



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Økonomisk utroskap, strl. § 390

En juridisk analyse av bestemmelsen

Jonathan Johansen Hoaas

Liten Masteroppgave i Rettsvitenskap JUR-3902, mai 2024

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Videre framstilling.....	2
2	Rettskildebilde.....	3
2.1	Gjeldende rett	3
2.2	Metode	4
2.3	Legalitetsprinsippet	5
2.4	Prinsippet om lojalitetsplikt.....	7
2.4.1	Lojalitetsplikt i selskapsforhold	8
3	Straffelovens § 390 «Økonomisk utroskap»	9
3.1	Innledning.....	9
3.2	Formålet.....	10
3.3	Objektive Vilkår	11
3.3.1	«handler».....	11
3.3.2	«mot en annens».....	12
3.3.2.1	Selskapsformene ENK, DA/ANS, KS.....	13
3.3.2.2	Selskapsformen AS.....	15
3.3.3	«interesser».....	17
3.3.3.1	Bestemmelsens nedre grense	19
3.3.3.2	Forsvarlighetsvurderingen	20
3.3.4	«styrer eller har tilsyn med».....	23
3.3.4.1	Gjerningsmenn med enkeltoppdrag	26
3.3.5	«uberettiget vinning eller om å skade»	27
3.3.5.1	«uberettiget vinning»	27

3.3.5.2	«om å skade».....	29
3.3.6	Oppsummering av objektive vilkår	31
3.4	Subjektive vilkår.....	32
3.4.1	Skyldkravet.....	32
3.4.2	Strafferamme og utmåling.....	33
4	Lojalitetsplikten og Legalitetsprinsippet en uharmonisk rettstilstand.....	34
4.1	Problemstillingen.....	34
4.2	Lojalitetsplikten i strid med legalitetsprinsippet	35
4.2.1	Avsluttende bemerkninger	37
	Litteraturliste	39

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

I denne avhandlingen behandler jeg straffelovens § 390 om Økonomisk utroskap,¹ og særskilt drøfte problemstillingen om lojalitetsplikten og legalitetsprinsippet i relasjon til bestemmelsen.

Straffelovens § 390 om økonomisk utroskap lyder:

«Den som handler mot en annens interesser som han styrer eller har tilsyn med, med forsett om å oppnå en uberettiget vinning for seg eller andre eller om å skade, straffes med bot eller fengsel inntil 2 år.

Straff for utroskap anvendes ikke på handling som faller inn under § 324, jf. § 325, eller § 387, jf. § 388.»

Bestemmelsen innebærer som eksempel at en ansatt i et selskap, som bruker firmakortet på privatkjøp over tid, eller der en ansatt bevisst unnlater å følge opp en levering til en kunde. Det kan også være aksjonær² i aksjeselskap som eier flere selskap, og selger midlene til det ene selskapet over til sitt heleide selskap til lav pris. Det som er sentralt, er at gjerningsperson³ gjør en handling i strid med interessene til en annen person⁴, og dermed opptrer illojalt for egen vinning.

Lojalitetsplikten er en forutsetning i næringslivet for at aktører⁵ skal kunne trygt foreta handel og inngå avtaler, eller blir økonomien å stoppe opp eller vesentlig bli svekket. Formålet bak § 390 er å straffe illojale personer som bryter plikten.

Problemet er at i norsk strafferett har vi et legalitetsprinsipp som setter grenser for hvor langt vi kan straffe borgerne i landet etter straffelovgivningen.

¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 Lov om straff (straffeloven – strl.)

² Aksjonær er en deltaker i et aksjeselskap (AS)

³ Den som begår handlingen, blir kalt gjerningsperson eller tiltalte

⁴ Person blir kalt fornærmede eller prinsipalen

⁵ Aktører betyr deltaker i selskap eller andre som er i næringslivet

Hva skjer hvis det som står i § 390 har så mange skjulte og skjønnsmessige vurderinger at det er tilnærmet umulig for en vanlig borger, uten inngående rettsvitenskap å forutsi om vedkommende blir dømt før økonomisk utroskap?

Avhandlingen kan bidra til å gi kunnskap til aktører i næringslivet, ansatte, og offentlige tjenestemenn. Slik avhandlingen vil ta for seg er vurderingene i bestemmelsen i stor grad preget av skjønn, og lojalitetsplikten har økt betydning i dag innenfor avtaleretten, selskapsretten, men også strafferetten og forholdet til § 390. Det vil gjøre det lettere for arbeidsgivere å identifisere økonomisk utroskap, og andre å forutsi sin rettsstilling.

Avhandlingens tema er ikke et rettsområde hvor det kan sies at alle problemstillinger er løst, tvert imot at det kan bli flere juridiske problemstillinger i fremtiden.

1.2 Avgrensninger

Temaet straffelovens § 390 økonomisk utroskap favner svært vidt, det er gjennomgående drøftelser som må gås igjennom, spesielt siden det er nødvendig å ta stilling til selskapsretten, avtaleretten og lojalitetsplikten privatrettslig og strafferettslig. Det er også svært mange dommer som må introduseres og gås igjennom, siden disse utgjør en viktig rettskilde på for avklaring av strl. § 390. Av hensyn til oppgavens omfang må temaet derfor avgrenses noe. Bestemmelsen blir mest overgått av aktører i næringslivet, av den grunn avgrenses det mot å ta stilling til bestemmelsen mot det offentlige, men det blir å nevnes er det relevant kort.

Det må også avgrenses mot å ta stilling til andre bestemmelser i straffeloven som tilgrenset, men ikke direkte er relevant for temaet. Det blir ikke tatt stilling til medvirkning jf. strl. §15, forsøk jf. strl. § 16 og konkurrens. Gjerningsbeskrivelsen er i § 390 og det er her kjernen er, av den grunn blir jeg ikke å ta stilling til § 391 om grov økonomisk utroskap, men det blir å bli nevnt illustrerende.

1.3 Videre framstilling

Avhandlingen er inndelt i 4 kapitler. I kapittel 2 redegjør jeg for relevante rettskilder og metodiske problemstillinger. Kapitlet er skilt ut fra innledningen på grunn av det er særegne strafferettslig metode å ta stilling til, samt at legalitetsprinsippet og lojalitetsplikten må forklares.

I Kapittel 3 redegjør jeg for selve § 390 om økonomisk utroskap, der det blir gått igjennom alle vilkårene for straff etter bestemmelsen, det er underpunkter på noen av vilkårene ettersom det er særskilte vurderinger som knytter seg til vilkårene. Det blir også gått igjennom subjektive vilkår om skyld og straffeutmåling til slutt kortfattet. Det blir en oppsummering til slutt av hva som kan trekkes ut av redegjørelsen i punkt 3.3.6

I kapittel 4 belyser jeg problemstillingen som drøftelsen har identifisert, men mesteparten av avhandlingens fokus er på selve § 390 og redegjørelse for dette.

2 Rettskildebilde

2.1 Gjeldende rett

Økonomisk utroskap og grovt økonomisk utroskap reguleres i straffeloven fra 2005 i kapittel 30. om bedrageri skattesvik og liknende økonomisk kriminalitet §§ 390-391. Før den nye straffeloven trådte i kraft,⁶ regulerte straffeloven 1902 §§ 275-276 gjeldende rett.⁷

Det følger av strl. § 1 at bestemmelsene i lovens første kapittel gjelder for alle straffbare handlinger, så lenge ikke annet er bestemt eller følger av annen lovgivning eller følger av tolkning

Videre følger det av strl. § 3 at straffelovgivningen på handlingstidspunktet skal anvendes. Unntaket fra dette er hvis nyere lovgivning fører til gunstigere resultat for siktede⁸, det følger av første ledd annet punktum. Dette vil sjeldent være aktuelt i forhold til § 390, ettersom det har vært en endring fra «*hensikts*»⁹ forsett til *alminnelig forsett*. Det medfører at det skal mindre til for at siktede blir dømt for økonomisk utroskap, jeg kommer tilbake til dette i punkt 3.4.1 om skyldkravet. Straffeloven 1902 vil da bli anvendt hvis siktetes handlinger ble begått før ikrafttreddelsen av ny straffelov i 2005.

⁶ Lov 19. juni 2015 nr. 65 om ikraftsetting av straffeloven 2005.

⁷ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven-strl., opphevet).

⁸ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven-strpl.)

⁹ Se strl. § 21 første ledd bokstav a.

Det skal spesielt bemerkes at den nye straffelovgivning er ment som en videreføring av gjeldenderett, fra straffeloven 1902 i all hovedsak som uttalt i forarbeidene.¹⁰ Det ble også generelt foretatt noen strukturelle og språklige endringer. Strafferammen til strl. § 390 ble også senket fra tre til to år.¹¹

2.2 Metode

Avhandling vil anvende normal juridisk metode, strafferettslig metode skiller seg i liten grad fra normalen. Utgangspunktet er lovens ordlyd, som blir klar gjort ved tolkning av forarbeidene, rettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn.¹² Straffelovgivningen og hvordan juridisk metode blir anvendt i samsvar har noen særtrekk

Det følger av *legalitetsprinsippet* om *nulla poena sine lege*, som betyr at ingen kan straffes uten hjemmel i lov.¹³ Det medfører at loven er det primære rettsgrunnlaget i strafferetten kalt *lex scripta*.¹⁴ Det må derfor søkes i loven for grunnlaget for straff, mens andre rettskildene kan bidra til tolkning av loven. Legalitetsprinsippet knesetter også hvor langt man kan gå i tolkning, utforming og anvendelse av straffeloven, jeg går inn nærmere på dette i neste kapittel 2.4.

Som nevnt er straffeloven 2005 en videreføring av gjeldenderett fra straffeloven 1902. Det medfører at forarbeidene, rettspraksis og teori som gjelder straffeloven 1902 § 275 om utroskap er relevante rettskilder selv i dag. Jeg blir å nevne særskilt i avhandlingen er det noe som ikke er overførbart eller vesentlig forskjeller, ellers er det å anta at det ikke er noe å bemerke.

Rettskilden som klart er mest relevant for tolkning av strl. § 390 er Høyesterettspraksis. Økonomisk utroskap vurderingen er i høy grad basert på skjønnsmessige vurderinger og det er helt sentralt å kunne belyse ordlyd og rettsanvendelsen med rettspraksis. Den mest relevante praksisen er vedrørende rettsanvendelsen, det har sterkere tilknytning til ordlyden i

¹⁰ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 29 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning) s. 471

¹¹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 346 mer om strafferammen i punkt 3.4.2 Strafferamme og utmåling

¹² Frøberg (2020) s. 48-49

¹³ Frøberg (2020a) s. 48 mer om legalitetsprinsippet i punkt 2.3

¹⁴ Frøberg (2020b) s.72-73

loven jf. Legalitetsprinsippet. Praksis om straffeutmåling har liten verdi for tolkning av ordlyden i loven. Men likevel kan slik praksis belyse hva det innebærer å overtre bestemmelsen, er også nyttig illustrerende for vise fra praksis hva det snakkes om i avhandlingen.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter er også relevant i avhandlingen.¹⁵ Konvensjonene er gjort til norsk rett, det følger av menneskerettsloven¹⁶ § 2. Denne går foran norsk lovgivning ved motstrid¹⁷ jamfør mrl. § 3. Følger av prinsippet om *lex superior* som sier ved motstrid i lovverket vil lovgivning med høyst rang være avgjørende for resultatet.

Jeg blir også å særskilt si i avhandlingen gjør jeg metodiske valg underveis som ikke er uttrykt her eller passer best å forklare under kapittel hvor emnet blir behandlet

2.3 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er kjerne prinsipp på strafferettsområde. Hjemmelsgrunnlaget til prinsippet er uttrykt i Grunnloven¹⁸ § 96, strl. 2005 § 14, EMK art. 7 og SP art. 15.

Ordlyden til Grl. § 96 første ledd lyder at ingen kan «*dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom*» og etter strl. § 2005 § 14 at strafferettslige reaksjoner kan bare «*illegges med hjemmel i lov*». Siste nevnte bare bekrefter legalitetsprinsippet, med andre ord er der for informasjonshensyn til borgerne. EMK art. 7 og SP art. 15 har ordlyd som er helt lik, men følgende er fra EMK art. 7:

«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»

Legalitetsprinsippet medfører at det stilles både for formelle og materielle krav til straffelovgivningen. Først må straff forankres i en lovbestemmelse og det må være norsk

¹⁵Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 (EMK) og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1996 (SP)

¹⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettigheter i norsk rett (mrl.)

¹⁷ Frøberg (2020) s. 59

¹⁸ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grl.)

«lov».¹⁹ Dette er Grl. §§ 76 flg, om formelle lover vedtatt av stortinget, Grl.§ 17 provisorisk anordninger gitt av regjeringen, forskrifter gitt med hjemmel i lov.²⁰ Siste nevnte blir utledet fra Grl. § 96, der det er forstått i praksis at så lenge straffetrussel er gitt i lov, står forvaltningen fritt til å fastsette atferdsregelen

Grunnloven er strengere i ordlyden enn EMK som også oppstiller legalitetsprinsipp, dermed vil straffelovgivningen her til lands følge legalitetsprinsippet som springer ut av Grunnloven.²¹ Jeg blir ikke å problematisere dette videre med mindre det er relevant for avhandlingen. Dermed blir det og tas stilling til de materielle sidene av legalitetsprinsippet som har sitt opphav i den norske lovgivningen.

Legalitetsprinsippet medfører også materielle prinsipper, det er *klarhetskravet* og *analogiforbudet*. Analogiforbudet innebærer at manglende støtte i ordlyden ikke kan avhjelpest ved å gjøre en analogisk²² tolkning. Selv om forholdet klart er straffeverdig og lovgivers intensjon var at det aktuelle forholdet skulle straffes.²³

Klarhetskravet innebærer at ordlyden må være klar nokk til at borgerne har mulighet til å forutsi sin rettsstilling. Borgeren av nasjonen skal kunne vite hvilken handling og unnlaterer som er straffbare etter loven.²⁴ Det vil si at lovgiver ikke kan utforme gjerningsbeskrivelsene i ordlyden vag eller uklart, det vil legge opp til at nærmere avklaring av straffeansvaret skal utformes igjennom rettspraksis. Gjøres slike utforminger av ordlyden så vil det være grunnlovsstridig, som er uheldig og medfører i teorien straffefrihet for den skyldige. På en annen side er ikke klarhetskravet til hinder for at straffebudet tolkes i lys av kilder som rettspraksis og forarbeid.²⁵ Det sentrale er at etter tolkningsprosessen straffebudets kjerne forblir den samme, da blir hensynet til forutberegnelighet for borgerne ivaretatt

¹⁹ Frøberg (2020) s. 74

²⁰ Frøberg (2020) s. 54

²¹ Frøberg (2020) s. 74

²² Se Skoghøy (2018) s. 63-64 for forklaring på hva en slik tolkning juridisk innebærer

²³ Frøberg (2020) s. 76-77

²⁴ Frøberg (2020) s. 77

²⁵ Frøberg (2020) s. 78

2.4 Prinsippet om lojalitetsplikt

Det er nødvendig å forklare hva som ligger i den kontraktrettslige lojalitetsplikten. Etersom dette er noe som blir å komme opp ofte under redegjørelse av § 390 om økonomisk utroskap. I tillegg lojalitetsplikt vedrørende selskap, dette er relevant fordi veldig mange av sakene fra praksis er det diverse deltakere i selskap som er gjerningsperson.

Kontraktrettslig lojalitetsplikt har blitt utviklet igjennom rettspraksis på ulovfestet grunnlag over tid. Dette har ført til en rettsutvikling hvor et prinsipp om *lojalitetsplikt* har fått større betydning i dag.²⁶ Giertsen har en treffende beskrivelse av utviklingen:

*«Lojalitetsprinsippet har utviklet seg i et samvirke mellom lovgivning, rettspraksis og teori, og er blant de grunnleggende prinsippene i kontraktsretten».*²⁷

Lojalitetsplikten innebærer at ved kontrakt inngåelse mellom parter kan det utledes selvstendige forpliktelser, knyttet til ivaretagelse av motpartens interesser.²⁸ Christoffersen forklarer at lojalitetsplikten har to sider:

*«en plikt til å avstå fra adferd som krenker andres interesser og en plikt til aktivt å ivareta andres interesser».*²⁹

Siste nevnte plikt i sitatet over kreves sterkere grunner for å påberope illojalitet, praktisk er dette aktuelt når styrkeforholdet mellom partene er skjevt.³⁰ Det kan for eksempel, være at den sterke part må anbefale mot parten om å ikke inngå avtalen.³¹ Eller at banken (*profesjonell part*) må fraråde kunden (*forbruker part*) om å påta seg større gjeld. Utvikler kontraktsforholdet seg slik at kunden ikke kan betjene lånet og banken ikke har frarådet eller gitt tilstrekkelig informasjon, kan banken sies å ha brutt lojalitetsplikten ved å ikke ivareta motpartens interesser tilstrekkelig.

²⁶ Giertsen (2021) s. 14.

²⁷ Giertsen (2021a) s. 11 (andre avsnitt).

²⁸ Christoffersen (2019) s. 155.

²⁹ Christoffersen, Buskerud Margrete «Aksjeeiers lojalitetsplikt etter norsk rett – HR-2020-1947-A» jussens *venner* 2021 s.152-191 (sitert fra Idunn.no).

³⁰ Christoffersen (2019a) s. 155.

³¹ Giertsen (2021b) s. 11.

Lojalitetsplikt i kontraktsforhold er sikker rett i dag og er en av grunnprinsippene i avtaleretten, eksempler på Høyesteretts dommer hvor lojalitetsplikten kommer opp Rt.1984 s. 28 Tromsø Sparebank og HR-2017-2375 Blålid..³²

2.4.1 Lojalitetsplikt i selskapsforhold

Den privatrettslige lojalitetsplikten har blitt styrket i nyere tid som nevnt. Det som er interessant er at det har vært rettsutvikling innenfor selskapsretten nylig.

Det har lenge vært om diskutert om det gjelder en lojalitetsplikt i selskapsforhold og spesielt i AS som er den mest vanlige selskapsformen.³³ Margrete Buskerud Christoffersen har skrevet en hel bok om denne problemstillingen med tittel «*aksjeeiers lojalitetsplikt*» i 2019. Det kom ny rettspraksis i 2020 som slo fast at det gjelder en lojalitetsplikt i aksjeselskapsforhold, dommen er HR-2020-1947-A *Akademiet*

I *Akademiet* avgjørelsen som omhandlet et aksjeselskap konsern, hvor morselskapet hadde overført datterselskapet vederlagsfritt til et annet selskap i konsernet. Denne overføringen medførte tap og at interessene til datter selskapet ikke ble ivarettatt. Det ble framsatt krav om erstatning etter aksjelovens § 17-1, det førte ikke fram på normalt ansvarsgrunnlag. Etter dette uttaler Flertallet følgende:

«På bakgrunn av loyforarbeidene er det etter min mening klart at loven må suppleres med en ulovfestet lojalitetsplikt. Også i juridisk litteratur er det støtte for at det gjelder en lojalitetsplikt som rekker videre enn aksjelovens bestemmelser»

Her blir det uttrykkelig sagt at det gjelder en lojalitetsplikt i aksjeselskap. Denne uttalelsen og etterfølgende rettsutvikling i framtiden rettsutvikling, åpner også døren for at andre selskapsformer kan sies å ha en lojalitetsplikt som springer ut av selskapsavtalen. Som jeg forklarte i forrige kapittel er hjemmelen til lojalitetsplikten i avtalen, en selskaps avtale er også et slikt hjemmelsgrunnlag i teorien.

³² Christoffersen (2019) s. 155.

³³ Christoffersen (2019a) s. 208

Ved den konkrete vurderingen kom flertallet (3-2) til at morselskapet hadde opptrådt i strid med lojalitetsplikten og da var det ansvarsgrunnlag for erstatning etter aksjelovens § 17-1 første ledd likevel.

Dommen viser at lojalitetsplikten er i utvikling. Dette vil også styrke lojalitetshensyn og senke terskelen for alvorlighetsgrad overtredelse av strl. § 390 i teorien.

3 Straffelovens § 390 «Økonomisk utroskap»

3.1 Innledning

I dette kapitlet er hoveddelen til avhandlingen, hvor det blir å grundig bli gått igjennom § 390 som er avhandlingens hovedtema.

Først blir jeg forklare formålet bak bestemmelsen i punkt 3.2, jeg blir ikke å gå dypt i ordlyden når det gjelder formålet, men heller se på det underliggende og tittel til bestemmelsen. Redegjørelse av ordlyd kommer under punkt 3.2

Neste blir jeg å gå igjennom alle de objektive vilkår i ordlyden i punkt 3.3, det kommer i tillegg underpunkt under noen av vilkårene der det er nødvendig å gå dybden for tilstrekkelig juridisk utredning eller av struktur hensyn, så det er lettere å se at det er noe viktig som blir drøftet under et vilkår. Denne delen er omfattende så det kommer en oppsummering i enden av punkt 3.3.6

Sist kommer punkt 3.4 om de subjektive vilkår, som er relativt kortfattet. Det er viktig å ha i bakhode lojalitetsplikten og legalitetsprinsippet for å ha bedre forståelse og innsikt i hva som blir forklart og redegjort for

3.2 Formålet

Hovedinnholdet i § 390 består i at gjerningspersonen handler imot en annen person sine interesser.³⁴ Når det foreligger et kontraktsforhold eller annen forpliktelse imellom partene, med andre ord det rettslige grunnlaget for lojalitetsplikten. Førsommer gjerningsperson eller velger å handle imot prinsipalen vil lojalitetsplikten bli krenket av gjerningsperson.

Som nevnt i punkt 2.4 medfører lojalitetsplikten en aktiv plikt til å avstå fra handlinger som rammer den andre part, til og med å aktivt ivareta den annenspart interesser. Innholdet i lojalitetsplikt er svært likt gjerningsbeskrivelsen § 390 skal straffe.

Ordlyden til bestemmelsen i tittelen «*utroskap*» fra en naturlig språklig forståelse, som at man skal være trofast, lojal og ivareta den andre parts interesser. I forarbeidene blir det uttalt at skal «*sikre lojal opptreden fra personer som har særlig ansvar eller vises særlig tillit*».³⁵ Straffebudet tolket på bakgrunn av overstående og sett i samsvar med kontraktrettslig lojalitetsplikt. Kan det sies at bestemmelsen er vern av den privatrettslige ulovfestete lojalitetsplikten, der det spesielt søkes å straffe gjerningsmenn som gjør alvorlige krenkelser av lojalitetsplikten. Ser man til reelle hensyn er det klart for at næringslivet skal gå rundt er det helt nødvendig at aktører i næringslivet for eksempel et selskap har tillit mellom partene. Å Kunne stole på de andre partene til å oppfylle deres forpliktelser å ivareta deres interesser. Med andre ord er det noe samfunnet overordnet vil nyte godt av, dermed kan sies å være et straffeverdige formål etter lovgivers vilje.

Det står økonomisk utroskap i tittelen, det antyder også at formålet er å beskytte borgernes formuesgoder og at overtredelsen sikter seg mot gjerningsperson som er ute etter personlig berikelse. Derimot verner bestemmelsen ikke bare om økonomiske interesser, det følger av forarbeid³⁶ og andre rettskilder. Jeg kommer nærmere inn på dette under punkt 3.3 generelt og spesielt punkt 3.3.3 om interesser, så blir ikke å gå nærmere inn på det, men det er på det rene juridisk.

³⁴ Stordrange (2014) s. 36

³⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 345

³⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 471

3.3 Objektive Vilkår

3.3.1 «handler»

Bestemmelsen rammer den som «handler» mot en annens interesser, en handling vil normalt forstås som en *aktiv handling*. Med andre ord har gjerningspersonen foretatt noe som påvirker verdenen i sanntid direkte. Motsetningen vil være å foreta en *passiv handling*, der gjerningsperson ikke gjør noe utad synlig «handling». Som for eksempel sitter en ansatt i et selskap på informasjon som kan gjøre at de sparer penger på en avtale, men velger å ikke videreformidle informasjonen som gjør at selskapet taper penger.

Det er imidlertid klart at ordlyden «handler» mot en annens interesser er ment til å ramme både aktive og passive handlinger. Det står i forarbeidet til straffeloven at formuleringen er ment til å ramme både «forsømmelser» og «handler mot», som var to alternativer i ordlyden til straffeloven fra 1902 § 275.³⁷ Det står også ordrett at «Både handlinger og unnlater» kan straffes i forarbeidet.

Fra praksis er det aktive handlinger som er vanligst ved overtredelse av § 390. Ser man til Matingsdals bok om «Norsk Spesiell Strafferett» er det opplistet en rekke dommer, hvor det klart ses at aktive handlinger er begått regelmessig og over tid ved overtredelse av bestemmelsen.³⁸ Eksempler på aktive handlinger fra rettspraksis er, tyveri av vekter hos kundene til vekterselskapet mens han var på jobb³⁹, Tapping av selskapet ved å lage fiktive fakturaer⁴⁰, innvilgelse av lån uten sikkerhet⁴¹, utstedelse av ugjenkallelige betalingsgarantier⁴². Det er til motsetning ikke like vanlig at det skjer domfellelse på bakgrunn av at gjerningspersonen forholder seg passiv, altså en unnlattelse. Det kan tenkes at det naturlig vil være vanskeligere å identifisere slik unnlattelse av fornærmede, det vil også være vanskeligere å bevise ettersom domstolene ikke kan knytte en direkte handling til overtredelse av § 390.

³⁷ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 471.

³⁸ Matingsdal (2021) s. 533-534.

³⁹ Rt. 1992 s. 1463.

⁴⁰ HR-2016-560-U.

⁴¹ Rt. 1993 s. 727.

⁴² Rt. 1996 s.1505.

En annen grunn til at det ikke er mange eksempler på unnlater, er at bestemmelsen forutsetter en handleplikt ved den som styrer eller har tilsyn med en annens interesser. Har for eksempel en aksjemegler tenkt å selge aksjer for et selskap, da han vet at på et bestemt tidspunkt dette må gjøres ellers vil det medføre stort økonomisk tap. Når tiden kommer så sovner han av og ikke selger aksjene, vil denne unnlateren være en konsekvens av uaktsomhet. Det medfører at han ikke vil kunne straffes for utroskap, ettersom det er krav om forsett i § 390.

Det finnes illustrerende eksempel i Rt. 2007 s. 731 på unnlater av handling. Saken handlet om en kioskinnehaver som bevisst valgte å unnlate å overføre inntekter fra en spilleautomat, til selskapet Norsk Tipping AS⁴³. Høyesterett mente at kioskinnehaveren hadde foretatt en «handling» ved å unnlate å overføre inntektene til Norsk Tipping AS, dermed har han forsømt sin handleplikt med til å ivareta interessene til selskapet.

Det kan være begått en enkelt handling eller flere i ledd for overtredelse av utroskapsbestemmelsen. I praksis er det oftest begått flere tilfeller av utroskap ved flere enkelte handlinger over tid, det gjør det også klarere synlig at det er handlinger gjort med forsett. Illustrerende er Rt. 2013 s. 1254. Saken omhandlet i det vesentlige salg av skip av gjerningspersonene innenfor en selskapskrets som de kontrollerte, til betydelig høyere pris enn innkjøpspris. Hvor det blir uttalt av førstvoterende:

«Når det er en faktisk og planlagt sammenheng mellom denne transaksjonen og det tidligere hendelsesforløp, som satt tiltalte i posisjon til å oppnå en vinning ved transaksjonen med selskapet, må transaksjonene sees i sammenheng.»⁴⁴

Det som blir sagt av førstvoterende antyder at enkelt handlinger som isolert ville kunne anses å være lovlig, vil samlet og sett med tidsperspektiv kunne sies å være ulovlig å stride mot interessene til en annen.

3.3.2 «mot en annens»

Ordlyden lyder at handlingen må være begått «mot en annens» interesser, det medfører at det ikke er straffbart mot seg selv. «En annen» vil være en fysisk eller juridisk person, for

⁴³ «AS» er korttittelen for et Aksjeselskap jf. Foretaksnavneloven § 2-2 fjerde ledd.

⁴⁴ Rt. 2013 s. 1254 avsnitt 34.

eksempel privatperson, selskap, offentlig myndighet, organisasjon osv. Tradisjonelt har det vært fysiske personer lidde tap og bestemmelsen kom til anvendelse, typisk fullmaktsgiver, arbeidsgiver eller oppdragsgiver.⁴⁵ Det er sikker rett at juridiske personer er selvstendige rettssubjekter i dagens rettsorden, også i relasjon til økonomisk utroskap.⁴⁶

Et særskilt spørsmål oppstår når handlingen rammer et selskap som gjerningspersonens enten i sin helhet eier eller har betydelige eierinteresser i.⁴⁷ Det medfører at det må tas en vurdering av om gjerningsperson kan sies å være «en annen», for eksempel privatperson som eier et selskap helt eller et selskap som har stor eierandel i et annet selskap. Selv om det indentifiseres to forskjellige individer, er de i praksis en og samme.

3.3.2.1 Selskapsformene ENK, DA/ANS, KS.

Ved et enkeltpersonsforetak (ENK)⁴⁸ drives selskapet av en person som eier det fullt ut og hefter personlig for selskapets forpliktelser. Det er følgende beskrivelse av ENK i Selskapsloven § 1-1 (3) «virksomhet som utøves for enkeltpersons regning og risiko».⁴⁹ Det er på det rene etter loven at eieren av ENK ikke kan være utro mot sitt eget selskap

Nærliggende kom Høyesterett til i Rt. 1987 s. 1246, at en person som eide 50 prosent av et delt ansvar selskap (DA⁵⁰) ikke kunne dømmes for utroskap mot sitt eget selskap, så langt det gjaldt handlingene som falt på hans egen del av eierskapet av selskapet. Høyesterett mente enstemmig også at det ikke kunne sies at han handlet mot interessene til selskapet. Dette resultatet forklarer Matingsdal ikke er helt overbevisende.⁵¹ På bakgrunn av det klare skille selskapsloven stiller mellom ansvarlige deltakere og selskapet, og som er fulgt opp i Rt.1986 s 564 som gjaldt inndragning. På en annen side må det være adgang til og straffe en medeier

⁴⁵ Stordrange (2014) s. 16-17.

⁴⁶ Se for eksempel Rt. 1994 s. 1002.

⁴⁷ Matingsdal (2021) s. 530.

⁴⁸ «ENK» er korttittel til enkeltpersonsforetak, dette står ikke spesifisert i loven, men er sikker rett. se foretaksnavneloven § 2-2 første ledd.

⁴⁹ Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven).

⁵⁰ «DA» er kort tittel for ansvarlig selskap med delt ansvar jf. Foretaksnavneloven § 2-2 andre ledd.

⁵¹ Matingsdal (2021) s. 530-531.

for utroskap ovenfor den andre medeier. Høyesterettsdommen er fulgt opp av underrettspraksis⁵², selv om det ikke har samme vekt er det illustrerende.

Er man deltaker i ansvarlig selskap (DA/ANS)⁵³ medfører det at man bare kan straffes ovenfor medeierne, og spørsmålet om selskapet er et eget rettssubjekt er uten betydning. Det er med andre ord bare medeiere i ansvarlig selskap som kan ha status som fornærmede eller være gjerningsperson.

I Kommandittselskap (KS)⁵⁴ hefter *kommandittisten*⁵⁵ med begrenset ansvar for selskapets forpliktelser, dermed kan det neppe sies at en slik deltaker blir identifisert sammen med selskapet, uavhengig av eierandel.⁵⁶ *Komplementar*⁵⁷ kan tilsynelatende se ut til å være i samme rettsstilling som en *deltaker* i ansvarlig selskap, ettersom de hefter ubegrenset for selskapets forpliktelser.⁵⁸ Dette gir rettspraksis svar på at ikke er tilfellet nødvendigvis.

I Rt.1993 s. 513 som handlet om utroskap mot et kommandittselskap. Det ble anført av *tiltalte* at eieren måtte identifiseres med selskapet, dermed kunne det ikke sies at det var begått noen utroskap når handlingen ble foretatt i forståelse med eieren av selskapet. Tidligere i saksgangen hadde herredsretten kommet til at kommandittselskapet måtte behandles som et selvstendig rettssubjekt, altså «en annen». Høyesterett sa seg enig i med herredsretten og uttalte: «den valgte selskapsform må respekteres og gis gjennomslag»⁵⁹. Det betyr at de *tiltalte* ikke kunne identifiseres med selskapet, slik at de kunne dømmes for utroskap mot kommandittselskapet.

⁵² Se LA-2011-151031 og LA-2015-69443.

⁵³ «ANS» er kort tittel for ansvarlig selskap uten delt ansvar jf. Foretaksnavneloven § 2-2 andre ledd.

⁵⁴ «KS» kortittel for kommandittselskap jf. foretaksnavneloven § 2-2 tredje ledd.

⁵⁵ Se selskapslovens § 1-2 bokstav g.

⁵⁶ Matingsdal (2021) s. 531 punkt 52.2.2.4.

⁵⁷ Se Selskapslovens § 1-2 bokstav f.

⁵⁸ Matingsdal (2021) s. 531-532 punkt 52.2.2.4.

⁵⁹ Rt. 1993 s. 513 side 518.

3.3.2.2 Selskapsformen AS

I aksjeselskap er selskapskapitalen adskilt fra deltakerne personlige kapital,⁶⁰ dermed etter organisering av selskapsformen er et aksjeselskap klart et eget rettssubjekt.⁶¹ Det er ikke tvilsomt at en mindretallsaksjonær⁶² kan gjøre seg skyldig i økonomisk utroskap ovenfor selskapet.⁶³ Spørsmålet om identifisering oppstår bare når det er tale om eneaksjonær eller flertallsaksjonærer. Det som er det mest aktuelle vil være hvis det er eneaksjonær, altså en person eier alle aksjene i selskapet. Dette er på grunn av kompetansen etter aksjeloven til å sette egen lønn, bestemme hvor stort utbytte⁶⁴ som skal tas ut av selskapet, nedsette og tilbakebetale aksjekapital, kompetanse til å oppløse selskapet.

I Rt. 1994 s. 1002 hvor en aksjonær som eide alle aksjene hadde blitt dømt for utroskap etter straffeloven 1902 § 275 i herredsretten, kom spørsmålet på spissen om siden det var ikke noen medeiere å utøve utroskap mot. Høyesterett sier seg enig med herredsretten om at Rt. 1993 s. 513 som omhandlet kommandittselskap «*må ilægges betydelig vekt*».⁶⁵ Videre blir det sagt følgende av Førstvoterende:

«Høyesterett har også i andre sammenhenger lagt til grunn at når næringsdrivende har valg å drive sin virksomhet i aksjeselskapsform, så er selskapet å betrakte som et selvstendig rettssubjekt, og selskapsformuen å anse som fremmed formue som aksjonærene ikke kan råde over for egne formål i andre former enn dem aksjeselskapslovgivningen tillater»⁶⁶

Det blir altså klart bekreftet at et aksjeselskap er å anse som et eget rettssubjekt, selv om i praksis er det eneeier av selskapet. Det blir også sagt av førstvoterende at det er hans mening at dette bør være gjeldende rett, fordi det harmoniserer selskapslovgivningen med straffelovens bestemmelser om økonomisk utroskap.⁶⁷ På bakgrunn av formålet til visse

⁶⁰ Se aksjeloven § 3-1 (2).

⁶¹ Se aksjeloven § 1-1 (2).

⁶² Se aksjeloven §§ 5-3 og 5-17. aksjonæren har ikke bestemmende flertall om avgjørelser internt i selskapet.

⁶³ Matingsdal (2021) s 531

⁶⁴ Se aksjeloven § 8-2

⁶⁵ Rt. 1994 s. 1002 på side 1003 siste avsnitt

⁶⁶ Rt. 1994 s.1002 på side 1004 første avsnitt

⁶⁷ Rt. 1994 s.1002 på s. 1004 i første avsnitt sistepunktum

bestemmelser i straffeloven om å beskytte en tredjeparts formue interesser Det skal sies at dommen hadde dissens (3-2), der annenvoterende er enig i relasjon til straffeloven 1902 § 275 må selskapet anses som «en annen».⁶⁸ Men til motsetning fra førstvoterende reserverer han seg mot å si at det er gjeldende rett ved anvendelse av andre bestemmelser i straffeloven med lik ordlyd som utroskapsbestemmelsen.

Når det gjelder selskap i konsernforhold blir det i relasjon til dommen som omtalt ovenfor sagt i Rt.1999 s. 36 at følgende:

«Avgjørelsen i Rt. 1994.1002 som går ut på at en fysisk person som er eneeier og enestyre i et aksjeselskap kan rammes av straffeloven § 275, er ikke uten videre avgjørende for et konsernforhold som det foreliggende»⁶⁹

Dette spørsmålet kom videre opp i Rt.2011 s. 855 der førstvoterende uttalte:

«Det er etter min oppfatning usikkert om uttalelsen gir uttrykk for en generell reservasjon mot at identifikasjon ikke skal foretas mellom selskaper i konsernforhold, eller om den bare tar sikte på å reservere seg mot dette i «det foreliggende» tilfellet; og da i betydningen de konkrete omstendighetene i konsernet i den aktuelle saken»⁷⁰

Der det videre blir drøftet alternativer og eventuelle løsninger og blir neste sagt at:

«Aksjeloven inneholder bestemmelser som søker å balansere de samordnings- og styringsbehov som her er trukket frem mot behovet for å verne det enkelte konsernselskap. Jeg kan med dette utgangspunktet ikke se at det er grunnlag for å foreta noen annen generell grensegang mellom selskaper i konsernforhold i strafferettslig sammenheng enn den grensedracting som gjøres i aksjeselskapsretten. Rammene for disponeringen av selskapsformuen i det enkelte konsernselskap kan etter min oppfatning ikke bedømmes annerledes i strafferetten enn i aksjeselskapsretten»⁷¹

⁶⁸ Rt. 1994 s.1002 på side 1004 i domsslutningen.

⁶⁹ Rt.1999 s. 36 avs. 41.

⁷⁰ Rt. 1999 s. 36 avs. 33.

⁷¹ Rt. 1999 s. 36 avs. 35.

Etter denne uttalelsen refereres det i samme avsnitt⁷² til noe lagmannsretten hadde sagt, om at reelle hensyn tilsier at de kunne ikke se at det var noe grunn til å behandle transaksjonene annerledes

Høyesterett konkluderte etter dette med at de mente da at lagmannsrettens lovanvendelse var korrekt. Det er med andre ord ingen grunn til å behandle slike forhold som nevnt over annerledes enn hva selskapslovgivning tilsier.

3.3.3«interesser»

Bestemmelsen sier som nevnt at gjerningsperson må handle mot en annens «interesser». Ordlyden kan tolkes svært vidt, «interesser» kan være både økonomisk og ikke økonomisk, slik som en interesse av mer personlig karakter. Det står i straffeloven 1902 § 275 bare «utroskap», mens i dagens paragraf står det «Økonomisk utroskap» som er en bevist endring fra lovgiver.⁷³ I forarbeidene til § 390 står det også at spesifikt at det kan være økonomisk og andre interesser, ordlyden i dagens lov er også ment til å omfavne begge de gamle alternativene «anliggender» og «tarv».⁷⁴

De fleste rettskildene trekker i retningen at § 390 blir forstått som et vern av formuesgoder, dette kan være fysisk eller av immaterielle verdier. En slik tolkning av loven i dag avgrenser det mot ivaretagelse av interesser med ren personlig karakter. Tidligere i avhandlingen har det blitt nevnt flere eksempler fra rettspraksis på overtredelse av paragrafen, disse har primært vært av en mer direkte økonomisk art. Jeg vil nå vise til noen eksempler fra rettspraksis på ikke økonomiske interesser.

I Rt. 1984 s. 1275 (Nordisk Barnefond) der to av lederne i barnefondet var tiltalt for grov utroskap, de ble frifunnet i lagmannsretten (bortsett fra den ene tiltalte på et enkelt punkt). Der påtalemyndighet anførte at lagmannsretten hadde feil forståelse av loven. De tiltalte hadde brukt innsamlede midler til diverse næringsdrivende aktivitet igjennom fondet, som ikke nødvendigvis påførte noe økonomisk tap. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at ved

⁷² Rt. 1999 s. 36 avs. 35.

⁷³ NOU. 2002:4 ny straffelov Straffekommisjonens delutredning VII s. 315.

⁷⁴ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 471 nest siste avsnitt.

spørsmål om utroskap kunne det ses bort ifra hva formålet med innsamlede midler eller gaver var. Høyesterett var uenig i dette, det blir uttalt av førstvoterende:

«Slik denne sak ligger an, er jeg enig med påtalemyndigheten i at utroskapsbestemmelsen i straffeloven § 275 kan ramme de tiltaltes disposisjoner over de innsamlede midler, dersom disposisjonene er i strid med givernes forutsetninger»⁷⁵

Uttalelsen betyr at interessen til giverne som donerer eller samler inn midler for en ideell organisasjon, er vernet av utroskapsbestemmelsen hvis midlene ikke går til sitt egentlig formål. Det betyr også at det må tas en vurdering av hvilken informasjon giverne hadde om hva midlene skulle brukes til. Det blir videre sagt av førstvoterende i samme avsnitt:

«Jeg finner i denne sammenheng grunn til å fremheve at det ut fra utroskapsbestemmelsens formål er et klart behov for å bruke disse straffebestemmelser hvor innsamlede midler går inn i et fond og brukes på en måte som er i strid med opplysninger som er meddelt giverne, og uten at giverne er gitt anledning til å uttale seg om eller ha medbestemmelsesrett når det gjelder den avvikende bruk»⁷⁶

Det blir igjen presisert at hvilken informasjon fornærmede har forut er av betydning. Det er også av betydning om fornærmede har fått uttale seg eller ha noen bestemmelse med bruken. En tolkning av uttalelsen tilsier at i en annen sak kan være at det ikke foreligger overtredelse av utroskapsbestemmelsen, har fornærmede fått uttale seg, bestemme eller har tilstrekkelig opplysninger om hva innsamlede midler brukes til. Dommen illustrer også at vurderingen om gjerningsperson har handlet mot en annens «interesser», er preget av skjønnsmessig vurderinger.

I Rt. 1946 s. 183 omhandlet en ansatt ved Vinmonopolet som hadde fjernet 500 brennvinsmerker til eget bruk. Høyesterett sa seg uenig i at det forelå noe økonomisk tap hos vinmonopolet. På en annen side ble det sagt at det var et «*meget alvorlig tillitsbrudd*»⁷⁷, ettersom Vinmonopolet ivaretar den allmenne interessen med å kontrollere og begrense

⁷⁵ Rt. 1984 s. 1275 på s. 1276 tredje avsnitt.

⁷⁶ Rt. 1984 s. 1275 på s. 1276 tredje avsnitt siste punktum.

⁷⁷ Rt. 1946 s. 183 andre avsnitt.

omsetning av alkoholholdig drikke. Den ansatte ble da straffet selv om det ikke kunne sies å være påført noe direkte økonomisk tap hos vinmonopolet.

Det kan ved disse dommene trekkes ut at hva som kan være fornærmedes «interesser» er svært forskjellig, det er nødvendig med en skjønnsmessig analyse av det faktiske forhold for å avdekke om det kan sies at gjerningsperson har handlet mot noen interesser.

3.3.3.1 Bestemmelsens nedre grense

Så langt har jeg gått igjennom hva som ligger i ordlyden interessene i del kapittelet over. Der rettspraksis identifiserer en terskel for når det foreligger en krenkelse av fornærmedes interesser. Denne terskelen er nyansert og nødvendig å analysere hva rettskildene samlet sett sier om *den nedre grense*, altså terskelen

I utgangspunktet kan lovens ordlyd tyde på at *terskelen* for tillitsbrudd ikke er tilstedeværende, slik at så lenge det kan sies å være brudd på tillit eller lojalitetsplikten er det tilstrekkelig. På en annen side følger det av forarbeidene at det kreves «*et visst lojalitetsbrudd*» for at det kan sies å være mot en annens interesser.⁷⁸ Det menes med dette at meningen er at det er bare alvorlig lojalitetsbrudd som er ment å rammes av bestemmelsen.

I samme forarbeid blir det uttalt følgende:

«Utroskap bestemmelsens nedre grense kan være vanskelig å fastlegge. Bestemmelsen er ikke ment å ramme bagatellmessige tilfeller. Ved denne typen forhold vil det være tilstrekkelig å reagere tjenstlig. Dersom en bestyrer av et bakeri bestiller for mange bløtkaker med sikte på å ta med hjem én til datterens fødselsdag, er forholdet neppe så alvorlig at det er grunn til å reagere med straff. Det må være tale om forhold av et visst alvor før gjerningspersonen kan sies å ha handlet mot fornærmedes interesser. Det kan for eksempel være tilfellet dersom bakeribestyreren jevnlig bestiller for mange bakervarer og selger restene til kakeglade naboer»⁷⁹

Det blir uttalt at bagatellmessig forhold er ikke ment til å være straffeverdig etter bestemmelsen. Igjen blir det presisert at det må være tale om forhold av et visst alvor, for at det kan sies at gjerningsperson har krenket noen interesser. Lovens ordlyd og bruken av

⁷⁸ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 345.

⁷⁹ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 472 avs. 2.

«visst» gjør det vanskelig å poengtere hvor nøyaktig terskelen går, det ser ut til at lovgiver ikke vil poengtere en fastsatt terskel, som er kritikk verdig ettersom vi er på straffelovensområde jf. Klarhetskravet.

På en annenside kommer lovgiver med eksempel på hva som ikke er ment å rammes i sitatet ovenfor, altså bestyreren av kakebakeri. Tyder dette på at terskelen ikke kan være *særlig høy*, selv om de sies flere ganger at det er ment å ramme forhold av et visst alvorlighet. Ser man til eksemplet i forarbeidet vil det klassifiseres som *bagatellmessig*, da skal det ikke mye mer til i faktiske omstendigheter før det er tale om et *normalt* brudd på lojalitetsplikten. Etter dette normal brudd altså som ligger på midten i alvorlighetsgrad, kommer det til slutt *alvorlige brudd* på lojalitetsplikten eller tillitsforhold.

Spennet mellom bagatellmessig forhold til alvorlig brudd er stort. Veien blir kort for påtalemyndigheten, domstolene eller andre rettsanvenderne, til å argumentere for at vedkommende bør straffes. Spesielt siden ordlyden gir ikke klare holdepunkter og forarbeidene sier selv at den nedre grense er vanskelig å trekke opp. Det er nettopp den utviklingen bruken av bestemmelsen har hatt, der den tilnærmet blir anvendt som general klausul av påtalemyndighet og Økokrim.⁸⁰

3.3.3.2 Forsvarlighetsvurderingen

Et sentralt moment i tilknytning til den nedre grense og vurderingen av om det kan sies at interessene til fornærmede er blitt krenket ved illojal handling. Er *en forsvarlighetsvurdering* der det må undersøkes om gjerningsperson hadde tatt en akseptabel risiko for eksempel.

Det følger av forarbeidene at det er et sentralt moment ved den straffbare handlingen om det kan sies at gjerningspersonen har handlet forsvarlig eller ikke.⁸¹ Denne vurderingen er framstilt av rettspraksis.

Første dommen er Rt. 1993 s. 727 en banksjef hadde betalt ut 205.000 kr i usikret lån. I tillegg hadde tiltalte gitt lån på 400.000 kr uten at dette var informert om til hans overordnede. Han gjorde dette for å dekke tap han hadde pådratt banken, der tiltalte ble lurt til å foreta en stor låneutbetaling på 900.000 kr uten sikkerhet.

⁸⁰ Stordrange (2014) s. 118

⁸¹ Ot.prp.nr 22. (2008-2009) s. 471 siste avsnitt og s. 472 første avsnitt.

Tiltalte hadde på objektivt grunnlag handlet mot interessene til banken, men han hevdet at det ikke var gjort med forsett. Begge disposisjonene var gjort for å spare inn tapene, det var ingen forsett om uberettiget vinning for ham selv eller andre. Spørsmålet var om handlingen til tiltalte hadde tilstrekkelig forsett.

Førstvoterende uttaler at:

«Selv om motivet for utbetalingen var å forsøke å unngå tap for banken, var handlingen likevel i strid med bankens tarv dersom den medførte en uforsvarlig tilleggsrisiko. Jeg peker på at det dreide seg om en usikret utbetaling av et betydelig beløp under omstendigheter som nødvendigvis medførte risiko for ytterligere tap for banken»

Det blir videre påpekt av Høyesterett at han handlet på tvers av sine tjenesteplikter ved å treffe avgjørelsen på egenhånd.⁸² I tillegg unnlot han å informere sin overordnede, fordi han ville skjule sin tidligere feil med etterfølgende økonomisk tap. Høyesterett mente at banken hadde krav på å bli informert, slik at de kunne ta stilling til risikoen som lå ved utbetalingen. Tiltalte var også helt klar over at det var det hans tjenesteplikter medførte. På bakgrunn av overstående kom Høyesterett til at han hadde handlet forsettlig mot bankens interesser.

I Rt. 1994 s.1555 saken dreide seg her også om en tidligere banksjef som var tiltalt for grovt økonomisk utroskap. I Saken hadde banksjefen handlet mot bankenes interne instruksjer, regelverk og overskred sin fullmakts myndighet. Banksjefen befant seg i en situasjon hvor en kunde (AS), var på vei å gå konkurs, det var et allment kjent i banken at dette var en problemkunde. Hvis selskapet går konkurs vil banken tape betydelig penger på lån, kreditt, investeringer i selskapet osv.

Banksjefen hadde da innvilget lån for å prøve å redde selskapet, da han selv mente at det var en risiko akseptabel for bankens del. I motsetning til å ikke gjøre noe å miste et betydelig større beløp i umiddelbar framtid, uten mulighet til å kreve inn pengekravene.

Påtalemyndighet mente da at han ved dette hadde tatt en uforsvarlig risiko som gikk mot bankens interesser, selv om handlingen var gjort for å prøve å unngå tap for banken.

⁸² Rt. 1993 s. 727 på s. 729.

Det blir uttalt av Høyesterett følgende:

«Det sentrale ved fastleggelsen av det objektive innhold i vilkåret om at det skal være handlet mot bankens tarv i forbindelse med kredittgivning, er den forsvarlighetsvurdering som i den forbindelse må foretas»⁸³

Der det videre blir presisert i samme avsnitt at:

«Dersom overskridelsene er vesentlige, vil forholdet etter omstendighetene kunne bli å anse som en handling mot bankens tarv ifølge straffeloven § 275»

Høyesterett mente da videre at i situasjonen banksjefen stod i, var det langt på vei forsvarlig å satse bankens midler i håp om at selskapet overlevde.⁸⁴ Slik at på lengere sikt vil banken oppnå et bedre resultat. Da var i tillegg ikke avgjørende om det i senere tid klart kunne vises til at det medførte tap for banken

For det andre vedkjenner Høyesterett at banksjefen ved innvilges av kredit, at handlingen var *«åpenbart å anse som meget vesentlige overskridelser av hans bevilgningsrammer»*.⁸⁵ Til slutt sier Høyesterett at det var utbredt kunnskap om kundeforholdet på flere nivåer og problemene tilknyttet, det var dette som ga forholdet i dommen *«særpreget»*.

Når bankens ansvarlige organer og tjenestemenn i stor utstrekning var klar over alle problemstillingene og ikke motsatt seg eller iverksatt tiltak.⁸⁶ Kan det ikke sies at banksjefen hadde handlet uforsvarlig, dermed foreligger det heller ikke forsett jf. § 21 ved handling gjort mot bankens interesser. Resultatet ble frifinnelse for banksjefen på grunn av manglende grad av skyld jf. Dekningsprinsippet.

Begge dommene viser hvordan Høyesterett går fram ved en forsvarlighetsvurdering, spesielt siste omtalte dom som trekker opp vurderings temaene gjennomgående. Det kan trekkes ut av avgjørelsene at det skal tas en konkret vurdering i vær sak, med andre ord så skal det tas en helhetsvurdering eller skjønnsmessig vurdering. Spørsmålene er om tiltalte har påført

⁸³ Rt. 1994 s. 1555 på s. 1560 tredje avs.

⁸⁴ Rt. 1994 s. 1555 på s. 1560 femte avs.

⁸⁵ Rt. 1994 s. 1555 på s. 1560 sjuende avs.

⁸⁶ Rt. 1994 s. 1555 på s. 1561 andre avs.

prinsipalen en uforsvarlig risiko, er det tilfellet vurderes det om tiltalte handlet forsvarlig selv med risikoen påført prinsipalen. Den handlingen som har gått i strid med interne instruksjer, rutiner, fullmakt eller bevilgingsramme, må det vurderes om disse er vesentlige overskridelser. Selv om de er vesentlige, er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig for å si det er utroskap. De faktiske omstendighetene rundt overskridelsene, må ses i samsvar med om det kan bety at gjerningsperson kan sies å ha handlet uforsvarlig eller imot interessene til prinsipalen.

Det kan skildres et klart skille mellom omstendighetene i avgjørelsene, når det gjelder hvilken innsikt prinsipalen hadde i handlingene og hva som var motivet for disse. Første nevnte avgjørelse Rt. 1993-727 var handlingene begått for å maskere sine egne feiltrinn, sjefen til tiltalte hadde heller ikke kunnskap om handlingene. På en annen side i Rt. 1994 s. 1555 handlet tiltalte i med primært formål om å oppnå et positivt resultat for banken. Tiltalte overordnede hadde kunnskap om de handlingene som ble begått av vedkommende.

Forsvarlighetsvurdering likt med andre vilkår i § 390, bærer preg av skjønnsmessige betraktninger og det kan ikke direkte leses ut av ordlyden før det går i dybden. Dette er uheldig, og ordlyden hadde nytt godt av mer presiserende formulering. Allikevel så bidrar forsvarlighetsvurderingen til å presisere paragrafens bestemmelses område, sett i samsvar med formålstolkning og lovens terskel.

3.3.4«styrer eller har tilsyn med»

Ordlyden stiller to *alternative vilkår* for hvilke personer som kan bryte straffebudet. «styrer» eller «har tilsyn med». Fra en naturlig språklig forståelse rammer straffebudet bare den som har fått delegert myndighet til utføre en oppgave eller forvalte prinsipalens interesser. Det vil være eksempelvis arbeidsavtale, kontrakt, fullmektig, styremedlem eller daglig leder, sagt på en annen måte gjerningspersonen må ha represjonsmyndighet.⁸⁷

Ordlyden «styrer» sikter til forvaltningsmyndighet som ledelse eller person som innehar selvstendig beslutnings myndighet. Det bekreftes i forarbeidene, som sier at «styrer» stiller

⁸⁷ Matingsdal (2021) s. 529

krav til at «gjerningsperson har en stilling av en viss selvstendig karakter».⁸⁸ Det blir også presisert at det ikke betyr at vedkommende må ha en overordnet eller ledende stilling. Det kan tolkes til at gjerningsperson har oppdrag som utføres over tid, og har mer generell anvisning på å ivareta interessene til prinsipalen. Typiske eksempler fra rettspraksis er bestyrer,⁸⁹ en ordfører,⁹⁰ en byråsjef,⁹¹ eller en banksjef.⁹² Dette kan også være offentlige tjenestemenn, embetsmenn og ombudsmenn.⁹³

Illustrerende rettspraksis er Rt.1999 s. 36, hvor forsvarer anførte at utroskapsbestemmelsen ikke kunne ramme handlinger som har sitt utspring fra beslutninger tatt i styret til et aksjeselskap. Hvor det blir uttalt av Høyesterett at «*Styrebeslutninger og utførelse av styreverv er et kjerneområde for utroskapsbestemmelsen*».⁹⁴ Uttalelsen er klar på at styreleder, styremedlemmer eller daglig leder vil være innenfor ordlyden «styret». Det gir også anvisning på aktører i selskapsforhold eller næringslivet som er kan sammenlignes.

Lovens ordlyd «*har tilsyn med*» forstås som et oppdrag med begrenset omfang og ikke like varig i motsetning til vilkåret om styrer, Eksempelvis en skjenkekontroller tilsyn ved skjenkings lisens, tilsyn av eiendom. Ordlyden tilsier også at kravet til stillingens selvstendighet ikke like høy som ved en som styrer. Denne tolkningen er bekreftet i forarbeidene med henvisning til Rt. 1992 s. 1463.⁹⁵

I Rt. 1992 s.1463 (Dissens 3-2) som omhandlet en vekter som hadde stjålet fra 30 forskjellige kunder til vekter selskapet for 100.000 kr. Det nevnes at normal oppfatningen er kravet om en viss grad av selvstendighet ved ordlyden den som «*styrer eller har tilsyn med*». Det blir videre uttalt av annenvoterende følgende:

⁸⁸ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 472 avs. 4

⁸⁹ Rt. 1928 s. 282.

⁹⁰ Rt. 1946 s. 386.

⁹¹ Rt. 1967 s. 1211.

⁹² Rt. 1985 s. 334.

⁹³ Matingsdal (2021) s. 529 jf. Rt. 1956 s. 1165, Rt. 1962 s. 282, Rt. 1967 s. 1211

⁹⁴ Rt.1999 s. 36 på s. 41

⁹⁵ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 472 i avs. 5

«Derimot bør det neppe stilles krav om noen høy grad av selvstendighet for den som har i oppdrag å føre tilsyn med en annens anliggender»⁹⁶

Uttalelsen ble begrunnet ved at interessene til prinsipalen var å føre tilsyn, tilsidesettes tilsynsføringen av gjerningsperson i vinning hensikt mener annenvoterende at tilfellet klart rammes av bestemmelsen.⁹⁷ Flertallet la denne forståelsen av lovens ordlyd og at det klart var straffeferdig formål som bør straffes.

På en annen side mente mindretallet at forholdet ikke kunne dømmes som utroskap mot vekterselskapet, fordi vekteren stilling var *av «helt underordnet karakter og helt undergitt arbeidsgivers instruks»*.⁹⁸ Mindretallet mente da at det falt utenfor utroskapsbestemmelsen, de viser til forarbeids uttalelser fra straffelovkommisjonenes motiver 1986 243 om at gjerningspersons stilling må være av en viss selvstendig karakter.⁹⁹ Deretter vises det il oppfølgende rettspraksis som bygger på utgangspunktet om *«stilling med en viss selvstendig karakter»*.¹⁰⁰

Dommen er avsagt i dissens, dermed kan det betviles at den kan ha stor rettskilde verdi, ses det til forarbeidene og straffelovkommisjonens uttalelser går dommen objektivt mot sett mot lovgivers intensjon.¹⁰¹ På annen side gikk departementet imot straffelovkommisjons forslag, der de sluttet seg til flertallets mening i Rt. 1992 s. 1463.¹⁰² Begrunnelsen etter analyse av overstående, er straffeferdigheten i tilsidesettelse av tilsynsforpliktelser. Dette er også i samsvar med en formålstolkning av utroskapsbestemmelsen, som trekker i retning av at illojal opptreden og grove tillitsbrudd er klart formålet for straff etter bestemmelsen.

Dette synspunktet er fulgt opp fra nyere tid i HR-2020-1945-A. Der det vises til vekterdommen¹⁰³ og Rt.1965-197 som eksempler på at *«tillitsbrudd tillegges betydelig vekt i*

⁹⁶ Rt. 1992 s. 1463 på s. 1465 siste avsnitt.

⁹⁷ Rt. 1992 s. 1463 på s. 1466.

⁹⁸ Rt. 1992 s. 1463 på s. 1464-1464.

⁹⁹ Rt. 1992 s. 1463 på s. 1464 avs. 8.

¹⁰⁰ Se Rt.1992 s. 919 og Rt. 1985 s. 520.

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 472. og s. 344 punkt 11.11.2 «Straffelovkommisjonens forslag».

¹⁰² Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 345 punkt 11.11.4 «Departementets vurdering».

¹⁰³ Rt. 1992 s. 1463.

skjerpende retning». Selv om i den nyeste dommen handler om straffeutmålingen, viser det at rettspraksis også fra nyere tid legger til grunn at graverende tillitsbrudd er klart straffeverdige.

På bakgrunn av overstående drøfting, legger jeg til grunn at synspunktet om at tilsynsstillingen ikke krever høy grad av selvstendighet må anses å ha god rettslig forankring. Det kan trekkes ut at i en slik vurdering synes det avgjørende å være om tilsidesettelse av tilsynsforpliktelser har mulighet for å skade prinsipalen.

3.3.4.1 Gjerningsmenn med enkeltoppdrag

Som jeg har utredet for ovenfor, trekker ordlyden i retning av at begge alternative vilkår er oppdrag av en viss varighet, i relasjon til gjerningspersonens stilling. *Styrer* har karakter av oppdrag med permanens eller over relativt lang tid, Føres det *tilsyn* med noe er det ikke like varig eller permanent slik som med den som styrer noe. Ordlyden gir derimot ikke noe klart svar på om enkeltoppdrag vil medføre at gjerningspersonen kan eller ikke kvalifiseres etter ordlyden.

Det står styrer eller fører tilsyn med en annens «interesser» i § 390, ordlyden har flertallsform som trekker i retningen av *flere* eller *permanente interesser*. På en annen side, slik jeg allerede har drøftet er det sentrale at fornærmedes *interesse* blir krenket av gjerningspersonen. Det kan da ikke tillegges en tolkning av ordlyden at enkeltstående interesse ved enkeltoppdrag faller utenfor ordlyden. Det finnes ikke noe særskilt prejudikat fra rettspraksis som avklarer dette, eller er å finne i forarbeidene

Problemet kan oppstå for gjerningsmenn som eksempelvis meglere, prosessfullmektiger og andre som har sporadisk med oppdragsgiver å gjøre eller bare har ett enkelt oppdrag.¹⁰⁴ I Juridisk teori anføres det at enkeltstående oppdrag kan antagelig straffes.¹⁰⁵ Dette begrunnes med at ordlyden setter ingen slik begrensning om at enkeltstående oppdrag faller utenfor, men også at reelle hensyn tilsier at utroskap ved enkelt stående oppdrag *bør* straffes.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Stordrange (2019) s. 28

¹⁰⁵ Matingsdal (2021) s. 530

¹⁰⁶ Se Stordrange (2014) s. 28-29 og Andenæs, spesiell strafferett s. 413 som henvist av Matingsdal (2021) på s. 530 fotnote markering «495».

Jeg finner selv det fornuftig at ordlyden tolkes til at selv om gjerningsperson normalt har oppdrag med permanent karakter eller en viss varighet. Kan det ikke legges til grunn, at enkeltoppdrag medfører at gjerningsperson som styrer eller har ført tilsyn ikke kan straffes. Dette må ses i sammenheng med formålet til § 390 som er å straffe brudd på lojalitetsplikten som er særlig graverende eller alvorlig. På bakgrunn av dette må det legges til grunn at enkeltoppdrag ikke medfører at gjerningspersonen ikke passer ordlyden «styrer» eller «fører tilsyn med»

3.3.5 «uberettiget vinning eller om å skade»

Det står i lovens ordlyd at handlingen som har krenket fornærmedes interesser, må være begått av gjerningsperson med *forsett* om å oppnå en «uberettiget vinning» eller «om å skade» for seg selv eller andre. Bestemmelsen oppstiller to alternative vilkår markert med «*eller*» mellom alternativene. Begge vilkårene kan være begått for sin egen del eller på vegne av noen andre. I forarbeidet til bestemmelsen står at «*verken vinning eller skade må være av økonomisk art*».¹⁰⁷ Det kan være betenkelig når en naturlig forståelse av «vinning» tilsier noe annet, I tillegg er paragrafens tittel økonomisk utroskap direkte sammenlignbar med forståelsen av hva som ligger i vinning.

3.3.5.1 «uberettiget vinning»

Det alternativet som oftest brukes i praksis er å oppnå «uberettiget vinning».¹⁰⁸ Formulering i ordlyden er den samme som i andre vinningsstraffebud i straffeloven, klasse eksemplet er straffelovens § 321 om tyveri. Det betyr at straffebudet i § 390 retter seg mot økonomisk vinning, det vil være å tilegne seg formuesverdier, utnytte eller skape økonomiske verdier.¹⁰⁹ Fra praksis er det klart oftest tale om økonomisk vinning av en direkte karakter, Sett i samsvar med § 390 sin tittel «Økonomisk utroskap» er det en naturlig forståelse av vilkåret her.

For å bli straffet *for* «uberettiget vinning» er det stilt videregående forsetts krav, mer om dette i punkt 3.4 om subjektiv skyld i avhandlingen

¹⁰⁷ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 472

¹⁰⁸ Se blant annet Rt. 1928 s. 1171, Rt. 1969 s. 530, Rt. 1993 s. 513 og Rt. 1993 s. 727, hvor Høyesterett har kommet til at det var «uberettiget vinning».

¹⁰⁹ Erling Johannes Husabø, *Karnov lovkommentarer: straffeloven § 321*, note 4, Lovdata.no pro versjonen (lest 08.04.2024).

Følgende må det være tale om «*vinning*» som er «*uberettiget*», det betyr at gjerningsperson ikke er rettmessig i sin vinning eller har krav på vinning og er klar selv over dette.¹¹⁰ Eksempelvis ved at man bruker firmakort fra arbeidsgiver som bare skal brukes i jobb sammenheng til å dekke private utgifter. Da er det klart at det er snakk om en urettmessig vinning. På en annenside er vinning av gjerningsperson rettmessig, kan vedkommende heller ikke dømmes for utroskap.¹¹¹

Derimot vil en slik forståelse av loven ikke være tilstrekkelig alene når det gjelder vilkåret «*uberettiget vinning*». Jeg har forklart tidligere i avhandlingen at flere vurderingstemaer og vilkår etter ordlyden til § 390 må ses i samsvar med hvilke interesser prinsipalen har, prinsipalen kan ha interesser av ikke økonomisk art, som for eksempel omdømmetap. Generelt er det også flere rettskilder som trekker i retning at det må gjøres skjønnsvurderinger av et bredere spekter, spesielt finner man at gjerningsperson oppnår vinning som ikke er av økonomisk art, men har opptrådt i strid med *lojalitetsplikten* i alvorlig grad.

Etter mitt syn er det et mønster i rettspraksisen, hvis Høyesterett identifiserer klare brudd på lojalitetsplikten. Jeg har nevnt tidligere at rettspraksis ofte prøver å innfortolke at lojalitetssvik er straffeverdig jf. § 390 sitt formål. Men det skal nevnes i slike tilfeller er det dissens på dette punkt i noen dommer, men allikevel er praksisen fast over tid.

Jeg viser til Rt.1995 s 1536 som et direkte eksempel på overstående drøfting. I Denne dommen uttaler Høyesterett følgende:

«Utrykket «uberettiget vinning» kan ikke tolkes så snevert at det bare omfatter vinning ved handlinger som er uttrykkelig forbudt i lov, arbeids- eller oppdragsavtale eller andre bestemmelser. Utrykket må tolkes slik at det omfatter ved handlinger som ut fra en friere vurdering må anses illojale mot arbeids- eller oppdragsgiverens interesse og

¹¹⁰ Se Rt. 2013 s. 1254 på avs. 69. Se også LH-2016-97817 som eksempel på frifinnelse der daglig leder trodde selv at handlingen var rettmessig.

¹¹¹ Matingsdal (2021) s. 537.

derfor representerer et misbruk av den stillingen som arbeids- eller oppdragstakeren har.»¹¹²

Her blir det presisert at vurderinger etter utroskapsbestemmelsen er skjønnsmessig og flere faktorer ved ordlyden kan påvirke hverandre. Slik jeg sa ovenfor er det igjen vektlagt illojal opptreden eller handlinger. I neste avsnitt i dommen blir det ytterligere sagt at gjerningsperson var «forpliktet til å vise lojalitet overfor» fornærmede AS, å videre sagt at det var en lojalitetsplikt til stede under domfeltes handlinger.¹¹³ Synspunktet til høyesterett er fulgt opp i flere dommer,¹¹⁴ og generelt er slik tolkning og praksis gjennomgående indirekte som sett i mine tidligere drøftinger. Det må på bakgrunn av overstående drøfting legges til grunn at det er på det rene juridisk at det er gjeldende rett.

3.3.5.2 «om å skade»

Ordlyden forstås som at man «skader» interessene til fornærmede i primær hensikt å gi negative økonomisk tap, økonomiske følger over tid, omdømmetap og ellers handling som innvirker forstyrrende på prinsipalens virksomhet. Dette vilkåret er det klarere å tolke til at det ikke trenger å medføre økonomisk tap eller det er direkte økonomisk skade i motsetning til uberettiget vinning. Som nevnt tidligere ser man dette i sammenheng med tittelen til paragrafen, vil det være nærliggende å legge til en slik forståelse. Et spesielt trekk ved § 390 er at det videregåendeforsett «om å skade» er likestilt med «uberettiget vinning».¹¹⁵ Praksis viser at dette er et alternativ som er sjeldent benyttet, vinnings motivet for egen eller andres del står som regel sterkere.¹¹⁶ Det er tilnærmet ingen rettskilder som sier noe utdypende om hva som ligger i ordlyden annet enn at retts anvender legger en naturlig forståelse til.

Økokrim har anført i et par saker at tiltalte skal dømmes på grunn av handling som påførte «renomméskade».¹¹⁷ Stordrange i sin bok, forklarer at i noen dommer blir Økokrim anføring

¹¹² Rt. 1995 s. 1536 på s. 1537 nest siste avs.

¹¹³ Rt. 1995 s. 1536 på s. 1537 siste avs.

¹¹⁴ Se Rt. 1999 s. 36 på s. 41, Rt. 2011 s. 257 avs. 47 og Rt. 2013 avs. 33 sammenholdt med avs. 36

¹¹⁵ Erling Johannes Husabø, *Karnov lovkommentarer: straffeloven § 321*, note 4, nr. 8,

Lovdata.no pro versjonen (lest 11.04.2024).

¹¹⁶ Stordrange (2014) s. 85

¹¹⁷ Stordrange (2014) s. 118-119

reflektert over.¹¹⁸ Men han sier videre at rettsstilstanden anses uklar, med hensyn til om omdømmeskade alene er nok til å medføre straffeansvar etter utroskapsbestemmelsen. Begrepet sies også å være upresist i seg selv.

I motsetning til vinnings vilkåret finner jeg at vilkåret her «om å skade» kan også tolkes til å være rent personlig motivert. Jeg finner det vanskelig å finne en grunn til å påføre prinsipalen skade med forsett uten å kunne tjene eller oppnå noen fordeler av handlingen. Det må i så fall være ut av ren sadistisk glede eller at en person er mentalt eller gjerningsperson som er emosjonelt ustabil og utagerer, slik at det skader prinsipalens interesser.

I juridisk teori sies det at:

*«Er målet å volde rent personlig skade, for eksempel å ødelegge sjefens ekteskap, har det derimot ikke noe med økonomisk utroskap».*¹¹⁹

Det er en fornuftig tanke, men slik jeg sa ovenfor er det vanskelig å finne gode grunner for å utøve skade uten vinningsformål, der det ikke kan sies at gjerningsperson var personlig motivert. I tillegg legger rettspraksis mye vekt på lojalitetsplikten etter en formålsbetraktning, konsekvensen er hypotetisk har noen skadet prinsipalen med forsett og det er personlig motivert, kan tillitsbrudd være så graverende at det vil være straffeverdig. En annen side av en slik betraktning, er at selv om gjerningsperson har hovedformål om å skade prinsipalens interesser, fordi sjefen hadde sjarmert gjerningsmannens kone til sengs. Kan utfallet av handlingen medføre skade for eksempel formuesgoder eller generelt økonomisk tilknyttet interesser, uten at dette var tilsiktet av gjerningsperson.

Slik bestemmelsen blir anvendt i dag som tilnærmet en generalklausul og stor vektlegging av lojalitetshensyn er det tenkelig at rent personlig motivert skade kan bli straffet for økonomisk utroskap. Dette må avklares av lovgiver eller rettspraksis i fremtiden.

¹¹⁸ Stordrange (2014) s. 119, se Rt. 2009 s. 524 og Rt. 2005 s. 901 fremstilt av forfatteren på nevnte side.

¹¹⁹ Erling Johannes Husabø, *Karnov lovkommentarer*: straffeloven § 321, note 4, nr. 8, Lovdata.no pro versjonen (lest 11.04.2024).

3.3.6 Oppsummering av objektive vilkår

Drøftelsen i avhandlingen viser at utroskapsbestemmelsen har inngående vurderingstema på så si alle vilkår, der det bare kan leses overflaten av hva som ligger i bestemmelsen ordlyd uten å gå dypere i rettskildene. Vurderingene som må foretas når en tolker ordlyden eller anvender loven på et praktisk tilfelle, er i høy grad skjønnsmessige vurdering.

Skjønnsvurderingene har forskjellig karakter i relasjon til hvilket vilkår som vurderes.

Det er klar rettspraksis på at det gjøres formålsorienterte tolkninger hele tiden når bestemmelsen vurderes. Der det i de fleste tilfeller medfører brudd på lojalitetsplikten også at bestemmelsen anses overtrådt, terskelen for brudd på lojalitetsplikt synes å være lav. I tillegg må det vurderes særskilt i vært enkelt tilfelle, hvilke forpliktelser som ligger imellom partene som lojalitetsplikten springer ut av. Det må også vurderes forsvarlighet i det konkrete tilfelle selv om ordlyden ikke tilsier dette. Hvilken interesse en fornærmet har i det enkelte tilfellet må også vurderes særskilt.

Rettspraksis ser ut til å ha utviklet seg imot lovgivers originale intensjon, men det har fått mer tilslutning fra lovgiver som ses i forarbeid over tid. Dette kan ha sammenheng med rettsutviklingen som har foregått i nyere tid innenfor formueretten og det ulovfestede *prinsippet om lojalitetsplikt* i kontraktsforhold. Så har fått økt betydning i siste 10 år. Det kan tyde på at det foregår *skjult sensur* av domstolene. Det blir ikke nevnt spesifikt at det er grunnlaget for hvordan § 390 blir i dag brukt i økende grad som generalklausul eller hvorfor brudd på lojalitetsplikten raskt medfører straffeansvar etter økonomisk utroskap bestemmelsen. Uten nødvendigvis tilstrekkelig dekning i gjerningsbeskrivelsen.

Det kan også stilles spørsmål ved om lovbestemmelsen oppfyller legalitetsprinsippet klarhetskrav. Etersom vurderingen er i høy grad skjønnsvurderinger, i tillegg er det ikke klare presiseringer fra lovgiver om bestemmelsens rekkevidde, terskel og nedre grense.

Det er også flere uavklarte rettsstilstander spørsmål innenfor bestemmelsens ramme, som for eksempel omdømmetap, om juridiske personer kan bli dømt for utroskap mot en annen juridisk person, anvisning om hva som ligger i vilkåret «om å skade». I tillegg til tross for den nye tittelen «*økonomisk utroskap*» er det på rene at trenger ikke å være utroskap av en økonomisk art.

3.4 Subjektive vilkår

3.4.1 Skyldkravet

Gjerningsperson må utvise tilstrekkelig grad av skyld, kravet for straffeloven § 390 økonomisk utroskap er forsett det framgår av strl. § 21. Forsett er til stede når handlingen gjerningspersonen utviser subjektiv skyld knyttet til alle vilkår i gjerningsbeskrivelsen jf. Dekningsprinsippet.¹²⁰

Forsetts kravet er spesifisert nærmere i strl. § 22. Det følger av bestemmelsens første ledd at forsett er til stede når handlingen er begått med hensikt og der handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen og gjerningsperson var klar over dette.¹²¹ Til slutt foreligger det forsett der gjerningsperson holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen og velger å handle selv om det er tilfellet.¹²²

Det nevnt til nå er det som kalles alminnelig forsetts krav, i tillegg er det krav om et videregående vinnings eller skadeforsett som eksplisitt er nevnt i § 390.¹²³ Gjerningsperson må etter bestemmelsen ha «*forsett om å oppnå en uberettiget vinning for seg eller andre eller om å skade*».

Dette kan være forvirrende og virke overflødig ettersom loven jf. § 21 allerede stiller krav om forsett til alle handlinger som dekker gjerningsbeskrivelsen. Grunnen er at tidligere straffelov fra 1902 § 275 krevde at gjerningsperson hadde handlet «i hensikt»¹²⁴ om å oppnå vinning, dette vilkåret ble ikke videreført.¹²⁵ Etter den nye straffeloven fra 2005 som vi har i dag er alle forsetts former tilstrekkelig. Formålet ved å beholde forsett i ordlyden er sannsynligvis for å tydeliggjøre endring, ettersom det er rikelig med rettspraksis etter den gamle loven som er relevant ved anvendelse av § 390.

¹²⁰ Frøberg (2019) s.139.

¹²¹ Strl. § 22 første ledd bokstav a og b.

¹²² Strl. § 22 første ledd bokstav c.

¹²³ Erling Johannes Husabø *Karnov lovkommentarer*: straffeloven § 390, note 5, nr. 1 og 2, Lovdata.no pro versjonen (lest 22.04.2024).

¹²⁴ Se strl. § 21 første ledd bokstav a

¹²⁵ Matingsdal (2021) s. 536.

Kort sagt vurderes skyld etter økonomisk utroskap om gjerningsperson er bevisst om hans handlinger er i strid med prinsipalens interesser. Dersom gjerningsperson tror handlingene hans er i tråd med prinsipalens interesser, kan vedkommende ikke straffes for økonomisk utroskap. Dette er omtalt tidligere i avhandling i forsvarlighetsvurderingen.¹²⁶

En spesiell merknad til endringen som nevnt over, er at straffelovutvalget mente at opphevelse av hensiktskravet kunne innebære ny kriminalisering¹²⁷. Konsekvensen av dette ville være at rettsvillfarelse blir et moment i vurderingen om forsett til § 390. På en annen side uttalte departementet at de anså muligheten for en slik konsekvens «*vil være så vidt marginal at dette ikke er noe viktig argument mot kommisjonens forslag*».¹²⁸

Det som var ment av lovgiver er at regelen i straffeloven § 26 om rettsuvidenheten også kalt rettsvillfarelse, som er en av straffefrihetsgrunnene, må trekkes inn ved en skyldvurdering.¹²⁹ På en annen side medfører endringen at det skal mindre til for å bevise tilstrekkelig grad av skyld, så det kan forstås hvorfor departementet ikke så straffelovkommisjons uttalelse som noe viktig argument. Det kan være mest relevant med rettsvillfarelse ved samtykke ved utroskapshandlinger. Spesielt ved utroskap i selskapsforhold hvor gjerningsmannen mener han har fått samtykke til å handle.¹³⁰ Det kan med dette sies at når forsettkravet er senket fra hensikts forsett til å omfatte alle typer, blir det vanskelig å si at villfarelse om samtykkets lovmessighet fritar straff for vedkommende.¹³¹

3.4.2 Strafferamme og utmåling

Overtredelse av straffebudet i strl. § 390 straffes med «*bot eller fengsel inntil 2 år*». Det kan bemerkes at dette er en endring fra den gamle straffeloven fra 1902 § 275, der var øvre strafferamme på 3 år. I Forarbeidene står det at på bakgrunn av straffeutmålingspraksis der

¹²⁶ Se punkt 3.3.3.4 om forsvarlighetsvurderingen for eksempel fra rettspraksis.

¹²⁷ NOU 2002:4 s. 171.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 279 sjette avsnitt første punktum.

¹²⁹ Frøberg (2020) s. 147 og 148.

¹³⁰ Stordrange (2014) s. 120.

¹³¹ Se strl. §§ 21,22,25 og 26.

det ble som regel idømt kortere betingede eller ubetingede fengselsstraff, men endringen er ikke ment å forandre straffeutmålingspraksis.¹³²

Eksempel på straffeutmåling kan det vises til Rt. 2011 s.257. Det ble utmålt straff på tre år og seks måneders for grov økonomisk utroskap¹³³ på ca 50 millioner kroner, to år og seks måneder ble gjort betinget som følge av lang saksbehandling.¹³⁴ Dette omhandler da grov økonomisk utroskap, det er ikke retningsledene for ordinært økonomisk utroskap. Det uttales i Rt. 2012 s. 243 ved grov økonomisk utroskap på 8.3 millioner kr *ville «mellom to år og seks og tre år ville være passende»*.¹³⁵ I samme dom blir det antydnet at et straffenivå på fengsel i ett år og tre måneder for medvirkning til økonomisk utroskap på henholdsvis 1.5 til 1.9 millioner kr.¹³⁶

Det understrekes i tre forskjellige dommer to av dem nevnt ovenfor at tidsforløpet normalt ikke kan tillegges samme vekt som i disse dommene. I motsetning til saker som er lettere å avdekke og å etterforske.¹³⁷ Begrunnelsen for dette er sannsynligvis på bakgrunn av reelle hensyn, da svært tidkrevende og prosesskrevende saker er en kostnad for samfunnet, å det tillegges straffeskjerpene betydning.

4 Lojalitetsplikten og Legalitetsprinsippet en uharmonisk rettstilstand

4.1 Problemstillingen

Jeg vil her gå igjennom hva det som stikker seg ut som den største problemstillingen når det gjelder anvendelse av § 390 om økonomisk utroskap.

¹³² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 346.

¹³³ Se strl. § 391

¹³⁴ Matingsdal (2021) s. 538

¹³⁵ Rt. 2012 s. 243 avs. 47

¹³⁶ Rt. 2012 s. 243 avs. 55

¹³⁷ Matingsdal (2021) s. 538 siste avsnitt, dommen omtalt er, Rt.2011 s. 257 avs. 55, Rt. 2011 s. 855 avs. 44 og Rt. 2012 s. 243 avs. 50

På bakgrunn av min egen analyse i kapitel 2 og 3 ser vi at lojalitetsplikten har blitt styrket i nyere tid privatrettslig¹³⁸ og spesielt innenfor selskapsretten¹³⁹

Det kan sies at lojalitetsplikten er gjennomtrengende prinsipp som gjelder på flere rettsområder. Det vises klart i redegjørelsen at lojalitetsplikten blir nevnt flere ganger, og lojalitetshensyn brukt som begrunnelse på strafferettensområde. Det er i tillegg gjennomgående skjønnsmessige vurderinger som må gjøres i relasjon til § 390.

Det må ses på hva som er konsekvensen av dette er.

Drøftingen nedenfor blir å basere seg på slutningene trukket i resten av avhandlingen for det meste.

4.2 Lojalitetsplikten i strid med legalitetsprinsippet

Som nevnt har lojalitetsplikten blitt styrket, i den sammenheng vises det til Rt. 2013 s. 1254. I avgjørelsen ble rettsanvendelsen i forhold til straffeloven 1902 § 275 vurdert, som er overførbart til dagens § 390. Det blir uttalt følgende:

«Ved den nærmere avklaring av bestemmelsens rekkevidde fremhever lagmannsretten at bestemmelsen har nær sammenheng med den ulovfestede lojalitetsplikt som gjelder i kontrakts- og selskapsforhold. For styremedlemmer fremheves at aksjelovens bestemmelser om styrets plikter må suppleres med en generell ulovfestet plikt til å opptre lojalt for å oppfylle selskapsinteressene»¹⁴⁰

Dette var hva lagmannsretten selv hadde sagt. I et par avsnitt senere sier Høyesterett i relasjon til det som lagmannsretten hadde uttalt følgende *«Dette er utvilsomt uttrykk for en riktig forståelse av straffeloven § 275»¹⁴¹.*

Det medfører i praksis at Høyesterett har ved sitt eget prejudikat, bundet seg til å samsvare med en dynamisk utvikling innenfor kontrakt og selskapsretten i relasjon til lojalitetsplikten.

¹³⁸ Se HR-2017-2375 og punkt 2.4

¹³⁹ Se HR-2020-1947-A, punkt 2.4 og punkt 2.4.1

¹⁴⁰ Rt. 2013 s. 1254 avs. 32

¹⁴¹ Rt. 2013 s. 1254 avs. 36

Der rekkevidden av § 390 blir å variere over tid etter på hva rettstilstand er når det gjelder lojalitetsplikt innenfor kontrakt og selskapsforhold.

Ses det til *Akademiet*¹⁴² dommen, har hjemmelsgrunnlaget til lojalitetsplikten blitt styrket innenfor aksjerettens område og styrket i selskapsforhold generelt. Da har i praksis rekkevidden av bestemmelsen blitt utvidet ytterligere enn hva det var når dommen over ble avsagt. Det er også flere mulige gjerningsmenn.

På en annen side følger det klart forbud etter legalitetsprinsippet om *utvidende tolkning*. Utvidende tolkning innebærer at bestemmelsen rammer flere gjerningspersoner enn ordlyden tilsier. Det er tvilsomt at det er innenfor legalitetsprinsippet, når gjeldende rett tilsier at lojalitetsplikt i aksjeselskapsforhold og i utstrekning mulig alle selskapsforhold. I juridisk teori framkommer det,¹⁴³ at påtalemyndighet har brukt som argument at tiltalte er i strid med selskaps vedtekter. Etter nåværende rett vil det være et argument med vekt i selskapsforhold, der nå er prejudikat på at lojalitetsplikten springer ut av selskapsavtalen.

Det gjør at påtalemyndigheten kan bruke § 390 som en generalklausul.¹⁴⁴ Det er også i strid med legalitetsprinsippet at påtalemyndigheten og domstolene skaper ny rett på strafferettsområde. Det er lovgivers oppgave slik som Stordrange sier.

Videre er terskelen for å kvalifisere for lojalitetsplikt brudd, å anse som lav allerede. Ses det til min tidligere redegjørelse var meningen at § 390 skulle ramme alvorlige brudd. Men det kan tvilsomt sies at det er tilfelle lengere. Høyesterett har domfelt flere gjerningsmenn for at de anser forholdet som straffe verdig, selv om det ikke alltid er alvorlig brudd. Da er det uheldig at man har rettstilstand hvor, mulig det kommer dommer på selskapsrettsområde om lojalitetsplikt slik som utfallet var i *akademiet* for selskapsformer som DA/ANS/KS osv.

Vurderingen etter også varierende fordi det må tas skjønnsmessige betraktninger og ses på hva som er hjemmelsgrunnlaget for lojalitetsplikten mellom partene. De skjønnsmessige vurderingstemaene har blitt utpenslet av rettspraksis. Dette svekker klarhetskravet etter

¹⁴² HR-2020-1947-A

¹⁴³ Stordrange (2014) s. 119

¹⁴⁴ Stordrange (2014) s.119

legalitetsprinsippet, det gjør for så vidt også den uforutsigbare framtidige karakteren til lojalitetsplikten.

Det kan virke som rettspraksis tilsier, at igjennom de skjønsmessige vurderingene opp mot lojalitetsplikten, er gjort på grunn av manglende dekning i ordlyden. Dette vil i så fall stride mot analogiforbudet i legalitetsprinsippet. Men jeg skal ikke gå så langt å si at det faktisk er tilfellet, det er bare det inntrykk jeg har.

På en annen side er det sterke reelle hensyn, tilsier at det er helt nødvendig med lojalitetsplikt og det er straffeverdige formål for at økonomien skal gå rundt. Det medfølger også allmennpreventive hensyn, det er uønsket atferd i samfunnet at de som gjør slik beskrevet i gjerningsbeskrivelsen til § 390 skal unndra straffeforfølgning.

Høyesterett sin rettsutvikling innenfor § 390, kan også si å være sterke signaler til lovgiver om at ordlyden i § 390 har behov for presiseringer.

4.2.1 Avsluttende bemerkninger

Det kan sies at utroskapsbestemmelsen er i liten grad i samsvar med klarhetskravet etter legalitetsprinsippet, det vil være svært vanskelig og uoversiktlig for en borger å forutsi alt som i dag inngår i en vurdering etter § 390.

Det er også flere rettskilder som trekker i retningen av at det er forhold ved vilkårene i gjerningsbeskrivelsen som svekker legalitetsprinsippet. Det er også indikasjoner på at rekkevidden av utroskapsbestemmelsen har blitt utvidet.

Det må tas avveining av ønsket om å straffe uønsket atferd opp mot hvor langt det ønskes å strekke legalitetsprinsippet. Nåværende er det en rettsstilstand på vei til dårlig harmonisering.

Det kan likevel sies at det er på det rene at straffelovens § 390 om økonomisk utroskap straffer etter sitt formål.

Litteraturliste

Lovregister

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven, opphevet)

Lov 26. juni 1985 nr. 79 om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn mv.

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

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

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

Lov 19. juni 2015 nr. 65 om ikraftsetting av straffeloven 2005

Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven)

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (askjeloven-asl.)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven-strpl.)

Konvensjoner

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1996 (SP)

Lovforarbeider

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

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

NOU 2002:4 Ny straffelov Straffekommisjonens delutredning VII

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1928 s. 282.

Rt. 1928 s. 1171

Rt. 1946 s. 183

Rt. 1946 s. 386.

Rt. 1956 s. 1165

Rt. 1962 s. 282

Rt.1965 s. 197

Rt. 1967 s. 1211

Rt. 1969 s. 530

Rt. 1984 s. 1275

Rt. 1984 s. 28

Rt. 1985 s. 520

Rt. 1985 s. 334

Rt. 1987 s. 1246

Rt.1991 s. 40

Rt. 1992 s. 1463

Rt.1992 s. 919

Rt. 1993 s. 727

Rt.1993 s. 513

Rt. 1994 s. 1555

Rt. 1994 s. 1002

Rt. 1995 s. 1536

Rt. 1996 s.1505.

Rt. 1999 s. 36

Rt. 2005 s. 901

Rt. 2007 s. 731

Rt. 2009 s. 524

Rt. 2011 s.257

Rt. 2011 s. 855

Rt. 2012 s. 243

Rt. 2013 s. 1254

HR-2016-560-U

HR-2017-2375

HR-2020-1945-A

Lagmannsrettsavgjørelser

LA-2011-151031

LA-2015-69443

LH-2016-97817

Juridisk litteratur

Bøker

Matingsdal, Marius. *Norsk Spesiell Strafferett*. 3. utgave 2021

Stordrange, Bjørn *Forbrytelser mot vårt økonomiske system*, 3. utgave / 1. opplag 2014

Thomas Frøberg, *Alminnelig strafferett: i et nøtteskall*, 2. utgave / 1. opplag 2020

Skoghøy, Jens Edvin A, *Rett og Rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 4. utg., Universitetsforlaget 2021.

Christoffersen, Buskerud Margrete, *Aksjeeiers Lojalitetsplikt: samspillet mellom aksjeselskapsretten og den alminnelige formueretten*, 1. utgave / 1. opplag 2019

Artikler og annen litteratur

Erling Johannes Husabø, *Karnov lovkommentarer: straffeloven §§ 380 og 321*, Lovdata.no. pro versjonen

Christoffersen, Buskerud Margrete «Aksjeeiers lojalitetsplikt etter norsk rett – HR-2020-1947-A» *jussens venner* 2021 s.152-191 (sitert fra Idunn.no).

