk med korrupsjon. Selskapet ble dessuten domfelt for korrupsjon i første instans, og korrupsjon hadde hele tiden vært en del av tiltalen. Det vil derfor være grunn til å tillegge uttalelsen vekt også når man står overfor hensiktsmessighetsvurderinger der overtredelsen er korrupsjon.

Drøftelsen ovenfor kan gi inntrykk av at foretaksstraff egentlig kan være overflødig ut fra hensynet til prevensjon - en korrupsjonssak får jo så store konsekvenser for foretaket uavhengig av den formelle straffereaksjonen. Resonnementet tar imidlertid ikke høyde for en prinsipielt svært viktig side av foretaksansvaret: ved at handlingen formelt sanksjoneres i rettsapparatet, gir foretaksstraffen et viktig uttrykk for samfunnets fordømmelse. I Rt.2008.996 blir det uttalt at “Jeg kan heller ikke se at andre negative virkninger for foretaket som en overtredelse [sic] av revisorloven kan føre med seg, gjør en straffereaksjon mindre påkrevd. Foretaksstraff vil sikre en generell preventiv virkning uten hensyn til hvilke øvrige virkninger en overtredelse vil kunne ha i det enkelte tilfellet.”⁵⁹ Høyesteretts uttalelse viser at det neppe er grunn til å legge særlig vekt på øvrige virkninger av korrupsjonshandlingen i hensiktsmessighetsvurderingen.

⁵⁹ Rt.2008.996 avsnitt 39

At samfunnet tar uttrykkelig avstand fra handlingen gjennom strafferettslige sanksjoner styrker antagelig den allmennpreventive virkning, sammenlignet med situasjonen der myndighetene ikke foretar seg noe. Ettersom korrupsjon er kriminalitet uten et direkte offer, der samfunnet som helhet er skadelidende, er det spesielt viktig at uønskede handlinger sanksjoneres formelt gjennom myndighetene. Dette vil antagelig også være i samsvar med alminnelig rettferdighetsfølelse. At også andre faktorer virker preventivt i forhold til korrupsjonshandlinger, er bare positivt sett i samfunnsperspektiv, og kan vanskelig sies å gi grunnlag for å hevde at det er unødvendig med formelle reaksjoner. Tvert imot kan det tenkes at den formelle statueringen av foretaksansvar bidrar til å forsterke den preventive effekt som følger av andre faktorer, f.eks. ved at omdømmetapet blir større når foretaket blir idømt foretaksstraff enn når det ikke blir det. Disse synspunktene ble for øvrig tillagt stor vekt av lagmannsretten i “Vannverkssaken”, hvor det ble uttalt at “Når lagmannsretten likevel ikke finner disse motargumentene avgjørende [liten individualpreventiv effekt, min anmerkning], er det fordi det - i forhold til næringslivet i sin alminnelighet - er av betydning å markere at det blir reagert strafferettslig mot denne typen overtredelser, ikke bare overfor den enkelte personlige lovovertreder, men også overfor det foretaket vedkommende handler på vegne av.”

Lagmannsretten peker her på at den allmennpreventive virkning av foretaksstraff ved økonomisk kriminalitet kan være stor, selv om den individualpreventive effekt kan være liten for det tiltalte selskap. Dette fordi de uformelle sanksjoner som en korrupsjonssak medfører først og fremst vil merkes av det foretak saken gjelder og ikke gi så store utslag utad. Formell statuering av straffansvar fra myndighetenes side vil derimot virke vesentlig mer stigmatiserende for selskapet, og dermed ha en tydeligere allmennpreventiv effekt i forhold til andre foretak. Lagmannsretten formulerer dette slik: ”Foretaksstraff av en viss størrelse mot E AS som følge av en tidligere daglig leders handlinger på vegne av selskapet kan bidra til at både styremedlemmer og ansatte i andre selskaper skjerper oppmerksomheten om tiltak som kan redusere faren for at deres selskap blir involvert i tilsvarende saker.” Dermed illustreres også foretaksstraffens funksjon som organisatorisk incitament for å forhindre lovbrudd i foretak.

Selv om straffutmåling i utgangspunktet faller utenfor avhandlingens tema, er det i denne sammenheng grunn til å knytte en kort kommentar til nivået på straffutmålingen. Dette fordi straffutmålingen har stor betydning for hvorvidt foretaksstraffen kan oppnå den tilsktede preventive virkning. I forarbeidene fremheves det at “Den preventive virkningen av straffen vil bli betydelig svekket hvis bøtestrafen ikke griper merkbart inn i foretakets økonomi.”⁶⁰ Generalsekretær Guro Slettemark i Transparency International Norge poengterer at den preventive effekt av selve bøtestrafen vil variere med størrelsen på foretakets økonomi - for de største selskapene må det reageres med virkelig store bøter for at korrupsjonshandlingen ikke skal fremstå som gunstig i en kost-nytte-analyse.⁶¹

3.5.1.2 Preventiv effekt i forhold til fysiske personer

Høivik påpeker i sin doktorgradsavhandling at når foretaksstraffen fungerer som organisatorisk incitament til å forhindre lovbrudd i organisasjonen, vil foretaksstraffen samtidig virke preventivt på fysiske gjerningspersoner med tilknytning til foretaket. Resonnementet går ut på at det forhold at et “lovbrudd er begått i forbindelse med organisert virksomhet kan bidra til å svekke det personlige straffansvarets preventive effekt, fordi ansatte i en kompleks organisasjonsstruktur utsettes for påvirkning fra systemet og de forventninger som produseres der, og som kan medføre at de begår lovbrudd de ellers ikke ville begått.”⁶² Tanken er altså at en bedriftskultur som godtar og kanskje til og med oppfordrer til korruperte handlinger, vil gjøre det akseptabelt å handle i strid med et straffebud og svekke de moralske betenkeligheter ved å gjøre det, og dermed redusere den preventive effekt av et personlig straffansvar. Foretaksstraff er egnet til å motvirke denne effekten, fordi straffen gir foretaket et incentiv til å endre bedriftskulturen og skaper en intern forventning om at lovbrudd skal unngås.⁶³

En annen grunn til at foretaksstraff kan ha en preventiv effekt i forhold til fysiske personer, er at gjerningspersonen kan risikere å bli utsatt for interne reaksjoner fra

⁶⁰ Jf. Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 31

⁶¹ Slettemark (2011)

⁶² Høivik (2010) s. 79

⁶³ Høivik (2010) s. 80

foretaket dersom foretaket blir straffet.⁶⁴ For eksempel kan det tenkes at gjerningspersonen blir oppsagt, suspendert eller utsatt for sosiale sanksjoner dersom han pådrar foretaket straffansvar. På denne måten blir den fysiske gjerningspersonen indirekte adressat for foretaksstraffen. Asbjørnsen fremhever at slike reaksjoner fra foretaket “kan i visse tilfelle tenkes å ha større preventiv effekt enn f.eks. en vanlig bot.”⁶⁵ Denne form for preventiv virkning av foretaksstraff i forhold til fysiske personer er imidlertid ganske usikker, ettersom graden av preventiv virkning som oppnås er avhengig av foretakets egne rutiner for behandling av lovbrudd som leder til foretaksstraff.

I korrupsjonssaker kan det være aktuelt å kun idømme bøtestraff for den fysiske gjerningsperson, jf. § 276 a tredje ledd. I slike tilfeller kan det tenkes at den preventive effekt av et personlig straffansvar svekkes når overtredelsen er begått på vegne av et foretak dersom foretaket betaler boten for den fysiske gjerningsperson. Foretaket vil på den måten kunne pulverisere bøtestraffen - gjerningspersonen slipper å betale boten, og en bot utmålt etter økonomien til en privatperson vil normalt være lett å bære for foretaket. Asbjørnsen skriver at “Straffen blir pulverisert, og innebærer vesentlig mindre konsekvenser for den som søkes motivert enn dersom gjerningsmannen selv skulle bære straffen.”⁶⁶ Bruk av kompetansen til å ilegge foretaksstraff kan forhindre denne virkningen. Ved å straffe foretaket som sådan i tillegg til den fysiske gjerningsperson, fratras foretaket muligheten til å pulverisere straffen for korrupsjonshandlingen. Dette fordi boten rettet mot foretaket utmåles slik at den står i forhold til foretakets betalingsevne, og således vil gi merkbare konsekvenser for foretaket. Dersom den fysiske gjerningsperson kun straffes med bøter, vil altså hensynet til å unngå at foretaket betaler boten og således pulveriserer straffen for korrupsjonshandlingen tale *for* at kompetansen til å ilegge foretaksstraff benyttes. Foretaket vil riktignok fremdeles ha anledning til å betale gjerningsmannens bot, men er da fratatt anledningen til å pulverisere den samlede strafferettslige konsekvens av korrupsjonshandlingen. Kun fengselsstraff for den fysiske gjerningsperson kan gi en

⁶⁴ Asbjørnsen (1995) s. 24-25

⁶⁵ Asbjørnsen (1995) s. 25

⁶⁶ Asbjørnsen (1995) s. 29

sikker garanti for at den preventive effekt av et personlig straffansvar opprettholdes, ettersom foretaket av åpenbare grunner ikke kan sone en fengselsstraff.

Som nevnt i kap. 2.4.1.2, omfatter foretaksansvaret også anonyme feil, slik at foretaksstraff kan ilegges selv om ingen fysisk person kan holdes ansvarlig for korrupsjonshandlingen. Den prosessøkonomiske effekt av dette er at etterforskningsressurser frigjøres, slik at flere saker kan etterforskes og flere lovbrudd oppdages. Konsekvensen blir at oppdagelsesrisikoen og sannsynligheten for straff øker, sammenlignet med et foretaksansvar som ikke omfatter anonyme feil. Dette vil igjen ha innvirkning på prevensjonsvirkningen, både i forhold til foretaket som sådan og selve gjerningspersonen, fordi den preventive effekt av et straffebed vil øke når oppdagelsesrisikoen øker.⁶⁷

På den annen side kan utstrakt bruk av foretaksstraff *i stedet for* personlig straffansvar bidra til å svekke den preventive effekt overfor fysiske personer, fordi det personlige ansvaret blir pulverisert når kun foretaket holdes ansvarlig for overtredelsen. Dersom påtalemyndigheten nøyer seg med å ta ut tiltale mot foretaket, fordi det krever uforholdsmessig mye ressurser å finne og tiltale en fysisk gjerningsperson, kan bruk av foretaksstraff ha negative konsekvenser for den preventive effekt i forhold til fysiske personer. I slike tilfeller, hvor bruk av foretaksstraff fremstår som en erstatning for et personlig straffansvar, vil hensynet til foretaksstraffens preventive virkning overfor fysiske personer tale *mot* at kompetansen til å ilegge foretaksstraff benyttes. Dette poenget ble fremhevet av et mindretall i justiskomiteen i forbindelse med behandlingen av reglene om foretaksstraff i ny straffelov.⁶⁸ Mindretallet tok til orde for at foretaksstraff skal forbeholdes tilfeller hvor det er “helt klart at man ikke kan avgjøre hvilken enkeltperson som kan ansvarliggjøres, men det er forhold ved bedriften som tilsier at foretaket som sådan straffes.”, men fikk altså ikke gjennomslag for synspunktet. Høivik fremholder i sin avhandling at denne “risikoen bør ikke overdrives ... det er ikke meningen at foretaksstraff skal *erstatte* det personlige straffansvar for

⁶⁷ Se Eide (1994) s. 67-72

⁶⁸ Se Innst. O. nr. 72 (2004-2005) s. 56

ansvarlige enkeltpersoner. Foretaksstraff er med andre ord ikke i seg selv til hinder for et personlig ansvar for gjerningspersonen.”⁶⁹

Det er etter dette klart at ileggelse av foretaksstraff ikke bare vil ha en preventiv virkning i forhold til foretaket som sådan, men også i forhold til fysiske personer med tilknytning til foretaket. Men i hvilken grad foretaksstraff vil ha preventiv effekt i forhold til fysiske personer, vil for det første avhenge av hvor sterk tilknytning gjerningspersonen har til foretaket.⁷⁰ Har gjerningsmannen fjern eller ingen tilknytning til foretaket, vil muligheten for at foretaket ilegges straff heller ikke påvirke handlingsvalget hans. I slike tilfeller vil for øvrig heller ikke vilkårene for foretaksstraff være oppfylt, fordi handlingen ikke er begått “på vegne av” foretaket, jf. § 48 a. På den annen side; jo sterkere tilknytning mellom gjerningspersonen og foretaket, desto sterkere preventiv effekt vil foretaksstraff ha på gjerningspersonen. Asbjørnsen trekker frem som eksempel at foretakets eier eller daglig leder kan ha slik tilknytning til foretaket at det er i hans egen interesse at foretaket ikke straffes, eller at det er så sterk identifikasjon mellom foretak og gjerningsperson at foretaksstraffen føles som en personlig straff, f.eks. dersom et enkeltpersonforetak blir straffet.

For det annet vil den preventive effekt avhenge av om gjerningspersonen har reell mulighet til å forhindre korrupsjonshandlinger. Asbjørnsen konkluderer med at foretaksansvaret er best egnet til å påvirke personer med reell innflytelse i foretaket: “Det vil oftest være personer med formell innflytelse på tilretteleggingen av driften og organiseringen av foretaket, med andre ord foretakets ledelse. Disse vil sannsynligvis også være i en slik stilling at de i stor grad oppfatter sanksjonen mot foretaket som en sanksjon rettet mot seg.”⁷¹

⁶⁹ Høivik (2010) s. 79

⁷⁰ Se Asbjørnsen (1995) s 24-27

⁷¹ Asbjørnsen (1995) s. 27

3.5.2 Bokstav b – overtredelsens grovhet

Etter § 48 b bokstav b skal det legges særlig vekt på “overtredelsens grovhet”. Etter forarbeidene siktes det med dette særlig til størrelsen av skaden eller skademuligheten.⁷² Bokstav b følger således ikke skillet mellom simpel og grov korrupsjon i henholdsvis §§ 276 a og 276 b. Det er altså anledning til å vektlegge overtredelsens grovhet selv om handlingen ikke kvalifiserer som grov korrupsjon etter § 276 b. Men dersom handlingen som er begått på vegne av foretaket subsumeres som grov under § 276 b vil handlingen normalt ha trekk som vil være relevante også for vurderingen etter § 48 b bokstav b, for eksempel dersom korrupsjonshandlingen er vurdert som grov fordi den har medført “risiko for betydelig skade”, jf. § 276 b annet ledd.

Det må antas at momentene som listes opp i § 276 b vil være relevante også i forhold til å bedømme overtredelsens grovhet etter § 48 b bokstav b. Dette fordi det etter ordlyden i § 276 b blant annet skal vektlegges om handlingen 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, om den har gitt betydelig økonomisk fordel, om det forelå risiko for betydelig skade av økonomisk eller annen art...”. Dette er nettopp i tråd med de vurderinger som motivene til § 48 b legger opp til, nemlig at “størrelsen av skaden eller skademuligheten” skal vektlegges i hensiktsmessighetsvurderingen.⁷³

Høyesterett har i en rekke saker tillagt lovbruddets grovhet stor vekt i hensiktsmessighetsvurderingen, se f.eks. Rt.2002.1312 som gjaldt overtredelse av flaggingsplikten etter verdipapirlovgivningen og Rt.2008.996 som gjaldt brudd på revisorloven og regnskapsloven. I “Vannverkssaken” ble det lagt stor vekt på at overtredelsen måtte betraktes som grov: “Men når det er selskapets øverste leder som har foretatt overtredelsen på vegne av selskapet, og det er tale om en grov lovovertrødelse, mener lagmannsretten at dette i seg selv trekker i retning av foretaksstraff.” Uttalelsen kan tolkes slik at det ikke skal så veldig mye mer til enn at overtredelsen er grov for at foretaksstraff er hensiktsmessig. I hvert fall etterlater

⁷² NOU 1989: 11 s. 19

⁷³ Jf. NOU 1989: 11 s. 19

uttalelsen liten tvil om at overtredelsens grovhet vil være et tungtveiende moment til støtte for bruk av foretaksstraff i saker som gjelder økonomisk kriminalitet.

Høyesterett har i Rt.2000.1451 lagt vekt på at mange overtredelser som hver for seg er simple, fremstår som en grov overtredelse når de ses i sammenheng. I den nevnte avgjørelse dreide det seg om gjentatte brudd på vegtrafikkloven av flere forskjellige gjerningspersoner over en periode på flere år. De samme argumenter kan ha relevans også i korrupsjonssaker, spesielt dersom det er begått mange korrupsjonshandlinger over et lengre tidsrom og av flere forskjellige personer innad i foretaket. I så fall vil også prevensjonshensynet og mangel på interne kontrollrutiner og forebyggende tiltak tale sterkt for bruk av foretaksstraff, jf. § 48 b bokstav a og c.

Et vurderingsmoment med nært slektskap til vurderingstemaet etter bokstav b, er hensynet til handlingens straffverdighet⁷⁴, se kap. 3.7.4.

3.5.3 Bokstav c – forebyggende tiltak

Etter § 48 b bokstav c skal det være et moment i hensiktsmessighetsvurderingen “om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen”. Dersom foretaket ved å etablere slike forebyggende tiltak kunne forhindre korrupsjonshandlingen, vil det altså tale *for* at kompetansen til å ilegge foretaksstraff benyttes.⁷⁵

En undersøkelse fra 2009 gjennomført for Transparency International Norge og Innovasjon Norge viser at 64 % av de spurte bedriftene hadde etiske regelverk og at 37 % hadde systematiske tiltak mot korrupsjon. Transparency konkluderer med at undersøkelsen viser at for få norske bedrifter har iverksatt denne typen tiltak, og at flere

⁷⁴ Om hensynet til handlingens straffverdighet forankres i bokstav b eller som reelt hensyn, er av mindre praktisk betydning. For å markere distinksjonen mellom de to vurderingstemaene, behandles straffverdighet som et selvstendig moment i denne avhandlingen.

⁷⁵ F.eks. i Rt.1988.1356 ble det lagt stor vekt på om utarbeidelse av intern instruks kunne forhindre lovbruddet. I Rt.2007.1684 ble det vektlagt at foretaket ikke hadde opplæringsrutiner og retningslinjer som kunne forhindre overtredelsen. Begge avgjørelser gjaldt brudd på forurensningslovgivningen.

av dem som allerede har iverksatt tiltak ikke har sørget for å oppdatere dem i forbindelse med vedtagelsen av de nye korrupsjonsbestemmelsene.⁷⁶ En forutsetning for at eksistensen av antikorrupsjonsprogrammer og andre forebyggende tiltak skal tale *mot* ileggelse av foretaksstraff, er at tiltakene er reelle. Guro Slettemark i Transparency International Norge uttaler at dersom de underliggende holdningene ikke endres, er programmene bare til pynt.⁷⁷ I slike tilfeller, hvor antikorrupsjonsprogrammer er mer eller mindre proforma, så taler heller ikke tilstedeværelsen av slike programmer for at foretaksstraff unnlates anvendt.

Det er nær sammenheng mellom bokstav c og bokstav a. Som nevnt i kap. 3.5.1 er prevensjonshensynet et hensyn som i tillegg til å være selvstendig også kommer inn ved tolkningen av andre momenter i hensiktsmessighetsvurderingen. Dette blir svært tydelig når vurderingstemaet etter bokstav c tolkes i lys av prevensjonshensynet. Høivik skriver at “Dersom et foretak har implementert forsvarlige rutiner for ansettelser, opplæring, retningslinjer, tilsyn og kontroll, og det likevel begås et lovbrudd på vegne av foretaket, kan det hevdes at dette leddet i foretaksstraffens preventive begrunnelse svikter”.⁷⁸ På samme måte poengterer Slettemark i Transparency: “Løs kanon på dekk er det ikke mulig å beskytte seg mot, selv om holdninger og programmer er ekte.”⁷⁹

Til tross for reelle antikorrupsjonsprogrammer og forebyggende tiltak kan det ikke utelukkes at det blir begått en korrupsjonshandling på vegne av foretaket. Dersom gjerningspersonen har handlet i strid med instruks eller interne retningslinjer, blir spørsmålet om foretaket kan klandres for instruksbruddet fordi det ikke har hatt gode nok kontrollrutiner.⁸⁰ For foretak som driver virksomhet i land hvor korrupsjon er spesielt utbredt, bør det etter min mening stilles store krav til kontrollrutiner, etter som slike selskaper har en særlig oppfordring til å være på vakt mot korrupsjon. Hvis ikke

⁷⁶ Transparency International Norge (2009) s. 11

⁷⁷ Slettemark (2011)

⁷⁸ Høivik (2010) s. 223

⁷⁹ Slettemark (2011)

⁸⁰ Se Rt.2007.1684 avsnitt 44. Dette fremheves for øvrig i forarbeidene til ny straffelov, se Ot.prp. nr. 90 s. 432

vil foretaket kunne gjemme seg bak retningslinjer som ikke følges opp i praksis, og således uthule foretaksansvaret.

Dersom foretaket har gjort det som rimeligvis kan forventes og heller ikke kan klandres for lovbruddet, kan det utgjøre et argument *mot* å straffe foretaket. I NOU 1989: 11 s. 19 sies det at “den preventive effekten av straff vil være liten hvis foretaket ikke har særlig store påvirkningsmuligheter for å forhindre gjentakelser” og “Hvis f.eks. foretaket har gjort alt som med rimelighet kan kreves for å hindre lovbrudd, bør det normalt ikke få betydning om en ansatt har opptrådt meget skjødesløst, slik at en overtredelse likevel finner sted.” I slike tilfeller kan foretaksstraff dessuten virke uheldig ut fra en rettferdighetsbetraktning.⁸¹

Som nevnt i kap. 2.4.1.1, gjør § 48 a unntak fra tilregnelighetsvilkåret slik at foretaksstraff kan ilegges selv om gjerningspersonen som handlet på vegne av foretaket ikke var tilregnelig på handlingstidspunktet. Selv om tilregnelighet altså ikke er et vilkår for foretaksstraff, kan mangel på tilregnelighet få betydning for hensiktsmessigheten av å straffe foretaket. Det kan også tenkes at gjerningspersonen er tilregnelig, men at hans handlinger på vegne av foretaket er direkte illojale - for eksempel blir en korrupsjonshandling begått med hensikt om å skade bedriften.⁸² Lovbrudd som oppstår som følge av at gjerningspersonen er utilregnelig eller direkte illojal vil være typiske situasjoner som foretaket ikke rimeligvis kan beskytte seg mot gjennom forebyggende tiltak, og hvor det lett kan tenkes at foretaket heller ikke kan klandres for manglende kontrollrutiner. Den preventive effekt av å straffe foretaket vil i så fall være liten eller fraværende. I slike tilfeller vil det med styrke tale *mot* at foretaksstraff ilegges dersom foretaket har iverksatt de forebyggende tiltak og kontrollrutiner som med rimelighet kan ventes. I Rt.1993.459 ble kompetansen til å foreta inndragning overfor foretaket ikke benyttet fordi gjerningspersonen hadde

⁸¹ Asbjørnsen (1995) s. 25

⁸² I slike tilfeller kan det for øvrig problematiseres om vilkårene for foretaksstraff er oppfylt, ettersom handlingen må være begått “på vegne av” foretaket, jf. § 48 a.

handlet i strid med instruks, og foretaket kunne heller ikke klandres for instruksbruddet pga. manglende kontrollrutiner.⁸³

Selv om foretaket har iverksatt det som kan forventes av forebyggende tiltak, kan det likevel ikke utelukkes at bruk av foretaksstraff kan ha en preventiv effekt. I så fall vil det ikke tale mot bruk av foretaksstraff med like stor tyngde at foretaket har iverksatt forebyggende tiltak. I Rt.2008.996 ble det ilagt foretaksstraff til tross for at foretaket ikke hadde noen reelle handlingsalternativer og ikke kunne forebygget overtredelsen på annen måte enn det som faktisk hadde blitt gjort. Foretaksstraff ble likevel ilagt blant annet fordi bruk av straff kunne bidra til å sikre etterlevelsen av forebyggende tiltak og skjerpe årvåkenheten i den interne oppfølging. Hensynet til denne preventive virkning av foretaksstraff måtte tillegges særlig vekt på grunn av “den betydning revisjonen har i det økonomiske liv og i samfunnet for øvrig, og de skadevirkninger sviktende revisjon kan føre til.”⁸⁴ De samme argumenter kan anføres der overtredelsen er korrupsjon. Det er derfor ikke grunn til å tro at tilstedeværelse av antikorrupsjonsprogrammer og andre forebyggende tiltak vil ha avgjørende vekt i hensiktsmessighetsvurderingen dersom prevensjonshensynet i den konkrete sak tilsier at foretaket likevel straffes, for eksempel fordi tiltakene ikke etterleves i praksis.

Hvorvidt den fysiske gjerningsperson har handlet i strid med interne retningslinjer og bransjepraksis, vil for øvrig også være et moment i vurderingen av om ytelsen er “utilbørlig” etter strl. § 276 a, jf. ovenfor kap. 2.3.1.4. Dersom ytelsen er i tråd med retningslinjer/bransjepraksis, vil dette tale mot at den er utilbørlig. Men retten er ikke dermed avskåret fra å karakterisere ytelsen som utilbørlig, for eksempel dersom den finner at retningslinjene eller bransjepraksisen som ytelsen er gitt i henhold til *i seg selv* er utilbørlig. På denne måten har domstolene altså anledning til å kontrollere og sanksjonere retningslinjer og bransjepraksis som vurderes som uholdbar gjennom utilbørlighetsvurderingen etter § 276 a. I denne sammenheng kan det trekkes linjer til skjønnsutøvelsen etter § 48 a, jf. § 48 b bokstav c. Ved å vektlegge som moment i hensiktsmessighetsvurderingen at foretaket ved *andre* retningslinjer kunne forebygget

⁸³ Se s. 462. Saken gjaldt spørsmål om inndragning overfor foretaket etter en tollovertredelse.

⁸⁴ Rt.2008.996 avsnitt 37

overtredelsen og samtidig ilegge foretaksstraff, vil denne effekten av domstolenes kontroll med interne retningslinjer og bransjepraksis kunne tenkes å bli ytterligere forsterket. Dessuten vil bruk av foretaksstraff gi et sterkere incentiv på bedriftsnivå til å endre interne retningslinjer enn det som kan oppnås gjennom et personlig straffansvar etter § 276 a alene. Dette fordi foretaksstraffen rammer foretaket selv. På sikt vil dette kunne bidra til å endre bransjepraksis, ettersom bransjen vil tilpasse seg de krav som stilles til den gjennom rettspraksis. Dette poenget fremheves også i forarbeidene til bestemmelsene om foretaksstraff i ny straffelov: “Gjennom en foretaksstraff gjøres det klart at bransjen for å unngå straffansvar i fremtiden må skjerpe sin praksis, sine rutiner mv.”⁸⁵ Av denne grunn vil foretaksstraff utgjøre et viktig styringsmiddel for å bekjempe korrupsjon. Og nettopp derfor er det grunn til å hevde at det vil være et tungtveiende argument til støtte for bruk av foretaksstraff i korrupsjonssaker at overtredelsen kunne vært forebygget ved andre retningslinjer, jf. bokstav c. En slik tolkning vil dessuten bidra til å realisere konvensjonsformålene om en effektiv bekjempelse av korrupsjon, jf. kap. 3.6.2.

3.5.4 Bokstav d – motiv om å fremme foretakets interesser

Etter § 48 b bokstav d skal det særlig vektlegges om overtredelsen er begått for å fremme foretakets interesser. Korrupsjonshandlinger begått på vegne av et foretak, vil typisk være gjort i foretakets interesse. Forarbeidene til korrupsjonsbestemmelsene bruker som eksempel at bestikkelser gis for at en bedrift skal oppnå et oppdrag. “Bestikkelsen vil da være i bedriftens interesse. I slike tilfeller vil det kunne være naturlig å reagere med foretaksstraff i tillegg til det personlige ansvar.”⁸⁶ Uttalelsen kan leses som at lovgiver antar at foretaksstraff som utgangspunkt bør anvendes der overtredelsen er begått i foretakets interesse, med mindre spesielle mot-hensyn gjør seg gjeldende i det konkrete tilfelle. Prevensjonshensynet taler sterkt for samme løsning. Bokstav d må således ses i sammenheng med bokstav a.

⁸⁵ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432

⁸⁶ Jf. NOU 2002: 22 s. 29

Bestemmelsen retter seg ifølge ordlyden til foretakets motivasjon, ikke hvilket utfall handlingen faktisk har fått. Dersom motivet for korrupsjonshandlingen er å fremme foretakets interesser, vil dette kunne vektlegges i hensiktsmessighetsvurderingen selv om det faktiske resultat av lovbruddet enten ikke fremmer eller er i direkte strid med foretakets interesse. Dette er svært praktisk i korrupsjonssaker: korrupsjon begås på vegne av foretaket for å fremme dets interesser, f.eks. prøver man å forbedre selskapets økonomiske og kommersielle stilling ved å bestikke oppdragsgiveren i en anbudskonkurransen. Men forholdet blir avslørt og fører tvert i mot til svært negative konsekvenser for foretakets interesser, se drøftelsen ovenfor i kap. 3.5.1.1. I Rt.2008.996 anså *ikke* Høyesterett det som et moment *mot* bruk av foretaksstraff at overtredelsen blant annet påførte foretaket et enormt erstatningsansvar og advokatutgifter - altså at det faktiske resultat av lovbruddet viste seg å være stikk i strid med foretakets interesse. At overtredelsen er begått for å fremme foretakets interesser vil altså tale for bruk av foretaksstraff selv om det faktiske resultat av lovbruddet er at interessene ikke ble fremmet eller at interessene ble direkte skadet som følge av lovbruddet.

3.5.5 Bokstav e – potensiell eller aktuell fordel ved overtredelsen

Vurderingstemaet etter bokstav e står i nær sammenheng med bokstav d. Momentet innebærer at det skal vektlegges i hensiktsmessighetsvurderingen om foretaket kunne oppnådd en fordel ved overtredelsen. Det er etter ordlyden ikke nødvendig at foretaket faktisk har oppnådd en fordel på grunn av korrupsjonshandlingen, det er tilstrekkelig å fastslå at overtredelsen potensielt kunne medført en fordel, jf. “kunne ha oppnådd”. Dette legges også til grunn i Rt.2002.1312, hvor det slås fast at det er tilstrekkelig at lovbruddet etter sin art er egnet til å gi en fordel for foretaket.

Det kan vanskelig tenkes en korrupsjonshandling som etter sin art ikke er egnet til å medføre en fordel for foretaket. Riktignok rammer korrupsjonsbestemmelsene også handlinger uten påvirkningshensikt, jf. kap. 2.3.1.2. Det kan derfor tenkes at korrupsjonshandlingen er begått uten forventning om motytelse, det vil si at handlingen ikke har vært motivert av at foretaket skulle oppnå en fordel. Det avgjørende i forhold til vurderingen etter § 48 b bokstav e må imidlertid være om handlingen objektivt sett er

egnet til å gi foretaket en fordel. Momentet i bokstav e vil derfor normalt tale *for* bruk av foretaksstraff i korrupsjonssaker.

3.5.6 Bokstav f – foretakets økonomiske evne

Momentene i § 48 b gjelder etter bestemmelsens ordlyd som retningslinjer både for kan-skjønnnet og straffutmålingen. Bokstav f vil først og fremst ha betydning ved straffutmålingen, da den preventive effekt av foretaksstraff er avhengig av at botens størrelse er proporsjonal med foretakets økonomi. I Rt.1992.19 ble det slått fast at det i konsernforhold er relevant å legge vekt på morselskapets økonomi når foretakets økonomiske evne skal fastlegges. Av forarbeidene fremgår det at hensynet til foretakets økonomiske evne etter Straffelovkommisjonens mening *kun* skal ha betydning for straffutmålingen.⁸⁷ Etter departementets mening kan det imidlertid ikke utelukkes at momentet også kan ha betydning for vurderingen av om foretaksstraff er hensiktsmessig.⁸⁸

Et moment i kan-skjønnnet som antagelig kan forankres i bokstav f er hensynet til å bevare arbeidsplasser, der ileggelse av straffansvar for foretaket kan komme til å true disse. Asbjørnsen fremhever at bokstav f i alle fall tilsier at “straffen må vurderes konkret, og at den ikke skal innebære for store konsekvenser. Det er nok ikke meningen fra lovgivers side at et straffansvar f.eks. skal bidra til å rasere viktige og samfunnsnyttige arbeidsplasser”.⁸⁹ Om hensynet til å beskytte arbeidsplasser forankres i bokstav f eller som et reelt hensyn, er av mindre betydning. Uansett grunnlag må hensynet til å bevare samfunnsnyttige arbeidsplasser veies opp mot samfunnsnyttens som ligger i bekjempelse av korrupsjon, altså prevensjonshensynet, jf. bokstav a. Selv om tap av arbeidsplasser kan få massive konsekvenser for de som rammes, kan samfunnsinteresser i vid forstand i enda større grad bli skadelidende dersom man ikke oppnår den preventive virkning som ligger i foretaksansvar. Det er derfor grunn til å tro at hensynet til å bevare arbeidsplasser som regel vil måtte vike for prevensjonshensynet.

⁸⁷ Jf. NOU 1989: 11 s. 26

⁸⁸ Jf. Ot.prp. nr. 27(1990-1991) s. 35

⁸⁹ Asbjørnsen (1995) s. 108

3.5.7 Bokstav g – andre reaksjoner på overtredelsen

Etter bokstav g skal det legges vekt på andre reaksjoner som blir ilagt som en følge av overtredelsen. Det er etter ordlyden relevant å legge vekt på reaksjoner ilagt foretaket selv eller den som har handlet på vegne av det. “Andre reaksjoner” kan f.eks. være inndragning og erstatningsansvar i forhold til foretaket, og fengselsstraff og bøter i forhold til den fysiske gjerningsperson. Det må imidlertid være snakk om en formell reaksjon ilagt gjennom myndighetene – uformelle konsekvenser av korrupsjonshandlingen som nevnt i kap. 3.5.1.1 vil neppe være relevant i hensiktsmessighetsvurderingen etter bokstav g. Tanken bak momentet i bokstav g er å lovfeste at det skal ses hen til “de samlede reaksjonene som overtredelsen vil medføre, både for foretaket selv og for den eller de som har handlet på vegne av det.”⁹⁰ I dette ligger at bokstav g først og fremst vil ha betydning i små foretak som f.eks. enkeltpersonforetak. I slike tilfeller kan det lett tenkes at det vil være uhensiktsmessig å straffe både foretaket og gjerningspersonen, fordi det samlede straffansvar da kan fremstå som dobbeltstraff for eieren.⁹¹

En del av begrunnelsen for å gjøre foretaksstraffen fakultativ er at foretaksstraffen som hovedregel vil ha en subsidiær karakter i forhold til det personlige straffansvaret, og at det derfor må vurderes særskilt i det konkrete tilfelle om det er hensiktsmessig å reagere med foretaksstraff i tillegg til det personlige straffansvaret.⁹² I forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i ny straffelov fremheves det at “dersom foretaket er det eneste pliktsubjektet, taler det sterkt for at foretaket skal straffes”.⁹³ Foretaksansvaret for korrupsjonshandlinger omfatter som nevnt i kap. 2.4.1.2 også anonyme overtredelser, der ingen fysiske personer kan straffes for lovbruddet. I disse tilfeller faller deler av begrunnelsen for foretaksstraffens valgfrie karakter bort, noe som taler for at kompetansen til å ilegge foretaksstraff benyttes når vilkårene er oppfylt og personlig straffansvar ikke kan gjøres gjeldende. Når personlig straffansvar ikke kan gjøres gjeldende, fremstår foretaksstraff normalt som desto mer hensiktsmessig.

⁹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 35

⁹¹ Jf. Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 35

⁹² Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 3

⁹³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 433

3.6 Forholdet til internasjonale forpliktelser

I dette kapittelet skal korrupsjonskonvensjonenes betydning for kan-skjønnnet behandles. Drøftelsen nedenfor skjer under forutsetning av at vilkårene for foretaksstraff er oppfylt, og at overtredelsen er en korrupsjonshandling som faller inn under anvendelsesområdet til en eller flere av korrupsjonskonvensjonene.

3.6.1 Folkerettslig forpliktet til et obligatorisk foretaksansvar for korrupsjon?

Som nevnt under kap. 2.2 har Norge ratifisert tre konvensjoner som alle stiller krav om at ikke bare fysiske personer, men også juridiske personer, skal kunne holdes ansvarlig for visse typer korrupsjonshandlinger. Norge er folkerettslig forpliktet til å sørge for at norsk internrett er i samsvar med kravene som stilles i konvensjonene. Dersom OECD-, Europaråds- og/eller FN-konvensjonen krever at foretaksstraff *skal* ilegges for en overtredelse, vil dette tilsi at ordet “kan” i § 48 a må tolkes som om det hadde stått “skal” for å unngå motstrid og brudd med konvensjonene. Spørsmålet som dermed reises er altså hvorvidt konvensjonene krever at foretaksansvaret etter norsk rett skal være obligatorisk i korrupsjonssaker.

Et av formålene med å innføre de generelle korrupsjonsbestemmelsene i §§ 276 a-c var å sikre at norsk internrett tilfredsstillte de krav som stilles i de internasjonale forpliktelser Norge har påtatt seg.⁹⁴ I den forbindelse ble det også vurdert om det fakultative foretaksansvaret i strl. kap. 3 a er tilstrekkelig til å oppfylle kravene som stilles i OECD- og Europarådskonvensjonen. Som nevnt i kap. 2.2 er foretaksstraffinstituttet under fortløpende oppsyn i OECDs evalueringer av Norges konvensjonsoppfyllelse, og Straffelovrådet ga uttrykk for en viss tvil om hvorvidt det valgfrie foretaksansvaret kan skape tilvarende problemer overfor Europarådskonvensjonen. Da Norges etterlevelse av konvensjonen ble evaluert av OECD i 1999 ble det stilt spørsmål ved om den fakultative adgangen til å ilegge foretaksstraff etter § 48 a er tilstrekkelig til å oppfylle konvensjonens krav. Norske

⁹⁴ Jf. f.eks. NOU 2002: 22 kapittel 3 og Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 32

myndigheter forsikret da OECD om at konvensjonens krav oppfylles ved at påtalemyndigheten normalt skal anvende foretaksstraff i korrupsjonssaker.⁹⁵

Det er etter dette sikre holdepunkter for å oppstille en presumsjon om at påtalemyndigheten vil ta ut tiltale med påstand om foretaksstraff der vilkårene ellers er oppfylt. Norske myndigheters forsikringer overfor OECD kan imidlertid ikke tas til inntekt for en tilsvarende presumsjon for domstolenes skjønnsutøvelse. For det første går Norges forsikringer overfor OECD kun ut på at *påtalemyndigheten* skal ta ut tiltale mot foretaket der vilkårene for foretaksstraff er oppfylt – det gis ingen forsikringer om hva *domstolene* skal foreta seg. Og under en hver omstendighet ville en slik forsikring blitt oppfattet som en instruks om rettens skjønnsutøvelse som neppe ville blitt etterlevd av domstolene med mindre den gis i lovs form.

I forbindelse med vedtagelsen av korrupsjonsbestemmelsene foreslo Transparency International Norge som høringsinstans å gjøre foretaksansvaret obligatorisk i korrupsjonssaker for å rydde enhver tvil rundt konvensjonsstrid av banen.⁹⁶

Organisasjonen fikk imidlertid ikke gjennomslag for forslaget. Departementet fant det verken nødvendig eller ønskelig å endre straffelovens regler om foretaksstraff:

“Departementet antar at bestemmelsene om foretaksstraff i straffeloven kapittel 3 a oppfyller konvensjonens krav til ansvar for juridiske personer. Dette gjelder selv om ansvaret etter de nevnte bestemmelsene er fakultativt...”⁹⁷ I forarbeidene til ny straffelov menes det fremdeles at det fakultative foretaksansvaret ikke er i strid med Norges internasjonale forpliktelser, og departementet går inn for å videreføre dagens ordning med valgfritt foretaksansvar i korrupsjonssaker.⁹⁸

Etter *lovgivers* oppfatning er altså Norge ikke folkerettslig forpliktet til å innføre et obligatorisk foretaksansvar i korrupsjonssaker – det fakultative foretaksansvar er ikke i motstrid med korrupsjonskonvensjonene. Men dersom lovgiver med sin oppfatning

⁹⁵ Se NOU 2002:22 s. 14

⁹⁶ Se Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 32 og Transparency International Norge sin høringsuttalelse om forslaget til ny § 276 a.

⁹⁷ Jf. Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 24

⁹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 240-241

bygger på en uriktig forståelse av kravene som stilles i konvensjonene, vil det fakultative foretaksansvaret etter § 48 a medføre at det foreligger ubevisst motstrid mellom den løsning som følger av henholdsvis norsk rett og folkeretten i de tilfeller hvor kompetansen ikke benyttes. Det følger av det dualistiske prinsipp at det klare utgangspunkt i slike situasjoner er at norsk rett har forrang.⁹⁹ Det såkalte presumsjonsprinsippet utgjør imidlertid en modifikasjon i dette utgangspunktet, ved at domstolene velger det tolkningsresultat som best samsvarer med de folkerettslige forpliktelser når en norsk rettsregel kan forstås på flere måter.¹⁰⁰ Ved anvendelsen av § 48 a står retten overfor et valg mellom å benytte kompetansen til å ilegge foretaksstraff eller å la være. Ved å benytte kompetansen oppnås et resultat som er i samsvar med den folkerettslige norm, slik at motstrid unngås. Helgesen uttrykker det slik: “Hvis motstriden kan sies å være uønsket eller ubevisst, tror jeg fremdeles man er på den sikre siden om man hevder at domstolene her skal velge den folkerettslige norm. Man uttrykker det ofte slik at domstolene reparerer den ufullstendige lovgivning. Også her “presumeres” altså norsk rett å være i overenstemmelse med folkeretten.”¹⁰¹ Hensynet til å unngå folkerettsbrudd vil i så fall tale for at kompetansen til å ilegge foretaksstraff benyttes i korrupsjonssaker.

Spørsmålet blir dermed om konvensjonene i seg selv gir holdepunkter for et krav om et obligatorisk foretaksansvar. I så fall vil det være rimelig grunn til å anta at domstolene vil tolke ordet “kan” i § 48 a som “skal” for å unngå folkerettsbrudd, i henhold til presumsjonsprinsippet.

I tråd med Wienkonvensjonen¹⁰² art. 31 skal konvensjoner tolkes med utgangspunkt i ordlydens “ordinary meaning” sett i lys av traktatens kontekst og formål. Art. 2 og art. 26 i henholdsvis OECD- og FN-konvensjonen krever begge etter ordlyden at statene skal gjennomføre “measures as may be necessary...to establish the liability of legal persons...”. Etter Europarådskonvensjonens art. 18 er statene forpliktet til å vedta

⁹⁹ Jf. Ruud (2006) s. 54

¹⁰⁰ Jf. Ruud (2006) s. 64

¹⁰¹ Jf. Eckhoff (2001) s. 317

¹⁰² Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett.

lovgivning som er nødvendig for å sikre at “legal persons can be held liable”. Felles for dem alle er at ordlyden ikke stiller konkrete krav til utformingen av nasjonal lovgivning. Det konvensjonene synes å kreve er at *muligheten* for foretaksansvar etableres, og ikke et absolutt krav om at foretaksstraff alltid *skal* benyttes. En valgfri hjemmel kan således ikke sies å være i strid med en alminnelig språklig forståelse av konvensjonstekstene. Heller ikke konvensjonsformålene tilsier at ordlyden skal tolkes på noen annen måte. Formålene om internasjonal bekjempelse av korrupsjon tilsier ikke at foretaksstraff skal ilegges i ethvert tilfelle, og slik utelukke muligheten for et fakultativt foretaksansvar. Derimot tilsier konvensjonsformålet at skjønnsutøvelsen skjer på en måte som bidrar til å realisere konvensjonenes formål. Og dette vil nettopp være tilfelle dersom hjemmelen benyttes i de tilfeller hvor det fremstår som hensiktsmessig. Konvensjonstekstene medfører dermed et direktiv til skjønnsutøvelsen i større grad enn til lovgivningen.

På denne bakgrunn er det rimelig grunn til å anta at konvensjonsbestemmelsene må tolkes slik at de i seg selv ikke er til hinder for et valgfritt foretaksansvar, men at de har som utgangspunkt at kompetansen skal benyttes dersom ikke særskilte grunner taler imot i det konkrete tilfelle. Konvensjonene gjør således Norge resultatforpliktet til for det første å sørge for å ha hjemmel for foretaksansvar i korrupsjonssaker, og for det annet til å sørge for at denne hjemmelen også som hovedregel benyttes i praksis. At hjemmelen for foretaksstraff inneholder skjønn, er ikke konvensjonsstridig så lenge skjønnsutøvelsen ikke utføres på en måte som i realiteten fører til at juridiske personer ikke blir holdt ansvarlig for korrupsjonshandlinger. Med den lovtekniske utformingen av foretaksansvaret for korrupsjon som er etablert i strl. kap. 3 a jf. §§ 276 a-c, medfører konvensjonstekstene først og fremst et direktiv til skjønnsutøvelsen, og ikke til utformingen av lovgivningen.

3.6.2 Hvilken betydning har internasjonale forpliktelser for kan-skjønnen?

Som drøftelsen under 3.6.1 viser, er det neppe grunnlag for å konkludere med at korrupsjonskonvensjonene medfører en folkerettslig forpliktelse til å ha et obligatorisk foretaksansvar i korrupsjonssaker i norsk rett. Dette betyr imidlertid ikke at eksistensen av folkerettslige forpliktelser er uten betydning for den valgfrie adgang til å ilegge

foretaksstraff for korrupsjon. Spørsmålet blir altså hvilken betydning det skal ha for utøvelsen av kan-skjønnnet at det finnes folkerettslige forpliktelser som stiller krav til norsk rett.

Det at konvensjonene krever at foretak skal kunne holdes ansvarlig kan tolkes slik at det *traktatrettslige utgangspunktet* er at foretaksstraff skal ilegges når vilkårene er oppfylt, selv om konvensjonene ikke er til hinder for at foretaksansvaret unnlates anvendt dersom særlige omstendigheter taler for det. Konvensjonene må altså tolkes slik at de *forutsetter* at foretaket skal holdes ansvarlig, selv om de ikke nødvendigvis *krever* det i alle tilfeller. Strl. § 48 a tolket i lys av korrupsjonskonvensjonene tilsier altså at “kan” må leses som “bør”. En slik forståelse synes også å bli lagt til grunn av departementet i proposisjonen til §§ 276 a-c, hvor det uttales på side 37 at “Departementet antar at reglene om foretaksstraff vil bli anvendt i korrupsjonssaker i den grad det er behov for det, og kan ikke se at det er nødvendig å endre de norske bestemmelsene om foretaksstraff for å sikre gjennomføringen av Norges forpliktelser etter OECD-konvensjonen og europarådskonvensjonen.”¹⁰³

Hensynet til å sikre en effektiv gjennomføring av folkeretten har vært trukket frem av Høyesterett i flere avgjørelser, blant annet inntatt i Rt.1946.198 og Rt.1992.346. Det såkalte effektiviseringshensynet innebærer at retten ved tolkning av interne rettsregler velger det tolkningsalternativ som best bidrar til å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser, selv om dette tolkningsalternativ ellers ikke ville fremstått som det mest nærliggende.¹⁰⁴ Ved normalt å benytte seg av kompetansen til å ilegge foretaksstraff i korrupsjonssaker, vil retten sørge for en effektivisering av det traktatrettslige utgangspunkt om at foretaksstraff *bør* benyttes. Den rettskildemessige vekt av korrupsjonskonvensjonene i denne sammenheng er det vanskelig å si noe sikkert om, siden spørsmålet ikke har vært direkte behandlet i rettspraksis. Men ettersom en tolkning i strid med det traktatrettslige utgangspunkt, altså å unnlate å bruke foretaksstraff, ikke medfører folkerettsbrudd, er det i alle fall neppe grunn til å tro at retten vil legge avgjørende vekt på en tolkning i tråd med effektiviseringshensynet.

¹⁰³ Jf. Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 37

¹⁰⁴ Jf. Ruud (2006) s. 55

Spesielt ikke hvis tungtveiende hensyn taler *mot* bruk av foretaksstraff. Forholdet til Norges internasjonale forpliktelser vil likevel utgjøre et klart argument til støtte for at den diskresjonære kompetansen til å ilegge foretaksstraff benyttes. På denne bakgrunn er det grunnlag for å hevde at § 48 a tolket i lys av korrupsjonskonvensjonene gir støtte for en presumsjon om at foretaksstraff ilegges i korrupsjonssaker.

Forholdet til internasjonale forpliktelser vil for øvrig også ha betydning for straffutmålingen. Samtlige korrupsjonskonvensjoner krever at sanksjonen mot foretaket skal være effektiv, forholdsmessig og avskrekkende. Bøtenivået i korrupsjonssaker må derfor ligge tilstrekkelig høyt til at det sikres at disse kravene innfris.¹⁰⁵

3.6.3 Forslag til ny bokstav h i straffelov 2005

Strl. § 48 b er foreslått videreført som § 28 i ny straffelov. Overgangen til ny straffelov skal ikke medføre materielle endringer i rettstilstanden, men forslaget til ny § 28 innebærer visse redaksjonelle endringer. Av størst betydning er forslaget om å tilføye en ny bokstav h. Ifølge utkastet skal bokstav h etter ordlyden lovfeste at det i kan-skjønnet og straffutmålingen skal legges vekt på “om overenskomst med fremmed stat forutsetter bruk av foretaksstraff.”¹⁰⁶ Forslaget om å tilføye bokstav h ble fremmet av Justisdepartementet i proposisjonen til ny straffelov, og følger ikke av Straffelovkommisjonens utkast. Begrunnelsen for forslaget er at “Departementet mener at det fakultative foretaksansvaret er i samsvar med våre internasjonale forpliktelser. Likevel har departementet kommet frem til at det er grunn til å synliggjøre at det også er et moment ved vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges at internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av, forutsetter bruk av foretaksstraff.”¹⁰⁷

Utkastet innebærer altså at det uttrykkelig tas inn i lovteksten at det er relevant å vektlegge i kan-skjønnet om det følger av et internasjonalt instrument at et foretak skal eller bør ilegges foretaksstraff. For korrupsjonsovertredelser innebærer utkastet dermed en synliggjøring av et moment som er svært sentralt også etter gjeldende rett.

¹⁰⁵ Se Ot.prp.78 (2002-2003) s. 24

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 499

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 244

3.7 Reelle hensyn

3.7.1 Tid siden overtredelsen

Når lagmannsretten tok stilling til om den skulle reagere med foretaksstraff i “Vannverkssaken”, ble tidsforløpet mellom overtredelsen og straffesaken tillagt vekt. Et langt tidsforløp var etter lagmannsrettens syn et argument for å ikke benytte kompetansen til å ilegge foretaksstraff: “At det har gått over ni år siden overtredelsen skjedde er også et moment som taler mot å reagere med straff mot E AS nå.”

Det kan være flere grunner til å tillegge tidsforløpet vekt i vurderingen. For det første kan tidsforløpet ha den betydning at den individualpreventive virkningen av straff er helt eller delvis borte, fordi foretaket allerede har fått erfare hvor skadelig det er å være involvert i en korrupsjonssak, jf. drøftelsen i kap. 3.5.1.1 og uttalelsen fra “Vannverkssaken” sitert i samme kapittel. Tidsforløpets relevans som vurderingsmoment kan således utledes av § 48 b bokstav a. For det annet kan tidsforløpet ha relevans fordi foretaksansvaret har visse særtrekk som stiller det i en annen stilling en det personlige straffansvaret: mens en fysisk gjerningsperson alltid vil være den samme person som han var på gjerningstidspunktet, kan et foretak ha gjennomgått massive endringer i tiden mellom overtredelsen og rettsoppgjøret. For eksempel kan ledelsen og de ansatte være byttet ut, nye eiere kan ha kommet inn eller selskapet kan ha gjennomgått fusjon eller fisjon. For det tredje kan tidsforløpet ha relevans dersom gjerningspersonen i løpet av tidsrommet har mistet sin tilknytning til foretaket. Hvilken betydning dette kan ha i hensiktsmessighetsvurderingen gjennomgås i det følgende.

Et langt tidsforløp mellom overtredelsen og straffesaken vil antagelig ofte være spesielt aktuelt i korrupsjonssaker. Dette fordi denne typen kriminalitet som regel foregår i det skjulte og som en del av et komplekst saksforhold, slik at sakene tar lang tid å etterforske.

3.7.1.1 Strukturelle endringer i foretaket

I tiden mellom korrupsjonshandlingen og den påfølgende straffesaken kan det lett tenkes at foretaket har gjennomgått strukturelle endringer. Spørsmålet om det fremdeles eksisterer et foretak, og eventuelt hvilket, som skal holdes ansvarlig når foretaket har gjennomgått slike endringer, er kort behandlet ovenfor i kap. 2.4.1.4. Forutsetningen for drøftelsen er at det er på det rene hvilket selskap som skal holdes ansvarlig. Spørsmålet som reises er hvorvidt det kan ha betydning for kan-skjønnnet at foretaket har gjennomgått strukturelle endringer i tidsrommet mellom overtredelsen og domstidspunktet.

I forarbeidene til § 28 i ny straffelov heter det at “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...”¹⁰⁸

Videre fremheves det at hensiktsmessigheten av bruk av straff ved strukturelle endringer må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Hva slags strukturell endring det dreier seg om vil derfor være av betydning. Noen typetilfeller kan nevnes:

En type strukturell endring kan være at selskapet har fått *ny ledelse* i tiden etter overtredelsen. Hvis for eksempel den nye ledelsen har iverksatt tiltak for å hindre nye lovbrudd, er det mulig at foretaksstraff ikke bør benyttes.¹⁰⁹ I korrupsjonsrammede foretak vil dette antagelig være en praktisk situasjon: ledelsen mister tilliten hos eierne og byttes ut for å begrense omdømmetapet, jf. kap. 3.5.1.1, og ny ledelse innfører programmer og interne retningslinjer for bekjempelse av korrupsjon. Kanskje blir også gjerningspersonen sagt opp, se betydningen av dette i kap. 3.7.1.2. En forutsetning for at denne type tiltak fra den nye ledelsen vil tale *mot* bruk av foretaksstraff er at tiltakene som er iverksatt er reelle, og ikke kun motivert av den forestående straffesaken mot foretaket.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 433

¹⁰⁹ Dette trekkes frem som eksempel i Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 43

¹¹⁰ Asbjørnsen (1995) s. 107

Dersom den nye ledelsen ikke iverksetter spesielle tiltak, men heller fortsetter virksomheten “i samme spor som tidligere med fare for nye overtredelser, kan det tale for at ansvar bør ilegges.”¹¹¹ Prevensjonshensynet taler altså sterkt for at foretaksstraff ilegges i slike tilfeller, jf. § 48 b bokstav a.

En annen type strukturell endring kan gå ut på at foretaket har fått *nye eiere* i tiden etter korrupsjonshandlingen. Det kan anføres at dette vil tale mot illeggelse av foretaksstraff fordi straffansvaret da rammer “uskyldige” eierinteresser. Imidlertid kan det godt tenkes at muligheten for foretaksstraff er priset inn i kjøpesummen, og da vil argumentet miste sin vekt. Og under en hver omstendighet vil hensynet til de nye eierne veies opp mot prevensjonshensynet, jf. § 48 a bokstav a. Begrunnelsen for foretaksstraff er ikke å straffe eierne, men foretaket som sådan. Den preventive virkning overfor selskapet vil derfor veie vesentlig tyngre enn hensynet til nye eiere, og nytt eierskap vil derfor neppe utgjøre et sterkt argument mot bruk av foretaksstraff.

Dersom foretaket har *fusjonert* med et annet selskap i tiden etter overtredelsen, kan det tenkes å få betydning for kan-skjønnet på flere måter. For eksempel kan fusjonen føre til at det overdragende selskap får nye eierinteresser eller ny ledelse sammenlignet med situasjonen før fusjonen, og dermed aktualiseres de samme argumenter som nevnt ovenfor i forbindelse med nytt eierskap og ledelse. Det kan også tenkes at den virksomhet som korrupsjonshandlingen er knyttet til avvikles i forbindelse med fusjonen. Den individualpreventive virkning av å straffe det fusjonerte foretaket vil da være liten, ettersom faren for gjentakelser er redusert. Det samme argument gjør seg gjeldende i like stor grad der foretaket legger om virksomheten etter overtredelsen uten at dette er forårsaket av en fusjon med et annet selskap. Det allmennpreventive hensyn som ligger i å unngå at foretaksansvaret kan omgås ved å legge om virksomheten, med eller uten fusjon, taler imidlertid sterkt for at foretaksstraff ilegges til tross for at den individualpreventive effekt vil være liten.

Dersom et selskap fisjoneres i tiden etter overtredelsen, er det selskapet som viderefører virksomheten som lovbruddet springer ut av som vil holdes ansvarlig for lovbruddet, jf.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 43

kap. 2.4.1.4. Fisjonen vil neppe ha stor betydning for hensiktsmessighetsvurderingen. Men i straffutmålingen kan det være relevant å vektlegge om foretaket har fått endret sin økonomiske evne som følge av fisjonen.

3.7.1.2 Gjerningspersonens tilknytning til foretaket

En annen mulig konsekvens av tidsforløpet mellom overtredelsen og straffesaken, er at gjerningspersonens tilknytning til foretaket kan ha blitt vesentlig svekket i dette tidsrommet. I korrupsjonssaker kan det for eksempel godt tenkes at gjerningspersonen blir sagt opp for å markere at foretaket tar avstand fra korrupte handlinger. Tilknytning mellom gjerningsperson og foretak er som nevnt et vilkår for foretaksstraff, og det er da tilknytningen på handlingstidspunktet som er avgjørende. Men gode grunner taler for å gi tilknytningen en viss vekt som moment i hensiktsmessighetsvurderingen også. I forarbeidene sies det at "...jo fjernere tilknytning den personlig ansvarlige har til foretaket når påtalespørsmålet skal avgjøres, jo mindre naturlig vil det være å ilegge straff".¹¹² Asbjørnsen mener momentet vil ha en viss vekt også når saken står for domstolene, og illustrerer med situasjonen der foretaket har sagt opp gjerningspersonen som en direkte følge av overtredelsen, *før* en straffesak mot foretaket har blitt innledet. "Dette viser at ledelsen i foretaket sannsynligvis er opptatt av at overtredelser ikke skal skje. En straff mot foretaket vil i slike tilfelle ha begrenset preventiv effekt. Dessuten kan straffen virke lite rettfærdig."¹¹³ Men dersom foretaket tar grep som reduserer gjerningspersonens tilknytning *etter* at straffesaken er iverksatt, er det mindre grunn til å vektlegge dette momentet, fordi det da er "større sannsynlighet for at motivet for oppsigelsen bare er å unngå foretaksstraff."

3.7.2 Lav oppdagelsesrisiko

Korrupsjon er en kriminalitetstype med lav oppdagelsesrisiko. Årsaken til dette er sammensatt. Dels skyldes det at nettopp et kjennetegn ved korrupsjon er at det foregår i det skjulte, og de involverte kan gå svært langt for å holde lovbruddet fordekt.¹¹⁴

¹¹² Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 37

¹¹³ Asbjørnsen (1995) s. 108

¹¹⁴ Se f.eks. Rt.2001.227 s.230 og Rt.2010.1624 avsnitt 30

Dessuten fordekkes korrupsjonshandlinger ytterligere ved at de ofte foregår som ledd i virksomhet som for øvrig er lovlig. Av disse grunner er korrupsjon vanskelig å oppdage, og det kreves store ressurser for å avdekke og etterforske. For det annet skyldes den lave oppdagelsesrisikoen at korrupsjon er en type kriminalitet uten en direkte skadelidte. Som det sies i fortalen til Europarådskonvensjonen er korrupsjon en trussel mot “rettsikkerheten, demokratiet og menneskerettighetene, undergraver godt styresett og sosial rettferdighet, virker konkurransevridende, hindrer økonomisk utvikling og setter stabiliteten til demokratiske institusjoner og samfunnets fundament i fare.” – Med andre ord, “offeret” for korrupsjonshandlinger er samfunnet i vid forstand, og sjelden et enkeltindivid som har evne til å rapportere om lovbruddet. ØKOKRIM skriver på sine nettsider at “De ordinære individuelle motiver for å anmelde kriminalitet er ofte ikke til stede, og dette vanskeliggjør oppdagelsen av forbrytelsen. Sakene er som regel kompliserte, og mangler gjerne ytre kjennetegn som klart viser at det er tale om lovbrudd.”¹¹⁵ Dessuten har alle de involverte parter noe å tjene på å holde korrupsjonshandlingen skjult, ettersom både aktiv og passiv korrupsjon er straffbart, jf. kap. 2.3.

Av disse grunner kan man si at sterke preventive hensyn taler for at de tilfellene som oppdages, etterforskes og føres for retten, skal resultere i straff. Dette ble også fremhevet av Høyesterett i Rt.2009.1595 hvor det uttales i avsnitt 28 at “Brudd på dyrevernsloven er dessuten vanskelig å oppdage, noe som også tilsier at det reageres når man har avklart at det foreligger brudd.” Høyesterett har i en rekke saker i forbindelse med straffutmåling både overfor fysiske og juridiske personer pekt på sammenhengen mellom lav oppdagelsesrisiko og preventive hensyn – prevensjonshensynet tilsier at forbrytelser med lav oppdagelsesrisiko straffes strengt.¹¹⁶ En forutsetning for strenge straffer er selvsagt at kompetansen til å ilegge straff overhodet benyttes. Lav oppdagelsesrisiko vil derfor tale *for* at kompetansen til å straffe foretaket benyttes og at bøtene utmåles strengt.

¹¹⁵ <http://www.okokrim.no/artikler/definisjon-okonomisk-kriminalitet> [siteret 12.04.11]

¹¹⁶ Se f.eks. HR-2011-355-A og Rt.2004.1645

Med andre ord, hensynet til prevensjon tilsier at foretaksstraff idømmes i korrupsjonssaker. På den annen side blir ikke handlingen mer straffverdig fordi det er lite sannsynlig at den blir oppdaget. Lav oppdagelsesrisiko kan med andre ord ikke begrunne foretaksstraff i korrupsjonssaker ut fra straffverdighetssynspunkter.

3.7.3 Bedriftsøkonomisk kalkulert risiko - rasjonell kriminalitet

Økonomisk kriminalitet kan til en viss grad forklares med teorien om rasjonelle valg. Eide beskriver rasjonell adferd slik: “Individet antas å ha en rekke handlingsalternativer som omfatter både lovlig og ulovlig virksomhet ... Hvert enkelt handlingsalternativ gir resultater i form av inntekt, straff og/eller andre fordeler og ulemper. Hvilke resultater som oppnås, er avhengig av individets omgivelser. Det rasjonelle individ antas å velge det handlingsalternativ som best tilfredsstillende de preferanser individet måtte ha med hensyn til de forskjellige resultater det er mulig å oppnå.”¹¹⁷

Kjernen i teorien er altså at forbryteren på en rasjonell måte avveier de gevinster han potensielt kan oppnå mot de kostnader som han risikerer å pådra seg ved å begå lovbruddet. Dersom overtredelsen etter en slik kost-nytte analyse fremstår som gunstig fordi gevinsten er større enn kostnaden, begår man lovbruddet. Korrupsjon kan typisk være en slik type kriminalitet hvor det ofte ligger rasjonelle valg til grunn for overtredelsen. Et entreprenørselskap kan for eksempel oppnå milliongevinst ved å sikre seg en stor og viktig kontrakt gjennom bestikkelser – ulempen vil være risiko for foretaksstraff i millionklassen, men sannsynligheten for å bli oppdaget er relativt liten.

Man kan imidlertid ikke forutsette at korrupsjon alltid er et resultat av rasjonelle overveielser. Gottschalk fremhever at økonomisk kriminalitet kan være irrasjonell på samme måte som andre lovbrudd som vold og trusler: “Dersom det ligger rasjonelle avveininger bak en kriminell handling, er målet med lovbruddet som oftest å skaffe seg en eller annen gevinst, samtidig som forbryteren tar hensyn til risikoen for å bli oppdaget... Det er dermed ikke nødvendigvis slik at en bestemt kriminalitetstype, nemlig økonomiske lovbrudd, er rasjonelle, mens andre lovbrudd er irrasjonelle.

¹¹⁷ Eide (1994) s. 26

Derimot kan det være slik at et rasjonelt lovbrudd er en handling som er utløst fordi gjerningspersonen forventer en større gevinst enn kostnad ved å begå lovbruddet.”¹¹⁸ Likevel er det grunn til å anta at når vilkårene for foretaksstraff er oppfylt, vil det som oftest også ligge en rasjonell overveielse til grunn for handlingen. Dette fordi handlingen må være begått ”på vegne” av foretaket, dvs. at foretaket må ha tilknytning til både gjerningsperson og handling, jf. kap. 2.4.1.3. En kost-nytte analyse for selskapets del fremstår da som en naturlig bakgrunn for lovbruddet – det gir generelt liten mening å begå korrupsjon på vegne av et selskap uten å reflektere over selskapets potensielle gevinst og risikoen for straff, selv om også slike tilfeller kan tenkes. Det kan i alle fall vanskelig tenkes at korrupsjonen er begått “på vegne” av selskapet dersom lovbryteren ikke samtidig har hatt selskapets gevinst og risikoen for straff i bakhodet. På denne bakgrunn er det grunn til å hevde at teorien om rasjonell kriminalitet *som oftest* kan bidra som et relevant reelt hensyn i hensiktsmessighetsvurderingen.

Dersom det etter dette kan bevises at korrupsjonshandlingen er begått som et resultat av en kost-nytte vurdering, slik at det altså ligger et rasjonelt valg til grunn for korrupsjonshandlingen, bør dette etter mitt syn få betydning for praktiseringen av kan-skjønnet. Det at foretaket gjennom rasjonelle overveielser dermed har ansett risikoen for foretaksstraff som en bedriftsøkonomisk kalkulert risiko på lik linje med andre legitime forretningsmessige risikoer, taler etter min mening sterkt for at kompetansen til å ilegge foretaksstraff bør benyttes. Korrupsjonshandlingen fremstår vesentlig mer straffverdig når den er planlagt og bokstavelig talt kalkulert. Ved å benytte kompetansen til å ilegge foretaksstraff i slike tilfeller, markeres for det første handlingens straffverdighet.

For det annet vil prevensjonshensynet ha stor tyngde i slike tilfeller. Høyesterett har ved spørsmål om bruk av foretaksstraff for brudd på forurensningslovgivningen lagt vekt på at “man er innenfor et område hvor det er rimelig grunn til å anta at straffetrusler kan ha en reell preventiv betydning, fordi utslippene ofte skjer fra økonomisk virksomhet som drives ut fra rasjonelle motiver...”¹¹⁹ Eide fremhever at bruk av straff vil utgjøre en økt

¹¹⁸ Gottschalk (2010) s. 150

¹¹⁹ Rt.2007.1684 avsnitt 41

omkostning som vil gjøre ulovlige handlinger mindre lønnsomme i en kost-nytte analyse, og at en straffetrussel i noen tilfeller kan være utslagsgivende for hvorvidt et lovlig eller ulovlig handlingsalternativ velges: "...vi har grunn til å tro, og en lang rekke empiriske undersøkelser bekrefter det, at mengden av ulovlige handlinger avtar når "prisen" går opp."¹²⁰ Ileggelse av foretaksstraff vil dessuten sende ut allmennpreventive signaler til andre foretak som på nåværende eller senere tidspunkt kommer i en situasjon hvor det må foreta tilsvarende vurderinger. En visshet om at foretaksstraff vil bli ilagt, vil i en rasjonell kost-nytte analyse gi økte ulemper i forhold til fordelene. Eide skriver at "En økning i straffens sannsynlighet eller strenghet kan få enkelte potensielle lovbrøyttere til å vippe over til den lovlydige siden."¹²¹

Bruk av foretaksstraff vil i et slikt perspektiv først og fremst bidra til å gjøre korrupsjon ugunstig ut fra bedriftsøkonomiske hensyn. På sikt kan det heller ikke utelukkes at denne virkningen av foretaksstraff også kan ha en mer fundamental innvirkning på bedriftskulturen, i den forstand at holdningen til korrupsjon endres i retning av å gjøre korrupsjonshandlinger så moralsk uakseptabelt at aktørene ikke en gang vil analysere mulighetene for å begå korrupsjon. Som Eide påpeker: "hvis man en gang for alle har bestemt seg for ikke å stjele, og fått den vanen, er det vanskelig å tenke seg at en nyvurdering av spørsmålet ville gi et annet resultat."¹²²

Av de samme grunner bør også planlagt risiko gi seg utslag i straffutmålingen, når kompetansen til å ilegge foretaksstraff benyttes. Jeg går ikke nærmere inn på dette, siden straffutmåling faller utenfor oppgavens tema.

3.7.4 Straffverdighet

Det retten i realiteten gjør når den foretar hensiktsmessighetsvurdering etter § 48 a jf. § 48 b er å ta stilling til handlingens straffverdighet.¹²³ Jo mer straffverdig, desto større grunn til å ilegge foretaksstraff. Momentene som oppregnes i § 48 b vil spesielt være

¹²⁰ Eide (1994) s. 32

¹²¹ Eide (1994) s. 31

¹²² Eide (1994)s. 41

¹²³ Se f.eks. Rt.2002.1312 s. 1319

egnet til å ta stilling til handlingens straffverdighet. Noen lovbrudd er mer straffverdige enn andre. Av den grunn er det også større grunn til å ilegge foretaksstraff for noen lovbrudd enn for visse andre.

Korrupsjon er en slik type lovbrudd hvor det kan hevdes at det som et generelt utgangspunkt vil være hensiktsmessig å reagere med foretaksstraff, nettopp fordi korrupsjon generelt må sies å være en svært straffverdig form for kriminalitet. I forarbeidene til korrupsjonsbestemmelsene fremheves det at “grove korrupsjonshandlinger kan fremstå som mer straffverdig enn de fleste andre grove formuesforbrytelser.”¹²⁴ I Rt.2001.227 s 230 uttaler Høyesterett enstemmig at “Korrupsjon er en forbrytelse av sterkt samfunnsskadelig karakter... For korrupsjon innen næringslivet er det et spesielt moment at det vil kunne hindre rasjonalisering og effektivisering. De avhengighetsforhold som oppstår i forbindelse med korrupsjon, kan gi grunnlag for utpressing og annen kriminalitet som kan gi skadevirkninger langt utover de som direkte ville følge av bestikkelsen.” I forarbeidene til den nye straffeloven uttales det med henvisning til Rt.2001.227 at “De samfunnsskadelige virkningene av korrupsjon taler for at det bør reageres strengere enn mot andre former for økonomisk kriminalitet.” og at “økonomisk utroskap i form av korrupsjon bør straffes strengere enn underslag og andre former for økonomisk utroskap. Det samme må gjelde ved domfellelse for overtredelse av de nye straffebestemmelsene mot korrupsjon.”¹²⁵

Med andre ord gir korrupsjonens straffverdighet i seg selv støtte for en generell presumsjon om at foretaksstraff vil være hensiktsmessig i korrupsjonssaker, i alle fall der det er snakk om grov korrupsjon, jf. § 276 b, jf. § 48 b bokstav b.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 25

¹²⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 343

4 Avslutning

4.1 Oppsummering og konklusjon

Som gjennomgangen viser, vil momentene som er opplistet i § 48 b ofte tilsi at bruk av foretaksstraff er hensiktsmessig i korrupsjonssaker. Spesielt viktig er det at hensynet til prevensjon, både i forhold til foretaket som sådan og fysiske personer med tilknytning til foretaket, som regel taler for at kompetansen benyttes. Prevensjonshensynet vil være det viktigste og mest tungtveiende momentet i kan-skjønn, ettersom prevensjon er grunnlaget for foretaksstraffinstituttet. I tillegg vil bruk av kompetansen til å ilegge foretaksstraff samsvare best med Norges internasjonale forpliktelser, og det vil bidra til å realisere konvensjonsformålene. Forholdet til korrupsjonskonvensjonene tilsier derfor at kompetansen til å ilegge foretaksstraff bør brukes. Videre er det et typisk trekk ved korrupsjonshandlinger at oppdagelsesrisikoen er lav. Normalt vil det derfor fremstå som hensiktsmessig å straffe de man faktisk oppdager. Dessuten vil det at korrupsjonshandlinger ofte er et resultat av en rasjonell overveielse tale sterkt for at kompetansen benyttes, både utfra straffverdighets- og prevensjonsbetraktninger. Samlet kan det dermed konstateres at det foreligger en rekke særtrekk ved korrupsjonshandlinger som kan gi seg utslag i kan-skjønn etter § 48 a.

På denne bakgrunn er det rimelig å anta at hensiktsmessighetsvurderingen normalt vil tilsi bruk av foretaksstraff i korrupsjonssaker. Det kan ikke hevdes at det skal gjelde en presumsjon for foretaksstraff i korrupsjonssaker i den forstand at foretaksstraff kan ilegges uten en forutgående hensiktsmessighetsvurdering når vilkårene for øvrig er oppfylt, jf. Rt.2008.996. Men, som gjennomgangen av relevante momenter for kan-skjønn viser, vil foretaksstraff *normalt* være hensiktsmessig for denne typen overtredelser. Dette er ikke det samme som å si at det ikke skal foretas en hensiktsmessighetsvurdering i korrupsjonssaker. Det *skal* foretas en konkret hensiktsmessighetsvurdering også i korrupsjonssaker, men resultatet av denne vurderingen vil altså som oftest bli at bruk av foretaksstraff fremstår som hensiktsmessig. Antagelig kan man derfor anta at kompetansen til å ilegge foretaksstraff som hovedregel vil bli benyttet i korrupsjonssaker når vilkårene for øvrig er oppfylt.

4.2 Vurdering av gjeldende rett og rettsutviklingen

4.2.1 Synspunkter på gjeldende rett

En stor andel av de korrupsjonshandlinger som blir begått, gjøres på vegne av bedrifter.¹²⁶ En effektiv korrupsjonsbekjempelse krever derfor at foretak som sådan kan holdes strafferettslig ansvarlig. Verktøyet finnes i strl. kap. 3 a jf. §§ 276 a-c, som gir skjønnsmessig og generelt utformet hjemmel for foretaksstraff for korrupsjon. Et fortrinn ved en generelt utformet hjemmel er den lovtekniske fordel som ligger i et oversiktlig og lett tilgjengelig lovverk. Ulempen er at hjemmelen selv ikke fanger opp særegenhetene ved de forskjellige lovbrudd direkte i lovteksten, slik at relevante momenter for kan-skjønnnet må søkes i andre kilder. Hjemmelens fakultative utforming har den fordel at den gir retten anledning til å begrunne *hvorfor* den finner det hensiktsmessig å straffe foretaket, ved at retten viser hva det legges vekt på i vurderingen. Slik kan domstolene gjennom rettspraksis bidra til å påvirke bedriftskulturen på dette området. Gjennom kan-skjønnnet gis domstolene dessuten mulighet til å ivareta de konkrete omstendigheter i hver enkelt sak, slik at man har en sikkerhetsventil for de tilfeller hvor bruk foretaksstraff vil være urimelig. Straffereaksjonen vil derfor jevnt over fremstå som rimelig, og dette er egnet til å styrke foretaksstraffens legitimitet.

Regelverket gjør det altså mulig å straffeforfølge foretaket som sådan i etterkant av en korrupsjonshandling, hvilket i seg selv er rimelig når overtredelsen er begått på vegne av foretaket. Viktigst er imidlertid den preventive effekt av reglene. Ved at bedrifter kan holdes ansvarlig er det i bedriftens egeninteresse å motarbeide korrupsjon. Det blir stadig vanligere at bedrifter iverksetter forebyggende tiltak og analyserer korrupsjonsfarene som er forbundet med virksomheten de driver.¹²⁷ Slik bidrar også reglene til økt bevissthet om korrupsjon i næringslivet spesielt og samfunnet generelt. Etter min mening er derfor dagens regulering et godt verktøy for korrupsjonsbekjempelse.

¹²⁶ Transparency International Norge (2009) s. 1

¹²⁷ Transparency International Norge (2009) s. 9

4.2.2 Synspunkter på rettsutviklingen

Den viktigste materielle endring i foretaksstraffinstituttet som ny straffelov medfører, er at det ikke lenger kreves at straffeбудets skyldrekvisitt er oppfylt. Strl. §§ 276 a-c og andre straffeбуд med forsett som skyldkrav vil dermed i forhold til bruk av foretaksstraff likestilles med straffeбуд som kun krever uaktsomhet, se kap. 2.4.1.2.

Det vil være tilstrekkelig å konstatere at handlingen til en enkeltperson eller summen av handlingen til flere, oppfyller straffeбудets objektive gjerningsinnhold.¹²⁸

Departementet begrunner endringen med at det er prosessøkonomisk "...kompliserende og fordyrende å måtte bevise subjektiv skyld for at foretaksstraff skal kunne idømmes", og at det er "...uheldig om det forhold at en bestemt gjerningsperson ikke kan straffes på grunn av manglende skyld, alltid skal gjøre at man ikke kan anvende foretaksstraff..."¹²⁹

Dermed vil det etter ny straffelov bli enklere å konstatere at vilkårene for foretaksstraff er oppfylt, slik at påtalemyndigheten lettere kan ta ut tiltale i flere saker og flere tiltaler vil ventelig resultere i domfellelser. Samtidig frigjøres også etterforskningsressurser, slik at etterforskningen kan skje raskere og flere saker kan behandles samtidig. At flere saker etterforskes og føres for retten, vil gi økt oppdagelsesrisiko og styrke den preventive effekt av straffeбудene og samtidig sette korrupsjonsbekjempelse på dagsorden i enda større grad. Med strl. 2005 vil foretaksstraffinstituttet utgjøre et enda mer effektivt verktøy for bekjempelse av korrupsjon sammenlignet med dagens ordning.

På den annen side kan den nye rettstilstanden skape utfordringer i forhold til uskyldspresumsjonen i EMK art. 6, spesielt dersom straffansvaret rammer et foretak med personlig deltakeransvar.¹³⁰ Det må derfor forventes at denne siden av foretaksansvaret vil bli prøvd for Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD).

¹²⁸ Ot.prp. 90 (2003-2004) s. 432

¹²⁹ Ot.prp. 90 (2003-2004) s. 242

¹³⁰ Se Høivik (2010) s. 456

En redaksjonell endring av stor betydning for foretaksansvaret i korrupsjonssaker, er forslaget om å tilføye forholdet til internasjonale forpliktelser som særskilt vurderingsmoment etter § 28. Som denne avhandlingen illustrerer, vil forholdet til internasjonale forpliktelser utgjøre et særlig viktig vurderingsmoment i korrupsjonssaker. En uttrykkelig opprøpning i lovtekst vil synliggjøre momentets betydning. En ulempe ved en generell hjemmel for foretaksstraff er som tidligere nevnt at hjemmelen nødvendigvis ikke kan fange opp alle særegenheter det kan være relevant å vektlegge for det brede spekteret av lovbrudd hjemmelen kan tenkes anvendt på. Slik sett kan § 28 sies å utgjøre en lovteknisk forbedring sammenlignet med dagens § 48 b, i den forstand at et moment som er særlig fremtredende i korrupsjonssaker blir uttrykkelig inntatt i lovteksten. En ulempe ved en generell straffehjemmel for foretak avhjelper altså til en viss grad i korrupsjonssaker. Det er dessuten grunn til å tro at forholdet til internasjonale forpliktelser vil spille en stor rolle også i tiden som kommer, og at det av den grunn er viktig at momentet inntas i lovteksten. I takt med globaliseringen av jussen, næringslivet og samfunnet for øvrig, vil konvensjonsformålene om effektiv og internasjonal korrupsjonsbekjempelse bli stadig mer aktuelt, og samtidig utgjøre et stadig mer tungtveiende moment i hensiktsmessighetsvurderingen. Slik befestes avhandlingens konklusjon om at foretaksstraff normalt vil være hensiktsmessig i korrupsjonssaker også for fremtiden.

5 Litteraturliste

Litteratur:

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, 3. opplag, Oslo 2004

Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, samlet utgave ved Kjell V. Andorsen, 2. opplag, Oslo 2008

Asbjørnsen, Rasmus. *Straffansvar for foretak – str. paragraf 48a*, Oslo 1995

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001

Eide, Erling. *Kriminaløkonomi*, 1. utg., Oslo 1994

Eskeland, Ståle. *Strafferett*, 2. utg., Oslo 2006

Finstad, Øyvind og Morten Iversen. *Korrupsjon gir Telenor-rabatt*. I: Dagens Næringsliv tirsdag 5. april 2011, Nr. 80 årg. 122, side 36-37.

Gottschalk, Petter. *Ledelse og økonomisk kriminalitet*. 1. utg., Oslo 2010

Høivik, Knut. *Foretaksstraff – en analyse av ansvarskonstruksjonen i straffeloven § 48a og dens forutsetninger*. Avhandling for graden philosophiae doctor (PhD), Universitetet i Bergen, 2010.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*, 3.utg., Oslo 2006

Transparency International Norge. *Beskytt din virksomhet! Håndbok i antikorrupsjon for norsk næringsliv*, Oslo 2009.

Internetsider og elektroniske dokumenter

<http://www.okokrim.no/artikler/definisjon-okonomisk-kriminalitet> [Sitert 12.04.11]

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser.html?id=592102> [Sitert 14.02.2011]

GRECO. *Second Evaluation Round, Evaluation Report on Norway*. Tilgjengelig:

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval2\(2004\)3_Norway_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval2(2004)3_Norway_EN.pdf) [Sitert 12.04.11]

Høivik, Knut. *Det stedlige virkeområdet for de norske regler om foretaksstraff*. I: Håkonarmål 2006 s. 5-21, Bergen 2006. Elektronisk utgave tilgjengelig:

<https://bora.uib.no/bitstream/1956/2011/1/Hakonarmal2006.pdf> [sitert 13.02.11]

Matningsdal, Magnus. *Kommentar til straffeloven, I*: Gyldendal rettsdata (online). (oppdatert 17.03.2011) [Sitert 14.04.11]

OECD Evalueringsrapport Fase 2: 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*. Tilgjengelig: <http://www.oecd.org/dataoecd/3/28/31568595.pdf> [Sitert 11.04.11]

PriceWaterhouseCoopers. *Korrupsjon koster*, rapport fra august/september 2009. Tilgjengelig: <http://www.pwc.com/no/no/publikasjoner/korrupsjonkoster-norsk-rapport.pdf> [Sitert 11.04.11]

Transparency International Norge. *TI Norges uttalelse om forslaget til ny § 276 a i straffeloven*. Tilgjengelig: <http://www.transparency.no/article.php?id=34> [Sisert 11.04.11]

Personlig meddelelse

Slettemark, Guro. Intervju. 04.02.2011

Rettspraksis (sisert fra Lovdata)

LE-2008-046619

Rt.1946.198

Rt.1988.1356

Rt.1992.19

Rt.1992.346

Rt.1993.459

Rt.1994.299

Rt.1995.1922

Rt.1998.652

Rt.2000.234

Rt.2000.1451

Rt.2000.2023

Rt.2001.227

Rt.2002.1312

Rt.2004.1645

Rt.2007.1684

Rt.2008.996

Rt.2008.1201

Rt.2009.130

Rt.2009.1595

Rt.2010.1624

HR-2011-355-A

Lover og forarbeider

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814
1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
2006 Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006

Utkast til lov om vern mot forurensning og forsøpling med motiver, avgitt 1977.

- | | |
|------------------------------|--|
| NOU 1989: 11 | Straffansvar for foretak. Straffelovkomisjonens delutredning III |
| NOU 2002: 22 | En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon |
| Ot.prp. nr. 27 (1990-91) | Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak) |
| Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) | Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon) |
| 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) |
| Innst. O. nr. 55 (1990-91) | Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffeansvar for foretak) |
| Innst. O. nr. 72 (2004-2005) | Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven) |

Traktater

- | | |
|------------------------|--|
| EMK | Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950 |
| OECD-konvensjonen | Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997 |
| Europarådskonvensjonen | The Criminal Law Convention on Corruption, 1999 |
| FN-konvensjonen | United Nations Convention Against Corruption, 2003 |