

UiO • **Det juridiske fakultet**

Utlørlighetsvurderingen etter straffeloven § 387, med særlig fokus på lokal forretningskultur

Kandidatnummer: 651

Leveringsfrist: 25. november 2018

Antall ord: 17954



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema.....	1
1.2	Problemstilling.....	2
1.3	Rettskildebildet	2
1.4	Fremstillingen videre	4
1.5	Avgrensninger.....	4
2	BAKGRUNN.....	5
2.1	Innføring i temaet.....	5
2.1.1	Historikk	5
2.1.2	Hva er korrupsjon.....	6
2.2	Internasjonale traktater om korrupsjon	7
2.2.1	Rettskildemessig begrunnelse for bruk av korrupsjons-konvensjonene ved fastlegging av norsk rett	7
2.2.2	Kort presentasjon av konvensjonene.....	9
2.3	Hensynene bak regler mot korrupsjon	10
2.3.1	Overblikk	10
2.3.2	Saklighetskravet og tillit til offentlig myndighetsutøvelse.....	11
2.3.3	Konkurransesvridning.....	13
2.3.4	Korrupsjon som grensesprengende fenomen.....	14
3	DE MATERIELLE VILKÅRENE I STRAFFELOVEN § 387.....	15
3.1	Kort om grunnvilkårene	15
3.2	Fordelsbegrepet.....	15
3.3	Stilling, verv eller utføring av oppdrag	16
3.4	I anledning av utøvelsen av stilling verv eller utføring av oppdrag	16
3.5	Aktiv og passiv korrupsjon.....	16
3.5.1	Innledende betraktninger	16
3.5.2	Aktiv korrupsjon	17
3.5.3	Passiv korrupsjon	17
4	DE MATERIELLE VILKÅRENE I STRAFFELOVEN § 387 - UTILBØRLIG FORDEL	17
4.1	Overblikk.....	17
4.2	Utilbørlig fordel – en rettslig standard.....	18
4.3	Forholdet mellom legalitetsprinsippet og rettslige standarder	18

4.4	Utilbørighetsvurderingen – «klart klanderverdig» og «undue advantage»	19
4.5	Utilbørighetsvurderingen – en totalvurdering	20
4.5.1	Særlige momenter som står sentralt i utilbørighetsvurderingen	20
4.5.2	Fordelens art og verdi	20
4.5.3	Offentlig tjenestemann	22
4.5.4	Partenes stilling og forholdet dem imellom	23
4.5.5	Formålet bak ytelsen	24
4.5.6	Åpenhet ovenfor arbeidsgiver	25
4.5.7	Interne retningslinjer i bedriften og sedvane i bransjen	25
5	LOKAL FORRETNINGSKULTUR	26
5.1	En stedsrelativ utilbørighetsstandard?	26
5.2	Betydningen av lokal forretningskultur utenfor skyldspørsmålet	27
5.3	Den passive part er utenlandsk offentlig tjenestemann	28
5.3.1	De klare tilfellene av korrupsjon	28
5.3.2	Facilitating payments	32
5.4	Den passive part er norsk statsborger eller norsk offentlig tjenestemann	37
5.4.1	Fremstillingen videre i dette kapitlet	37
5.4.2	Overordnet om grenseoverskridende passiv korrupsjon	38
5.4.3	Kort om metodiske utfordringer	39
5.4.4	Grenseoverskridende passiv korrupsjon begått av norsk offentlig tjenestemann	40
5.4.5	Fordelens verdi i grenseoverskridende passiv korrupsjon	40
5.4.6	Åpenhet ovenfor arbeidsgiver i grenseoverskridende passiv korrupsjon	42
5.4.7	Representasjon og påvirkningsmoment i grenseoverskridende passiv korrupsjon	43
5.4.8	Lokal forretningskultur i grenseoverskridende passiv korrupsjon	44
6	KONKLUSJON	45
7	LITTERATURLISTE	47
7.1	Lovregister	47
7.2	Forarbeidsregister	47
7.3	Domsregister	48
7.4	Internasjonale kilder	48
7.4.1	Konvensjoner	48
7.4.2	Rapporter og vedtak	49
7.5	Litteratur	49
7.5.1	Bøker	49

7.5.2	Artikler	50
7.5.3	Kommentarer	50
7.5.4	Nettsider.....	50

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema

Denne oppgaven handler om korrupsjon, mer presist om utilbørighetsstandarden i straffeloven § 387. Utilbørighetsstandarden er en del av det objektive gjerningsinnholdet i straffeloven § 387. Gjerningsinnholdet i § 387 lyder:

«Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som

a) for seg eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel i anledning av utøvelse av stilling, verv eller utføring av oppdrag, eller

b) gir eller tilbyr noen en utilbørlig fordel i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføring av oppdrag.»¹

Et av vilkårene i korrupsjonsbestemmelsen er at en fordel er «utilbørlig». Utilbørighetskriteriet er en rettstridsreservasjon som snevrer inn hvilke handlinger som anses som korruperte. Utilbørighetskriteriet er dessuten en rettslig standard, som avgjør grensene mellom straffbare og lovlige handlinger, og som varierer på ulike livsområder.²

I forarbeidene uttales det at:

«Det kan være store forskjeller fra land til land i forretningsmoral, forvaltningsskikk og sedvane. Etter departementets oppfatning kan utilbørighetsvurderingen ikke stå upåvirket av forholdene i et annet land hvor bestikkelsen mottas eller ytes, eller hvor den passive bestikkeren har sitt virke.»³

Denne uttalelsen kan tyde på at det skal mer til før en handling blir sett på som utilbørlig i land der korrupsjon er en sentral del av forretningskulturen, enn i land der korrupsjon ikke er det. Norge har også folkerettslige forpliktelser på korrupsjonens område. I Convention on combating bribery of foreign public official in international business transactions (heretter OECD-konvensjonen) uttales det at:

«all countries share a responsibility to combat bribery in international business transactions».⁴

¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 387

² NOU 2002: 22 s. 38

³ Ot.prp.nr. 78 (2002-2003) s. 56

⁴ Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions, Paris 15. februar 1997, preamble

I fortalen til United Nations Convention against Corruption (heretter UNCAC)⁵ vektlegges også korrupsjon som et globalt problem som det kreves samarbeid over landegrensene for å bekjempe. En lempeligere bedømmelse av hva som utgjør korrupsjonshandlinger i korrupsjonsutsatte land, kan derfor være i strid med internasjonale forpliktelser Norge er bundet av.

Vi lever i en global verden, der mange norske bedrifter driver næringsvirksomhet på tvers av landegrensene. Konsekvensene for en bedrift ved en eventuell korrupsjonsdom kan være meget store, og true dens videre eksistens på grunn av omdømmeproblemer. Dette gjør at det er viktig for både fysiske og juridiske personer å vite hvor grensene for korrupsjon går.

1.2 Problemstilling

Oppgavens problemstilling er å kartlegge hva som utgjør en «utilbørlig fordel» etter straffeloven § 387. Som et ledd i dette vil jeg særlig se nærmere på hvilken betydning lokal forretningskultur har ved fastsettelsen av utilbørlighetsstandarden. I forarbeidene til endringsloven i 2002 oppstilles det en rekke momenter som har betydning ved utilbørlighetsvurderingen.⁶ Her oppgis også forretningskultur som et relevant moment. Fremstillingen tar sikte på å behandle de ulike momentene i utilbørlighetsvurderingen, for deretter å foreta en mer inngående analyse av om lokal forretningskultur fører til en annen fastsettelse av utilbørlighetsstandarden enn tilfellene uten grenseoverskridende element.

Oppgaven vil gi en oversikt over de andre momentene i utilbørlighetsvurderingen. Dette fordi betydningen av lokal forretningskultur ikke kan fremstilles uten å se hen til de andre momentene i utilbørlighetsvurderingen, da utilbørlighetsvurderingen alltid vil være en helhetsvurdering der de ulike momentene ses i sammenheng. Oppgaven berører de andre vilkårene i korrupsjonsbestemmelsen mer overfladisk, for å klargjøre hva som utgjør korrupte handlinger etter norsk rett. Utilbørlighetskriteriets momenter vil behandles mer utførlig mens lokal forretningskultur er det momentet som blir behandlet mest i dybden.

1.3 Rettskildebildet

De sentrale lovbestemmelsene er straffeloven av 1902 § 276a⁷ og straffeloven av 2005 § 387. De vil i det følgende bli henvist til som henholdsvis straffeloven (1902) og straffeloven.

Straffeloven (1902) § 276a ble tilføyd ved lov 4. juli 2003. Dette utgjør en naturlig avgrensning for oppgaven, da gjeldende rett ble vesentlig endret i 2003. Kilder før ikrafttredelsen av

⁵ United Nations Convention against corruption, New York, 31. Oktober 2003, preamble

⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) ss. 55-56

⁷ Lov 22.mai 1902 nr.10 Almindelig borgerlig straffelov (Straffeloven) § 276 a

straffeloven (1902) § 276a vil ha begrenset betydning for korrupsjonsbestemmelsen slik den er i dag. Rettstilstanden ble ikke endret gjennom straffeloven fra 2005.⁸

Forarbeidene til endringsloven Ot.prp.nr.78 (2002-2003) og NOU 2002:22 klargjør hvilke momenter som skal vektlegges ved fastleggelsen av utilbørighetsstandarden. Disse er et naturlig utgangspunkt for analysene.

Transparency International Norge, har i sin domssamling en fullstendig oversikt over rettskraftige dommer og vedtatte forelegg for korrupsjon utstedt av ØKOKRIM fra 2003-2017.⁹ Denne oversikten vil danne grunnlaget for de avgjørelsene jeg vil undersøke for å søke å fastlegge hvordan utilbørighetsstandarden påvirkes av lokal forretningskultur.

Jeg vil i oppgaven bruke alminnelig juridisk metode. Det er kartlegging av norsk rett som er mitt undersøkelsesområde. Norge er på korrupsjonens område forpliktet etter flere internasjonale avtaler. Disse traktatene er også relevante rettskilder for klargjøring av den norske utilbørighetsstandarden. De relevante traktatene er UNCAC¹⁰, OECD-konvensjonen¹¹ og Criminal Law Convention on Corruption (heretter Europarådkonvensjonen)¹². Den rettskildemessige betydningen av konvensjonene vil bli behandlet nærmere i punkt 2.2.1.

Ved tolkningen av traktatbestemmelser vil jeg bruke folkerettslig metode. Det er anerkjent at tolkningsprinsippene i artikkel 31 i Wien-konvensjonen¹³ om traktatolkning er folkerettslig sedvanerett.¹⁴ Selv om Norge ikke har ratifisert Wien-konvensjonen, er det tolkningsprinsippene som fremkommer i denne konvensjonen som anvendes ved tolkning av traktater.

Forelegg fra ØKOKRIM er påtalepraksis, og har etter en tradisjonell rettskildelære begrenset betydning. Dette fordi domstolene, i sær Høyesterett, har en særlig rolle som rettsavklarer. Domstolskontrollen kan blant annet leses ut av Grunnloven § 88 som sier at «Høyesterett

⁸ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 470

⁹ Pedersen (2018)

¹⁰ United Nations Convention against corruption, New York, 31. Oktober 2003

¹¹ Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions, Paris 15. februar 1997

¹² Criminal Law Convention on corruption, Strasbourg 27. januar 1999

¹³ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23. Mai 1969, article 31

¹⁴ Graver (2003) s. 477

dømmer i siste instans». ¹⁵ Påtalepraksis har liten rettskildemessig vekt, men er en relevant rettskilde på grunn av sin argumentasjonsverdi. ¹⁶

I oppgaven vil jeg også gjøre bruk av underrettspraksis. Underrettspraksis er en relevant rettskilde, men avgjørelsene har ikke de samme prejudikatsvirkninger som Høyesterettsdommer har. ¹⁷ Det vil derfor variere hvor stor vekten av den enkelte avgjørelse er i forhold til å klargjøre en autoritativ tolkning av rettsregler. På samme måte som påtalepraksis kan underrettsdommer tillegges betydning på grunn av sin argumentasjonsverdi. ¹⁸ Dessuten kan en ensartet praksis være et argument av en viss tyngde for forståelsen av en rettsregel. Underrettspraksis viser eksempler på hvordan en rettsregel blir anvendt i praksis. Mange rettsspørsmål som det finnes underrettspraksis om, er aldri avgjort av Høyesterett. I slike situasjoner må man se avgjørelsene i lys av rettskildebildet for øvrig for å avgjøre om dommens resultat kan tillegges vekt.

1.4 Fremstillingen videre

Denne oppgaven er inndelt i 6 deler. Del 2 søker å gi bakgrunnsstoff for forståelsen av oppgaven. I dette kapitlet vil jeg klargjøre hva korrupsjon er, hvordan lovgivningen mot korrupsjon har utviklet seg, og hvorfor internasjonale instrumenter er viktige for og utgjør en relevant rettskilde for forståelsen av de norske korrupsjonsreglene. I del 3, 4 og 5 går jeg inn i den materielle korrupsjonsbestemmelsen. I del 3 presenterer jeg kort de materielle grunnvilkårene i korrupsjonsbestemmelsen som ikke er i kjernen av mitt undersøkelsesområde. I del 4 går jeg inn i utilbørighetsvurderingen, mens jeg i del 5 undersøker betydningen av lokal forretningskultur for utilbørighetsvurderingen. Del 6 er en konklusjon der jeg kort trekker frem hvordan utilbørighetsstandarder fastlegges og hvorvidt det er dekning for å si at lokal forretningskultur påvirker fastleggelsen av hva som er utilbørlig.

1.5 Avgrensninger

Korrupsjon er et område som gir grobunn for mange spennende undersøkelsesområder. Det ligger i sakens natur at det er behov for noen avgrensninger når man skal behandle korrupsjon.

Opgaven avgrenses mot påvirkningshandel i straffeloven § 389. Påvirkningshandelsbestemmelsen har nær tilknytning til korrupsjonsbestemmelsen, og denne gjennomfører også Norges forpliktelser etter Europarådkonvensjonen. ¹⁹ Bestemmelsen vil ikke bli ytterligere behandlet.

¹⁵ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 88

¹⁶ Myhrer (2003) s. 245

¹⁷ Eckhoff (2001) s. 159

¹⁸ Andenæs (2009) s. 98

¹⁹ Matningsdal (2016) s. 476

Oppgaven avgrenses også mot spørsmålet om jurisdiksjon. En forutsetning for å kunne straffe- forfølge korrupsjonshandlinger er at Norge har jurisdiksjon, og jurisdiksjonsspørsmålet kommer særlig på spissen der korrupsjonen finner sted i utlandet. Det kan i den anledning nevnes at det nå foreligger et høringsnotat som blant annet tar sikte på å utvide anvendelsesområdet av korrupsjonsreglene på korrupsjonshandlinger begått i utlandet.²⁰ Da denne oppgaven behandler den materielle korrupsjonsbestemmelsen vil det føre for langt å behandle jurisdiksjonsspørsmålet ytterligere.

Korrupsjon er forøvrig ikke i noen særklasse sammenlignet med andre straffebud innen økonomisk kriminalitet, og straff på foretaksnivå etter straffeloven § 27 kan idømmes ved brudd mot bestemmelsen. Førstvoterende Ia i Rt. 2013 s. 1025 (Norconsult-dommen) til grunn at korrupsjon er i kjerneområdet for foretaksstraff.²¹ Alle de tre korrupsjonskonvensjonene pålegger konvensjonspartene å gjøre juridiske personer ansvarlige for korrupsjonshandlinger.²² Dette vil ikke bli nærmere behandlet i oppgaven.

2 BAKGRUNN

2.1 Innføring i temaet

2.1.1 Historikk

Det har i Norge vært en ganske dramatisk endring i lovgivningen på korrupsjonens område. Frem til 1995 kunne man etter skatteloven (1911) § 44²³ i en viss utstrekning få skattefradrag for bestikkelser.²⁴ Da dette medførte at en bedrift i tillegg til den konkurransemessige fordel som bestikkelser i seg selv kan gi i et kontraktsforhold, kunne fradragsføre smøring og bestikkelser, er det naturlig at denne bestemmelsen ga grobunn for korrupsjonshandlinger.

Straffeloven (1902) gjennomgikk en større revisjon på korrupsjonens område i 2003. Før dette var korrupsjonsbestemmelsene spredt og ikke alle typer korrupsjon var omfattet av bestemmelsene. Etter straffeloven (1902) var det først og fremst §§ 112 og 113 som straffesanksjonerte korrupsjon. Disse bestemmelsene rammet bare de tilfellene der offentlig tjenestemann oppnådde en «uberrettiget fordel». Etter § 128 ble den som bestakk offentlig tjenestemann straffet.

Etter 1902-lovens §§ 275 og 276 kunne korrupsjonshandlinger utenfor offentlig sektor bli rammet av reglene for økonomisk utroskap da bestikkelser ofte vil være brudd på en arbeidstakers

²⁰ Justis- og beredskapsdepartementet (2018) s. 45

²¹ Rt. 2013 s. 1025, avsnitt 31-36

²² OECD Anti-Bribery Convention, article 2, Criminal law Convention on corruption, article 18, UNCAC, article 26

²³ Lov 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) § 44

²⁴ Ot.prp.nr. 57 (1994-1995) s. 15

plikter ovenfor arbeidsgiver.²⁵ Kun den som mottok bestiklinger ble direkte rammet, mens den som ga slike bestiklinger kunne holdes ansvarlig som medvirker.²⁶ Bestemmelsene rammet bare de tilfellene der korrupsjonshandlingen var et grovt brudd på tjenestepliktene.²⁷ Straffeloven (1902) § 405b forbød passiv korrupsjon i næringsvirksomhet, mens aktiv korrupsjon i næringsvirksomhet var forbudt etter markedsføringsloven § 6.²⁸ Disse bestemmelsene trådte først i kraft i 1972.²⁹ Frem til lovendringen i 2003 var bestiklinger som involverte offentlig tjenestemann ansett som en alvorligere forbrytelse, enn korrupsjonstilfeller i det private næringsliv, noe som ble gjenspeilet av et høyere straffnivå ved korrupsjonshandlinger av eller ovenfor offentlig tjenestemann.³⁰

I 1997 underskrev Norge OECD-konvensjonen og i 1999 Europarådkonvensjonen. Disse overenskomstene førte til et behov for lovendring, som ble gjennomført med en generell lovbestemmelse i straffeloven (1902) § 276a, senere videreført i straffeloven § 387. I følge Transparency International Norge, har Norge nå en av de strengeste korrupsjonslovgivningene i verden.³¹

Det at de internasjonale traktatene direkte foranlediget endringen av korrupsjonsbestemmelsene i norsk rett og at nåværende straffeloven § 387 i stor grad er utformet for å oppfylle forpliktelsene etter korrupsjonskonvensjonene, særlig Europarådkonvensjonen, betyr at konvensjonene har rettskildemessig relevans for forståelsen av straffeloven § 387.

2.1.2 Hva er korrupsjon

Det er mange forestillinger om hva korrupsjon er, skjønt det er vanskelig å definere. Dette gjenspeiles blant annet gjennom at hverken UNCAC, OECD-konvensjonen eller Europarådkonvensjonen inneholder noen legaldefinisjon av hva korrupsjon er. Konvensjonene definerer isteden ulike spesifikke former for korrupsjon.³² Det vil ikke bli gjort noe forsøk på å komme frem til den ene «riktige» definisjonen av korrupsjon i denne oppgaven, da dette ikke er viktig for å fastlegge hva som anses for å være korrupte handlinger etter norsk straffelovgivning. Til hjelp for tanken vil jeg likevel gjengi Søreides forklaring på hva korrupsjon er:

²⁵ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 15

²⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 15

²⁷ Stordrange (2014) s. 135

²⁸ Lov 16. juni 1972 om kontroll ved markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) § 6

²⁹ Stordrange (2014) s. 137

³⁰ Stordrange (2014) s. 137

³¹ Transparency International Norge (2018)

³² Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, 27. januar 1999 (Europarådrapport 173), note 2

«Korrupsjon handler om at noen misbruker myndighet de har i jobben til å oppnå en fordel i privatlivet.»³³

Korrupsjonens vesen er nettopp en slik sammenblanding av private interesser der slike interesser ikke har noen plass.

I Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon defineres korrupsjon på følgende måte:

«For the purpose of this Convention, ‘*corruption*’ means requesting, offering, giving or accepting, directly or indirectly, a bribe or any other undue advantage or prospect thereof, which distorts the proper performance of any duty or behavior required of the recipient of the bribe, the undue advantage or the prospect thereof.”³⁴

Denne definisjonen er ikke en allmenngyldig legaldefinisjon av korrupsjonsbegrepet, men kan likevel gi noe veiledning i forståelsen av hva korrupsjon er. Essensen i den er at noen skaffer seg/skaffer andre en fordel de ikke skulle ha hatt gjennom misbruk av posisjon.

2.2 Internasjonale traktater om korrupsjon

2.2.1 Rettskildemessig begrunnelse for bruk av korrupsjons-konvensjonene ved fastlegging av norsk rett

På korrupsjonsområdet, er det først og fremst tre konvensjoner som er relevante og som har stor betydning som rettskilder for forståelsen av straffeloven § 387. Disse er som nevnt tidligere OECD-konvensjonen, Europarådskonvensjonen og UNCAC. Alle er ratifisert av Norge og er dermed bindende. På grunn av at Norge har et dualistisk rettssystem, er det behov for transformasjon eller inkorporasjon for at en regel skal bli bindende for norske borgere.³⁵ Det følger av straffeloven § 6 at straffeloven også gjelder handlinger begått i utlandet som Norge etter folkeretten har rett eller plikt til å straffeforfølge.³⁶ Denne bestemmelsen omhandler kun jurisdiksjon. Dette innebærer at Norge må kriminalisere handlinger som vi forplikter oss til gjennom konvensjoner, dersom de straffebestemmelsene vi har fra før ikke er dekkende.³⁷

OECD-konvensjonen ble etter ratifikasjonen gjennomført gjennom å gjøre bestikkelse av utenlandsk offentlig tjenestemann ulovlig.³⁸ Europarådskonvensjonen førte til en større revisjon av

³³ Søreide (2013) s. 30

³⁴ Civil Law Convention on corruption, Strasbourg 4. November 1999, article 2

³⁵ Gisle (2010) s. 83

³⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 404

³⁷ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 405

³⁸ Ot.prp.nr.66 (1997-1998) s. 7

korruptjonsbestemmelsene. Mandatet til Straffelovrådet var å utrede hvilke endringer det norske regelverket måtte undergå for at Norge skulle kunne ratifisere Europarådkonvensjonen.³⁹ Ved ratifikasjonen av UNCAC ble det norske regelverket ansett for å gjennomføre konvensjonen.⁴⁰ Det som nå er straffeloven § 387 anses på strafferettens område å gjennomføre det materielle innholdet om korrupsjon i korrupsjonskonvensjonene. Dette gjør at konvensjonstektene er en rettskilde med relativt stor betydning for forståelsen av den norske korrupsjonsregelen.

Man kan spørre seg hvilken rettskildemessig betydning andre dokumenter utformet av de internasjonale organene har. Jeg tenker her særlig på Europarådets forklarende rapport til Europarådkonvensjonen⁴¹ og OECD-kommentaren.

I Wien-konvensjonen artikkel 31 nummer 1 fremgår det at en konvensjon blant annet skal tolkes i tråd med sin kontekst.⁴² I artikkel 31 nummer 2 fremgår det at dette betyr at en konvensjon skal tolkes i tråd med avtaler om traktaten som partene er blitt enige om i forbindelse med slutføringen av traktaten. OECD-kommentaren ble inntatt av partene på samme konferanse som OECD-konvensjonen.⁴³ Dette tilsier at de er en relevant og autoritativ rettskilde for forståelsen av OECD-konvensjonen, men den er ikke bindende for partene.⁴⁴

Europarådets forklarende rapport stammer fra samme dato som Europarådkonvensjonen åpnet for undertegning. Det er naturlig å se på rapporten som en del av konteksten til Europarådkonvensjonen på samme måte som OECD-kommentaren er det for OECD-konvensjonen.

Det er på det rene at OECD-kommentaren og Europarådets forklarende rapport er av betydning for forståelsen av de respektive konvensjonene. Et annet spørsmål er hvordan den rettskildemessige betydningen av disse tekstene er i forhold til norsk rett. Graver mener at det er grunn til å skille mellom praksis fra internasjonale organer med rådgivende kompetanse og organer som kan treffe bindende avgjørelser, og at det er de organene som kan treffe bindende avgjørelser som er en autoritativ kilde ved tolkning av traktater.⁴⁵ I Rt. 1997 s. 580 (Oljestreik-dommen) som gjaldt tolkning av ILO-konvensjonen vektla Høyesterett at de ulike organene knyttet

³⁹ NOU 2002: 22 s. 11

⁴⁰ Innst.S.nr.188 (2005-2006) s. 1

⁴¹ Europarådrapport 173 (1999)

⁴² VCTL, article 31

⁴³ Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions 21. november 1997

⁴⁴ Boersma (2012) s. 74

⁴⁵ Graver (2003) s. 477

til ILO-konvensjonen ikke med bindende virkning for konvensjonspartene kunne avgjøre forståelsen av ILO-konvensjonen.⁴⁶

Gravers uttalelser retter seg mot avgjørelser fra folkerettslige organer. Slike organer opererer gjerne i etterkant av at en konvensjonstekst er underskrevet, noe som innebærer at suverenitetsprinsippet gir god grunn til å skille mellom organer som et land har gitt kompetanse til å avsi bindende avgjørelser versus de organer som kun har rådgivende uttalelser. Også i Oljestreikdommen var det praksis i etterkant av Norges folkerettslige forpliktelse som var stridstemaet. Dette stiller seg annerledes for OECD-kommentaren og Europarådets forklarende rapport. Disse dokumentene er fra samme tid som konvensjonen, og selv om de ikke har bindende virkning for konvensjonspartene, er de naturlige instrumenter for konvensjonspartene å bruke for å øke forståelsen av konvensjonene. I forarbeidene til endringsloven ser vi at Europarådets forklarende rapport blir brukt på en selvfølgelig måte for å forklare begrepet «undue» i konvensjonsteksten.⁴⁷ Bruken av den forklarende rapporten blir her ikke problematisert.

Ettersom korrupsjonskonvensjonene er opphavet til de norske lovreglene om korrupsjon etter lovendringen i 2003, er det naturlig å bruke OECD-kommentaren og Europarådets forklarende rapport også som en rettskilde i norsk rett, så lenge det er sammenfall mellom hva konvensjonen er ment å dekke og de norske lovreglene. Et utslag av dette er at OECD-kommentaren bare vil være en relevant rettskilde ved aktiv korrupsjon ovenfor utenlandsk tjenestemann.

2.2.2 Kort presentasjon av konvensjonene

OECDs konvensjon trådte i kraft i 1999. Som det fremgår av tittelen er området for konvensjonen korrupsjonshandlinger begått ovenfor utenlandsk tjenestemann. Etter artikkel 1 i konvensjonen forpliktet partene til å gjøre korrupsjon slik det fremkommer i konvensjonen til et straffbart forhold etter nasjonal rett.⁴⁸ Konvensjonen forplikter partene til å gjøre aktiv korrupsjon ovenfor utenlandsk tjenestemann ulovlig.⁴⁹

Europarådskonvensjonen trådte i kraft i 2004. Konvensjonen har et videre anvendelsesområde enn OECD-konvensjonen, ved at både aktiv og passiv korrupsjon ovenfor både utenlandsk og innenlandsk offentlig tjenestemann gjøres ulovlig.⁵⁰ Dessuten rammes også bestikkelser i det private av konvensjonen.⁵¹

⁴⁶ Rt. 1997 s. 580, s. 589

⁴⁷ Ot.prp.nr. 78 (2002-2003) ss. 19-20

⁴⁸ OECD Anti-Bribery Convention, article 1

⁴⁹ OECD Anti-Bribery Convention, article 1

⁵⁰ Criminal Law Convention on corruption, articles 2-6

⁵¹ Criminal law Convention on corruption, articles 7-8

I tillegg til at flere typetilfeller av korrupsjonshandlinger dekkes av Europarådkonvensjonen, inneholder også OECD-konvensjonen begrensninger knyttet til konteksten en aktiv korrupsjonshandling begås i.⁵² Formålet med bestikkelsen må etter OECD-konvensjonen være å få eller beholde en urettmessig fordel i forbindelse med internasjonalt forretningsforhold.⁵³ I Europarådets forklarende rapport forklares dette med at formålet bak Europarådkonvensjonen er videre enn OECD-konvensjonen.

«the aim is not only to protect free competition but the confidence of citizens in democratic institutions and the rule of law»⁵⁴

Dette kan forstås som at OECD-konvensjonens formål først og fremst er å sikre at ikke konkurransen vris, mens Europarådkonvensjonen har flere formål. De mest sentrale formålene bak antikorrupsjonsreglene vil bli grundigere behandlet i kapittel 2.3.

UNCAC trådte i kraft i 2006. Etter konvensjonen har Norge forpliktet seg til å kriminalisere aktiv og passiv korrupsjon ovenfor offentlig tjenestemenn både innenlands⁵⁵ og utenlands.⁵⁶ Også korrupsjon i privat sektor er omfattet av konvensjonen.⁵⁷ UNCAC har en del valgfrie bestemmelser. I artikkel 21 heter det at partene «shall consider adopting», noe som innebærer en plikt til å vurdere tiltak mot korrupsjon i det private, mens artikkel 15 og 16, der ordlyden er «shall adopt», påbyr partene å innføre regler som kriminaliserer korrupsjon der offentlig tjenestemann er involvert i korrupsjonshandlingen. Boersma peker på at selv om UNCAC er det mest detaljrike og omfattende instrumentet mot korrupsjon som finnes, lider det også av en del mangler, hvorav en av dem er at en del av innholdet er valgfritt for partene.⁵⁸

2.3 Hensynene bak regler mot korrupsjon

2.3.1 Overblikk

I fortalen til Europarådkonvensjonen kan vi lese:

“Emphasising that corruption threatens the rule of law, democracy and human rights, undermines good governance, fairness and social justice, distorts competition, hinders economic

⁵² Europarådrapport 173 (1999) note 49

⁵³ OECD Anti-Bribery Convention, article 1

⁵⁴ Europarådrapport 173 (1999) note 49

⁵⁵ UNCAC, article 15

⁵⁶ UNCAC, article 16

⁵⁷ UNCAC, article 21

⁵⁸ Boersma (2012) s. 95

development and endangers the stability of democratic institutions and the moral foundations of society»⁵⁹

Det fremgår at Europarådkonvensjonen anser korrupsjon for å true mange av de grunnleggende strukturene i samfunnet vårt, som demokratiet, rettstaten og menneskerettigheter, på samme tid som det virker konkurransevridende og uheldig i forretningsforhold. I forarbeidene til korrupsjonsbestemmelsen er det gitt en presentasjon av hvilke hensyn som tilsier at det er viktig med lovgivning mot korrupte handlinger.⁶⁰ I det følgende vil jeg behandle de mest sentrale av disse hensynene og se dem i sammenheng med hensynene bak de relevante traktatene. I forbindelse med dette vil jeg også trekke inn hensyn bak korrupsjonsbestemmelsene etter straffeloven (1902). Dette for å vise at noen av hensynene angitt i de nye forarbeidene skiller seg fra begrunnelsen bak de gamle korrupsjonsreglene. Dette innebærer at korrupsjonsbestemmelsen i straffeloven § 387 i stor grad er formet av konvensjonene.

2.3.2 Saklighetskravet og tillit til offentlig myndighetsutøvelse

I det offentlige er det et krav til saklighet når beslutninger tas. I forarbeidene vektlegges det at regler mot korrupsjon bidrar til at ikke offentlig ansatte er påvirket av utenforliggende hensyn under tjenesteutøvelsen.⁶¹ I Rt. 2010 s. 1624, der korrupsjonshandlingene var begått av en kommunalt ansatt saksbehandler uttalte førstvoterende:

«Allmennpreventive hensyn gjør seg ualminnelig sterkt gjeldende ved straffeutmåling for korrupsjon i det offentlige.»⁶²

Ved korrupsjon som involverer offentlig tjenestemann, der avgjørelser kjøpes av den andre parten, er ikke saklighetskravet oppfylt, fordi det aldri vil være formålet med myndighetsutøvelsen å berike den enkelte tjenestemann. Dersom en offentlig tjenesteutøver tar hensyn til egen vinning i sin beslutningsprosess, vil ikke beslutningene hans være saklig fundert.

Like viktig som saklighet i forbindelse med offentlig myndighetsutøvelse er tilliten til at offentlig tjenestemann ikke er påvirket under sin beslutningsprosess. I forarbeidene vektlegges det at uavhengig av om offentlige tjenestemenn ikke lar sine beslutninger farges av passiv korrupsjon, vil tilliten til beslutningsprosessene bli skadelidende av korrupsjonshandlingen.⁶³

⁵⁹ Criminal law Convention on corruption, preamble

⁶⁰ NOU 2002: 22 s. 30-31

⁶¹ NOU 2002: 22 s. 30

⁶² Rt. 2010 s. 1624, avsnitt 22

⁶³ NOU 2002: 22 s. 30

Også i straffeloven (1902) var korrupsjon i det offentlige noe som man særskilt ønsket å bekjempe. I straffeloven (1902) er §§ 112 og 113 plassert i kapittel 11 som omhandler forbrytelser i den offentlige tjeneste. I lovforarbeidene uttales:

«Kapitlets Øiemed er da alene at opfange de Tilfælde, hvor Handlingen, forøvet i offentlig Tjeneste, fremstiller sig som en Forbrydelse, skjønt den efter de almindelige Regler overhovedet ikke er strafbar, eller hvor den offentlige Tjeneste dog er et saa stærkt skjærpene Moment, at de sædvanlige Straffe fremstiller sig som utilstrækkelige».⁶⁴

Utdraget sier at noen forhold er å anse som forbrytelser på grunn av at de begås av offentlig tjenestemenn, mens andre forbrytelser er mer alvorlige på grunn av sitt tilknytningsforhold til offentlig tjenestemann. Det uttales ikke eksplisitt hvorfor, men det er naturlig å knytte dette til hensyn som tillit til offentlig forvaltning og saklig myndighetsutøvelse. Disse hensynene er noe som videreføres i endringsloven av straffeloven (1902).

Også i korrupsjonskonvensjonene er offentlig tjenestemanns korrupsjonshandlinger noe som søkes bekjempet. En undersøkelse av Europarådkonvensjonen og dens forklarende rapport viser at hensynet til saklighet ved offentlig myndighetsutøvelse også ligger bak Europarådkonvensjonen.⁶⁵ I den forklarende rapporten til konvensjonen nevnes blant annet «fairness», «impartiality» og «transparency» i utøvelse av offentlig myndighet som noen av hensynene bak artikkel 5.⁶⁶ Oversatt kan dette forstås som hensynene, rettferdighet, upartiskhet og gjennomsiktighet. Alle disse begrepene inngår i det norske saklighetskravet. Også UNCAC artikkel 16 pålegger konvensjonspartene å forby korrupsjonshandlinger ovenfor utenlandske offentlige tjenestemenn.⁶⁷ I fortalen til konvensjonen vektlegges at korrupsjon undergraver demokratiets verdier og institusjoner.⁶⁸ Selv om det ikke sies noe direkte om saklighet, er det ikke problematisk å hevde at manglende saklighet i forbindelse med offentlige beslutningsprosesser også undergraver demokratiet. I hensynet å bevare demokratiet kan det innfortolkes et krav til saklighet.

I Europarådkonvensjonens forklarende rapport vektlegges det også at korrupsjon ødelegger tilliten til offentlig myndighetsutøvelse.⁶⁹ Europarådkonvensjonen vektlegger at tilliten til det offentlige er en avgjørende begrunnelse for korrupsjonsbekjempelse. I UNCAC kan fokuset på

⁶⁴ Udkast til Almindelig Borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge II Motiver (1896) s. 148

⁶⁵ Criminal law Convention on corruption, article 5

⁶⁶ Europarådrapport 173 (1999) note 47-48

⁶⁷ UNCAC, article 16

⁶⁸ UNCAC, preamble

⁶⁹ Europarådrapport 173 (1999) note 47

korupsjon som ødeleggende for demokratiet og rettstaten tas til inntekt for at tillit til den offentlige forvaltning er et viktig hensyn bak konvensjonen. Videre sier fortalen:

«*Bearing also in mind the principles of proper management of public affairs and public property, fairness, responsibility and equality before the law and the need to safeguard integrity and to foster a culture of rejection of corruption*»⁷⁰

Av utdraget fremgår det at rettferdighet og likhet for loven er viktige verdier som konvensjonspartene skal beskytte. Utdraget trekker dessuten frem behovet for god offentlig styring. God offentlig styring innebærer tillit til beslutningsprosessene i det offentlige, og at offentlig ansatte ikke er sårbare for press. Tillit til offentlig forvaltning er dermed også et av hensynene bak UNCAC og Europarådkonvensjonen.

På samme tid som hensynene til saklighet og tillit til offentlig tjenesteutøvelse er noe som kan ses på som en videreføring av korrupsjonsreglene etter straffeloven (1902), er lovendringene i 2003 en gjennomføring av Europarådkonvensjonen. De hensynene som dras frem i forarbeidene har nært slektskap til særlig de som fremgår av Europarådets forklarende rapport. Dette er et argument for at konvensjonene, og da særlig Europarådkonvensjonen er en opprinnelig kilde, som lovgiver har gitt sin tilslutning til gjennom endringsloven. Hensynene er derfor å anse som en rettskilde for forståelsen av korrupsjonsbestemmelsen.

2.3.3 Konkurransesvridning

I forarbeidene til korrupsjonsbestemmelsen nevnes det at korrupsjon er konkurransevidende som en av grunnene til å motvirke korrupsjon.⁷¹ At korrupsjon kan virke konkurransevidende handler om at bedrifter/personer som er villige til å yte bestikkelser stiller med et konkurransefortrinn over andre. Etter Straffeloven (1902) §§ 275 og 276 er det bare de kvalifiserte tilfellene av pliktbrudd som er straffesanksjonert. I dette ligger det at 1902-loven i mye større grad bygger på hensyn som beskytter det offentlige fra korrupsjonshandlinger enn det private næringsliv. I forarbeidene til 1902-loven og av lovens bestemmelser om korrupsjon i private forhold, finner vi ingen tegn på at hensynet til å motvirke konkurransevidning er av betydning. Snarere kan det at straffeloven (1902) behandler korrupsjon utenfor offentlig tjenesteforhold mer lemfeldig enn der korrupsjonshandlingen involverer offentlig tjenestemann, tas til inntekt for at konkurransevidning ikke var et hensyn som bestemmelsen søkte å beskytte.

⁷⁰ UNCAC, preamble

⁷¹ NOU 2002: 22 s. 30

I OECD-konvensjonens fortale vektlegges det som en viktig grunn til å motvirke korrupsjon at korrupsjon «*distorts international competitive conditions*». ⁷² Et av de styrende hensynene bak denne konvensjonen er å sikre at ikke korrupsjon vrir konkurransen. Også i den forklarende rapporten til Europarådskonvensjonen fremheves korrupsjonens evne til å vri konkurransen. ⁷³

Det at forarbeidene til endringsloven fremhever konkurransevridning som et hensyn bak korrupsjonsbestemmelsen taler for at lovgiver har sluttet seg til konvensjonenes hensyn. Konvensjonene har delvis ført til en endring i hvilke hensyn som ligger bak korrupsjonsbestemmelsen. Dette er et argument for at konvensjonene er en rettskilde som må tillegges vekt ved forståelsen av den norske korrupsjonsbestemmelsen. Korrupsjonsreglene etter at Norge sluttet seg til korrupsjonskonvensjonene har blitt formet av internasjonale instrumenter. Dette innebærer at rettskildesituasjonen også er blitt påvirket. Straffeloven § 387 kan ikke tolkes uten å se hen til korrupsjonskonvensjonene og de hensyn som disse bygger på.

2.3.4 Korrupsjon som grensesprengende fenomen

I korrupsjonskonvensjonene er det fokus på at korrupsjon ofte er grenseoverskridende, og at det derfor er et behov for å bekjempe korrupsjon på tvers av landegrenser. UNCAC sier:

«corruption is no longer a local matter but a transnational phenomenon that affects all societies and economies, making international cooperation to prevent and control it essential»⁷⁴

Dette forstås som at korrupsjon ikke kan bekjempes utelukkende nasjonalt. I Europarådets forklarende rapport vektlegges det at landegrenser er uten betydning i forretningslivet, og at økonomien er global. ⁷⁵ I OECD-konvensjonens fortale slås det fast at bekjempelse av korrupsjon er en plikt på tvers av landegrenser. ⁷⁶

Et felles hensyn bak konvensjonene er at korrupsjon ikke er noe som utelukkende kan bekjempes nasjonalt. Dette er selve kjernen i alle korrupsjonskonvensjonene og et argument for at det er i strid med konvensjonene å behandle korrupsjonshandlinger begått i grenseoverskridende forretningsforhold på en annen måte enn korrupsjonshandlinger begått nasjonalt. Det kan argumenteres for at det er usikkert om det er rom for en lempeligere bedømmelse av utilbørlighetsstandarder som en følge av lokal forretningskultur.

⁷² OECD Anti-Bribery Convention, preamble

⁷³ Europarådrapport 173 (1999) note 47

⁷⁴ UNCAC, preamble

⁷⁵ Europarådrapport 173 (1999) note 47

⁷⁶ OECD Anti-Bribery Convention, preamble

3 DE MATERIELLE VILKÅRENE I STRAFFELOVEN § 387

3.1 Kort om grunnvilkårene

Gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 387 består grovt sagt av fire vilkår. Det er for det første fordeler som omfattes. Fordelene må for det andre være ervervet/ytt i forbindelse med utføringen av stilling, verv eller oppdrag. For det tredje kreves det en tilknytning mellom fordelen og stillingen, vervet eller oppdraget. For det fjerde er det bare de fordelene som kommer over en viss terskel, de utilbørlige fordelene, som rammes. I inneværende kapittel vil jeg behandle de tre første vilkårene, mens utilbørlighetsstandarden vil jeg vende tilbake til i kapittel 4.

3.2 Fordelsbegrepet

Vanlig språklig forståelse av fordel tilsier at en fordel er noe som har en verdi. I forarbeidene fremgår det at bestemmelsen også rammer utilbørlige fordeler som ikke kan sies å ha økonomisk verdi i tradisjonell betydning, eksempelvis seksuelle tjenester.⁷⁷ Dette kan forstås som at det er tilstrekkelig at en fordel har en verdi for en eller begge parter i korrupsjonshandlingen. I forarbeidene utdypes fordelsbegrepets innhold:

«En «fordel» i bestemmelsens forstand vil normalt ha en selvstendig økonomisk verdi, og en typisk bestikkelse vil trolig komme i form av penger eller gjenstander med en viss verdi. Tjenester kan også ha en økonomisk verdi. (...) Det gjelder likevel ikke noe krav om at fordelen må ha en selvstendig materiell verdi (...) Alt den passive bestikker ser seg tjent med eller kan dra nytte av, er å anse som en fordel i lovens forstand.»⁷⁸

Ut fra disse uttalelsene er det klart at også fordeler som objektivt sett ikke har økonomisk verdi rammes av fordelsbegrepet. Dette kommer også til uttrykk i Rt. 2011 s. 1495 (Namsmanndommen). I saken hadde en polititjenestemann ved å ta på seg et privat oppdrag mot betaling samtidig som han fremstod som han handlet gjennom sin offisielle rolle, vært korrupt.⁷⁹ Fordelsbegrepet kom her på spissen, da deler av betalingen han mottok var ment å dekke reisekostnader for å utføre det private oppdraget. Høyesterett konkluderte med at også dekning av kostnader var en fordel.⁸⁰ Førstvoterende vektla at når tjenestemann hadde utført et arbeid i konflikt med sine tjenesteplikter, så var hele summen han hadde mottatt, og ikke bare nettofortjenesten, en utilbørlig fordel.

Det følger av ordlyden i bestemmelsen «for seg eller andre», at det ikke er noe krav til at den passive bestikkeren selv skal gagnes av fordelen.

⁷⁷ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 35

⁷⁸ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 54

⁷⁹ Rt. 2011 s. 1495

⁸⁰ Rt. 2011 s. 1495, avsnitt 29-30

Fordelsbegrepet er vidt, og i den grad det foreligger et utilbørlig forhold, så tilsier det kritikkverdige ved forholdet at ytelsen i sin helhet omfattes av fordelsbegrepet.

3.3 Stilling, verv eller utføring av oppdrag

Det er kun de utilbørlige fordeler som ytes eller oppnås «i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføring av oppdrag» som omfattes av gjerningsbeskrivelsen. Det fremgår av forarbeidene at begrepene stilling, verv og oppdrag har et vidt anvendelsesområde, og er ment å omfatte alle typer ansettelsesforhold uavhengig av om det er i offentlig eller privat sektor og om den ansatte har avgjørelsesmyndighet.⁸¹

3.4 I anledning av utøvelsen av stilling verv eller utføring av oppdrag

Selv om straffeloven § 387 er ment å favne om alle typer av ansettelsesforhold, krever bestemmelsen en tilknytning mellom ansettelsesforholdet og den utilbørlige fordel.⁸² Fordeler som ytes eller kreves som privatperson faller utenfor bestemmelsen. Oppdrag som man påtar seg som privatperson kan i noen tilfeller omfattes. Et eksempel på dette ser vi i Namsmann-dommen. I denne dommen ble en politibetjent ansett å ha mottatt en utilbørlig fordel i anledning av stillingen sin når han påtok seg et privat oppdrag for B, fordi han både:

«i og utenfor vanlig arbeidstid benyttet sin kompetanse og sin stilling til Bs fordel.»⁸³

Dommen må forstås som at i de tilfellene der en spesiell stilling er det som gjør at du er i stand til å utføre et oppdrag, og der et slikt privat engasjement vil være problematisk på grunn av de pliktene arbeidsforholdet medfører, så må tilknytningskravet sies å være oppfylt.

3.5 Aktiv og passiv korrupsjon

3.5.1 Innledende betraktninger

Straffeloven § 387 rammer i henholdsvis bokstav a og b både aktiv og passiv korrupsjon. Bokstav a sier at den som «krever, mottar eller aksepterer et tilbud» rammes av korrupsjonsbestemmelsen, mens bokstav b angir at den som «gir eller tilbyr» en fordel rammes. En ordlydsfortolkning medfører at begge parter i en korrupsjonshandling er dekket av den objektive gjerningsbeskrivelsen. Begrepene aktiv og passiv korrupsjon har ikke noe rettslig innhold, og er snarere begreper som sammenfatter de ulike korrupsjonshandlingene i to kategorier. I HR-2016-1834-A (Unibuss-dommen) fremkommer det at Høyesterett anser bruken av disse begrepene som potensielt villedende fordi den passive part kan være pådriveren.⁸⁴ Jeg velger likevel

⁸¹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) ss. 53-54

⁸² Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 54

⁸³ Rt. 2011 s. 1495, avsnitt 27

⁸⁴ HR-2016-1834-A, avsnitt 26

å bruke begrepene i oppgaven, da det forenkler benevnelsen av fenomenene, ettersom det er vanskelig å finne andre begreper som sammenfatter de ulike korrupsjonshandlingene.

3.5.2 Aktiv korrupsjon

De aktive korrupsjonshandlingene som er straffbare fremgår av straffeloven § 387 b. Det er to alternative aktive korrupsjonshandlinger; gir og tilbyr. I forarbeidene uttales det at gir skal forstås som motstykket til «krever», og at fullbyrdet handling er ved en annen persons mottak.⁸⁵ Alternativet «tilbyr» rammer i følge forarbeidene de tilfellene når noen gir incentiver til en annen for å handle på en bestemt måte, eller som gjenytelse for en handling eller unnlatelse som har funnet sted. Sett i sammenheng er de to alternative aktive korrupsjonshandlingene ment å dekke alle tilfeller der noen aktivt tilbyr smøring for å oppnå en fordel.

3.5.3 Passiv korrupsjon

De passive korrupsjonshandlingene som er straffbare fremgår av straffeloven § 387 a. En sammenstilling av de alternative passive korrupsjonshandlingene viser at korrupsjonshandlingen anses gjennomført allerede ved avtalen om bestikkelser eller tilbud om bestikkelse fremsettes, men at det ikke er noe krav om en forutgående avtale om bestikkelse. Alternativet «krever» er ment å dekke de typetilfellene der noen presser en annen til å yte bestikkelser, men også de tilfellene der kravene er mer forsiktig utformet rammes.⁸⁶ Alternativet «mottar», rammer bestikkelser som gis uten et på forhånd foreliggende krav eller tilbud om bestikkelse, eller at en slik forhåndsavtale ikke kan bevises.⁸⁷ Forarbeidene vektlegger at det må utvises noe skjønn i de tilfellene der en mottaker passivt mottar fordelene, dersom det er grunn til å tro at den som mottar bestikkelsen har til hensikt å overgi fordelene eller informere arbeidsgiver.⁸⁸ For alternativet «aksepterer et tilbud» er det tilfeller der bestikkelsen skal ytes i fremtiden som rammes.⁸⁹

4 DE MATERIELLE VILKÅRENE I STRAFFELOVEN § 387 - UTILBØRLIG FORDEL

4.1 Overblikk

I dette kapitlet vil jeg behandle det siste materielle vilkåret i korrupsjonsbestemmelsen, utilbørighetsvilkåret. Grunnen til at dette blir behandlet i et eget kapittel, er at utilbørighetsvilkåret er mer sentralt for oppgaven, da betydningen av lokal forretningskultur inngår i utilbørighetsvurderingen.

⁸⁵ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 57

⁸⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 56

⁸⁷ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 57

⁸⁸ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 57

⁸⁹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 57

4.2 Utilbørlig fordel – en rettslig standard

Som nevnt innledningsvis i denne oppgaven er utilbørlighetskriteriet en rettslig standard, og det er opp til domstolene å avklare det nærmere innholdet.⁹⁰ I forarbeidene til straffeloven uttaler departementet angående den alminnelige rettsstridsreservasjonen, at det som må vurderes er om en handling er «utilbørlig etter en sosialetisk vurdering».⁹¹ Dette forstår jeg som at de etiske standardene som er herskende i samfunnet til enhver tid, er det avgjørende for hva som kan anses for å være handlinger som er straffverdige og dermed i strid med loven. Dette synspunktet er gitt tilslutning i Rt. 2014 s. 786 (Ruter-dommen):

«endringer i samfunnets syn på handlinger av den art som omfattes av straffeloven § 276a og praksis i offentlig og privat virksomhet, som over tid vil være bestemmende for hva som kan anses utilbørlig.»⁹²

Uttalelsene i dommen innebærer at man ved vurderingen av det utilbørlige må se hen til hva som i samtiden blir ansett som utilbørlige fordeler.

4.3 Forholdet mellom legalitetsprinsippet og rettslige standarder

Rettslige standarder er bestemmelser der dommeren i hovedsak fastlegger innholdet.⁹³ Utilbørlighetsvurderingen vil variere på ulike livsområder og domstolene trekker grensen for det utilbørlige.⁹⁴ I dette ligger det at vilkåret må fastlegges konkret i det enkelte tilfellet. Man kan spørre seg om dette er i tråd med klarhetskravet som er en del av legalitetsprinsippet i Grunnloven § 96. Legalitetsprinsippet, og som en del av dette, klarhetskravet, følger også av Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 7.⁹⁵

Det følger av Rt. 2005 s. 1628 at domstolene på grunn av lovskravet har et særlig ansvar ved tolkning av lovbestemmelser som inneholder rettslige standarder.⁹⁶ I Ruter-dommen slutter Høyesterett seg til uttalelsene i 2005-dommen angående domstolenes tolkning av rettslige standarder.⁹⁷ Videre uttaler førstvoterende at det at bare de klart klanderverdige tilfellene rammes, tilsier at domstolene i liten grad bidrar til utviklingen av utilbørlighetsstandarder, og at det er samfunnets oppfatninger av hva som er utilbørlig som er avgjørende.⁹⁸

⁹⁰ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s 34

⁹¹ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 22

⁹² Rt. 2014 s. 786, avsnitt 16

⁹³ Eskeland (2015) s. 103

⁹⁴ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 29

⁹⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950, article 7

⁹⁶ Rt. 2005 s. 1628, avsnitt 16

⁹⁷ Rt. 2014 s. 786, avsnitt 14

⁹⁸ Rt. 2014 s. 786, avsnitt 16

Juridisk teori fremhever at bruk av skjønsmessige lovbestemmelser er uunngåelig da språket ikke er presist nok til å utforme straffebud som omfatter alle straffverdige forhold.⁹⁹ Matningsdal mener at bruken av rettslige standarder ikke er problematisk i forhold til EMK.¹⁰⁰ At korrupsjonskonvensjonene gjennom «undue»¹⁰¹ også bare rammer de utilbørlige tilfellene er et argument for at utilbørlighetskriteriet ikke er problematisk etter våre internasjonale forpliktelser. Matningsdal mener at det at forarbeidene til korrupsjonsbestemmelsen uttrykker momenter for utilbørlighetsvurderingen, tilsier at det ikke er problematisk med en rettslig standard.¹⁰² Utilbørlighetsstandarden kan ikke sies å være i strid med legalitetsprinsippet.

4.4 Utilbørlighetsvurderingen – «klart klanderverdig» og «undue advantage»

En ordlydsfortolkning av utilbørlig tilsier at ikke enhver bagatellmessig fordel omfattes, men at det er de kvalifiserte tilfellene standarden er ment å dekke. I forarbeidene uttales det om utilbørlighetskriteriet at:

«Det er ikke tilstrekkelig at forholdet er kritikkverdig. Ved at loven bruker «utilbørlig» er det gitt en margin slik at tjenestemannen eller den næringsdrivende ikke skal kunne straffes med mindre det foreligger et klart klanderverdig forhold.»¹⁰³

Departementet sluttet seg til at det var de klart klanderverdige tilfellene som skulle rammes av bestemmelsen.¹⁰⁴ Korrupsjonskonvensjonene rammer også bare de utilbørlige tilfellene. Er det så samsvar mellom vurderingen av om noe er klart klanderverdig og «undue» i korrupsjonskonvensjonene? Hverken i OECD-kommentaren eller Europarådets forklarende rapport er det uttalt at det er de klart klanderverdige tilfellene som rammes. Det fremgår av begge disse instrumentene at det trekkes en grense mot lovlige fordeler på to kanter; den ene grensen er mot det lovlige og den andre grensen er mot det bagatellmessige.¹⁰⁵ Det er uklart om konvensjonene og de norske forarbeidene oppstiller samme utgangspunkt for utilbørlighetsvurderingen, siden termene som brukes for å beskrive grensene for det utilbørlige er ulike. Felles for den norske utilbørlighetsstandarden og konvensjonene er at ikke enhver fordel er utilbørlig.

⁹⁹ Eskeland (2015) ss. 102-103 Matningsdal (2010) s. 441

¹⁰⁰ Matningsdal (2016) s. 481

¹⁰¹ OECD Anti-Bribery Convention article 1, Criminal Law Convention on corruption articles 2 og 3, UNCAC articles 15-16 og 21

¹⁰² Matningsdal (2016) s. 481

¹⁰³ NOU 2002:22 s. 39

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 35

¹⁰⁵ OECD-kommentaren (1997), note 8-9 og Europaråd rapport 173 (1999) note 38

For å fastlegge konvensjonsteksternes utilbørighetsstandard, skal det etter Wien-konvensjonens artikkel 31 utenom en ordlydsfortolkning, ses hen til den enkelte konvensjonens «object and purpose».¹⁰⁶ I dette ligger det at hensynene bak konvensjonene har betydning for hvordan de skal fortolkes. OECD- konvensjonen har hovedsakelig som formål å hindre konkurransevridning, utilbørighetsstandarden i denne konvensjonen må forstås på bakgrunn av dette. Europarådkonvensjonen og UNCAC har bredere formål. Hva som er utilbørlig etter disse konvensjonene må forstås på bakgrunn av formålene som ligger til grunn for konvensjonene, se punkt 2.3.

4.5 Utilbørighetsvurderingen – en totalvurdering

4.5.1 Særlige momenter som står sentralt i utilbørighetsvurderingen

I forarbeidene uttaler straffelovrådet følgende om utilbørighetsvurderingen:

«Ved vurderingen av hva som er «utilbørlig» må det foretas en totalvurdering av situasjonen, hvor en rekke momenter vil spille inn, slik som formålet med ytelsen, ytelsens art og verdi, hvilken grad av åpenhet som foreligger, hvilket regelsett som eksisterer i bedriften eller bransjen, om forholdet gjelder offentlig tjenestemenn eller privat næringsliv, og også ellers hvilken posisjon henholdsvis giver og mottaker til ytelsen har.»¹⁰⁷

Denne formuleringen gjentas av departementet.¹⁰⁸ Det er på det rene at om en handling er utilbørlig avgjøres gjennom en konkret helhetsvurdering med utgangspunkt i ulike momenter. I det følgende vil jeg gå nærmere inn på disse momentene.

4.5.2 Fordelens art og verdi

I forarbeidene uttales det om utilbørighetsvurderingen:

«Dersom fordelen har en økonomisk verdi, vil denne verdien utgjøre et naturlig utgangspunkt for utilbørighetsvurderingen.»¹⁰⁹

Verdien av en fordel er avgjørende for om en fordel kan anses som utilbørlig. Forarbeidene fremhever at det ikke kan fastsettes en generell grense på verdien av en fordel for at den skal anses som utilbørlig.¹¹⁰ I Ruter-dommen ble ikke tre middager til en verdi av tilsammen 4454 kroner ansett som en utilbørlig fordel. I denne dommen uttaler førstvoterende:

¹⁰⁶ VCLT, article 31

¹⁰⁷ NOU 2002:22 s. 31

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 29

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 35

¹¹⁰ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 35

«Når en fordel ikke er av varig karakter, den konsumeres i tilknytning til det arrangementet som i seg selv er relevant for arbeidstakerens stilling, vil det normalt ikke være aktuelt å anvende straffelovens korrupsjonsbestemmelse.»¹¹¹

Her ser vi at verdien ikke kan vurderes uavhengig av sin kontekst og ytelsens art. Dommen vektlegger at når noe konsumeres på et arrangement, gjør konteksten at verdien av fordelene tillegges mindre vekt. Man kan ikke dra den slutning at alle gaver under 4454 kroner er tilbørlige, eller at en gave i denne størrelsen alltid vil være lovlig. Det er også viktig å ha in mente at verdien av fordelene bare var et av momentene som førte til at fordelene ble ansett som tilbørlige. I forarbeidene er det fremhevet at det ikke er ulovlig å motta små oppmerksomhetsgaver. Også etter Europarådkonvensjonen er gaver av liten verdi og sosialt akseptable gaver ikke å anse som utilbørlige.¹¹²

I en tingrettsdom der en rådmann hadde lånt en ferieleilighet i Tyrkia, ble gavens verdi satt til 162,50 kr. Under henvisning til forarbeidenes uttalelser om mindre gaver uttalte retten:

«Retten antar at en verdi som tilsvarer en rimelig vinflaske faller inn under disse formuleringene. Retten kan ikke se at lån av en leilighet til en verdi av et tilsvarende beløp, er en gave av en slik art at arten i seg selv, tilsier at det skal vurderes annerledes.»¹¹³

Sett i sammenheng med Ruter-dommen og forarbeidene indikerer dommen at noen gaver er av så liten verdi, at de går klar av utilbørlighetsstandarder.

Et eksempel på en dom der en fordel ble ansett som utilbørlig er TOSLO-2005-134006. Dommen gjaldt blant annet to reiser med en samlet verdi på 21000 kroner. Tingretten uttalte at det var vanskelig å se på reisene som mindre verdifulle gaver både på grunn av deres verdi som oversteg typiske leilighetsgaver og at reisene var spesielt tilpasset As fritidsinteresser, og dermed særlig egnet til å påvirke A.¹¹⁴ Rettskildemessig kan ikke saken tillegges særlig vekt, men dommen gir likevel et bilde av at verdien av en fordel ikke trenger å være veldig høy for å anses som utilbørlig.

Selv om forarbeidene fremhever verdien av en ytelse som et naturlig utgangspunkt, vil verdien alene ikke gi sikre indikasjoner på om et forhold er utilbørlig. Både den konteksten som fordelene

¹¹¹ Rt. 2014 s. 786, avsnitt 46

¹¹² Europaråd rapport 173 (1999) note 38

¹¹³ TRANA-2012-65267

¹¹⁴ TOSLO-2005-134006

gis i og de andre momentene i utilbørighetsvurderingen har betydning for om en ytelse er utilbørlig.

Stordrange peker på at der bestikkelsen er ytt gjennom penger, vil det som regel ikke være tvil at det er en utilbørlig fordel.¹¹⁵ I følge Stordrange kommer spørsmålet om hvor verdigrensen skal gå først på spissen når fordelene er andre gjenstander enn penger.¹¹⁶

4.5.3 Offentlig tjenestemann

Forarbeidene vektlegger at utilbørighetsstandarder påvirkes av om offentlig tjenestemann er involvert.¹¹⁷ Det fremgår at det gjelder en strengere norm ovenfor offentlige tjenestemenn, fordi korrupsjonshandlinger som involverer offentlig tjenestemann i større grad skader tilliten til det offentlige og er i konflikt med saklighetskravet. Også hvis man ser hen til hensynene bak UNCAC og Europarådkonvensjonen er tilliten til det offentlige og beskyttelse av demokratiske institusjoner viktige målsetninger, som tilsier at det i særlig stor grad er straffverdig når offentlig tjenestemann er involvert i korrupsjon. I de norske straffebestemmelsene gjenspeiles dette gjennom at et av momentene i vurderingen av om korrupsjonshandlingen er grov etter straffeloven § 388, er om korrupsjonshandlingen involverer offentlig tjenestemann.

I rettspraksis ser vi at det blir slått hardt ned på tilfeller der offentlig tjenestemann er involvert i korrupsjonshandlingen. Namsmann-dommen og Rt. 2011 s. 477 (Polititjenestemann-dommen) gjaldt begge tilfeller der polititjenestemann var involvert i korrupsjon. I Polititjenestemann-dommen fremhevet førstvoterende at korrupsjonshandlinger som involverer polititjenestemann står i en særstilling på grunn av de arbeidsoppgaver politiet har og viktigheten av samfunnets tillit til politiet.¹¹⁸ I Namsmann-dommen påpekes det under henvisning til forarbeidene, at namsmannen har funksjon som en del av rettsapparatet, og at allmennhetens tillit til rettsapparatets nøytralitet tilsa at forholdet var grovt.¹¹⁹

Også i de tilfellene der korrupsjonshandlingene ikke knytter seg til samfunnsoppgaver innen offentlig myndighetsutøvelse i tradisjonell forstand har Høyesterett lagt til grunn den strenge normen som etter forarbeidene gjelder for offentlig tjenestemann. I Rt. 2012 s. 243 ble en prosjektleder ved et kommunalt eiendomsforetak, dømt etter denne normen, selv om hans arbeidsoppgaver ikke innebar offentlig myndighetsutøvelse. Begrunnelsen for dette var at han forvaltet

¹¹⁵ Stordrange (2014) s. 163

¹¹⁶ Stordrange (2014) s. 163

¹¹⁷ NOU 2002:22 s. 39

¹¹⁸ Rt. 2011 s. 477, avsnitt 27

¹¹⁹ Rt. 2011 s. 1495, avsnitt 39

«betydelige fellesskapsverdier på vegne av Oslo kommune.»¹²⁰ I Unibuss-dommen ble dette utgangspunktet videreutviklet:

«I en moderne stat strekker det offentliges oppgaver seg lenger enn til offentlig myndighetsutøvelse i tradisjonell forstand, selv om begrepet ‘offentlig tjenestemann’ vel særlig leder tankene i den retning. Også tjenesteyting som helsevesen og organisering av kollektivtransport er ansett som sentrale oppgaver.»¹²¹

I denne saken ble innkjøpsansvarlig for et kommunalt transportselskap, dømt etter den strengere normen. Anvendelse av en streng standard også utenfor de tradisjonelle myndighetsutøvelses-tilfellene har også støtte i forarbeidene.¹²²

I underrettspraksis finner vi eksempler på at den strenge normen for offentlig tjenestemann også blir anvendt i det private næringsliv der korrupsjonshandlingene fremstår som særlig samfunns-skadelige. Et eksempel på dette finner vi i en dom fra Follo tingrett, der en bankansatt ble dømt for grov korrupsjon.¹²³ Sett i sammenheng med Nedre Romerike tingretts dom av 08.09.2010 som gjaldt at en mann betalte en bankansatt 50000 kroner for å få innvilget et lån han ikke hadde sikkerhet for, gir dommene indikasjoner på at korrupsjon i det private som involverer banknæringen, i praksis kan anses som særlig straffverdig på grunn av potensiale for å skade tilliten til banknæringen.¹²⁴

I underrettspraksis finnes det indikasjoner på at også verdimessig ganske små bestikklser anses som utilbørlige når offentlig tjenestemann er involvert. En lagmannsrettsdom avsagt i Eidsivating lagmannsrett omhandlet at en mann som ble stoppet av politiet mistenkt for fyllekjøring tilbød politiet 500 kroner. Lagmannsretten la i dommen vekt på at tilbudet ikke kunne vurderes isolert, men at man også måtte se hen til hva formålet med bestikkelsen var.¹²⁵

4.5.4 Partenes stilling og forholdet dem imellom

Det fremgår av forarbeidene at partenes stilling eller posisjon og forholdet dem imellom kan ha betydning i utilbørlighetsvurderingen.¹²⁶ Det vektlegges at mennesker med beslutningsmyndighet og som utøver kontrollfunksjoner er underlagt en strengere norm enn for eksempel ansatte

¹²⁰ Rt. 2012 s. 243, avsnitt 39

¹²¹ HR-2016-1834-A, avsnitt 34

¹²² NOU 2002:22 s. 39

¹²³ TFOLL-2013-111463

¹²⁴ TNERO-2010-118350

¹²⁵ LE-2012-190280

¹²⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s.55

i servicenæringen.¹²⁷ Dette innebærer at hva som verdimeslig kan anses som en utilbørlig fordel varierer etter de involvertes posisjon.¹²⁸ Dette eksemplifiseres i Namsmann-dommen og Polititjenestemann-dommen, som begge involverte polititjenestemenn.

I HR-2017-1776-A (Yara-dommen) ble det tillagt vekt i straffeskjerpene retning at den tiltalte var juridisk direktør og medlem av konsernledelsen i Yara.¹²⁹ Selv om dette handlet om straffutmålingen og ikke utilbørlighetsvurderingen, kan det at noe er mer straffverdig for noen i sentrale posisjoner også være et argument for utilbørlighet. Også i underrettspraksis ser vi flere eksempler på at det at tiltalte var i en sjefsposisjon er blitt tillagt vekt i straffeskjerpene retning. I en tingrettsdom fra Toten tingrett fra 2006 der den tiltalte var tidligere salgssjef, ble det vektlagt at korrumpert adferd fra en leder «fort også kan ha en smitteeffekt».¹³⁰ Mens det i en tingrettsdom fra Romsdal tingrett fra 2011 ble sett på som straffeskjerpene at den tiltalte hadde misbrukt sin stilling i firmaet.¹³¹ Dette er en betraktning om går igjen i underrettspraksis. Selv om underrettspraksis er av mindre rettskildemessig vekt, viser dette at den tiltaltes posisjon vektlegges som moment i praksis.

4.5.5 Formålet bak ytelsen

I proposisjonen blir det vektlagt at formålet bak en ytelse er av betydning for om en fordel kan anses som utilbørlig.¹³² Det fremgår av forarbeidene at også rene tilfeller av smøring omfattes i de tilfellene de er utilbørlige, og at det ikke stilles krav til at smøringen kan knyttes til en konkret motytelse for å være utilbørlig.¹³³ I Rt. 2009 s. 130 kommer det frem at det skal mye til for å dømmes for korrupsjon der det ikke er noe påvirkningsmoment.¹³⁴ Førstvoterende uttalte i dommen etter å ha sett hen til forarbeidene til korrupsjonsbestemmelsen at:

«den aktive bestikker kan dømmes for ‘smøring’ uten at det konkret kan legges til grunn en forventning om gjenytelser».¹³⁵

Førstvoterende begrunner dette med at det er påvirkningsmomentet i alle former som skal rammes gjennom korrupsjonsbestemmelsene. Dette er et fra det mer til det mindre resonnement, som innebærer at bestemmelsen ikke bare rammer de tilfellene der den aktive parten mener å

¹²⁷ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 55

¹²⁸ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 55

¹²⁹ HR-2017-1776-A

¹³⁰ TTOTE-2006-33035

¹³¹ TROMS-2011-51247

¹³² Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 35

¹³³ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 54

¹³⁴ Rt. 2009 s.130, avsnitt 37

¹³⁵ Rt. 2009 s. 130, avsnitt 36

påvirke, men også de tilfellene der den aktive part yter en fordel som kunne være egnet til å påvirke mottakeren.

Etter å ha vist til denne dommen konkluderer Torp med at formålet bak en bestikkelse er sentral i utilbørighetsvurderingen. Torp begrunner dette på følgende måte:

«Selv om loven ikke stiller direkte krav om at fordelene gis for å oppnå en motytelse, er det nettopp forventningen om en motytelse som gjør korrupsjonen samfunnsskadelig, og som danner bakgrunn for straffebestemmelsen.»¹³⁶

Også i Ruter-dommen trekkes det frem som et moment mot utilbørighet at det ikke forelå påvirkningsmoment i saken.¹³⁷

4.5.6 Åpenhet ovenfor arbeidsgiver

I forarbeidene fremgår det at åpenhet ovenfor arbeidsgiver er et argument som taler for tilbørighet.¹³⁸ I Ruter-dommen, ble dette momentet ansett oppfylt når tiltalte omtalte sin deltagelse på arrangementer til kollegaer.¹³⁹ I den konkrete saken anså Høyesterett at det ikke var avgjørende at tiltalte ikke avklarte sin deltagelse med sin leder, da tiltalte hadde en selvstendig ledende stilling som tilsa at det ikke var naturlig å rapportere til sine overordnede om deltagelse på slike arrangementer.

I underrettspraksis er det ofte lagt vekt på hvorvidt tiltalte har utvist åpenhet ovenfor sin arbeidsgiver, i bedømmelsen av om et forhold er utilbørilig. Et eksempel på dette er en dom fra Agder lagmannsrett, der lagmannsretten uttalte at graden av åpenhet ovenfor arbeidsgiver var et vesentlig moment i utilbørighetsvurderingen.¹⁴⁰ I en tingrettsdom fra Rana tingrett fra 27.06.2012 kom tingretten til at en rådmanns bruk av en ferieileilighet ikke var utilbørilig, blant annet fordi lånet skjedde i full åpenhet.¹⁴¹

4.5.7 Interne retningslinjer i bedriften og sedvane i bransjen

I forarbeidene fremgår det:

¹³⁶ Torp (2010) s. 556

¹³⁷ Rt. 2014 s. 786, avsnitt 35

¹³⁸ Ot.prp.nr. 78 (2002-2003) s. 35

¹³⁹ Rt. 2014 s. 786, avsnitt 36

¹⁴⁰ LA-2007-149713

¹⁴¹ TRANA-2012-65267

«I privat sektor vil det normalt være grunn til å legge stor vekt på interne retningslinjer for hvilke gaver en arbeids- eller oppdragstaker har anledning til å motta, eller – dersom slike ikke eksisterer – retningslinjer utarbeidet av næringslivs- eller bransjeorganisasjoner.»¹⁴²

Dette momentet er nært beslektet med åpenhet ovenfor arbeidsgiver. Tanken er at det som arbeidsgiver anser for tilbørlige gaver, ikke er et brudd på lojalitetsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Momentet har også en annen side, nemlig at det i første omgang er opp til bedrifter og næringslivet for øvrig å motvirke korrupsjon, og at bedrifter og næringslivet derfor bør ha retningslinjer for å motvirke dette.

I Norconsult-dommen kom Høyesterett til at Norconsult ikke hadde gjort nok for å motvirke korrupsjon blant sine ansatte og at dette talte for at bedriften burde ilegges foretaksstraff.¹⁴³ I dommen fastslo Høyesterett at «dårlig standard i bransjen eller samfunnet generelt» ikke var relevant ved utilbørighetsvurderingen.¹⁴⁴ Etter denne dommen er det klart at retningslinjer ikke kan tillegges vekt der de er ikke-eksisterende eller meget mangelfulle. Momentet taler dessuten bare for tilbørighet der det er en realitet i retningslinjene. Det er ikke tilstrekkelig at en bedrift har formelle retningslinjer som bedriften ikke gjør noe for å etterleve. Der en bedrift har forsvarlige tiltak for å hindre korrupsjon kan dette være et argument for at bedriften ikke skal ilegges foretaksstraff.

For privat sektor kan NHOs etiske retningslinjer for å motvirke korrupsjon sies å utgjøre bransjesedvane.¹⁴⁵

5 LOKAL FORRETNINGSKULTUR

5.1 En stedsrelativ utilbørighetsstandard?

Som nevnt i oppgavens innledningskapittel, under henvisning til uttalelser i forarbeidene, kan det synes som utilbørighetsstandarder er stedsrelativ, og at både lokal forvaltningsskikk og forretningsmoral samt sedvane kan gjøre at handlinger som etter en norsk standard vanligvis ville blitt betraktet som utilbørlige, likevel ikke anses som korruperte. Når man ser hen til at fastleggelsen av grensene for det utilbørlige er vurderingspreget, og at vurderingen av ulike momenter er utgangspunktet for enhver fastsettelse av det utilbørlige, kan dette virke uproblematisk. Problemet ligger i at et av hovedhensynene bak korrupsjonskonvensjonene er bekjempelse av grenseoverskridende korrupsjon, se punkt 2.3.4.

¹⁴² Ot.prp.nr. 78 (2002-2003) s. 35

¹⁴³ Rt. 2013 s. 1025, avsnitt 72

¹⁴⁴ Rt. 2013 s. 1025, avsnitt 55

¹⁴⁵ Næringslivets Hovedorganisasjon (udatert)

Spørsmålet er om en utilbørighetsstandard som tar høyde for lokal forretningskultur er i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser. Schea og Stoltenberg sier følgende om dette:

«I lys av ikrafttreddelsen av FN-konvensjonen mot korrupsjon som etablerer en global standard for kriminalisering av korrupsjonshandlinger, må imidlertid lokale kulturforskjeller antas å bli mindre betydningsfulle.»¹⁴⁶

UNCAC har med sine 186 statsparter stor utbredelse.¹⁴⁷ Korrupsjon er noe de fleste land i verden har forpliktet seg til å gjøre straffbart. Dette er et sterkt argument mot at lokal forretningskultur kan føre til at handlinger som vi ellers ville ansett som utilbørlige, må anses som lovlige. UNCAC fører ikke nødvendigvis til at alle land forbyr alle korruperte handlinger. Dette fordi noen av artiklene bare pålegger partene å vurdere å innføre forbud mot en viss type korruperte handlinger. Et eksempel på dette ser vi i UNCAC artikkel 21 om bestikkelser i privat sektor.¹⁴⁸

Dette innebærer at konvensjonen ikke kan anses å innføre en global standard som forbyr all korrupsjon. Lokal forretningskultur kan derfor fortsatt variere på en måte som muliggjør en stedrelativ utilbørighetsstandard.

I dette kapitlet vil jeg søke å klargjøre grensene for den utilbørlige fordel i forretningsforhold i utlandet. Temaet har to sider som må undersøkes. På den ene siden har vi de tilfellene som går under begrepet *facilitating payments*. Disse tilfellene kjennetegnes typisk av at utenlandsk offentlig tjenestemann krever, mottar eller aksepterer tilbud for å utføre jobben sin (raskere). *Facilitating payments* er en særegen form for korrupsjon av offentlig tjenestemann som vil bli behandlet i punkt 5.3.2. På den andre siden står vi ovenfor de tilfellene der fordeler i form av gaver eller andre ytelser, gis eller tilbys av privat næringsdrivende i utlandet til ansatt i privat næringsvirksomhet i Norge eller norsk offentlig tjenestemann. Kapitlet er inndelt etter henholdsvis de tilfellene der norsk person/ selskap yter bestikkelser i utlandet, og de tilfellene der en ansatt i norsk selskap/ norsk offentlig tjenestemann mottar bestikkelser i grenseoverskridende avtaleforhold. Den første situasjonen er behandlet i punkt 5.3 mens den andre situasjonen er behandlet i punkt 5.4.

5.2 Betydningen av lokal forretningskultur utenfor skyldspørsmålet

Lokal forretningskultur kan tenkes å være av betydning for korrupsjonsbestemmelsen på to måter. På den ene siden kan den ha betydning som et moment i utilbørighetsvurderingen, altså at det skal mer til at en fordel blir ansett som utilbørlig når man er i situasjoner der lokal

¹⁴⁶ Schea (2007) s. 83

¹⁴⁷ UNDOC (2018)

¹⁴⁸ UNCAC, article 21

forretningskultur er preget av korrupsjon. På den andre siden kan det tenkes at straffeutmålingen blir påvirket av lokal forretningskultur. I Yara-dommen uttaler Høyesterett følgende om dette:

«Det er ingen holdepunkter i forarbeidene for at korrupsjon skal straffes mildere når det er begått ovenfor en tjenestemann i korrupsjonsutsatte land. Den omstendighet at selve utilbørighetsvurderingen under skyldspørsmålet vil kunne være avhengig av bedrifts- og forvaltningskulturen i ulike land (...) rokker ikke ved dette. Når det først er konstatert en straffbar overtredelse, tilsier lovens formål at ellers like tilfeller behandles likt.»¹⁴⁹

Disse uttalelsene tilsier at det er i forhold til utilbørighetsvurderingen at lokal forretningskultur har betydning og ikke i forhold til straffeutmålingen. Uttalelsene bekrefter motsetningsvis at forretningskulturen i enkelte land, gjennom utilbørighetsstandarder, kan gripe inn i skyldspørsmålet.

5.3 Den passive part er utenlandsk offentlig tjenestemann

5.3.1 De klare tilfellene av korrupsjon

5.3.1.1 Overblikk

Straffeloven § 387 gjør det straffbart å gi eller tilby utilbørlig fordel. OECD-konvensjonen behandler nettopp de tilfellene der en person eller et firma tilbyr utenlandsk tjenestemann en utilbørlig fordel. Dette fremgår allerede av navnet på konvensjonen. Konvensjonens artikkel 1 pålegger partene å gjøre det straffbart med aktiv korrupsjon ovenfor «foreign public officials».¹⁵⁰ I Europarådkonvensjonen er bestikkelser av utenlandske tjenestemenn og medlemmer av lovgivende myndigheter noe som konvensjonspartene er forpliktet til å gjøre straffbart etter artikkel 5 og 6.¹⁵¹ Etter UNCAC artikkel 16 er bestikkelser av utenlandske offentlige tjenestemenn noe som skal gjøres straffbart.¹⁵² Etter korrupsjonskonvensjonene er det ikke tvilsomt at korrupsjon ovenfor utenlandsk offentlig tjenestemann skal gjøres straffbart av konvensjonspartene.

Også i de tilfellene der den passive part i korrupsjonsforholdet er utenlandsk offentlig tjenestemann, er utgangspunktet at det bare er de «klart klanderverdige» fordelene som rammes, og at man må se hen til de ulike momentene i utilbørighetsvurderingen for å avgjøre om en handling er korrupt. Hva er det så som gjør et korrupsjonstilfelle klart klanderverdig der utenlandsk offentlig tjenestemann er involvert? I det følgende skal jeg undersøke fastsettelsen av utilbørighetsstandarder når utenlandsk offentlig tjenestemann er den passive part.

¹⁴⁹ HR-2017-1776-A, avsnitt 26

¹⁵⁰ OECD Anti-Bribery Convention, article 1

¹⁵¹ Criminal Law Convention on corruption, article 5-6

¹⁵² UNCAC, article 16

5.3.1.2 Sentral offentlig tjenestemann

En gjennomgang av dommer og forelegg som inkluderte utenlandsk offentlig tjenestemann gir inntrykk av at det at korrupsjonshandlingen er begått ovenfor en sentral offentlig tjenestemann er et moment som med styrke taler for at en handling er utilbørlig. Et eksempel på dette ser vi i Yara-dommen.¹⁵³ Yara-dommen gjaldt at A i forbindelse med forhandlinger med et oljeselskap i Libya hadde gjort en avtale om overføring av store summer til sønnen til han som i praksis var oljeminister i landet på tidspunktet. I India inngikk A en avtale om lignende overføringer til sønnen til en sekretær og finansrådgiver i det indiske Kjemikalie- og gjødselsdepartementet. I forbindelse med begge disse tilfellene av korrupsjon trakk førstvoterende frem det at korrupsjonshandlingen er begått ovenfor en sentral offentlig tjenestemann som straffeskjerpende.

I Transparency International Norges domssamling er det i forbindelse med betydningen av at den passive part er høytstående offentlig tjenestemann, to aktuelle avgjørelser hvor selskapene vedtok forelegg fra ØKOKRIM; Sintef-saken fra 2007 og Rederi-saken fra 2014.¹⁵⁴ Begge sakene gjaldt bestikkelse av høyerestående offentlig tjenestemann i henholdsvis Iran og Bahrain. Ved utmåling av bøtene ble det vektlagt at den passive part var høyerestående offentlig tjenestemann. I Rederi-saken var utbetalingene foretatt til folk på ministernivå. Disse to sakene har begrenset vekt rettskildemessig, men sakene har relevans i forhold til å klargjøre hvordan utilbørlighetsstandarder anvendes i praksis.

At korrupsjonshandlinger begått ovenfor sentrale offentlige tjenestemenn er særlig straffverdig kan også være et argument for at man står ovenfor et klart klanderverdig tilfelle. Også etter hensynene til saklighet og tilliten til den offentlige forvaltning, tilsier formålene bak både UN-CAC og Europarådkonvensjonen at det er grunn til å ramme tilfeller av korrupsjon der sentral offentlig tjenestemann er involvert.

I OECD-konvensjonen er det tilfellene der offentlig tjenestemann er den passive part som rammes. I artikkel 1 nummer 4 fremgår det at konvensjonen har en bred definisjon av hva som utgjør en utenlandsk offentlig tjenestemann.¹⁵⁵ Det er ikke nevnt noe i konvensjonen eller kommentaren om at det ikke er utilbørlig å bestikke en lavtstående offentlig tjenestemann. Det fremgår av OECD-kommentaren at konvensjonen ikke er ment å ramme «small facilitating payments».¹⁵⁶ Transparency International definerer facilitating payments på følgende måte:

¹⁵³ HR-2017-1776-A

¹⁵⁴ Pedersen (2018) ss. 7-8, 42-43

¹⁵⁵ OECD Anti-Bribery Convention, article 1

¹⁵⁶ OECD-kommentaren (1997) note 9

«A small bribe (...) made to secure or expedite the performance of a routine or necessary action to which the payer has legal entitlement. »¹⁵⁷

Facilitation payments er etter denne definisjonen mindre bestikkelser som har som formål å sikre at en tjeneste utføres/ utføres hurtigere. Dette er et tema jeg vil behandle nærmere i punkt 5.3.2. Det er grunn til å tro at «small facilitating payments» er mer aktuelt ovenfor laverestående tjenestemenn. Dette fordi det typisk vil være lavtstående tjenestemenn som fatter den typen beslutninger og utfører tjenester der en eventuell passiv bestikkelse ut fra beslutningenes viktighet for motparten vil være små. Det vil være begrenset hvor store bestikkelser en offentlig tjenestemann vil kunne få for noe som relativt sett er av forholdsvis liten verdi for motparten. Offentlige tjenestemenn som er høyere på strå vil på den andre siden kunne komme i en posisjon der den passive bestikkelsen utgjør større summer, for eksempel fordi de er involvert i avtaleforhold som har stor økonomisk betydning for partene.

Også formålene bak OECD- konvensjonen, der det å hindre konkurransevridning er et viktig formål, taler for at man i større grad bør slå ned på de tilfellene der høyerestående offentlig tjenestemenn er involvert, da disse på grunn av at de har mer makt og står ovenfor mer betalingsdyktige parter, har større muligheter til å påvirke den frie konkurransen og vri markedet.

Det er viktig å ha in mente at saker som involverer høyerestående offentlige tjenestemenn muligens lettere vil ende i norsk dom eller forelegg, rett og slett fordi de muligens lettere vil bli oppdaget. På grunn av den lave oppdagelsesrisikoen i korrupsjonssaker kan det være ganske vilkårlig hvilke saker som vil ende i dom/forelegg, og sannsynligvis vil oppdagelsesrisikoen være mindre i saker som går på tvers av landegrensene.

Hvis vi ser hen til hensynene til saklighet og tilliten til det offentlige, vil det ikke være mindre grunn til å straffe forhold som involverer laverestående offentlig tjenestemann i utlandet enn der norsk offentlig tjenestemann er involvert. I punkt 4.5.3 pekte jeg på at det etter norsk rett er blitt slått særlig hardt ned på korrupsjonshandlinger som er begått av eller ovenfor offentlig tjenestemann. Dette kombinert med våre folkerettslige forpliktelser, og de hensyn som ligger bak disse til å globalt bekjempe korrupsjon, tilsier at det etter norsk rett bør være uten betydning for om en handling skal anses utilbørlig om en utenlandsk offentlig tjenestemann er høyerestående eller ikke.

¹⁵⁷ Transparency International (2018)

5.3.1.3 *Verdi*

Som nevnt i punkt 4.5.2 er ytelsens verdi utgangspunktet for utilbørighetsvurderingen. Dette er også tilfelle i grenseoverskridende saker. Vi ser at i Yara-dommen trekker Høyesterett frem som et moment i straffeskjerpene retning at de utilbørlige fordelene er av stor verdi.¹⁵⁸ Også for utilbørighetsvurderingen vil en fordels verdi ha betydning. Ut fra dette kan det slutes at også i forretningsforhold med utlandet er det naturlig å se hen til verdien av den utilbørlige fordel. En ytelses verdi er som nevnt i punkt 4.5.2 et moment som bringer lite uten å se hen til konteksten for øvrig. Det er ikke dekning for å si noe om hvorvidt en ytelses verdi tillegges større, mindre eller tilsvarende betydning i tilfellene der utenlandsk offentlig tjenestemann er involvert.

5.3.1.4 *Den aktive parts posisjon*

Posisjonen til den aktive bestikker dras frem i straffeskjerpene retning i Yara-dommen. Her vektlegges det at A var juridisk direktør og medlem av konsernledelsen. Dette blir i dommen trukket frem som et argument for at han var i en posisjon der han kunne ha nektet å medvirke til korrupsjonshandlingen.

I Norconsult-dommen avviste førstvoterende ankende parts anførsel om at straff ikke burde idømmes fordi A var på et lavt trinn i organisasjonen.¹⁵⁹ Høyesterett pekte på at A i det aktuelle prosjektet var en «betrodd medarbeider som representerte selskapet utad».¹⁶⁰

Sett i sammenheng kan disse to dommene tale for at det ikke er den formelle posisjonen til den aktive parten som er avgjørende for om en handling anses som korrump, men hvilke fullmakter representanten for selskapet har og hvordan denne fremstår utad. Også reelle hensyn taler for dette, da særlig effektivitetsbetraktninger. Målsetningene bak straffebestemmelsen er å slå ned på korrupsjonstilfeller. Dersom det at noen ikke har en formell sjefsposisjon skulle tillegges for stor vekt, ville bestemmelsen vært mindre effektiv. Reelle hensyn tilsier at det er de praktiske mulighetene en representant for selskapet har til å påvirke om korrupsjonshandlinger begås som er av betydning.

5.3.1.5 *Interne retningslinjer og lokal forretningskultur*

I Norconsult-dommen fremholder Høyesterett at det at Norconsult opererte i deler av verden der det var en kjent korrupsjonsproblematikk, talte for at selskapet burde idømmes foretaksstraff for;

¹⁵⁸ HR-2017-1776-A, avsnitt 35

¹⁵⁹ Rt. 2013 s. 1025, avsnitt 43

¹⁶⁰ Rt. 2013 s. 1025, avsnitt 44

«manglende tiltak for å hindre korrupsjon i egne rekker».¹⁶¹

Uttalelsene i denne dommen tyder på at tilstedeværelsen av korrupt lokal forretningskultur, snarere tilsier at det stilles større krav til bedrifter som opererer i slike områder enn at utilbørighetsvurderingen innebærer en lempeligere bedømmelse. I lagmannsrettsdommen i den samme saken trekker lagmannsretten frem som straffeskjerpene i forhold til vurderingen av hvorvidt korrupsjonen var å anse som grov at det var utviklet et;

«bestikkelsessystem til å bestikke offentlig ansatte i et utviklingsland.»¹⁶²

Høyesterett sluttet seg til denne vurderingen. Norconsult-dommen taler for at lokal forretningskultur, i alle fall i de klare korrupsjonstilfellene, snarere fører til at manglende tiltak for å forebygge korrupsjon bedømmes strengere enn i tilfeller der bedrifter opererer i markeder der korrupsjonskultur er mindre fremtredende. En slik tolkning underbygges dessuten av korrupsjonskonvensjonenes formål om å motvirke grenseoverskridende korrupsjon.

5.3.2 Facilitating payments

5.3.2.1 *Innledende betraktninger*

Facilitating payments må avgrenses mot de tilfellene der noen betaler for å få i stand en avtale eller der noen betaler for å komme seg unna et lovbrudd eller lignende.¹⁶³ Facilitating payments kjennetegnes ved at noen betaler en offentlig tjenestemann bestikkelser for å oppnå noe man har rettskrav på, eller for at offentlig tjenestemann skal utføre en tjeneste raskere. Jeg vil behandle de tilfellene som har utpressingselement, altså der noen betaler for å oppnå noe man har rettskrav på, og de tilfellene der bestikkelser blir betalt for å få forgang i en prosess samlet.

5.3.2.2 *Kort om metodiske utfordringer*

Problemet med å undersøke facilitating payments i forbindelse med forretningsforhold i utlandet er at det ikke finnes noen rettspraksis på området. Dette kan i seg selv tas som et argument for at det er ansett som greit med slike tilretteleggende betalinger, og at de derfor ikke straffefølges. Det er nok minst like sannsynlig at grunnen til at det ikke fins noen praksis på dette området at det er vanskelig å avdekke korrupsjonshandlinger, og når korrupsjonshandlingene er små og begått i utlandet vil både lavere oppdagelsesrisiko og prosessøkonomiske hensyn tilsi at det er lite sannsynlig at slike forhold ender i dom eller forelegg.

¹⁶¹ Rt. 2013 s. 1025, avsnitt 72

¹⁶² LB-2011-148517

¹⁶³ Argandona (2005) ss. 253-254

Metodisk reiser dette utfordringer i undersøkelsen av om små facilitating payments er utilbørlige etter norsk rett. Her blir derfor de internasjonale instrumentene og deres hensyn en viktig kilde. Også dommer om de klare tilfellene av korrupsjon vil være relevante. Her blir dessuten litteratur om temaet av en viss veiledende betydning.

5.3.2.3 *Facilitating payments i utlandet etter norsk rett*

I OECD- kommentaren fremgår det at OECD- konvensjonen opererer med et skille mellom små facilitation payments og andre korrupsjonshandlinger.

«Small ‘facilitation’ payments do not constitute payments made ‘to obtain or retain business or other improper advantage’ within the meaning of paragraph 1 and, accordingly, are also not an offence. »¹⁶⁴

Det fremkommer av dette utdraget at OECD-konvensjonen ikke er ment til å pålegge konvensjonspartene å kriminalisere facilitation payments. I forarbeidene sies det om dette at det som er avgjørende etter norsk rett for om facilitation payments er straffbare er om de er utilbørlige.¹⁶⁵ I forarbeidene fremgår det videre at betaling som følge av utpressingssituasjoner typisk ikke er å anse som utilbørlige, og at det skal mye til for at man blir straffet i de tilfellene der man betaler for å oppnå noe man har rettskrav på.¹⁶⁶ Eksempelet som brukes i forarbeidene er at noen betaler et mindre beløp for å få tilbake passet sitt. I Europarådkonvensjonen og UNCAC nevnes det ikke noe om «facilitating payments». Konvensjonene rammer bare utilbørlige fordeler, dette innebærer at «facilitating payments» kan være lovlige også etter disse konvensjonene så lenge de ikke anses som utilbørlige.

5.3.2.4 *I hvilke tilfeller er facilitating payments lovlig*

Utpressingstilfellene kjennetegnes av at det er et element av tvang. Hvis man ikke betaler en offentlig tjenestemann, vil man ikke oppnå det man har rettskrav på. Stordrange uttaler om facilitating payments i utlandet at utpressingslignende situasjoner ikke kan anses som utilbørlige.¹⁶⁷ I forarbeidene brukes det som eksempel at noen betaler en passkontrollør for å få tilbake passet sitt. Man kan tenke seg at det vil være vanskelig for en som reiser i visse deler av verden å komme seg videre uten pass. Man kan også tenke seg mange situasjoner der bedrifter på lignende måte ser seg tvunget til å betale offentlige tjenestemenn. Det kan for eksempel dreie seg om en offentlig godkjenning i forbindelse med et byggeprosjekt, der konsekvensene av å ikke motta godkjenningen vil bety et tap på mange millioner og potensielt true firmaets videre eksistens.

¹⁶⁴ OECD-kommentaren (1997) note 9

¹⁶⁵ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 36

¹⁶⁶ Ot.prp.nr.78 (2002-2003) s. 36

¹⁶⁷ Stordrange (2014) s. 167

De situasjonene der facilitating payments gis for å få fortlgang i prosesser kan synes veldig ulike fra utpressingssituasjonene. Reelle hensyn tilsier at det er færre gode grunner til å belegge handlinger med straff der noen nærmest blir utsatt for utpressing enn i de tilfellene der noen betaler for å bli prioritert. I praksis vil det være vanskelig å skille mellom de to typene situasjoner. Hvis vi tenker oss et land som har en forvaltningskultur der de som betaler bestiklinger blir prioritert, vil det i praksis føre til at noen som ikke betaler vil få lengre saksbehandlingstid. Det vil være vanskelig å skille mellom om en sak bevisst blir trenert for å presse en bedrift til å yte bestiklinger, eller om det at andre har betalt fører til at man stadig rykker lengre bakover i køen. Det at det er en kultur for å betale for å få fortlgang i en prosess, fører også til at det kan oppleves som vanskelig å ikke yte facilitating payments.

Spørsmålet er så om facilitating payments i utlandet er lovlig etter norsk rett. I det følgende er det særlig de tilfellene som omhandler betalinger for å få fortlgang i prosesser som vil bli behandlet.

Rettspraksis om bestiklinger handler i stor grad om å få i stand avtaler, og dreier seg dessuten om store utbetalinger. I Yara-saken ble det for eksempel i kontraktsforhandlinger med et libysk statlig oljeselskap gjort en avtale om overføring av 27 millioner kroner.¹⁶⁸ Her dreier det seg ikke om små betalinger ytt for å få noe man har rettskrav på eller for å få fortlgang i prosesser. Dette er også påpekt i lagmannsrettsdommen i den samme saken, der det vektlegges at facilitating payments er betalinger «på en helt annen skala – og i helt andre situasjoner» enn i den foreliggende saken.¹⁶⁹ Også i Norconsult-dommen var det gjort en avtale om bestiklinger ved avtaleinngåelsen.¹⁷⁰ I begge disse dommene ble forholdene ansett som utilbørlig, selv om det i den sistnevnte dommen ikke førte til at foretaksstraff ble idømt på grunn av den lange tiden som hadde gått siden korrupsjonshandlingene. Siden disse dommene ikke omhandler facilitating payments, og avtalene gjelder store bestiklinger i forbindelse med inngåelsen av kontrakter, gir de lite veiledning for bedømmelsen av om facilitating payments i noen grad er lovlig.

Ved å binde seg til korrupsjonskonvensjonene, som alle blant annet retter seg mot grenseoverskridende kontroll med korrupsjon, må de hensynene som ligger bak konvensjonene også klart være av betydning for Norge i forhold til korrupsjonshandlinger begått i utlandet. Hensynene bak de ulike konvensjonene vil være en rettskilde også i forhold til å avklare om facilitating payments kan tillates. Som det fremgår av punkt 5.3.2.3. uttaler OECD-kommentaren at slike små tilretteleggende betalinger ikke er forbudt etter konvensjonen. I den samme noten

¹⁶⁸ HR-2017-1776-A, avsnitt 14

¹⁶⁹ LB-2015-138815-2

¹⁷⁰ Rt. 2013 s. 1025, avsnitt 11

begrunnes dette med at dette som regel er straffbart for den offentlige tjenestemannen i hans hjemland, og at det derfor ikke vil være praktisk eller effektivt for hjemlandet til den aktive bestikkeren å straffesanksjonere slike betalinger.¹⁷¹ Det fremgår av kommentaren at det er ønskelig å motarbeide facilitating payments.¹⁷² Det kan synes som at OECD-kommentaren ikke egentlig mener å legitimere slike betalinger, men uttrykker at de bør bekjempes på annen måte enn ved lovgivning. Man kan spørre seg om det her spiller en rolle at OECD-konvensjonen var det første av de internasjonale korrupsjonsinstrumentene, og at tankegods som også tidligere var rådende i Norge, om at korrupsjon i noen grad kunne aksepteres, påvirket utformingen av OECD-kommentaren.

Et hovedhensyn bak OECD-konvensjonen er å hindre konkurransevridding på grunn av korrupsjon. Spørsmålet er om dette hensynet tilsier at facilitating payments i noen utstrekning er lovlig. Tanken med å skille mellom korrupsjonshandlinger som innebærer å få i stand en avtale mot korrupsjonshandlinger som handler om fortløp i offentlige prosesser og lignende, er at korrupsjonshandlinger begått i forbindelse med at avtaler inngås, uten tvil må anses konkurransevriddende fordi de gir en fordel for bedrifter som er villige og har økonomi til å betale korrupsjonssummer, mens facilitating payments anses som for små til å få betydning for konkurransen. Dette vil som regel være korrekt, men ettersom facilitating payments er en tilleggsutgift som vil være mer byrdefull for bedrifter med lite penger enn for ressurssterke sådanne, kan man ikke helt utelukke en viss konkurransevriddende effekt også av denne typen bestikkelser. Hvis man i et tenkt scenario ser for seg at en bedrift må ha en lokal offentlig forhåndsgodkjenning for å kunne delta i en anbudskonkurranse, vil for eksempel en bedrift som enten ikke har kapital til, eller ikke ønsker å betale for å få denne godkjenningen, og dermed ikke får den innen anbudsfriheten, kunne miste muligheten til å levere anbud. Effekten av dette vil være konkurransevriddende. Argandona peker i sin artikkel om facilitating payments på at en av farene ved en praksis der slike bestikkelser er vanlige, er at det i det lange løp kan føre til ineffektivitet fordi det vokser frem en praksis der saker ikke blir løst før bestikkelsen er ytt.¹⁷³

I punkt 2.3.2 leste jeg inn et saklighetskrav som et av hensynene bak Europarådskonvensjonen og UNCAC. Spørsmålet er om saklighetskravet tilsier at facilitating payments også er i strid med konvensjonene. Det er ikke tvilsomt at facilitating payments kan føre til at prioriteringen av saker påvirkes. Offentlige tjenestemenn i kulturer som godtar facilitating payments vil prioritere saker de mottar bestikkelser for å prioritere. Dette strider mot saklighetskravet da det å ta hensyn til egen vinning ikke er forenelig med dette. Selv om det er snakk om prioritering

¹⁷¹ OECD-kommentaren (1997) note 9

¹⁷² OECD-kommentaren (1997) note 9

¹⁷³ Argandona (2005) s. 258

mellom saker og ikke at en avgjørelse innholdsmessig endres på grunnlag av bestikkelsen, vil hensyn til rettferdighet og upartiskhet tilsi at facilitating payments er i konflikt med saklighetskravet. Facilitating payments skjer dessuten gjerne i hemmelighet.¹⁷⁴ Dette er også et argument mot at slike bestikkelser er i tråd med saklighetskravet, da gjennomsiktighet og offentlighet er viktig for å sikre saklige avgjørelser. Hemmelighold rundt beslutningsprosesser kommer i konflikt med dette.

Et annet hensyn bak UNCAC og Europarådkonvensjonen er at korrupsjon må bekjempes fordi det undergraver tilliten til offentlige beslutningsprosesser. Argandona påpeker at også facilitating payments undergraver tilliten til offentlige beslutningsprosesser:

«If the use of facilitating payments becomes common practice, they will have a corrosive effect on people's trust in legal, administrative and judicial procedures»¹⁷⁵

I økonomisk teori er det fremhevet at bruk av facilitating payments er uheldig av mange grunner. Et hovedargument er at slike bestikkelser er med på å legitimere og stadfeste en korrupt kultur.¹⁷⁶ Argandona peker dessuten på at facilitating payments kan føre til at skillene mellom slike bestikkelser og korrupsjon utviskes, og at samfunn som godtar facilitating payments ofte også vil være mer korrupte.¹⁷⁷ Dette er betraktninger som ikke i seg selv har juridiske implikasjoner. Vi er her inne i en rettslig problematikk der det er få juridiske kilder som behandler temaet direkte. Hvorvidt noe kan anses som en utilbørlig fordel er dessuten noe som avgjøres utfra vurderingspregede momenter. Det er ikke vanskelig å tenke seg at facilitating payments lett kan skade tilliten til forvaltningens avgjørelser. Hvis vi tenker oss at vi får høre at personer i forvaltningen mot bestikkelser kan gjøre en raskere jobb, eller at de nekter å utføre oppgaver uten å motta en bestikkelse, vil vi også lett kunne tenke at også tilfeller av ren korrupsjon forekommer. At tilliten til offentlig forvaltning blir skadelidende er et sterkt argument for at facilitating payments er i strid med de hensynene til tillit til den offentlige forvaltning som særlig UNCAC og Europarådkonvensjonen søker å beskytte.

En hovedmålsetting i alle de tre korrupsjonskonvensjonene, er som nevnt i punkt 2.3.4 å bekjempe korrupsjon på tvers av landegrensene. Dette er et argument for at facilitating payments ikke bør godtas i større grad når de er begått i utlandet enn når de begås i Norge. I Transparency International Norges domssamling er det bare to eksempler på dommer der offentlig ansatte

¹⁷⁴ Argandona (2005) s. 254

¹⁷⁵ Argandona (2005) s. 258

¹⁷⁶ Argandona (2005) s. 257

¹⁷⁷ Argandona (2005) s. 258

fikk tilbud om en bestikkelse for å få fortlgang i saker.¹⁷⁸ I TNERO-2014-127365 fikk en ansatt i Skedsmo kommune tilbud om å låne As ferieeilighet i 14 dager mot å behandle en byggesak raskere.¹⁷⁹ Verdien av denne fordelten ble fastsatt til 19000 kroner. Tingretten fant det ikke tvil- somt at dette representerte en utilbørlig fordel. I dommen ble det vektlagt at bestikkelsen var forsøkt ytt ovenfor offentlig tjenestemann. I LB-2009-164828 ble Ds betaling av til sammen 12000 kroner til A, som var saksbehandler i Oslo kommune, ansett som utilbørlig. Også denne saken kan sies å inneholde elementer av facilitating payments for å få fortlgang i saksbehand- lingen, da D forklarte at han fikk 24-timers hjelp av A.¹⁸⁰

Dommene er ikke prejudikater, men det er sannsynlig at lignende saker ville blitt bedømt på samme måte da det blir ansett som særlig straffverdig når en korrupsjonshandling begås ovenfor offentlig tjenestemann. Det er dessuten mulig at summen på bestikkelsene som ble tilbydd i sakene er for høye til å anses som facilitating payments. Hvis vi likevel anser disse dommene som dommer som gir uttrykk for at facilitating payments anses som utilbørlig etter norsk rett, er dette sett i sammenheng med konvensjonenes målsetning om bekjempelse av korrupsjon på tvers av landegrensene et argument for at liknende forhold bør anses utilbørlig også hvis de skjer utenfor landets grenser.

5.4 Den passive part er norsk statsborger eller norsk offentlig tjenestemann

5.4.1 Fremstillingen videre i dette kapitlet

I dette underkapitlet vil jeg ikke dele inn drøftelsene på samme måte som i punkt 5.3. Dette er fordi mens det er en grunnleggende forskjell mellom bestikkelser for å få eller opprettholde avtaleforhold og facilitating payments, så er de tilfellene jeg skal behandle her heller preget av glidende overganger. I det følgende vil jeg undersøke rettspraksis i et forsøk på å avdekke om momentene i utilbørlighetsvurderingen gis mindre vekt i grenseoverskridende avtaleforhold enn i korrupsjonstilfeller uten grenseoverskridende element. Mesteparten av praksisen i disse typetilfellene er underrettspraksis. Jeg vil undersøke om det er holdepunkter for å si noe om hvorvidt momentene offentlig tjenestemann, verdi, åpenhet ovenfor arbeidsgiver og hvorvidt det foreligger påvirkningsmoment bedømmes på en annen måte i grenseoverskridende forhold der den passive part er norsk statsborger eller norsk offentlig tjenestemann, enn i interne tilfel- ler. Det jeg ønsker å avdekke er hvorvidt lokal forretningskultur hos den aktive bestikker på- virker utilbørlighetsvurderingen.

¹⁷⁸ Pedersen (2018) ss. 38-39 og 21-22

¹⁷⁹ TNERO-2014-127365

¹⁸⁰ LB-2009-164828

5.4.2 Overordnet om grenseoverskridende passiv korrupsjon

Straffeloven § 387 gjør det straffbart å kreve, motta eller akseptere utilbørlig fordel. I disse tilfellene er vi utenfor OECD-konvensjonens område, mens Europarådskonvensjonen og UNCAC er relevante kilder. De mest praktiske tilfellene vil være når en representant for et selskap mottar gaver/ bestikkelser i kontraktsforhandlinger med en utenlandsk part. Etter Europarådskonvensjonen artikkel 8 skal konvensjonspartene gjøre det ulovlig med passiv korrupsjon i privat sektor.¹⁸¹ Etter UNCAC artikkel 21 b er konvensjonspartene forpliktet til å vurdere å straffesanksjonere passiv korrupsjon i privat sektor.¹⁸² Etter begge konvensjonene er det et krav til at korrupsjonshandlingen må være en «breach of their duties» for å anses som korrupt. I Europarådets forklarende rapport fremgår det at kravet om breach of duties er begrunnet med at det ikke er det samme behovet for åpenhet og upartiskhet som i det offentlige.¹⁸³ Rapporten sier videre:

«Criminalisation of bribery in the private sector seeks to protect the trust, the confidence and the loyalty that are indispensable for private relationships to exist.»¹⁸⁴

Dette må forstås som at begrunnelsen for forbud mot korrupsjon i det private næringsliv er ment å beskytte andre interesser enn i det offentlige. Dette sies også eksplisitt i Europarådets forklarende rapport. Her fremgår det blant annet at det er nødvendig å forby korrupsjon for å sikre rettfærdig konkurranse.¹⁸⁵ Et viktig hensyn bak forbudet mot korrupsjon etter denne konvensjonsartikkelen er det å hindre konkurransevridning. Også i de norske forarbeidene er det vektlagt at det å motvirke korrupsjon i privat sektor særlig er viktig for å hindre konkurransevridning.¹⁸⁶ Det er dessuten vist til uttalelsene i forarbeidene i flere Høyesterettsdommer.¹⁸⁷

Det vektlegges også i rapporten at korrupsjon hindrer utviklingen og opprettholdelsen av økonomiske relasjoner på grunn av at den er et hinder for utvikling av tillit og lojalitet.¹⁸⁸ Sett i sammenheng med at det bare er i de tilfellene det foreligger et pliktbrudd ovenfor arbeidsgiver at korrupsjon i det private rammes av konvensjonen, må dette forstås som et utslag av hensynet til å beskytte den private eiendomsrett. Dette understrekes av at det i den forklarende rapporten vektlegges at pliktbrudd og hemmelighold av fordelen ovenfor arbeidsgiver henger sammen.¹⁸⁹

¹⁸¹ Criminal law Convention on corruption, article 8

¹⁸² UNCAC, article 21b

¹⁸³ Europaråd rapport 173 (1999) note 55

¹⁸⁴ Europaråd rapport 173 (1999) note 55

¹⁸⁵ Europaråd rapport 173 (1999) note 52

¹⁸⁶ NOU 2002: 22 s. 30

¹⁸⁷ Se blant annet HR-2017-1776-A, avsnitt 23

¹⁸⁸ Europaråd rapport 173 (1999) note 52

¹⁸⁹ Europaråd rapport 173 (1999) note 55

Rapporten påpeker dessuten at det at stadig flere opprinnelig offentlige oppgaver nå utøves i det private, også er et argument for å motvirke korrupsjon i det private.¹⁹⁰ Dette innebærer at hensyn som saklighet og tillit til offentlig myndighetsutøvelse, også kan være hensyn som taler for forbud mot korrupsjon i det private. Også i forarbeidene til korrupsjonsbestemmelsen trekkes det å unngå konkurransevridning, tilliten til det private næringsliv, og at skillet mellom offentlig og privat sektor ikke er så stort, frem som hensyn som taler for å bekjempe korrupsjon i privat sektor på lik linje som i offentlig sektor.¹⁹¹

I forarbeidene går det frem at de begrensningene som Europakonvensjonen åpner for i forhold til å straffesanksjonere korrupsjonshandlinger i det private næringsliv¹⁹² ikke skulle tas inn i den norske bestemmelsen.¹⁹³ Videre sier forarbeidene:

«I den grad det vil være behov for å trekke en noen annen grense mot straffefrie handlinger i privat sektor enn i det offentlige, er det naturlig at dette skjer i tilknytning til praktiseringen av utilbørlighetskravet»¹⁹⁴

Også i de tilfellene der norsk offentlig tjenestemann er passivt korrupt i forretningsforhold i utlandet, er dette dekket av UNCAC og Europarådkonvensjonen. Etter UNCAC artikkel 15 b forplikter konvensjonspartene seg til å forby passiv korrupsjon ovenfor nasjonale offentlige tjenestemenn, mens det samme følger av artikkel 3 i Europarådkonvensjonen.¹⁹⁵

5.4.3 Kort om metodiske utfordringer

Et problem man står ovenfor når man skal vurdere lokal forretningskulturs betydning for utilbørlighetsvurderingen, er at det er svært vanskelig å avgjøre om en grenseoverskridende korrupsjonshandling har sammenheng med en rådende lokal forretningskultur, eller om korrupsjonshandlingen er tilfeldig og uten tilknytning til lokale skikker. Dette vil gjerne være enda vanskeligere å bedømme når den utenlandske parten ikke er offentlig tjenestemann, fordi det er naturlig å anta at korrupte handlinger i det offentlige i større grad sier noe om et lands aksept av korrupsjon enn enkeltkorrupsjonshandlinger i det private. Da det vil være utenfor denne oppgavens rammer å vurdere om et land, eller en region, der en av partene i en dom om grenseoverskridende korrupsjon er særlig korrupt, vil jeg i det følgende bruke dommer med

¹⁹⁰ Europarådrapport 173 (1999) note 52

¹⁹¹ Ot.prp.nr. 78 (2002-2003) s. 33

¹⁹² I tillegg til det omtalte kravet om pliktbrudd, går det frem av Europarådkonvensjonen artikkel 8 at det er korrupsjonshandlinger begått under utøvelsen av næringsvirksomhet som må forbys etter konvensjonen.

¹⁹³ Ot.prp.nr. 78 (2002-2003) s. 33

¹⁹⁴ Ot.prp.nr. 78 (2002-2003) s. 33

¹⁹⁵ UNCAC, article 15b, Criminal law Convention on corruption, article 3

grenseoverskridende korrupsjon uten å problematisere om det er noe som tilsier at dette landet har en lokal forretningskultur som er korrupt.

5.4.4 Grenseoverskridende passiv korrupsjon begått av norsk offentlig tjenestemann

I Unibuss-dommen ble B, som innkjøpsansvarlig for Unibuss som var heleid av Oslo kommune, dømt for grov korrupsjon. I dommen vektlegger førstvoterende at B:

«må bedømmes etter den samme strenge norm som gjelder offentlige tjenestemenn.»¹⁹⁶

Dommen gjelder grenseoverskridende korrupsjonshandlinger, og omfatter både passiv og aktiv korrupsjon. I dommen problematiseres det ikke hvorvidt Bs handlinger i mindre grad er klanderverdige ettersom det er grenseoverskridende korrupsjonshandlinger der lokal forretningskultur muligens kunne innebære korrupsjonskultur. Dommen kan tas til inntekt for at i de tilfellene der en ansatt i offentlig virksomhet er involvert, vil utilbørighetsstandarder ikke påvirkes av en eventuell lokal forretningskultur.

Sett hen til hensynene bak korrupsjonsregelen og korrupsjonskonvensjonene ville det vært svært uheldig om lokal forretningskultur skulle innebære en lempeligere bedømmelse av utilbørighetsvurderingen der norsk offentlig tjenestemann var involvert. Det er etter all sannsynlighet heller ikke lovgivers intensjon at lokal forretningskultur skal komme tiltalte til gunst i disse typetilfellene. Hovedhensynet bak UNCAC og Europarådkonvensjonen er å forhindre grenseoverskridende korrupsjon. Et minstekrav til konvensjonspartene bør være å hindre at ansatte direkte underlagt konvensjonspartenes instruksjonsmyndighet bidrar til grenseoverskridende korrupsjonshandlinger. Dette må også ses i sammenheng med hensynet til å hindre konkurransevridning, da det også vil være særlig uheldig om offentlige tjenestemenn i et konvensjonsland bidrar til en slik vridning. Der norsk offentlig tjenestemann er den passivt korrupte, taler dessuten hensyn som saklighet og tillit til offentlig myndighetsutøvelse for utilbørighet.

5.4.5 Fordelens verdi i grenseoverskridende passiv korrupsjon

I forarbeidene åpnes det for at noen gaver ikke kan anses som utilbørlige:

«Mindre verdifulle gaver og andre fordeler som det vil stride mot den alminnelige rettsbevissthet å kriminalisere, er ikke å anse som utilbørlige. Av dette følger at fordeler som mottas i forbindelse med vanlig representasjon, eller som mottakeren i henhold til sedvane eller interne retningslinjer har anledning til å motta, sjelden vil være å anse som utilbørlige.»¹⁹⁷

¹⁹⁶ HR-2016-1834-A, avsnitt 35

¹⁹⁷ Ot.prp.nr. 78 (2002-2003) s. 35

I dette utdraget dras det frem ulike momenter som tilsier om en fordel kan tillates. En gave kan etter omstendighetene utgjøre en fordel. Her ser vi at gavens verdi er av betydning, om gaven er knyttet til representasjon, eller om sedvane tilsier at gaven ikke er utilbørlig. I forhold til lokal forretningskultur kan det argumenteres for at sedvane kan tilsi at utilbørlighetsstandarden påvirkes.

En gjennomgang av de underrettsdommene som omhandler grenseoverskridende avtaler viser at verdier fra 370000 kroner blir ansett som utilbørlige.¹⁹⁸ Det er ingen dommer som behandler grenseoverskridende avtaler der lavere bestikkelser enn dette er ytt. Dette gjør at det er vanskelig å si hvilken betydning en ytelses verdi har for utilbørlighetsvurderingen i disse situasjonene. Det er ikke noe som tyder på at underrettene har vurdert verdiene av fordelene annerledes fordi man står ovenfor avtaleforhold på tvers av landegrenser. Dette kan skyldes at verdiene i de relevante sakene uansett var for høye til å relativisere utilbørlighetsvurderingene. En annen mulig grunn er at dommene ikke berører dette temaet enten fordi korrupsjonshandlingene ikke ble ansett som utslag av lokal forretningskultur eller at dette uansett ikke ble tillagt betydning for utilbørlighetsvurderingen. Som fremhevet i punkt 4.5.2 er en fordels verdi bare et utgangspunkt for utilbørlighetsvurderingen, som ikke gir mye veiledning uten en vurdering av andre momenter.

Spørsmålet er så hvorvidt lokal forretningskultur påvirker hvilke fordeler som er lovlige. Forarbeidene åpner for at forretningskultur kan påvirke utilbørlighetsvurderingen. I Europaråd-konvensjonens forklarende rapport går det frem at visse gaver ikke skal anses som utilbørlige.

«minimum gifts, gifts of very low value or socially acceptable gifts»¹⁹⁹

Dette sies som en kommentar til artikkel 2 i konvensjonen, men forståelsen av hva som utgjør en utilbørlig fordel kommenteres ikke under kommentarene til konvensjonens andre artikler. Det vises dessuten i kommentarer til andre artikler tilbake til kommentarene til artikkel 2. Det er naturlig å tolke konvensjonen i den retning at det er den typen gaver som er nevnt i utdraget over som tillates uansett hvem partene er. Det er to typer gaver som kan tenkes tillatt etter konvensjonen; billige gaver og gaver som er sosialt akseptable.

Hvis vi sammenligner dette med de norske reglene ser vi at det i utgangspunktet er enighet om at lav verdi er et moment som kan tilsi at en fordel er lovlig. Her må det tas forbehold for de tilfellene der mange mindre fordeler er å anse som ett fortsatt straffbart forhold, i og med at verdien av fordelene da må vurderes i sammenheng med hverandre. Det er ikke åpnet for noen

¹⁹⁸ TTONS-2014-32427

¹⁹⁹ Europaråd rapport 173 (1999) note 38

relativisering av hva som kan være lovlig etter hvem mottakeren er. Hva som er sosialt akseptable gaver kan, hvis dette tolkes i sammenheng med de ulike hensynene som styrer de ulike artiklene, kanskje tilsi en relativisering av hva som er lovlige gaver i ulike sammenhenger. Dette kan for eksempel tilsi at det også etter konvensjonen skal mindre til før en gave anses som utilbørlig der offentlig tjenestemann er involvert.

Hva betyr dette så i de tilfellene der lokal forretningskultur innebærer at gaver av større verdier gis til samarbeidsparter? På den ene siden kan man argumentere for at dette i den kulturen er sedvane eller sosialt akseptable gaver. Når man ser hen til hovedformålet i Europarådkonvensjonen, som er å motvirke grenseoverskridende korrupsjon, tilsier dette hensynet at man må være forsiktig med å legitimere en korrupsjonskultur på denne måten. Også hensyn som å hindre konkurransevridning taler for dette, da de bedriftene som gir gaver vil ha et konkurransefortrinn som kan motvirke den frie konkurransen. Etersom korrupsjonskonvensjonene søker å hindre konkurransevridning i grenseoverskridende avtaleforhold, tilsier også dette at konvensjonspartene bør være forsiktige med å i større grad tillate gaver i slike tilfeller enn i tilfeller der det ikke er et grenseoverskridende avtaleforhold. Videre er også det hensyn som går ut på å beskytte lojaliteten i et arbeidsforhold, som i UNCAC og Europarådkonvensjonen kommer til uttrykk gjennom tilleggsvilkåret om pliktbrudd i rettsforholdet mellom private parter, et argument mot å bedømme de grenseoverskridende korrupsjonstilfellene annerledes. Mye taler for at hvorvidt verdien av en fordel er utilbørlig ikke i for stor grad bør påvirkes av lokale forretningskulturer.

5.4.6 Åpenhet ovenfor arbeidsgiver i grenseoverskridende passiv korrupsjon

I underrettspraksis om grenseoverskridende avtaleforhold trekkes regelmessig åpenhet ovenfor arbeidsgiver frem. I en tingrettsdom fra 2015 nevnes det eksplisitt som et moment for utilbørlighet at provisjonsordning ble holdt skjult ovenfor arbeidsgiver.²⁰⁰ Også i TTONS-2014-32427 ble det at avtalen om bestikklser ble holdt skjult for arbeidsgiver brukt som et argument for utilbørlighet.²⁰¹ Mens i en dom fra Romsdal tingrett fra 2011 trekkes tillitsbruddet som manglende åpenhet ovenfor arbeidsgiver utgjorde inn som et straffeskjerpende moment.²⁰² Denne dommen var en tilståelsesdom, og det ble ikke vurdert om handlingene var utilbørlige.

Det er ikke noen spor i praksis som tyder på at åpenhet ovenfor arbeidsgiver tillegges mindre betydning der bestikklser ytes på tvers av landegrensene. Manglende åpenhet ovenfor arbeidsgiver er et moment som taler for utilbørlighet også i de grenseoverskridende tilfellene. Sett i sammenheng med Europarådets forklarende rapport, se punkt 5.4.2, tilsier de tilfellene der det

²⁰⁰ TSTRO-2015-118389

²⁰¹ TTONS-2014-32427

²⁰² TROMS-2011-51247

er manglende åpenhet ovenfor arbeidsgiver i særlig stor grad at en bestikkelse anses som en utilbørlig fordel. I både Europarådkonvensjonen og UNCAC knyttes det særlige vilkåret om pliktbrudd til de tilfellene der en arbeidstaker holder utilbørlige fordeler skjult for arbeidsgiver. Hensynet til å beskytte tilliten i arbeidsforhold er noe som følger av konvensjonene. Som nevnt i punkt 5.4.2 kommer dette etter de norske lovmotivene inn ved fastsettelsen av om et forhold er å anse som utilbørlig.

5.4.7 Representasjon og påvirkningsmoment i grenseoverskridende passiv korrupsjon

I Ruter-dommen, som ikke omhandlet grenseoverskridende forhold, behandles blant annet grensene for kundepleie og kundekontakt. I saken var en driftssjef i Ruter AS deltaker på tre middager betalt av en bussprodusent. Førstvoterende vektla at en fordel som ikke er av varig karakter og slektskapet til ordinær kundepleie er sterkt skal det mye til før deltagelse kan anses som utilbørlig.²⁰³ Det å delta på arrangementer knyttet til kundepleie, vil under de rette omstendighetene ikke anses som utilbørlig. Det uttales i dommen at det i disse tilfellene:

«skal mye til for at arrangementet må anses som så påkostet at deltagelsen kan anses som utilbørlig.»²⁰⁴

Hvis dette skal overføres på grensene for utilbørlige fordeler i utlandet, må det innen visse grenser være lov å delta på arrangementer som må anses som normal representasjon. I Ruter-dommen var det en offentlig tjenestemann som var tiltalt, og han er underlagt en strengere norm enn representanter for det private næringsliv. Hvis vi tenker oss at en som er ansatt i det private næringsliv i anledning av kundepleie er med på et arrangement i en annen kultur, vil dette etter den standarden som er satt i Ruter-dommen sannsynligvis ikke være utilbørlig. Det samme vil sannsynligvis gjelde hvis en norsk offentlig tjenestemann, under ellers like omstendigheter som i dommen, er med på et lignende arrangement i utlandet.

En viktig forutsetning i Ruter-dommen var at retten mente at det ikke forelå noe påvirkningsmoment, se punkt 4.5.5. Volvos representanter hadde ikke som målsetning å påvirke A og ingen av partene anså at middagsinvitasjonene skulle føre til gjenytelse fra A.²⁰⁵ Man kan tenke seg at dersom middagene var påspandert i forbindelse med en aktuell anbudskonkurranse, kunne handlingen bedømmes annerledes. I underrettsdommen TSTRO-2015-118389 som omhandlet et grenseoverskridende avtaleforhold, anså retten at det forelå påvirkningsmoment. Retten sier i dommen at formålet bak provisjonene nettopp var å påvirke tiltalte til å velge de leverandørene

²⁰³ Rt. 2014 s. 786, avsnitt 46

²⁰⁴ Rt. 2014 s. 786, avsnitt 46

²⁰⁵ Rt. 2014 s.786, avsnitt 35

som utførte bestiklinger.²⁰⁶ Dommen gir ikke uttrykk for at påvirkningsmomentet tillegges mindre vekt i utilbørighetsbedømmelsen enn i et forhold uten grenseoverskridende element. Hvis vi ser hen til hensynet til å hindre konkurransevriddning og å motvirke grenseoverskridende korrupsjon, tilsier heller ikke dette at det at det foreligger påvirkningsmoment bør tillegges mindre vekt og føre til at et forhold som internt ville blitt ansett som utilbørlig, i grenseoverskridende avtaleforhold skal anses som tilbørlig.

Det er sannsynlig at offentlig tjenestemann som mottar en middagsinvitasjon vil kunne bedømmes strengere, enn representanter for det private næringsliv. Dette henger sammen med hensynene til saklighet og tilliten til offentlige myndigheter som tilsier at avgjørelser både skal være saklig fundert og utenfra fremstå slik. Etter Europarådkonvensjonen og UNCAC vil både passiv korrupsjon ovenfor tjenestemenn og representanter for det private næringsliv omfattes. Det er da de utilbørlige fordeler som rammes. I Europarådets forklarende rapport fremgår det at blant annet ferier, mat og drikke kan utgjøre utilbørlige fordeler.²⁰⁷ I dette ligger det at det å delta på en middag, etter konvensjonen kan anses som en utilbørlig fordel.

Som nevnt i punkt 5.4.5 kan visse gaver tenkes tillatt etter Europarådkonvensjonen enten fordi de er av lav verdi eller sosialt akseptable.²⁰⁸ En middag der leverandører også deltar må kanskje både kunne sies å være av lav verdi og sosialt akseptabel. Hvis vi vurderer hensynet til å hindre konkurransevriddning i denne typen tilfeller, er det kanskje ikke særlig sannsynlig at det å delta på den typen arrangementer som var typetilfellet i Ruter-dommen, er egnet til å bidra til konkurransevriddning. Det er usikkert om terskelen for tilbørighet på grunn av representasjon og kundepleie kan bedømmes på en annen måte på grunn av lokal forretningskultur. Om så skulle være tilfelle måtte det være fordi en lokal forretningskultur førte til at området for de sosialt akseptable fordelene ble noe utvidet. Dersom så er tilfelle taler reelle hensyn for at terskelen for utilbørighet i så fall bør justeres etter om disse gavene er egnet til å føre til konkurransevriddning eller er i strid med andre hensyn bak korrupsjonsregelen og korrupsjonskonvensjonene.

5.4.8 Lokal forretningskultur i grenseoverskridende passiv korrupsjon

I rettspraksis er det få eksempler på at lokal forretningskultur i det hele tatt løftes frem som et moment i utilbørighetsvurderingen. Et eksempel på dette er en tingrettsdom fra Romsdal tingrett der tiltalte i sin forklaring uttaler:

²⁰⁶ TSTRO-2015-118389

²⁰⁷ Europaråd rapport 173 (1999) note 37

²⁰⁸ Europaråd rapport 173 (1999) note 38

«Han har ellers en følelse av at dette med provisjoner på denne måten ikke er helt uvanlig i det her aktuelle miljøet i Kina.»²⁰⁹

Dette er en anførsel som trekker frem lokal forretningskultur som et argument for at det er mindre straffverdig å motta bestikklser i slike typetilfeller. Anførselen blir ikke videre drøftet av tingretten. Under straffeutmålingen fremhevet retten at korrupsjon er særlig samfunnskadelig i internasjonal handel. Selv om dette er et argument for at straffen ikke skal settes for lavt og ikke skyldspørsmålet, ville det gitt dårlig sammenheng i regelverket dersom bestikklser på tvers av landegrensene på den ene siden ble ansett som et argument for en lempeligere fastsettelse av utilbørighetsstandarden og på den andre siden som et argument for strengere straff. I så måte kan tingrettens argumentasjon for straffenivå i denne saken tas til inntekt for at grenseoverskridende bestikklser ikke bedømmes lempeligere enn bestikklser uten grenseoverskridende element. Dommen kan ikke tillegges særlig vekt, men resultatet er i tråd med hensynet til å motvirke grenseoverskridende korrupsjon i UNCAC og Europarådkonvensjonen.

6 KONKLUSJON

I denne oppgaven har jeg hatt som målsetning å kartlegge hva som utgjør en utilbørlig fordel etter straffeloven § 387, og som ledd i dette undersøke hvilken betydning lokal forretningskultur har ved fastsettelsen av utilbørighetsstandarden.

Utilbørighetsvurderingen er meget sammensatt, og momentene må alltid ses i sammenheng. Etter mitt syn er det at den passive parten i korrupsjonshandlingen er offentlig tjenestemann et moment som med særlig styrke taler for at en handling anses utilbørlig. Dessuten er det liten tvil om at der verdien av fordelene er høy, vil forholdet alltid anses som utilbørlig. I de dommene der verdien av korrupsjonshandlingen er høy, problematiseres det ikke i det hele tatt hvorvidt forholdet er utilbørlig.

Etter en gjennomgang av rettskildene tyder det meste på at lokal forretningskultur ikke tillegges vekt ved fastsettelsen av utilbørighetsstandarden.

Det er utenom uttalelsene i forarbeidene og i OECD kommentaren om små facilitating payments, få argumenter som tilsier at aktiv korrupsjon ovenfor utenlandsk offentlig tjenestemann er tilbørlig etter norsk rett. Selv om facilitating payments er av en annen karakter enn bestikklser for å få i stand avtaler, vil de potensielt kunne føre til mange av de samme skadevirkningene som andre korrupsjonshandlinger. Det er derfor grunn til å tro at aktiv korrupsjon ovenfor utenlandsk offentlig tjenestemann er utilbørlig. Det er dermed ikke dekning for å bedømme korrupsjonshandlinger begått ovenfor utenlandsk offentlig tjenestemann lempeligere enn

²⁰⁹ TROMS-2011-51247

tilfellene som involverer norsk offentlig tjenestemann. Her er hensyn til saklighet i og tillit til offentlig myndighetsutøvelse og konkurransevidning reelle hensyn som med styrke taler mot at grenseoverskridende tilfeller behandles lempeligere enn tilfeller uten grenseoverskridende element. Dessuten er det at vi gjennom å slutte oss til korrupsjonskonvensjonen, har anerkjent korrupsjon som grenseoverskridende problem og forpliktet oss til å bekjempe korrupsjon på tvers av landegrensene, et argument mot en lempeligere fastsettelse av utilbørighetsstandarder i de grenseoverskridende tilfellene.

Der begge parter i en korrupsjonshandling er private parter kan det tenkes at utilbørighetsstandarder i noen grad kan påvirkes av lokal forretningskultur. Jeg tenker her særlig på kundepleie der det som mottas ikke er penger, ytelsen er av relativt liten verdi, forholdet ikke holdes skjult ovenfor arbeidsgiver og dessuten ikke kan sies å innebære påvirkningsmoment. Denne typen situasjon ble i Ruter-dommen, der det ikke forelå grenseoverskridende element, bedømt som tilbørlig. Sedvane og sosialt akseptable gaver er noe som trekkes frem i henholdsvis forarbeidene og i Europarådets forklarende rapport, og som kan innebære at noen gaver eller andre fordeler ikke anses som utilbørlige på grunn av lokal forretningskultur. Dersom slike fordeler skal anses tilbørlige, tilsier reelle hensyn at fordelene ikke kan være egnet til å vri konkurransen eller være i strid med andre hensyn som korrupsjonskonvensjonene beskytter.

Det kan ikke kategorisk utelukkes at lokal forretningskultur i enkelte tilfeller kan føre til en lempeligere fastsettelse av utilbørighetsstandarder. Dersom lokal forretningskultur brukes som et moment for tilbørighet, innebærer vår tilslutning til korrupsjonskonvensjonene, etter mitt syn, at dette bare kan skje dersom dette ikke strider mot de hensynene som konvensjonene bygger på. Da ett av disse hensynene er å motvirke grenseoverskridende korrupsjon, taler reelle hensyn for at en lempeligere fastsettelse av utilbørighetsstandarder i grenseoverskridende tilfeller som regel vil være i strid med våre konvensjonsforpliktelser.

7 Litteraturliste

7.1 Lovregister

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- 1902 Lov 22.mai 1902 nr.10 alminnelig borgerlig straffelov (straffeloven)
- 1911 Lov 8. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
- 1972 Lov. 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll ved markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

7.2 Forarbeidsregister

Innst.S.nr. 188 (2005-2006) *Innstilling fra justiskomiteen om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen mot korrupsjon av 31. oktober 2003*

Justis- og beredskapsdepartementet (2018) *Høringsnotat om endringer i straffeloven mv.(Oppfølging etter ikrafttredelsen av ny staffelov)*, mai 2018, <https://www.regjeringen.no/contentassets/a119628dd2e042eca02a27bd55e68cb7/horingsnotat---forslag-til-endringer-i-straffeloven-mv.pdf> [sitert 01.11.18]

NOU 2002: 22 *Straffebestemmelse mot korrupsjon*

Ot.prp.nr.57 (1994-1995) *Endringer i skattelovgjevinga*

Ot.prp.nr.66 (1997-1998) *Om lov om endringer i straffelova m.m (Gjennomføring og samtykke til ratifikasjon av OECD-konvensjonen 21 november 1997 om motarbeiding av bestikking av utenlandske offentlege tenestemenn i internasjonale forretningshøve)*

Ot.prp.nr.78 (2002-2003) *Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon)*

Ot.prp.nr.90 (2003-2004) *Om lov om straff (straffeloven)*

Ot.prp nr.22 (2008-2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)*

Udkast til *Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge*, II Motiver, Kristiania, Det Steenske Bogtrykkeri (1896)

7.3 Domsregister

Rt. 1997 s. 580

Rt. 2005 s. 1628

Rt. 2009 s. 130

Rt. 2010 s. 1624

Rt. 2011 s. 477

Rt. 2011 s. 1495

Rt. 2012 s. 243

Rt. 2013 s.1025

Rt. 2014 s. 786

HR-2016-1834-A

HR-2017-1776-A

LA-2007-149713

LB-2009-164828

LB-2011-148517

LB-2015-138815-2

LE-2012-190280

TOSLO-2005-134006

TTOTE-2006-33035

TNERO-2010-118350

TROMS-2011-51247

TRANA-2012-65267

TFOLL-2013-111463

TNERO-2014-127365

TTONS-2014-32427

TSTRO-2015-118389

7.4 Internasjonale kilder

7.4.1 Konvensjoner

EMK

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4. november 1950

Europarådskonvensjonen

Criminal Law Convention on corruption, Strasbourg 27. januar 1999.

Europarådes sivilrettslige konvensjon

Civil Law Convention on corruption, Strasbourg 4. November 1999.

OECD Anti-Bribery Convention,	Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions, Paris 15. februar 1997.
UNCAC	United Nations Convention against Corruption, New York 31. oktober 2003.
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna 23. Mai 1969

7.4.2 Rapporter og vedtak

Europarådrapport, Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, 27. januar 1999, <https://rm.coe.int/16800cce441999> [Sitert 06.09.2018]

OECD-kommentaren, Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 21. November 1997, https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf [Sitert 20.09.2018]

7.5 Litteratur

7.5.1 Bøker

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo, Mads Henry Andenæs, 2009.

Boersma, Martine, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?*, Cambridge, Intersentia Ltd, 2012.

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

Eskeland, Ståle, *Strafferett*, Oslo, Cappelen Damm AS, 2015.

Gisle, Jon, Andenæs, Kristian, Bernt Jan Fridthjof mfl. *Jusleksikon*, 4. utgave, Oslo, Kunnskapsforlaget ANS, 2010.

Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*, Bergen, Fagbokforlaget, 2010.

Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*, 2. utgave, Bergen, Fagbokforlaget, 2016.

Stordrange, Bjørn, *Forbrytelser mot vårt økonomiske system*, 3. utgave, Bergen, Fagbokforlaget, 2014.

Søreide, Tina, *Korrupsjon Mekanismer og mottiltak*, Oslo, Cappelen Damm AS, 2013.

7.5.2 Artikler

Argadona, Antonio «Corruption and Companies: The Use of Facilitating Payments» *Journal of Business Ethics*, Volume 60, (2005), ss 251-264

Graver, Hans Petter «Internasjonale konvensjoner som rettskilde», *Lov og rett*, Volum 42, nr 8 (2003), ss 468-489

Myhrer, Tor-Geir «Påtalemyndighetenes praksis som rettskilde», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Volum 116, nr. 2 (2003) ss. 219-245

Schea, Trond Eirik, Stoltenberg, Lars, «Fra ØKOKRIM: Straffebudene mot korrupsjon – utilbørighetsvilkåret», *Tidsskrift for strafferett*, Volum 7, nr 01(2007), ss 76-83

Torp, Sigurd Holter, «Korrupsjon – formålet betydning for utilbørighetsvurderingen», *Lov og rett*, Volum 49, nr 9 (2010), ss 550-556

7.5.3 Kommentarer

Pedersen, Linn Helmich, Ødegård, Kari Bryge «Korrupsjonsdommer i Norge 2003-2017» på *Transparency International Norge*, 21.03.2018, <http://transparency.no/wp-content/uploads/Dommssamling2018.pdf> [Sisert: 10.09.2018].

7.5.4 Nettsider

Næringslivets Hovedorganisasjon ...*over streken?*(udatert)
https://www.nho.no/contentassets/3d67883b541b4e3d9e4ea29f0a08f038/over_streken_web.pdf [Sisert 01.11.2018]

Transparency International Norge *Hva er korrupsjon?* (2018) <http://transparency.no/hva-er-korrupsjon/> [Sisert 06.09.2018]

Transparency International *Facilitation Payments*, (2018) https://www.transparency.org/glossary/term/facilitation_payments [Sisert 20.09.2018]

UNDOC, *Signature and Ratification Status* (2018) <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> [Sisert 22.09.2018]