



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Økonomisk utroskap

Adgangen til å dømme eneeiere av aksjeselskap for utroskap mot eget selskap

Ailen Jeanette Odding

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, høsten 2019

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Aktualitet og formål med avhandlingen	2
1.3	Rettskildebilde og metode	3
1.4	Presiseringer og avgrensninger.....	4
1.5	Fremstillingen videre	4
2	Relevante skranker ved anvendelse av utroskapsbestemmelsen.....	5
3	Rettsgodebeskyttelsen	7
4	Hvem kan begå utroskap?	10
5	Hvem kan være fornærmet?	12
5.1	Innledende om fornærmede etter utroskapsbestemmelsen	12
5.2	Kan gjerningspersonens heleide selskap være fornærmet?	13
5.2.1	Andre selskapsformer enn aksjeselskap	13
5.2.2	Aksjeselskap.....	15
6	Den straffbare handlingen	21
6.1	Innledende om den straffbare handlingen	21
6.2	Handling mot eget selskaps interesser	24
6.3	Rettsstridsbegrensningen	25
6.3.1	Innledende om rettsstridsbegrensningen i utroskapsbestemmelsen	25
6.3.2	Betydningen av brudd på sivilrettslige regler	26
6.3.3	Konkret rimelighet	32
6.3.4	Handlingen er rettet mot personen selv	34
6.3.5	Samtykke.....	36
7	Den subjektive skylden	38
8	Forholdet til andre bestemmelser	41
8.1	Forholdet til underslagsbestemmelsen.....	41

8.1.1	Fornærmede.....	42
8.1.2	Gjerningsbeskrivelsen	42
8.2	Forholdet til straffelovens regler om kreditorvern	44
8.2.1	Fornærmede.....	45
8.2.2	Gjerningspersonen.....	45
8.2.3	Gjerningsbeskrivelsen	45
8.3	Forholdet til aksjeloven § 19-1	47
9	Rettspolitisk vurdering	49
9.1	Utroskapsbestemmelsens forhold til annen skandinavisk rett.....	49
9.2	Rekkevidden av utroskapsbestemmelsen og forholdet til andre bestemmelser	52
10	Kildeliste	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Masteravhandlingens tema er økonomisk utroskap, jf. straffeloven¹ § 390. Det følger av bestemmelsens første ledd at «[d]en som handler mot en annens interesser som han styrer eller har tilsyn med, med forsett om å oppnå en uberettiget vinning for seg eller andre eller om å skade», straffes for økonomisk utroskap.

Lovgiver har slått fast at skadefølgeprinsippet er «utgangspunkt og grunnvilkår for kriminalisering».² Prinsippet innebærer at «straff bare bør brukes som reaksjon på handlinger som medfører, eller kan medføre, at noen påføres skade».³ Det er ikke tilstrekkelig at handlingen er mislikt, det må foreligge tungtveiende grunner som taler for å innskrenke personers handlefrihet.⁴ Skadevirkninger som rammer individet selv, må som utgangspunkt aksepteres.⁵ Eksempelvis er skade på egen eiendom ikke straffbart, selv om samfunnet indirekte påføres skade ved at verdier går tapt.⁶

Når skade på egen eiendom som utgangspunkt er tillatt, oppstår det spørsmål om en person kan straffes for utroskap mot eget selskap. Ordlyden i utroskapsbestemmelsen åpner for at både fysiske og juridiske personer kan være fornærmet. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvorvidt behovet for å beskytte prinsipalen slår til i tilfeller hvor prinsipalen er et selskap som er eiet av gjerningspersonen. Dermed oppstår spørsmålet om et heleid selskap er «en annen» enn dets eier i relasjon til utroskapsbestemmelsen. Rettstilstanden for ansvarlige selskap ble avklart i dommen inntatt Rt. 1987 s. 1246, hvor Høyesterett kom til at selskapet må identifiseres med eieren så langt hans eierinteresser rekker. Det er imidlertid flere uavklarte spørsmål hva angår heleide aksjeselskap. Avhandlingen vil derfor fokusere på denne selskapsformen.

Ved heleide aksjeselskap vil gjerningspersonen være den eneste som representerer eierinteressene. Av den grunn vil det være nødvendig å avklare om en eneeier kan anses å

¹ Jf. lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

² Se Innst. O. nr. 72 (2004-2005) punkt 6.2

³ Jf. NOU 2002: 4 s. 79. Se også Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 89

⁴ Jf. NOU 2002: 4 s. 79

⁵ Jf. NOU 2002: 4 s. 80

⁶ Jf. NOU 2002: 4 s. 81

handle mot sitt eget selskaps interesser. For øvrig har eneaksjonæren en vid materiell kompetanse til å forvalte selskapet som han ønsker, med de begrensninger som følger av saksbehandlingsreglene i aksjeloven.⁷ Ettersom eieren har en vid kompetanse, vil det oppstå spørsmål om en eeneiers handlinger kan anses å være rettsstridige.

De ovennevnte spørsmålene er grunnlaget for denne masteravhandlingens hovedproblemstilling: Hvilken adgang er det til å straffe en eeneier av et aksjeselskap for utroskap mot eget selskap? Ved denne vurderingen vil det være naturlig å komme inn på andre sivilrettslige regler som kan belyse handlingens rettsstridighet. Problemstillingen vil også reise spørsmål om hvorvidt det er andre straffebud som kan eller bør anvendes på tilfellet, eller hvorvidt handlingen overhodet bør anses straffverdig.

1.2 Aktualitet og formål med avhandlingen

Det har skjedd en utvikling de siste årene, hvor flere og flere anmeldes og dømmes for økonomisk utroskap.⁸ Det er også påpekt at rettspraksis i større grad har begynt å tolke utroksbestemmelsen som en generalklausul, i strid med lovgivers intensjoner.⁹ Til tross for denne utviklingen er utroksbestemmelsen bemerkelsesverdig lite analysert, sett i forhold til andre bestemmelser om økonomisk kriminalitet.

Siden Høyesterett første gang dømte en eeneier av et aksjeselskap for utroskap mot selskapet i Rt. 1994 s. 1002, har det skjedd flere domfellelser av eeneiere. Til tross for at Høyesterett i 1994-dommen bemerket at konsekvensen av å anse eeneieren som en annen, måtte være at handlingen burde vært ansett som underslag,¹⁰ er det imidlertid få kilder som drøfter hvilken betydning uttalelsen har for dommens prejudikatsverdi. Selv om enkelte forfattere har påpekt at Høyesterett har foretatt noen anstrengte tolkninger,¹¹ er det likevel påfallende hvor lite problemstillingen om hvorvidt et heleid selskap utgjør «en annen» enn eieren har vært drøftet.

Denne ovennevnte utvikling gir foranledning for en analyse av adgangen til å dømme eeneiere av aksjeselskap for utroskap mot selskapet, og en vurdering av om gjeldende rett er i samsvar med lovens formål.

⁷ Jf. lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

⁸ Se Bjørn Stordrange, *Forbrytelser mot vårt økonomiske system*, 3. utgave, Bergen 2014 s. 19-20

⁹ Se Stordrange (2014) s. 117-118

¹⁰ Se Rt. 1994 s. 1002 A på s. 1005

¹¹ Se eks Johs. Andenæs og Kjell V. Andorsen, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, Oslo 2008 s. 415

1.3 Rettskildebilde og metode

Avhandlingen har et rettsdogmatisk siktemål, og skal med andre ord gi en fremstilling av gjeldende rett.¹² Det er et omfattende antall rettskilder som omhandler straffeloven § 390. Det er imidlertid et begrenset antall rettskilder som omhandler spørsmålet om adgangen til å dømme eneeiere av aksjeselskap for utroskap mot selskapet, og flere av dem henviser bare til eldre rettskilder. Det må spesielt trekkes frem at det er få rettskilder som problematiserer om aksjeselskapet må anses som en annen enn dets eier. Det finnes imidlertid noen forfattere som drøfter spørsmålet, og enkelte eldre høyesterettsdommer og underrettspraksis som kan kaste lys over hvordan vilkåret ble forstått før Høyesterett avsa prejudikatsdommen i 1994.

Videre er det et begrenset antall rettskilder som behandler rettsstridsvilkåret i lys av selskapsrettslige regler. Det vil derfor kunne være en utfordring å vurdere hvilken betydning selskapsrettslige regler har som tolkningsmoment for grensen mellom lovlige og kriminaliserte handlinger. Det finnes imidlertid rettspraksis tilknyttet utroskapsbestemmelsen hvor andre sivilrettslige reglers betydning for handlingens rettsstridighet har blitt vurdert. For øvrig har selskapsrettslige regler vært trukket inn ved vurderingen av handlingers rettsstridighet i relasjon til andre straffebud. Det finnes dermed relevante kilder som gir anvisning på hvordan spørsmålet om rettsstrid kan løses.

Under lovarbeidet med den nye straffeloven ble det i stor grad sett hen til hvordan reguleringene var løst etter annen nordisk rett.¹³ Straffelovkommisjonen hadde i denne forbindelse søkt å holde seg oppdatert på reformarbeidet i de andre nordiske landene.¹⁴ Av denne grunn kan det være av interesse å se hvordan hovedproblemstillingen løses etter annen nordisk rett, som grunnlag for en rettspolitisk drøftelse. Grunnet språklige utfordringer vil det bare undersøkes hvordan problemstillingen løses etter annen skandinavisk rett. Meningen er ikke å foreta en grundig gjennomgang av andre lands rett, men å gi et tilstrekkelig grunnlag for å kunne gjøre noen sammenligninger og en vurdering av den norske rettstilstanden *de lege ferenda*.¹⁵ For å få et mest mulig representativt innblikk i våre nabolands relevante rettskilder, vil det tas utgangspunkt i anerkjent juridisk litteratur, deriblant lovkommentarene.

¹² Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018 s. 25

¹³ Se NOU 1992: 23

¹⁴ Se NOU 2002: 4 s. 35

¹⁵ Se Skoghøy (2018) s. 228

1.4 Presiseringer og avgrensninger

Fokuset i denne masteravhandlingen vil være adgangen til å dømme eiere av aksjeselskap for økonomisk utroskap mot selskapet. Av denne grunn vil det avgrenses mot å behandle aksjeselskap som har flere medeiere, eller som har andre ansatte enn eieren. Ved en slik avgrensning blir problemstillingen, om adgangen til og behovet for å dømme en eier for utroskap mot eget selskap, satt på spissen. Det vil imidlertid være naturlig å anvende rettskilder om adgangen til å dømme aksjeeiere som handlet i enighet med aksjeselskapets øvrige eiere, og rettskilder om aksjeeiere med eierandeler av en slik størrelsesorden at eieren alene kan ta avgjørelser på vegne av selskapet. Der det er relevant vil det også gjøres sammenligninger med rettskilder som omhandler adgangen til å dømme eiere av andre selskapsformer. Selv om det ikke vil gjøres en grundig drøftelse av området for det som er kriminalisert etter utroksapsbestemmelsen, vil det likevel gis en generell redegjørelse av bestemmelsens vilkår for å plassere problemstillingen i bestemmelsens øvrige kontekst. Det vil da også være relevant å komme inn på andre tilstøtende regler.

Etter straffeloven § 390 annet ledd kan ikke utroksapsbestemmelsen anvendes i idealkonkurrens med underslag eller korrupsjon. Etersom den sentrale prejudikatsdommen for å kunne straffe eiere av aksjeselskap for utroskap mot eget selskap reiser spørsmål om ikke forholdet bør subsumeres under underslagsbestemmelsen, vil det være naturlig å komme inn på forholdet til underslagsbestemmelsen.¹⁶ På denne måten vil grensen mellom utroksaps- og underslagshandlinger klarlegges. I denne forbindelse vil det videre vurderes hvilken adgang det er til å endre subsumsjonen fra utroskap til underslag, og motsatt.

1.5 Fremstillingen videre

Avhandlingens videre fremstilling består av åtte kapitler. I kapittel 2 gis en kort presentasjon av relevante tolkningsregler for å kunne idømme straff etter utroksapsbestemmelsen. I kapittel 3 vil jeg gjøre en analyse av utroksapsbestemmelsens rettsgodebeskyttelse. Denne ville legge grunnlaget for en formålsorientert analyse av utroksapsbestemmelsens virkeområde. Deretter vil jeg i kapittel 4 redegjøre for hvem som kan begå utroskap. Kapittel 5 omhandler hvem som kan være fornærmet etter utroksapsbestemmelsen, herunder om selskapet må anses som en annen enn dets eier. I avhandlingens kapittel 6 vil jeg innledningsvis redegjøre for den straffbare handlingen etter utroksapsbestemmelsen, før det deretter klarlegges når en

¹⁶ Se Rt. 1994 s. 1002 A

eneaksjonær må anses å handle mot eget selskaps interesser. Ved drøftelsen vil det være naturlig å komme inn på selskapsrettslige regler som kan belyse hva som er i et aksjeselskaps interesse. Deretter vil jeg drøfte hvorvidt en eeneiers handlinger må anses å være rettsstridige. Kapittel 7 omhandler kravet til subjektiv skyld etter utroskapsbestemmelsen.

I kapittel 8 vil jeg drøfte utroskapsbestemmelsens forhold til andre utvalgte straffebud der gjerningsbeskrivelsen kan ramme samme handlinger. Denne drøftelsen vil gi grunnlag for å vurdere hensiktsmessigheten av å anvende utroskapsbestemmelsen på handlingene, sett opp mot de hensyn som gjør seg gjeldende. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 9 gjøre en rettspolitisk vurdering av utroskapsbestemmelsen, og dens anvendelse på handlinger begått av en eeneier. Kapitlet starter med en kort undersøkelse av hvordan problemstillingen er løst etter annen skandinavisk rett. Bakgrunnen for at funnene fra våre naboland er plassert i den rettspolitiske drøftelsen, er at denne redegjørelsen utelukkende brukes som grunnlag for en vurdering av utroskapsbestemmelsen *de lege ferenda*.

2 Relevante skranker ved anvendelse av utroskapsbestemmelsen

Etter Grunnloven¹⁷ § 96 første ledd kan «ingen [...] dømmes uten etter lov». En tilsvarende regel følger av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 7. Konvensjonen gjelder som norsk lov etter menneskerettsloven¹⁸ § 2 nr. 1. Ved motstrid skal EMK gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Etter *lex superior*-prinsippet går imidlertid Grunnloven foran alminnelig lovgivning, inkludert bestemmelsen om forrang i menneskerettsloven.¹⁹

Det er ikke problematisk om utroskapsbestemmelsen tilfredsstiller kravet til formell lov etter Grunnloven § 96 og EMK art. 7. Lovkravet innebærer imidlertid også et krav om at straffebudene må være tilstrekkelig klare, presise og tilgjengelige.²⁰ Dette klarhetskravet har historisk fulgt av EMK art 7.²¹ I dag er det imidlertid klart at Grunnloven § 96 stiller minst samme krav til hjemmelens kvalitet.²² Etter høyesterettpraksis innebærer klarhetskravet at lovene må være tilgjengelige for befolkningen, og «utformet på en slik måte at den enkelte

¹⁷ Jf. lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

¹⁸ Jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

¹⁹ Se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 137-138

²⁰ Se Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 127

²¹ Se Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 126

²² Se Rt. 2014 s. 238 A avs. 18

med rimelighet kan innrette sin atferd på bakgrunn av lovgivningen». ²³ For å kunne idømme straff, er det ikke tilstrekkelig at forholdet er «klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det». ²⁴ Lovgiverintensjonen må komme «tydelig til uttrykk i loven». ²⁵ På denne måten ivaretas befolkningens behov for forutberegnelighet. ²⁶ Videre er lovkravet fundamentalt for at bruk av straff skal ha en demokratisk forankring og legitimitet, og vil også varetta maktfordelingen mellom myndighetene. ²⁷ Klarhetskravet vil dermed legge begrensninger for tolkningen av utroskapsbestemmelsen, slik at tolkningsresultatet må ligge innenfor en naturlig forståelse av ordlyden. ²⁸

Selv om klarhetskravet setter begrensninger for tolkningen av straffebudene, er kravet imidlertid ikke til hinder for at straffebudene klarlegges i hver enkelt sak, som en del av alminnelig juridisk metode. ²⁹ Straffebudene kan dermed tolkes i lys av supplerende kilder. ³⁰ Forutsetningen ved en slik tolkningsprosess er imidlertid at «bestemmelsens kjerne forblir den samme [...] slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas». ³¹

Ved utformingen av straffebud vil det være vanskelig å ta stilling til alle tvilsspørsmål. ³² Dette er heller ikke ønskelig, da det å gjøre lovene så presise som mulig kan føre til at de blir unødvendig omfattende og kompliserte. ³³ Dette kan igjen gjøre straffebudene vanskelig tilgjengelige for borgerne. Denne lovgivningsteknikken medfører at ordlyden i straffebudene kan omfatte handlinger som skiller seg vesentlig fra de handlingene lovgiver mente å kriminalisere. ³⁴ For å begrense rekkevidden av et straffebud, skal et straffebud tolkes slik at det bare er «rettsstridig» atferd som er straffbar. ³⁵ Andre lovbestemmelser, ulovfestede regler og reelle hensyn kan av denne grunn gi grunnlag for en innskrenkende tolkning av straffebudet. ³⁶ Begrepet rettsstrid er navnet på resultatet av en slik samlet tolkningsprosess,

²³ Jf. HR-2016-2228-A avs. 30

²⁴ Jf. Rt. 2012 s. 313 A avs. 29

²⁵ Jf. Rt. 2012 s. 313 A avs. 29

²⁶ Se Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Bergen 2018 s. 116 og 132-133

²⁷ Se Rt. 2014 s. 1105 A avs. 26 og Aall (2018) s. 116

²⁸ Se Aall (2018) s. 132 og 140

²⁹ Se HR-2019-900-A avs. 32

³⁰ Se HR-2019-1234-A avs. 24

³¹ Jf. HR-2019-1234-A avs. 24. Se også HR-2019-900-A avs. 32

³² Se Aall (2018) s. 132-133

³³ Se Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 62-63

³⁴ Se Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utgave, Bergen 2019 s. 190

³⁵ Se Ståle Eskeland og Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, 5. utgave, Oslo 2017 s. 147

³⁶ Se NOU 2002: 4 s. 221

hvor flere rettskildefaktorer er relevante ved siden av straffebudets ordlyd.³⁷ Det kan således tenkes at utroskapsbestemmelsen har et snevrere anvendelsesområde enn ordlyden åpner for.

Klarhetskravet er relativt, i den forstand at kravet er strengere jo mer alvorlig inngrep det er tale om.³⁸ Dersom inngrepshjemmelen er et straffebud, hvor det kan idømmes fengselsstraff, er lovkravet strengt.³⁹ Det stilles dermed høye krav til straffebudenes klarhet og presisjon, slik at befolkningens behov for forutberegnelighet ivaretas. Av denne grunn vil bruk av generalklausuler i straffebud være problematisk.⁴⁰

I 1974 ble det foreslått å innføre en generalklausul om økonomisk kriminalitet som skulle rette seg mot «den som under utøving av næringsvirksomhet handler i åpenbar strid med redelig fremgangsmåte ved inngåing av avtaler eller ved å gjøre rettigheter gjeldende i henhold til avtaler».⁴¹ Forslaget ble ikke fulgt opp, da en slik bestemmelse ville være i strid med klarhetskravet og følgelig ikke oppfylle kravet til forutberegnelighet.⁴² Forslaget om en generalklausul kom opp på nytt ved utviklingen av en ny straffelov, men heller ikke denne gangen ble forslaget fulgt opp.⁴³

Når lovgiver har inntatt det standpunkt at det ikke skal finnes en generalklausul i straffeloven som skal knytte seg til økonomisk kriminalitet, må det få betydning for fastleggingen av utroskapsbestemmelsens innhold. Det er ikke tilstrekkelig at en handling fremstår klart straffverdig, og i samsvar med lovens formål. Som Høyesterett uttrykker det må «[s]traffbarheten [...] følge av loven.»⁴⁴ En annen løsning vil stride mot klarhetskravet etter Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7.⁴⁵

3 Rettsgodebeskyttelsen

Straffelovutvalget har uttalt at formålet med å straffe handlinger er «å hindre uønsket atferd og å styre borgernes atferd i ønsket retning.»⁴⁶ For at straffens preventive og styrende funksjon skal ivaretas, er det nødvendig å klarlegge bakgrunnen for kriminaliseringen av de

³⁷ Se NOU 2002: 4 s. 221

³⁸ Se Aall (2018) s. 119-122

³⁹ Se Aall (2018) s. 121

⁴⁰ Se Aall (2018) s. 134

⁴¹ Se NOU 2002: 4 s. 83

⁴² Se NOU 2002: 4 s. 83

⁴³ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 347

⁴⁴ Jf. Rt. 2012 s. 1211 U avs. 22

⁴⁵ Jf. Rt. 2012 s. 1211 U avs. 22

⁴⁶ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 82

enkelte straffebudene.⁴⁷ Etter skadefølgeprinsippet bør handlinger bare gjøres straffbare dersom de utgjør en fare for skade «på interesser som bør vernes av samfunnet».⁴⁸ På denne bakgrunn skal straffebudene verne om verdier som er anerkjent av rettsordenen, også kalt rettsgoder.⁴⁹ For at formålet om å verne disse rettsgodene skal nås, er det sentralt å identifisere hvilket rettsgode straffebudet er ment å beskytte.⁵⁰

Tilsynelatende er det ingen rettskilder som klarlegger hvilket rettsgode utroskapsbestemmelsen er ment å beskytte. Straffeloven bruker gjerne begrepet «interesse» om hvilket rettsgode bestemmelsen verner.⁵¹ Det følger av utroskapsbestemmelsen at den verner interessene til «en annen». Hvilke interesser det er tale om er imidlertid mer uklart. For å få klarhet i hva straffebudet søker å verne, kan det være relevant å se hen til kapitteloverskriftene, straffebudenes overskrifter, samt å se straffebudet i sammenheng med øvrige straffebud.⁵² Videre kan forarbeidene og lovgivers formål gi veiledning.⁵³

Utroskapsbestemmelsen er plassert i straffelovens kapittel om økonomiske forbrytelser, for å få frem at overtredelse av gjerningsbeskrivelsen normalt vil være økonomisk motivert.⁵⁴ Bestemmelsen skiller seg imidlertid fra de andre straffebudene i straffelovens kapittel 30, ved at et økonomisk motiv ikke er et vilkår for straff. Hverken den potensielle vinningen eller skaden trenger å være av økonomisk art.⁵⁵ Plasseringen i forhold til de øvrige straffebud taler likevel for at det er prinsipalens formuesinteresser utroskapsbestemmelsen er ment å beskytte.

Straffelovkommisjonen foreslo imidlertid å plassere utroskapsbestemmelsen i et generelt kapittel om «vern av tillit», som skulle samle straffebud «som verner mot ulike former for tillitsbrudd, både i offentlige og i private forhold».⁵⁶ Selv om forslaget ikke ble fulgt opp, ga ikke departementet uttrykk for uenighet knyttet til hvilket rettsgode bestemmelsene er ment å

⁴⁷ Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s.126-128

⁴⁸ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 88

⁴⁹ Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 128

⁵⁰ Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 128

⁵¹ Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 128

⁵² Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 128-132

⁵³ Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 128

⁵⁴ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 345

⁵⁵ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 472

⁵⁶ Jf. NOU 2002: 4 s. 309

beskytte.⁵⁷ At utroskapsbestemmelsen ble foreslått plassert i et slikt kapittel, signaliserer at det er tilliten mellom personer bestemmelsen søker å verne.⁵⁸

Som nevnt kan også straffebudets formål belyse hvilket retts gode bestemmelsen er ment å verne. Formålet med å ilegge straff for handlinger som omfattes av utroskapsbestemmelsens gjerningsbeskrivelse, er ifølge forarbeidene å «sikre lojal opptrøden» fra personer som har et «særlig ansvar eller vises en særlig tillit», da disse personene har en særlig mulighet til å skade den de handler for.⁵⁹ Bestemmelsen retter seg med andre ord mot handlinger som anses å være illojale.

Høyesterett har ved vurderingen av straffebudets rekkevidde, uttalt at bestemmelsen har «nær sammenheng med den ulovfestede lojalitetsplikten i kontrakts- og selskapsforhold».⁶⁰

Gjerningspersonen etter bestemmelsen er en person som styrer eller har tilsyn med en annens interesser. Det forutsettes dermed at lojalitetsplikten springer ut av et representasjonsforhold.

For at representasjonsforholdet skal utløse en lojalitetsplikt for gjerningspersonen, må representasjonen ha et rettslig grunnlag, i eksempelvis lov eller avtale.⁶¹ Det finnes en rekke sivilrettslige regler som aktiveres ved mislighold av den kontraktsrettslige lojalitetsplikten.⁶²

Som det følger av det strafferettslige subsidiaritetsprinsippet bør straff være av subsidiær karakter, og bare anvendes der straff er hensiktsmessig, og andre sanksjoner åpenbart ikke vil være tilstrekkelig.⁶³ Ettersom det eksisterer sivilrettslige regler som kommer til anvendelse ved brudd på lojalitetsplikten, vil det indikere at utroskapsbestemmelsen må betraktes som en unntaksregel som bare kommer til anvendelse ved de alvorligere brudd på lojalitetsplikten.

Straffebudet er med andre ord blitt til etter en avveining av straffens nyttevirkninger, og om andre sanksjoner ville være tilstrekkelig.⁶⁴ Vi lever i et samfunn hvor det er behov for betrodd stillinger, da de er en «grunnleggende forutsetning for å kunne drive kommersiell virksomhet» og bidrar til samfunnsvekst.⁶⁵ For å kunne ivareta dette behovet, er det også

⁵⁷ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 324

⁵⁸ Se Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 129

⁵⁹ Jf. NOU 2002: 4 s. 315

⁶⁰ Jf. Rt. 2013 s. 1254 A avs. 32 og 36

⁶¹ Jf. LG-2017-80825 ikke paginert s. 25. Se også Stordrange (2014) s. 27

⁶² Se Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 37

⁶³ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 92

⁶⁴ Se NOU 2002: 4 s. 82-83 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 92

⁶⁵ Jf. LG-2008-48308 ikke paginert s. 6. Se også Henrik Horn og Marianne Støkken Pilgaard, «Fra Økokrim: Strafferettslig utroskap: Lojalitetsplikten ved transaksjoner mellom nærstående», *Tidsskrift for strafferett*,

behov for konsekvenser som inntreder dersom en person utnytter tilliten som ligger til en slik stilling. Den aktuelle gjerningspersonen etter utroskapsbestemmelsen innehar en slik betrodd rolle i relasjon til prinsipalen, hvor han har en særlig mulighet til å skade prinsipalen.

Ettersom gjerningspersonen etter bestemmelsen har en økt selvstendighet, sammenlignet med andre straffebud, kan det innebære at det er vanskeligere å avdekke hans handlinger. Denne problematikken kan tilsi et behov for et straffebud som åpner for en skjønnsmessig vurdering. Straffebudet kan dermed muliggjøre ileggelse av straff i tilfeller hvor det ikke er bevist at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i andre straffebud. Det er grunn til å tro at dette praktiske behovet er en del av bakgrunnen for utroskapsbestemmelsens formål.

På bakgrunn av de nevnte momenter og vurderinger, må straffebudet anses å verne prinsipalens formuesinteresser. Det vil imidlertid være for snevert å si at bestemmelsens utelukkende skal verne prinsipalens formue. Formålet bak kriminaliseringen av utroskaps handlingen må være at prinsipalens formue forvaltes i tråd med den tillit prinsipalen har vist sin representant. Straffebudet må dermed også anses å verne tillitsforholdet mellom prinsipalen og representanten. At et straffebud verner flere rettsgoder er ikke uvanlig.⁶⁶

4 Hvem kan begå utroskap?

Gjerningspersonen etter utroskapsbestemmelsen er den som «styrer» eller «har tilsyn med» en annens interesser. Ordlyden taler for at gjerningspersonen må inneha en form for fullmaktsforhold i relasjon til fornærmede. En slik tolkning vil være i samsvar med bestemmelsens formål om å sikre lojalitet fra personer som har en særlig mulighet til å skade den de handler for.⁶⁷

Etter forarbeidene kreves det en viss grad av selvstendighet for at gjerningspersonen kan sies styre en annens interesser.⁶⁸ Det kreves imidlertid ikke at gjerningspersonen innehar en overordnet eller ledende stilling.⁶⁹ Det er ikke tvilsomt at en person som eier og foretar den daglige og overordnede driften av et selskap, må anses å styre selskapets interesser.

03/2008 s. 336-347 (s. 338). Se for øvrig eksempelvis Thomas Mathiesen, *Retten i samfunnet: en innføring i rettssosiologi*, 5. utgave, Oslo 2011 s. 122

⁶⁶ Se Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 130

⁶⁷ Jf. NOU 2002: 4 s. 315

⁶⁸ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 472

⁶⁹ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 472

For gjerningspersoner som «har tilsyn med» en annens interesser stilles det ingen krav til høy grad av selvstendighet.⁷⁰ Ved vedtakelsen av den nye straffeloven ble rettstilstanden fra den tidligere straffeloven, i tilknytning til tilsynsvilkåret, videreført.⁷¹ Rettstilstanden etter Rt. 1992 s. 1463 er av denne grunn fortsatt gjeldende rett. I dommen ble en vekter dømt for utroskap mot vaktelskapet han jobbet i, ved at han under oppdrag hadde stjålet fra selskapets kunder. Det avgjørende argumentet for domfellelse var at en «vesentlig og straffverdig side ved forholdet» ikke ville bli belagt med straff, dersom tiltalte utelukkende ble dømt for tyveri mot vaktelskapets kunder.⁷² Høyesteretts flertall (3-2) uttalte at

«Jeg innser at det kan virke noe mer anstrengt å se det slik at han hadde tilsyn med [vaktelskapets] anliggender, når disse anliggender nettopp gikk ut på å øve tilsyn. Men etter min mening er ordlyden i § 275 ikke til hinder for en slik betraktningmåte. Og da domfeltes forhold etter min mening har samme karakter og samme straffverdighet som de mer utvilsomme utroskapsforbrytelser, er jeg kommet til at forholdet rammes av § 275.»⁷³

Det kan være vanskelig å forstå hvordan Høyesteretts flertall mente at vokterens tilsyn med bedriftens kunder kunne rammes av bestemmelsens ordlyd, da vakteren hadde en stilling av underordnet karakter og var undergitt arbeidsgivers instruksjoner. Denne faktiske omstendigheten ble avgjørende for at mindretallet kom til motsatt konklusjon.⁷⁴

Til tross for at Høyesteretts flertall tolket bestemmelsens ordlyd i strid med lovgivers intensjoner om at utroskapsbestemmelsen ikke skal anvendes som en generalklausul, valgte lovgiver å videreføre rettstilstanden. Denne videreføringen av rettstilstanden var ment å understreke den muligheten tilsynspersoner har til å skade den de handler for, og viste til den straffverdighet som ligger ved tilsidesettelsen av tilsynsoppgaver, uavhengig av gjerningspersonens lavere grad av selvstendighet.⁷⁵ På denne bakgrunn kan det være en vid krets av personer som rammes av straffebudet.

⁷⁰ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 472

⁷¹ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 345

⁷² Jf. Rt. 1992 s. 1463 A på s. 1466

⁷³ Jf. Rt. 1992 s. 1463 A på s. 1467

⁷⁴ Se Rt. 1992 s. 1463 A på s. 1465

⁷⁵ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 345

5 Hvem kan være fornærmet?

5.1 Innledende om fornærmede etter utroskapsbestemmelsen

Fornærmede etter bestemmelsen er «en annen(...)». Det er på det rene at juridiske personer utgjør selvstendige rettssubjekter. Ordlyden må på denne bakgrunn anses å åpne for at både fysiske og juridiske personer kan være fornærmet. Tradisjonelt har fornærmede etter bestemmelsen vært fysiske personer.⁷⁶ Det er imidlertid klart i dag at også juridiske personer kan være fornærmet i relasjon til utroskapsbestemmelsen.⁷⁷

En begrensning i hvem som kan være fornærmet i relasjon til bestemmelsen, ligger i at gjerningspersonen må kunne anses å ha handlet mot en «annens interesser».

Utroskapsbestemmelsen er som nevnt ment å sikre lojalitet fra personer som har særlig mulighet til å skade prinsipalen. Gjerningspersonen må dermed ha en faktisk mulighet til å handle på vegne av fornærmede. Denne forutsetningen må ha den konsekvens at gjerningspersonens kreditorer ikke er vernet etter bestemmelsen, ettersom gjerningspersonen ikke kan sies å handle på vegne av sine kreditorer.

Til tross for at gjerningspersonens kreditorer ikke er vernet etter bestemmelsen, har Høyesterett tidligere dømt en eeneier for utroskap mot sitt selskaps kreditorer. I dommen inntatt i Rt. 1928 s. 1171 hadde en eeneier av et aksjeselskap overført et høyt beløp penger fra selskapet til seg selv og sin kone, selv om han var klar over at selskapet var insolvent og at beløpet var alt selskapet hadde av likvide midler. Høyesteretts flertall (6-1) la vekt på at

*«de eneste som virkelig hadde en interesse at vareta i dette selskap var kreditorene. At [tiltalte] hadde valgt sig selv om bestyrer av likvidationsboet, og at kreditorene efter omstændighetene ikke hadde fundet det paakrævet at vælge nogen likvidator [...] kan ikke fordunkle det virkelige forhold. Faktisk har [tiltalte] representert kreditorene. Og mot dem har kan kunnet vise utroskap».*⁷⁸

Det avgjørende for domfellelse var dermed at gjerningspersonen på handlingstidspunktet opptrådte som bostyrer for selskapets konkursbo, og dermed faktisk representerte kreditorene.

⁷⁶ Se Stordrange (2014) s. 17

⁷⁷ Se eksempelvis Rt. 1994 s. 1002 A

⁷⁸ Jf. Rt. 1928 s. 1171 A på s. 1173

Selv om det ikke fremgår eksplisitt av domsgrunnene, må det ligge implisitt i denne begrunnelsen at eneeiere av selskap ikke kunne dømmes for utroskap mot selve selskapet.

Dommen er kritisert i juridisk litteratur,⁷⁹ og lignende handlinger har i ettertid vært subsumert under bestemmelsene om kreditorvern.⁸⁰ I den grad det er kreditorer som anses å være fornærmet i en sak, må dermed andre bestemmelser i straffeloven anvendes, eksempelvis reglene om kreditorvern i straffelovens kapittel 31. Se nærmere om dette i kapittel 8.2.

5.2 Kan gjerningspersonens heleide selskap være fornærmet?

En sentral problemstilling er om gjerningspersonen skal identifiseres med sitt heleide selskap, eller om selskapet er å anse som «en annen» i relasjon til utroskapsbestemmelsen. Ordlyden gir ingen veiledning for hvorvidt et selskap skal anses som en annen enn dens eier. Ordlyden åpner imidlertid for det, på bakgrunn av at selskap utgjør et eget rettssubjekt. Forarbeidene behandler ikke spørsmålet.

5.2.1 Andre selskapsformer enn aksjeselskap

Som nevnt i innledningen er avhandlingens fokus knyttet til eiere av aksjeselskap. Det vil likevel være av interesse å belyse hvordan rettstilanden er for andre selskapsformer.

Begrunnelsen bak rettstilanden for andre selskapsformer kan brukes som et tolkningsmoment når identifikasjonsspørsmålet skal løses for aksjeselskap, ettersom det er knyttet prejudikatsvirkninger til høyesterettsdommers begrunnelse.⁸¹ Det kan da oppstå spørsmål om forskjeller i selskapsformene er tilstrekkelig for å fravike tidligere prejudikater.

Når det gjelder *ansvarlige selskap*, ble problemstillingen om hvorvidt ens heleide selskap utgjør «en annen» enn eieren i relasjon til utroskapsbestemmelsen, behandlet av Høyesterett i Rt. 1987 s. 1246. En person som eide halvparten av et personlig firma, hadde overtrådt handlingsbeskrivelsen i utroskapsbestemmelsen. Problemstillingen i saken knyttet seg til hvorvidt tiltalte kunne være utro mot eget selskap. Høyesterett kom enstemmig til at byrettens dom skulle oppheves. Byretten begrunnet domfellelse i at selskapet var et eget rettssubjekt. Eierinteressene kunne ikke være avgjørende, når «kreditorer, det offentlige og andre eiere [ville bli] berørt».⁸² Førstvoterende viste ikke til den siterte begrunnelsen, men var uenig i

⁷⁹ Se Stordrange (2014) s. 112-114 og Andenæs og Andorsen (2008) s. 413

⁸⁰ Se eksempelvis Rt. 1986 s. 1076 A og Rt.1988 s. 625 A

⁸¹ Se Eckhoff og Helgesen (2001) s. 165-166

⁸² Inntatt i Rt. 1987 s. 1246 A på s. 1251

byrettens syn på spørsmålet. Høyesterett mente at «[s]å langt domfeltes egne eierinteresser gikk, kan [tiltalte] ikke sies å ha handlet mot sitt firmas tarv».⁸³

Selv om tiltalte ikke kunne begå utroskap mot eget selskap så langt hans eierinteresser rakk, kunne han begå utroskap mot hans medeiere. Det var imidlertid «ikke tilstrekkelig grunnlag for å fastslå at domfelte ved sin handlemåte har handlet mot medeierens tarv»,⁸⁴ slik at også domfellelsen for utroskap mot hans medeiere måtte oppheves.

Høyesterettsdommen er fulgt opp av underrettspraksis og juridisk litteratur,⁸⁵ og må anses å gi uttrykk for gjeldende rett. For eiere av ansvarlige selskap er det ved anvendelse av utroskapsbestemmelsen dermed uten betydning at selskapet er et eget rettssubjekt. En medeier i et ansvarlig selskap kan bare dømmes for utroskap overfor sine medeiere. Høyesterettsuttalelse innebærer dermed at ansvarlige selskap ikke kan være fornærmet i relasjon til utroskapsbestemmelsen, når det er eieren som har begått de eventuelle handlingene. Det er eierne av det ansvarlige selskap som er å anse som fornærmet. For vurderingen av om utroskapsbestemmelsen kommer til anvendelse, er det dermed uten betydning at selskapets kreditorer rammes av handlingen. Hvis det ikke er noen eiere som kan anses å være fornærmet i saken, innebærer det at gjerningspersonen ikke kan straffes etter bestemmelsen.

Kjennelsen inntatt i Rt. 1993 s. 513 omhandler utroskapshandlinger mot *kommandittselskap*. De tiltalte i saken, en direktør og en nestkommanderende i et konsern, hadde overført andeler i et kommandittselskap til konsernets morselskap, slik at kommandittselskapet led et økonomisk tap ved morselskapets forestående konkurs. Overføringene skjedde etter initiativ og godkjenning av den som hadde de dominerende eierinteressene i konsernet, uten at andre eiere eller selskaper gjorde innvendinger.

Ett av spørsmålene for Høyesterett var hvorvidt herredsretten hadde begått en feil når retten hadde kommet til at kommandittselskapet måtte behandles som et selvstendig rettssubjekt i relasjon til utroskapsbestemmelsen. Tiltalte anførte at eieren måtte identifiseres med selskapet, slik at det ikke kunne foreligge utroskap når handlingen skjedde i forståelse med eieren. Som vist til ovenfor, hadde Høyesterett i Rt. 1987 s. 1246 kommet til at tiltalte ikke

⁸³ Jf. Rt. 1987 s. 1246 A på s. 1249.

⁸⁴ Jf. Rt. 1987 s. 1246 A på s. 1249

⁸⁵ Se LA-2011-151031 og LA-2015-69443. Se også Stordrange (2014) s. 67, og Andenæs og Andorsen (2008) s. 414

kunne dømmes for utroskap så langt handlingene var i selskapseiernes interesser. Til tross for at Høyesterett hadde vurdert spørsmålet tidligere, ble ikke 1987-dommens rettskildemessige verdi tatt opp eller vurdert når Høyesterett på nytt skulle ta stilling til problemstillingen. Høyesterett var enig i herredsrettens begrunnelse, og uttalte at «den valgte selskapsform må respekteres og gis gjennomslag».⁸⁶ De tiltalte kunne da dømmes for utroskap.

5.2.2 Aksjeselskap

Problemstillingen om hvorvidt et selskap må identifiseres med dets eier i relasjon til utroskapsbestemmelsen, ble behandlet igjen i Rt. 1994 s. 1002. I motsetning til sakene fra 1987 og 1993, var tiltalte i denne saken eneeier av et aksjeselskap. Heller ikke denne gangen ble 1987-dommens rettskildemessige verdi nevnt når Høyesterett på nytt skulle ta stilling til problemstillingen. På lik linje med 1993-dommen, og byrettens begrunnelse i 1987-dommen, ble det lagt avgjørende vekt på at selskapet utgjør et eget rettssubjekt. Førstvoterende anså det å være uten betydning at saken i Rt. 1993 s. 513 ikke gjaldt eiere med dominerende eierandel. En enstemmig Høyesterett mente at uttalelsen i Rt. 1993 s. 513 måtte ha avgjørende betydning for resultatet. Flertallet (3-2) tilføyde likevel at

*«selskapsformuen [er] å anse som fremmed formue som aksjonærene ikke kan råde over for egne formål i andre former enn dem aksjeselskapslovgivningen tillater. Jeg mener det gir best sammenheng i reglene om selskapet også i relasjon til bestemmelser i straffeloven som beskytter tredjemanns formuesinteresser, betraktes som «en annen» enn aksjonæren».*⁸⁷

Med andre ord mente førstvoterende at også reelle hensyn om harmoni i rettssystemet måtte tilsi samme resultat, at selskapet må anses som en annen enn dets eier. Annenvoterende tok imidlertid ikke stilling til om resultatet kunne bygge på slike reelle hensyn.

Selv om Høyesterett kom til at selskapet var en annen enn dets eier i relasjon til utroskapsbestemmelsen, stilte førstvoterende spørsmål om hvorvidt ikke handlingene «burde vært ansett som underslag».⁸⁸ Førstvoterende tok imidlertid ikke nærmere stilling til spørsmålet, da omsubsumering ikke var tema under prosedyren. Annenvoterende tiltrådte førstvoterendes bemerkninger knyttet til underslagsbestemmelsen, men reserverte seg mot at

⁸⁶ Jf. Rt. 1993 s. 513 A s. 519

⁸⁷ Jf. Rt. 1994 s. 1002 A på s. 1005

⁸⁸ Jf. Rt. 1994 s. 1002 A på s. 1005

selskapet måtte anses som «en annen» ved anvendelse av andre straffebud med tilsvarende ordlyd.

Det kan stilles spørsmålstegn ved Høyesteretts begrunnelse for å dømme eneeiere av aksjeselskap for utroskap. Utroskapsbestemmelsen er som nevnt ikke ment å verne selskapets kreditorer. Det vil av den grunn være usikkert om det er i samsvar med lovgivers intensjoner at eneeiere blir dømt etter utroskapsbestemmelsen, og ikke etter straffelovens kapittel 31 om kreditorvern.

Konsekvensen av rettsregelen i Rt. 1994 s. 1002

I dommen inntatt i Rt. 2011 s. 705, ble høyesterettsdommen fra 1994 lagt til grunn. Dommen utgjør et godt eksempel på hvilken betydning rettsregelen fra 1994 kan få. Den tiltalte i saken var hovedaksjonær, daglig leder og styremedlem i et aksjeselskap. Byretten hadde, i samsvar med tiltaltes anførsel, frikjent tiltalte på grunnlag av at det ikke forelå en uberettiget vinning når disposisjonene hadde skjedd i forståelse med de øvrige eierne.⁸⁹ Spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsretten hadde begått saksbehandlingsfeil når den dømte tiltalte, da anken ikke gjaldt bevisbedømmelsen. En enstemmig Høyesterett opphevet lagmannsrettsdommen, men flertallet (4-1) kom i et *obiter dictum* med en uttalelse i tilknytning til adgangen til å dømme eneeiere og hovedaksjonærer for utroskap mot eget selskap. Førstvoterende viste til at en hovedaksjonær ofte vil anføre at han har en uformell godkjenning fra selskapet, som da vil innebære at gjerningspersonen ikke handlet med uberettiget vinnings hensikt, ved at han mente at samtykket gjorde handlingen berettiget. Førstvoterende viste til at opprettholdelse av utgangspunktet om at tro på at vinningen var berettiget hindret domfellelse, ville medføre at rettsregelen i Rt. 1994 s. 1002 ville bli uten virkning. For å forhindre en slik forbigåelse, uttalte førstvoterende at det måtte gjøres unntak fra lovens ordlyd i de tilfellene hvor gjerningspersonen var en eneaksjonær, eller aksjonær som handlet i forståelse med øvrige aksjonærer.⁹⁰

Enkelte forfattere har kritisert Høyesterett for å ha gjort en anstrengt tolkning av utroskapsbestemmelsen.⁹¹ Deriblant har det vært rettet kraftig kritikk mot

⁸⁹ Se Rt. 2011 s. 705 A avs. 31

⁹⁰ Se Rt. 2011 s. 705 A avs. 35

⁹¹ Se eksempelvis Andenæs og Andorsen (2008) s. 414-415 og Mads Henry Andenæs, *Selskapsrett*, Oslo 2007 s. 55-56

høyesterettsdommen inntatt i Rt. 2011 s. 705.⁹² Kritikken av den nevnte dommen knytter seg til at Høyesterett bortfortolket et av lovens vilkår. Kravet om vinnings hensikt ble endret til alminnelig forsett i straffeloven 2005. Høyesteretts uttalelser har dermed ikke samme relevans lenger. Høyesteretts tolkning kan imidlertid illustrere at det ikke kan ha vært lovgivers intensjon at eneeiere av selskap skulle dømmes for utroskap mot eget selskap.

Identifikasjonsspørsmålet i relasjon til inndragningskravet i saken

Høyesterett begrunnet rettssetningen i Rt. 1994 s. 1002 med at løsningen ville gi best harmoni med øvrige regler om selskapet. Av denne grunn må det være relevant å se hvordan identifikasjonsspørsmålet har vært bedømt i andre sammenhenger. Det bør være særlig relevant å se på hvordan inndragnings- og erstatningskrav i utroskapsaker har vært bedømt, da de har nær sammenheng med straffesaken.

Selv om Høyesterett har uttalt at gjerningspersonen ikke kan identifiseres med hans heleide selskap når selskapet er fornærmet, har løsningen på identifikasjonsspørsmålet vært en annen i tilknytning til et heleid selskap som oppnår en vinning ved utroskapshandlingen. I dommen inntatt i Rt. 2011 s. 257 var tiltalte hovedaksjonær av to aksjeselskap. Hans ene selskap (A) hadde kjøpt en rekke aksjer fra et utenlandsk selskap, uten å kunne betale for seg. Tiltalte videresolgte disse aksjene til sitt andre selskap (B), uten at aksjenes verdi ble overført. Salget innebar utelukkende en betaling av As utgifter, slik at det i realiteten skjedde et skjult utbytte til A. På lik linje med tidligere høyesterettspraksis, ble tiltalte dømt for utroskap mot sitt selskap B. Ved inndragningssspørsmålet ble tiltalte imidlertid identifisert med sitt selskap A, slik at tiltalte måtte tåle inndragning av As vinning. Høyesterett begrunnet denne gjennomskjæringen gjennom at

«inndragningsinstituttet ville bli undergravet om inndragning kunne unngås ved å kanalisere den uberettigede vinning til et selskap som gjerningspersonen 'alene har full kontroll over', og hvor 'han alene kan bestemme når han vil avvikle selskapet og unndra midlene fra inndragningskravet'.»⁹³

⁹² Se Stordrange (2014) s. 84

⁹³ Jf. Rt. 2011 s. 257 A avs. 74

Tiltalte anførte at gjennomskjæringen i tilknytning til hans selskap A måtte innebære en tilsvarende gjennomskjæring for selskap Bs tap. Denne anførselen førte ikke frem, ettersom tiltalte ikke kunne identifiseres med det selskap han handlet mot.

Til tross for at Høyesterett har begrunnet adgangen til å dømme eneeiere for utroskap mot eget selskap med at det gir best sammenheng mellom reglene, ser man her at Høyesterett kom til motsatt resultat for inndragningsspørsmålet i straffesaken. I begge tilfellene har reelle hensyn fått avgjørende betydning ved vurderingen. De reelle hensynene slo imidlertid motsatt ut i straffespørsmålet og inndragningsspørsmålet. Det avgjørende ser ut til å være at dersom eget selskap ble lidende som følge av handlingen, må selskapet anses som et selvstendig rettssubjekt i relasjon til regelsettet, slik at eieren kan straffes. I tilfeller hvor gjerningspersonens eget selskap fikk en vinning, har løsningen imidlertid blitt en annen. I disse tilfellene blir selskapet identifisert med dets eier, med den begrunnelse at eieren oppnår en indirekte vinning.

Ettersom identitetsspørsmålet slår forskjellig ut for de ulike regelsettene i samme sakskompleks, kan det diskuteres om det faktisk gir best sammenheng mellom reglene å anse selskapet som en annen i relasjon til utroskapsbestemmelsen. Formålet med inndragningsreglene er at situasjonen mellom partene skal tilbakestilles til slik det var før den straffbare handling ble begått, slik at tiltalte ikke tjener på den straffbare handlingen.⁹⁴ I en situasjon hvor transaksjonene er foretatt mellom flere selskaper gjerningspersonen eier, uten at verdiene har vært innom den tiltaltes egen adskilte formue, vil det være vanskelig å si at han har tjent mer enn han har tapt på transaksjonene. Når den tiltalte da blir dømt til å betale den vinning han indirekte oppnådde gjennom eget selskap, uten at det samtidig gjøres tilsvarende fradrag for hans indirekte tap, kan det argumenteres for at inndragningen utgjør en tilleggsstraff. En slik løsning er vanskelig å forsvare, da Høyesterett klart har uttalt at allmennpreventive hensyn ikke har betydning, ettersom inndragning ikke er straff.⁹⁵

Det ville gitt best sammenheng i rettssystemet å komme til samme resultat for identifikasjonsspørsmålet for både det fornærmede og det begunstigede selskap. Hvis begge selskapene ble bedømt som en annen enn dets eier, kunne det imidlertid få den konsekvens at

⁹⁴ Se Rt. 2011 s. 1811 A avs. 39-40

⁹⁵ Se Rt. 2011 s. 1811 A avs. 40

eieren avvirket det begunstige selskap før inndragningen ble gjort opp.⁹⁶ Eieren ville da oppnå å få penger ut av eget selskap uten å måtte gå veien om utdelingsreglene i aksjeloven. Det ville imidlertid vært mer forutsigbart at reglene om gjennomskjæring bare hadde kommet til anvendelse i tilfeller hvor pengene har blitt flyttet inn i gjerningspersonens egen formue. Behovet for en tilsvarende gjennomskjæring gjør seg ikke gjeldende i samme grad i tilfeller hvor selskapet fortsatt eksisterer som et eget formuesobjekt. For å unngå at identifikasjonsspørsmålet faller forskjellig ut, kan det dermed stilles spørsmål ved om disse tilfellene burde subsumeres under et annet straffebud.

Forholdet til fornærmedes erstatningskrav

Rettsregelen om at gjerningspersonens heleide selskap er en annen enn han selv i relasjon til utroskapsbestemmelsen, har gitt spesielle utslag ved spørsmålet om inndragningen skal gå til å dekke fornærmedes erstatningskrav. I Rt. 2011 s. 1811 uttalte Høyesterett at konsekvensen av å anse tiltalte og hans heleide selskap som forskjellige rettssubjekter i relasjon til utroskapsbestemmelsen, måtte innebære at de også ble ansett som separate enheter ved anvendelsen av erstatningsreglene.⁹⁷ Det var uten betydning at den domfelte, som eneeier av selskapet, kunne disponere fritt over midlene, da formålet med inndragningsinstituttet var å nullstille situasjonen til slik det var før den straffbare handling ble begått.⁹⁸

I Rt. 2013 s. 983 tok Høyesterett stilling til spørsmålet om aksjonærene i det avviklede skadelidte selskapet, kunne fremme begjæring om å få dekket det tap som ble påført selskapet. Tingretten og lagmannsretten hadde avvist søksmålet, da det i realiteten ble spørsmål om den tiltalte kunne kreve erstatning for egen straffbar handling.⁹⁹ Høyesteretts flertall (4-1) kom til at ikke var riktig å se den domfelte og skadelidte som samme person, da det var aksjeselskapet «som [var] skadelidt, og det [var] selskapets rettigheter som de tidligere aksjonærene fremme[t]». ¹⁰⁰ På denne bakgrunn måtte begjæringen tillates fremmet for tingretten. Selv om Høyesteretts kjennelse omhandlet avvisningsspørsmålet, fikk Høyesteretts uttalelser avgjørende betydning for det materielle spørsmålet. Tingretten kom til at inndragningsbeløpet med påløpte renter skulle utbetales til aksjonærene av det skadelidte

⁹⁶ Se Rt. 2011 s. 257 A avs. 74

⁹⁷ Se Rt. 2011 s. 1811 A avs. 35

⁹⁸ Se Rt. 2011 s. 1811 A avs. 39-40

⁹⁹ Se Rt. 2013 s. 983 A avs. 8-10

¹⁰⁰ Jf. Rt. 2013 s. 983 A avs. 53

selskap.¹⁰¹ Dommen medførte med andre ord at inndragningsbeløpet ble tilbakeført til gjerningspersonen, med samme prosentandel som han eide av aksjer i selskapet.

Oppsummert

De ovennevnte dommene viser hvilke utslag rettsregelen fra Rt. 1994 s. 1002 kan få.

Rettsregelen om at selskapet er en annen enn dets eier, baserer seg på en formell tilnærming til spørsmålet, fremfor en materielt orientert tilnærming, basert på om gjerningspersonen reelt krenker en annens formue enn sin egen.¹⁰² Selv om et heleid selskap utgjør et eget rettssubjekt, er det ikke til å komme bort fra at selskapet også er gjerningspersonens eiendom. Rettsgodet som utroskapsbestemmelsen skal beskytte, er som nevnt interessene til den personen man handler i tillit for. Det vil imidlertid være anstrengt å si at det er behov for å beskytte interesser man selv eier og styrer, ettersom det vil være kunstig å si at det foreligger et tillitsforhold mellom seg selv og sitt selskap.

Selv om rettsregelen fastsatt i Rt. 1994 s. 1002 gir noen uheldige utslag, er det likevel behov for å ha en hovedregel å forholde seg til. Ettersom aksjeselskapene generelt blir bedømt som et eget rettssubjekt adskilt fra eierne, vil en tilsvarende løsning ved anvendelse av straffebud som verner tredjemenns økonomiske interesser, kunne gi økt forutberegnelighet for borgerne. Når aksjonærene i noen tilfeller likevel blir identifisert med selskapet, kan det imidlertid diskuteres om forutberegnelighetshensyn gjør seg gjeldende. Når reelle hensyn blir avgjørende for identifikasjonsspørsmålet, kan det bli vanskelig å bedømme i hvilke tilfeller en vil bli identifisert med selskapet.

En identifikasjon til fordel for aksjonæren, kan også medføre uheldige konsekvenser. Stordrange mener man fort kan ende opp med at personer benytter selskapsformen til å «shoppe» fordeler og vrake ulemper. Eksempelvis kan selskapsformen da benyttes til å oppnå fordelene med begrenset risiko, skattefordeler mv., uten at det oppstår ulemper i form av straff.¹⁰³ Det er imidlertid ikke spørsmål om eneaksjonærer skal identifiseres med eget selskap i alle tilfeller. Det er utelukkende spørsmål om selskapet må anses som en annen i tilknytning til utroskapsbestemmelsen. Dersom selskapet identifiseres med dets eier i relasjon til utroskapsbestemmelsen, ville det ikke innebære at straff er utelukket etter andre straffebud.

¹⁰¹ Se avsagt dom i Moss tingrett 04.02.2014, saksnr. 12-048785ENE-MOSS

¹⁰² Se Andenæs (2007) s. 56 og Anders Brosveet, merknad til Rt. 2011 s. 705, skrevet 23. mai 2011

¹⁰³ Se Stordrange (2014) s. 72.

Det avgjørende ved løsningen av spørsmålet om selskapet skal anses som en annen enn dets eier i relasjon til utroskapsbestemmelsen, må være at Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet. Når Høyesterett har avgitt en klar uttalelse, og lagt denne til grunn i senere avgjørelser, må rettsstilstanden anses avklart. Et aksjeselskap må anses som «en annen» enn dets eier, selv om selskapet er heleid av gjerningspersonen.

6 Den straffbare handlingen

6.1 Innledende om den straffbare handlingen

Gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 390 omfatter «handl[ing] mot en annens interesser». Ordlyden «handler mot» taler for at det må noe mer til enn at gjerningspersonen ikke fullt ut ivaretar fornærmedes interesser. Det må være en form for motarbeidelse. Etter forarbeidene omfatter uttrykket både det tidligere alternativet «forsømmer» og «handler mot», og vil dermed omfatte både handlinger og unnlater. ¹⁰⁴

Ordlyden «interesser» åpner for at alle mothandlinger som direkte påvirker fornærmede kan være straffbare. Den omstendighet at straffeloven § 390 omhandler «økonomisk utroskap» kan gi inntrykk av at det bare er handlinger som økonomisk påvirker fornærmede, som er straffbare. Det følger derimot av forarbeidene at uttrykket omfatter de tidligere uttrykkene «anliggender» og «tarv», og dreier seg om «både økonomiske og andre interesser». ¹⁰⁵

Eksempelvis kan det innebære utroskap å anvende innsamlede midler til et annet formål enn oppgitt, til tross for at anvendelsen er innenfor innsamlingsfondets statutter. ¹⁰⁶

Bestemmelsen er ifølge forarbeidene ikke ment å ramme «bagatellmessige» forgåelser. ¹⁰⁷

Departementet mente imidlertid at straffeansvaret ikke skulle være begrenset til betydelige eller vesentlige krenkelser, da det ville innebære en skjerpelse i forhold til gjeldende rett. ¹⁰⁸

Det kan stilles spørsmål ved om departementet hadde en korrekt oppfatning av gjeldende rett. I Rt. 1994 s. 1555 la Høyesterett til grunn at gjerningspersonen kunne anses å ha handlet mot fornærmedes tarv, «dersom overskridelsene [av interne instruksjoner] er vesentlige». ¹⁰⁹ Hvorvidt

¹⁰⁴ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 471

¹⁰⁵ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 471

¹⁰⁶ Se Rt. 1984 s. 1275 A s. 1278

¹⁰⁷ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 344

¹⁰⁸ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 345

¹⁰⁹ Jf. Rt. 1994 s. 1555 A på s. 1561

handlingen skulle anses som en tilsidesettelse av virksomhetens tarv, måtte «vurderes ut fra de krav som må stilles til forsvarlig [...] virksomhet i den aktuelle situasjonen».¹¹⁰

Faktum i saken inntatt i Rt. 1994 s. 1555, var at en banksjef hadde bevilget kreditter som innebar «meget vesentlige overskridelser» av hans bevillingsrammer.¹¹¹ Selv om handlingene innebar et vesentlig brudd på interne instruksjoner, kunne handlingen likevel være forsvarlig ut fra en tankegang om at banken ville oppnå bedre resultater dersom kunden opprettholdt driften. Det som ble avgjørende for frifinnelse i saken var at bankens ansvarlige organer var orientert om kundeforholdet, slik at tiltalte ikke handlet med tilstrekkelig grad av skyld.¹¹²

Saken viser at et vesentlig moment for vurderingen av om gjerningspersonen må anses å ha handlet mot fornærmedes interesser, er om handlingene tilfredsstilte de krav som må stilles til forsvarlig virksomhet på det aktuelle virksomhetsområdet. Selv om bruddene er vesentlige kan frifinnelse likevel finne sted dersom det foreligger spesielle omstendigheter, eksempelvis at virksomhetens bestemmende organer har kunnskap om regelbruddene.¹¹³

I saken for Høyesterett var det andre enn gjerningspersonen som utgjorde virksomhetens ansvarlige organer. Høyesteretts vurderinger vil dermed vanskelig ha overføringsverdi til saker hvor gjerningspersonen også er den som utgjør virksomhetens ansvarlige organer, deriblant selskapets styre og daglige leder. En del av bakgrunnen for rettsregelen i Rt. 1994 s. 1555 må trolig være at gjerningspersonen vil være i god tro når overordnede har kunnskap om regelbruddene. Det kan imidlertid vanskelig argumenteres for at en gjerningsperson vil være i god tro om at regelbruddene ikke var straffbare, ut fra den argumentasjon at han selv vet at handlingene ble foretatt. Hvor gjerningspersonen er eieren av virksomheten kan det imidlertid tenkes at ikke alle regelbrudd vil være rettsstridig handling mot selskapets interesser.

I tillegg til at gjerningspersonens handling må stride mot fornærmedes interesser, må handlingen innebære en «uberrettiget» «vinning» for seg selv eller andre, eller en uberrettiget «skade». Som Høyesterett har uttalt, har vilkåret om uberrettiget vinning sammenheng med om handlingen var i strid med fornærmedes tarv.¹¹⁴ Gjerningspersonens formål med å handle

¹¹⁰ Jf. Rt. 1994 s. 1555 A på s. 1561

¹¹¹ Jf. Rt. 1994 s. 1555 A på s. 1561

¹¹² Se Rt. 1994 s. 1555 A på s. 1562

¹¹³ Se Rt. 1994 s. 1555 A på s. 1561-1562

¹¹⁴ Jf. Rt. 1994 s. 1555 A på s. 1560. Se også Magnus Matningsdal, *Straffeloven: De straffbare handlingene: Kommentartutgave*, Oslo 2017 s. 1058

mot fornærmedes interesser, må altså være å oppnå en uberettiget vinning eller å skade fornærmede. Se kapittel 6.3 for nærmere redegjørelse av kravet om «uberettiget» vinning.

Ordlyden «vinning» taler for at gjerningspersonen, eller andre, må få en fordel av handlingen mot fornærmedes interesser. Som nevnt ovenfor trenger ikke vinningen å være av økonomisk art. En innvilgelse av kreditt vil være en vinning for låntakeren, selv om kreditten innebærer en likelydende gjeldsforpliktelse.¹¹⁵ Som et praktisk eksempel på at gjerningspersonen kan oppnå en vinning, uten at det gir et tilsvarende tap for fornærmede, kan det vises til Rt. 1946 s. 183. En funksjonær ved vinmonopolets kontrollavdeling hadde tilegnet seg brukte brennevinsmerker, for senere innkjøp og videresalg av brennevin. Ettersom tiltaltes handlinger innebar økt omsetning av brennevin hos vinmonopolet, hadde vinmonopolet i praksis fått en økonomisk fordel av den ulovlige handlingen. At vinmonopolet ikke led økonomisk tap av tiltaltes ulovlige handlinger, var imidlertid ikke til hinder for domfellelse for utroskap mot vinmonopolet.¹¹⁶ Selv om gjerningspersonens vinning ikke innebærer et tilsvarende økonomisk tap for fornærmede, kan handlingen likevel stride mot fornærmedes interesser. Eksempelvis kan gjerningspersonens vinning påføre fornærmede en risiko for tap av omdømme og tillit.¹¹⁷ For øvrig vil den omstendighet at en gjerningsperson oppnår en vinning bak fornærmedes rygg, kunne innebære et slikt tillitsbrudd at handlingen av den grunn vil stride mot fornærmedes interesser.¹¹⁸

Ordlyden «skade» tilsier at det kreves at fornærmede lider et tap. Heller ikke for skadevilkåret kreves det et økonomisk tap. En skade av fornærmedes gode navn og rykte er tilstrekkelig.¹¹⁹ Ettersom vilkåret er å oppnå en uberettiget vinning «eller» skade, vil gjerningspersonen kunne dømmes selv om han ikke oppnår en fordel. Det kan ikke oppstilles et krav om at skaden mot fornærmede realiseres, det er tilstrekkelig med en risiko for skade.¹²⁰

¹¹⁵ Se Rt. 1994 s. 1555 A

¹¹⁶ Se Rt. 1946 s. 183 A på s. 185

¹¹⁷ Se Rt. 2009 s. 524 A avs. 13

¹¹⁸ Se Rt. 1994 s. 1097 A på s. 1099

¹¹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 472

¹²⁰ Se Høyesteretts formulering i Rt. 1994 s. 1097 A på s. 1099. Se også Andenæs og Andorsen (2008) s. 416

6.2 Handling mot eget selskaps interesser

Gjerningspersonen i utroskapsbestemmelsen kan bare straffes for utroskap mot prinsipalen, dersom han handler mot prinsipalens interesser. For å avgjøre om en person kan straffes for utroskap mot et aksjeselskap, er det derfor sentralt å klargjøre hva som er selskapets interesse.

Som vist til ovenfor, har Høyesterett begrunnet adgangen til å domfelle eiere for utroskap mot eget aksjeselskap, med at tolkningen vil være best i samsvar med selskapsretten. Likevel ser ikke Høyesterett ut til å vurdere de selskapsrettslige regler som begrunner motsatt tolkning. Når Høyesterett mener at selskapsrettslige regler må utgjøre et tolkningsmoment for hvorvidt selskapet må anses som «en annen» enn eieren, bør selskapsrettslige regler også være tolkningsmoment for hvorvidt eieren har «handle[t] mot» selskapets interesse.

Selskapsinteressen er en samlebetegnelse for de interessene som gjør seg gjeldende for selskapet.¹²¹ Begrepet er dermed ikke klart definert. Andenæs beskriver selskapsinteressen «primært [som] aksjeeiernes interesse i å få avkastning på den investerte kapital (aksjeeiernes vinningsformål)».¹²² Selskapets ledelse har dermed som utgangspunkt en plikt til å fremme interessene i aksjonærfellesskapet.¹²³

Aksjonærfellesskapets interesse må imidlertid også avveies mot andre hensyn. Foruten å ivareta aksjonærinteressen, skal selskapets ledelse også ivareta de ansatte, medkontrahtenter, kreditorer og andre forpliktelser selskapet har overfor omgivelsene og samfunnet.¹²⁴ Som redegjort for ovenfor, er handlinger som påfører kreditorene tap ment å subsumeres under straffebudene om kreditorvern. Den omstendighet at det er i selskapets interesse å ivareta sine egne kreditorer, åpner imidlertid for at manglende overholdelse av kreditorinteressen kan være en handling mot selskapsinteressen. Dersom handlingen hovedsakelig går ut over selskapets kreditorer, blir nok en slik tolkning trolig å gå for langt. Jakobsen har uttalt at

«så fremt ingenting annet er bestemt i selskapets vedtekter, forutsetter [aksjeloven] § 2-2 (2) at det er aksjonærenes interesse i avkastning som er

¹²¹ Se Lisa Charlotte Jakobsen, «Vinningsformålet i norsk aksjeselskapsrett», *Nordisk tidsskrift for Selskapsret*, 2018 nr. 2 (s. 19)

¹²² Jf. Mads Henry Andenæs mfl., *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 344

¹²³ Jf. Andenæs mfl. (2016) s. 345

¹²⁴ Jf. HR-2018-570-A avs. 41

avgjørende. De andre interessene som inngår i selskapsinteressen, ivaretas ved at selskapet driver sin virksomhet i tråd med norsk lovgivning.»¹²⁵

Når det avgjørende ved vurderingen av om en handling er i tråd med selskapets interesse, er om handlingen er i aksjonærenes interesse, må en eeneier som utgangspunkt ha vid adgang til å foreta de disposisjoner han ønsker. Dersom handlingen imidlertid strider mot norsk lovgivning, kan handlingen anses å være i strid med selskapsinteressen. Ettersom aksjonærfellesskapet har adgang til å fravike deklarasjonslovgivning, som jeg kommer tilbake til nedenfor i kapittel 6.3.2, bør det bare være brudd på preseptorisk lovgivning som kan utgjøre en handling mot selskapsinteressen. Et spørsmål som reiser seg er om handlinger som ikke er utført i henhold til de aktuelle saksbehandlingsregler, kan være rettsstridige selv om det er materiell adgang til å foreta dem. Denne problemstillingen drøftes i neste kapittel.

6.3 Rettsstridsbegrensningen

6.3.1 Innledende om rettsstridsbegrensningen i utroskapsbestemmelsen

Utroskapsbestemmelsens ordlyd viser til at gjerningspersonen må ha handlet med forsett om «uberettiget» vinning. Enkelte juridiske forfattere ser tilsynelatende utelukkende på kravet om «uberettiget vinning» som et forlenget forsettskrav.¹²⁶ Det fremgår imidlertid klart av rettspraksis at begrepet «uberettiget» i utroskapsbestemmelsen representerer et eget objektivt straffbarhetsvilkår.¹²⁷ Som nevnt ovenfor i kapittel 6.1 glir vurderingene av handlinger mot en annens interesser, og hvorvidt handlingen er uberettiget, over i hverandre. Det er imidlertid like fullt tale om to selvstendige vilkår.

En naturlig forståelse av «uberettiget» tilsier at den tilgodesette ikke må ha rett på vinningen. Denne tolkningen er i samsvar med forarbeidene, hvor det fremgår at vinningen ikke var uberettiget dersom gjerningspersonen hadde krav på den.¹²⁸ Lovgiver har benyttet ordlyden «uberettiget» i enkelte straffebud for å gi anvisning på hvilke krav som må stilles til handlingens rettsstridighet.¹²⁹ Det vil ikke være tilstrekkelig at bestemmelsens øvrige vilkår er oppfylt. Gjerningspersonens handling må også være rettsstridig. Etter forarbeidene henviser begrepet «uberettiget» til andre regler, som lov, forskrift og «rettsforhold som følger

¹²⁵ Se Jakobsen (2018) s. 21

¹²⁶ Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 146 og Stordrange (2014) s. 112-114

¹²⁷ Se eksempelvis Rt. 1995 s. 1536 A s. 1538

¹²⁸ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 472. Se også Rt. 2002 s. 833 A s. 835

¹²⁹ Se Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 22

av avtale eller instruks». ¹³⁰ Tiltaltes handling vil dermed være rettsstridig dersom handlingen er i strid med noen av disse reglene. ¹³¹

Begrepet «uberettiget» viser som nevnt til handlingens lovlighet. I disse tilfellene vil straffebudet normalt suppleres med den ulovfestede rettsstridsreservasjonen. ¹³²

Bestemmelsens forarbeider viser likevel til at det er nødvendig å tolke vilkåret i lys av en regel om innskrenkende tolkning. ¹³³ Det er bare «de alvorligere krenkelsene av prinsipalens interesser som skal rammes» av bestemmelsen. ¹³⁴ Etter rettspraksis vil det «[i] tvilstilfeller [...] ligge nærmere å tolke et straffebud innskrenkende hvis reservasjonen er med, enn hvis den ikke er det.» ¹³⁵ I andre tilfeller, hvor hverken straffebudets ordlyd eller bestemmelsens forarbeider viser til rettsstridsreservasjonen, må det foreligge «sterke reale hensyn». ¹³⁶ Den omstendighet at lovgiver eksplisitt gir anvisning på at straffebudet må forstås i lys av rettsstridsbegrensningen, må innebære at det er nærliggende at utroskapsbestemmelsen kan omfatte handlinger lovgiver ikke har ment å kriminalisere.

Ved vurderingen av handlingens rettsstridighet skal det gjøres en helhetsvurdering, hvor flere relevante momenter er av betydning. Høyesterett har uttalt at

«bestemmelsens ordlyd, formålet med reglene [...] eksempler på straffbar atferd som er gitt i forarbeidene [...] graden av brudd på etiske normer eller vanlig praksis [...] om handlingen bryter andre normer [...] og] gjerningspersonens hensikt og opptreden for øvrig kan ha betydning». ¹³⁷

Jeg vil komme nærmere inn på de relevante momentene i de følgende underkapitlene.

6.3.2 Betydningen av brudd på sivilrettslige regler

Ved vurderingen av handlingens rettsstridighet i relasjon til utroskapsbestemmelsen, har Høyesteretts drøftelser hovedsakelig knyttet seg til vurderinger av om handlingen

¹³⁰ Jf. Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 22

¹³¹ Jf. Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 22

¹³² Se Eskeland og Høgberg (2017) s. 153

¹³³ Jf. NOU 2002: 4 s. 315

¹³⁴ Jf. NOU 2002: 4 s. 315

¹³⁵ Jf. Rt. 2008 s. 1491 A avs. 14

¹³⁶ Jf. Rt. 1972 s. 243 A s. 244-245

¹³⁷ Jf. HR-2019-1218-A avs. 38

representerer et brudd på sivilrettslige regler.¹³⁸ Hvorvidt det foreligger brudd på annen lovgivning er dermed et sentralt moment ved rettsstridsvurderingen.

En eeneier av et aksjeselskap har en vid adgang til å foreta beslutninger om omtrent hva som helst. Han kan bestemme hvor stort utbytte han skal ta ut, innenfor rammene av aksjelovens utbyttebestemmelser, han kan nedsette og tilbakebetale aksjekapital, og han kan oppløse selskapet og tildele seg selv selskapets overskudd.¹³⁹ De eneste begrensningene ligger i preseptorisk lovgivning, vedtektene og myndighetsmisbrukslæren.¹⁴⁰ Det er imidlertid vanskelig å tenke seg at han kan utøve myndighetsmisbruk, når det ikke finnes andre eiere som handlingen kan gå ut over. Det oppstår dermed spørsmål om eeneiers handlinger skal anses å være rettsstridig handlemåte mot selskapets interesse.

Høyesterett har beskrevet objektiv rettmessighet som at «siktete ikke skal kunne bebreides – iallfall ikke vesentlig» for at han foretok handlingen.¹⁴¹ Det er imidlertid ikke en forutsetning at den aktuelle handlingen er uten klanderverdige trekk, for at straffebudet skal tolkes innskrenkende.¹⁴² I Rt 1995 s. 1536 behandlet Høyesterett spørsmålet om hvorvidt rettsstrid forutsetter brudd på sivilrettslige regler. Dommen omhandler en tiltalt som var styremedlem og daglig leder i et fornærmet selskap. Selskapet skulle inngå en kjøpekontrakt, hvor en del av tiltaltes lederoppgaver besto i å inngå kontrakt om kreditt. I forbindelse med kontraktinngåelsen formidlet tiltalte kontakt med en kredittgiver. For denne formidlingen krevde tiltalte vederlag, som skulle betales til hans heleide aksjeselskap. Handlingen ble ansett å stride mot selskapets interesser, da handlemåten påførte risiko for tap av tillit i markedet. Ett av spørsmålene for Høyesterett var hvorvidt handlingen var rettsstridig. Høyesterett uttalte at uttrykket «uberettiget»

«må tolkes slik at det omfatter vinning ved handlinger som ut fra en friere vurdering må anses som illojale mot arbeids- eller oppdragsgiverens interesse og derfor representerer et misbruk av den stillingen som arbeids- eller oppdragstakeren har.»¹⁴³

¹³⁸ Se eksempelvis Rt. 1986 s. 1076 A, Rt. 1999 s. 36 A, Rt. 2011 s. 257 A, Rt. 2011 s. 855 A

¹³⁹ Se Stordrange (2014) s. 70

¹⁴⁰ Se Andenæs mfl. (2016) s. 313 jf. s. 51-54 og s. 308

¹⁴¹ Jf. Rt. 1999 s. 272 U s. 275

¹⁴² Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 195

¹⁴³ Jf. Rt. 1995 s. 1536 A på s. 1538

Høyesterett mente at utroskapsbestemmelsen hjemler en lojalitetsplikt, som innebærer en plikt til å vise lojalitet og å ivareta arbeidsgiverens tarv. Det innebar et brudd på denne lojalitetsplikten å ta betalt for tjenester han utførte som en del av hans arbeidsoppgaver.¹⁴⁴

Høyesteretts uttalelse må innebære at en gjerningsperson kan anses å ha uberettiget handlet mot fornærmedes interesse, selv om handlingen ikke innebærer et brudd på noe regelverk. Uttalelsen kan gi inntrykk av å vise til en bredere skjønsmessig vurdering av kontraktsrettens lojalitetsbetraktninger. En slik tolkning ville gitt en harmonisering mellom rettsområdene. Det kan likevel ikke ha vært Høyesteretts mening med uttalelsen. Hvis alle handlinger som anses illojale etter kontraktsrettslige regler skulle anses å være straffverdige, ville det redusert behovet for de sivilrettslige regler som setter konsekvenser for illojale handlinger. En slik tolkning ville vært i dårlig samsvar med subsidiaritetsprinsippet, hvor det følger at straff bare skal anvendes hvor andre sanksjoner åpenbart ikke vil være tilstrekkelige.¹⁴⁵

Høyesterett behandlet i Rt. 2013 s. 1254 spørsmål om hvor langt lojalitetsplikten i relasjon til utroskapsbestemmelsen rekker. Faktum i saken var at to tiltalte hadde inngått en rekke kjøpsavtaler på vegne av noen aksjeselskap (felles betegnet som part A), med sikte på videresalg til andre aksjeselskap (felles betegnet som part B) i samme konsern. I den forbindelse inngikk de tiltalte avtaler om å dele fortjenesten mellom dem og selskapene A. Høyesterett uttalte at

*«det ikke er noen generell plikt for et styremedlem å la sine egne forretningsideer eller mulige kontrakter tilfalle et selskap som vedkommende sitter i styret for, men det tilføyes at konkrete forhold kan innebære at det foreligger en slik plikt».*¹⁴⁶

Høyesterett viste til at de tiltalte ikke hadde et berettiget krav på vederlag. Selskapene A var utelukkende brukt som et fordyrende mellomledd uten noen annen funksjon enn å sikre de tiltaltes skjulte profitt. De tiltaltes anførsel om at ett av prosjektene var utviklet av den ene tiltalte ble ikke tillagt betydning, da det var selskapet A som var kontraktspart. Den tiltalte hadde i den forbindelse opptrådt i egenskap av styreformann, og ikke på vegne av seg selv.¹⁴⁷ Handlemåten ble dermed ansett å innebære et rettsstridig brudd på utroskapsbestemmelsen.

¹⁴⁴ Jf. Rt. 1995 s. 1536 A på s. 1538

¹⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 92

¹⁴⁶ Jf. Rt. 2013 s. 1254 A avs. 31

¹⁴⁷ Se Rt. 2013 s. 1254 A avs. 63

Dommen viser at det ikke kan utledes noen generell plikt om at forretningsideer eller lønnsomme avtaler skal tilfalle et selskap man styrer eller har tilsyn med. Dersom det imidlertid er planlagt at tjenesten eller avtalen skal videreselges til selskapet, vil det være et moment ved rettsstridsvurderingen om opptreden som mellomledd hadde en reell funksjon.

I dommen inntatt i Rt. 1999 s. 36 behandlet Høyesterett spørsmål om betydningen av brudd på annen lovgivning. En person som var administrerende direktør og styremedlem i et forsikringsselskap, hadde foretatt en rekke disposisjoner som stred mot selskapets interesse. Ved vurderingen av handlingens rettmessighet uttalte Høyesterett at overtredelse av annen lovgivning «verken er nødvendig eller tilstrekkelig for å kunne domfelle etter straffeloven § 275».¹⁴⁸ Ved vurderingen av om handlingen stred mot forsikringsselskapets interesser, kunne det imidlertid «ha en viss betydning om det foreligger brudd på bestemmelser i forsikringsvirksomhetsloven eller finansieringsvirksomhetsloven».¹⁴⁹ Betydningen av brudd på slike bestemmelser kunne imidlertid ikke være utslagsgivende for straffespørsmålet, ettersom bestemmelsene er av offentligrettslig karakter.¹⁵⁰

Selv om utroskapsbestemmelsen ikke krever at handlingen innebærer et brudd på annen lovgivning, vil det være et moment som drar i retning av å anse handlingen som uberettiget. At det foreligger et brudd på annen lovgivning medfører imidlertid ikke at handlingen automatisk er uberettiget. Som vist til ovenfor i kapittel 6.1 kan det tenkes at handlingen likevel er forsvarlig, eller at det foreligger andre spesielle omstendigheter.¹⁵¹

I dommen inntatt i Rt. 2003 s. 1112 var to personer tiltalt for underslag mot eget selskap, som følge av at de hadde overført midler fra selskapet til seg selv. Spørsmålet for Høyesterett var om overføringen innebar en uberettiget vinning. Ved vurderingen av om overføringen var rettsstridig, uttalte Høyesterett:

«Avgjørende for om en aksjonær kan dømmes for underslag fra selskapet, er om han materielt har krav på beløpet eller ikke. Dersom det av kompetent selskapsorgan er truffet vedtak om utbetaling kan aksjonæren ikke dømmes for underslag selv om selskapets vedtak ikke er truffet i riktig form. Hvis det er tvil

¹⁴⁸ Jf. Rt. 1999 s. 36 A på s. 42

¹⁴⁹ Jf. Rt. 1999 s. 36 A på s. 42

¹⁵⁰ Se Rt. 1999 s. 36 A på s. 42

¹⁵¹ Se Rt. 1994 s. 1555 A

om hvorvidt det faktisk foreligger noe selskapsvedtak, vil det imidlertid være et viktig moment ved bevisvurderingen om det foreligger noe skriftlig om dette.»¹⁵²

Høyesterett kom derfor til at deler av beløpet, som kunne anses som vederlag for en leiekontrakt, innebar en rettmessig vinning. Det fantes ingen skriftlig selskapsbeslutning for denne betalingen. Det avgjørende var at det forelå et «rettsgrunnlag for utbetalingen».¹⁵³ Forsvareren anførte at også det øvrige beløpet innebar en rettmessig vinning dersom de tiltalte kunne tatt beløpet ut som utbytte eller lønn. Høyesterett fant imidlertid at det ikke forelå noe rettsgrunnlag for beløpet. Selv om det ikke kunne kreves at alle formregler for utbetaling av utbytte måtte være fulgt, var det ikke bevist at det var truffet noen beslutning om utbetaling av utbytte. Høyesterett kom til samme løsning i relasjon til anførselen om utbetaling av lønn.¹⁵⁴

Ettersom det i saksforholdet ikke fantes noen skriftlig beslutning for noen del av utbetalingen, kan det stilles spørsmål om bakgrunnen for at bare deler av utbetalingen var rettmessig. Når det materielt var adgang til å ta ut hele beløpet, er det vanskelig å forstå hvordan retten kom til at det bare forelå rettsgrunnlag for betaling av leieavtalen. Det avgjørende ser ut til å være at betalingen var en forpliktelse som påhvilde selskapet, slik at overføringen var i selskapets interesse. Aksjonæren innehadde da rollen som kreditor, og hadde krav på beløpet. Utbetaling av utbytte er imidlertid bare en rettighet som oppstår etter beslutning, dersom selskapet har tilgjengelige midler.¹⁵⁵

Dommen kan tas til inntekt for at en overføring av midler fra eget selskapet til seg selv kan være rettmessig, selv om ikke alle saksbehandlingsregler i aksjeloven er fulgt. Det vil etter Høyesterettspraksis imidlertid ikke være tilstrekkelig å bevise i ettertid at det var adgang til å ta ut midlene som utbytte. Det må finnes bevist at det reelt var foretatt en beslutning om utbetaling av utbytte før utbetalingen ble foretatt. Hvorvidt retten finner at det var foretatt en selskapsbeslutning er imidlertid et spørsmål under bevisvurderingen. For at overføringen skal anses å være rettmessig er det avgjørende om det finnes et rettsgrunnlag som tilsier at den tiltalte materielt hadde krav på beløpet.

¹⁵² Jf. Rt. 2003 s. 1112 A avs. 37

¹⁵³ Jf. Rt. 2003 s. 1112 A avs. 38

¹⁵⁴ Se Rt. 2003 s. 1112 A avs. 35-41

¹⁵⁵ Se aksjeloven §§ 8-1 og 8-2

Rettsregelen som fremkommer av dommen, om at handlingen kan være rettmessig dersom det foreligger et rettsgrunnlag som gir et materielt krav, er fulgt opp i senere rettspraksis. I dommen inntatt i Rt. 2011 s. 257 forelå det en skriftlig beslutning for transaksjonen.¹⁵⁶ Det var imidlertid sedvanlig i firmaet at avtaler av den aktuelle størrelsesordenen ble styrebehandlet. Når avtalene var inngått uten forutgående styrebehandling, ble det ikke ansett å foreligge et rettsgrunnlag som kunne legitimere handlingen.¹⁵⁷

Kjennelsen innatt i Rt. 2011 s. 360 viser at det ikke er tilstrekkelig at det eksisterer et formelt rettsgrunnlag. Det er heller ikke tilstrekkelig at det aktuelle rettsgrunnlaget har bakgrunn i en beslutning av riktig selskapsorgan. Beslutningen må også være reell. Høyesterett viste til at «styrevedtaket var konstruert [og] ikke korresponderte med noe reelt tilgodehavende».¹⁵⁸ Regelen om at handlemåten kan være rettmessig når den har hjemmel i et rettsgrunnlag, kunne «åpenbart» ikke få betydning i et slikt tilfelle.¹⁵⁹ De nevnte avgjørelsene viser at det må gjøres en selvstendig vurdering både av hvorvidt handlingen var materielt tillatt, og om det forelå et gyldig rettsgrunnlag.

Som det følger av analysen ovenfor, kan det ikke gis noe klart svar på hvilken betydning brudd på sivilrettslige regler har for rettsstridsvurderingen. Etter høyesterettspraksis kan en handling være rettsstridig ut fra en friere vurdering av handlingens lojalitet i relasjon til arbeids- eller oppdragsgiver, uten at handlingen samtidig innebærer et brudd på annen lovgivning. Høyesterett har i denne sammenheng ikke gitt noen klare retningslinjer for hvor terskelen for illojalitet skal ligge i forhold til de sivilrettslige regler om lojalitet i kontraktsforhold. På samme tid som brudd på annen sivilrettslig lovgivning ikke er nødvendig, vil det heller ikke være tilstrekkelig å konstatere lovbrudd for at handlingen skal anses rettsstridig i relasjon til utroskapsbestemmelsen. Som vist til ovenfor vil et slikt brudd imidlertid være av betydning ved vurderingen av handlingens rettmessighet.

¹⁵⁶ Se nærmere om dommen i kapittel 5.2.2

¹⁵⁷ Se Rt. 2011 s. 257 A avs. 47

¹⁵⁸ Jf. Rt. 2011 s. 360 U avs. 10

¹⁵⁹ Jf. Rt. 2011 s. 360 U avs. 11

6.3.3 Konkret rimelighet

Som nevnt ovenfor i kapittel 6.3.1, må utroskapsbestemmelsen suppleres med den alminnelige rettsstridsreservasjonen. Andre momenter, enn tilstedeværelsen av brudd på sivilrettslige regler, vil dermed være av betydning.

Høyesterett har uttalt at det ved rettsstridsvurderingen må gjøres en «avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne mot andre hensyn som det er grunn til å beskytte».¹⁶⁰ Det må i hvert enkelt tilfelle gjøres en vurdering av hvorvidt andre hensyn må tillegges en slik vekt at en handling, som innebærer en overtredelse av straffebudets gjerningsbeskrivelse, likevel ikke skal anses å være rettsstridig.¹⁶¹ En vesentlig side ved rettsstridsvurderingen er dermed om det fremstår som rimelig i det konkrete tilfellet å idømme straff.¹⁶²

Ved den konkrete helhetsvurderingen kan både objektive og subjektive elementer ha betydning for vurderingen av handlingens rettsstridighet.¹⁶³ Gjerningspersonens kompetanse, og situasjonen handlingen ble foretatt i, er relevante objektive momenter ved vurderingen.¹⁶⁴ Dersom handlingen fremstår som normal ut fra vedkommende livsområde, kan handlingen bli å bedømme som rettmessig.¹⁶⁵ Det var tilfellet i dommen inntatt i Rt. 2012 s. 686. De tiltalte i saken hadde utnyttet en svakhet ved aksjeroboten på børsen, slik at de oppnådde gevinst på daglige kurssvingninger i aksjemarkedet. Høyesterett kom enstemmig til at handlingene oppfylte gjerningsbeskrivelsen for markedsmanipulasjon. Høyesteretts flertall (3-2) kom imidlertid til at handlingene ikke var rettsstridige da handlemåten var «allment akseptert i markedet».¹⁶⁶ For øvrig ble det lagt vekt på at handlingene var foretatt i full åpenhet, og at de tiltalte var små aktører, slik at handlingen hadde lite skadepotensiale.¹⁶⁷

Brosveet hevder at «[d]e aller fleste næringsdrivende reagerer med vantro på at man kan bli dømt for «utroskap mot seg selv», som følge av formelle feil ved disposisjoner i ens heleide aksjeselskap».¹⁶⁸ Det kan på bakgrunn av denne uttalelsen fremstå som fremmed i selskapsmiljøet at man skal straffes for økonomisk utroskap, dersom handlemåten materielt er

¹⁶⁰ Jf. HR-2019-1218-A avs. 28

¹⁶¹ Se Rt. 1979 s. 1492 A på s. 1500

¹⁶² Se Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff: Innføring i strafferett*, bind 1, Oslo 2001 s. 51

¹⁶³ Se Henriette N. Tøssebro, *Rettsstrid*, Bergen 2016 s.75

¹⁶⁴ Se Tøssebro (2016) s.76

¹⁶⁵ Se Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 195

¹⁶⁶ Jf. Rt. 2012 s. 686 A avs. 72

¹⁶⁷ Se Rt. 2012 s. 686 A avs. 73-74

¹⁶⁸ Se Anders Brosveet, merknad til Rt. 2011 s. 705, skrevet 23. mai 2011.

tillatt etter aksjelovgivningen. Det vil imidlertid være å dra det for langt å si at det er allment akseptert i miljøet at aksjonærer ikke må overholde saksbehandlingsreglene i loven. Som vist til i kapittel 6.1, kan det imidlertid tenkes at en tiltalt blir dømt for økonomisk utroskap ut fra en vurdering av handlingens forsvarlighet. Når domfellelse kan skje som følge av en vurdering av handlingens forsvarlighet, og lojalitetsvurderinger i relasjon til prinsipalen man handler for, vil det være mer tvilsomt om handlingen fraviker allment akseptert handlemåte i miljøet. Med det store antallet aksjeselskap i landet, vil det imidlertid være vanskelig å fastslå hva som er allment akseptert handlemåte. En vurdering av handlingens rettsstridighet på bakgrunn av hva som anses normalt, kan dermed bli preget av høy grad av usikkerhet.

Som nevnt kan også subjektive elementer ha betydning for handlingens rettsstridighet. Høyesterett har uttalt at man for å forstå innholdet i rettsstridsreservasjonen, må se på «bestemmelsens forhistorie og konkrete forarbeider».¹⁶⁹ Forarbeidene til straffeloven 1902¹⁷⁰ § 275 gir noen veiledning for rettsstridsbegrensningen i relasjon til utroskapsbestemmelsen. Det fremgår av forarbeidene at

«den, der i saa henseende bestyrer andres anliggender efter samme grundsætninger, hvorefter omhyggelige og hæderlige mænd bestyrer sine egne, ikke bør kunne siges at handle mod deres tarv. Den der maa antages at have handlet i den mening herved ikke at fjerne sig fra disse grundsætninger, maa da ogsaa frifindes paa grund af god tro, selv om han findes at have lagt en noget excentrisk opfatning for dagen.»¹⁷¹

Uttalelsen viser hvordan subjektive elementer kan ha betydning for handlingens rettsstridighet. Som det følger av forarbeidenes uttalelse, står den tiltaltes hensikt sentralt ved vurderingen.

Høyesterett har fulgt opp uttalelsen i forarbeidene, og vist til at gjerningspersonens formål med handlingen kan være et relevant moment.¹⁷² Dersom handlingen ivaretar et anerkjent formål, vil det være et moment for at handlingen fremstår rettmessig. I Rt. 2012 s. 686 uttalte Høyesterett at de tiltaltes «klare hensikt om å manipulere prisen, taler for at forholdet er

¹⁶⁹ HR-2019-1218-A avs. 30

¹⁷⁰ Jf. lov 22. Mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov

¹⁷¹ Jf. Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriket Norge. II. Motiver (1896) s. 243. Se også Ot.prp. nr. 24 (1898-99) s. 243 andre spalteside

¹⁷² Se Rt. 2007 s. 1203 A. Se også Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 197

rettsstridig». ¹⁷³ Prismanipulasjonen kunne heller ikke sies å ivareta et «aktverdig formål» som kunne gjøre handlingen lovlig. ¹⁷⁴ Som vist til ovenfor ble handlingene likevel ikke ansett å være rettsstridige, som følge av andre hensyn som måtte veie tyngre.

I tilfeller hvor en aksjonær taper sitt heleide selskap for midler, som han materielt ikke har adgang til å ta ut fra selskapet, vil hans klare vinningshensikt eller skadehensikt tale for at handlingen er rettsstridig i relasjon til utroskapsbestemmelsen. Situasjonen kan imidlertid være en annen dersom en aksjonær overfører midler fra selskapet som han materielt har adgang til å ta ut som utdeling eller godtgjørelse. Slike uttak vil være i samsvar med selskapsrettens vinningsformål, og kan dermed anses å ivareta et aktverdig formål. En bevisst unnlatelse av å følge aksjelovens saksbehandlingsregler vil imidlertid gi grunnlag for kritikk. Handlingen vil dermed i mindre grad kunne sies å ivareta et aktverdig formål. Selv om handlingen kan være i samsvar med selskapsrettens vinningsformål, kan slike uttak innebære en omgåelse av skatterettslige regler. Eventuelle skatterettslige konsekvenser er imidlertid ikke temaet for denne avhandlingen. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på dette. Hvorvidt skattesvik kan ha betydning ved anvendelsen av utroskapsbestemmelsen vil for øvrig være et spørsmål om konkurrens.

Vurderingen av den tiltaltes hensikt, og hvorvidt handlemåten ivaretar et aktverdig formål, må trolig ha størst betydning hvor handlingen ikke innebærer brudd på annet lovverk. Dersom tiltalebeslutningen for utroskap bygger på en friere vurdering av handlingens illojalitet, som nevnt ovenfor, bør den tiltaltes hensikt kunne tillegges stor vekt ved vurderingen av handlingens rettsstridighet.

6.3.4 Handlingen er rettet mot personen selv

I utgangspunktet har enhver person rett til å råde over seg selv og sin eiendom. Av denne grunn er det ikke straffbart å skade seg selv eller egne ting. Det vil imidlertid stille seg annerledes dersom man samtidig krenker andres interesser. ¹⁷⁵

I dommen inntatt i Rt. 1987 s. 1246 kom Høyesterett til at eiere av ansvarlige selskap ikke kan dømmes så langt deres eierinteresser går. ¹⁷⁶ Bakgrunnen for en slik konklusjon må være

¹⁷³ Jf. Rt. 2012 s. 686 A avs. 71

¹⁷⁴ Jf. Rt. 2012 s. 686 A avs. 71

¹⁷⁵ Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 199

¹⁷⁶ Se nærmere om dommen i kapittel 5.2.1

at Høyesterett mente handlingen var rettet mot personen selv. Tiltalte kunne imidlertid dømmes for utroskap mot medeierne i selskapet. Det var likevel uklart om handlingen var i strid med medeiernes tarv.¹⁷⁷ Selv om det ikke fremgår eksplisitt av dommen, må denne vurderingen implisitt innebære at det var tvilsomt om medeierne hadde gitt et stilltiende samtykke i form av konkludent atferd. Dommen viser at en handling som innebærer skade av ting man eier i sameie med andre, kan innebære en krenkelse av andres rettigheter i tingen. I tilfeller hvor handlingen krenker andres interesser, kan imidlertid samtykke fra den fornærmede i mange tilfeller medføre at handlingen må anses rettmessig.¹⁷⁸ Se nærmere om betydningen av samtykke i kapittel 6.3.5.

Den nevnte dommen angår personer som er tiltalt for utroskap mot et ansvarlig selskap han har eierinteresser i. Denne rettsstilstanden er imidlertid ikke fulgt opp for tilfeller som angår aksjeselskap. I disse tilfellene har Høyesterett tatt avstand fra at tiltaltes eierinteresser kan tilsi at handlingen er rettmessig.¹⁷⁹

Som nevnt i kapittel 6.3.1 står også straffebudets formål sentralt ved rettsstridsvurderingen.¹⁸⁰ Straffebudets ordlyd kan omfatte handlinger som lovgiver ikke mente å kriminalisere. Straffebudets formål kan da belyse hvorvidt lovgiver har ansett den aktuelle handlingen å være rettsstridig.

Formålet med utroskapsbestemmelsen er å verne tilliten mellom personer, ved å sikre lojal opptreden fra personer som har et særlig ansvar eller er vist en særlig tillit.¹⁸¹ I Rt. 1987 s. 1246 ble det forutsatt at det ansvarlige selskapets eiere måtte bli rammet av handlingen.¹⁸² En slik forutsetning har mye for seg, ettersom det vil være kunstig å si at utroskapsbestemmelsen skal verne tilliten mellom selskapet en selv eier, og en selv. Som vist til i kapittel 6.2 er det tross alt selskapets eiere som hovedsakelig utgjør selskapets interesse. Dommen ble imidlertid ikke fulgt opp for de tilfeller hvor handlingen retter seg mot aksjeselskap. Det kan dermed stilles spørsmål ved om rettsstilstanden for aksjeselskap er i samsvar med straffebudets formål.

¹⁷⁷ Se Rt. 1987 s. 1246 A på s. 1249

¹⁷⁸ Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 206

¹⁷⁹ Se nærmere om dette i kapittel 5.2.2

¹⁸⁰ Se Innst. O. nr. 72 (2004-2005) kap. 13.2.2.4

¹⁸¹ Se nærmere om dette i kapittel 3

¹⁸² Se kapittel 5.2.1

På den annen side kan idømmelse av straff motvirke illojale handlinger. I tilfeller hvor det er én person som står for eierinteressene, vil det ikke være noen andre representanter som kan beskytte selskapet. Trusselen om straff kan da forhindre at eieren foretar illojale handlinger som strider mot selskapets interesse, slik at straff kan tenkes delvis å ivareta formålet. Det vil imidlertid, på lik linje med at det vil være kunstig å si at det foreligger et tillitsforhold overfor selskapet, være kunstig å si at det foreligger et lojalitetsforhold, ettersom eieren i stor grad definerer selskapsinteressen. Det vil for øvrig være et rettspolitisk spørsmål om det er behov for å straffe i disse tilfellene. Jeg kommer nærmere tilbake til denne vurderingen i kapittel 9.

6.3.5 Samtykke

Som nevnt innledningsvis verner utroskapsbestemmelsen tilliten mellom personer. Den fornærmede kan dermed som utgangspunkt samtykke til at gjerningspersonen utfører handlingen. Det har vært diskusjoner i juridisk litteratur om hvorvidt samtykke skal anses som en straffrihetsgrunn, eller et moment ved handlingens rettsstridighet.¹⁸³ I denne avhandlingen blir samtykke brukt som et moment ved rettstridsvurderingen.

For at samtykket skal ha betydning for rettstridsvurderingen, må samtykket være gyldig, informert, og avgitt av noen som har kompetanse til å samtykke.¹⁸⁴ At samtykket må være avgitt av noen med kompetanse, innebærer at samtykket må være gitt av en person som kan disponere over det aktuelle rettsgodet.¹⁸⁵ For å vurdere handlingens rettsstridighet, er det dermed avgjørende å vite hvilke interesser straffebudet verner, og hvem som har samtykkekompetanse.¹⁸⁶

I et tilfelle hvor et straffebud helt eller delvis er ment å verne samfunnsinteresser, vil et samtykke være av liten betydning for handlingens rettmessighet.¹⁸⁷ Formålet med utroskapsbestemmelsen er som nevnt å verne tilliten mellom personer, og beskytte prinsipalen mot illojale handlinger fra den som er vist et særlig ansvar eller tillit. Det fremgår dermed klart hvem bestemmelsen skal beskytte. Et samtykke fra prinsipalen kan dermed ha betydning for handlingens rettsstridighet.¹⁸⁸

¹⁸³ Se Grøning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 207

¹⁸⁴ Se Tøssebro (2016) s. 97

¹⁸⁵ Se Grøning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 211

¹⁸⁶ Se Grøning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 211

¹⁸⁷ Se Tøssebro (2016) s. 91

¹⁸⁸ Se Rt. 1994 s. 1555 A

Denne avhandlingen fokuserer på tilfeller hvor prinsipalen er et aksjeselskap. For å vurdere hvem som kan disponere over, og samtykke på vegne av selskapet, må man se hen til de selskapsrettslige regler. Utgangspunktet etter aksjeloven § 6-30, er at «[s]tyret representerer selskapet utad og tegner dets firma». Regelen innebærer at styret er legitimert til å inngå avtaler på vegne av firmaet.¹⁸⁹ I tilfeller hvor én person er eneeier og enestyre, er det denne personen som kan samtykke på vegne av firmaet.

Det er som utgangspunkt ingen formkrav til samtykket.¹⁹⁰ I Rt. 1994 s. 1555 la Høyesterett vekt på sakens «særpreg», at selskapets ansvarlige organer var orientert om den tiltaltes handlemåte.¹⁹¹ Når representantene for det fornærmede selskapet ikke gjorde noen innsigelser mot handlingen, kunne ikke den tiltalte straffes for utroskap. Momentet var trukket frem som et moment i tilknytning til vilkåret «handler mot en annens tarv».¹⁹² Som Høyesterett påpekte, har vilkåret imidlertid sammenheng med vilkåret om uberettiget vinning. Høyesteretts vurdering viser at konkludent atferd kan være relevant for handlingens straffverdighet.¹⁹³

Selv om det som utgangspunkt ikke er noen formkrav til samtykket, kan det tenkes at det må stilles andre krav for at en eneeier skal samtykke til egne handlinger på vegne av selskapet. Etter aksjeloven § 6-13 tredje ledd fremgår det at avtaler mellom eneeier og selskapet skal nedtegnes skriftlig. Denne regelen er ifølge forarbeidene bare et formkrav, og ikke uttrykk for en gyldighetsregel.¹⁹⁴ Det eventuelle samtykket vil dermed kunne ha betydning, selv om formkravet ikke er oppfylt. Det vil imidlertid være kunstig å samtykke for egne handlinger, på vegne av den fornærmede. Det kan dermed stilles spørsmål ved hvilken betydning et samtykke fra seg selv kan ha, ettersom et slikt samtykke kan gis uavhengig av ens egne gode tro om handlingens rettmessighet.

Høyesterett tok i Rt. 2011 s. 705 (4-1) avstand fra at eneeiers samtykke kan få betydning for handlingens rettmessighet. Førstvoterende uttalte at det «fremstår [...] som nokså fjernt å skulle frifinne i disse tilfellene fordi eieren selv har ment at et slikt samtykke gjorde handlingen berettiget».¹⁹⁵ Uttalelsen er nevnt i et *obiter dictum*, men er fulgt opp i

¹⁸⁹ Se Tore Bråthen, *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2017 s. 191

¹⁹⁰ Se Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 215

¹⁹¹ Se kapittel 6.1 for redegjørelse av faktum

¹⁹² Se Rt. 1994 s. 1555 A på s. 1562

¹⁹³ Se også Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 215

¹⁹⁴ Se NOU 1996: 3 s. 138

¹⁹⁵ Jf. Rt. 2011 s. 705 A avs. 35

underrettspraksis og juridisk litteratur.¹⁹⁶ Konsekvensen av å anse den tiltaltes heleide selskap som «en annen» enn den tiltalte, må dermed være at samtykke er uten betydning.

På den annen side er det i juridisk litteratur argumentert for at resultatet må bli et annet dersom selskapets kreditorer, eller andre tredjemenn med økonomisk interesse i saken, samtykker til handlingen.¹⁹⁷ En slik slutning kan imidlertid neppe være riktig, da utroskapsbestemmelsen ikke er ment å verne den fornærmedes kreditorer, eller andre tredjemenn som blir indirekte påvirket.

Som man kan lese av den ovennevnte dommen har Høyesterett fraveket utgangspunktet om at eneeiers samtykke vil påvirke handlingens rettsstridighet. En kan spørre seg om det ville hatt mer for seg om Høyesterett anså samtykket for å være ugyldig, på bakgrunn av at en eneeier eller et ansvarlig organ ikke kan samtykke til hva som helst. En slik regel ville vært mer forutberegnelig for befolkningen, enn at det alminnelige utgangspunktet kan fravikes på bakgrunn av reelle hensyn.

7 Den subjektive skylden

Skyldkravet etter straffeloven § 390 er forsett. Skyldkravet følger eksplisitt av bestemmelsen, og er også i samsvar med det alminnelige skyldkravet i straffeloven § 21. Som det følger av dekningsprinsippet, må gjerningspersonens subjektive skyld knytte seg til alle vilkår i gjerningsbeskrivelsen.¹⁹⁸

Ved vedtakelsen av den nye straffeloven, ble det tidligere kravet om vinnings hensikt erstattet med alminnelig forsett. Begrunnelsen bak endringen av skyldkravet, var å oppnå en forenkling av bevisetmaet under skyldspørsmålet.¹⁹⁹ Lovgiver valgte bare å beholde kravet om hensiktsforsett i «bestemmelser hvor hensikten har betydning for hvor straffverdig handlingen er», og så ikke et «særlig behov» for å beholde kravet om vinnings hensikt i et straffebed om økonomisk utroskap.²⁰⁰

Straffelovutvalget mente at opphevelse av hensiktskravet kunne innebære en nykriminalisering, da endringen måtte innebære at «man [må] falle tilbake på de alminnelige

¹⁹⁶ Se LA-2012-199888 og TOSLO-2015-105037-3. Se også Stordrange 2014 s. 74 og 83

¹⁹⁷ Se Tøssebro (2016) s. 95

¹⁹⁸ Se Eskeland og Høgberg (2017) s. 318

¹⁹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 278

²⁰⁰ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 279 og s. 346

reglene om virkningen av rettsvillfarelse». ²⁰¹ Departementet anså muligheten for en slik konsekvens å være «så vidt marginal at dette ikke er noe viktig argument mot forslag[et]». ²⁰²

Lovgiver mener med andre ord at regelen i straffeloven § 26 om rettsuvidenhet må trekkes inn ved skyldvurderingen, når kravet om vinnings hensikt er opphevet. Dersom denne slutningen er holdbar, kan det stilles spørsmål ved om endringen faktisk innebar så små konsekvenser som lovgiver argumenterte for. I tilfeller hvor virksomheter opererer på tvers av landegrensler, har tiltalte tidligere blitt frikjent grunnet uvitenhet om utenlandske regler, uten noen nærmere vurdering av hvordan de utenlandske reglene har vært å forstå. ²⁰³ Lovendringen skulle nå medføre at slike spørsmål må vurderes mer inngående. Det vil for øvrig være vanskelig å se for seg at eneeiere ikke vil ha handlet med tilstrekkelig grad av skyld, da det må kunne forventes at selskapseiere generelt kjenner til det relevante regelverket på området.

Det må imidlertid stilles spørsmål ved om lovgivers standpunkt kan stå seg. I dommen inntatt i Rt. 1994 s. 1274 kom Høyesterett til at rettsvillfarelse var uten betydningen for tiltaltes skyld i relasjon til «en annen»-vilkåret i underslagsbestemmelsen. Løsningen måtte imidlertid være en annen i relasjon til det forlengede forsettskravet om uberettiget vinnings hensikt. Uvidenhet om vinningens berettigelse medførte at tiltalte ikke handlet med tilstrekkelig grad av skyld. ²⁰⁴ Spørsmålet er om samme regel må gjelde ved dagens forlengede forsettskrav.

Spørsmålet om hvilken betydning rettsvillfarelse har for dagens forlengede forsettskrav har ikke vært oppe for Høyesterett. Flere juridiske forfattere tar avstand fra forarbeidenes slutning, om at regelen om rettsvillfarelse må trekkes inn i vurderingen av uberettiget vinnings forsett. ²⁰⁵ Det er en viss støtte i underrettspraksis for at tiltalte også må ha utvist forsett om vinningens berettigelse. ²⁰⁶ Dersom den tiltalte tror at vinningen er berettiget, vil han verken ha hensiktsforsett eller alminnelig sannsynlighetsforsett om å oppnå en uberettiget vinning. ²⁰⁷ Når forarbeidene gir anvisning om et lempeligere skyldkrav enn ordlyden gir holdepunkter for, kan det skape problemer for befolkningens mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. En slik anvendelse kan for øvrig være i strid med skyldprinsippet, da graden av

²⁰¹ Jf. NOU 2002: 4 s. 171

²⁰² Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 279

²⁰³ Se Rt. 2011 s. 257 A avs. 69

²⁰⁴ Se Rt. 1994 s. 1274 A på s. 1277

²⁰⁵ Se Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 255-256 og Thomas Frøberg og Katrine Holter, «Villfarelse om prejudisielle rettsforhold og uberettiget vinning forsett», *Lov og rett*, 2017 s. 69-85 (s. 82)

²⁰⁶ Se LB-2017-114389 og LH-2019-6383

²⁰⁷ Se Frøberg og Holter (2017) s. 82

klander ikke vil tilsvare graden av skyld som er utvist.²⁰⁸ Det vil dermed være best i samsvar med lovkravet å tolke vilkåret slik at det kreves forsett om den uberettigede vinningen.²⁰⁹

Lovendringen kan likevel tenkes å ha stor betydning for adgangen til å dømme eneeiere for utroskap mot eget selskap. Tidligere ville tiltaltes tro på handlingens berettigelse medføre frifinnelse, uavhengig av om oppfatningen var uaktsom.²¹⁰ Personer med dominerende eierandeler som anførte å ha et uformelt samtykke fra selskapet, måtte dermed frikjennes grunnet manglende grad av skyld. Dersom det eventuelle samtykket ikke var behandlet i virksomhetens ansvarlige organer, kan tiltalte ikke sies å ha vært i god tro om samtykkets betydning. Den tidligere regelen skulle imidlertid bety at troens berettigelse var uten relevans.

I dommen inntatt i Rt. 2011 s. 705 ble utgangspunktet likevel fraveket. Flertallet (4-1) anså det som fjernt å ikke skulle dømme en eneeier av et selskap på bakgrunn av en anførsel om et slikt uformelt samtykke. For å kunne idømme straff for eneeiere av aksjeselskap, uttalte Høyesterett at «[d]et må [...] gjøres et unntak fra det alminnelige utgangspunkt om at tro på at vinningen var berettiget hindrer domfellelse selv når denne troen er uaktsom.»²¹¹

Dommen har vært sterkt kritisert på bakgrunn av at Høyesterett klart fravek lovens krav om hensiktsforsett.²¹² Som drøftelsen ovenfor viser, kan det ikke være tilstrekkelig med uaktsomhet knyttet til vinningens berettigelse. Høyesteretts fravikelse av lovens vilkår i et *obiter dictum* bør av den grunn ikke tillegges vekt. Lovendringen vil imidlertid, i større grad enn tidligere, åpne for domfellelse av eneeiere for utroskap mot eget selskap.

Bakgrunnen for at en eneeier anså det nødvendig å samtykke på vegne av selskapet, må ha vært at han anså det for mest sannsynlig at handlingen i utgangspunktet var uberettiget. Et samtykke fra fornærmede kan i normale tilfeller medføre at tiltalte er i god tro om handlingens berettigelse. Det som gjør tilfellene med eneeiere spesielle, er at gjerningspersonen og fornærmedes representant er den samme. Som nevnt må rettsuvitenhet knyttet til «en annen»-vilkåret bedømmes etter regelen i straffeloven § 26. Når det ikke har betydning for skyldvurderingen av tiltalte var i uvitenhet om at selskapet utgjorde en annen enn han selv, kan det tenkes at omstendigheten må smitte over på tiltaltes vurdering av

²⁰⁸ Se Frøberg og Holter (2017) s. 83-84

²⁰⁹ Se Grøning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 256

²¹⁰ Jf. Rt. 2011 s. 705 A avs. 34

²¹¹ Jf. Rt. 2011 s. 705 A avs. 35

²¹² Se Stordrange (2014) s. 84. Se også Brosveet (2011)

samtykkets betydning. Gjerningspersoner kan normalt ikke samtykke til egen handlemåte på vegne av fornærmede. Selv om tiltalte ønsket at samtykket gjorde vinningen berettiget, er det da vanskelig å se for seg at han likevel ikke holdt det for mest sannsynlig at handlingens straffverdighet forble uendret. Hvor loven tidligere krevde at tiltalte hadde som formål å oppnå en uberettiget vinning, kan det nå anses å være tilstrekkelig at han hadde positiv bevissthet om at vinningen kunne være uberettiget.

Som drøftet i avhandlingen til nå, er det en stor adgang til å dømme eiere for utroskap mot eget selskap. I det videre skal det drøftes om enkelte av eieres handlinger bør bedømmes etter andre straffebud. Til slutt vil jeg foreta en rettspolitisk vurdering om hvorvidt utroskapsbestemmelsen bør anvendes på tilfeller hvor gjerningspersonen er selskapets eier.

8 Forholdet til andre bestemmelser

I dette kapitlet vil jeg komme nærmere inn på forholdet til andre straffebud som det kan være nærliggende å vurdere tiltale og straff etter, når en person har begått handlinger som rammer hans heleide aksjeselskap. Straffebudene som vil vurderes er straffeloven § 324 om underslag, straffelovens kapittel 31 om kreditorvern, og aksjeloven § 19-1 om overtredelse av aksjelovens bestemmelser.

Det vil ikke gis en grundig redegjørelse av de nevnte straffebudene, men gis en sammenligning med utroskapsbestemmelsen. Formålet med en slik sammenligning er å belyse de ytre grensene for utroskapsbestemmelsens anvendelsesområde, og når andre straffebud er nærmere å anvende på det aktuelle forholdet. Anvendelsesområdet for de andre straffebudene vil for øvrig kunne belyse behovet for å anvende utroskapsbestemmelsen, og gi grunnlag for en vurdering av utroskapsbestemmelsen *de lege ferenda*.

8.1 Forholdet til underslagsbestemmelsen

Det følger av straffeloven § 390 annet ledd at «[s]traff for utroskap anvendes ikke på handling som faller inn under § 324, jf. § 325, eller § 387, jf. § 388.» Hvis tiltaltes handlemåte oppfyller gjerningsbeskrivelsen i underslagsbestemmelsen, skal han dermed straffes for underslag, ikke utroskap. Etter straffeloven § 324 første ledd straffes

«den som med forsett om en uberettiget vinning for seg selv eller andre rettsstridig

a) selger, forbruker eller på annen måte tilegner seg en løsøregjenstand eller

*pengefordring som han besitter, men som tilhører en annen, eller
b) forføyer over penger han har innfordret for en annen, eller som på annen måte
er betrodd ham».*

I det videre skal det redegjøres for innholdet i straffebudet. Det vil også redegjøres for adgangen til å foreta endringer i subsumsjonen fra utroskap til underslag, og motsatt.

8.1.1 Fornærmede

Etter begge alternativene i underslagsbestemmelsen, er fornærmede «en annen». På lik linje med ordlyden i utroskapsbestemmelsen, åpner ordlyden for at både fysiske og juridiske personer kan være fornærmet. Tidligere fulgte det av bestemmelsens ordlyd at gjenstanden helt eller delvis måtte tilhøre en annen. Denne delen er sløyfet, uten at det innebærer en realitetsendring.²¹³ En tiltalt kan dermed fortsatt dømmes for underslag mot medeiere for gjenstander han selv delvis eier. Det er imidlertid ikke uten videre klart hvordan løsningen stiller seg i tilfeller hvor den tiltalte eier den juridiske personen han handler mot.

I Rt. 1994 s. 1002 ble en eneeier dømt for utroskap mot eget aksjeselskap. Førstvoterende stilte imidlertid spørsmål om hvorvidt tilfellet burde vært dømt som underslag, som en konsekvens av at selskapet ble ansett som en annen enn dets eier. Dette *obiter dictum* knytter seg til handlingens karakter, og har ikke betydning for vurderingen av «en annen»-vilkåret i underslagsbestemmelsen. Uttalelsen åpnet imidlertid for å dømme eneeiere av aksjeselskap for underslag mot eget selskap. Dommen ble fulgt opp i Rt. 2003 s. 1112, hvor Høyesterett dømte to tiltalte for underslag mot selskapet de eide med en halvpart hver. Det er dermed klart at aksjonærer kan dømmes for underslag mot eget selskap, selv om aksjonæren har godkjenning fra øvrige aksjonærer. Høyesterett var for øvrig enig i rettssetningen i Rt. 1994 s. 1002, og mente den også måtte legges til grunn i relasjon til underslagsbestemmelsen. Det er dermed klart at også eneeiere kan dømmes for underslag mot eget selskap.

8.1.2 Gjerningsbeskrivelsen

På lik linje med utroskapshandlinger, innebærer underslagshandlinger ofte et tillitsbrudd.²¹⁴ Det alminnelige kjennetegnet ved underslagshandlinger er at gjerningspersonen er betrodd en ting, «men at han svikter den tillit som således er vist ham».²¹⁵ Underslagsbestemmelsen angir

²¹³ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 452

²¹⁴ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 284

²¹⁵ Jf. Ot.prp. nr. 75 (1948) s. 20

to alternative måter å begå underslag. Det første alternativet gjelder tilegnelse av gjenstander og penger gjerningspersonen besitter, men som tilhører en annen. Gjerningsbeskrivelsen samsvarer langt på vei med gjerningsbeskrivelsen for tyveri. Forskjellen ligger i at det ikke er foretatt en besittelseskrenkelse.²¹⁶ Det andre alternativet retter seg mot «disponering av penger som er betrodd gjerningspersonen».²¹⁷

Forholdet mellom de to alternative gjerningsbeskrivelsene i underslagsbestemmelsen, er at annet alternativ kan komme til anvendelse selv om tiltalte formelt eier pengene, eller eierforholdet er tvilsomt.²¹⁸ Det kan etter forarbeidene være tale om penger som gjerningspersonen «har den formelle eiendomsretten til, men som han er pliktig til å bruke til fordel for den som har betrodd ham gjenstanden».²¹⁹ I disse tilfellene har fornærmede et krav på pengene. Eksempelvis har en arbeidsgiver foretatt skattetrekk av arbeidstakernes lønninger, men overfører ikke beløpet til skattemyndighetene.²²⁰ Arbeidsgiveren er formelt enda eier av pengene, men skattemyndighetene har krav på pengene. Annet alternativ kan anvendes selv om det ikke foreligger en plikt til å holde pengene adskilt i egen kasse.²²¹

I de tilfellene det imidlertid er klart at pengene tilhører en annen, skal første alternativ anvendes.²²² Der gjerningspersonen har en plikt til å holde pengene i egen kasse, vil det være et moment som drar i retning av å anse pengene som eid av en annen, slik at første alternativ kommer til anvendelse.²²³ Aksjeselskap har en økonomi som er fullstendig adskilt fra dets eiere.²²⁴ Det vil dermed være underslagsbestemmelsens første alternativ som anvendes på tilfeller hvor aksjonærer begår underslag mot eget selskap.

Ettersom underslagshandlingene som regel innebærer et tillitsbrudd, vil handlingene ofte kunne subsumeres under utroskapsbestemmelsen. I de tilfellene gjerningspersonen styrer eller har tilsyn med den fornærmedes interesser, på samme tid som handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i underslagsbestemmelsen, blir spørsmålet hvilken bestemmelse som

²¹⁶ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 284

²¹⁷ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 284

²¹⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 284. Se også Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, 2. utgave, Bergen 2016 s. 328

²¹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 75 (1948) s. 16

²²⁰ Se eksempelvis Rt. 1993 s. 372 A

²²¹ Se Rt. 1951 s. 806 A og Rt. 1992 s. 1079 A

²²² Se Andenæs og Andorsen (2008) s. 343

²²³ Se Andenæs og Andorsen (2008) s. 344

²²⁴ Se aksjeloven § 1-2 første ledd

skal anvendes. Før lovendringen til utroskapsbestemmelsen i 1951,²²⁵ ble tiltalte i flere tilfeller dømt for underslag og utroskap i konkurrens.²²⁶ I forarbeidene til endringsloven ble det lagt vekt på at det var en alminnelig rettsoppfatning at handlinger som oppfylte gjerningsbeskrivelsen til underslagsbestemmelsen, også skulle bedømmes som underslag.²²⁷ Den omstendighet at gjerningspersonen har en styrefunksjon ble ikke ansett å gi handlingen en forskjellig karakter.²²⁸ For øvrig ble det lagt vekt på at formålet med lovfesting av utroskapsbestemmelsen «ikke [var] å gjøre et underslag til en annen eller grovere forbrytelse».²²⁹ Det var følgelig ingen behov for at utroskapsbestemmelsen skulle få anvendelse på underslagshandlinger.²³⁰ Det er dermed klart at straffeloven § 390 ikke kommer til anvendelse på handlinger som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i § 324.

For tilfeller hvor eneeier urettmessig tilegner seg selskapets midler, er det på denne bakgrunn klart at det er underslagsbestemmelsen som skal anvendes. Således skal ikke utroskapsbestemmelsen brukes på tilfeller av tapping og annet urettmessig forbruk. Det kan gjøres innvendinger mot at ens heleide selskap skal anses som «en annen» enn en selv i relasjon til underslagsbestemmelsen. Det vil likevel være mer forutberegnelig at eneeiere kan dømmes for underslag enn utroskap, ettersom gjerningsbeskrivelsen gir en klar anvisning på hvilke handlinger som er straffbare.

I tilfeller hvor påtalemyndigheten har tatt ut tiltale etter § 390, men domstolen kommer til at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i § 324, vil det oppstå spørsmål om domstolen kan foreta endring i subsumsjonen.²³¹ Høyesterett har avklart dette spørsmålet, og kommet til at det er adgang til å foreta en slik omsubsumering.²³² Det vil dermed være uproblematisk for domstolene å dømme for underslag, selv om det er tatt ut tiltale for utroskap.

8.2 Forholdet til straffelovens regler om kreditorvern

Dette delkapitlet vil gi en oversikt over straffelovens kapittel 31 om forbrytelser i gjeldsforhold. Kapitlet vil ikke gi en redegjørelse for hver enkelt bestemmelse om

²²⁵ Jf. lov 11. mai 1951 nr. 2 om endringer i den alminnelige borgerlige straffelov § 275

²²⁶ Se eksempelvis Rt. 1938 s. 180 A

²²⁷ Se Ot.prp. nr. 75 (1948) s. 19 jf. s. 59

²²⁸ Se Ot.prp. nr. 75 (1948) s. 19 jf. s. 59

²²⁹ Se Ot.prp. nr. 75 (1948) s. 19 jf. s. 59

²³⁰ Se Ot.prp. nr. 75 (1948) s. 20

²³¹ Adgangen til en slik endring reguleres av lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) § 38.

²³² Se HR-2017-473-U avs. 18 og HR-2019-676-A avs. 33

kreditorvern. Det vil imidlertid trekkes noen overordnende linjer, for å vise reglernes forhold til utroskapsbestemmelsen.

8.2.1 Fornærmede

Felles for §§ 401-409 er at skyldnerens kreditorer utgjør den vernede interessen, og dermed er den fornærmede etter straffeбудene. Bestemmelsene skiller seg fra utroskapsbestemmelsen allerede på dette punktet. Selskapets kreditorer kan ikke være fornærmet etter utroskapsbestemmelsen, da gjerningspersonen vanskelig kan sies å styre kreditorenes interesser.²³³ Den omstendighet at kreditorene til en person anses som offer for gjerningspersonens handlinger etter reglene i straffeloven §§ 401-409, gjør at utroskapsbestemmelsen ikke kan anvendes på tilfellet. Når en handling innebærer et brudd på reglene om kreditorvern bør disse straffeбудene derfor trekkes inn, slik at alle de straffverdige sidene ved handlingen blir pådømt.

8.2.2 Gjerningspersonen

Bestemmelsene i straffeloven §§ 401-409 har også til felles at det som utgangspunkt bare er skyldneren i gjeldsforholdet som kan være gjerningsperson. Det finnes imidlertid et unntak fra dette. Etter § 410 kan en annen enn skyldneren straffes for overtredelse av gjerningsbeskrivelsene i straffeloven §§ 401-409, dersom han handler «til fordel for eller på vegne av skyldneren».

Ordlyden «på vegne av» taler for at en person som alene eier og styrer et selskap, kan straffes etter bestemmelsen. Denne tolkningen er i samsvar med forarbeidene, hvor det følger at «[b]estemmelsen får blant annet anvendelse på styremedlemmer og ansatte i juridiske personer med begrenset ansvar, som aksjeselskaper, der den juridiske personen selv er skyldneren.»²³⁴

Eneieren av et aksjeselskap kan dermed være gjerningsperson i saker hvor handlingen innebærer en forringelse av aksjeselskapets formue, og dermed selskapets mulighet til å ivareta sine gjeldsforpliktelser.

8.2.3 Gjerningsbeskrivelsen

Straffeloven §§ 402-409 omhandler situasjoner hvor den fysiske eller juridiske personen er under gjeldsforfølgelse, eller er i ferd med å bli insolvent. Det er ikke oppstilt et liknende

²³³ Se Stordrange (2014) s. 111.

²³⁴ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 477

vilkår i straffeloven § 401. Denne forskjellen var et bevisst valg av lovgiver. Det følger av forarbeidene at «[i] motsetning til bestemmelsen om generell formuesforringelse [...] er det ikke noe vilkår at skyldneren på handlingstidspunktet er, blir eller står i påtakelig fare for å bli insolvent.»²³⁵

Etter § 401 må gjerningspersonen «forsettlig eller grovt uaktsomt» ha påført kreditorene et betydelig tap. Det kan dermed spørres om det er mulig å straffe gjerningspersonen for overtredelse av § 401 uten at skyldneren står i fare for å bli insolvent, da det er vanskelig å se for seg at vedkommende har utvist tilstrekkelig grad av skyld med hensyn til at kreditorene «påføre[s] [...] betydelig tap».²³⁶ Hvis gjerningspersonen skal ha utvist tilstrekkelig skyld om at kreditorene skulle påføres tap, må han tross alt ansett det som mest sannsynlig at skyldneren ville bli betalingsudyktig,²³⁷ eller det må være grunnlag for sterk bebreidelse for at han ikke skjønnte at denne virkningen ville inntre.²³⁸ Konsekvensen må på denne bakgrunn være at samtlige bestemmelser i straffeloven kapittel 31 minimum krever at skyldneren står i «påtakelig fare» for å bli insolvent.²³⁹

Bestemmelsene i straffeloven kapittel 31 gjelder overordnet det forhold at skyldneren unndrar formuesgoder fra å tjene til dekning for kreditorene. Unndragelsen kan skje gjennom uforsvarlige økonomiske disposisjoner, en forfordeling av kreditorene eller annen forringelse av formuesgodene. Forarbeidene til straffeloven § 404 trekker frem som et praktisk eksempel

*«at skyldneren tappes gjennom kontrakter med nærstående part, hvor forholdet mellom skyldnerens rettigheter og plikter etter kontrakten blir vesentlig mindre gunstig for skyldneren enn om kontrakten var inngått mellom uavhengige parter».*²⁴⁰

Når selskapet er eller står i påtakelig fare for å bli konkurs, skal tilfeller av tapping som går utover selskapets kreditorer dermed dømmes etter straffelovens bestemmelser om kreditorvern. En skyldner som utfører tapping, eller en av de andre ovennevnte handlinger,

²³⁵ Jf. Ot.prp. nr. 37 (2003-2004) s. 72. Forarbeidene til den nye straffeloven viser til denne proposisjonen, se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 475.

²³⁶ Jf. Matningsdal (2017) s. 1077

²³⁷ Se lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) § 61. Med utgangspunkt i alminnelig sannsynlighetsforsett etter straffeloven § 22 bokstav b

²³⁸ Se straffeloven § 23 annet ledd

²³⁹ Se Matningsdal (2017) s. 1077

²⁴⁰ Jf. NOU 1999: 23 s. 78, jf. Ot.prp. nr. 37 (2003-2004) s. 73, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 475

kan anses for å ha handlet mot kreditorenes interesser. Handlingen vil dermed oppfylle gjerningsbeskrivelsen i utroskapsbestemmelsen, om handling mot en annens interesse.²⁴¹ Skyldneren kan imidlertid som utgangspunkt ikke sies å styre eller ha tilsyn med kreditorenes interesser.²⁴²

Et spørsmål som reiser seg er om utroskapsbestemmelsen kan anvendes i konkurrens med bestemmelsene om kreditorvern. Utgangspunktet for vurderingen av om flere bestemmelser kan anvendes på samme handling, er om straffebudene «tar sikte på *forskjellige sider* ved det straffbare forhold». ²⁴³ Dersom straffebudene rammer forskjellige sider ved forholdet, vil anvendelse av dem i konkurrens gi uttrykk for en høyere straffverdighet.²⁴⁴

Dersom handlingen rammer forskjellige rettsgoder, eller forskjellige beskyttelsesverdige interesser, skal gjerningspersonen normalt straffes for brudd på begge.²⁴⁵ Dersom handlingen ble begått mens selskapet var under gjeldsforhandling, kan bare bestemmelsene om kreditorvern benyttes. Ved konkursen opphørte selskapet å eksistere som eget rettssubjekt, og kan dermed ikke være fornærmet etter utroskapsbestemmelsen.²⁴⁶ For de tilfeller hvor det er påtakelig fare for insolvens, er det mer åpent hvorvidt handlingen må anses å ramme forskjellige beskyttelsesverdige interesser. Som nevnt er ikke kreditorer en beskyttelsesverdig interesse etter utroskapsbestemmelsen. Spørsmålet må da være om eneeiens tapping av selskapet rammer noen andre beskyttelsesverdige interesser enn selskapets kreditorer. Svaret på spørsmålet avhenger av om aksjeselskapet selv er en beskyttelsesverdig interesse etter utroskapsbestemmelsen. Etersom det er gjeldende rett at et heleid aksjeselskap er annen enn dets eier i relasjon til utroskapsbestemmelsen, taler det for at bestemmelsene kan anvendes i konkurrens i tilfeller ved påtakelig fare for insolvens.

8.3 Forholdet til aksjeloven § 19-1

Aksjeloven har et straffebud i § 19-1, som rammer enhver forsettlig eller uaktsom overtredelse av bestemmelsene i aksjeloven. Gjerningspersonen etter bestemmelsens første ledd er «[s]tifter, medlem av styret eller bedriftsforsamlingen, daglig leder, firmategner og

²⁴¹ Se Stordrange (2014) s. 111.

²⁴² Se Stordrange (2014) s. 111.

²⁴³ Jf. Johs. Andenæs, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave, Oslo 2016 s. 374

²⁴⁴ Se Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 374

²⁴⁵ Se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 582

²⁴⁶ Se konkursloven § 138 annet ledd tredje punktum. Se Stordrange (2014) s. 112.

revisor». Tilsvarende kan «[l]edende ansatt som er tildelt myndighet til å treffe beslutning på selskapets vegne innenfor avgrensede saksområder» straffes på likt grunnlag etter bestemmelsens annet ledd. Persongruppen som kan straffes etter aksjeloven § 19-1 er dermed de personene som har styre- eller tilsynsoppgaver i selskapet. Gruppen som kan være gjerningspersonen etter aksjeloven § 19-1 vil dermed samsvare med gjerningspersonen etter utroskapsbestemmelsen.

Et spørsmål som reiser seg er om anvendelsesområdet for aksjeloven § 19-1 er det samme som for straffeloven § 390. Ettersom aksjeloven § 19-1 rammer enhver overtredelse av bestemmelsene i loven, vil også rene brudd på lovens saksbehandlingsregler rammes av gjerningsbeskrivelsen. Hvorvidt det er samsvar mellom bestemmelsene er dermed avhengig av hva som må anses som en rettsstridig handling etter straffeloven § 390. Som nevnt ovenfor i kapittel 6.3.2 er brudd på andre regler hverken nødvendig eller tilstrekkelig for at handlingen skal kunne straffes etter utroskapsbestemmelsen. Brudd på andre regler er imidlertid et moment som taler i retning av at handlingen er rettsstridig. Den omstendighet at en person med styre- eller tilsynsfunksjon har foretatt handlinger som innebærer brudd på aksjelovgivningen, kan dermed innebære at også gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 390 er overtrådt.

Ettersom samme handling kan oppfylle gjerningsbeskrivelsen i begge straffebudene, oppstår spørsmål om det er adgang å dømme for overtredelse av begge straffebudene i konkurrans. Høyesterett tok stilling til spørsmålet i Rt. 2011 s. 257, som er omtalt ovenfor i kapittel 5.2.2. Tiltalte anførte at overtredelsene ikke kunne dømmes i konkurrans, da det ikke ville være mulig «å bryte aksjeloven uten samtidig å begå utroskap».²⁴⁷ Høyesterett viste til utgangspunktet om at uberettiget vinning i utroskapsbestemmelsen ikke forutsetter brudd på andre regler. Høyesterett uttalte videre at

«Når det på den annen side foreligger et slikt brudd, er det dermed også grunnlag for å domfelle for brudd på denne lovgivningen, selv om det i det konkrete tilfellet skulle være slik at det nettopp er dette bruddet som gjør vinningen uberettiget.»

²⁴⁷ Jf. Rt. 2011 s. 257 A avs. 51

Dermed får man frem en økt straffverdighet ved handlingen som man ikke gjør ved bare å domfelle for utroskap.»²⁴⁸

Høyesterett har dermed uttalt at aksjeloven § 19-1 og straffeloven § 390 kan idømmes i konkurrans, selv om det er brudd på § 19-1 som gjør utroskaps handlingen rettsstridig. Uttalelsen er ikke fraveket i senere tid, og må anses å gi uttrykk for gjeldende rett.

9 Rettspolitisk vurdering

I dette kapitlet vil jeg trekke noen linjer fra den rettsdogmatiske analysen av bestemmelsen, og gjøre en drøftelse av straffebudet og problemstillingen *de lege ferenda*. Som nevnt i kapittel 1.5 vil jeg starte kapitlet med å undersøke hvordan problemstillingen er løst i våre naboland.

9.1 Utroskapsbestemmelsens forhold til annen skandinavisk rett

Dansk rett

I Danmark er utroskaps handlingene regulert i straffeloven²⁴⁹ § 280 og § 299. Bestemmelsen i § 280 om mandatsvik er den mest anvendte bestemmelsen, og gjelder for handlinger hvor gjerningspersonen misbruker hans legitimasjon for å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning.²⁵⁰ Denne legitimasjonen kan bygge på rettslig plikt til å ivareta en annens interesser, eller at gjerningspersonen har mottatt en fullmakt ved en feiltakelse.²⁵¹ Bestemmelsen i § 299 omhandler handlinger som har likhet med mandatsvik, men gjelder tilfeller hvor fornærmede påføres et «betydeligt formuetab».²⁵² Det er vanskelig å se for seg at en eeneier vil ha forsett om å skade eget firma, uten samtidig å ha forsett om å oppnå en vinning. Det er dermed lite aktuelt å anvende § 299 på tilfellet.

Formålet bak lovfestingen av den danske straffelovs § 280 var å innføre en elastisk gjerningsbeskrivelse, som kunne «ramme visse utvivlsomt straffverdige Forhold».²⁵³ Den danske Højesteret har ved en tidligere anledning dømt (dissens) en hovedaksjonær for

²⁴⁸ Jf. Rt. 2011 s. 257 A avs. 54

²⁴⁹ Jf. lovbekendtgørelse nr. 1062 af 17. november 2011 af Straffeloven af 15. april 1930

²⁵⁰ Se Vagn Greve, Poul Dahl Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen, *Kommenteret straffelov: Speciel del*, 10. utgave, København 2012 s. 547-548

²⁵¹ Se Knud Waaben og Lars Bo Langsted, *Strafferettens specielle del*, 6. utgave, København 2014 s. 172

²⁵² Se dansk straffelov § 299 nr. 1 og Waaben og Langsted (2014) s. 176

²⁵³ Jf. Johan Fischer, «Om Mandatsvig og visse andre strafbare Forhold», *Juristen*, 1935 s. 227-236 (s. 228)

mandatsvik mot eget firma.²⁵⁴ Det er imidlertid uklart om dommen åpner for at eiere kan dømmes for mandatsvik mot eget selskap dersom det ikke eksisterer noen kreditorinteresser som kan ta skade av handlingen.²⁵⁵ Denne uklarheten har bakgrunn i at Høyesteret kom til at bestemmelsen ikke bare beskyttet selskapet, men også dets kreditorer. Enkelte juridiske forfattere har imidlertid fulgt opp Høyesterets argumentasjon, og gitt sin tilslutning til at den gir uttrykk for gjeldende rett.²⁵⁶ Det er imidlertid ingen etterfølgende rettspraksis som har gitt klart uttrykk for at aksjonærer kan dømmes for mandatsvik mot eget selskap. Rettstilstanden er dermed uklar.²⁵⁷

Svensk rett

I Sverige er utroskapshandlingene regulert i brottsbalken²⁵⁸ kapittel 10 § 5, om troløshet mot hovedmann. Bestemmelsen skal verne en hovedmanns økonomiske og rettslige anliggender.²⁵⁹ På lik linje med det norske og det danske straffebudet, rammer troløshetsbestemmelsen misbruk av legitimasjon, hvor legitimasjonen er basert på kontrakt.²⁶⁰ Begrunnelsen for å straffe brudd på slik legitimasjon, er at den underliggende avtalen utløser en lojalitetsplikt.²⁶¹ Utgangspunktet er at mislighold av kontraktsforpliktelser ikke medfører straffansvar. Av den grunn er troløshetsbestemmelsen å betrakte som en unntaksregel, hvor grensen mellom straffansvar og sivilrettslig ansvar er uklar.²⁶² Selv om utgangspunktet er sivilrettslig ansvar, valgte lovgiver å straffesanksjonere enkelte illojalitetshandlinger for å ivareta hovedmannens behov for å kunne stole på at hans anliggender ikke misligholdes.²⁶³

På lik linje med norsk rett, kan juridiske personer være fornærmet i relasjon til troløshetsbestemmelsen.²⁶⁴ I forhold til en banktjenestemann er det således banken som er fornærmet i relasjon til straffebudet, ikke bankens kunder eller tredjepersoner.²⁶⁵ Dersom gjerningspersonen imidlertid er eier av den juridiske personen som er fornærmet, har

²⁵⁴ Se U 1985.940 H

²⁵⁵ Se Madeleine Leijonhufvud, *Troløshet mot hovedmann: Straffansvar vid förtroendebrott: särskilt i aktiebolag*, Stockholm 2007 s. 58

²⁵⁶ Se Waaben og Langsted (2014) s. 174 med videre henvisninger.

²⁵⁷ Se Leijonhufvud (2007) s. 58

²⁵⁸ Jf. brottsbalken 1962 nr. 700

²⁵⁹ Se Lena Holmqvist mfl., *Brottsbalken – En kommentar. Del 1. Studentutgåva*, 6. utgave, Stockholm 2009 s. 10:64

²⁶⁰ Se Leijonhufvud (2007) s. 28

²⁶¹ Se Leijonhufvud (2007) s. 28

²⁶² Se Leijonhufvud (2007) s. 28. Se også Holmqvist mfl. (2009) s. 10:63

²⁶³ Se Leijonhufvud (2007) s. 28

²⁶⁴ Se Nils-Olof Berggren mfl., *Brottsbalken: En kommentar: Supplement 2*, Stockholm 2013 s. 10:5 (s. 4)

²⁶⁵ Se Berggren mfl. (2013) s. 10:5 (s. 4)

løsningen vært en annen. Svensk underrettspraksis har avvist muligheten for å dømme eiere av aksjeselskap for troløshet mot eget selskap.²⁶⁶ Tiltalte i disse sakene har i stedet blitt dømt etter bestemmelsene om kreditorvern.²⁶⁷ Hovrätten har i tilknytning til den svenske underslagsbestemmelsen kommet til at en eeneier kan samtykke på vegne av selskapet for egne handlinger.²⁶⁸ Berggren mfl. har uttalt at dommen også vil gi uttrykk for gjeldende rett for samtykkets betydning ved anvendelse av troløshetsbestemmelsen.²⁶⁹

Enkelte juridiske forfattere har imidlertid kritisert rettstilstanden i Sverige, og tatt til orde for at aksjonærer bør kunne dømmes for troløshet mot eget selskap.²⁷⁰ I denne forbindelse blir det vist til at rettstilstanden er en annen i Norge, med en begrunnelse for hvorfor den svenske rettstilstanden bør være tilsvarende.²⁷¹ Det trekkes deriblant frem at aksjeselskap kan ilegges strafferettslig ansvar. Det uttales at denne omstendigheten bør innebære at selskapet også har et selvstendig strafferettslig vern.²⁷² Det er videre argumentert med at mindretallsaksjonærer behøver et strafferettslig vern mot hovedaksjonærs handlinger.²⁷³ Det sistnevnte argumentet vil imidlertid være uten betydning for anvendelse av straff mot eeneier. Det ser dermed ut til å være enighet om at eneaksjonærer ikke kan dømmes for troløshet mot selskapet.²⁷⁴ Frem til Høgsta Domstolen eller lovgiver har tatt stilling til adgangen til å dømme eeneiere, må det være gjeldende rett at eeneiere ikke kan dømmes for troløshet mot eget selskap.

Forholdet til skandinavisk rett

Redegjørelsene ovenfor viser at spørsmålet, om adgangen til å dømme aksjonærer for utroskap mot selskapet, også har vært drøftet i dansk og svensk rett. Rettstilstanden er imidlertid forskjellig i de skandinaviske landene. I motsetning til etter svensk rett, åpner dansk rett for en adgang til å dømme eiere for mandatsvik. I alminnelighet blir eierens utroskapslignende handlinger imidlertid dømt etter bestemmelsene om kreditorvern. Ettersom de skandinaviske landene har relativt like reguleringer, kan det stilles spørsmål ved hvorfor vi i Norge har valgt å gi utroskapsbestemmelsen et videre anvendelsesområde, og behovet for at den norske rettstilstanden skal avvike fra våre nabolands rettstilstander. Juridisk teori fra

²⁶⁶ Se Leijonhufvud (2007) s. 57

²⁶⁷ Se Leijonhufvud (2007) s. 57

²⁶⁸ Se omtale av SvJT 1973 ref. s. 78 i Berggren mfl. (2013) s. 10:1 (s. 15)

²⁶⁹ Se Berggren mfl. (2013) s. 10:5 (s. 10)

²⁷⁰ Se Leijonhufvud (2007) s. 111. Se også Berggren mfl. (2013) s. 10:5 (s. 10)

²⁷¹ Se Leijonhufvud (2007) s. 57-58 og s. 111

²⁷² Se Leijonhufvud (2007) s. 111

²⁷³ Se Leijonhufvud (2007) s. 111

²⁷⁴ Se Berggren mfl. (2013) s. 10:5 (s. 10)

nabolandene viser at eneeiers utroskapshandlinger mot selskapet ikke er ansett å være tilstrekkelig straffverdige for å straffe for utroskap. Deres respektive utroskapsbestemmelser er heller ikke ansett å gi hjemmel for å straffe disse handlingene. Til tross for at enkelte svenske juridiske forfattere mener at den svenske rettstilstanden bør gå nærmere i retning av den norske rettstilstanden, er det likevel enighet om at eneeiere ikke kan dømmes for utroskap mot selskapet. En del av begrunnelsen for at eneeiere ikke kan straffes for utroskap mot selskapet, har vært at hans samtykkekompetanse er til hinder for straff. Det blir med andre ord vist til handlingens manglende rettsstrid. Deres rettstilstand viser dermed at det ikke blir behov for å gjøre unntak fra de alminnelige hovedregler i rettsstridsreservasjonen.

Ettersom våre nærmeste naboland, med en rettskultur som er lik vår, ikke har funnet behov for å straffe eneeiere for utroskap mot deres aksjeselskap, kan det stilles spørsmål ved hvorfor Norges Høyesterett har funnet behov for det.

9.2 Rekkevidden av utroskapsbestemmelsen og forholdet til andre bestemmelser

I den rettsdogmatiske analysen ble det avdekket uklarheter i rettskildebildet, og motstrid mellom flere rettskilder. Rettstilstanden viser likevel at det er en vid adgang til å dømme eneeiere for utroskap mot selskapet. Rettstilstanden er imidlertid problematisk av flere grunner.

Analysen har avdekket at det er problematisk *de lege ferenda* å anse selskapet som en annen enn dets eier i relasjon til utroskapsbestemmelsen. Konsekvensen har vært at eneeieren som representant for den fornærmede part har fått tilbakebetalt inndragningsbeløpet med renter, som en erstatning for fornærmedes lidte tap. Denne konsekvensen gir en klar indikasjon på at straffebudet ikke er ment anvendt på tilfellene, og viser et behov for at lovgiver tar endelig stilling til spørsmålet. Det kan diskuteres om lovgivers uteblivende uttalelser indikerer at lovgiver har tatt et valg om tolkningen av straffebudet. Avhandlingen avdekker likevel et behov for en klarlegging og samordning mellom de nevnte reglene.

Selv om ordlyden åpner for at eneeiere kan straffes for utroskap mot eget selskap, er domfellelse problematisk både i tilknytning til det vernede rettsgodet og rettsstridsreservasjonen. Ettersom eneeieren som aksjeeier indirekte vil påvirkes av handlingen, og for øvrig i stor grad vil definere selskapsinteressen, kan det stilles spørsmål ved om rettsgodet reelt blir krenket. En del av formålet bak utroskapsbestemmelsen er som

nevnt å verne tillitsforholdet mellom prinsipalen og representanten, og å sikre at representanten opptrer lojalt ved forvaltningen av prinsipalens formuesinteresser. Det vil imidlertid være kunstig å si at det foreligger et tillitsforhold mellom eieren og selskapet hans. Det kan dermed stilles spørsmål ved om idømmelse av straff for eneeiers handlinger mot selskapet vil være i samsvar med lovens formål. En slik formålsrettet tolkning avdekker at rettsanvendelsen kan være problematisk i relasjon til skadefølgeprinsippet og klarhetskravet. Det må her legges vekt på at lovgiver har uttalt at straffebudet ikke skal anvendes som en generalklausul. Utroskapsbestemmelsen bør derfor ikke komme til anvendelse på tilfeller som ikke ivaretar straffebudets formål.

Når rettsstilstanden viser at utroskapsbestemmelsen rammer handlinger som ikke utgjør skade på rettsgodet, vil kriminaliseringen ikke være i samsvar med skadefølgeprinsippet. Denne konsekvensen innebærer at rettsanvendelsen ikke er i tråd med grunnvilkåret for straff. Selv om lovgiver ikke anser skadefølgeprinsippet som en absolutt skranke som avskjærer adgangen til å kriminalisere en handling, vil prinsippet stille «krav om en særskilt tungtveiende begrunnelse» for straff.²⁷⁵ Jeg kan ikke se at en slik begrunnelse foreligger her.

Som nevnt i kapittel 6.3.2 kan en handlemåte bli ansett å være rettsstridig ut fra en friere vurdering av handlingens lojalitet. Å idømme straff på bakgrunn av lojalitetsbetraktninger vil være lite presist angitt, og kan gjøre det vanskelig for befolkning å vurdere straffbarheten tilknyttet egne handlinger og forutberegne sin rettsstilling. Slike skjønnsmessige vurderinger kan dermed være problematisk i tilknytning til lovkravet. Vurderingstemaet kan være særlig problematisk å anvende på tilfeller hvor eneeiere er tiltalt for utroskap mot eget aksjeselskap. Eneeiere har som nevnt en vid adgang til å disponere over eget selskap, og vil i stor grad definere selskapsinteressen. Dersom alle beslutninger foretas skriftlig, slik at det er notoritet rundt beslutningene, vil eieren dermed ha stor adgang til å styre selskapet slik han ønsker. I tillegg til at det vil være kunstig å si at det foreligger et lojalitetsforhold mellom eieren og hans selskap, vil eierens myndighet over selskapet gjøre det vanskelig å definere hvor langt en lojalitetsplikt skal rekke.

På bakgrunn av eneeiers kompetanse, vil det være problematisk å straffe han for utroskap mot eget selskap hvis ikke handlingen innebærer brudd på annen lovgivning. Vi har sett eksempler

²⁷⁵ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 89

på at aksjonærer har blitt dømt ut fra en friere vurdering av handlingens lojalitet, til tross for en innbyrdes enighet mellom selskapets eiere. Høyesterett har ikke hatt spørsmålet oppe til vurdering for tilfeller hvor tiltalte er selskapets eneeiere. Rettsutviklingen tyder imidlertid på at eneeiere vil bli idømt straff også i tilfeller hvor handlingen ikke innebærer andre lovovertridelser. Det er dermed mulig å se for seg at eneeiere kan straffes for å ha fattet uforsvarlige eller risikofylte beslutninger.

Ettersom eneeiere har en vid materiell myndighet til å foreta beslutninger, kan det for øvrig stilles spørsmål ved om det er behov for å straffe eieren for utroskap som følge av at beslutningene ikke er foretatt på riktig måte. Aksjeloven har blitt til etter en avveining mellom de forskjellige hensynene og interessene som gjør seg gjeldende mellom ulike grupper.²⁷⁶ Deriblant skal loven verne interessene til aksjonærene, selskapets kreditorer og andre medkontrahenter.²⁷⁷ For øvrig har aksjelovgivningen en viss tilknytning til skattelovgivningen, og ivaretagelsen av denne.²⁷⁸ Ved å gi en lovfestet beskyttelse av disse interessene og hensynene, ivaretar aksjelovgivningen selskapets interesse gjennom å skape seriøsitet om selskapsformen.²⁷⁹ Håndhevingen av aksjelovgivningen skal dermed bidra til å beskytte disse bakenforliggende interessene. Når det ikke er noen medeiere å beskytte, og eierens handlinger ikke rammer andre beskyttelsesverdige interesser, vil det ikke være et reelt behov for å beskytte selskapet ved å dømme eneeieren for utroskap mot selskapet. Dersom handlingen utgjør en overtrudelse av aksjelovens bestemmelser, kan han straffes etter straffebudet i aksjeloven. Dersom ikke hele straffverdigheten ved handlingen vil dekkes av straffebudet i aksjeloven, bør det gjøres en vurdering av hvilke interesser som reelt krenkes, og tas ut tiltale etter det straffebudet som verner den aktuelle interessen.

Rettspraksis har i de senere årene tolket utroskapsbestemmelsen mer og mer utvidende, for å kunne ramme handlinger som anses straffverdige.²⁸⁰ Stordrange peker på en utvikling hvor utroskapsbestemmelsen anvendes på «handlingar som i ettertid bedømmes som uheldige og kritikkverdige», hvor tiltale imidlertid er usannsynlig i tilfeller hvor risikopregede handlinger får positivt utfall.²⁸¹ Dersom idømmelse av straff etter bestemmelsen i realiteten beror på en

²⁷⁶ Se Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 14

²⁷⁷ Se Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 14, Bråthen (2017) s. 67-70 og Andenæs (2007) s. 17-18

²⁷⁸ Se Andenæs (2007) s. 8-9

²⁷⁹ Se Andenæs (2007) s. 17-18

²⁸⁰ Se eksempelvis Rt. 1992 s. 1463 A. Se også Stordrange (2014) s. 118

²⁸¹ Jf. Stordrange (2014) s. 118-119

slik konkret skjønsmessig vurdering av handlingens straffverdighet, vil det innebære at bestemmelsen blir brukt som en generalklausul.²⁸² En slik anvendelse vil være problematisk i relasjon til klarhetskravet, og stride mot lovgivers intensjoner.

Det kan stilles spørsmål ved hvilke konsekvenser en endring i rettstilstanden kan få. En avkriminalisering av handlinger kan bli oppfattet som en legitimering av handlemåten.²⁸³ Endringen av rettstilstanden i tilknytning til utroskapsbestemmelsen vil imidlertid ikke nødvendigvis innebære en avkriminalisering av handlingene. De straffverdige handlingene vil kunne subsumeres under andre straffebud. Eneeieren kan fortsatt straffes for overtredelse av aksjelovens bestemmelser, og eventuelt reglene om kreditorvern. Selv om straff etter underslagsbestemmelsen kan være problematisk i relasjon til «en annen»-vilkåret, vil anvendelse av underslagsbestemmelsen likevel være mer forutberegnelig ettersom gjerningsbeskrivelsen klart viser hvilke handlinger som er straffbare.

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor gjeldende rett knyttet til utroskapsbestemmelsen avviker fra rettstilstanden til de respektive utroskapsbestemmelsene i våre naboland. De andre skandinaviske landene har en rettskultur som likner vår egen, noe man kan se ved at lovgiver i en lovgivningsprosess ser ut over våre nabogrenser. Ettersom rettstilstanden i våre naboland er tilsynelatende velfungerende, kan det stilles spørsmål om ikke den norske rettstilstanden bør gå i samme retning. Dersom lovgiver ønsker å straffe aksjonærer for handlinger som kan påvirke selskapet negativt, bør utroskapsbestemmelsen endres slik at den gir tilstrekkelig klar hjemmel. En annen eventuell løsning kan være å lovfeste et nytt straffebud som skal verne juridiske personer mot uforsvarlige disposisjoner fra dets ansvarlige organer. Det kan imidlertid diskuteres om det finnes et behov for en slik bestemmelse, og om den eventuelle bestemmelsen ville tilfredsstilt lovkravet.

²⁸² Se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2004, Bergen s. 190

²⁸³ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 92

10 Kildeliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 22. mai 1902 nr. 10 almindelig borgerlig straffeloven

Lov 11. mai 1951 nr. 2 om endringer i den alminnelige borgerlige straffelov

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

Utenlandske lover

Dovbekendtgørelse nr. 1062 af 17. november 2011 af Straffeloven af 15. april 193

Brottsbalken 1962 nr. 700

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 4. november 1950

Forarbeider

Innst. O. nr. 72 (2004–2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff

Ot.prp. nr. 24 (1898-99) Ang. Udfærdigelse af en almindelig borgerlig Straffelov, en Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden samt en Lov, indeholdende Forandringer i Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager af 1ste Juli 1887.

Ot.prp. nr. 75 (1948) om lov om endring i den alminnelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902

Ot.prp.nr.23 (1996–1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Ot.prp. nr. 37 (2003–2004) Om lov om endringer i straffeloven mv. (forbrytelser i gjeldsforhold

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff

Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet

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 Kongeriket Norge. II. Motiver (1896)

NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser: Straffelovkomisjonens delutredning V

NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning

NOU 1999:23 Forbrytelser i gjeldsforhold

NOU 2002: 4 Ny straffelov – Straffelovkomisjonens delutredning VII

Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Høyesterettspraksis

Rt. 1928 s. 1171 A

Rt. 1938 s. 180 A

Rt. 1946 s. 183 A

Rt. 1951 s. 806 A

Rt. 1972 s. 243 A

Rt. 1979 s. 1492 A

Rt. 1984 s. 1275 A

Rt. 1986 s. 1076 A

Rt. 1987 s. 1246 A

Rt.1988 s. 625 A

Rt. 1992 s. 1079 A

Rt. 1992 s. 1463 A

Rt. 1993 s. 372 A

Rt. 1993 s. 513 A

Rt. 1994 s. 1002 A

Rt. 1994 s. 1097 A

Rt. 1994 s. 1555 A

Rt. 1995 s. 1536 A

Rt. 1999 s. 36 A

Rt. 1999 s. 272 U

Rt. 2002 s. 833 A

Rt. 2003 s. 1112 A

Rt. 2007 s. 1203 A

Rt. 2008 s. 1491 A

Rt. 2009 s. 524 A

Rt. 2011 s. 257 A

Rt. 2011 s. 360 U

Rt. 2011 s. 705 A

Rt. 2011 s. 855 A

Rt. 2011 s. 1811 A

Rt. 2012 s. 313 A

Rt. 2012 s. 686 A

Rt. 2012 s. 1211 U

Rt. 2013 s. 983 A

Rt. 2013 s. 1254 A

Rt. 2014 s. 238 A

Rt. 2014 s. 1105 A

HR-2016-2228-A

HR-2017-473-U

HR-2018-570-A

HR-2019-676-A

HR-2019-900-A

HR-2019-1218-A

HR-2019-1234-A

HR-2019-2038-A

Utenlandsk høyesterettspraksis

U 1985.940 H

Underrettspraksis

LG-2008-48308

LA-2011-151031

LA-2012-199888

LA-2015-69443

LG-2017-80825

TOSLO-2015-105037-3

Moss tingrett 04.02.2014, saksnr. 12-048785ENE-MOSS (upublisert)

Juridisk litteratur

Bøker

- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave (Bergen 2018)
- Andenæs og Andorsen (2008) Andenæs, Johs. og Kjell V. Andorsen, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* (Oslo 2008)
- Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) Andenæs, Johs., Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave (Oslo 2016)
- Andenæs (2007) Andenæs, Mads Henry, *Selskapsrett* (Oslo 2007)
- Andenæs (2016) Andenæs, Mads Henry mfl., *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 3. utgave (Oslo 2016)
- Berggren mfl. (2013) Berggren, Nils-Olof mfl., *Brottsbalken: En kommentar, Supplement 2*, (Stockholm 2013)
- Bråthen (2017) Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 5. utgave (Oslo 2017)
- Eckhoff og Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)

- Eskeland og Høgberg (2017) Eskeland, Ståle og Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, 5. utgave (Oslo 2017)
- Greve, Jensen og Nielsen (2012) Greve, Vagn, Poul Dahl Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen, *Kommenteret straffelov: Spesiell del*, 10. utgave (København 2012)
- Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utgave (Bergen 2019)
- Holmqvist (2009) Holmqvist, Lena mfl., *Brottsbalken: En kommentar. Del 1. Studentutgåva*, 6. utgave (Stockholm 2009)
- Hov og Høgberg (2016) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett* (Oslo 2016)
- Leijonhufvud (2007) Leijonhufvud, Madeleine, *Trolöshet mot huvudman: Straffansvar vid förtroendebrott: särskilt i aktiebolag* (Stockholm 2007)
- Mathiesen (2011) Mathiesen, Thomas, *Retten i samfunnet: En innføring i retts sosiologi*, 5. utgave (Oslo 2011)
- Matningsdal (2017) Matningsdal, Magnus, *Straffeloven: De straffbare handlingene: Kommentarutgave* (Oslo 2017)
- Matningsdal (2016) Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, 2. utgave (Bergen 2016)
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004)
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse* (Oslo 2018)

- Slettan og Øie (2001) Slettan, Svein og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff: Innføring i strafferett*, Bind 1 (Oslo 2001)
- Stordrange (2014) Stordrange, Bjørn, *Forbrytelser mot vårt økonomiske system*, 3. utgave (Bergen 2014)
- Tøssebro (2016) Tøssebro, Henriette N., *Rettsstrid* (Bergen 2016)
- Waaben og Langsted (2014) Waaben, Knud og Lars Bo Langsted, *Strafferettens spesielle del*, 6. utgave (København 2014)

Artikler

- Fischer (1935) Fischer, Johan, «Om Mandatsvig og visse andre strafbare Forhold», *Juristen*, 1935 s. 227-236
- Horn og Pilgaard (2008) Horn, Henrik og Marianne Støkken Pilgaard, «Fra Økokrim: Strafferettslig utroskap: Lojalitetsplikten ved transaksjoner mellom nærstående», *Tidsskrift for strafferett*, 03/2008 s. 336-347
- Jakobsen (2018) Jakobsen, Lisa Charlotte, «Vinningsformålet i norsk aksjeselskapsrett», *Nordisk tidsskrift for Selskabsret*, 2018 nr. 2

Nettbaserte kilder

- Brosveet (2011) Brosveet, Anders, «Merknad til Rt. 2011 s. 705», 23. mai 2011, <https://lovdata.no/pro/#document/HRSTR/avgjorelse/hr-2011-973-a> (sjekket august 2019)

