



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultetet

Foretaksstraff

Rettslige begrensninger i adgangen til å ilegge foretaksstraff på objektivt grunnlag og uten hensyn til skyld

Elias Undersåker Enga

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, vår 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Presentasjon av emnet og dets aktualitet.....	1
1.2	Metode.....	2
1.3	Veien videre	3
2	Hva er foretaksstraff?	4
2.1	Innledning og historisk bakteppe	4
2.2	Hensynene bak foretaksstraffinstituttet	5
2.3	Grunnvilkår for foretaksstraff	7
2.3.1	«Foretak» - straffesubjektet	7
2.3.2	«Når et straffebud er overtrådt» - overtredelseskravet.....	8
2.3.3	«På vegne av» - tilknytningskravet.....	13
2.4	Straffeansvaret ved endringer av foretaksstruktur og eierskifte mv.	16
2.5	Straffeansvarets valgfrihet.....	17
3	Skyldprinsippet og foretaksstraff	22
3.1	Innledning.....	22
3.2	Hvorfor har vi et krav om skyld?	22
3.3	Hva innebærer et krav om skyld?.....	26
3.4	Er foretaksstraff på objektivt grunnlag forenelig med skyldprinsippet?.....	27
4	Uskyldspresumsjonen og foretaksstraff	32
4.1	Innledning.....	32
4.2	Grunnloven § 96 annet ledd	32
4.3	EMK art. 6 nr. 2	33
4.4	Er foretaksstraff på objektivt grunnlag forenelig med uskyldspresumsjonen?	41
5	Lovkravet og foretaksstraff	44
5.1	Innledning.....	44
5.2	Grunnloven § 96 første ledd og EMK art. 7.....	44

5.3	Er foretaksstraff på objektivt grunnlag forenelig med lovkravet?	48
6	Avsluttende merknader	52
	Referanseliste	54

1 Innledning

1.1 Presentasjon av emnet og dets aktualitet

Avhandlingens hovedproblemstilling er i hvilken utstrekning et foretak i Norge kan idømmes foretaksstraff på objektivt grunnlag og uten hensyn til skyld. Formålet med oppgaven er å undersøke hvorvidt, og i tilfelle i hvilken grad, skyldprinsippet, uskyldspresumsjonen og lovkravet i strafferetten legger begrensninger på domstolenes adgang til å ilegge foretaksstraff på objektivt grunnlag.

Foretaksstraff reguleres av lov 20. mai 2005 nr. 80 om straff (straffeloven, heretter strl.) §§ 27 og 28, og det er særlig § 27 første ledd som er av interesse for oppgaven. Bestemmelsen lyder som følger:

«Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. Det gjelder selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller oppfylt vilkåret om tilregnelighet, jf. § 20.»

Det er en pågående diskusjon vedrørende straff på objektivt grunnlag, og foretaksstraff er av den grunn et tema med stor aktualitet.¹ Dette har blant annet tilknytning til den rettsutviklende virksomheten Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) bedriver gjennom sin tolkning av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), men også de prinsipielle utfordringene foretaksstraffen medfører. Foretaksstraff er en kontroversiell juridisk konstruksjon, som gir stort rom for rettspolitiske vurderinger. Temaet er mye omtalt i juridisk litteratur, og det kan særlig vises til Knut Høivik sin doktoravhandling.² Foretaksstraff er også i myndighetenes søkelys. Justis- og beredskapsdepartementet ga 31. mai 2018 mandat til advokat Knut Høivik om å vurdere behovet for en revisjon av reglene om foretaksstraff og korrupsjonslovgivningen. Utredningen skulle avgis innen 31. januar 2020, og sendes ut på høring. I skrivende stund er ikke utredningen publisert.

¹Se f.eks. Rui (2015) s. 511–512; Rui (2018) s. 202–215; Hika (2010) s. 505–547; Jacobsen (2009) s. 43–74 og Eskeland (2017) s. 386–387.

²Høivik (2012).

1.2 Metode

Avhandlingens metode er i utgangspunktet rettsdogmatisk, der gjeldende rett beskrives ved å avklare rettsspørsmål fortløpende som de reises i avhandlingen.³ Dette er den alminnelige juridiske metoden, hvor rettsreglenes innhold fastlegges etter en regelstyrt tolkning av de relevante rettskildene.⁴ Det vil også være innslag av rettspolitiske vurderinger fortløpende, men i hovedsak avslutningsvis i oppgaven. Avhandlingen vil inneholde uavklarte problemstillinger der skillet mellom de lege lata og de lege ferenda ikke vil være skarpt.

Formålet med oppgaven er finne innholdet strl. § 27, og undersøke om dette er forenelig med skyldprinsippet, uskyldspresumsjonen og lovkravet i strafferetten. Ved fastleggelsen av innholdet i enhver lovbestemmelse må det tas utgangspunkt i den naturlige språklige forståelsen. På strafferettens område er rettsanvendelsen strengt bundet av ordlyden. Dette kan forankres i Grunnloven § 96 første ledd. Dette medfører at man ikke kan tolke en straffebestemmelse utvidende eller analogisk til skade for tiltalte.⁵

Da strl. §§ 27 og 28 er en videreføring av lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (heretter strl. 1902) §§ 48a og 48b, med unntak for skyldkravet⁶, vil forarbeider og rettspraksis etter de gamle straffebestemmelsene om foretaksstraff være relevant for tolkingen av innholdet i strl. §§ 27 og 28 på de punktene som videreføres. I lovforarbeider vil man ikke bare finne opplysninger om hva som er ment med de enkelte lovbestemmelsene, men også om hva som er bakgrunnen for lovvedtaket, herunder hvilke formål som loven tar sikte på å fremme, og hvilke virkninger som ønskes unngått.⁷

EMK er inkorporert og gitt forrang i norsk rett, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, heretter mrl.) §§ 2 og 3. Dette medfører at straffelovens bestemmelser må tolkes og anvendes i samsvar med EMK. EMD er den autoritative fortolkeren av EMK og håndhever EMK i siste instans, jf. EMK del II art. 19 mv, og EMDs avgjørelser om innholdet i EMK vil derfor være av tung rettskildemessig vekt ved tolkingen av innholdet i strl. § 27.

³ Skoghøy (2018) s. 25.

⁴ Nygaard (2004) s. 24.

⁵ Se f.eks. Rt. 2014 s. 238 A, avs. 24.

⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 430.

⁷ Skoghøy (2018) s. 75.

1.3 Veien videre

I det videre vil det først gis en redegjørelse av foretaksstraffinstituttet, herunder de objektive grunnvilkårene, overføring av straffeansvar ved endringer i foretaksstruktur og straffeansvarets fakultative karakter. Det vil avgrenses mot straffeutmålingen ved illeggelse av foretaksstraff.

Dernest vil det drøftes hvorvidt foretaksstraff er forenelig med henholdsvis skyldprinsippet, uskyldpresumsjonen og lovkravet i strafferetten. Det nærmere innholdet og den rettslige forankringen for de tre prinsippene vil gis forut for drøftelsene av foretaksansvaret forenelighet med dem. Avslutningsvis vil det gis en oppsummering og vurdering av gjeldende rett.

2 Hva er foretaksstraff?

2.1 Innledning og historisk bakteppe

Foretaksstraff er straff som ilegges et foretak. Et foretak vil være en juridisk person, som er et begrep som brukes i juridisk terminologi om enheter som kan ha rettigheter og plikter, og som kan pådra seg ansvar.⁸ Motsetningen til en juridisk person er virkelige personer (fysiske personer). Når man skal redegjør for og drøfte foretaksstraff, er den bakenforliggende historikken viktig, særlig fordi de tradisjonelle innvendingene mot foretaksstraff fortsatt er aktuelle.

I norsk rett var det lenge sikker rett at juridiske personer ikke kunne straffes, og at en eventuell straffesak måtte reises personlig mot den/de som handlet på vegne av den juridiske personen.⁹ Bakgrunnen for dette var at en juridisk person selv ikke kunne utvise skyld, men bare handlet gjennom de personene som opptrer på dets vegne. Dette synet endret seg først under andre verdenskrig, og etter krigen ble det vedtatt enkelte bestemmelser som ga hjemmel for å straffe juridiske personer. På 1970-tallet økte fokuset på adgangen til å straffe juridiske personer, og mot slutten av 1980-tallet hadde de fleste straffesanksjonerte lovene hjemmel for å straffe juridiske personer.

I 1991 ble det innført en generell hjemmel i § 48a i den dagjeldende straffeloven av 1902 til å straffe foretak. Denne bestemmelsen ga hjemmel for ileggelse av foretaksstraff ved overtredelse av alle straffesanksjonerte bestemmelser, uavhengig om de fantes i særlovgivning eller i straffeloven. Ved utarbeidelsen av § 48a ble det blant annet pekt på at økt samfunnsmessig regulering hadde ført til nye lovbruddstyper, og at flere av disse ofte vil skje nettopp i foretak, herunder brudd på regler om produktkontroll, arbeidsmiljø og forurensing.¹⁰ Det praktisk viktigste området for foretaksstraff har også vist seg å være slike lovovertridelser i næringslivet, særlig ved overtredelser av forurensnings- og arbeidsmiljøloven.¹¹ Ved vedtakelsen av straffeloven av 2005 ble den generelle adgangen til å straffe foretak videreført i §§ 27 og 28.

⁸ Eskeland (2017) s. 370.

⁹ Rt. 1938 s. 411 (s. 414). Se også f.eks. Andenæs (2016) s. 275 og Matningsdal (2015) s. 234.

¹⁰ NOU 1989: 11 s. 9.

¹¹ Andenæs (2016) s. 279.

Foretaksstraff er et supplement til personlig straffeansvar, og det ene utelukker følgelig ikke det andre.¹² De objektive grunnvilkårene for foretaksstraff fremgår av strl. § 27 første ledd første punktum: Det må foreligge et «foretak» etter straffelovens forstand, et straffebud må være «overtrådt» og overtredelsen må være gjort av noen som har handlet «på vegne av» foretaket.

Hva foretaksstraff kan bestå i fremgår av strl. § 27 tredje ledd. Straffen er bot, men det kan også idømmes rettighetstap og inndragning. Bot kan ilegges selv om det aktuelle straffebudet bare gir hjemmel for fengsel. Da foretaket er en juridisk person, kan det følgelig ikke settes i fengsel, og subsidiær fengselsstraff brukes ikke, jf. strl. § 55 tredje ledd.

2.2 Hensynene bak foretaksstraffinstituttet

Metodisk vil hensynene bak en lovbestemmelse ha relevans for tolkningen av den. Dette vil særlige gjelde for foretaksstraff, da hensynene får direkte anvendelse på hvordan foretaksstraff praktiseres gjennom § 28. Hensynene kan forklare hvorfor man har valgt ansvarskonstruksjonen i strl. § 27, og vil ha stor betydning for drøftelsene angående foretaksstraffens forenelighet med skyldprinsippet og uskyldspresumsjonen.

Hovedhensynet bak all straff er prevensjonshensynet.¹³ Med prevensjon menes «hindring», og formålet med straff er således å motvirke de handlinger som er kriminalisert og dermed være adferdsregulerende. Forarbeidene til straffeloven gir ingen utdypende begrunnelse for foretaksstraffen, da det er en videreføring av et straffeinstitutt som allerede eksisterte ved vedtakelsen av loven. Den bakenforliggende begrunnelsen for foretaksstraff må derfor i hovedsak søkes i rettspraksis, juridisk litteratur og forarbeidene til straffeloven av 1902 § 48a.

Formålet med foretaksstraff er å styrke straffebestemmelsenes preventive virkning, og tanken er at prevensjonshensynet vil fremmes i større grad dersom foretak kan gjøres strafferettslig ansvarlig, kontra dersom man bare hadde et personlig straffeansvar.¹⁴

¹² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 242.

¹³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77-78.

¹⁴ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6-7. Se også Høivik (2012) s. 69.

Trusselen om foretaksstraff skal fremme prevensjonshensynet ved at det skal motvirke «pulverisering» av straffeansvar og ved at foretakene får et incitament til å hindre at lovbrudd blir begått i forbindelse med virksomheten.¹⁵

Organisert virksomhet skaper en risiko for «pulverisering» av straffeansvar.¹⁶ Slik ansvarspulverisering er aktuelt både med hensyn til selve straffeansvaret og utmålingen av straffereaksjonen. Dersom foretaket ikke kunne straffes, ville et eventuelt straffeansvar måtte bli rettet mot foretakets representanter, og i relasjon til disse må straffelovens skyldkrav være oppfylt. Dette vil kunne medføre at straffbare forhold begått av foretakets representanter i foretakets interesse, ikke blir imøtegått med straff. Dette vil spesielt gjelde ved de tilfeller der man ikke kan identifisere hvem som har utført lovbruddet (anonyme feil). I slike tilfeller kan ingen gjøres strafferettslig ansvarlig hvis ikke foretaket kan straffes. Det samme gjelder lovbrudd som skyldes flere mindre feil begått av forskjellige personer, uten at noen av feilene er grove nok til å medføre straffansvar for noen enkeltperson (kumulative feil).

Dersom det bare var adgang til å straffe ansatte måtte en eventuell bot også fastsettes etter den skyldiges økonomi, jf. strl. § 53. Straffereaksjonen kan potensielt da bli beskjedent i forhold til handlingens skadevirkninger. Ved å legge straffeansvaret på foretaket i stedet for dets representanter, vil man forhindre slik ansvarspulverisering. Vanskene med å bevise skyld hos enkeltpersoner og begrensningene på straffeutmålingen ville særlig vært et problem i større organisasjoner. Å utelukkende bare ha et personlig straffeansvar betinget av skyld ville vært lite effektivt overfor lovbrudd begått på vegne av slike foretak.

Når muligheten til å pulverisere ansvaret ikke er til stede, vil foretaksstraff virke stimulerende for foretaket til å gjennomføre organisatoriske tiltak slik at man unngår foretaksstraff. I forarbeidene til straffeloven av 1902 § 48a ble det fremhevet at straffetrusselen vil kunne bidra til å skjerpe bedriftsledelsens aktsomhet.¹⁷

Slike organisatoriske tiltak kan være av flere former. Utnevning av tillitsvalgte og ansatte med tilstrekkelig kompetanse er et eksempel.¹⁸ Et annet tiltak som kan redusere risikoen for lovbrudd er opplæring, retningslinjer og informasjon om hvordan personer i foretaket skal

¹⁵ Rt. 2004 s. 1457 A, avs. 23.

¹⁶ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6-7.

¹⁷ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6.

¹⁸ Høivik, (2012) s. 70.

utøve sine arbeidsoppgaver.¹⁹ Instruksjoner om hvordan ansatte i foretaket skal utøve sine funksjoner er et annet tiltak som kan motvirke straffbare handlinger. Brudd på instruksjoner kan føre til interne sanksjoner, og risikoen for interne sanksjoner kan påvirke atferden til de som handler på vegne av foretaket. Tilsyn og kontroll med representantens utøving av sine funksjoner er en fjerde form for tiltak som kan motvirke at lovbrudd blir begått i forbindelse med foretakets virksomhet.²⁰

Rettferdighets- og rimelighetsyn er også med på å begrunne foretaksstraff. Det vil kunne være urimelig å straffe en enkeltperson, når det er klart at et lovbrudd er begått for å fremme foretakets interesser. Dette trekkes frem i lovmotivene, da det påpekes at foretaksstraff normalt vil ramme den som har hatt fordel av lovbruddet, nemlig foretaket.²¹

2.3 Grunnvilkår for foretaksstraff

2.3.1 «Foretak» - straffesubjektet

Hvem som er ansvarssubjektet etter strl. § 27, og som følgelig kan ilegges foretaksstraff, beror på en tolkning av begrepet «foretak». I bestemmelsens annet ledd er «foretak» legaldefinert som «*selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet.*»

Foretak er således et vidt begrep, som etter ordlyden kan omfatte en rekke juridisk personer. Det følger av forarbeidene at «foretak» er ment å peke på alle typer virksomhet, uansett organisasjonsform.²² Dette kan forklares med at hvordan en virksomhet er organisert, ikke skal være av betydning for det strafferettslige ansvaret.²³ Det stilles heller ikke krav om at «foretaket» må være registrert i Foretaksregisteret.

Hvorvidt et foretak er privat eller eid av det offentlige er uten betydning når det gjelder foretaksstraff. Dette fremgår av forarbeidene, men også henholdsvis av ordlyden i § 27 annet ledd, jf. «offentlig virksomhet». ²⁴ Alternativet «offentlige virksomhet» får videre selvstendig

¹⁹ Rt. 1992 s. 19 A, s. 21. Ved avgjørelsen om å ikke ta til følge anken over straffeutmålingen ble det blant annet lagt vekt på manglende informasjonsflyt og manglende opplæring.

²⁰ Høivik (2012) s. 71.

²¹ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6.

²² NOU: 1989: 11 s. 11.

²³ Innst. O. Nr. 55 (1990-1991) s. 3.

²⁴ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 27-30.

betydning dersom det gjelder virksomhet som stat, fylkeskommune eller kommune driver direkte, og det er følgelig klart at offentlige virksomheter kan ilegges foretaksstraff.

Et særlig spørsmål oppstår når det gjelder illeggelse av foretaksstraff overfor enkeltpersonforetak. Enkeltpersonforetak er næringsvirksomhet som drives for en enkelt persons regning og risiko. Det er et vilkår at et enkeltpersonforetak har ansatte eller oppdragstakere i sin næringsvirksomhet, for at det skal kunne ilegges foretaksstraff.²⁵ Det uttales riktignok i forarbeidene at også enkeltmannsforetak der det ikke er andre enn eieren som arbeider i eller for foretaket, kan straffes.²⁶ Uttalelsen gir ikke uttrykk for gjeldende rett, da Høyesterett eksplisitt har tatt avstand fra et slikt standpunkt.²⁷ Dette henger sammen med at den legislative begrunnelsen for foretaksstraff svikter i slike tilfeller, da det ikke er fare for f.eks. ansvarspulverisering. I tillegg vil straff for både eier og foretak i et enkeltpersonforetak uten ansatte være i strid med forbudet mot dobbeltstraff i EMKs tilleggsprotokoll nr. 7 art. 4.

2.3.2 «Når et straffebud er overtrådt» - overtredelseskravet

2.3.2.1 Er straffeansvaret objektivt?

Et foretak kan straffes når «*et straffebud er overtrådt*» av noen som har handlet på vegne av foretaket, jf. strl. § 27 første ledd. «*[E]t straffebud*» signaliserer, som påpekt tidligere, at straffehjemmelen for foretak er generell, og at alle straffbare handlinger, uavhengig om straffebudet finnes i straffeloven eller særlovgivning, kan gi grunnlag for foretaksstraff.²⁸ Dette må også omfatte straffbar medvirkning og forsøk, jf. strl. §§ 15 og 16.²⁹

At et straffebud må være overtrådt av «noen» som har handlet på vegne av foretaket, betyr for det første at en fysisk person må være gjerningspersonen bak en straffbar handling. Hvilken tilknytning gjerningspersonen må ha til foretaket vil behandles i pkt. 2.2.3. Spørsmålet blir videre hva som ligger i at et straffebud er «overtrådt».

«*Overtrådt*» kan etter en naturlig språklig forståelse bety at innholdet i den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud må være oppfylt, for at et foretak skal kunne ilegges straff. Ordlyden kan imidlertid også forstås som om at alle straffbarhetsvilkårene må være

²⁵ Rt. 2007 s. 785 A, avs. 18.

²⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

²⁷ Rt. 2000 s. 1451 A, s. 1453.

²⁸ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 11 og 44, og Rt. 2000 s. 2023 (s. 2027).

²⁹ Høivik (2012) s. 174.

oppfylt i relasjon til en lovovertrødelse. Det vil si at det må foreligge en overtrødelse av den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, gjerningspersonen må ha utvist tilstrekkelig grad av skyld i relasjon til alle elementene i gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, gjerningspersonen må være tilregnelig og det må være fravær av straffrihetsgrunner.³⁰

Etter første ledd annet punktum kan foretaket kan straffes «*selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller oppfylt vilkåret om tilregnelighet, jf. § 20*». At «*ingen enkeltperson har utvist skyld*», vil etter sin ordlyd bety at gjerningspersonen ikke behøver å oppfylle det subjektive vilkåret om skyld, for at foretaket skal ilegges straff. Annet punktum oppstiller således etter sin ordlyd et rent objektivt ansvar for foretak. Foretaksstraff vil på sett å vis alltid være objektivt, i den forstand at et foretak ikke selv kan begå straffbare handlinger, men bare kan tilskrives ansvar for straffbare handlinger begått av dets representanter.

Forarbeidene er uklare vedrørende hvorvidt ansvaret er rent objektivt. Det fremholdes at formuleringen i annet punktum skal markere at straffeansvaret er objektivt og at det ikke skal være et vilkår for foretaksstraff at gjerningspersonen(e) har oppfylt de subjektive straffbarhetsvilkårene. På den annen siden uttales det også at straffeansvar for foretak ikke skal kunne ilegges dersom overtrødelsen er et hendelig uhell eller utslag av force majeure.³¹ «Hendelige uhell» er et uttrykk som brukes for å beskrive skade som skjer uten at noen handler uaktsomt. Force majeure er et begrep som brukes for å beskrive ekstraordinær hendelse eller omstendigheter utenfor ens kontroll, der typiske eksempler er krig og naturkatastrofer.

Forarbeidene kan dermed både forstås som at foretaksansvaret er et uaktsomhetsansvar med svært høy terskel for ansvarsfrihet, eller et objektivt ansvar med ansvarsfrihet for hendelige uhell og force majeure. Rent praktisk vil man kunne påstå at det sannsynligvis vil ha liten betydning for foretaksstraffens effektivitet om man operer med et objektivt ansvar eller en svært streng aktsomhetsnorm. På bakgrunn av ordlyden og forarbeidsuttalelsene er det lagt til grunn at § 27 oppstiller et rent objektivt ansvar.³² Dette vil innebære at foretaket kan ilegges straff for rent objektive overtrødelse av straffebud som er gjort av personer som har handlet

³⁰ Eskeland (2017) s. 72-73.

³¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

³² Rui (2018) s. 210; Matningsdal (2015) s. 238-239 og Eskeland (2017) s. 386-387.

på vegne av foretaket. Hendelige uhell og force majeure utgjør likevel en grense for «objektiviteten» av straffeansvaret.

2.3.2.2 Anonyme og kumulative feil

At foretaksstraff kan ilegges «*selv om ingen enkeltperson har utvist skyld*» medfører at bestemmelsen omfatter såkalte anonyme og kumulative feil.³³ Med anonyme feil sikter man til tilfeller hvor det ikke er mulig å utpeke gjerningspersonen bak et lovbrudd. Manglende identifisering av gjerningspersonen som har handlet på vegne av foretaket avskjærer følgelig ikke foretaksstraff. Kumulative feil omfatter tilfeller hvor ingen enkeltperson alene har overtrådt et straffebud, men dersom man summerer gjerningspersonens handlinger, vil disse samlet utgjøre en overtredelse av et straffebud. Det må uansett påvises at de anonyme eller kumulative feilene er begått «på vegne av» foretaket.

Under straffeloven av 1902 § 48a kom straff for anonyme og kumulative feil frem ved formuleringen «*selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen*».³⁴ Etter § 48a var det et vilkår at skyldkravet i det aktuelle straffebudet var oppfylt for å idømme foretaksstraff, både når det var en kjent gjerningsperson og dersom det gjaldt anonyme eller kumulative feil.³⁵ Dette er ikke videreført i strl. § 27. I forarbeidene begrunnes fravikelsen av skyldkravet med at man ønsket «*å utvide området for foretaksstraffen i forhold til etter gjeldende rett i de tilfeller hvor ingen enkeltperson har utvist skyld.*»³⁶

Fjerningen av kravet om subjektiv skyld hadde også sammenheng med ønsket om at straffelovgivningen i begrenset grad skulle ramme alminnelig uaktsomhet, men heller kreve grov uaktsomhet der uaktsomhetsansvar er aktuelt.³⁷ Departementet uttaler i forarbeidene at dersom «*slike skyldkrav gjelde også i samband med foretaksstraff, kan det komme til å begrense adgangen til å ilegge foretaksstraff sammenlignet med rettstilstanden i dag.*» Videre ble det påpekt at dette ville være særlig aktuelt ved anonyme eller kumulative feil, da det ville være vanskeligere å konstatere at disse var utslag av grov uaktsomhet enn som utslag av vanlig uaktsomhet. Foretaksstraffens effektivitet var således et argument for fjerningen av skyldkravet. Prosessøkonomiske hensyn ble også tatt til inntekt for det objektive ansvaret, da

³³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

³⁴ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 17.

³⁵ Rt. 2002 s. 1312 A, s. 1318. Se også Matningsdal (2015) s. 237.

³⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

³⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 115, jf. prp. s. 242.

det kan være kompliserende og fordyrende å måtte bevise subjektiv skyld hos enkeltpersoner for at foretaksstraff skal kunne idømmes.³⁸

En redegjørelse av hvilke konsekvenser fjerningen av skyldkravet får er tilnærmet fraværende, og det er merkverdig at en fravikelse av et så grunnleggende krav som skyld ikke får en grundigere begrunnelse. Matningsdal er meget kritisk til regelen om anonyme og kumulative feil, og mener begrunnelsen for fravikelsen av skyldkravet i forarbeidene er mangelfull.³⁹

2.3.2.3 Tilregnelighet

Tilregnelighet er i utgangspunktet et grunnvilkår ved ileggelse av straff, jf. strl. § 20 første punktum. Personer under 15 år, psykotiske personer, personer som er psykisk utviklingshemmet i høy grad, og personer som har en sterk bevisstetsforstyrrelse, er ikke strafferettslige tilregnelig, og kan ikke idømmes straff, jf. § 20 annet punktum bokstav a til d.

Etter § 27 første ledd annet punktum følger det at gjerningspersonen ikke behøver å være tilregnelig for å ilegge foretaksstraff. Unntaket fra tilregnelighetskravet er for det første en naturlig følge av at straffeansvaret omfatter anonyme og kumulative feil.⁴⁰ Det sier seg selv at dersom gjerningspersonen er ukjent, vil det være problematisk å føre bevis for tilregnelighet. Når det gjelder kumulative feil, vil man måtte vurdere tilregnelighet hos flere gjerningspersoner. En samlet tilregnelighetsvurdering av disse vil ikke kunne la seg gjøre. Det ville også være uheldig dersom en av flere gjerningspersoners utilregnelighet skulle medføre at foretaket ikke kunne straffes.

Prevensjonshensynet taler for at foretak bør kunne stilles ansvarlig for straffbare handlinger uavhengig om gjerningspersonen er tilregnelige eller ikke. Foretaket er ansvarlig for at dets representanter er tilstrekkelig skikket til sine arbeidsoppgaver. Mange personer som er strafferettslige utilregnelig er i arbeid. Det ville derfor vært uheldig dersom foretaksstraff skulle være avskjært på grunn av gjerningspersonens utilregnelighet. I forarbeidene påpekes det likevel at et foretak ikke bør straffes dersom handlingen ble begått av en utilregnelig person og foretaket ikke kan klandres for den straffbare handlingen.⁴¹ Matningsdal trekker

³⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 242.

³⁹ Matningsdal (2015) s. 239. I samme retning Eskeland (2017) s. 387.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 15.

⁴¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

frem eksempelet at dersom en psykotisk radiojournalist gjentatte ganger kommer med rasistiske utsagn i sine sendinger, og ledelsen ikke griper inn, vil det ikke foreligge grunn til å la være å straffe foretaket.⁴² Dette fordi foretaket da kan klandres for den straffbare handlingen. Når foretaksstraff bør og ikke bør ilegges vil det kommes tilbake til i pkt. 2.5.

2.3.2.4 Straffrihetsgrunner

Da ordlyden i § 27 annet punktum eksplisitt nevner skyld og tilregnelighet, men ikke straffrihetsgrunner, er det nærliggende å forstå § 27 første ledd som at et fravær av straffrihetsgrunner må innfortolkes i at et straffebed er «*overtrådt*».

Et fravær av straffrihetsgrunner er som nevnt et av fire vilkår for ileggelse av straff etter ansvars læren. En straffrihetsgrunn kan defineres som en omstendighet som gjør at en handling som objektivt sett er straffbar ikke gir grunnlag for bebreidelse mot gjerningspersonen, og følgelig utelukker straffeansvar. Dersom det foreligger en straffrihetsgrunn vil en straffbar handling være lovlig, eller i det minste straffri.

Felles for straffrihetsgrunnene er at de utvider handlefriheten i ekstraordinære situasjoner og utelukker bruk av straff. Bakgrunnen for dette er fordi at det kreves *rettsstrid* ved ileggelse av straff. Dersom formålet med kriminaliseringen ikke slår til og/eller at andre kolliderende hensyn veier tyngre, enn behovet straff, vil kravet om rettsstrid ikke være oppfylt, og straff kan ikke ilegges. Eksempelvis vil en straffbar handling begått for å avverge en nødssituasjon, kunne være straffri etter omstendighetene.

Straffrihetsgrunnene har nær sammenheng med den alminnelige rettsstridsreservasjonen, som er et prinsipp om at ethvert straffebed må leses med reservasjon om at det ikke har vært meningen å straffe ethvert forhold som omfattes av lovens ordlyd.⁴³ Dette prinsippet er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8, som medfører at det i visse tilfeller vil være uforholdsmessig å straffe handlinger, som rammes av et straffebed, og som er utført med skyld. Dersom det man ikke kan klandre lovovertrederen for lovbruddet, vil straff enten ikke forfølge et legitimt formål, eller være egnet, nødvendig eller proporsjonalt.

Straffeloven har generelle, lovfestede bestemmelser om straffrihetsgrunner i § 17 (nødrett), § 18 (nødverge) og § 19 (selvtekt). Ikke alle straffrihetsgrunnene er lovfestet, og eksempler på

⁴² Matningsdal (2015) s. 240.

⁴³ Rt. 2012 s. 686 A, avs. 59.

ulovfestede straffrihetsgrunner er samtykke, uanmodet forretningsførsel, plikt kollisjoner og tiltaleprovokasjon.⁴⁴

Et krav om fravær av straffrihetsgrunner er også lagt til grunn i forarbeidene, der det fremgår at det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunn for å ilegge foretaksstraff, og at «*[d]ersom en ansatt for eksempel handler i nødverge, vil ikke foretaket kunne straffes*». ⁴⁵ Uttalelsen i forarbeidene er gitt uten forbehold eller ytterligere forklaring, og må anses som gjeldende rett. En straffrihetsgrunn for gjerningspersonen vil dermed også være straffriende for foretaket. Ved anonyme feil kan det være problematisk å vurdere om det foreligger en straffrihetsgrunn. I slike tilfeller er det en presumsjon om at dersom det ikke foreligger konkrete holdepunkter for det, skal man gå ut fra at det ikke foreligger en straffrihetsgrunn.⁴⁶

I juridisk teori er det tatt til orde for at regelen om at straffrihetsgrunner alltid er straffriende for foretaket ikke burde legges til grunn som gjeldende rett i alle tilfeller, men at det bør bero på en konkret vurdering om en straffrihetsgrunn for gjerningspersonen også skal virke straffriende i forhold til foretaket. ⁴⁷ I hvilken grad foretaket kan klandres for at situasjonen hvor lovbruddet ble begått oppsto vil her være av sentral betydning.

Et slikt standpunkt har gode grunner for seg. Kjernen i kravet om at det ikke må foreligge en straffrihetsgrunn er at dersom den straffbare handlingen ikke er rettstridig, og man ikke kan klandre gjerningspersonen for at han handlet slik han gjorde, vil straff ikke være forholdsmessig. Dersom man kan klandre foretaket for at en nødrettssituasjon f.eks. i utgangspunktet oppsto, taler dette for at foretaket ikke skal vernes på samme måte som gjerningspersonen.

2.3.3 «På vegne av» - tilknytningskravet

For at et foretak skal kunne ilegges straff, er det et vilkår at gjerningspersonen har opptrådt «*på vegne av*» foretaket. Etter en naturlig språklig forståelse må det kreves en tilknytning mellom gjerningspersonen og foretaket, men også en tilknytning mellom gjerningspersonens handling

⁴⁴ Nærmere om straffrihetsgrunner, se f.eks. Eskeland (2017) s. 255-284.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

⁴⁶ NOU: 1989: 11 s. 16.

⁴⁷ Eskeland (2017) s. 381-382.

og foretaket. Begrepene «personell tilknytning» og «funksjonell tilknytning» kan brukes for å beskrive de ulike sidene av «på vegne av»-vilkåret.⁴⁸

Etter forarbeidene må både lovbryteren og handlingen ha «en viss tilknytning» til foretaket⁴⁹, og trekker frem ansatte i foretaket og selvstendig oppdragstakere som foretaket har hyret inn, som eksempler på personer med den nødvendige personelle tilknytningen. På de samme sidene i forarbeidene slutter man seg til en tidligere formulering av tilknytningskravet, nemlig at: «*lovbryteren må ha positiv hjemmel for å handle – det vil si enten i avtale, sedvane eller lov*». Handlinger som er foretatt av personer uten positiv hjemmel, men til fordel for foretaket, omfattes derfor ikke av foretaksansvaret. Det spesifiseres dog at kravet til positiv handlingshjemmel bare stilles i relasjon til den personelle tilknytningen, og ikke i forhold til den funksjonelle tilknytningen. Gjerningspersonen må dermed ha positiv hjemmel for å handle på vegne av foretaket, men det kan ikke kreves at vedkommende har positiv hjemmel for å foreta den bestemte handlingen.

Når det gjelder selvstendige oppdragstakere er det lagt til grunn at foretaket må ha «reell instruksjons- og kontrollmyndighet» med oppdragstakeren for at oppdragstakeren kan anses å opptre «på vegne av» foretaket.⁵⁰ I forarbeidene til strl. 1902 § 48a ble det uttalt at dette var av avgjørende betydning for hvorvidt en oppdragstaker opptrådte på vegne av foretaket.⁵¹

Dette kan imidlertid ikke tas helt på ordet, og rettspraksis har vist at det ikke kreves spesielt mye for at et foretak kan anses å ha mulighet til å instruere og kontrollere en selvstendig oppdragstaker. I Rt. 2010 s. 1608 ble en turoperatør som hadde leiet et skip med mannskap holdt strafferettslig ansvarlig for at skipets kaptein hadde navigert skipet for nær isbrekanten på Svalbard. Dette førte til at isbreen kalvet og flere passasjerer ble skadet av den påfølgende bølgen. Turoperatøren hadde åpenbart ingen instruksjonsmyndighet i forhold til kapteinen når det gjaldt navigeringen av skipet, men det ble likevel lagt til grunn at kapteinen handlet på vegne av turoperatøren, da kapteinen seilte i samsvar med turoperatørens ønskemål. I relasjon

⁴⁸ Høivik (2012) s. 232.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 430-431.

⁵⁰ Rt. 2010 s. 1608 A, avs. 24. Lovanvendelsen under skyldspørsmålet ble ikke prøvd i Høyesterett, da anken over dette ikke ble tillatt fremmet. Voterende dommer oppstiller likevel rettsregelen, og slår implisitt fast skipskapteinen handlet på vegne av turoperatøren.

⁵¹ NOU 1989: 11 s. 17.

til egne ansatte stilles det ikke et krav om instruksjonsmyndighet, og et foretaks manglende instruksjonsmyndighet overfor disse fritar ikke for ansvar.⁵²

Den funksjonelle tilknytningen omhandler hvilke handlinger som foretaket kan gjøres ansvarlig for. Å handle «på vegne av» foretaket, vil som nevnt innebære at det må være en viss tilknytning mellom handlingen og foretaket. Det sier seg selv at straffbare handlinger som et foretaks representanter foretar privat, ikke omfattes av foretaksansvaret. Dette har overhodet ingen tilknytning til foretaket, og den legislative begrunnelsen for foretaksstraff svikter. Slike handlinger kan f.eks. ikke motvirkes av organisatoriske tiltak.

I forarbeidene fremheves betydningen av om gjerningspersonen har holdt seg innenfor det som er rimelig å regne med, og om handlingen ligger innenfor foretakets virksomhet.⁵³ Dersom dette ikke er tilfellet, vil handlingen ikke kunne sies å være foretatt på vegne av foretaket.

Hvem sin interesse en handling er foretatt i, er av betydning for om handlingen er foretatt «på vegne» av foretaket. Dersom et lovbrudd er gjort i gjerningspersonens egeninteresse, taler dette imot at den funksjonelle tilknytningen er til stede. Handlinger som bærer et klart preg av illojalitet mot foretaket vil blant annet falle utenfor.⁵⁴ At en handling utgjør et instruksbrudd er likevel ikke automatisk ansvarsfriende for foretaket.⁵⁵ Instruksbrudd fritar bare for ansvar dersom foretaket ikke kunne forutse at instruksene ville bli brutt.⁵⁶ Rettspraksis har vist at det skal mye til for at instruksbrudd skal medføre at handlingen ikke anses å være begått «på vegne av» foretaket.⁵⁷ I Rt. 2007 s. 1684 ble et foretak holdt straffeansvarlig for at en av dets ansatte hadde forurenset en elv ved dumping av miljøfarlig avfall, selv om gjerningspersonen hadde fått muntlig beskjed om å ikke dumpe avfallet i elven.⁵⁸ Det ble blant annet lagt vekt på manglende retningslinjer, opplæring og internkontroll.

Gjerningspersonens stilling i foretaket har betydning for om handlingen anses for å være foretatt på vegne av foretaket.⁵⁹ Har vedkommende en ledende stilling i foretaket eller har

⁵² Rt. 2001 s. 1379 A, s. 1381.

⁵³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 430-431.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 18 og 20.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 430.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 18.

⁵⁷ Rt. 2012 s. 770 A, avs. 22-23.

⁵⁸ Rt. 2007 s. 1684 A, avs. 32.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 430-431.

handlingen grunnlag i en styrebeslutning, vil handlingen normalt regnes for å være utført på vegne av foretaket. Jo høyere stilling man har i foretaket, jo enklere er det å konstatere at man har handlet på vegne av foretaket. I grensetilfeller, altså der den funksjonelle tilknytningen ikke er opplagt, vil man lettere anta at det er handlet på vegne av foretaket hvis gjerningspersonen har en relativt høy stilling.⁶⁰ I et slikt tilfelle vil altså den personelle tilknytningen bli så sterk at man kan lempe på kravet til funksjonelle tilknytning.

Det kan oppstå situasjoner der en gjerningsperson har handlet på vegne av flere foretak. Et eksempel er at en ansatt i et foretak som har oppdrag for et annet foretak, begår en straffbar handling i begge foretaks interesser. Spørsmålet blir da om begge av foretakene kan straffes. Ordlyden i § 27 avskjærer ikke dette. Det er også lagt til grunn i forarbeidene at både en oppdragsgiver og en oppdragsmottaker etter omstendighetene kan ilegges foretaksstraff i samme sak.⁶¹ Når det gjelder hvorvidt et morselskap kan bli strafferettslig ansvarlig for handling begått på vegne av et datterselskap, er det ingen automatikk i dette. Om morselskapet kan holdes ansvarlig, beror på en vurdering av gjerningspersonens tilknytning til dette selskapet, for eksempel om lovbrøyteren også har verv i morselskapet.⁶² Morselskapet kan etter dette bare ilegges foretaksstraff dersom det kan sies at overtredelsen er begått på vegne av også dette selskapet.

2.4 Straffeansvaret ved endringer av foretaksstruktur og eierskifte mv.

Dersom et foretak blir ilagt foretaksstraff, og dernest blir overdratt, for eksempel fisjonert eller fusjonert, oppstår spørsmålet om det straffeansvaret foretaket hadde pådratt seg før transaksjonen også gjelder etter transaksjonen.

Løsningen på dette spørsmålet er vanskelig å finne svar på i ordlyden i § 27. Under forberedelsen av § 48a i den gamle straffeloven uttalte Straffelovkommisjonen at spørsmål angående overdragelse av straffeansvaret ved endringer av foretaksstruktur egnet seg dårlig for lovregulering, og at det bør overlates til rettspraksis å vurdere den nærmere betydningen

⁶⁰ Ot.prp. nr. 27 (1990-91) s. 18.

⁶¹ Ot.prp. nr. 27 (1990-91) s. 20.

⁶² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

av slike endringer i det enkelte tilfelle.⁶³ Og videre at utgangspunktet er at endringene ikke har noen betydning for det strafferettslige ansvaret.

Dette ble fulgt opp i forarbeidene til straffeloven av 2005, hvor man slutter seg til utgangspunktet om at endringer i foretaksstrukturen ikke har betydning for straffansvaret.⁶⁴ Det uttales videre at det kan tenkes unntak, for eksempel hvis et foretak oppløses, og at det avgjørende for om foretaksstraffen følger med transaksjonen, blir om gjerningspersonen etter en konkret vurdering kan sies å ha handlet «på vegne av» det nye foretaket. Relevante momenter i denne vurderingen vil blant annet være om eierne og ledelsen er de samme som tidligere.

Vurderingen blir dermed hvorvidt den straffbare handlingen som medførte foretaksstraff, kan sies å være begått på vegne av det «nye» foretaket. Ved rent eierskifte vil straffeansvaret følge med.⁶⁵ Ved fisjon vil normalt det selskapet som fortsetter den virksomheten som utløste ansvaret, være ansvarlig.⁶⁶ Ved fusjon overtas som utgangspunkt ansvaret.⁶⁷ Dersom et foretak oppløses, vil det bero på de konkrete omstendighetene om ansvaret kan gjøres gjeldende. Har foretaket og virksomheten opphørt, finnes det normalt ikke noe foretak som kan holdes ansvarlig. Et foretaks straffeansvar kan følgelig overføres til et annet foretak.⁶⁸ Foretaksstraffen skiller seg her fra det personlige straffeansvaret, som aldri kan overføres.

2.5 Straffeansvarets valgfrihet

Straffeansvar for fysiske personer er som hovedregel obligatorisk, men straffeansvaret etter strl. § 27 er fakultativt. Med obligatorisk menes tvunget, og med fakultativt menes valgfritt. Dette fremgår henholdsvis av ordlyden i § 27, jf. «*kan foretaket straffes*», og videre av § 28. Den fakultative siden av foretaksstraff er videreføring av rettstilstanden etter straffeloven 1902 § 48a, jf. 48b, og rettskilder knyttet til de gamle bestemmelsene er derfor av relevans for tolkningen av straffeansvarets valgfrihet etter strl. § 27, jf. § 28.

Foretaksstraffens fakultative karakter illustrerer en grunnleggende forskjell mellom foretaksstraff og straffeansvaret for fysisk personer. Dersom straffbarhetsvilkårene er oppfylt,

⁶³ NOU 1989: 11 s. 31.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

⁶⁵ Rt. 2002 s. 1722 A, s. 1724-1725.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

⁶⁷ Rt. 1995 s. 1922 A, s. 1929-1930.

⁶⁸ Nærmere om foretaksstraff ved endringer i foretaksstruktur, se Graff Hartmann (2009) s. 331-353.

kreves det særskilt hjemmel, f.eks. straffritaksgrunner, for å frifinne en fysisk person. I relasjon til foretaksstraff har domstolene alltid en skjønnsmessig kompetanse til å vurdere om et foretak skal ilegges straff. Forskjellen kan begrunnes i at foretaksstraff gjør unntak fra det grunnleggende kravet om at straff bare kan ilegges den som selv har utvist skyld.⁶⁹ I forarbeidene til den tidligere straffeloven ble det også påpekt av departementet at ansvarets valgfrihet kunne ses på som «*en nødvendig motvekt mot det prinsipielt sett meget vidtrekkende foretaksansvaret*» en generell straffehjemmel ville medføre.⁷⁰

Valgfriheten gjelder både for påtalemyndigheten og domstolene. Dette medfører at det i første omgang er opp til påtalemyndighetens skjønn å avgjøre om saken skal forfølges, og dernest opp til rettens skjønn å vurdere hvorvidt det skal ilegges foretaksstraff.⁷¹ Det kan for eksempel tenkes at de objektive grunnvilkårene er oppfylt, men at foretaksstraff ikke ilegges, enten fordi påtalemyndigheten velger å ikke straffeforfølge eller fordi domstolene frikjenner tiltalte.

Påtalemyndigheten er i sin skjønnsutøvelse for det første bundet av alminnelige forvaltningsrettslige krav om saklighet og forsvarlighet. Videre skal foretak bare straffeforfølges dersom dette anses som «hensiktsmessig».⁷² Domstolene kan i sin skjønnsutøvelse overprøve påtalemyndighetens hensiktsmessighetsvurdering. For domstolens del innebærer dette at foretaket kan frifinnes selv om vilkårene for straff foreligger. Domstolene skal vurdere hvorvidt et foretak skal ilegges straff sak til sak med de hensyn som taler for og mot foretaksstraff.⁷³ Dette vil være en bred, skjønnsmessig helhetsvurdering⁷⁴, med utgangspunkt i den avveining som strl. § 28 gir anvisning på. Det er heller ingen presumsjon for eller hovedregel om at foretaket skal straffes dersom de objektive grunnvilkårene etter § strl. § 27 oppfylt.⁷⁵ Det er likevel lagt til grunn i rettspraksis at foretaksstraff er særlig egnet ved visse type lovovertrædelser, f.eks. miljøkriminalitet, og da vil man likevel nærme seg en hovedregel om at foretaksstraff skal ilegges når de objektive grunnvilkårene er oppfylt.⁷⁶

⁶⁹ Matningsdal (2015) s. 249.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 27 (1990– 1991) s. 22.

⁷¹ Ot.prp. nr. 27 (1990– 1991) s. 22.

⁷² Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 22.

⁷³ Rt. 1998 s. 652 A, s. 654.

⁷⁴ Rt. 2013 s. 1025 A, avs. 27.

⁷⁵ Rt. 2000 s. 2023 A, s. 2027.

⁷⁶ Rt. 2007 s. 1998 A, avs. 41.

Spørsmålet blir da videre når foretaksstraff er å anse som hensiktsmessig. Hvilke momenter som det skal legges vekt på ved vurderingen om et foretak skal straffes fremgår av strl. § 28 bokstav a) til h), hvor det er opplistet en rekke momenter som det skal tas hensyn til. Etter ordlyden er ikke listen uttømmende, jf. «*blant annet tas hensyn til*», og det samme er lagt til grunn i forarbeidene.⁷⁷ Andre momenter kan derfor spille inn, men loven angir de som har størst praktisk betydning. De samme momentene skal vektlegges ved utmålingen av straffen, noe som kan utledes direkte av ordlyden i strl. § 28.

Etter bokstav a) skal det legges vekt på *straffens preventive virkning*. Hvorvidt straffen vil virke avskrekkende og normdannende for fremtiden står her sentralt.⁷⁸ Dersom illeggelse f.eks. kan føre til en heving av standarden innen en bransje, vil dette tale for foretaksstraff.⁷⁹ I relasjon til straffens preventive virkning trekker forarbeidene også frem lovbrüterens stilling i foretaket som betydningsfullt.⁸⁰ Gjerningspersonens stilling i foretaket har som nevnt i pkt. 2.3.3 betydning for om et lovbrudd anses som begått på vegne av foretaket, men det har også betydning for om foretaket skal straffes. Dersom den straffbare handlingen er begått av en representant i en ledende stilling, antas det at fremtidige lovbrudd lettere la seg avverge, da vedkommende i kraft av sin stilling vil ha anledning til å endre rutiner mv.

Etter bokstav b) skal *lovbruddets grovhet, og om noen som handler på vegne av foretaket, har utvist skyld*, være et moment i vurderingen. Lovbruddets grovhet peker både på objektive forhold, f.eks. påførte skader eller skadepotensialet, og subjektive forhold ved overtredelsen, som skyldgraden hos gjerningspersonen.⁸¹ Videre fremholder forarbeidene at dersom foretaket ikke kan klandres for gjerningspersonens lovbrudd, kan det være urimelig å straffe foretaket hvis lovbrüterer ikke har utvist tilstrekkelig skyld i relasjon til det aktuelle straffebudet. Hvis straffebudet krever forsett og gjerningspersonen har utvist uaktsomhet, kan det tale for at foretaket ikke bør straffes dersom det ikke kan klandres for lovovertrædelsen. Som påpekt i pkt. 2.3.2 kan foretaksstraff ilegges selv om skyldkravet i straffebudet ikke er oppfylt, men dette får altså relevans for om den fakultative kompetansen skal brukes.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 34.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432.

⁸¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432.

Etter bokstav c) skal hvorvidt *foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet* tas i betraktning i vurderingen. Momentet omhandler i hvilken grad foretaket kunne forhindre lovbruddet ved organisatoriske tiltak. Ved lovbrudd som beror på systemsvikt, vil foretaket ofte være det naturlige ansvarssubjektet.⁸² Foretakets anledning til å forebygge lovbruddet vil ha nær tilknytning til straffens preventive virkning.⁸³ Eksempelvis vil den preventive virkningen være liten dersom foretaket ikke har mulighet til å forebygge lignende straffbare handlinger i fremtiden. Dersom et lovbrudd ble begått i strid med instruks, vil det være av betydning hvorvidt foretaket kan klandres for instruksbruddet.⁸⁴

Etter bokstav d) er hvorvidt *lovbruddet er begått for å fremme foretakets interesser* et moment som det skal legges vekt på. Etter en naturlig språklig forståelse vil det da være av betydning om gjerningspersonen har begått den straffbare handlingen for å gi foretaket en fordel. Etter forarbeidene stilles det ikke krav om hensikt om å begå en lovovertrødelse, men det er tilstrekkelig at handlingen ble utført med den hensikt å fremme foretakets interesser.⁸⁵ Hvorvidt lovbrøderen anså sin handling som lovlig eller ikke, er dermed ikke av relevans etter bokstav d), men spørsmålet er hvorvidt gjerningspersonen hadde til hensikt å fremme foretakets interesser ved handlingen. Forarbeidene spesifiserer videre at «foretakets interesser» heller ikke må være av økonomisk art, og trekker frem goodwill som eksempel på andre relevante fordeler.

Etter bokstav e) skal det legges vekt på *om foretaket har hatt eller kunne ha oppnådd noen fordel ved lovbruddet*. Som det fremgår av ordlyden, kreves det ikke at foretaket har oppnådd en fordel, men det er tilstrekkelig at lovbruddet kunne medført en fordel. Momentet har nær sammenheng med bokstav d), og det er heller ikke etter bokstav e) begrenset til utelukkende økonomisk fordel.⁸⁶ *Foretakets økonomiske evne* er et annet relevant moment i hensiktsmessighetsvurderingen, jf. bokstav f). Dette momentet vil normalt ha større betydning for straffeutmålingen enn for vurderingen om foretaksstraff skal ilegges.⁸⁷

⁸² Rt. 2009 s. 1595 A, avs. 33.

⁸³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432.

⁸⁷ Rt. 2011 s. 1738 A, avs. 39.

Etter bokstav g) skal det tas hensyn til *om andre reaksjoner som følge av lovbruddet blir ilagt foretaket eller noen som har handlet på vegne av det, blant annet om noen enkeltperson blir ilagt straff*. Dette momentet har nær sammenheng med foretaksstraffens fakultative karakter. Foretaksstraffen er som nevnt ikke et alternativ til personlig straff, men et supplement. Formålet med bestemmelsen er at man skal ha helheten av reaksjonene som blir ilagt for øye, ved vurderingen om foretaksstraff er hensiktsmessig.⁸⁸ Straff må være forholdsmessig, og for å unngå at den samlede reaksjon som følge av lovbruddet blir for streng må det dermed vurderes om foretaksstraff er hensiktsmessig, i tillegg til andre aktuelle reaksjoner mot foretaket eller som tillegg til at gjerningsperson blir ilagt straff. Motsatt vil det være grunn til å vektlegge om foretaket er det eneste mulig straffesubjektet, noe som vil tale sterkt for at foretaket skal straffes.⁸⁹

Etter bokstav h) skal det dras inn hvorvidt *overenskomst med fremmed stat forutsetter bruk av foretaksstraff*. Bokstav h) skal synliggjøre at det også er et moment ved vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges at internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av, forutsetter bruk av foretaksstraff.⁹⁰ Det er videre ikke bare forpliktende bestemmelser som skal tillegges vekt, men også ikke-bindende bestemmelser om foretaksstraff i internasjonale konvensjoner og bestemmelser som bare forplikter statene til å gi adgang til å straffe foretak, skal tas i betraktning.⁹¹

⁸⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432-433.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 244.

⁹¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 433.

3 Skyldprinsippet og foretaksstraff

3.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er hvorvidt foretaksstraff på objektivt grunnlag er forenelig med skyldprinsippet. Ved ileggelse av straff er det normalt et vilkår at gjerningspersonen har utvist skyld, noe som vil si at vedkommende kan klandres for den begåtte handlingen. Dette kan formuleres som et krav eller prinsipp om skyld.

Skyldkravet har rettslig forankring i overordnede rettsnormer, men det vil være skyldprinsippet som grunnlag for straffens moralske berettigelse som vil være gjenstand for behandling i dette kapitlet. Hvilke begrensninger uskyldpresumsjonen og lovkravet legger på det objektive straffeansvaret for foretak vil følgelig falle utenfor i dette kapitlet, men dette vil behandles i kapittel 4 og 5.

Et objektivt straffeansvar gjør som nevnt at straff kan ilegges uten skyld, og det dermed vil være tilstrekkelig å konstatere at det foreligger en overtredelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet for å ilegge straff. Dette utgjør unntak fra de alminnelige straffbarhetsbetingelsene etter ansvarslæren. Dette unntaket er i sin tur problematisk, da kravet til skyld, som det vil kommes tilbake til, utgjør selve grunnlaget for legitimiteten bak anvendelsen av straff. Foretaksstraffhjemmelen er også generell, som gjør at foretaksstraff i utgangspunktet kan ilegges på grunn av hvilken som helst straffbar handling. Dette medfører at hvilket skyldkrav som er fastlagt i det aktuelle straffebudet ikke har betydning for selve adgangen til å straffe et foretak. Straffeansvaret etter § 27 er som nevnt riktignok fakultativt, og da kan skyldkravet og graden av skyld hos dem som har handlet på vegne av foretaket derimot ha betydning for om foretaket bør straffes.⁹²

I det videre vil skyldprinsippets begrunnelse og innhold gjøres rede for, før det tas stilling til hvorvidt foretaksstraff er forenelig med skyldprinsippet.

3.2 Hvorfor har vi et krav om skyld?

Skyldprinsippet er et av strafferettens mest grunnleggende prinsipper, og innebærer at kun den som kunne og burde ha handlet annerledes og derfor kan klandres, skal holdes ansvarlig og straffes.⁹³ Prinsippet kan også defineres motsatt, nemlig at ingen skal straffes uten skyld

⁹² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

⁹³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2016) s. 24.

(*nulla poena sine culpa*). Skyldprinsippet har dype historiske røtter, og er en del av et felleseuropeiske tankegods.⁹⁴

For at en person skal utvise skyld, må to forutsetninger være til stede. For det første må den enkelte anses som ansvarlig for sine handlinger. For å tilskrives et slikt ansvar må man ha nødvendige intellektuelle forutsetninger for å forstå eller burde forstått, konsekvensene av sine handlinger. Dette er et krav om skyldevne, og forklaringen på hvorfor vi ikke straffer utilregnelige mennesker. Det kreves et «*minstemål av modenhet, sjelelig sunnhet og bevissthet*».⁹⁵

For det andre må den enkelte kunne bebreides hvis vedkommende velger å bryte et straffebud, og dette forutsetter at gjerningspersonen forsto, eller burde forstått, at den atferden han valgte var ulovlig.⁹⁶ Jacobsen formulerer dette som en forutsetning om menneskelig fornuftsevne, eller kapasitet til fri refleksjon og evne til å la seg påvirke og lede av gode grunner.⁹⁷

At man ikke kan ilegges straff uten skyld vil intuitivt fremstå som en selvfølge. Det strider mot den alminnelige rettsfølelsen å straffe personer som ikke kan bebreides for sine handlinger. Å måtte begrunne skyldprinsippet kan derfor ses på som unødvendig. En forklaring på hvorfor vi har et krav om skyld vil likevel være en nødvendig forutsetning for å kunne godtgjøre eventuelle unntak fra det.

Et naturlig utgangspunkt for å begrunne skyldsprinsippet vil være å se hen til hva straff faktisk er. Tradisjonelt sett har straff blitt definert som «*et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertredeisen, i den hensikt at han skal føle det som et onde*».⁹⁸ Denne definisjonen har fått tilslutning fra Høyesterett⁹⁹, og er også lagt til grunn i forarbeidene til straffeloven.¹⁰⁰

Straff er følgelig tilbakeskuende ondepåføring. Det er en reaksjon på et lovbrudd som allerede har funnet sted, og reaksjonen går ut på å påføre personen som har gjort lovbruddet, noe negativt. I tillegg kjennetegnes straff ved at det er staten som ilegger den. At straffen skal

⁹⁴ Rui (2015), s. 511.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 216.

⁹⁶ Eskeland (2017) s. 285-287.

⁹⁷ Jacobsen (2009) s. 54-55, jf. s. 64.

⁹⁸ Andenæs (2016) s. 10.

⁹⁹ Rt. 1977 s. 1207 A, s. 1209.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 20.

oppleves som et onde, gjør at straff er det sterkeste inngrepet staten kan bruke mot et individ. Ingen andre reaksjoner fra statens side har dette kjennetegnet, og straff skiller seg derfor fra andre reaksjoner staten bruker overfor sine borgere, som f.eks. tvangsinnleggelse på institusjon eller fratakelse av tillatelser.

Når staten påfører et onde i den hensikt at det skal være et onde, medfører det at straffen får uttrykk av klander. Straffen er uttrykk for samfunnets sterkeste fordømmelse og offentlige misbilligelse av en borgers atferd.¹⁰¹ De ulike strafferettslige reaksjonsformene, altså hva straffen kan bestå i, er opplistet i strl. §§ 29 og 30. På bakgrunn av hva straff er, fremstår det som logisk at det kreves skyld for ileggelse av straff. Fra et moralsk ståsted er det vanskelig å forsvare ondepåføring dersom gjerningspersonen ikke kan klandres for sine handlinger. Hensynet til rettferdighet taler således for at straff bare ilegges dersom gjerningspersonen har utvist skyld.

Det overordnede formålet med staten er å sikre borgernes frihet og menneskeverd. Dette kan blant annet utledes av Grunnloven § 2 annet punktum som slår fast at Grunnloven, som konstituerer staten Norge, skal sikre «*demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene*». Dette formålet blir satt på prøve ved bruk av straff, da man gjør inngrep i individets frihet. Tilsiktet ondepåføring krever derfor en solid begrunnelse.¹⁰²

Som nevnt i pkt. 2.2 er det offisielle hovedformålet med straff at den skal fungere preventivt. Straff skal forebygge uønsket atferd og å forebygge sosial uro i kjølvannet av uønsket atferd som likevel måtte skje. I relasjon til førstnevnte er tanken at straffen skal fungere både individualpreventivt, ved å påvirke den enkelte lovovertreder til ikke å begå nye lovbrudd i fremtiden, og allmennpreventivt, ved å påvirke andre til ikke å begå lovbrudd.¹⁰³

Straffens individual- og allmennpreventive virkninger kan være med å begrunne et skyldkrav. Dette fordi det kan antas at straffen har liten preventiv effekt, både individuelt eller allment, dersom den som straffes, ikke kan klandres for det han har gjort.¹⁰⁴ Tanken er altså at en

¹⁰¹ Rui (2015) s. 511-512.

¹⁰² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 111.

straffetrussel bare har preventiv virkning overfor dem som forstår eller burde forstå at deres handlinger kan være straffbare, slik at man velger å handle innenfor lovens grenser.¹⁰⁵

Skyldkravet er likevel ikke en nødvendig konsekvens av prevensjonsformålet. Det kan anføres at et rent objektivt ansvar vil kunne være mer preventivt enn et straffeansvar som forutsetter skyld, da dette vil føre til at folk avsto fra risikofylt atferd og tok flere forholdsregler for å beskytte seg mot straff.¹⁰⁶ I tillegg er det på generelt grunnlag vanskelig å si noe om straffens faktiske prevensjonsvirkning.¹⁰⁷ Allmennprevensjon er tilnærmet umulig å måle. Individualprevensjon er en mer empirisk størrelse, f.eks. ved å sammenfatte statistikk for hvorvidt straffedømte begår ny kriminalitet etter straffegjennomføring.

Gjengjeldelse er ikke en del av straffens offisielle begrunnelse.¹⁰⁸ Dersom det hadde vært tilfelle, hadde skyldkravet hatt en åpenbar begrunnelse i kraft av dette. Straff er forholdsmessig ondepåføring, som i praksis blir veldig likt gjengjeldelse, så hvor treffende avvisningen av denne siden av straffens begrunnelse er, kan diskuteres.

Straffens nyttevirkninger er likevel ikke alene tilstrekkelig til å legitimere bruk av straff.¹⁰⁹ Bruk av straff krever en moralsk berettigelse, da straff er ondepåføring. Straff må være rettferdig, og sentralt i kravet til rettferdighet står vilkåret om subjektiv skyld.¹¹⁰ I dette ligger det et krav om at gjerningspersonen må kunne bebreides for sine handlinger. Kravet om skyld gjelder derfor som en konsekvens av hva straff er. Straff gir uttrykk for klander, og dermed må også gjerningspersonen kunne klandres for å ilegges straff. Den rettsstatlige strafferetten er således tuftet på et skyldprinsipp.

Skyldprinsippet ivaretar humanistiske verdier om en grunnleggende respekt for enkeltindividets autonomi. Skyldprinsippet gir individet trygghet og anledning til å planlegge sitt liv innenfor lovens rammer.¹¹¹ Straff uten skyld medfører at individet fratras muligheten til å forutse konsekvenser av sine handlinger, og vil kunne føre til uro og engstelse i befolkningen, da straff rammer som en ulykke og fremstår urettferdig. Dette vil i sin tur føre

¹⁰⁵ Eskeland (2017) s. 285.

¹⁰⁶ Eskeland (2017) s. 285-286; Høivik (2012) s. 102 og Hika (2010) s. 510.

¹⁰⁷ Hika (2010) s. 510.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

¹⁰⁹ NOU 2002: 4 s. 82.

¹¹⁰ Rt. 2002. s. 509 P, s. 528 (mindretallsvotum).

¹¹¹ Høivik (2012) s. 100 og Andenæs (2016) s. 219.

til tap av tillit og legitimitet til rettssystemet.¹¹² Skyldprinsippet er dermed grunnlaget for straffens moralske berettigelse.

3.3 Hva innebærer et krav om skyld?

Utgangspunktet for skyldkravet i norsk strafferett følger av strl. § 21, som fastslår at *straffelovgivningen* bare rammer *forsettlige* lovbrudd *med mindre annet er bestemt*. «*Straffelovgivningen*» peker både på de straffebud som er gitt i straffeloven og i særlovgivningen, jf. strl. § 1. Hovedregelen er dermed at det må foreligge forsett ved en straffbarhandling for å kunne straffe gjerningspersonen. Begrepet «forsett» er legaldefinert i strl. § 22, hvor de ulike forsettsformene fremgår av bestemmelsens første ledd bokstav a) til c). Uten å gå nærmere inn på disse, vil man si at en gjerningsperson handler forsettlig når vedkommende handler med hensikt, innsikt eller kunnskap.¹¹³

Uaktsomhet kan unntaksvis være tilstrekkelig grad av skyld for å ilegge straff, dersom det fremgår eksplisitt av det aktuelle straffebudet eller det fremgår av en nærmere tolking av loven.¹¹⁴ Uaktsomhet er i strl. § 23 første ledd definert som oppførsel i strid med forsvarlig opptreden på et område og som gjerningspersonen ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides for. Etter annet ledd anses uaktsomheten som grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.

Det settes videre krav til omfanget av gjerningspersonens skyld og tidsmessige krav til skylden. Det følger av strl. § 25 første ledd at enhver skal bedømmes etter «*sin oppfatning*» *av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet*. Bestemmelsen gir uttrykk for det som i juridisk teori kalles for dekningsprinsippet.¹¹⁵ Dekningsprinsippet fastslår for det første at gjerningspersonens skyld må dekke alle elementene i det aktuelle straffebudets objektive gjerningsbeskrivelse, og for det andre at skylden må foreligge på tidspunktet da den straffbare handlingen ble begått. Med ordlyden «*sin oppfatning*» markeres det at det er gjerningspersonens egen oppfatning som er av betydning for skyldspørsmålet.

¹¹² Hika (2010) s. 510.

¹¹³ Eskeland (2017) s. 292-297.

¹¹⁴ Matningsdal (2015) s. 187.

¹¹⁵ Matningsdal (2015) s. 209; Andenæs (2016) s. 228-231 og Eskeland (2017) s. 318-320.

3.4 Er foretaksstraff på objektivt grunnlag forenelig med skyldprinsippet?

Som nevnt krever bruk av straff moralsk berettigelse, og den moralske berettigelsen bak det personlige straffeansvaret er den skyld gjerningspersonen har utvist. At foretaksstraff er problematisk med tanke på skyldprinsippet gikk ikke upåaktet hen i forberedelsene til den generelle foretaksstraffhjemmelen i straffeloven av 1902, hvor det i forarbeidene ble uttalt:

«Hovedregelen i strafferetten er at det kreves skyld for å kunne straffes. Et foretak kan ikke utvise skyld, det kan bare fysiske personer. Men loven kan gjøre unntak fra skyldprinsippet, slik at et foretak kan gjøres strafferettslig ansvarlig på objektivt grunnlag for handlinger som noen har begått på dets vegne.»¹¹⁶

Etter strl. § 27 er det ikke lengre bare gjort unntak fra skyldprinsippet, da foretak ikke bare kan bli strafferettslig ansvarlig for straffbare handlinger begått av deres representanter, men dette gjelder i utgangspunktet også uavhengig av om gjerningspersonen har utvist skyld ved lovbruddet. Man kan derfor påstå at skyldprinsippet ikke gjelder for foretaksstraff. Spørsmålet er om det er adgang til å gjøre et slikt unntak. Dersom dette besvares bekræftende, blir spørsmålet videre hva foretaksstraffens moralske berettigelse i så fall hviler på.

I juridisk teori har det objektive straffeansvaret for foretak vært gjenstand for stor omtale og kritikk. Hika fremholder at det bør kreves en klar interesseovervekt for å kunne gjøre unntak fra hovedregelen om krav til skyld, dette på grunn av den sterke og velbegrunnede forankringen skyldkravet har i norsk rett.¹¹⁷

Eskeland mener at en regel om straff uten krav om skyld, vil være i strid med den grunnleggende forutsetning for straff, nemlig at den som straffes kan bebreides. Dette vil være straff uten moralsk berettigelse, og i strid med skyldprinsippet. Videre trekker Eskeland frem at et objektivt ansvar medfører at foretak kan straffes for rene ulykker, som verken ledelsen eller den som har handlet på vegne av foretaket kan bebreides for, og at dette taler for at strl. § 27 må tolkes innskrenkende, slik at skyldkravet i den aktuelle straffehjemmelen alltid

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6

¹¹⁷ Hika (2010) s. 513.

må være oppfylt.¹¹⁸ Til dette utsagnet må det påpekes at både hendelige uhell og utslag av force majeure ikke skal ilegges med foretaksstraff.

Rui går i samme retning og fremholder at bestemmelsen må tolkes innskrenkende, og bør endres slik at den bringes i overenstemmelse med skyldprinsippet. Dette fordi bestemmelsen åpner etter sin ordlyd for å treffe avgjørelser som ilegger straff uten skyld, noe som vil være i strid med skyldprinsippet.¹¹⁹

Høivik anfører imidlertid at skyldprinsippet etter sitt tradisjonelle innhold ikke passer på foretak som straffesubjekt.¹²⁰ Høivik viser her til at de to anerkjente skyldformene, forsett og uaktsomhet, jf. strl. §§ 22 og 23, forutsetter at straffesubjektet innehar psykologiske bevissthetstilstander som et foretak mangler. Hvorvidt foretak kan juridiske personer kan tilskrives selvstendig skyld og skyld har blitt drøftet i juridiske teori.¹²¹ Til dette uttaler Andenæs: «*Slike konstruksjoner har ingen verdi. Den juridiske persons vilje og handlinger er naturligvis ikke noe annet enn de personers vilje og handlinger som opptrer på dens vegne.*»¹²² I forarbeidene til strl. 1902 § 48a er det lagt til grunn at et foretak kan ikke utvise skyld, det kan bare fysiske personer.¹²³ Dette vil derfor ikke drøftes nærmere.

For det andre mener Høivik at heller ikke den humanistiske begrunnelsen for skyldkravet på foretak passer. Foretaket vil ikke bli rammet på samme måte av straff som en fysisk person. Det vil aldri være aktuelt med frihetsberøvelse for eksempel. Dette kan tale for skyldprinsippets vern overfor foretak ikke er like sterkt og absolutt som for fysiske personer. Satt på spissen kan det da hevdes at skyldprinsippet av den grunn ikke kommer til anvendelse på foretaksstraff.¹²⁴

Jacobsen avviser en slik tilnærming og fremholder at skyldprinsippet ikke er en skranke for bruk av straff, men snarere konstituerende for strafferetten.¹²⁵ Videre påpeker Jacobsen:

¹¹⁸ Eskeland (2017) s. 387.

¹¹⁹ Rui (2015) s. 512.

¹²⁰ Høivik (2012) s. 101-103.

¹²¹ Se f.eks. Jacobsen (2009) s. 62-67, og Høivik (2012) s. 112-118.

¹²² Andenæs (2016) s. 274.

¹²³ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6.

¹²⁴ Høivik (2012) s. 103.

¹²⁵ Jacobsen (2009) s. 61.

«Strafferetten er som nemnt kjenneteikna ved at det er ein reaksjon som ber i seg klander. Det er dette kjenneteiknet som er det prinsipielle skiljemerket mellom straff og andre reaksjonar. I kraft av klanderelementet vert skuld og straff to sider av same sak. Ein kan ikkje ha det seinare utan det fyrste. Ergo, om ein vil sette skuldprinsippet ut av kraft, så trer ein samstundes prinsipielt sett ut av strafferetten si sfære. Kjerneproblemet er med andre ord at straff føreset klander, klander føreset ansvar, ansvar føreset ein slags autonom moralsk kapasitet, medan juridiske personar ikkje har denne kapasiteten.»

Jacobsen problematisere her, som Høivik, det faktum at juridiske personer mangler skylddevne, men med en annen innfallsvinkel. Da straff skal gi uttrykk for klander, og juridiske personer ikke kan utvise skyld eller inneha skylddevne, mener Jacobsen at man prinsipielt sett trer ut av strafferetten, når man da velger å straffe et subjekt som ikke har skylddevne. Dette forstås som et argument som at foretaksstraff i seg selv er i strid med skyldprinsippet. På et overordnet plan kan Jacobsen sitt resonnement ha noe for seg, men det foreligger pragmatiske grunner til at man likevel har valgt å kunne straffeforfølge foretak. I dette tilfellet er det hensynet til prevensjon. Pragmatiske avvik fra grunnleggende normativ prinsipper må av og til gjøres ut fra tvingende behov.¹²⁶ Men det må likevel kreves at slike avvik holdes innenfor visse grenser og ikke går lengre enn nødvendig.

Som nevnt tidligere er begrunnelsen i forarbeidene angående lempingen av skyldkravet i strl. § 27 ikke spesielt tilfredsstillende. Lempingen av skyldkravet ble i hovedsak knyttet til at man som hovedregel ønsket å heve terskelen for uaktsomhetsansvar fra simpel uaktsomhet til grov uaktsomhet,¹²⁷ og at dersom dette også skulle gjelde for foretaksstraff ville det begrense adgangen til å straffeforfølge foretak i for stor grad. Lempingen av skyldkravet hadde også sammenheng med at man ønsket utvide området for foretaksstraffen i forhold til hva som var gjeldende rett etter strl. 1902 § 48a i de tilfeller hvor ingen enkeltperson hadde utvist skyld.

Begrunnelsen for lempingen av skyldkravet fremstår som et paradoks. Bakgrunnen for at man ønsket å heve terskelen for uaktsomhetsansvar var en *«naturlig følge av at straff krever en moralsk begrunnelse, og ikke bør brukes i større utstrekning enn nødvendig og hensiktsmessig»*.¹²⁸ På samme side i forarbeidene fremholder departementet at det er

¹²⁶ Rui (2018) s. 212.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 115, jf. prp. s. 242.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 115.

ønskelige med en tilbakeholden bruk av straff, da samfunnets sterkeste reaksjon bare bør brukes på de mest klanderverdige og samfunnsskadelige handlinger. Samtidig gikk man altså inn for å fjerne skyldkravet i relasjon til foretaksstraff. Dette taler for at departementet ikke anså skyldprinsippet som foretaksstraffens moralske begrunnelse. Spørsmålet blir da om prevensjonshensynet, slik det fremholdes i forarbeidene, alene kan legitimere det objektive ansvaret foretak. Med tanke på at det er på det rene at straffens nyttevirkninger ikke er tilstrekkelig for å legitimere bruk av straff, kan dette ikke besvares bekreftende.

Det er likevel ikke slik at klander og skyld ikke har noen plass ved ileggelse av foretaksstraff. Betenkelighetene ved det objektive ansvaret avbøtes i en viss grad av den fakultative siden av ansvaret. For å gi et tilstrekkelig bilde på foretaksstraff, er det helt essensielt at strl. § 27 leses i sammenheng med § 28. Etter sin ordlyd kan det med hjemmel i § 27 ilegges foretaksstraff på rent objektivt grunnlag, men § 28 vil på lang vei stenge for dette. Momentene som er opplistet i § 28, peker direkte på de bærende hensynene bak foretaksstraffinstituttet, se pkt. 2.2. Hvis man skal forsøke å sammenfatte vurderingen etter § 28, så vil dette være en vurdering av hvorvidt foretaksstraff fremstår hensiktsmessig sett i lys av prevensjonshensynet, skyldgraden til gjerningspersonen, hvilken klander som kan rettes mot foretaket, og hva som fremstår som rettferdig og rimelig. Selv om man har gjort et unntak fra skyldkravet, er hvilken klander man kan rette mot foretaket av stor betydning for om foretaksstraff anses som hensiktsmessig. Dette fordi foretaks mulighet for å forebygge lovovertrædelsen henger tett sammen med en eventuell straffs preventive virkning.

Ved et objektivt, fakultativt ansvar har man laget et system der ingen i utgangspunktet slipper unna, men foretaksstraff bare skal ilegges der det er tilstrekkelig grunn for det. Foretaksstraffinstituttet er således basert på en balansering mellom prevensjonshensynet og skyldprinsippet. I forlengelsen av dette momentet må det også påpekes at foretaksstraff ikke ilegges ved hendelige uhell, utslags av force majeure eller dersom det foreligger straffrihetsgrunner.

Et slikt system har dog sine svakheter. For det første er det lite forutberegnelig. At straff skal ilegges etter en hensiktsmessighetsvurdering skaper en uklarhet for foretakene som risikerer straff, for påtalemyndigheten som skal straffeforfølge og for domstolene som skal dømme. En slik usikkerhet er lite tilfredsstillende på strafferettens område. Samtidig kan det oppleves urettferdig og ulikt for foretakene. To like lovovertrædelser i to forskjellige foretak kan få ulikt utfall, da det i det ene tilfellet anses som hensiktsmessig å ilegge straff, mens i det andre

tilfelle ikke. Dessuten kan må påstå at hensynet til foretakets representanter, taler for at det bør opereres med et skyldkrav ved ileggelse av foretaksstraff. Dersom et foretak blir ilagt straff uten at noen har utvist skyld, vil gjerningspersonen(e) f.eks. kunne risikere interne sanksjoner, som følge av en handling som ikke er straffbar. Det bør derfor kreves skyld ved ileggelse av foretaksstraff.

Konklusjonen er at det objektive straffeansvaret for foretak er i strid med skyldprinsippet. Konsekvensen av dette er at strl. § 27 bør tolkes innskrenkende, slik at det gjelder et krav om skyld.

4 Uskyldspresumsjonen og foretaksstraff

4.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er hvorvidt foretaksstraff på objektivt grunnlag er forenlig med uskyldspresumsjonen, slik den fremgår av Grunnloven § 96 annet ledd og EMK art. 6 nr. 2. Grunnloven er den øverste rettskilden i norsk rett, og all lovgivning må følgelig ligge innenfor de grenser som Grunnloven trekker opp. EMK er som nevnt innledningsvis inkorporert og gitt forrang foran annen norsk lovgivning. Dersom det viser seg at foretaksstraff på objektivt grunnlag er uforenlig med uskyldspresumsjonen, vil dette ha som konsekvens at strl. § 27 må tolkes og anvendes i samsvar med uskyldspresumsjonen.

I det videre vil det gis en redegjørelse av uskyldspresumsjonen, før det drøftes hvorvidt det objektive straffeansvaret for foretak er forenlig med uskyldspresumsjonen.

4.2 Grunnloven § 96 annet ledd

Uskyldspresumsjonen er et av de mest klassiske og fundamentale rettsstatsprinsipper.¹²⁹ I sin mest grunnleggende form kan man si at uskyldspresumsjonen gir enhver rett til å bli ansett som uskyldig inntil det er fastslått at vedkommende er skyldig. Uskyldspresumsjonen kommer til uttrykk i Grunnloven § 96 annet ledd og en rekke konvensjoner som Norge er bundet av, herunder FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 2 og EMK artikkel 6 nr. 2.

Grunnloven § 96 annet ledd lyder som følger: «*Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.*»

Bestemmelsen ble tilføyd i grunnlovsrevisjonen 2014, og det er lagt til grunn i rettspraksis at § 96 annet ledd grunnlovfester innholdet i SP artikkel 14 nr. 2 og EMK artikkel 6 nr. 2.¹³⁰ Konstitusjonelle hensyn tilsier imidlertid at det var innholdet i disse bestemmelsene anno 2014 som ble grunnlovsfestet i Grl. § 96 annet ledd. Det er følgelig ikke automatikk i at det innhold som er innfortolket i EMK art. 6 nr. 2 og SP art. 14 nr. 2 etter 2014 også gjelder etter Grl. § 96 annet ledd. I fastsettelsen av innholdet i § 96 annet ledd vil man derfor stå friere til avgjørelser fra EMD om EMK art. 6 nr. 2 etter 2014, enn forut for grunnlovsrevisjonen. Samtidig er det også lagt til grunn at innholdet og rekkevidden av Grunnloven § 96 annet ledd

¹²⁹ Aall (2018) s. 476.

¹³⁰ Rt. 2014 s. 1161 A, avs. 29.

må fastlegges i lys av de internasjonale parallellene i SP og EMK, jf. blant annet Grunnloven § 92.¹³¹ I det videre legges det til grunn at innholdet i uskyldspresumsjonen etter Grl. § 96 annet ledd og EMK art. 6 nr. 2 er sammenfallende. Da Grl. § 96 annet ledd er forholdsvis ny og grunnlovfester innholdet i EMK art. 6 nr. 2 anno 2014, og skal tolkes av blant annet EMK art. 6 nr. 2, vil drøftelsene angående innholdet i uskyldspresumsjonen i hovedsak basere seg på praksis etter EMK art. 6 nr. 2. På bakgrunn av at det er EMK som har hatt størst innvirkning på norsk rett av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, vil det avgrenses mot behandling av andre bestemmelser hvor uskyldspresumsjonen fremkommer.¹³²

4.3 EMK art. 6 nr. 2

Etter EMK art. 1 tilfaller rettighetene etter konvensjonen «*everyone*», altså «enhver». Etter en naturlig språklig forståelse er det nærliggende å tolke dette som at konvensjonsvernet først og fremst omfatter fysiske personer, men utelukker ikke at juridiske personer også kan være vernet. At konvensjon omhandler *menneskerettigheter*, taler for at det bare er fysiske personer som kan påberope seg rettigheter etter konvensjonen. Hvorvidt juridiske personer er vernet av rettigheter i EMK kan ikke besvares generelt, men beror på den enkelte rettighets karakter.¹³³ Det er ikke omtvistet at også juridiske personer har krav på rettferdig rettergang, og dermed også er vernet av uskyldspresumsjonen.¹³⁴

EMK art. 6 omhandler retten til en rettferdig rettergang. I straffesaker er uskyldspresumsjonen en viktig rettsikkerhetsgaranti, og fremgår av artikkelens annet ledd, og lyder som følger:

«Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law».

Uskyldspresumsjonens overordnede formål er at den skal forhindre at uskyldige blir dømt. Kjernen i uskyldspresumsjonen er at det fastslår hvem som har bevisbyrden og hva som er beviskravet i straffesaker. Det er påtalemyndigheten som må bevise tiltaltes skyld utover enhver rimelig tvil.¹³⁵ Den tiltale trenger følgelig ikke bevise sin uskyld for å kunne frifinnes, og det skal være nok at det foreligger «rimelig tvil» for frifinnelse. Det strafferettslige

¹³¹ Rt. 2014 s. 1292 A, avs. 14; HR-2016-2554-P, avs. 70.

¹³² Aall (2018) s. 26.

¹³³ Aall (2018) s. 57 og 477.

¹³⁴ Aall (2018) s. 57.

¹³⁵ Barbera mfl. mot Spania J, avs. 77.

beviskravet er således langt over alminnelig sannsynlighetsovervekt. Beviskravet kan også formuleres som at «*enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode*».

Uskyldpresumsjonen har også en rekke andre dimensjoner, da EMD har utledet flere rettsregler av EMK art. 6 nr. 2. Verken EMD eller Høyesterett har tatt stilling til hvorvidt et objektivt straffeansvar er forenelig med EMK art. 6 nr. 2, men det foreligger praksis på begrensningene i adgang til å operere med skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår, og praksis om hvorvidt objektivt ansvar er forenelig med EMK art. 7.

Ved skyldpresumsjoner snus bevisbyrden, og det er den tiltalte som må bevise sin uskyld. En presumsjon innebærer at det trekkes en slutning fra et gitt faktum om at et annet faktum foreligger, såfremt det ikke blir ført bevis for noe annet. En skyldpresumsjon er altså en presumsjon om at tiltalte er skyldig, med mindre vedkommende kan bevise sin uskyld.

Et objektivt straffbarhetsvilkår er ett element i et straffebuds objektive gjerningsbeskrivelse som ikke behøver å være dekket av gjerningspersonens skyld. Dette er således et delvis objektivt ansvar.

Et rent objektivt straffeansvar er straff som ilegges uten hensyn til skyld. Dette innebærer at man kan idømmes straff så lenge det foreligger en overtredelse av den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, og hvorvidt den tiltalte har utvist skyld er således ikke relevant for hvorvidt den tiltalte kan domfelles.

I en slags mellomstilling kommer straffebestemmelser og straffbarhetsvilkår som i utgangspunktet er objektive, men der tiltalte har adgang til å frifinnes på grunnlag av sine subjektive forutsetninger.

Selv om begrepet skyldpresumsjon språklig sett fremstår som motstridende med uskyldpresumsjonen, har EMD gjennom sin praksis vist at skyldpresumsjoner ikke nødvendigvis er konvensjonsstridige. Prejudikatavgjørelsen angående slike presumsjoner er *Salabiaku mot Frankrike*.¹³⁶ I denne saken ble Salabiaku dømt for overtredelse av fransk tollovgivning for smugling av narkotika. Etter den aktuelle lovbestemmelsen var det tilstrekkelig å bevise at lovovertrederen hadde smuglet ulovlige varer for domfellelse, og det var ikke krav om subjektiv skyld. I de franske domstolene hadde bestemmelsen likevel blitt

¹³⁶ Salabiaku mot Frankrike J.

praktisert slik at det ble lagt vekt på gjerningspersonens subjektive skyld, og at man kunne frifinnes dersom tiltalte kunne påvise at det forelå force majeure. Salabiaku klagde saken inn for EMD, og mente domfellelsen var i strid med uskyldpresumsjonen, da han hevdet han hadde blitt dømt etter tilnærmet ugjendrivelig skyldpresumsjon.

EMD uttalte at faktiske og rettslige presumsjoner eksisterer i ethvert rettssystem, og at EMK ikke forbyr slike, men at på strafferettens område må slike presumsjoner likevel «*remain within reasonable limits*». ¹³⁷ I samme avsnitt utdypes det at dette beror på en avveining «*the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.*» EMD oppstiller her en proporsjonalitetskranke ved bruken av skyldpresumsjoner. Skyldpresumsjoner må altså holdes innenfor rimelige grenser og være proporsjonale. I det konkrete tilfellet kom EMD til at skyldpresumsjonen Salabiaku var dømt etter var innenfor rimelige grenser. Uttalelsene i Salabiaku har senere blitt fulgt opp i en rekke avgjørelser. ¹³⁸

I *Janosevic mot Sverige* ble innholdet i denne proporsjonalitetsvurderingen utdypet, hvor det ble uttalt at:

«Thus, in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence; in other word, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.» ¹³⁹

Etter dette blir regelen at hvorvidt en skyldpresumsjon skal aksepteres, må det vurderes om det inngrep skyldpresumsjonen gjør i den tiltaltes forsvar er proporsjonal med hensyn til den legislative begrunnelsen bak bestemmelsen. ¹⁴⁰

EMD har gjennom sin praksis vist at domstolen ikke lar seg fange i spesifikke mønstre, og det er således vanskelig å oppstille bestemte kriterier for proporsjonalitetsvurderingen. Når det gjelder legislative begrunnelser har EMD blant annet anerkjent effektivitets- og håndhevelses- og prevensjonshensyn. ¹⁴¹ I vurderingen av hvilket inngrep skyldpresumsjonen utgjør i den tiltaltes forsvar, har EMD lagt stor vekt på om den tiltalte har en reell mulighet til å forsvare

¹³⁷ Salabiaku mot Frankrike J, avs. 28.

¹³⁸ Se f.eks. Pham Hoang mot Frankrike J, avs. 33.

¹³⁹ Janosevic mot Sverige J, avs. 101.

¹⁴⁰ Hika (2010) s. 517-518.

¹⁴¹ Se f.eks. Janosevic mot Sverige J, avs. 103-104 og Radio France mot Frankrike J, avs. 24.

seg.¹⁴² Hika klassifiserer dette som en «disculperingsadgang».¹⁴³ Aall forstår dette punktet som selve kjernen i proporsjonalitetsvurderingen.¹⁴⁴ Dette momentet har to sider. Den ene siden er om den tiltalte kan fri seg fra straffeansvar på grunnlag av subjektive forutsetninger. Dette innebærer om den tiltalte har adgang til føre bevis om sin subjektive uskyld, og om den nasjonale domstolen faktisk har vurdert om det foreligger skyld. Den andre siden av disculperingsadgangen er om det er øvrige objektive frifinnelsesmuligheter, f.eks. om den tiltalte kan gå fri fra ansvar dersom det foreligger straffrihetsgrunner.

I Rt. 2005 s. 833 kom Høyesterett i plenum til at uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 også begrenser bruken av objektive straffbarhetsvilkår, og at proporsjonalitetsbegrensningen som EMD har utviklet for skyldpresumsjoner også gjelder for slike. Saken gjaldt en 20 år gammel mann som hadde blitt domfelt for voldtekt av barn under 14 år, jf. strl. 1902 § 195. I bestemmelsen var barnets alder et objektivt straffbarhetsvilkår, og Høyesterett kom til uskyldspresumsjonen var til hinder for å anvende bestemmelsen etter sin ordlyd. Dommen var avsagt med dissens (15-2), men både første- og annenvoterende kom til samme resultat i den konkrete saken, dog med ulike begrunnelser.

Basert på tidligere EMK-praksis, formålsbetraktninger og juridisk teori konkluderte førstevoterende, som representerte flertallet, at det ikke var grunn til å skille mellom skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår. Førstevoterende pekte blant annet på avsnitt 27 i Salabiaku-dommen, hvor det ble uttalt: «... *the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence.*»¹⁴⁵ Dette tolket førstevoterende som at EMD i Salabiaku-dommen både uttalte seg om objektive normer og presumsjonsregler.

Førstevoterende trakk dernest frem to svenske saker om tilleggsskatt, *Janosevic mot Sverige* og *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige*¹⁴⁶, og gjenga følgende avsnitt i Janosevic-saken:

«In respect of the applicant's first contention, the Court notes that Swedish tax surcharges are imposed on objective grounds, that is, without any requirement of intent or negligence on the

¹⁴² Se f.eks. *Pham Hoang mot Frankrike J*, avs. 34 og *Janosevic mot Sverige J*, avs. 100

¹⁴³ Hika (2010) s. 518.

¹⁴⁴ Aall (2018) s. 482.

¹⁴⁵ Rt. 2005 s. 833 P, avs. 51.

¹⁴⁶ *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige J*.

part of the taxpayer. As the Court has previously held (see Salabiaku, cited above, p. 15, § 27), the Contracting States may, in principle and under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence.»¹⁴⁷

I denne saken var det på det rene at tilleggsskatten, som er straff etter EMK¹⁴⁸, ble ilagt på objektivt grunnlag, men proporsjonalitetsvurderingen for skyldpresumsjoner kom likevel til anvendelse.

Videre ble det lagt vekt på formålsbetraktninger, der flertallsvotumet fremhevet at gjendrivelige skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår har en nær sammenheng, og at skillet mellom dem er flytende.¹⁴⁹ Dette fordi det vil «*ofte være naturlig å se et objektivt straffbarhetsvilkår som en regel som presumerer skyld, uten at det er anledning til å føre motbevis.*»

Konsekvensbetraktninger gir støtte til flertallets syn på forholdet mellom skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår. Et skarpt skille mellom skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår vil få den konsekvens at en overtredelse der man har adgang til å bevise sin uskyld vil kunne være uforenelig med uskyldpresumsjonen, mens en identisk overtredelse der man ikke har adgang til å bevise sin uskyld vil være forenelig med presumsjonen. For eksempel kan Norge og Sverige kriminaliserer den samme handlingen, og straffebudets objektive gjerningsbeskrivelse har to elementer, A og B. I Norge inneholder element B en skyldpresumsjon, og den tiltalte har dermed adgang til å bevise sin uskyld til element B. EMD kan likevel komme til at uskyldpresumsjonen er krenket, hvis skyldpresumsjonen er uproporsjonal. I Sverige er element B et objektivt straffbarhetsvilkår, og den tiltalte har ingen adgang til å bevise sin uskyld ut ifra subjektive forhold. EMD vil da ikke kunne konstatere krenkelse av uskyldpresumsjonen da den ikke kommer til anvendelse.

I dommens avsnitt 81 til 88 underla Høyesterett så det objektive vilkåret i strl. 1902 § 195 den samme proporsjonalitetsvurderingen som for skyldpresumsjoner, og konkluderte med at aldersvilkåret ikke var holdt innenfor rimelige grenser. Konsekvensen av dette var at

¹⁴⁷ Janosevic mot Sverige J, avs. 100.

¹⁴⁸ Engel-kriteriene, se fotnote 179. EMKs straffebegrep redegjøres for i pkt. 5.2.

¹⁴⁹ Rt. 2005 s. 833 P, avs. 71.

aldersvilkåret måtte forstås som en streng aktsomhetsnorm, i stede for et objektivt straffbarhetsvilkår.

I 2011 kom EMD i *G mot Storbritannia*¹⁵⁰ til et motsatt resultat i en sak som omhandlet et tilsvarende objektivt straffbarhetsvilkår i engelsk straffelovgivning for samleie med barn under 13 år.¹⁵¹ Saken gjaldt en 15 år gammel engelsk gutt som hadde hatt samleie med en jente på 12 år. De engelske domstolene la til grunn at samleiet var frivillig og at domfelte med grunn trodde at jenta var like gammel som han selv. Aldersvilkåret var likevel objektivt, og han ble derfor domfelt for voldtekt av barn under 13 år. Domfelte klaget saken til EMD, og anførte at det forelå brudd på blant annet EMK artikkel 6 nr. 2.

EMD uttalte: «*In the instant case, the prosecution was required to prove all the elements of the offence beyond reasonable doubt. The Court does not consider that Parliament's decision not to make available a defence based on reasonable belief that the complainant was aged 13 or over can give rise to any issue under Article 6 §§ 1 or 2 of the Convention. Section 5 of the 2003 does not provide for presumptions of fact or law to be drawn from elements proved by the prosecution. The principle considered in Salabiaku (cited above) therefore has no application here.*»¹⁵²

Det fremgår av dette avsnittet at EMD legger til grunn at den proporsjonalitetsvurderingen som gjelder ved skyldpresumsjoner, ikke kommer til anvendelse på bruk av objektive straffbarhetsvilkår. I avgjørelsen trekker EMD et skille mellom bevisregler og materielle straffbarhetsvilkår, og legger til grunn at uskyldpresumsjonen bare omfatter bevisregler i relasjon til disse.

Skyldpresumsjoner har karakter av bevisregler, mens objektive straffbarhetsvilkår er materielle straffbarhetsvilkår. Hvis dette legges til grunn, er objektive straffbarhetsvilkår ikke i strid med uskyldpresumsjonen, da man er utenfor dets anvendelsesområde. Da uskyldpresumsjonen er en del av kravet til rettferdig rettergang, kan dette fremstå som riktig, da EMK art. 6 etter sin ordlyd stiller prosessuelle krav til rettergangen. Dette standpunktet er ikke forenelig med de svenske EMD-dommene om tilleggsskatt, *Janosevic mot Sverige* og

¹⁵⁰ G mot Storbritannia A.

¹⁵¹ Section 5 of the 2003 Sexual Offences Act, se G mot Storbritannia A, avs. 16.

¹⁵² G mot Storbritannia A, avs. 29.

Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige, hvor objektive straffbarhetsvilkår ble underlagt samme vurdering som skyldpresumsjoner.

I 2018 kom EMD i *G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia*¹⁵³ med uttalelser som tyder på at standpunktet som ble tatt i *G mot Storbritannia* ikke gir uttrykk for gjeldende rett, og at Høyesterett i Rt. 2005 s. 833 foretok en korrekt analyse av rekkevidden av uskyldpresumsjonen. *G.I.E.M.*-saken omhandlet hvilke begrensninger EMK art. 7 legger på objektivt straffeansvar, men EMD kom også med uttalelser som berører EMK art. 6 nr. 2. En mer inngående redegjørelse og analyse av denne dommen vil komme i kapittel 6. Uten å forskuttere for mye, kan det avsløres allerede nå at lovkravet i EMK art. 7 legger begrensninger på medlemsstatene adgang til å straffeforfølge på objektivt grunnlag.¹⁵⁴

Dette aktualiserer spørsmålet om hvorvidt det i hele tatt kan opereres med objektive straffbarhetsvilkår. Til dette uttalte EMD at: «...*this requirement does not preclude the existence of certain forms of objective liability stemming from presumptions of liability, provided they comply with the Convention.*»¹⁵⁵

Videre i samme avsnitt ble det uttalt: «*In particular, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence. Examples of such offences may be found in the laws of the Contracting States. Presumptions of fact or of law operate in every legal system. The Convention does not prohibit such presumptions in principle; it does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law. According to the case-law, these limits will be overstepped where a presumption has the effect of making it impossible for an individual to exonerate himself from the accusations against him, thus depriving him of the benefit of Article 6 § 2 of the Convention (see, among other authorities, Salabiaku v. France, 7 October 1988, §§ 27-28, Series A no. 141-A; Janosevic v. Sweden, no. 34619/97, § 68; ECHR 2002 - VII and Klouvi v. France, no. 30754/03, § 48, 30 June 2011).*»

¹⁵³ *G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia* GC.

¹⁵⁴ *G.I.E.M. S.R.L. med andre mot Italia* GC, avs. 242.

¹⁵⁵ *G.I.E.M. S.R.L. med andre mot Italia* GC, avs. 243.

Matningsdal anfører at måten EMD her viser til Salabiaku- og Janosevic-avgjørelsen, må forstås slik at standpunktene i disse avgjørelsene videreføres.¹⁵⁶ EMD viser til spesifikke avsnitt i disse avgjørelsene. I avsnitt 27 i Salabiaku-dommen, som det vises til, uttales det at: «... *the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence.*». Dette er det samme avsnittet som Høyesterett i Rt. 2005 s. 833 mente måtte forstås som at proporsjonalitetsbegrensningen for skyldpresumsjoner også gjaldt ved objektive straffbarhetsvilkår. I det henviste avsnittet fra Janosevic-avgjørelsen anerkjenner EMD blant annet statenes adgang til å bruke objektive straffbarhetsvilkår. Denne forståelsen av henvisningsmetoden mener Matningsdal bestyrkes av at det siterte avsnittet i G.I.E.M-dommen, «*nærmest ordrett gjengir formuleringene i Salabiaku-dommen avsnitt 27 og 28*». Etter dette må det legges til grunn at objektive straffbarhetsvilkår er innenfor virkeområde til EMK art. 6 nr. 2, og at så lenge slike holdes innenfor rimelige grenser og er proporsjonale, vil slike være forenelige med uskyldpresumsjonen. Uskyldpresumsjonen gir således et vern mot (uproporsjonale) skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår.

Spørsmålet i det videre blir om uskyldpresumsjonen også gir vern mot objektivt straffeansvar. I juridisk teori er meningene delte. Rui mener på bakgrunn av uttalelsen i G.I.E.M.-saken avsnitt 243 at uskyldpresumsjonen stenger for bruk av rent objektivt ansvar,¹⁵⁷ mens Matningsdal mener dette er uklart.¹⁵⁸ Andenæs anfører at bestemmelser hvor straffeansvaret i alle relasjoner er objektivt, vil kunne være i strid med uskyldpresumsjon.¹⁵⁹ Hika fremholder derimot at uskyldpresumsjonen ikke stenger for objektivt straffeansvar, men at det på samme måte som for skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår, beror på en proporsjonalitetsvurdering.¹⁶⁰ Forfatterne er muligens mer samstemte enn det fremstår. Dette kan blant annet forklares med at uttrykket «objektivt ansvar» i undertiden brukes med noe ulikt innhold. En forutsetning for at et objektivt ansvar skal være proporsjonalt, er jo nettopp at det ikke må være fullt ut objektivt, altså rent objektivt. For å avgjøre om et

¹⁵⁶ Matningsdal, Straffeloven 2005. Lovkommentar, § 21. Skyldkravet, Juridika (kopiert 02. juni 2020) <https://juridika.no/lov/2005-05-20-28/%C2%A721/kommentar/>

¹⁵⁷ Rui (2018) s. 207.

¹⁵⁸ Matningsdal, Straffeloven 2005. Lovkommentar, § 21. Skyldkravet, Juridika (kopiert 02. juni 2020) <https://juridika.no/lov/2005-05-20-28/%C2%A721/kommentar/>

¹⁵⁹ Andenæs (2016) s. 220.

¹⁶⁰ Hika (2010) s. 524. I samme retning Bertelsen (2011) s. 224-225. Uttalelsene må leses med den reservasjon at de ble skrevet før G.I.E.M. S.R.L og andre mot Italia GC.

objektivt ansvar er å regne som et «rent» objektivt ansvar, må man derfor underlegge det aktuelle straffeansvaret proporsjonalitetsvurderingen.

Flertallet i Rt. 2005 s. 833 uttalte blant annet at de ikke anså det naturlig å forstå EMD-dommene slik at de skiller mellom objektive straffebestemmelser og objektive straffbarhetsvilkår på den ene siden og skyldpresumsjoner på den andre siden i forhold til uskyldpresumsjonen.¹⁶¹ Hika forstår dette som at Høyesterett mener at objektivt straffeansvar kan tillates etter EMK art. 6 nr. 2, forutsatt at ansvaret er proporsjonalt.¹⁶² Det finnes derfor rettskildemessige holdepunkter for å hevde at et objektivt straffeansvar ikke nødvendigvis er i strid med uskyldpresumsjonen. Det legges derfor til grunn at objektivt straffeansvar må underlegges samme proporsjonalitetsvurdering som objektive straffbarhetsvilkår og skyldpresumsjoner.

4.4 Er foretaksstraff på objektivt grunnlag forenelig med uskyldpresumsjonen?

Hvorvidt det objektive straffeansvaret for foretak er forenelig med uskyldpresumsjonen, avhenger om straffeansvaret er holdt innenfor rimelige grenser og tilfredsstillende kravene til proporsjonalitet. Spørsmålet er om det inngrep det objektive ansvaret gjør i et foretakets forsvar er proporsjonalt til den legislative begrunnelsen bak foretaksstraff. Hensynene bak foretaksstraff ble redegjort for tidligere, og det vises derfor tilbake til pkt. 2.2 for disse.

Et objektivt straffeansvar for foretak fører til økt prevensjon. Man får sørget for at flere lovovertridelser i foretak blir ilagt straff, samtidig som at straffeforfølgningen blir mindre ressurskrevende. Spørsmålet er om dette proporsjonalt til det vidtrekkende ansvaret foretak har for lovovertridelser begått i forbindelse med dets virksomhet.

Selv om det i litteraturen er lagt til grunn at strl. § 27 oppstiller et rent objektivt ansvar, da det ikke kreves straffeskyld hos den som har handlet på vegne av foretaket, uavhengig av om gjerningspersonen er kjent eller ukjent, er straffeansvaret likevel ikke fullt ut objektivt. Det foreligger en disculperingsadgang. Det er blant annet klart at foretaksstraff ikke skal ilegges ved hendelige uhell eller ved utslag av force majeure. Samtidig er det også klart at dersom det forelå en straffrihetsgrunn, så vil dette avskjære adgangen til å ilegge foretaksstraff. Dette

¹⁶¹ Rt. 2005 s. 833 P, avs. 69.

¹⁶² Hika (2010) s. 524.

innsnevrer utstrekningen av ansvarets objektivitet betraktelig, og foretaksansvaret innebærer følgelig ikke en ugjendrivelig skyldpresumsjon.

Foretaksansvaret fakultative karakter trekker også i retning av at regelen er holdt innenfor rimelige grenser. Foretaksstraff skal bare ilegges dersom dette fremstår som hensiktsmessig etter en konkret skjønnsmessig vurdering. Hensiktsmessighetsvurderingen skal gjøres med utgangspunkt i de momentene som strl. § 28 bokstav a) til h) lister opp. De opplistede elementene peker direkte tilbake på den legislative begrunnelsen og de bærende hensynene bak foretaksstraffen. I dette ligger det således en form for innebygget forholdsmessighetsvurdering mellom inngrepet og den legislative begrunnelsen.

Etter strl. § 28 bokstav b) skal den utviste skyldgraden ved overtredelsen tas hensyn til ved spørsmålet om foretaksstraff skal ilegges. I forarbeidene uttales det at dette skal bidra til å ivareta hensynene bak uskyldpresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 og SP art. 14 nr. 2.¹⁶³ Ved ileggelse av foretaksstraff er domstolen derfor pliktig til å vurdere om den utviste skylden taler for bruk av foretaksstraff. Etter strl. § 28 bokstav c) er den klander som kan rettes mot foretaket for at overtredelsen skjedde av betydning for om foretaksstraff anses som hensiktsmessig. Dette momentet har i sin tur nær sammenheng med straffens preventive virkning, som er et moment som skal vektlegges etter bokstav a). Det fremstår derfor tilnærmet helt uaktuelt å ilegge foretaksstraff på rent objektivt grunnlag. Dette medfører at alle komponentene som EMD har lagt til grunn for et reelt forsvar er til stede. Foretaket har adgang til å føre bevis for sin uskyld, samtidig som domstolen faktisk må vurdere om det foreligger skyld og kan ikke automatisk bygge på det objektive ansvaret. I tillegg er det mulig å frifinnes dersom det foreligger en straffrihetsgrunn.

Dessuten taler foretaket som straffesubjekt og den aktuelle straffen for at foretakstraff er proporsjonalt.¹⁶⁴ Det er mindre betenkelig med et objektivt ansvar for en juridisk person, enn for en fysisk person. Dette fordi straffen ikke knyttes til én enkeltperson, og straffens stigmatiske effekt er ikke like fremtredende. Samtidig vil det heller aldri være aktuelt med frihetsberøvelse, men en bot, som også skal fastsettes etter økonomisk evne, jf. strl. § 28 bokstav f).

¹⁶³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 397.

¹⁶⁴ Hika (2010) s. 541.

Straffeloven § 27 gjør imidlertid at hele gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebudet er objektivt, noe som taler imot at foretaksansvaret er forholdsmessig. Det samme gjør det faktum at foretaksstraff i prinsippet kan komme til anvendelse ved overtredelse av hvilket som helst straffebud. At foretaket kan straffes for anonyme og kumulative feil, og at det heller ikke gjelder noe skyldkrav ved slike feil, taler også imot at regelen er forholdsmessig. Samlet sett kan disse tre momentene likevel ikke føre til at foretaksstraff er å anse som uforholdsmessig. Dette på bakgrunn av at straffeansvaret er fakultativt, det foreligger en disculperingsadgang, det er ikke aktuelt med frihetsberøvelse, og straffesubjektets karakter tilsier at straffen er mindre belastende enn for privatpersoner.¹⁶⁵ Konklusjonen er at foretaksstraff på objektivt grunnlag ikke er i strid med uskyldspresumsjonen.

¹⁶⁵ Hika (2010) s. 542.

5 Lovkravet og foretaksstraff

5.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er hvorvidt foretaksstraff på objektivt grunnlag er forenlig med lovkravet i strafferetten, slik det fremgår av Grunnloven § 96 første ledd og EMK art. 7.

Utgangspunktet i norsk rett er at det må foreligge forsett ved en straffbarhandling for å kunne straffe gjerningspersonen, jf. strl. §§ 21 og 22. Uaktsomhet kan unntaksvis være tilstrekkelig grad av skyld for å ilegge straff, jf. strl. § 21 og 23. Som påpekt tidligere gjør § 27 gjennom vilkåret «*et straffebed er overtrådt*», unntak fra et av lovens vilkår om den påkrevde skyldgraden.

I det videre vil det først komme en generell redegjørelse av lovkravets innhold og rettslige forankring, før det drøftes hvorvidt lovkravet er til hinder for foretaksstraff på objektivt grunnlag.

5.2 Grunnloven § 96 første ledd og EMK art. 7

Det alminnelige legalitetsprinsippet er kodifisert i Grunnloven § 113, som slår fast at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov. Kravet til lovhjemmel er likevel relativt, og det må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildedefaktorer enn selve loven kan etter omstendighetene trekkes inn.¹⁶⁶ På strafferettens område er legalitetsprinsippet strengere enn for annen offentlig myndighetsutøvelse, og det kan formuleres som et lovkrav eller lovprinsipp.¹⁶⁷ Grunnloven stiller gjennom §§ 96 og 97, formelle og materielle krav til straffelovgivningen

Når man omtaler lovkravet i strafferetten, kan det være hensiktsmessig å påpeke hvorvidt man mener lovkravet i snever eller vid forstand. Når man bruker lovkravet i vid forstand peker man på hele det strafferettslige legalitetsprinsippet (lovprinsippet), mens i snever forstand peker man på kravet til formell lovhjemmel. Kravet til lovhjemmel er en av fire sider av de strafferettslige legalitetsprinsippet. De tre andre sidene er presisjonskravet, tilbakevirkningsforbudet og analogiforbudet/forbudet mot utvidende tolkning av ordlyden. Disse har en nær indre sammenheng, og alle nødvendige komponenter for at lovprinsippet

¹⁶⁶ Rt. 1995 s. 530 A, s. 537.

¹⁶⁷ HR-2016-1982-A, avs. 35; Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 128.

skal gi individet reell beskyttelse mot vilkårlig straff. Presisjonskravet følger av Grl. § 96, og setter minstekrav til presisjon ved utforming av straffebud. Gjerningsbeskrivelsen skal være så klar at det i de aller fleste tilfeller ikke skal være tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen.¹⁶⁸

Tilbakevirkningsforbudet følger av Grunnloven § 97, som fastslår at ingen lov kan gis tilbakevirkende kraft. Det er på det rene at tilbakevirkningsforbudet bare forbyr lovgivning med tilbakevirkende kraft til ugunst for borgerne. Å gi lover med tilbakevirkende kraft til gunst for borgerne er således ikke i strid med § 97. Analogiforbudet er også hjemlet i Grl. § 96, og har nær tilknytning med den strengt ordlydsbundne tolkningen på strafferettens område. Analogiforbudet har i de senere år blitt strengere, og det er nå tale om et forbud mot utvidende tolkning av lovens ordlyd.¹⁶⁹ Det er en naturlig språklig forståelse av ordlyden som kan danne grunnlag for straff. Følgelig kan verken lovgivervilje eller en handlings straffverdighet brukes til å tolke en tilstrekkelig klar ordlyd utvidende.

Grunnloven § 96 første ledd fastslår at:

«Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom».

Bestemmelsen gir uttrykk for kjernen i det strafferettslige legalitetsprinsippet, nemlig at det kreves «lov» for å ilegge straff. Lovkravet fremgår også av strl. § 14, men denne bestemmelsen er i hovedsak nedfelt i straffeloven på grunn av informasjonshensyn. Dette fordi det var et ønske fra departementet sin side om å gjøre straffeloven av 2005 mer informativ enn straffeloven av 1902.¹⁷⁰

Med «lov» menes formell lov, vedtatt av Stortinget på den måte som Grunnloven foreskriver.¹⁷¹ Det eneste unntaket fra Stortingets enerett til å vedta lover er Regjeringens adgang til å gi provisoriske anordninger når Stortinget ikke er samlet, jf. Grunnloven § 17. Et straffebud hjemlet i en slik provisorisk anordning vil følgelig også tilfredsstillende lovkravet i Grl. § 96 første ledd.¹⁷² Et eksempel på dette er provisorisk anordning 5. oktober 2001 nr. 1134 om forbud mot finansiering av terrorisme m.m. Etter forholdene kan også et straffebud

¹⁶⁸ Se *Cantoni mot Frankrike* GC, avs. 32. Grunnloven § 96 første ledd stiller samme krav til presisjon som EMK art. 7, jf. Rt. 2014 s. 238 A, avs. 18.

¹⁶⁹ Rt. 2014 s. 238, avs. 19 og 24.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 196.

¹⁷¹ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 128.

¹⁷² Eskeland (2017) s. 101 og Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 91-92.

gitt i forskrift tilfredsstillende hjemmelskravet.¹⁷³ I slike tilfeller er det likevel krav om at selve straffetruuselen fremgår av formell lov, samtidig som forvaltningen gis hjemmel til å fastsette nærmere handlingsnormer på det aktuelle området. Beskrivelsen av den straffbare handling kan dermed fremgå av forskrift.¹⁷⁴

Dette medfører at det primære rettsgrunnlaget ved ileggelse av straff er nødt til å være lovtekst, og ingen øvrige rettskilder strekker til, verken rettspraksis, sedvane, lovforarbeider, folkerett eller reelle hensyn. Konsekvensen av dette er at en straffverdig handling kan være helt straffri, så lenge den ikke er gjort straffbar i lov.¹⁷⁵ I tillegg slår Grl. § 96 første ledd fast et annet viktig prinsipp, nemlig domskravet. Straff kan følgelig bare ilegges av domstolene, og ikke av andre myndigheter. Det er begrepet «*straff*» som aktualiserer krav om lovhjemmel og domstolskravet. Grunnloven har et formelt straffebegrep, og det er dermed bare sanksjoner som lovgiver har klassifisert som straff som automatisk utløser de krav som følge av Grl. § 96 første ledd.¹⁷⁶

EMK inneholder også et lovkrav ved ileggelse av straff. Dette fremgår av art. 7 som har overskriften «*Ingen straff uten lov*». Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.»

Bestemmelsen fastslår at for å ilegge en person straff, må vedkommendes handling ha vært straffbar med hjemmel i nasjonal eller internasjonal rett på handlingstidspunktet. At juridiske personer også er vernet av art. 7 er ikke tvilsomt.¹⁷⁷ Som man kan utlede av ordlyden, er ikke Grunnloven § 96 første ledd og EMK art. 7 helt sammenfallende.

¹⁷³ Eskeland (2017) s. 102-103.

¹⁷⁴ Se f.eks. lov 6. juni 2008 nr. om forvaltning av viltlevande marine ressurser (havressurslova) § 61, jf. § 16.

¹⁷⁵ Se f.eks. Rt. 1952 s. 989 A, s. 989 (telefonsjikaner). Selv om den tiltaltes handlinger var forkastelige, ble det likevel ikke rammet av det aktuelle straffebudet.

¹⁷⁶ Se f.eks. Rt. 2014 s. 620 A. Sakens hovedspørsmål var hvorvidt ileggelse av et overtredelsesgebyr etter akvakulturloven måtte anses som «straff» etter Grl. § 96 første ledd. Høyesterett fastslo at så lenge lovgiver har en saklig grunn til å overlate til forvaltningen å ilegge en økonomisk sanksjon av rent økonomisk art, vil det ikke regnes som straff etter Grl. § 96, jf. dommens avsnitt 47-66.

¹⁷⁷

For det første er lovbegrepet ulikt, jf. ordlyden «*law*». Konvensjonens lovbegrep er autonomt, og det skilles ikke mellom uskreven lov og skreven lov.¹⁷⁸ Dette har sin bakgrunn i at konvensjonsstatenes innslag av ulovfestet rett er varierende. «Common law»-land har f.eks. betydelig med domstolsskapt rett. EMK aksepterer dermed straffebud som er hjemlet i rettspraksis, såfremt rettsregelen oppfyller de øvrige kravene til tilgjengelighet og forutberegnelighet. Det fremgår av ordlyd at straffebud med hjemmel i folkerett også er forenelig med EMK art. 7.

For det andre er straffebegrepet også ulikt. EMK art.7 har et materielt straffebegrep, i motsetning til parallellen i Grunnloven som har et formelt straffebegrep. Etter EMDs praksis er ikke formell klassifikasjon nødvendigvis avgjørende for hvorvidt en sanksjon er å anse som en straff etter konvensjonen. Etter EMDs praksis skal spørsmålet om hvorvidt en sanksjon er å regne som straff etter EMK baseres på en vurdering av nasjonal klassifikasjon, overtredelsens karakter, og innholdet og alvoret av den sanksjonen lovbrøteren risikerer.¹⁷⁹ Kriteriene er i utgangspunktet alternative, men en sanksjon kan også bli ansett som straff som følge av en kumulativ effekt av flere kriterier.

For det tredje inneholder art 7. heller ikke et domskrav, og dette medfører at administrative organer kan ilegge straff, uten å krenke EMK art. 7. I motsetning til Grl. § 96 første ledd, kommer også tilbakevirkningsforbudet til uttrykk i EMK art. 7. Dette illustrerer den uløselige sammenhengen mellom kravet til lovhjemmel og tilbakevirkningsforbudet. Det ulike innholdet medfører at vernet etter bestemmelsene ikke er helt likt. Når det gjelder hvilke krav EMK art. 7 stiller til straffebuds presisjon og analogisk anvendelse/utvidende tolkning av straffebud, antas det at disse er sammenfallende.¹⁸⁰

Grunnloven oppstiller ingen unntakshjemmel fra lovprinsippet, og det kan dermed legges til grunn at lovprinsippet er absolutt og det kan aldri gjøres unntak fra det. Grunnloven er som nevnt *lex superior* til all annen lovgivning, og en eventuell unntakshjemmel gitt i alminnelig lovsform, vil dermed være ugyldig. Lovkravet i EMK art. 7 er også absolutt. Flere av artiklene i EMK inneholder inngrepshjemler/unntaksbestemmelser, men det foreligger ingen inngrepshjemmel for art. 7. Artikkelen nr. 2 gir likevel uttrykk artikkel 7 skal ikke være til

¹⁷⁸ Aall (2018) s. 116.

¹⁷⁹ Engel mfl. mot Nederland J, avs. 82-83.

¹⁸⁰ Aall (2018) s. 145. Se f.eks. Rt. 2009 s. 780 A, avs. 21.

hinder for dom og straff over en person for gjerning eller unnlatelse som, da den ble begått, var straffbar etter «*the general principles of law recognised by civilised nations*». Dette er ikke ment som en inngrepshjemmel, men til å klargjøre at folkerettslig straffehjemmel er tilstrekkelig etter EMK art. 7.¹⁸¹ EMK art. 15 gir medlemstatene en utvidet adgang til å gjøre inngrep i rettighetene etter EMK i krisesituasjoner, som f.eks. krig. Det følger likevel av art. 15 nr. 2 at dette ikke gjelder for art. 7.

At lovkravet er absolutt, både etter Grunnloven og EMK, kan begrunnes i at rettsstaten er nødt til å være stabil til enhver tid, uavhengig av hva «goder grunner» eller den alminnelige rettsfølelsen i en gitt situasjon måtte tilsi.

5.3 Er foretaksstraff på objektivt grunnlag forenelig med lovkravet?

Videre er spørsmålet om lovkravet, enten etter Grl. § 96 første ledd eller EMK art. 7, legger begrensninger på adgangen for å ilegge straff på objektivt grunnlag. Ordlyden i bestemmelsene gir lite veiledning til løsningen. Spørsmålet er ikke behandlet i forarbeidene til verken Grunnloven eller straffeloven. Høyesterett har heller ikke tatt stilling til spørsmålet.

Foretaksstraff kan i prinsippet ilegges enhver straffbar handling som et foretaks representanter begår på vegne av foretaket. Eskeland mener foretaksstraff på objektivt grunnlag vil være i strid med lovkravet.¹⁸² På bakgrunn av at alle lovhjemler som det er aktuelt å anvende ved ileggelse av foretaksstraff inneholder et krav om skyld, vil foretaksstraff på objektivt grunnlag være ileggelse av straff uten at lovens vilkår er til stede.

Etter strl. § 21 er skyldkravet ved straffbare handlinger forsett «*med mindre annet er bestemt*». Formuleringen knytter seg i utgangspunktet til hvorvidt uaktsomhet også skal kunne være tilstrekkelig skyldgrad for straffeansvar. Det vil likevel være forenelig med ordlyden å tolke dette som kan «*bestemmes*» at det ikke skal gjelde et skyldkrav ved visse overtredelser. Et straffebud der det eksplisitt fremgår at det ikke skal gjelde et skyldkrav vil dermed være forenelig med lovkravet i den forstand som Eskeland peker på. Det samme må gjelde for en generell hjemmel som knytter seg til alle straffbare handlinger.

EMD har gjennom sin praksis konstatert at EMK art. 7 setter krav til gjerningspersonens skyld. Storkammerdommen *G.I.E.M. S.R.L og andre mot Italia* er i denne forbindelse av

¹⁸¹ Møse og Aall (2018) note 67.

¹⁸² Eskeland (2017) s. 386.

særskilt interesse. I avgjørelsen kommer EMD med prinsipielle avklaringer vedrørende hvilke grenser konvensjonens lovkrav setter for innhugg i skyldprinsippet. Saken omhandlet inndragning av eiendommer på objektivt grunnlag som følge av brudd på italiensk naturvernlovgivning. I saken var det tre klager forent til felles behandling.

Den første klageren var selskapet G.I.E.M. Selskapet eide en eiendom, og under trussel om ekspropriasjon fra lokale myndigheter hadde G.I.E.M. gått med på at eiendommen skulle bli med i en utviklingsplan for eiendommer i det aktuelle området. I en straffesak der selskapet ikke var part, ble det slått fast at utviklingen av eiendommene i området var i strid med italiensk naturvernlovgivning. De tiltalte i straffesaken ble frifunnet for straffeansvar, men domstolen besluttet at alt utviklet land i det aktuelle området skulle inndras til staten, inkludert G.I.E.M. sin eiendom. Dette fordi regelen etter den italienske inndragningsbestemmelsen var at all eiendom som var utviklet i strid med naturvernlovgivningen, alltid skulle inndras, uavhengig av hvem som eide eiendommen og uavhengig av utvist skyld. G.I.E.M hadde i etterkant av avgjørelsen forgjeves forsøkt å få tilbakeført eiendommen.

Den andre klageren var selskapene Hotel Promotion og R.I.T.A. Sarda, og den tredje klageren var selskapet Falagest og Mr. Gironda. Både den andre og tredje klageren hadde eid og utviklet eiendommer for turistformål. Begge klagerne ble straffeforfulgt for brudd naturvernlovgivning, og begge ble frifunnet i straffesakene mot dem i de italienske domstolene. I begge sakene ble det frifinnelse på grunn av foreldelse, men i den tredje klagerens sak ble det riktignok konstatert at det var utvist skyld i relasjon til lovbruddet. Det var forøvrig representantene til selskapene som det ble reist tiltalte mot, da juridiske personer ikke kan straffes etter italiensk rett. Selskapenes eiendommer ble også inndratt til fordel for staten, som følge av nevnte inndragningsregel.

Klagerne anførte for EMD at inndragningen av eiendommene var i strid med EMK art. 7, fordi inndragningen måtte regnes som straff etter art. 7, at straff på objektivt grunnlag var i strid med art. 7 og at inndragningen overfor selskapene var i strid med art. 7 da selskapene ikke hadde vært parter i straffesakene.

I dommen innfortolker EMD et krav om skyld som et vilkår for straff etter EMK art. 7. I sin drøftelse av EMK art. 7 viser domstolen i avsnitt 241 til en tidligere avgjørelse, *Sud Fondi*

mot Italia.¹⁸³ I denne saken ble det uttalt at selv om det ikke fremgår eksplisitt av art. 7 sin ordlyd, så setter bestemmelsen krav til subjektiv skyld ved ileggelse av straff. Det kreves en «*intellectual link*», som kan avdekke grunn til å klandre gjerningspersonen for den straffbare handlingen. EMD begrunner dette først og fremst i hva straff er og formålet med straff, og mener i lys av dette må det kreves skyld for å ilegge straff. Videre pekte EMD på hensynet til forutberegnelighet. Det fremholdes at det vil være inkonsistent å kreve at en straffehjemmel skal være tilgjengelige og forutberegnelig, og samtidig som man kan finne en gjerningsperson skyldig i en straffbar handling som han ikke kunne klandres for.

I det følgende avsnittet i G.I.E.M-saken slutter EMD i storkammer seg til denne oppfatningen, og legger til grunn at straff krever at gjerningspersonen har utvist skyld: «... *punishment under Article 7 requires the existence of a mental link through which an element of liability may be detected in the conduct of the person who physically committed the offence*».¹⁸⁴

EMD slo videre fast en annen rettsoppfatning, som også har betydning for håndhevelsen av foretaksstraffinstituttet. For EMD var det et spørsmål i saken hvorvidt inndragningen av eiendommen til klagerne utgjorde en krenkelse av EMK art. 7, da disse ikke hadde vært part i straffesakene som førte til inndragelsen. EMD viser til en annen avgjørelse¹⁸⁵, *Varvara mot Italia*, hvor det ble uttalt at «*a consequence of cardinal importance flows from the principle of legality in criminal law, namely a prohibition on punishing a person where the offence has been committed by another*».¹⁸⁶ EMD la til grunn denne rettsregelen, og slo fast at siden de aktuelle selskapene ikke hadde vært part i straffesaken, utgjorde inndragelse av deres eiendommer en krenkelse av EMK art. 7.¹⁸⁷

Dommen er avsagt i storkammerdom og inneholder generelle uttalelser som er lite knyttet til faktum. Det var riktignok dissens, men denne er ikke skarp. Det var bare to dommere som ikke ønsket å innfortolke et krav om skyld etter art. 7. Rui mener at dommens prejudikatverdi er stor, og at EMK art. 7 krever subjektiv skyld hos gjerningspersonen for ileggelse av straff må dermed legges til grunn som gjeldende rett.¹⁸⁸

¹⁸³ Sud *Fondi mot Italia* J, avs. 116-117.

¹⁸⁴ G.I.E.M. S.R.L. og andre *mot Italia* GC, avs. 242.

¹⁸⁵ G.I.E.M. S.R.L. og andre *mot Italia* GC, avs. 271.

¹⁸⁶ *Varvara mot Italia* J, avs. 63.

¹⁸⁷ G.I.E.M. S.R.L. og andre *mot Italia* GC, avs. 274.

¹⁸⁸ Rui (2018) s. 208.

EMD gir således skyldprinsippet et absolutt vern i EMK art. 7, og stenger for straff på rent objektivt grunnlag. EMK er inkorporert og går foran norsk lovgivning ved motstrid, jf. mrl. §§ 2 og 3. Dette medfører at straffeloven må tolkes i tråd med EMK, og det samme gjelder for foretaksstraffen. Konklusjonen er dermed at foretaksstraff på rent objektivt grunnlag er i strid med lovkravet, og det må innfortolkes et krav om skyld i strl. § 27 for gjerningspersonen som har handlet på vegne av foretaket, for å kunne avsi en dom i samsvar med lovkravet.

På bakgrunn av Høyesteretts tilnærming ved tolkning av Grunnloven, er det nærliggende å anta at EMK art. 7 sitt krav om subjektiv skyld nå også må innfortolkes i Grunnlovens lovkrav i § 96 første ledd.¹⁸⁹ Fremgangsmåten kan forenklet oppsummeres som at ved fastleggelsen av innholdet i en grunnlovsbestemmelse, så trekkes den parallelle bestemmelsen i EMK frem, og det settes likhetstegn mellom dem.

For foretaksstraff er dommen ikke bare interessant med tanke på hvilken skyld som må kreves av gjerningspersonen, men også med tanke på tolkningen av «på vegne av»-vilkåret i strl. § 27. EMD la som nevnt til grunn at man ikke kan straffe en person for straffbare handlinger begått av en annen person. Når det gjelder foretaksstraff, vil det alltid være slik at straffesubjektet er et annet enn den personen som fysisk begår den straffbare handlingen. Rui anfører at tolkningen av «på vegne av»-vilkåret må strammes noe inn som følge av den rettsoppfatning som dommen gir uttrykk for.¹⁹⁰ I G.I.E.M-dommen var det avgjørende at selskapene som fikk sine eiendommer inndratt, ikke hadde vært part i straffesakene, men Rui mener likevel det er nærliggende å forstå rettssetningen som at det finnes grenser for å straffe et subjekt for handlinger begått av et annet subjekt. At et foretak i det videre skal kunne ilegges straff som følge av lovbrudd begått av oppdragstakere, eller at foretak skal få et straffeansvar overført til seg som følge av endringer i foretaksstruktur mv., er derfor ikke opplagt.

¹⁸⁹ Se f.eks. Rt. 2014 s. 1105 A avs. 28-29; Rt. 2014 s. 1161 A avs. 29; Rt. 2014 s. 1292 A, avs. 14-15; Rt. 2015 s. 93 A, avs. 38-39, og Rt. 2015 s. 155 A, avs. 40.

¹⁹⁰ Rui (2018) s. 211-212.

6 Avsluttende merknader

Formålet med avhandlingen var å finne innholdet i strl. § 27, og undersøke om dette er forenelig med skyldprinsippet, uskyldpresumsjonen og lovkravet. Straffeloven § 27 oppstiller et objektivt ansvar for foretak for lovbrudd som begås av foretakets representanter i forbindelse med dets virksomhet. Dette har sin bakgrunn i et ønske om å styrke straffebudenes preventive virkning og effektiv straffeforfølgning.

Foretaksstraff på objektivt grunnlag har lenge vært gjenstand for kritikk, da straffeansvaret er problematisk med hensyn til grunnleggende rettsstatsprinsipper. I denne avhandlingen har det blitt konkludert med at foretaksstraffen er i strid med skyldprinsippet, og mangler følgelig moralsk legitimitet. Hvilken skyld gjerningspersonen har utvist er riktignok et moment ved hensiktsmessighetsvurderingen om foretaksstraff skal ilegges, men hensynet til prevensjon har fått for stor vekt i forhold til skyldprinsippet. Dette bør ha den konsekvens av at selv om det ikke fremgår av strl. § 27 sin ordlyd, bør det innfortolkes et krav om skyld ved ileggelse av foretaksstraff. I norsk rett har ikke skyldprinsippet en eksplisitt hjemmel, men nyter vern i blant annet uskyldpresumsjonen og lovkravet i strafferetten.

Foretaksstraffinstituttet er likevel innenfor de grenser som uskyldpresumsjonen setter for objektivt straffeansvar. Uskyldpresumsjonen setter grenser for innhugg i skyldprinsippet, men disse grensene er ikke overtrådt med hensyn til foretaksstraff. Dette fordi ansvaret ikke er fullt ut objektivt. Lovkravet går likevel lengre enn uskyldpresumsjonen når det gjelder krav til gjerningspersonens skyld. Det kreves subjektiv skyld hos gjerningspersonen ved ileggelse av straff etter EMK art. 7, og dette må også gjelde for foretaksstraff.

Som nevnt innledningsvis er foretaksstraffinstituttet under utredning. Utredningen skal inneholde en analyse av reglene for foretaksstraff i straffeloven §§ 27 og 28, og vurdere om det er behov for lovendringer. Det skal blant annet undersøkes hvorvidt personkretsen (agenter, selvstendige oppdragstakere, mv.) som foretaket kan bli strafferettslig ansvarlig for, skal utvides. I lys av det som nå gjelder etter EMK art. 7, fremstår dette ikke som særlig aktuelt. Videre skal det også utredes hvorvidt det er behov for å gjeninnføres et skyldkrav for foretaksstraff. Dette vil være en kjærkommen mulighet til å eliminere de uklare og problematiske sidene ved foretaksstraffinstituttet, og sørge for at straffeansvaret for foretak utformes innenfor gjeldende konstitusjonelle og menneskerettslige rammer.

Hvordan den eksakte løsningen på dette vil være er noe vanskelig å uttale seg om. Intuitivt fremstår en gjeninnføring av skyldkravet som et godt tiltak. Det kan også diskuteres hvorvidt straffeforfølgning av juridiske personer bør tas ut av strafferetten, og heller sanksjoneres administrativt, ved bruk av forvaltningssanksjoner, som f.eks. overtredelsesgebyrer.

Referanseliste

Lovtekst

Lov 17 mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov

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

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

Lovforarbeider

NOU 1989: 11 Straffeansvar for foretak Straffelovkommisjonens delutredning II

Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffeansvar for foretak)

Innst. O. Nr. 55 (1990-1991) innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffeansvar for foretak)

NOU 2002: 4 Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII

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

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28

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

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, av 4. november 1950

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, av 12. desember 1966

Norsk rettspraksis

Rt. 1938 s. 411 A

Rt. 1952 s. 989 A

Rt. 1977 s. 1207 A

Rt. 1992 s. 19 A

Rt. 1995 s. 530 A

Rt. 1995 s. 1922 A

Rt. 1998 s. 652 A

Rt. 2000 s. 1451 A

Rt. 2000 s. 2023 A

Rt. 2001 s. 1379 A

Rt. 2002 s. 509 P

Rt. 2002 s. 1312 A

Rt. 2002 s. 1722 A

Rt. 2004 s. 1457 A

Rt. 2005 s. 833 P

Rt. 2007 s. 785 A

Rt. 2007 s. 1684 A

Rt. 2007 s. 1998 A

Rt. 2009 s. 1595 A

Rt. 2010 s. 1608 A

Rt. 2011 s. 1738 A

Rt. 2012 s. 770 A

Rt. 2012 s. 686 A

Rt. 2013 s. 1025 A

Rt. 2014 s. 238 A

Rt. 2014 s. 620 A

Rt. 2014 s. 1105 A

Rt. 2014 s. 1161 A

Rt. 2014 s. 1292 A

Rt. 2015 s 93 A

Rt. 2015 s. 155 A

HR-2016-1982-A

HR-2016-2554-P

Avgjørelser fra EMD

Barbera mfl. mot Spania J, søkenummer 10590/83, avsagt 6. desember 1988.

Cantoni mot Frankrike GC, søkenummer 17862/91, avsagt 15. november.

Engel mfl. mot Nederland J, søkenummer 5100/71, avsagt 8. juni 1976.

G mot Storbritannia A, søkenummer 37334/08, avsagt 30. august 2011.

G.I.E.M. S.R.L. med andre mot Italia GC, søkenummer 1828/08, avsagt 28. juni 2018.

Janosevic mot Sverige J, søkenummer 34619/97, avsagt 23. juli 2002.

Pham Hoang mot Frankrike J, søkenummer 13191/87, avsagt 25. september 1992.

Radio France mot Frankrike J, søkenummer 53984/00, avsagt 30. mars 2004.

Salabiaku mot Frankrike J, søkenummer 10519/03, avsagt 7. oktober 1988.

Sud Fondi mot Italia J, søkenummer 75909/01, avsagt 20. januar 2009.

Varvara mot Italia J, søkenummer 17475/09, avsagt 29. oktober 2013.

Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige J, søkenummer 36985/97, avsagt 23. juli 2002.

Juridisk litteratur

Bøker

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, 2018.

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Rieber-Mohn, Georg Fredrik og Sæther, Knut Erik, 2016.

Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK. Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, 1. utgave, 2011.

Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. utgave ved Høgberg, Alf Petter, 2017.

Høivik, Knut, *Foretaksstraff*, 1. utgave, 2012.

Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: en systematisk fremstilling av norsk strafferett* (foreløpig utgave), 2016.

Matningsdal, Magnus, *Straffeloven. Alminnelige bestemmelser. Kommentarutgave*, 2015.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 2004.

Skoghøy, Jens Edvin, *Rett og rettsanvendelse*, 1. utgave, 2018.

Artikler

Graff Hartmann, Carl, «Foretaksstraff og selskapsendringer», *Tidsskrift for strafferett* 2009/3 s. 331-353.

Hika, Gemetchu, «Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldpresumsjonen i EMK artikkel 6 (2)», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2010/3 s. 505–547.

Jacobsen, Jørn, «Fiksjon utan moral eller konstruksjon utan verdi?», *Tidsskrift for strafferett* 2009/1 s. 43–74.

Rui, Jon Petter, «Skyldprinsippet», *Lov og Rett* 2015/9 s. 511–512.

Rui, Jon Petter, «Fra menneskerettighetsdomstolen. Ingen straff uten skyld (nulla poena sine culpa). G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia, søkenummer 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018», *Tidsskrift for strafferett* 2018/3 s. 202–215.

Skoghøy, Jens Edvin, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», *Jussens Venner* 2014, s. 297-339.

Lovkommentarer

Matningsdal, Magnus, *Straffeloven 2005. Lovkommentar, § 21. Skyldkravet*, *Juridika* (kopiert 02. juni 2020) <https://juridika.no/lov/2005-05-20-28/%C2%A721/kommentar/>

Møse, Erik og Aall, Jørgen, *Norsk Lovkommentar, Menneskerettsloven, EMK art. 7*, note 67, *Rettsdata* (lest 15. juni 2019).

