

Strafferettslige disposisjonsbegrensninger utelukkende i kraft av å være skyldner

Kandidatnummer: 226

Antall ord: 14982



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN
[10.05.2021]

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Overordnet om temaet og strl. § 401	3
1.2	Problemstilling og nødvendige avklaringer.....	5
1.3	Rettskildebildet og metodiske utfordringer	6
1.4	Fremstillingen videre.....	7
2	Lovskravet på strafferettens område, særlig om vaghetsproblematikk.....	9
2.1	Generelt om lovskravet i strafferetten.	9
2.2	Lovskravet og vaghetsproblematikk.....	10
3	Om negative tilstandsendringer – Konsekvensene av disposisjonen.	13
3.1	Handlemåtene i bokstavene a-d må føre til en negativ tilstandsendring for «fordringshaverne».....	13
3.2	Sammenhengen mellom negativ tilstandsendring og forutgående handlemåte – vilkårene «påfører(...) ved»	16
3.3	Den overordnede negative tilstandsendringen – «betydelig tap»	18
3.4	Om insolvens som negativ tilstandsendring	20
3.4.1	Overordnet.....	20
3.4.2	Kort om hva som menes med insolvens.....	20
3.4.3	Om insolvens som nødvendig virkning for straffeansvar etter strl. § 401.	21
4	Om de alternative forutgående handlemåtene i bokstavene a til d, og rekkevidden av disse.....	26
4.1	Om paragrafoverskriftens betydning for tolkningen av de forutgående handlemåtene. 26	
4.2	«Lettsindig adferd», herunder «risikopreget aktivitet» og «pengespill»	27
4.2.1	Overordnet om bokstavene a og b, kort om «pengespill»	27
4.2.2	«Risikopreget aktivitet»	29
4.2.3	«Lettsindig adferd» utover de foregående alternativene.	34
4.3	«Overdrevent forbruk»	36
4.4	«Grovt uordentlig forretningsførsel».....	39
4.4.1	Overordnet.....	39
4.4.2	Nærmere om «forretningsførsel»	39
4.4.3	Nærmere om «grovt uordentlig».	42
	Litteraturliste	48

1 Innledning

1.1 Overordnet om temaet og strl. § 401

Vi befinner oss formodentlig i slutfasen av covid-19-pandemien. Det spekuleres i hvilke konsekvenser vi vil se i næringslivet når økonomiske støtteordninger opphører, skatteinnkrevningen tiltar og skatteetaten begynner å sende konkursbegjæringer igjen. Et sannsynlig scenario er at vi vil se en økning i antallet av konkurser.¹ Erfaring² tilsier at det også er naturlig å anta at det vil være begått flere forbrytelser i gjeldsforhold. Forbrytelser i gjeldsforhold rammer først og fremst kreditorfellesskapet, og de må åpenbart ha et vern mot dette. Samtidig er det helt sentralt at straffebestemmelsene som sørger for dette vernet er tilstrekkelig oversiktlige, av hensyn til de mulige ansvarssubjektene. Dette blir særlig viktig i tider hvor den aktuelle kretsen av ansvarssubjekter vokser. Strl. § 401 er den første bestemmelsen i kreditorvernkapittelet, straffeloven kap. 31, som skal være med å skape et strafferettslig vern for kreditorfellesskapet.³ Det er det materielle innholdet i, og rekkevidden av denne bestemmelsen som er hovedtemaet for denne avhandlingen.

Et overblikk over strl. § 401 antas å gi en hensiktsmessig inngang til undersøkelsene. Den er bygget opp slik at «skyldner» er straffesubjektet, altså den som risikerer straff. Skyldneren må ha handlet på en måte som er beskrevet i strl. § 401 bokstavene a til d, og med det påført «fordringshaverne» «betydelig tap». Dette viser at bestemmelsen er et skadestraftebud, altså et straffebed som forutsetter at det inntreffer en bestemt form for skade. «Fordringshaverne» er kretsen av personer som bestemmelsen verner, gjerningsobjektet. Det må også kunne konstateres årsakssammenheng, jf. «påfører (...) ved» mellom den nevnte handlemåten og virkningen/skaden, som er angitt ved «betydelig tap». Er disse objektive gjerningselementene oppfylt, kan man si at strl. § 401 er objektivt overtrådt.

Videre kreves det at «skyldner» utviser subjektiv skyld i form av «forsett» eller minst «grovt uaktsomt». Dette betyr at skyldner må være minst «grovt uaktsomt (...)» iht. alle de ovennevnte objektive elementene. Dette er et utslag av det som ofte kalles dekningsprinsippet.

¹ Se f.eks, refleksjoner i Prop. 79 S (2020-2021) s. 69

² I Ot.prp.nr. 37 (2003-2004) s. 12 legges det til grunn at det foreligger mistanke om konkurser i 2 av 3 næringslivskonkurser.

³ Ibid.

Det viktigste spesialformålet med å ha en straffetrussel rettet mot kreditorskadelige disposisjoner er at den beskytter kredittytters posisjon, slik at risikoen ved kredittytelse blir lavere. Dette fører til rimeligere kreditt og kredittytelse i større omfang, noe som igjen fører til økt verdiskapning. Det kredittfremmende elementet er også en sentral begrunnelse for blant annet omstøtelsesreglene i deknl. kap. 5, men lovgiver har likevel vurdert det slik at risikoen for konkurskarantene, omstøtelse og erstatningsansvar knyttet til dette ikke i tilstrekkelig grad avskrekker potensielle forbrytere fra å forspille eller unndra formuesgoder når konkurs nærmer seg.⁴

Strl. § 401 skiller seg ut i strl. kap. 31 fordi den ikke eksplisitt stiller krav til skyldners økonomiske stilling på handlingstidspunktet. Strl. kap. 31 er bygget opp slik at det er klar sammenheng mellom skyldners økonomiske stilling og innskrenkninger som gjøres i skyldners disposisjonsfrihet. Man kan se for seg en glideskala. Jo svakere økonomisk stilling, jo mer innskrenkes disposisjonsfriheten til skyldneren. Strl. § 401 utgjør utgangspunktet for glideskalaen. Siden skyldners økonomiske stilling ikke er under press, kreves det at skadevirkningen må være relativt stor, jf. «betydelig tap». Glideskalaen er synlig gjennom rekken av bestemmelser i strl. kap. 31, og slutter i strl. § 408. Her er skyldneren «under fellesforfølgning», altså konkurs. I denne økonomiske posisjonen kreves kun at skyldner utsetter kreditorfellesskapet for en risiko, jf. «opptrer på en måte som er egnet til å hindre» dekning. Det økonomiske omfanget av risikoen er som utgangspunkt uten betydning, jf. «et formuesgode».⁵

Som første bestemmelse i strl. kap. 31 kan man si at strl. § 401 er den mest vidtfavnende av kreditorfellesskapets strafferettslige beskyttelsesbarrierer, siden straffetrusselen i utgangspunktet henger over enhver skyldner av et visst kvalifisert beløp. Hensynet til den private autonomien står i konflikt med hensynet til fordringshavernes beskyttelse, og de nevnte samfunnsgodene dette fører med seg. Med den private autonomien siktes det i hovedsak til individets mulighet til å styre over seg selv, særlig i form av muligheten til å ta økonomisk risiko i denne sammenhengen.

⁴ Ibid.

⁵ Sæbø (2019) s. 159

1.2 Problemstilling og nødvendige avklaringer

I denne avhandlingen skal det undersøkes hvilke handlemåter som omfattes av strl. § 401 og hvilke konsekvenser disse må lede til for at straffeansvar etter strl. § 401 skal inntre. Mer presist, hvilke forutgående handlemåter, negative tilstandsendringer på virkningssiden og sammenheng mellom disse, kreves for at strl. § 401 skal komme til anvendelse?⁶

For å undersøke dette, vil det bli foretatt en rettsdogmatisk analyse av hvilke betingelser som må ligge til grunn for at «fordringshaverne» skal være «påfør[t]» «betydelig tap» «ved» en forutgående handlemåte, som opplistet i strl. § 401 bokstavene a til d.

Analysen vil dreie seg om det materielle innholdet i vilkårene som nevnes over. Under behandlingen av de nevnte vilkårene vil fokuset dreies mot spørsmålene som i størst grad har uklare svar, og med det er egnet til å skape utfordringer ved anvendelse av bestemmelsen. Det antas at dette fokuset vil bidra til størst mulig oppklaring iht. problemstillingen. Det siktes i hovedsak til spørsmål om avgrensning av vilkårenes materielle innhold, herunder rekkevidden av dem og hva som legitimt kan vektlegges i vurderingen av om de er oppfylt. Bestemmelsen preges av vag og skjønnsbetingende utforming, følgelig vil skranker som lovskravet oppstiller for tolkningen av de enkelte vilkårene være et naturlig gjennomgående tema. Bestemmelsen fikk sin nåværende utforming i 2004.⁷ Endringer i rettskildematerialet, i tilknytning til, og etter denne lovrevisjonen er den sentrale bakenforliggende faktoren for de valgte fokusområdene.

Med et spesielt fokus, kommer gjerne avgrensninger. Spørsmål knyttet til forsøk og medvirkning behandles ikke. Dette gjelder også rettferdiggjøringsgrunn, unnskyldningsgrunner, konkursspørsmål, strafferamme og reaksjonsaspekter, samt foretaksstraff. Fokuset over gir seg også utslag i nedprioriteringer. For å nevne noen, det materielle innholdet i «betydelig tap» kunne vært analysert grundigere. Det samme gjelder vilkåret «fordringshaverne», herunder hva som utgjør en fordring.

«Skyldner»-begrepet behandles ikke. Dette faller utenfor problemstillingen. For oppgavens formål er det likevel hensiktsmessig å forstå at skyldner er straffesubjektet i bestemmelsen, altså den som må ha handlet slik bestemmelsen foreskriver. Skyldner kjennetegnes av at hen har gjeld. Det kan være en faktisk eller juridisk person. Der det dreier seg om en juridisk person,

⁶ Terminologien «forutgående handling» evt. handlemåte og «negative tilstandsendringer» er hentet fra Gröning/Husabø/Jacobsen (2019). Se f.eks. s. 170–171.

⁷ Ved lov 25.06.2004 nr.50. Denne omtales videre som lovrevisjonen i 2004.

typisk et AS, er det strl. § 410 som forlenger ansvaret til de personene som har «handlet på vegne av eller til fordel for» skyldner.

Bakgrunnen for avgrensningene og nedprioriteringene henger sammen med begrunnelsen for prioriteringene. Dels at det er lite nytt og/eller uklart ved temaene, dels at de ligger på siden av problemstillingen. I den grad de behandles, er dette fordi de gir nyttig bakgrunnskunnskap for analysene, og/eller at endringer i rettskildematerialet har gjort innholdet i vilkårene klarere. Omfangsrammen utgjør naturligvis en overordnet avgrensingsgrunn.

1.3 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

Avhandlingen består av flere analyser av forskjellige vilkår hvor rettskildetilfanget er varierende. Rettskildebildet kan kommenteres generelt likevel. Bestemmelsen, særlig dens grensedragninger, er viet lite plass i rettspraksis. Dette medfører at størstedelen av materialet som omhandler disse temaene finnes i juridisk teori. Ved lovrevisjonen i 2004 ble det utarbeidet grundige forarbeider, som i stor grad lente seg på juridisk teori hva angikk grensedragninger. Dagens rettskildebilde preges da ved at det ligger nokså utfyllende og moderne forarbeider i bakgrunnen. Et generelt og viktig poeng i denne sammenhengen er at det er flere måter å forholde seg til forarbeider som rettskilde på. Det er ikke alltid klart hva som er forarbeider, hvordan disse skal tolkes og hvilken gjennomslagskraft argumentene fra disse skal ha.⁸ Et poeng i utstrekning av dette er at uttalelser i forarbeider om gjeldende rett har vært hevdet å ha en rettskildemessig vekt tilsvarende juridisk teori. Dette er det grunn til å være obs på.⁹ Et annet poeng er at Høyesterett har beveget seg i retning av en mer ordlydslojal tilnærming enn tidligere, og forarbeiders vekt er i så henseende redusert.¹⁰

Et annet spørsmål som vil aktualisere seg, er hvilken overføringsverdi argumenter fra rettskilder knyttet til andre rettsområder enn strafferetten kan få iht. begreper i strl. § 401. Tolkingsbidrag fra konkursloven, dekningsloven og regnskapsloven kan nevnes som eksempler. Dette spørsmålet har ikke noe generelt og opplagt svar. Som eksempel fra konkursretten, kan det felles formålet disse reglene har om å verne fordringshavernes dekningsadgang tilsi at det er naturlig å se disse i sammenheng. Når det gjelder den konkrete relevansen og vekten en gitt

⁸ Forskjellige syn på dette i bla. Eckhoff/Helgesen (2000) s.70–72, Nygaard (2004) s. 198.199, Bergo (2000) s. 53–54 og 167–178 og Bergo (2002) s. 26 og 394–395.

⁹ Se f.eks. Eckhoff/Helgesen (2001) s. 70.

¹⁰ Dette poenget kommer vi tilbake til i pkt. 2.2

rettskilde kan tilskrives i et gitt tolkningsspørsmål, må dette vurderes konkret hver gang. I lys av at det dreier seg om tolkningen av en straffebestemmelse, er det nærliggende å hevde at et tolkningsbidrag fra konkursretten, samt andre rettsområder, som utgangspunkt må kategoriseres som reelle hensyn, i form av systemhensyn.¹¹ Det dreier seg tross alt om forskjellige rettsdisipliner hvor tilnærmingen til utforming av lovene og den forutsatte virkningen av både lover og ulovfestede regler er forskjellig.

Generelt vil systemhensyn som utgangspunkt trekke i retning av at likt utformede begreper, også i forskjellige lover, tolkes likt. I hvert fall der de har tilgrensende overordnede formål. Ved at det dreier seg om begreper som alt inngår som del av publisert lovtekst, kan det hevdes at dette avhjelper betenkelighetene en mer omfattende tolkningsprosess medfører, til en viss grad. Det er særlig betenkeligheter knyttet til forutberegnelighet og straffebestemmelsens klarhet det siktes til.¹²

1.4 Fremstillingen videre

Avhandlingens oppbygning følger ikke det som umiddelbart fremstår som logisk utfra en tanke om årsak og virkning. Man kan se det slik at den er bygget opp i 3 deler. Del 2, i form av kapittel 3, vil ta for seg spørsmål knyttet til negative tilstandsendringer. Del 3, angitt ved kapittel 4, tar for seg spørsmål knyttet innholdet i de alternative forutgående handlemåtene som beskrives i bokstavene a-d. Det er disse handlemåtene som må foranledige de negative tilstandsendringene. Bakgrunnen for den valgte presentasjonsrekkefølgen er at de negative tilstandsendringene i større grad har betydning for tolkning av de forutgående handlemåtene, enn motsatt. Faktorene som i størst grad begrenser rekkevidden av straffeansvaret i strl. § 401 ligger i praksis i kravet til «betydelig tap» og kravet til årsakssammenheng, slik vi skal se.

Samme tanke ligger bak at kravet til årsakssammenheng er lagt til kapittel 3. Det er i tillegg fordi årsakssammenheng er et nyttig perspektiv å ha med seg for analysen av vilkårene knyttet til både negative tilstandsendringer, og de forutgående handlemåtene. Behandlingen av vilkåret «fordringshaverne» er lagt først i kapittel 3, fordi fordringshaverne er den personkretsen som de negative tilstandsendringene rammer, og passer dermed best inn på følgesiden.

¹¹ Se Andreassen (2000) s. 39–42 om dette temaet, og i samme retning.

¹² Se under pkt. 2.1 og 2.2. for en utdypning av lovskravet.

Del 1 består av kapittel 1 og 2, hvor det i påfølgende kapittel 2 tas sikte på å presentere lovskravet med særlig fokus på vaghet som problem. Denne fremstillingen er ment til å gi et bakteppe for analyser senere i avhandlingen.

Fremstillingsmetoden i kapittel 3 og 4 vil kjennetegnes ved at temaene behandles generelt først, før fremstillingen glir over i mer dyptgående presentasjon av utvalgte problemstillinger og drøftelser. Dette er for å rette fokuset mot de antatt mest problematiske sidene ved strl. § 401 iht. problemstillingen. Kapittel 2 preges av en noe mer overordnet og redegjørende tilnærming, naturlig nok.

En gjennomgående fremstillingsmessig forenkling i teksten vil være at, istedenfor for å skrive «de alternative forutgående handlemåtene som fremkommer i bokstavene a-d», forkortes dette til «de forutgående handlemåtene».

2 Lovskravet på strafferettens område, særlig om vaghetsproblematikk.

2.1 Generelt om lovskravet i strafferetten.

Det fremgår av grl. § 96 (1) at «Ingen kan dømmes uten etter lov (...)». Bestemmelsen grunnlovsfester det strafferettslige lovskravet, også kalt legalitetsprinsippet. Virkningen er at ingen kan straffes med annen hjemmel enn en som er vedtatt av Stortinget, og gjort tilgjengelig for allmenheten. Dette kan være lov, forskrift eller provisorisk anordning¹³. Videre ligger det i begrepet «lov» at lovteksten må være tilstrekkelig presist utformet og at den må favne tilstrekkelig klart om det aktuelle forholdet i det konkrete tilfellet hvor straffebestemmelsen skal anvendes. Prinsippet kommer også til uttrykk i EMK art. 7, som er bindende som et minimumsdirektiv for Norge, jf. mrl. § 2. Det er visse variasjoner i lovskravet etter Grunnloven og EMK, uten at dette får praktisk betydning i denne sammenhengen. For alle praktiske formål henviser «lovskravet» i denne avhandlingen både til normen som kan utledes av Grl. § 96 og EMK. Art. 7. Lovskravet har særlig til formål å sikre forutberegnelighet for borgerne i form av at lovene blir en advarsel om hvilke handlinger som møtes med straff, og like viktig, hvilke handlinger som ikke møtes med straff. Et annet viktig formål bak lovskravet er at det styrker borgernes vern mot myndighetsmisbruk. Effektivitetshensyn utgjør mothensynet. Med effektivitet menes den aktuelle straffebestemmelsens evne til å fange opp faktiske forhold i tilstrekkelig grad til å beskytte de interessene den er ment til å verne om. Dersom lovskravet praktiseres for strengt, vil virkningen være at lovverket vokser, noe som igjen vil kunne gå på bekostning av forutberegneligheten. Dette er fordi et mer omfattende lovverk medfører en risiko for at det også blir mer u håndterlig, så vel for jurister som for lekfolk.¹⁴ Videre medfører en viss vaghet også motstandsdyktighet mot samfunnsutvikling. Ettersom samfunnet utvikler seg, vil det oppstå nye måter å forbryte seg mot de vernede interessene på. Dette gjør det nødvendig

¹³ Gröning/Husabø/Jacobsen (2020) s. 63

¹⁴ Se Eckhoff/Helgesen (2001) s. 63

å fange opp handlinger i lovttekster på en tilstrekkelig abstrakt måte, noe som igjen vil overlata noe skjønn til den enkelte dommer i hver enkelt sak.

En vanlig tilnærming til systematisering av lovkravet i juridisk teori er å dele det i tre. Kravet til formell hjemmel, presisjonskravet/klarhetskravet og forbudet mot analogi og sterkt utvidende tolkning.¹⁵ Det er likevel slik i praksis at disse sidene ofte får betydning på tvers av hverandre. Dette fordi at man trenger en tilstrekkelig presis lovhjemmel for å kunne ta stilling til om den i et konkret tilfelle er klar. Videre er den tilstrekkelig klare lovhjemmelen en forutsetning for å ta stilling til om subsumsjonen medfører en for utvidende tolkning eller en analogisk anvendelse i det konkrete tilfellet.¹⁶

Ved kun å kaste et blick på strl. § 401 kan man se at den har potensialet til å favne veldig bredt. Det er spesielt de språklige utformingene av de forutgående handlemåtene som gir dette inntrykket. Dette gjør at bestemmelsen kan betegnes som en rettslig standard.¹⁷ I lys av dette, er det de utfordringene lovskravet oppstiller knyttet anvendelse av vagt utformede straffebestemmelser som er mest interessante iht. avhandlingens tema.

2.2 Lovskravet og vaghetsproblematikk

Hva gjelder vaghetsproblematikk, gir hverken ordlyden i grl. § 96 eller EMK art. 7 særlig veiledning. Så sent som i HR-2019-900-A avsnitt 31 ga Høyesterett sin tilslutning til forståelsen av lovskravet i HR-2009-1205-A avsnitt 21 hvor det blant annet uttales:

«For at det hjemmelskrav som følger av EMK artikkel 7, skal være tilfredsstillt, må det fremgå av straffebestemmelsens ordlyd, eventuelt supplert med de presiseringer som måtte følge av rettspraksis, hvilke handlinger eller unnlaterer som rammes».

Videre er det uttalt:

«I EMDs praksis er det fremholdt at generelle lovbestemmelser ikke alltid kan være like presise, og at det – for at rettsreglene skal kunne tilpasses samfunnsutviklingen – ofte også er nødvendig å benytte formuleringer som i større eller mindre grad er vage, og

¹⁵ Se Gröning/Husabø/Jacobsen (2020) s. 63–72. Alternativt Frøberg (2020) s. 72–78

¹⁶ Jørn Jacobsen er inne på sammenhengen mellom kravet til formell lov og presisjonskravet i Jacobsen (2019) s. 535

¹⁷ Se f.eks. Frøberg (2020) s. 82-83 om hva begrepet «rettslig standard» innebærer.

hvor det vil oppstå grensespørsmål. For at hjemmelskravet etter EMK artikkel 7 skal være oppfylt, må imidlertid beskrivelsen være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen, se storkammerdom 15. november 1996 i saken *Cantoni mot Frankrike* avsnitt 32».

I Rt. 2014 s. 786 var spørsmålet om den rettslige standarden «utilbørlig fordel» i strl. § 276 bokstav a første ledd var overtrådt ved at driftssjefen i et kommunalt selskap hadde mottatt tre middager av en bussprodusent som selskapet hadde driftsavtaler med.

Under avsnitt 14 i dommen viste Høyesterett til uttalelsen i Rt. 2005 s. 1628 avsnitt (16), hvor det fremholdes at:

«Anvendelse av rettslige standarder som grunnlag for straffereaksjoner er ikke uproblematisk på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn for lovkravet i Grunnloven § 96. Jeg er enig med lagmannsretten i at denne type straffebestemmelser må tolkes med varsomhet».

Forholdet mellom de ovennevnte dommene illustrerer sammenhengen mellom utforming av lovbestemmelsen og hvilke begrensninger som mer eller mindre vag utforming fører med seg. På den ene siden ivaretar standardmessig utforming hensynet til effektivitet,¹⁸ på den annen side kan man si at dette går på bekostning av forutberegneligheten. Ved å la det hefte ved vagt utformede straffebestemmelser at de skal tolkes med varsomhet, vil man bidra til at innhugget i forutberegneligheten avhjelpes noe, ettersom dommerens tolkningsrom innsnevres. Lovskravet utgjør dermed et viktig tolkningsbidrag ved tolkning av vagt utformede bestemmelser, som strl. § 401.

Hvor varsom en rettsanvender må være i sin tolkning, påvirkes av hvilke øvrige kilder som foreligger knyttet til det aktuelle vilkåret, eller bestemmelsen for øvrig. De siterte uttalelsene over viser for eksempel at høyesterettspraksis kan være en presiserende rettskilde i så måte. I tråd med norsk lovgivertradisjon er det også grunn til å legge vekt på forarbeidsuttalelser i tolkningen av en straffebestemmelse.¹⁹ Forarbeider som rettskilde anses å ha overført autoritet fra loven, i tillegg til at bruk av forarbeider som rettskilde antas å fremme forutberegnelighet.²⁰ Det er imidlertid viktig å ha klart for seg at forarbeidsuttalelser som uttrykk for lovgiverviljen

¹⁸ Se over under 2.1 om hva som i denne sammenhengen legges i begrepet effektivitet.

¹⁹ Se f.eks. Jacobsen (2019) s. 554 og Rt.2014 s. 238 avsn. 21 hvor det gjøres i praksis.

²⁰ Se Eckhoff/Helgesen (2001) s.70–73.

ikke kan avhjelpe manglende støtte i ordlyden for ileggelse av straffeansvar.²¹ I det heletatt kan man si at loven kan tolkes, men i avveilingen av effektivitet mot forutberegnelighet, som er de fremtredende hensynene som står mot hverandre i en slik situasjon, må tolkningsresultatet ha et minimum av forankring og dekning i ordlyden. Med dette ivaretas et kvalifisert minimum av forutberegnelighet.²²

²¹ Se HR-2020-2019-A avsnitt 16 med henvisninger.

²² Ibid avsnitt 17.

3 Om negative tilstandsendringer – Konsekvensene av disposisjonen.

3.1 Handlemåtene i bokstavene a-d må føre til en negativ tilstandsendring for «fordringshaverne»

Fordringshaver viser til en eller flere som har et formueskrav mot skyldneren. Begrepet skiller ikke mellom en usikret kravshaver og en pantesikret kravshaver. I forarbeidene gjøres det klart at det er «kreditorfellesskapet» det siktes til, altså de dividendeberettigede under konkurs.²³ Det er imidlertid ikke et krav om at hver enkelt fordringshaver rammes.²⁴

De dividendeberettigede kreditorene er kravshaverne som kjennetegnes ved at de ikke har sikkerhet for kravet sitt, og med det får dekning iht. dekl. § 9-6. Altså dividendefordringer, jf. dekl. § 6-2. Fordringshavere som har skaffet seg sikkerhet for kravet sitt er dermed i utgangspunktet ikke vernet. Dette er også naturlig, i og med at denne fordringshaverens interesser er vernet gjennom sikkerhetsstillelsen. En disposisjon kan likevel medføre at sikringsobjektet helt eller delvis ikke lenger gir sikkerhet. I et slikt tilfelle vil også en sikret fordringshaver falle inn under gruppen av dividendeberettigede, dermed også vilkåret «fordringshaverne». Dividendefordringen vil da tilsvare det tapet som oppstår som følge av at sikkerheten som tidligere forelå, ikke lenger kan tjene til dekning.²⁵

Et særlig spørsmål er om den siste fordringshaveren som inngår i kreditorfellesskapet også inngår i den vernede gruppen, «fordringshaverne». Med den siste fordringshaveren menes den som erverver en fordring som medfører at skyldner er satt i en posisjon hvor kreditorfellesskapet påføres tap. Ordlyden kan leses på to måter. En måte å lese den på er at også den siste fordringshaveren er vernet, fordi også denne er en «fordringshaver (...)» som, på lik linje med de andre, til sist får redusert sitt dividendekrav.

²³ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 73 og s. 61.

²⁴ Ibid s. 72

²⁵ Ibid s. 24

Ordlyden kan også leses slik at den verner en alt eksisterende krets, altså de eksisterende «fordringshaverne» fra før strl. § 401-disposisjonen ble foretatt. Fordringshaveren som er medkontrahent i, og dermed tilkommer gjennom en slik økonomisk disposisjon, er følgelig ikke vernet. Det første tolkningsalternativet fremstår imidlertid som noe mer nærliggende utfra semantikken i bestemmelsen. Dette fordi også fordringshaveren som inngår i den kreditorskadelige disposisjonen, samt etterfølgende fordringshavere, til syvende og sist blir «fordringshavere» som lider «betydelig tap».

Problematikken løftes i forarbeidene på denne måten:

«Formuleringen av lovteksten og sammenhengen med de øvrige straffebudene i kapitlet tilsier at det er kreditorfellesskapets dekningsmuligheter som må bli forringet, dvs. de dividendeberettigede kreditorene, jf. Andreassen, *Forbrytelser mot kreditorene* s. 289-290, hvor det imidlertid påvises en viss uenighet med tradisjonell teori også på dette punkt».²⁶

Det er altså Andreassens syn på de nevnte sidene som tilsynelatende legges til grunn, men med et slags forbehold knyttet til en «en viss uenighet». Dette tyder på at det ikke er meningen å avklare uenigheten som kan påvises mellom Andreassens syn og «tradisjonell teori». Det som her menes med «tradisjonell teori» er Gjengedal og Andenæs sin oppfatning av at det er de «gamle kreditorene» som er vernet, altså tolkningsalternativet som verner en alt eksisterende krets.²⁷ Andreassen mener at den vernede kretsen, «fordringshaverne», må samsvare med de dividendeberettigede kreditorene i en tenkt konkurs. Følgelig at også fordringshaveren som tilkommer ved den uforsvarlige økonomiske disposisjonen, samt også etterfølgende fordringshavere, er vernet. Det tapet de påføres skal tas i betraktning i vurderingen av om «betydelig tap» er påført «fordringshaverne».²⁸

Tross uklarhetene knyttet til de ovennevnte standpunktene, begrunnes dette standpunktet som er inntatt i forarbeidene, i ordlyden og sammenhengen med forståelsen av begrepet i strl. kap. 31 ellers. Altså, systemhensyn. Dette vitner om at spørsmålet er sett og avveid, slik at forarbeidene bør tas til inntekt for at både fordringshavere som tilkommer gjennom strl. § 401-disposisjonen, og fordringshavere som tilkommer senere, inngår i kretsen av «fordringshavere».

²⁶ Ibid s. 61.

²⁷ Se Andenæs (1996) s. 166–167 og Gjengedal (1995) s. 778.

²⁸ Andreassen (2000) s. 289–290.

Synspunktet som er inntatt i forarbeidene er altså i tråd med Andreassen sitt. Andreassen hevder, i tillegg til de argumentene som fremføres i forarbeidene, at en regel der kun de gamle kreditorene er vernet kan gi tilfeldige utslag. Videre, at omstøtelsesreglene vil gjøre avgrensningen mot den siste fordringshaveren økonomisk virkningsløs, i tillegg til at skyldner likevel ville risikere straffeansvar for kreditorbegunstigelse, og at bevissituasjonen vil kompliseres.²⁹

Andenæs underbygger sitt standpunkt i ordlyden, samt at den siste disposisjonen blir fanget opp av Straffeloven av 1902 §§ 270, 271 a og § 294 nr. 1.³⁰ Bestemmelsene det vises til svarer til någjeldende bestemmelser om bedrageri, jf. strl. § 371 og § 374 og forledelse til formuestap, jf. strl. § 354.

Til støtte for tolkningen Andenæs forfekter, altså at den siste kreditoren ikke er vernet av strl. § 401, kan det fremheves at den fordringshaveren som tilkommer ved den kreditorskadelige disposisjonen, og for så vidt fordringshavere som tilkommer etter denne, faktisk har en mulighet til stille vilkår for kreditten. De har f.eks. mulighet til å gjøre seg kjent med skyldners økonomi, og øvrige relevante forhold. Dette gjør at de kan ta en informert beslutning på om de ønsker å yte kreditt. De alt eksisterende fordringshaverne er prisgitt skyldnerens disposisjoner, slik at deres posisjon er mer utsatt. Dermed kan man si at den siste disposisjonen er mindre beskyttelsesverdig i to henseende. For det første skaper slike disposisjoner større risiko ved kredittytelse, noe som er kreditthemmende. For det andre er den alt eksisterende fordringshaverkretsen i en avhengighetsposisjon til skyldner. Disse synspunktene gjør seg imidlertid ikke gjeldende i tilfeller der etterfølgende fordringshavere havner i en posisjon av ufrivillig kreditt.

Et motargument til synspunktet over kan utledes av strl. § 410 (2) om fordringshavers medvirkning til kreditorskadelig adferd. Det kreves «utilbørlige midler» fra fordringshaver for at denne skal anses å ha medvirket. Dette er uavhengig av om hen kjenner til at en disposisjon som hen krever eller mottar vil innebære straffeskyld for skyldner etter bla. strl. § 401, jf. brukt (...) midler». Dette vitner om at lovgiver ønsker at fordringshavere skal slippe å ta hensyn til kreditorfellesskapet, men heller ha adgang til å handle i egen interesse innfor rammene av ellers akseptert fordringshaveradferd. I lys av dette kan det hevdes at det strider mot systematikken i strl. kap. 31 at kunnskap om at disposisjonen er en strl. § 401-disposisjon, evt. kunnskap om

²⁹ Se nærmere om argumentasjonen i Andreassen (2000) s. 89–90 med henvisninger.

³⁰ Andenæs (1996) s. 166–167 og Gjengedal (1995) s. 778.

risiko for dette, skal gå i den siste fordringshavers disfavør. Disfavør i form av at hen ikke er vernet på like linje med de tidligere fordringshaverne. Følger man dette resonnementet videre, synes det som at det strafferettslige vernet i det minste bør bestå der den siste fordringshaveren ikke visste at en skyldners disposisjon ovenfor hen ville kunne føre til tap for fordringshaverfelleskapet. Legger man til grunn at det ikke er brukt «utilbørlige midler», er situasjonen at medkontrahtenten ikke engang har vært klar over at hen har satt sine egne interesser først.

Tross resonnementene knyttet til Andenæs' og Gjengedals syn, synes de beste grunnene å trekke i retning av at «fordringshaverne» må tolkes fullt ut i tråd med konkursrettens definisjon av dividendeberettigede. Det er særlig at Ot.prp.nr.37 viser til Andreassens syn som gjør dette utsalget. Resultatet blir da at fordringshaveren som tilkommer ved den uforsvarlige økonomiske disposisjonen, samt etterfølgende fordringshavere, omfattes.

3.2 Sammenhengen mellom negativ tilstandsending og forutgående handlemåte – vilkårene «påfører(...) ved»

Skyldneren må «påføre (...)» fordringshavere betydelig tap «ved» en av de forutgående handlemåtene. Det må altså være årsakssammenheng mellom skyldnerens handlemåte og skaden, det «betydelig[e] tap[et]» som fordringshaverne blir påført. Kravet til årsakssammenheng i strafferetten har vært formulert noe forskjellig i rettspraksis, og har vært gjenstand for diskusjon i juridisk teori. Det er imidlertid bred enighet om at det må foreligge en fysisk eller psykisk handling eller unnlattelse. Denne må virke inn i en årsakskjede. Årsakskjeden må lede ubrutt frem til skaden, innenfor et adekvat hendelsesforløp. Er disse forholdene til stede, er det tilstrekkelig at handlingen eller unnlattelsen er en medvirkende årsaksfaktor i hendelsesforløpet, frem mot at skaden materialiserer seg.³¹ Handlinger eller unnlattelser som foretas etter at skadevirkningen har inntrådt, er ikke relevantefaktorer i

³¹ F.eks. Gröning/Husabø/Jacobsen (2019) s.165 flg. Til forskjell fra bla. Andenæs, Alminnelig strafferett (2016) s. 126 som holder ved betingelseslæren.

hendelsesforløpet. Heller ikke dersom de forverrer skaden, her tapet.³² I forlengelsen av dette må det etableres et startpunkt og et endepunkt for hendelsesforløpet. Dette for å kunne ta stilling til hvilke årsaksfaktorer som er relevante, og hvilke som ikke kan regnes som medvirkende årsaksfaktorer. Det må tas utgangspunkt i en handling eller unnlattelse som iht. risikoen for skadevirkning fremstår som strafferettslig uakseptabel, og som det er naturlig utfra en tanke om årsak og virkning, å holde som utgangspunktet i årsakskjeden. Den negative tilstandsendringen, i dette tilfellet, «betydelig tap», markerer endepunktet for hendelsesforløpet.³³

Lovens formulering som uttrykk for årsakssammenheng før revisjonen i 2004 var «med den følge» at fordringshaverne ble påført «tap». Formuleringen ble tatt til inntekt for at det kun måtte påvises uaktsomhet med hensyn til at fordringshavere ble påført tap. I NOU 1999:23s. 84 fremkommer dette slik:

«Når det gjelder tapsfølgen, er det tilstrekkelig at den er forutsigelig, jf § 43 som må antas å kunne anvendes analogisk».

Uttalelsen har støtte i juridisk teori fra før revisjonen i 2004.³⁴ Straffeloven av 1902 § 43 tilsvarte någjeldende strl. § 24 på dette punktet.³⁵ Av denne fremkommer det at «En uforsettlig følge inngår i vurderingen av om et lovbrudd er grovt dersom lovbryteren har opptrådt uaktsomt med hensyn til følgen».

Strl. § 401 krever, som vist over, at den forutgående handlingen må «påføre(...)» fordringshaverne betydelig tap «ved» tilsynelatende minst «grovt uaktsom[het]». Dagens utforming av strl. § 401 stenger for en analogi fra strl. § 24, slik at uaktsomhet ikke kan være tilstrekkelig skyld med hensyn til fordringshavernes tap som virkning. Det er den klare fremhevingen av grovt uaktsomhet og sammenhengen mellom denne formuleringen og formuleringen «påfører» som iht. lovskravet utelukker denne analogien³⁶ Altså, skyldgraden knyttet til årsakssammenhengen mellom den forutgående handlemåten og virkningen, i form av «betydelig tap» for fordringshaverne, må etter strl. § 401 være minst grovt uaktsomhet.

³² Se f.eks. Hr-2017-114-U.

³³ Gröning/Husabø/Jacobsen (2019) s. 170–171

³⁴ Se bla. Andenæs (1996) s. 166-167 og Gjengedal (1995) s. 778.

³⁵ Se imidlertid Ot. prp.nr. 90 (2003-2004) s. 427–428.

³⁶ I samme retning, kommisjon i NOU 2002:4 s. 388

3.3 Den overordnede negative tilstandsendingen – «betydelig tap»

Ved lovrevisjonen i 2004 ble vilkåret «tap» erstattet med «betydelig tap». Videre ble vilkårene på virkningssiden om at «formuesstillingen forverres» og at vågelig foretagende måtte stå «i misforhold til hans økonomiske stilling» fjernet. Begrunnelsen for dette var at vilkårene ville ha begrenset betydning ved siden av kravet om «betydelig tap» for fordringshaverne.³⁷ Meningen var antakelig å forenkle bestemmelsen,³⁸ og å samle begrepsbruken i strl. kap.31. Begrepet «betydelig» brukes flere steder i kapittelet.³⁹ I det videre skal det redegjøres for hva «betydelig tap» egentlig innebærer.

Ordlyden tilsier at det må dreie seg om en kvalifisert høy reduksjon av den dekning som fordringshaverne ville fått. Dette må lede til en negativ økonomisk konsekvens med en viss praktisk følbart virkning. Formuleringen «tap» sammen med «påfører» krever, som vist over, at reduksjonen i fordringshavernes dekning faktisk materialiserer seg. «Betydelig tap» er for øvrig en så vag formulering at det vanskelig kan utledes stort mer enn at det må foretas en konkret vurdering av omstendighetene i hvert tilfelle.

Da dette vilkåret ble inntatt i bestemmelsen, ble det uttalt i Ot.prp.nr 37 kap. 21.1 s. 72 at:

«Det må foretas en konkret vurdering av om tapet er «betydelig». Herunder må det legges vekt på hvor stor forholdsmessig reduksjon av fordringshavernes dekning disposisjonen har medført. Hvor stort det samlede tapet for fordringshaverne er beløpsmessig, er også av betydning. Ved vurderingen vil momentene som det etter gjeldende rett har vært lagt vekt på ved vurderingen av vilkåret «betydelig» i gjeldende § 281 første ledd, § 283 a annet ledd, § 284 og § 285 annet ledd, fortsatt være relevante».

Uttalelsen bidrar i stor grad til å befeste elementer i rettsstilstanden som tidligere har vært noe usikre. Usikkerheten har knyttet seg til betydningen av den nominelle verdien av tapet, men også forholdet mellom betydningen av de to momentene som fremheves i forarbeidene ovenfor.

Det gis nå anvisning på at vurderingen må ta utgangspunkt i dekningsreduksjonens størrelse, i forhold til den dekningsadgangen fordringshaverne ville hatt dersom disposisjonen var tenkt

³⁷ Se Inst.O.nr.73 s. 10. og Ot.prp.nr. 37 s. 73.

³⁸ Forenkling var et sentralt formål med revisjonen. Se ot.prp.nr.37 s. 12

³⁹ Se bla. strl. § 402, § 405, § 407 og § 409.

borte. I annen rekke kommer den nominelle verdien av tapet, altså den beløpsmessige reduksjonen i fordringshavernes dekning.

At det i forarbeidene vises til det «samlede tapet», bidrar til å stadfeste at flere forutgående handlemåter kan kumuleres. Disse kan da samlet lede til et «betydelig tap». Ellers vises det til at andre momenter fra høyesterettspraksis og juridisk teori kan inngå i vurderingen. Henvisningen retter seg mot rettspraksis knyttet til de oppramsede bestemmelsene slik de var formulert før lovrevisjonen i 2004. Uttalelsen vitner ellers om at «betydelig» skal forstås på samme måte i bestemmelsene i strl. kap. 31. Følgelig at rettspraksis både fra tidligere og fremover i tid, som knytter seg til vilkåret «betydelig», også i andre bestemmelser i strl. kap. 31 enn strl. § 401, er fullt ut relevant for tolkningen av «betydelig» i nåværende strl. § 401.⁴⁰

En gjennomgang av denne praksisen fra Høyesterett viser at de to momentene som trekkes frem i forarbeidene er sentrale for vurderingen.⁴¹ I utgangspunktet vil skyldners forholdsmessige reduksjon av bomassen trekkes frem som det mest tungtveiende momentet i vurderingen, i tråd med forarbeidsuttalelsen over. Dersom denne er stor nok, vil dette trekke kraftig i retning av at det dreier seg om et «betydelig tap». I de tilfellene der den forholdsmessige reduksjonen ikke anses å være så stor, ned mot 10% av bomassen, får den nominelle verdien av tapet større betydning. Det er for øvrig ikke helt klart hvor den nedre nominelle grensen går, men høyesterettspraksis vitner om at 100 000kr kan være en rettesnor. Inflasjonsjustert utgjør dette ca. 130 000kr i dag.⁴² Et viktig poeng å ta med seg i denne sammenhengen, er at dette markerer et minimum av hvilken størrelse gjelden må være på for at strl. § 401 skal være aktuell.

Andreassen hevder for øvrig at reduksjonen i nominell verdi ikke i seg selv kan begrunne straffeansvar. Ergo må det foreligge et visst minimum av forholdsmessig reduksjon.⁴³ Standpunktet er ukontroversielt med henblikk på rettspraksis og juridisk teori både før og siden, men det er verdt å merke seg at ordlyden «betydelig tap» også åpner for straff utelukkende basert på tapets nominelle verdi.

⁴⁰ Se Magnus Matningsdal, Norsk Lovkommentar: Straffeloven note 2473, Rettsdata.no (lest. 24.10.2020)

⁴¹ Se. Rt. 1907 s. 119, Rt. 1961 s.1190, Rt. 1968 s. 1325, Rt. 1982 s. 1277, Rt. 1985 s. 779, Rt. 1987 s. 526, Rt. 1992 s. 434 og Rt. 1994 s. 316. Fra og med Rt. 1982. s. 1277 gjøres et skifte hvor vurderingene anlegges bredere. Dette medfører blant annet at reduksjonen i nominell verdi blir et mer og mer sentralt moment i vurderingen av om reduksjonen skal anses «betydelig».

⁴² Se Andreassen (2000) s. 276 og Husabø/Jacobsen/Grønning/Strandbakken (2020) s. 255 med henvisninger; om hvordan prisstigning tas i betraktning til justering av eldre beløpstærskler.

⁴³ Se Andreassen (2000) s. 276.

I grensetilfeller bør det imidlertid kunne legges vekt på blant annet skyldgrad, i hvilken grad disposisjonen fremstår som kommersielt motivert,⁴⁴ hvilken omrokering disposisjonen medfører iht. prioritetsreglene i dekningsloven, mv.⁴⁵

3.4 Om insolvens som negativ tilstandsendring

3.4.1 Overordnet

Det kan ikke leses som et vilkår for straffeansvar etter strl. § 401 at skyldner må bli, være eller stå i kvalifisert fare for insolvens. Det kan likevel umiddelbart være vanskelig å se for seg hvordan en skylder kan påføre fordringshaverne «betydelig tap» uten at insolvens er en direkte virkning av den forutgående handlemåten, sett hen til kravet om årsakssammenheng mellom den forutgående handlemåten og tapet. Om man kunne konstatere at insolvens hos skyldner var en nødvendig betingelse for at fordringshaverne skulle være påført betydelig tap, ville dette kunne utgjøre en forenklende rettesnor i et ellers typisk komplisert bevisbilde.⁴⁶

I det videre vil det undersøkes nærmere om insolvens som direkte virkning av de forutgående handlemåtene er en nødvendig forutsetning for at straffeansvar etter strl. § 401 skal bli aktuelt. Spørsmålet har vært diskutert i juridisk teori og er berørt i forarbeidene knyttet til lovrevisjonen i 2004. Før det ses nærmere på dette spørsmålet må det kastes et blikk på hva insolvens i alminnelighet innebærer, og hva det vil innebære i strl. § 401 sin kontekst.

3.4.2 Kort om hva som menes med insolvens

Insolvens er hovedvilkåret for konkursåpning, jf. kkl. § 61. Konkursloven § 61 inneholder også vilkårene for insolvens. Det heter at «Skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, med mindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående. Insolvens foreligger likevel ikke når skyldnerens eiendeler og inntekter til sammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser, selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene».

⁴⁴ Se Ot.prp.nr.37(2003-2004) s. 73. Også Inst.O.nr.73 s. 4, komiteens merknader knyttet til blandet skyldkrav om betydningen av at disposisjonen fremstår illojal.

⁴⁵ Se Andreassen (2000) s. 276.

⁴⁶ Se Ot.prp.nr. 3 (2003-2004) s. 12 om denne problematikken.

Betalingsudyktigheten betegnes ofte som illikviditet. Man er likevel ikke illikvid dersom betalingsudyktigheten er «forbigående». Hva som er «forbigående» vurderes konkret på bakgrunn av skyldners økonomiske utsikter. Nøyaktig hvilken tidshorison det siktes til er ikke klart. Det kan vises til diskusjoner i Stortingets justiskomiteé knyttet til hva som anses som forbigående betalingsudyktighet. Flertallet mente det at skulle dreie seg om dager og uker, mens mindretallet hevdet at det også kunne dreie seg om «noen måneder».⁴⁷

Insolvens foreligger «likevel ikke» dersom det ikke foreligger underbalanse, også kalt insuffisiens. Lovens formulering er at «skyldnerens eiendeler og inntekter til sammen antas å kunne gi full dekning». Grunnen til dette er at, på tross av at det kan foreligge betalingsmislighold, eller at skyldner ikke har en varig og stabil oppfyllelsesevne, vil fordringshaverne være minst like godt hjulpet ved enkeltforfølgning i et slikt tilfelle.⁴⁸

Det er altså en oversikt over den samlede likviditeten og suffisiensen som er gjenstand for vurdering ved undersøkelse av om insolvens foreligger.⁴⁹

I forarbeidene kan man finne en diskusjon rundt hvorvidt insolvensbegrepet kan forstås på samme måte iht. strl. kap 31 som i kkl. § 61.⁵⁰ Her må man imidlertid merke seg at diskusjonene dreier seg om forståelsen av «insolvens» der dette faktisk er et uttrykt vilkår i lovteksten i strl. kap 31. Dette gjelder ikke for strl. § 401, og man må dermed forholde seg til insolvensbegrepet iht. kkl. § 61 i kontekst av strl. § 401.

3.4.3 Om insolvens som nødvendig virkning for straffeansvar etter strl. § 401.

Med det bakteppet som fremkommer i pkt. 3.4.1 og 3.4.2. kan det vurderes om insolvens må være en nødvendig virkning av en forutgående handlemåte for at man skal kunne si at fordringshaverne «ved» handlingen er «påfør[t]» «betydelig tap».

Ordlyden krever, som sagt, ikke at skyldner i det minste blir insolvent ved disposisjonen. I Ot.prp.nr. 37 uttales det at:

⁴⁷ Se Håvard Wiker, Norsk Lovkommentar: Konkursloven note 64, Rettsdata.no (lest.19.04.2021) og Innst. O. nr. 56 (1983-1984) s. 15–16.

⁴⁸ «varig og stabil» evne til oppfyllelse er en formulering hentet fra Rt.1997 s. 698.

⁴⁹ For en noe mer utfyllende fremstilling av insolvensbegrepet iht. oppgavens formål, vises det til ot.prp. nr. 37 (2003-2004) s. 19.

⁵⁰ Ot.prp.nr. 37 (2003-2004) s. 20

«(...) at også en forbigående betalingsudyktighet kan påføre fordringshaverne tap, uten at dette er tilstrekkelig til å konstatere insolvens, jf punkt 6.1 foran».⁵¹

På side 64 uttales også:

«Etter departementets oppfatning er det rimelig å innsnevre bestemmelsen til bare å gjelde i de tilfellene hvor fordringshavernes tap har vært betydelig, slik Straffelovrådet har foreslått. En annen sak er at dette nærmest vil være ensbetydende med et krav om fremtidig insolvens: Insolvensen må riktignok ikke nødvendigvis inntreffe i direkte tilknytning til disposisjonen, men vil vanligvis være en mer avledet følge, slik situasjonen for eksempel vil være ved manglende forsikringsdekning».

Inst.O.nr.73 (2003-2004) s. 10 uttaler departementet at:

«Rådet synes forutsetningsvis å legge til grunn at dette ikke nødvendiggjør at skyldneren blir insolvent som følge av handlingen».

Forarbeidene synes dermed, totalt sett, å helle mot at insolvens som direkte utslag av de forutgående handlemåtene, ikke er en absolutt forutsetning for at fordringshaverne skal lide et «betydelig tap». Departementets uttalelse om at straffelovrådets slutning synes «forutsetningsvis», skaper likevel et inntrykk av at spørsmålet ikke er særlig nøye vurdert. Forarbeidene gir ikke et klart svar.

Standpunktene som kommer til uttrykk i proposisjonen over virker å lene seg på Andenæs sitt synspunkt. Andenæs, tilsynelatende videreført i Andenæs/Andersen, i etterkant av lovrevisjonen i 2004, hevder at straffeansvar kan inntre dersom en forutgående handlemåte svekker økonomien betraktelig, før en tilfeldig følge skaper insolvens. Tanken var at en uforsettlig følge, etter analogi fra Straffeloven av 1902 § 43, kunne medføre at «betydelig tap» inntrådte, og straffeansvar ettl. § 401 ble aktuelt.⁵²

Innvendinger til dette synspunktet kan være at skyldkravet i ettl. § 401, «grov uaktsomhet», også gjør seg gjeldende knyttet til den etterfølgende omstendigheten som til slutt utløser det betydelige tapet. Dermed er ikke en analogi fra bestemmelsen som tilsvarende Straffeloven av 1902 § 43, ettl. § 24, relevant. Eksempelet kan imidlertid tenkes videreført med det forbehold at grov uaktsomhet også dekker den etterfølgende omstendigheten. Igjen står man da med et

⁵¹ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 62

⁵² Se Andenæs/Andersen (2008) s. 454 og Andenæs sitt eksempel fra 1996 gjengitt i ot.prp.nr.37 s. 61

spørsmål om hvorvidt strl. § 401 sitt krav til årsakssammenheng tillater at en etterfølgende omstendighet tas i betraktning i forholdet mellom den forutgående handlemåten og «betydelig tap».

Her kommer Andreassen sitt syn inn, og dette er også fremstilt i forarbeidene. Han hevder utfra en oppfatning om at «tap» for fordringshaverne kun kan inntre fra og med insolvens, at en etterfølgende omstendighet, som i Andenæs sitt eksempel, ikke vil oppfylle kravet til årsakssammenheng. Dette uavhengig av om man krever «uaktsomhet» eller «grov uaktsomhet» mht. tapsfølgen. Han føyer til at ethvert tap i tilfelle kunne vært sett i sammenheng med en tidligere uforsvarlig disposisjon.

Utfra synspunktene over blir spørsmålet om kravet til årsakssammenheng i strl. § 401 mellom de forutgående handlemåtene og tapet kan være oppfylt dersom en slik handling leder til en formuessvekkelse, og en etterfølgende omstendighet gir utslag i insolvens.⁵³ Om så, kan straffeansvar være aktuelt også i tilfeller der insolvens ikke inntre i direkte sammenheng med en av de forutgående handlemåtene.

I pkt. 3.2. så vi på kravet til årsakssammenheng generelt, og iht i strl. § 401. Det kan konstateres at de forutgående handlemåtene faktisk kan virke med til insolvens som utslag av en uakseptabel risiko. Videre kan insolvens være en adekvat og påregnelig følge av slike handlinger. Det skal generelt mye til for at utviklingen skal regnes som inadekvat,⁵⁴ og insolvens er ikke på generelt grunnlag en fjern faktisk virkning av en forutgående handlemåte. Dermed er det spørsmålet om handlingskompleksets endepunkt som er mest interessant i denne sammenhengen.⁵⁵

Årsaksrekkens endepunkt markeres ved at skadefølgen som gjerningsbeskrivelsen angir har inntruffet. Gjerningsbeskrivelsen må dermed tolkes for å fastlegge hva den aktuelle skadefølgen innebærer, og når den anses inntruffet.⁵⁶

Iht. strl. § 401 er dette når «betydelig tap» er «påført» fordringshaverne. Det er da mest nærliggende å holde tidspunktet for når «betydelig tap» for fordringshaverne er definitivt som endepunkt for de forutgående handlemåtenes betydning i hendelsesforløpet. Hva som ligger i

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Gröning/Husabø/Jacobsen (2019) s. 173–174.

⁵⁵ Se i sammenheng med pkt. 3.2.

⁵⁶ Gröning/Husabø/Jacobsen (2019) s. 171.

«betydelig tap» er alt redegjort for i pkt. 3.3, men når kan vi si at dette definitivt har inntrådt for fordringshaverne?

Ordlyden gir liten veiledning her, utover at formuleringen «tap» medfører at muligheten for dekning gjennom erstatningskrav synes irrelevant. Økonomisk tap anses inntrådt, selv om det er aldri så klart at skadevolder, misligholdene part mv., er erstatningsansvarlig. Motsatt, vil erstatningsansvar for skyldner klart nok kunne lede til «betydelig tap». Forarbeidene vitner om at straffelovrådet var klar over problematikken, men likevel valgte å foreslå krav om «betydelig tap». Det ble uttalt:

«Et tapsvilkår vil reise vanskelige spørsmål om årsakssammenheng, både av faktisk og rettslig art, og at handlingen uansett vil være straffverdig slik situasjonen fremtrer på gjerningstidspunktet».⁵⁷

Videre:

«Tapsvilkåret foreslås beholdt i § 285 første ledd, og endret til et krav om betydelig tap, jf utredningen s. 35. Hovedbegrunnelsen for dette er at det ikke oppstilles noe insolvensvilkår i § 285, og at straffansvaret for vågelig foretagende mv. da ikke bør inntre med mindre tapsrisikoen realiserer seg».⁵⁸

En måte å se det på kan være at «betydelig tap» må anses inntrådt når boet er sluttet, jf. kkl. § 128. På dette tidspunktet er boet fordelt, og det blir definitivt om fordringshaverne står med udekte krav eller ikke. Man kan se det slik at det blir offisielt og rettskraftig fastslått at skyldner ikke har «klart» å dekke fordringshaverne. Et problem med dette utgangspunktet er f.eks. at det kan komme midler til etterlodding, jf. kkl. §129. Man kan likevel se det slik at tapsrisikoen realiserte seg ved boslutningen, slik at etterloddingsmidlene kun er å anse som etterfølgende reparasjon uten betydning for skadens inntreden.

Dersom årsaksfaktorer helt frem til slutning av boet er relevant, blir det klart at kravet til årsakssammenheng ikke stenger for straffeansvar der «betydelig tap» inntre i etterkant av at en forutgående handlemåte har fått sitt direkte resultat.

Vi så også over at det i Ot.prp. nr. 37 var foreslått at forbigående betalingsudyktighet kunne lede til «betydelig tap» for fordringshaverne. Siden tapet må anses inntrådt uavhengig av om

⁵⁷ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 26-27

⁵⁸ Ibid.

det motsvares i erstatningsansvar, synes et slikt standpunkt for så vidt å passe med ordlyden. Likevel, sett i sammenheng med at uttalelsene om at straffeansvar ikke bør inntre med mindre «tapsrisikoen realiserer seg»,⁵⁹ tilsier de beste grunnene at disse tilfellene ikke leder til straffeansvar etter strl. § 401. Denne betraktningen forutsetter at materialiseringstidspunktet er iht. kkl. § 128, som vist over. Dersom man ikke ser det på denne måten, vil muligheten for at forbigående betalingsudyktighet kan utløse straffeansvar være en faktor som kan rokke ved hensiktsmessigheten av å legge tidspunktet i kkl. § 128 til grunn som årsaksrekkens endepunkt. Dette fordi endepunktet med dette gjøres mindre definitivt.

Iht. diskusjonen over synes svaret å være at det ikke er nødvendig at insolvens er en direkte virkning av den forutgående handlemåten for at straffeansvar etter strl. § 401 skal være aktuelt. Dette betyr at skyldner kan handle på en måte som ellers oppfyller vilkårene i strl. § 401, sett bort fra at «betydelig tap» inntreer som direkte følge. Dersom en etterfølgende omstendighet da gjør at «betydelig tap» inntreer, kan det betydelige tapet også ses i sammenheng med disposisjonen som ellers oppfyller vilkårene i strl. § 401, og straffeansvar inntreer. Det er likevel verdt å nevne at skyldkravet, «grov uaktsomhet», naturligvis gjør at det må være nær sammenheng mellom den forutgående handlemåten og den etterfølgende omstendigheten som leder til tap, for at virkningen skal være dekket av gjerningspersonens skyld.⁶⁰

⁵⁹ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 26-27

⁶⁰ Sel Matningsdal, Norsk lovkommentar (2017) s. 1077, hvor det hevdes at det er «vanskelig å tenke seg» at skyldkravet kan være oppfylt der en etterfølgende omstendighet skal føre til «betydelig tap».

4 Om de alternative forutgående handlemåtene i bokstavene a til d, og rekkevidden av disse

4.1 Om paragrafoverskriftens betydning for tolkningen av de forutgående handlemåtene.

Paragrafoverskriften kan være av betydning for den språklige fortolkningen av en straffebestemmelse.⁶¹ Særlig knyttet til straffebestemmelser, er det gode grunner som tilsier at paragrafoverskriftens bidrag til ordlydstolkningen bør tillegges vekt. Særlig dersom dens bidrag trekker i motsatt retning av straffeansvar, fordi den inngår som en del av den vedtatte og umiddelbart synlige lovteksten. Dette har sammenheng med den friheten som lovskravet er ment til å verne om for de mulige ansvarssubjektene. Av samme grunn bør det utvises stor forsiktighet med å la paragrafoverskriften lede til at den naturlige forståelsen av enkeltord i lovteksten legges på strekk i retning av domfellelse.⁶² Man kan si at bruken av paragrafoverskriften som tolkningsbidrag generelt har en større betydning i retning av en innskrenkende tolkning, enn i utvidende tolkning.

I paragrafoverskriften til strl. § 401 er det særlig uttrykksmåten «økonomiske disposisjoner» som, selv om begrepsbruken er heller vag, kan bidra til en viss avgrensning knyttet til de forutgående handlemåtene. Rent språklig kan det sluttet at handlingen eller unnlåtelsen i en viss forstand må knytte seg til økonomisk forvaltning. Dette innebærer f.eks. en avgrensning mot straffeansvar for mange varianter av erstatningsbetingende opptredener. Hva gjelder rekkevidden av denne avgrensningen, tyder forarbeidene på at det ikke må dreie seg om rene transaksjoner med medkontrahenter. Det eksemplifiseres med «igangsetting av underkapitalisert forretningsvirksomhet gjennom aksjeselskaper».⁶³ Eksempelet viser altså at

⁶¹ I Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 64 forutsetter straffelovkommisjonen at paragrafoverskriften kan gi tolkningsbidrag.

⁶² Gröning/Husabø/Jacobsen (2019) s. 123.

⁶³ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 73

det kan dreie seg om kapitalinnskuddet ved en bedrifts oppstart, noe som vitner om «økonomiske disposisjoner» må forstås ganske vidt.

Et poeng knyttet til avgrensningene paragrafoverskriften oppstiller, er at de nok sjeldent vil komme på spissen. Grunnen til det er at det kreves grov uaktsomhet med hensyn til at fordringshaverne påføres «betydelig tap», som vi har sett. Dersom en handling eller unnløstelse har et svakt økonomisk tilsnitt, vil også betydelig økonomisk tap for fordringshaverne generelt være en mindre plausibel virkning.

Hva gjelder formuleringen «uforsvarlige», har også denne delen av paragrafoverskriften en viss selvstendig betydning. Den danner en overordnet strafferettslig karakteristikk som må passe til handlingen, for at den skal være rettstridig og straffbar. På den måten dannes en overordnet innramming av karakteristikkene som kommer frem i de relevante forutgående handlemåtene. Det siktes til formuleringene «risikopreget», «uordentlig», «lettsindig» og «overdrevent».

4.2 «Lettsindig adferd», herunder «risikopreget aktivitet» og «pengespill»

4.2.1 Overordnet om bokstavene a og b, kort om «pengespill»

Strl. § 401 bokstavene a og b omfatter tapsbringende handlinger i form av «pengespill eller annen risikopreget aktivitet», eller «annen lettsindig adferd». Bruken av ordet «annen» mellom alternativene vitner om at «lettsindig adferd» skal favne om «pengespill» og «risikopreget aktivitet», i tillegg til å favne videre. I det følgende skal det ses på hva som menes med «risikopreget aktivitet», deretter «lettsindig adferd». Først noen ord om vilkåret «pengespill».

«Pengespill» omfatter tilsynelatende risikopregede disposisjoner hvor penger satses på et mer eller mindre tilfeldig resultat, for mulig gevinst. Sammenhengen i bokstav a mellom «pengespill» og «risikopreget aktivitet» tilsier at pengespillet må være kvalifisert «risikopreget», jf. «annen». Hensynet til privat autonomi, altså at skyldner skal kunne disponere slik hen finner det fornuftig, tilsier at risikoen må være uakseptabel. Dersom skyldneren f.eks. skulle komme over et spill med utrolig gunstige odds, tilsier gode grunner at skyldneren ikke

skal risikere straff dersom hen spiller.⁶⁴ Et slikt scenario virker imidlertid svært upraktisk, og man må, i lys av ordlydens klart omfatter tilfellet, forutsette at oddsen f.eks. er satt fryktelig galt.

Pengespilloven vil kunne gi veiledning knyttet til hva vilkåret omfatter, siden brudd på bestemmelsene i loven er straffbart, jf. spill § 16, og begrepet «pengespill» er sentralt i loven. Pengespilloven regulerer ikke uttømmende hva «pengespill» omfatter, men lovens virkeområde er angitt i pengespilloven § 1:

- a) pengespill i forbindelse med idrettskonkurranser og andre konkurranser, (...)
- b) tallspillet lotto,
- c) lotterispill som avholdes ved bruk av utbetalingsautomater, jf. lov 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier m.v. § 1 første ledd bokstav e, og
- d) andre pengespill som Kongen bestemmer at loven skal gjelde for

Særlig bokstav d, «andre pengespill», gjør det klart at pengespilloven § 1 ikke tar sikte på å regulere statisk og uttømmende hva som kan omfattes av «pengespill». Overført til strl. § 401, blir det klart at det må avgjøres konkret om det dreier seg om «pengespill», og det kan dreie seg om både lovlige og ulovlige spill.

Det kan tenkes disposisjoner som etter sin art grenser til «pengespill», men likevel ikke kan betegnes som dette, fører til «betydelig tap». Et eksempel på gråsoner til pengespill kan være lootbokser i dataspill. Disse kjennetegnes ved at man f.eks. kjøper seg en form for forundringspakke med tilfeldige virtuelle fordeler i spillet.⁶⁵ Dersom aktiviteten i et slikt tilfelle ikke omfattes av «pengespill», vil den likevel i de aller fleste tenkelige tilfeller fanges opp av «risikopreget aktivitet», forutsatt at risikoen er tilstrekkelig markert. Evt. vil «lettsindig adferd» kunne omfatte tilfellet. Det er for øvrig inntatt en liste over eksempler på disposisjoner som er ment til å skulle omfattes av «pengespill» iht. strl. § 401 i Ot.prp.nr.37 s. 60.

⁶⁴ Nærmere om uakseptabel risiko i pkt. 3.2. og 4.2.2.1.

⁶⁵ Se f.eks. drøftelser i Forslag til ny lov om pengespill (høringsnotat) s. 23–24 samt s. 28

4.2.2 «Risikopreget aktivitet»

4.2.2.1 Generelt om «risikopreget aktivitet»

Formuleringen «risikopreget aktivitet» erstattet ved lovrevisjonen i 2004 begrepet «vågelig foretagende», uten at noen realitetsendring var tilsiktet.⁶⁶ Det er klart nok at fordringshaverne må ha et visst vern mot hodeløs risikotakning for at kredittytelse skal være mulig. Hvilken «risiko (...)», og graden som skal til, er imidlertid uklart. Der igjen er det også klart at ikke enhver risiko er uakseptabel, i og med at aktiviteten til en viss grad må ha risiko som et fremtredende aspekt ved seg. Klokere enn dette gjør ikke ordlyden oss, utover at man er henvist til en konkret vurdering, og fokuset synes å rettes mot aktive handlinger.⁶⁷

En umiddelbar uklarhet er om «risikopreget aktivitet» sikter til kvalifiserte typer av aktivitet som kjennetegnes av at de preges av risiko, eller om enhver opptreden som innebærer en risiko, uavhengig av hvilken type aktivitet det er, omfattes.

Den tidligere formuleringen «vågelig foretagende» var nøytral iht. typen aktivitet. Det var tilsynelatende tilstrekkelig at noe man foretok seg, samme hva, kunne anses som kvalifisert risikofylt. Sett i sammenheng med uttalelsen i forarbeidene om at endring neppe har vært tilsiktet, og at ordlyden åpner for begge tolkningsalternativene i lik grad, legges det til grunn at «risikopreget aktivitet» ikke oppstiller noe krav om at typen aktivitet må kjennetegnes av at den er risikofylt.

Lovskravet kunne oppstilt en skranke i denne sammenhengen, dersom man skulle mene at ordlyden klart stilte krav om at typen aktivitet måtte kjennetegnes av at den var risikofylt. Her synes likevel begge tolkningsalternativene å ha god dekning i ordlyden. I tillegg, dersom anvendelsen var låst til typer av aktivitet, ville dette skape et hull i fordringshavernes beskyttelse mot risikopregede disposisjoner. Et hull som ikke nødvendigvis ville fylles av beskyttelsesverdige disposisjoner fra skyldners side. Med «beskyttelsesverdig» siktes det her til disposisjoner som har gode grunner for seg, utfra hensynet til skyldners private autonomi.⁶⁸

Rammene som paragrafoverskriften oppstiller, må også komme i betraktning ved tolkningen. «Aktivitet» må leses som «økonomisk aktivitet». Utover dette må risikoen i det minste være å

⁶⁶ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 73

⁶⁷ Andreassen (2000) s. 304

⁶⁸ Se pkt. 1.1 om privat autonomi.

regne som «uforsvarlig» eller «uakseptabel» iht. den alminnelige læren om rettsstridbetragtninger. Dette undersøkes gjennom nokså alminnelige risikobetraktninger. Risikoens grad eller materialiseringssannsynlighet, mulige skadeomfang og den øvrige konteksten for handlemåten er sentrale momenter i vurderingen.⁶⁹ Under ses det nærmere på hva som skal til for at en risiko er uakseptabel iht. vilkåret «risikopreget aktivitet» i strl. § 401. Herunder hvilke momenter som er relevante i denne sammenheng. Denne anses å sammenfalle med den nedre terskelen for vilkårets anvendelse.

4.2.2.2 Uakseptabel risiko og «risikopreget aktivitet». Den nedre terskelen.

Etter lovrevisjonen i 2004 kan det hevdes at kravet til risikoens omfang er lettere å identifisere. Før denne krevdes kun virkninger i form av at skyldneres «formuesstilling» ble «forverre[t]» og at fordringshaverne ble påført «tap» for at straffeansvar skulle inntre. Nå blir straffeansvar kun aktuelt dersom kreditorene påføres «betydelig tap». Det er dermed nærliggende å se det slik at risikoen har et tilstrekkelig omfang dersom risikoen overstiger terskelen for «betydelig tap» i det konkrete tilfellet. Selv om den nedre terskelen for «betydelig tap» også setter den nedre terskelen for hvilket risikoomfang som er relevant, vil et større mulig tapsomfang generelt innebære at en lavere sannsynlighet for at dette tapet inntre kan aksepteres.

Hva gjelder risikoens grad, eller sannsynligheten for skadevirkning, henger dette nært sammen med risikoens omfang. Siden kravet til omfang er angitt ved «betydelig tap» som et minimum, altså en fastlagt minstestørrelse, tilsier dette at sannsynligheten for betydelig tap knyttet til den risikopregede aktiviteten ikke behøver å være så stor i seg selv, muligens kun tilstedeværende. Altså, dersom «betydelig tap» først inntre, vil man i de fleste tenkelige tilfeller kunne si at sannsynligheten for «betydelig tap» isolert sett var stor nok. Vi ser at kravet til at disposisjonen medfører et «betydelig tap» innebærer at de tradisjonelle momentene i risikovurderingen, grad og omfang, alt er styrt av det materielle vilkåret «betydelig tap. At de generelle risikobetraktningene spiller en mer beskjeden rolle har også sammenheng med at kredittytelse allerede er forbundet med risiko, og at det er den ekstraordinære risikoen, «betydelig tap», fordringshaverne skal vernes mot.⁷⁰ Hvilken risiko som er uakseptabel vil kunne variere utfra tilfellet, på bakgrunn av hvilke betingelser, forutsetninger mv. som ligger til grunn for kreditten.

⁶⁹ Se Andreassen (2000) s. 293 i samme retning, samt Gröning/Husabø/Jacobsen (2019) s. 204 – 205 om vurdering av risiko knyttet til straffebestemmelser. Flere momenter kommer til syne i pkt. 4.2.2.1 gjennom vurderingen.

⁷⁰ Utslag denne typen betraktninger kommer til syne i forarbeidene, se eks. Inst.O.nr.73 (2003 – 2004) s. 4.

I mange tilfeller når det skal tas stilling til om det er utvist uakseptabel «risikopreget aktivitet», vil følgelig fokuset flyttes over til elementer i risikovurderingen som gjør seg spesielt gjeldende for den aktuelle skyldneren, og hva kredittyster følgelig bør kunne forvente.

Et viktig moment vil være skyldners bransje og særkunnskaper knyttet til de økonomiske aktivitetene. Man kan se det slik at større sannsynlighet for tap sett med en utenforståendes øyne, lettere aksepteres desto nærmere skyldnerens spesialkunnskaper de økonomiske aktivitetene ligger. Uttalelser i forarbeidene trekker også i retning av at den typen risikopreget aktivitet som er forutsigbar knyttet til skyldners bransje og hens forretningsførsel, lettere aksepteres.⁷¹

Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 1985 s. 779. Her ble en mann som gjennom sitt selskap hadde inngått og fornyet terminkontrakter (kontrakter om kjøp av valuta på et fastsatt tidspunkt), i prinsippet valutaspekulasjon, ansett for å ha inngått i «vågelig foretagende», «risikopreget aktivitet» iht. nåværende strl. § 401. Grunnen til dette var at det ikke forelå dekkende salgssavtaler til å oppfylle terminkontraktene. Det uttales også at dersom det hadde foreligget dekkende salgssavtaler, ville også inngåelsene av terminkontrakter vært i henhold til forsiktig forretningsførsel.

Høyesterett synes å legge vekt på hva som fremstår som logisk for den forretningsmodellen selskapet fører, og uttaler at de ville akseptert valutasvingninger som var en nødvendig følge av terminkontraktene.

Rt. 1993 s. 918 er et annet relevant eksempel. Eieren av et investeringsselskap, primært knyttet til eiendom, men med fem datterselskaper, hadde investert i gull i den hensikt å redde virksomheten sin fra konkurs.

I denne dommen behandles «Vågelig foretagende» og «lettsindig adferd» sammen, uten noen nærmere forklaring. Dette gjør domspremissene noe uklare iht. hvilket alternativ vurderingene knytter seg til. Det er likevel nærliggende å se på medvirkningen til gulltransaksjoner og flyreisene som blir foretatt slik at de har en side til både lettsindighet og vågelig foretagende. Skillet mellom alternativene har uansett underordnet betydning iht. fastleggelsen av uakseptabel risiko.

⁷¹ Se Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 73 og Inst.O.nr.73 s. 4

Skyldneren i denne saken var tilnærmet fullstendig eier av et eiendomsinvesteringsselskap med fem datterselskaper innenfor forskjellige bransjer. Dette vitner om at hans alminnelige forretningsdrift blant annet besto i investeringsvirksomhet generelt. Dersom man ser det slik, kunne det vært argumentert for at gulltransaksjoner inngikk som en naturlig neste forretningssteg. Gull er et vanlig investeringsobjekt, så vel for nybegynnere, som mer erfarne investorer.

Høyesterett så det imidlertid ikke slik i denne saken. Mannes befatning med gulltransaksjoner ble ansett for å ligge utenfor rammen av hans forretningsdrift. Skyldnerens alminnelige forretningsdrift ble ansett avgrenset, tilnærmet utelukkende, til den type virksomhet som skyldneren hadde befattet seg med fra tidligere. F.eks. avgrenset til investeringer i samme marked som skyldneren hadde investert i tidligere. Inntrykket er dermed at det har liten betydning om den sammenhengen disposisjonen er foretatt i likner på skyldners alminnelige forretningsdrift.

Et annet identifiserbart poeng i Rt. 1993 s. 918 er betydningen av kommersiell motivasjon. Høyesterett fant nemlig at selskapets overlevelse tilsynelatende var målet med disposisjonen. I lys av dette vitner dommen om at skyldners motiver er av liten betydning, så lenge skyldner operer utenfor rammen av den alminnelige forretningsdriften. Dette står i en viss motsetning til uttalelsene i forarbeidene om at det skal mye til for at kommersielt motivert adferd skal rammes.⁷² Sett i sammenheng med uttalelsen om at «Straffebudet forutsettes i hovedsak å rette seg mot transaksjoner som ligger utenfor rammen av skyldnerens alminnelige virksomhet», gis det inntrykk av at Høyesterett sikter til kommersielt motivert adferd innenfor rammen av alminnelig forretningsdrift. Utover dette er det få kilder som ville underbygge et fokus på skyldners motivasjon som moment i vurderingen av om disposisjoner er utslag av «risikopreget aktivitet».⁷³

Hva så med skyldners mulighet for gevinst og dens størrelse som moment? Gevinstens størrelse vil isolert sett ha begrenset betydning som moment, fordi fordringshaverne i en strl. § 401-situasjon jo må være påført «betydelig tap». Er disposisjonen vellykket, havner gevinsten på skyldners hender. Mulig gevinst kan likevel si noe om den sosiale og individuelle relevansen av disposisjonen. Altså, hvor subjektivt klanderverdig skyldners handling fremstår som i et

⁷² Ot.prp.nr. 37 (2003-2004) s. 62–63

⁷³ Se likevel Rt. 1934 s.639. Høyesterett la vekt på at «valutarytterier» fremsto som «meningsløse» i straffeskjerpene retning.

allment perspektiv. Mindre risiko og stor gevinst vil trekke i retning av at risikoen er mer akseptabel utfra hensynet til skyldneres autonomi. Betydningen av dette momentet må imidlertid ikke overdrives. Hovedfokuset ligger på den ytre synbare konteksten, altså hvordan dette ser ut for fordringshaverne. Det er deres rimelige forventninger til skyldner i hans rolle som synes styrende. Først der det er mer uklart om skyldner opptrer innenfor eller utenfor det som er forventet av skyldner, blir det tilsynelatende mer plass til å se på subjektive elementer, og disse sidenes betydning for hvorfor skyldneren handlet som han gjorde.

Tidsaspektet i sammenheng med «betydelig tap» kan også spille inn som moment. Der handlingen medfører at «betydelig tap» er en tidsmessig nær mulig følge, kan det generelt sies at handlingen, med tilhørende risiko, fremstår som mer uakseptabel enn hvis betydelig tap ligger langt fremme i tidshorisonen. Grunnen til dette er den enkle tanke at lengre tidsperspektiv ofte betyr større sjanse for at skadevirkningen avverges.

I noen tilfeller virker det også relevant å se på fordringshavernes egen opptreden. Særlig i tilfeller der kretsen av fordringshavere er svært liten og identifiserbar. Da kan kreditten skyldneren er gitt være utsalg av avveininger fra kredittytters side knyttet til skyldneren, pba. kunnskap om skyldners egenskaper og person. Motsatt, i tilfeller der det dreier seg om en stor krets av fordringshavere hvor kreditten er mer eller mindre tilfeldig, kanskje også ufrivillig, er det liten grunn til å vektlegge dette momentet. I praksis vil det stort sett dreie seg om en for stor og sammensatt krets av fordringshavere til at dette momentet får noen betydning.⁷⁴

Utover dette lar det seg i liten grad gjøre å si mer generelt om hvor grensen mellom akseptabel og uakseptabel «risikopreget aktivitet skal settes». Konkrete vurderinger er nødvendig i hvert tilfelle. Det er likevel grunn til å fremheve at dette medfører at tvil i grensetilfellene heller bør lede til en restriktiv tolkning. Dette er utsalg av de skranker lovskravet setter for tolkning av straffebestemmelser.⁷⁵

⁷⁴ Se Gröning/Husabø/Jacobsen (2019) s. 203–205. Momentene i vurderingen over er i stor grad hentet fra disse sidene.

⁷⁵ Se pkt. 2.2.

4.2.3 «Lettsindig adferd» utover de foregående alternativene.

Uttrykket «Lettsindig adferd» fantes allerede i Kriminalloven av 1848⁷⁶, etter å ha kommet inn ved lovrevisjonen i 1890.⁷⁷ Den gangen krevdes «i høy grad lettsindig adferd». I 1951 ble «i høy grad» tatt ut. «Lettsindig adferd» stod igjen, slik som i dag.

Bestemmelsen rammer nå «annen lettsindig adferd». Formuleringen «Annen» gjør, som nevnte, at «lettsindig adferd» står som en paraply over alternativet «pengespill eller annen risikopreget aktivitet». «Lettsindig» omfatter tilsynelatende enhver forsømmelse av risiko, altså med et bredere nedslagsfelt enn de foregående alternativene. Det fokuseres på den generelle forsømmende adferden i større grad enn den konkrete risikoen knyttet til en bestemt aktivitet. Det mest praktiske anvendelsesområdet synes dermed å være unnlaterer som skaper en uakseptabel risiko, men hvor skadevirkningen knyttet til risikoen er mindre isolert, eller markert. Et illustrerende eksempel kan være unnlaterer av å tegne en svært billig forsikring som dekker risikoer en gitt skyldner ikke hadde tålt at realiserte seg. En forsikringsavtale dekker gjerne mange forskjellige risikoer, men man vet aldri hvilken som realiserer seg.

På samme måte som ved «risikopreget aktivitet» krever også «lettsindig adferd» at adferden er utslag av å ta en strafferettslig uakseptabel risiko, slik at den nedre terskelen for «lettsindig adferd» kan konstateres på omtrent samme måte. Fokuset må imidlertid være adferdens risikopotensial.⁷⁸

Dersom man ser til forarbeider, rettspraksis og juridisk teori, finner man eksempler på «lettsindig adferd» i form av unnlaterer av å tegne sedvanlig forsikring, overtakelse av kausjonsansvar, konserninterne verdioverføringer til selskap med en svak økonomisk stilling, nedbetaling av gjeld i en svak økonomisk stilling, mv.⁷⁹

⁷⁶ Lov. 20.08.1842, heretter Kriminalloven.

⁷⁷ Ved lov av 28.06.1890 nr. 1, heretter lovrevisjonen av 1890.

⁷⁸ Se pkt. 4.2.2.1. om slik fastleggelse, og Rt. 1993 s. 918 hvor Høyesterett drøfter «lettsindig adferd og «risikopreget aktivitet» sammen.

⁷⁹ Se Andenæs/Andersen s. 455. Her gis eksemplifiseringer av lettsindig adferd nært knyttet til høyesterettspraksis.

Den generelle utformingen, «lettsindig adferd», gjør at det ikke er særlig hensiktsmessig å fokusere på det som er positivt omfattet. Det mest interessant er å «snu på flisa» og fokusere på hvordan «lettsindig adferd» kan avgrenses.

En avgrensning kunne ligget i at «lettsindig» gir anvisning på en handling eller unnlattelse som skjer på grunn av en form for forsømmelse av å innse en risiko i seg selv. Dette underbygges av uttalelsene i Ot.prp. fra 1948 om sammenhengen mellom «lettsindig adferd» og uaktsomhet.⁸⁰ Det er imidlertid gjort nokså klart i forarbeidene at også bevisst unnlattelse av å sette seg i en posisjon man burde satt seg i, slik at man unnlater å oppdage en risiko, er omfattet.⁸¹ F.eks. en daglig leder som går glipp av ventede dårlige nyheter om økonomien i selskapet, som følge av at den allerede dårlige selskapsøkonomien har medført såkalt postkasseskrekke, altså vegring for å sjekke posten. Ordlyden må likevel stenge for anvendelse i tilfeller der skyldner har en klar oversikt over hvordan en handlemåte leder til betydelig tap. Altså, en viss manglende oversikt virker nødvendig iht. ordlyden.

Avgrensningen til «risikopreget aktivitet» går, som vi så overfor i, ved sammenhengen mellom handlingen eller unnlattelsen og den tilknyttede tapsrisikoen. «Risikopreget aktivitet» viser til én eller flere mer iøynefallende eller isolerte risikoelementer ved en aktivitet. Ordlyden stadfester at aktiviteten er «(...) preget» av dette. Risikoen er gitt en fremtredende plass i gjerningsbeskrivelsen. Kjerneeksempelet vil være et uforholdsmessig stort spekulasjonsskjøp av valuta.

«Lettsindig adferd» retter i sin tur fokuset mot kritikkverdig oppførsel. Fokuset på hvilken risiko som potensielt kan realisere seg er dermed mindre markert. Det kan vises til eksempelet over med postkasseskrekken. Det kan tenkes at det ikke er klart hvilke dårlige nyheter den daglige lederen unngår, men over tid fremstår det svært sannsynlig at unnlattelsen av å sjekke posten vil få negative økonomiske konsekvenser. I lys av dette bør tilfeller hvor selve adferden i seg selv fremstår som mest klanderverdig, samtidig som det knytter seg flere og noe mer diffuse risikoer til handlingen eller unnlattelsen, subsumeres under «lettsindig adferd».⁸²

Paragrafoverskriften, «uforsvarlige økonomiske disposisjoner», snevrer inn rekkevidden av straffeansvaret på samme måte som under alternativet «risikopreget aktivitet».⁸³ Den lettsindige

⁸⁰ Ot.prp.nr. 75 (1948) s. 46.

⁸¹ Ibid.

⁸² Grensedragningen mellom disse alternativene kan være utfordrende, se Rt. 1993 s. 918.

⁸³ Se pkt. 4.2.2.

adferden må på samme måte ha et økonomisk tilsnitt. Eksempelet om unnlattelse av å tegne forsikring vitner om at det er tilstrekkelig at den lettsindige adferden knytter seg til forberedelser og manglende betryggende tilrettelegging for trygg økonomisk drift.

Tilbake står man da med begrepet «adferd». Begrepet er ofte brukt som synonym på aktiv handling eller unnlattelse i straffeloven for øvrig, nettopp for å få frem at både handlinger og unnlattelser er omfattet.⁸⁴ Dermed bidrar ikke dette begrepet til noen avgrensning.

Utover dette er det ikke helt enkelt å peke på hvordan dette vilkårets rekkevidde kan avgrenses. Dette kan i seg selv vitne om at utformingen er av slik karakter at den ikke i tilstrekkelig grad, eller i det minste i ønskelig grad, ivaretar hensynet til forutberegnelighet.⁸⁵

4.3 «Overdrevent forbruk»

Alternativet «overdrevent forbruk» fikk sitt nåværende uttrykk ved lovrevisjonen i 2004. Tidligere het det «ødsel levemåte».⁸⁶ «Ødsel levemåte» var en formulering som stammet fra Kriminalloven av 1842. Før det fulgte det av Forordning av 17.mai. 1690 om «Fallit paa grund af undvigelse for Gjæld» § 3 at den «Fallent» som ved «annen Ødselhed» hadde satt seg i «denne slette Tilstand» kunne straffes.⁸⁷ Helt siden den tid har kjernefokuset ligget på det unødvendige, eskalerte eller opprettholdte høye forbruket. Et eksempel fra Høyesterett som illustrerer kjernen av tilfellene er Rt. 2003 s.1783, hvor en mann, kort tid før han ble slått personlig konkurs, hadde sløst bort mellom 600 000 og 700 000 kr i Malmø og senere Hamburg på festing. Mannens bo ble senere krevd for 2,5 millioner.

«Forbruk» er et juridisk begrep som brukes i stor utstrekning på mange rettsområder. Overordnet viser det til konsum av ting og tjenester i dagliglivet. Motstykket er anskaffelse og bruk i næringssammenheng.

Strl. § 321 og strl. § 324 eksemplifiserer også med «forbruk» som del av beskrivelsen av tilegnelsesforsettet. Altså gjerningspersonens videregående forsett med tanke på hvordan hen skal få vinningen ut av tyveriet eller underslaget. Kjernen synes å være det samme som i strl. §

⁸⁴ Gröning/Husabø/Jacobsen (2019) s. 110 og Ekseland/Høgberg s. 76 og 191.

⁸⁵ Se pkt. 2.2. i sammenheng.

⁸⁶ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 73.

⁸⁷ Hagerup (1891) s. 101.

401, nemlig eget konsum av tingen eller tjenesten.⁸⁸ Dette alternativet retter seg også nokså utelukkende mot faktiske personer som kan identifiseres med en juridisk person. Evt. fysiske personer iht. sin personlige økonomi. Dette på bakgrunn av at det ikke gir mening å si at en juridisk person, som f.eks. er AS, har et selvstendig forbruk.

Videre kreves det at forbruket er «overdrevent», hvilket gjør at man kan slutte at et alminnelig forbruk er akseptabelt. Ordlyden gir likevel liten veiledning knyttet til hvor og hvordan grensen mellom akseptabelt og overdrevent forbruk skal settes. «Overdrevent forbruk» stenger ikke, i språklig forstand, for å ta hensyn til individuelle forbruksmønstre. Det er likevel slik at ordlyden isolert viser til en allmenn standard. Det fremstår dermed mer intuitivt å lese formuleringen slik at det er et gjengs forbruk som setter standarden, og hvor «overdrevent» medfører at skyldneren har et forbruk som overstiger dette på en kvalifisert markant måte.

Det fremkommer av forarbeidene at «overdrevent forbruk» svarer til uttrykket «ødsel levemåte».⁸⁹ Under redegjørelsen for gjeldende rett i forarbeidene uttales det at hvorvidt skyldneren har en ødsel levemåte:

«(...) må bero på om vedkommende har et forbruk som overstiger et rimelig nivå for en person i hans økonomiske situasjon».⁹⁰

Uttalelsen synes å rette fokuset mot den konkrete skyldners økonomiske stilling, og at denne er styrende for hvilket forbruk som rimeligvis kan føres.

I Andenæs/Andorsen hevdes det at hvorvidt forbruket er «overdrevet» må bedømmes utfra skyldners økonomiske stilling, sammen med hens sosiale stilling.⁹¹ Andreassen forstås dithen at konkrete forhold ved skyldneren er av mindre betydning. Han sier at det «(...) riktige må være å legge en tilnærmet objektiv vurdering til grunn». Tanken synes å være at det er faren for tap som skyldners økonomiske situasjon utsetter fordringshaverne for som må styre forbruket, ikke hvilket forbruk skyldners livsførsel gir eller har gitt anvisning på.⁹² Gjengedal fremhever perspektivet på skyldners økonomiske stilling i sammenheng med livsopphold-begrepet, men fremhever ikke noe om sosial status e.l. Det virker dermed som om han mener at skyldner i første omgang må innrette forbruket etter faren for å påføre fordringshaverne tap, og har mindre

⁸⁸ Samme forståelse i Husabø/Jacobsen/Gröning/Strandbakken (2020) s. 206.

⁸⁹ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 73.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Andenæs/Andorsen (2008) s. 454.

⁹² Andreassen (2000) s. 301

grad av frihet til å opprettholde sin tidligere livsførsel enn det Andenæs/Andorsen synes å mene.⁹³

Den praktiske forskjellen mellom tolkningene er betydelige, og kan illustreres i eksempler. Andenæs/Andorsen sin tolkning innebærer at en godt lønnet fabrikkdirektør, på bakgrunn av hans stilling og status, ville kunne ha et relativt stort forbruk uten at det kan bedømmes som overdrevent. Dersom en tarifflønnet butikkmedarbeider hadde hatt samme forbruk, ville det samme forbruket kunne bedømmes som «overdrevent». Andreassens eksempel vil innebære at direktørens forbruk nærmest automatisk vil være «overdrevent» i et tilfelle hvor den økonomiske situasjonen tilsier at det er minst grovt uaktsomt at hen ikke ser at forbruket vil kunne resultere i betydelig tap for fordringshaverne. Butikkmedarbeideren vil imidlertid kunne fortsette å forbruke som før, tross at hen ser at det vil kunne lede til betydelig tap for fordringshaverne, fordi hens forbruk ligger nærmere en slags objektiv standard.

Det avgjørende må være at forarbeidene fremhever skyldners økonomiske stilling, og hva som er rimelig iht. til denne. Rimelighetsvurderinger åpner som oftest for å ta i betraktning et bredt spekter av momenter. Hva gjelder den økonomiske stillingen, må denne vurderes i retrospekt iht. hvilken utvikling som virket sannsynlig i skyldners økonomi, og hvordan det var rimelig å forholde seg til denne. I lys av at det skal foretas en konkret vurdering av hvilket forbruk en skyldners økonomiske situasjon rimeligvis har gitt anvisning på, fremstår det naturlig å se til personlige forhold, fordi dette er en del av situasjonen. Det siktes til hvilken innsats som skulle til for å tilpasse forbruket, og hvordan tilpasningene ville påvirke de rundt skyldner, f.eks. barn.

Likevel vil vilkåret «betydelig tap» måtte sies å være med å styre hvordan det skues tilbake på et forbruk. Der et forbruk viser seg å resultere i «betydelig tap» for fordringshaverne, og hvor skyldner har utvist forsett eller grov uaktsomhet iht. til denne følgen, virker det som et nærliggende utgangspunkt at forbruket har vært «overdrevent».

⁹³ Se Gjengedal (1995) s. 778.

4.4 «Grovt uordentlig forretningsførsel»

4.4.1 Overordnet

Formuleringen skriver seg tilbake til kriminalloven av 1842, og ble inntatt i sin form ifm. lovrevisjonen av 1890. Riktig nok var gjerningsbeskrivelsens formulering den gangen «i høi Grad uordentlig forretningsførsel». Helt overordnet gir ordlyden anvisning på en konkret vurdering av forhold som har med drift av en næringsvirksomhet å gjøre. Tapet som påføres fordringshaverne må være utslag av at en del av driften er utøvd på en kvalifisert klanderverdig måte, enten i form av en unnlattelse eller en aktiv handling. Umiddelbart virker terskelen for anvendelse av dette alternativet satt høyt, noe høyere enn for de andre alternativene. De språklige komponentene er hver for seg vagt utformet, noe som gir grunn til å undersøke nærmere hva som egentlig ligger i hver og en av dem. Ved tolkning av begrepene som inngår i dette alternativet må det, iht. lovskravet, utvises varsomhet.⁹⁴ Det er hensiktsmessig å først se på hva som menes med «forretningsførsel», for deretter å se nærmere på hva som skal til for at denne skal være «grovt uordentlig». På denne måten får hver komponent i ordlyden en grundig behandling.

4.4.2 Nærmere om «forretningsførsel»

«Forretningsførsel» omfatter tilsynelatende alt som har med drift av en næringsvirksomhet å gjøre. En avgrensning gjøres mot ansvar for opptreden utenfor virksomhet av en viss profesjonell karakter.

Det er vel etablert at regnskapsføring omfattes av «forretningsførsel».⁹⁵ Hva gjelder bokføring, defineres dette i henhold til forarbeidene til bokføringsloven, som:

«Registrering i regnskapssystemet av transaksjoner og andre regnskapsmessige disposisjoner som direkte påvirker eiendeler, gjeld, egenkapital, inntekter eller

⁹⁴ Se. Pkt. 2.2.

⁹⁵ Se blant annet Magnus Matningsdal, Norsk Lovkommentar: Straffeloven note 2477, Rettsdata.no (lest.05.04.2021)

kostnader. Bokføring kjennetegnes av at det posteres til debet og kredit med like store beløp».⁹⁶

Sammenhengen mellom regnskapsføring og bokføring er slik sett tydelig ved at regnskap inngår i det som skal bokføres, jf. også bokføringsloven § 3. Regnskapsføring og bokføring er blant annet sentralt for at eldre og kommende fordringshavere skal kunne vurdere skyldners økonomiske situasjon, og for at skyldner selv skal ha oversikt.⁹⁷ Kreditorvern hensyn tilsier dermed at regnskapsføring, bokføring og tilsvarende administrative kontrolltiltak omfattes. Slik sett ser vi en kjerne, men det er likevel ikke klart hvor langt begrepet «forretningsføring» favner.

I Rt. 1982 s. 1793 anså Høyesterett i tillegg til regnskapsforsømmelser, også manglende innmelding av arbeidstakere til trygdekontoret og ikke å holde trukne skatter på egen konto som relevante forhold under «forretningsføring». Dommen er en opphevingsdom knyttet til Straffeloven av 1902 § 285 (1), som følge av manglende domsgrunner. Høyesteretts betraktninger rundt disse temaene er likevel relevante.

I Andenæs/Andorsen eksemplifiseres det med at manglende kontroll i form av arkivering av korrespondanse vil omfattes.⁹⁸ Andreassen eksemplifiserer med manglende rutiner og ressurser for å sikre egne krav.⁹⁹

Begrepet «uforsvarlig forretningsføring» er brukt i konkursloven § 142 første ledd om konkursskarantene. Bruk av like formuleringer på tvers av lover som er ment til å verne samme krets mot den samme typen skade, tilsier at de bør forstås på samme måte.¹⁰⁰ Det siktes her til bruken av «forretningsføring». Det må imidlertid utvises varsomhet ved en slik slutning, fordi kkl. § 142 til forskjell fra strl. § 401 benytter formuleringen «uforsvarlig» foran, istedenfor «uordentlig». Bestemmelsene bruker imidlertid begrepet ifm. en reaksjon av pønalt karakter, med sikte på svært tilsvarende omstendigheter. «Uforsvarlig» brukes også i strl. § 401 sin paragrafoverskrift. Det legges dermed til grunn at «forretningsføring» bør forstås på samme måte i kkl. § 148 som i strl. § 401.

Wiker skriver tilknyttet begrepet «forretningsføring» i kkl. § 142 i Norsk lovkommentar at:

⁹⁶ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 23.

⁹⁷ I Rt. 1949 s. 241 sto manglende bokføring med påfølgende tap av kontroll over bedriftens økonomiske stilling i fokus.

⁹⁸ Andenæs/Andorsen (2008) s. 455

⁹⁹ Andreassen (2000) s. 306.

¹⁰⁰ Se begrunnelse i pkt. 1.3.

«(...) det kan være mangelfull regnskapsførsel og kontroll, mangelfull planlegging eller risikopregede forretninger, jf. Huser, bd. 2 s. 428, Schonhowd s. 38, RG 1991 s. 557 (Frostating), RG 1995 s. 623 (Eidsivating) og Rt. 1991 s. 932». ¹⁰¹

Hva gjelder risikopregede forretninger må dette antas omfattet av bokstav b i strl. § 401. Mangelfull planlegging kan knytte seg til et bredt spekter av handlinger og unnlatelser, men litt generelt kan man si at det dreier seg om ikke å innrette seg på tilstrekkelig synlige risikoer knyttet til forretningen.

«Forretningsførsel» er også et begrep som er brukt i kkl. § 120 (1) om bostyrers innberetning. Linken til kkl. § 142, og følgelig strl. § 401, synes klar. Denne skal blant annet inneholde en oversikt over skyldnerens:

«(...) forretningsførsel» «med» «opplysning om hvordan registrering og dokumentasjon av regnskapsopplysninger har vært og om de forhold som har ført til konkursen. I oversikten bør inntas skyldnerens to siste årsregnskap og årsberetninger (status, driftsregnskap) og dessuten oppgave over omsetningen;(...)».

Det virker klart nok, jf. «med», at «forretningsførsel» skal favne om typene av opplysninger som nevnes videre i bestemmelsen. Dette styrker inntrykket av at «forretningsførsel» sikter til økonomiske administrative forhold.

«Forretningsførsel»-begrepet synes dermed å favne bredt, men slik at det i strafferettslig sammenheng må knytte seg til økonomiske, administrative, alminnelige eller spesielle forhold ved den aktuelle bedriften. Hver skyldner må tilsynelatende vurderes for seg utfra hvilke former for styringstiltak og administrasjon som aktualiserer seg for den konkrete skyldneren. En relevant faktor vil være hvilken styring og notoritet som skyldner må sørge for, slik at de som har beskyttelsesverdig interesse i å kunne gjøre seg opp et bilde av skyldners økonomiske stilling har anledning til det. Eventuelt også grunnlaget for skyldners egen kontroll på at økonomien styres forsvarlig, og at det disponeres deretter, er relevant.

Et illustrerende eksempel på at «forretningsførsel» kan favne svært mange sider av økonomisk styring og administrasjon, samt at vurderingen er svært konkret for hvert tilfelle, kan finnes i LB-2011-117479. Tilfellet handler om et entreprisprosjekt.

¹⁰¹Håvard Wiker, Norsk lovkommentar: Konkursloven note 150, Rettsdata.no (lest 05.10.2021).

Ut fra betraktningene over virker det også relevant å se til plikter som følger av lover og regler som har til formål å sørge for forsvarlig økonomisk kontroll og styring. Som eksempler kan det vises til regnskapsloven bokføringsloven og aksjeloven.¹⁰² Likevel slik at «forretningsførsel» favner et godt stykke videre ut i periferien av administrative kontrolltiltak, utover plikter som er pålagt skyldner ved lov. De ovennevnte eksemplene fra både Andreassen og Andenæs underbygger dette, ved at begge viser til tiltak av mer personlig og intern karakter. Tiltakene som de eksemplifiserer med, trenger ikke å knytte seg til lovpålagte plikter og normer.

Et sted må imidlertid grensen gå, og et eksempel kan være til illustrasjon: En bedrift oppbevarer sensitive personopplysninger som en naturlig del av sin virksomhet. Det viser seg likevel at selskapet har særdeles dårlig beskyttelse (grovt uaktsomt) mot datainntrengere, og i et dataangrep mister selskapet en stor mengde personopplysninger. De pådrar seg erstatningsansvar, og blir følgelig insolvente.

Her ser man at ordlyden «forretningsførsel» isolert sett kan omfatte tilfellet, da databehandling, og følgelig adekvat sikkerhet for dette, er en del av å «føre» den spesifikke «forretningen».

Det vil imidlertid ligge en viss motstand i å la ordlyden favne så vidt. For det første harmonerer det dårlig med paragrafoverskriften om «økonomiske disposisjoner». Det er ikke særlig intuitivt å betegne unnlattelse av å anlegge god nok datasikkerhet som å disponere økonomisk.¹⁰³ Dette tross at konsekvensene, om det går galt, i neste omgang kan bli av en økonomisk art. Videre virker tilknytningen mellom selskapets økonomi, herunder kontrollførsel og styring av denne, og valgte dataløsninger avledet. Et annet poeng kan være den tradisjonelle forståelsen og fokuset rundt bestemmelsen er knyttet til det administrative rundt selve driften. Dette gjenspeiler seg i rettskildebildet rundt begrepet.¹⁰⁴

4.4.3 Nærmere om «grovt uordentlig».

Umiddelbart vitner «uordentlig» om at det må dreie seg om et avvik fra den orden i forretningsførselen som i alminnelighet kreves. Den vide formuleringen gir anvisning på en konkret vurdering. I paragrafoverskriften brukes uttrykket «uforsvarlig(...)». Uttrykksmåtene i både paragrafoverskriften og kkl. § 142, som vi så på ovenfor, har tilkommet senere enn

¹⁰² Det vil føre for langt å gå inn i enkelte bestemmelser i de nevnte lovene.

¹⁰³ Se pkt. 4.1.

¹⁰⁴ Se HR-2020-2019-A avsnitt 18. Rettskildebildet kan medføre at rettstilstanden ikke gir rimelig veiledning om hvorvidt et forhold er straffbart.

uttrykksmåten «uordentlig» i strl. § 401. Dette kan lede til den tanke at «uforsvarlig» er en modernisert måte å uttrykke det samme som «uordentlig» på.

Mot en slik tolkning kan det fremholdes at formuleringen «uordentlig» rent språklig sett er snevrere enn «uforsvarlig». «Uordentlig» viser til manglende orden. Orden viser overordnet til oversikt, kontroll og adekvat styring. Mangel på dette kan gi seg utslag i forskjellige forsømmelser. Formuleringen «Uforsvarlig» i paragrafoverskriften er en formulering som er ment til å fange opp hele karakteren av bestemmelsen. I så henseende gir det liten mening å tolke «uordentlig» utvidende under henvisning til denne. Også betraktninger rundt lovskravet og varsom tolkning vil stritte imot et slikt tolkningsgrep.

Rt. 1982 s. 1793 viser at ikke alle former for avvik fra økonomiadministrative standarder iht. «forretningsførsel» medfører at forretningsførselen skal anses «uordentlig».

Det uttales i dommen:

«Domfelte erkjenner at han «manglet merkantile forutsetninger», at han manglet oversikt over lønssystemet, at han påtok seg for store utgifter i forhold til hva anbudene kunne tåle og at han engasjerte seg for meget i andre gjøremål. Intet av dette kan i seg selv være avgjørende for om selve forretningsførselen skal anses uordentlig».

Det fremtredende i uttalelsen synes å være skyldneres manglende personlige forutsetninger som grunnlaget for svikten i forretningsførselen. Manglende personlige forutsetninger som bakgrunn for en svikt skiller seg fra tilfeller hvor definerte plikter forsømmes av en antatt og ellers kompetent person, i et klanderperspektiv.¹⁰⁵

For å kartlegge hva som regnes som «uordentlig», må man gå konkret til verks i hvert enkelt tilfelle. Relevante spesiallover som inneholder plikter knyttet til forretningsførselen, som vist over, burde også på dette punktet være et toneangivende utgangspunkt med tanke på arten av forsømmelse som skal til. Dette er fordi reglene har nær sammenheng med «forretningsførsel»-begrepet, og gir uttrykk for konkrete plikter som hører til forretningsførselen. Utover dette synes det vanskelig å peke på de eksakte grensene for hvilke forsømmelser som faller innenfor og utenfor «uordentlig»-standarden i seg selv.

¹⁰⁵ Se i sammenheng uttalelse fra samme dom under.

Forretningsførselen må videre kunne klassifiseres som «grovt» uordentlig. Hva gir så «grovt» anvisning på i denne sammenhengen?

Presiseringen «grovt» brukes i alminnelighet til å statuere en høyere klandergrad enn det som en påfølgende beskrivelse statuerer i seg selv. I denne sammenhengen etterfølges grovt av «uordentlig», altså skal det noe mer til enn det vi i alminnelighet ville klassifisere som «uordentlig». Innholdet referer tilsynelatende til en alminnelig klanderverdig opptreden, altså alminnelig uaktsomhet. Når det skal undersøkes hvilken klandergrad «grovt» er ment til å gi uttrykk for, blir det nærliggende å trekke parallell til strl. § 23.

Alminnelig uaktsomhet er gitt et generelt uttrykk i strl. § 23 (1). Her uttrykkes alminnelig uaktsomhet ved å «handle i strid med forsvarlig opptreden på et område» og hvor det er grunn til «bebreidelse» utfra «personlige forutsetninger». Grov uaktsomhet uttrykkes i strl. § 23 (2) ved «svært klanderverdig» opptreden hvor det er grunnlag for «sterk bebreidelse»

Denne parallellen gir inntrykk av at det skal betydelig mer til for å konstatere klander på et nivå som svarer til en grov overtredelse.

I Rt. 1982 s. 1793 så Høyesterett det slik at:

«ikke anmeldt (...) inntak av arbeidstakere til trygdekontoret, og (...) ikke [å ha] satt (...) trukne skatter på egen konto» ikke alene kunne begrunne at det dreide seg om «grovt uordentlig forretningsførsel».

Dette er ganske markante pliktbrudd, hvilket underbygger at terskelen er satt nokså høyt. Andreassen skriver at hvorvidt tilfellet av uordentlig forretningsførsel er «grovt»:

«(...) må avgjøres konkret. Påvises det først at mangelfulle systemer har ledet til et tap for kreditorene, vil dette vilkåret i alminnelighet være oppfylt».¹⁰⁶

Det er uklart hva Andreassen mener med «mangelfulle systemer». Systemers primære funksjon er å skape kontroll og oversikt for effektiv styring. Hvis Andreassen mener at ethvert tap som er foranlediget av svikt i kontroll og oversikt er utslag av «grovt uordentlig forretningsførsel», ville dette synet være problematisk dersom lovksravets skranke om varsom tolkning tas i betraktning.

¹⁰⁶ Se. Andreassen (2000) s. 306

Hverken høyesterettspraksis eller juridisk teori gir et særlig klart svar på hva som kjennetegner «grovt» uordentlig forretningsførsel. Hvordan kan man da gå frem for å klarlegge hvordan man skal vurdere om et tilfelle møter kravet som «grovt» gir uttrykk for?

Den lovtekniske løsningen med å skille mellom alminnelig utvist forhold og grovt utvist forhold er sentral i straffeloven. Dette gjøres der man har et hendelsesforløp som oppfyller vilkårene i et grunndelikt, men gradselementer eller tilleggselementer ved handlingen gjør den mer klanderverdig, slik at en kraftigere reaksjon er nødvendig. Bestemmelsene som skal markere grove overtredelser er bygget opp slik at det skal tas en konkret vurdering, jf. standardformuleringen «særlig legges vekt på». Videre fremheves momenter som bør vektlegges i vurderingen av om overtredelsen er grov.

I mangel av noe annet å bygge på, kan en fremgangsmåte være å se til nærliggende bestemmelser for å forstå hva som kjennetegner den «grov[e]» uordentlige forretningsførselen.¹⁰⁷

Både regnskapsførsel og bokføring er i kjernen av «forretningsførsel»-begrepet.¹⁰⁸ Det fremkommer av regnskapsloven § 8-5 at «Den som overtrer bestemmelser om bokføring eller regnskap, straffes etter straffeloven §§ 392 til 394». Strl. § 393 tar for seg «grov regnskapsovertredelse». Disse bestemmelsene overlapper i stor grad med strl. § 401,¹⁰⁹ i tillegg til at strl. § 393 er bygget opp på samme måte og etter samme system som straffebudet om grovt tyveri, grovt underslag, og en rekke andre.¹¹⁰ At det dreier seg om bestemmelser som til en viss grad overlapper hverandre, samt at strl. § 393 er bygget opp slik som øvrige bestemmelser som markerer grov overtredelse, tilsier at momentene i strl. § 393 kan gi bidrag i vurderingen av hva som kjennetegner «grovt» uordentlig forretningsførsel. I strl. § 393 står det at det skal «særlig» legges vekt på momentene i bokstavene a til f, hvilket er i tråd med standardutformingen som vist overfor.

Videre fremkommer det at momenter som: bruk av «villedende eller uriktig dokument», at forgåelsene har foregått «i lang tid», at «særlig tillit» er brutt, at skyldner har hatt «betydelig økonomisk fordel», at det «forelå risiko for betydelig skade av økonomisk eller annen art», eller at det har blitt «vanskelig å kontrollere virksomheten», bør vektlegges.

¹⁰⁷ Se Eckhoff/Helgesen (2001) s. 55 om omkringliggende bestemmelser som tolkningsfaktor.

¹⁰⁸ Som konstatert i pkt. 4.4.2.

¹⁰⁹ Se Andreassen (2000) s. 305

¹¹⁰ Magnus Matningsdal, Norsk Lovkommentar: Straffeloven note 2460, Rettsdata.no (lest.05.4.2021)

Flere av aspektene som de ovennevnte momentene beskriver synes også å kunne danne grunnlag for sterkere bebreidelse knyttet til uordentlig forretningsførsel. Dersom den uordentlige forretningsførselen har foregått over lang tid, vitner dette om en mer klanderverdig opptreden. Dersom den uordentlige forretningsførselen skyldes grov uaktsomhet, har den grove uaktsomheten følgelig foregått over lengre tid, og høyere grad av klander er på sin plass. Dersom gjerningspersonen hadde forsett, vitner den lange tiden om en sterkere forbrytersk vilje. Har gjerningspersonen selv en «betydelig økonomisk fordel», vitner dette om et sterkt vinningsforsett, noe det er grunn til slå hardere ned på enn der slikt insentiv for gjerningspersonen ikke foreligger. Forretningsførselen er sterkt knyttet opp mot kontroll, og dersom forretningsførselen blir så svak at det blir «vanskelig» å føre «kontroll(...)», tilsier dette at forretningsførselen virkelig er, eller har vært, uordentlig. Dersom irregulariteten i forretningsførselen skyldes virkemidler som bruk av «villedende eller uriktig dokument», vitner dette om en sterkere forbrytersk vilje, ergo høyere grad av klander. Dette i motsetning til der «grovt uordentlig forretningsførsel» fremstår som utslag av forsømmelse og manglende kunnskap. Ellers synes det naturlig at «brudd på særlig tillit» også iht. strl. § 401 kan peke i retning av en høyere klandergrad.

Momentet «risiko for betydelig skade av økonomisk eller annen art» er det grunn til å tone ned, i den forstand at «betydelig tap» i strl. § 401 tilsvarer «betydelig økonomisk tap». «Annen art» er imidlertid interessant fordi det kan henviser til andre typer synbare skadevirkninger, som f.eks. ytterligere konsekvenser av et tap som enkelte fordringshavere rammes av. Det er ikke noe som umiddelbart taler mot å ta slike konsekvenser i betraktning. Når det gjelder å legge vekt på «risiko», virker dette mindre relevant på grunn av det sterke fokuset i forarbeidene på at tapet faktisk må ha realisert seg.¹¹¹ Det er altså den faktiske skadevirkningen som er interessant.

Momentene over fokuserer både på aspekter ved den forutgående handlemanen og virkninger av denne. Siden det i alminnelighet er adgang til å trekke inn et bredt sett av momenter i vurderingen av om et utvist forhold er grovt, vil momentene over nærmest være å anse som en eksemplifisering av relevante aspekter. Det er i denne sammenhengen viktig å presisere at «grovt uordentlig forretningsførsel» og strl. § 401 ikke nødvendigvis krever samme grad av

¹¹¹ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 26-27.

klander som strl. § 393, tross sammenlikningen. Det er blant annet forskjellene i strafferammene i bestemmelsene som tyder på dette.

Til sist er det viktig å se vurderingen i sammenheng med de andre handlemåtene i bokstavene a-c i strl. § 401. Tross at dette alternativet skiller seg ut med gradsrubriseringen «grovt», er det uklart om det skal mer til for å utvise en klandergrad som svarer til «grovt uordentlig forretningsførsel» enn de andre alternativene, f.eks. «lettsindig adferd». Et argument for å se klandergradene i de forutgående handlemåtene i nær sammenheng, er at de tilsynelatende skal verne mot tilnærmet det samme minimumet av uforsvarlig opptreden. Dette er den indre røde tråden som paragrafoverskriften, «uforsvarlige økonomiske disposisjoner», viser til. På den andre siden kan man spørre om mangler ved forretningsførselen generelt fremstår mer unnskyldelig enn f.eks. aktiv risikotakning. I så fall vil mangler ved forretningsførselen måtte være mer markante for å møte samme klandergrad som aktiv risikotakning. Som vi ser, er det flere uklare aspekter rundt denne tematikken. Følgelig er det vanskelig å komme med noe særlig definitivt rundt den. Dersom dette skal få en videre avklaring, må rettssamfunnet ta tak i spørsmålet.

Litteraturliste

Lover og konvensjoner

Lover

- 1814 Lov 17.05.1814. Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven – Grl)
- 1842 Den norske straffelov: lov angaaende forbrydelser af 20de august 1842 (ophevet). (Kriminalloven av 1842)
- 1890 Lov av 28.06.1890 nr. 1 (ophevet) ((lenke under «øvrig»))
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (ophevet) (straffeloven av 1902)
- 1984 Lov 08.06.1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven – kkl)
- Lov 08.06.1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett. (dekningsloven – deknl)
- 1988 Lov 17.07.1998 nr. 56 om årsregnskap (regnskapsloven – rskl)
- 1992 Lov 28.08.1992 nr. 103 om pengespill. (pengespilloven – spill)
- 1997 Lov 13.06.1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven – asl)
- 1999 Lov 21.05.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven – mrl)
- 2004 Lov 25.06.2004 nr. 50 om endringer i straffeloven mv. (forbrytelser i gjeldsforhold)
- Lov 19.11.2004 nr. 73 om bokføring (bokføringsloven)
- 2005 Lov 20.05.2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl)

Konvensjoner

1950 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)

Lovforarbeider og offentlige dokumenter

Norges offentlige utredninger (NOU)

NOU 1999:23 Forbrytelser i gjeldsforhold

NOU 2002:4 Ny straffelov— Straffelovkommisjonens delutredning VII

Proposisjoner

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

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

Ot.prp.nr. 46 (2003–2004) Om lov om bokføring (bokføringsloven)

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

Prop. 79 S (2020 –2021) Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak) Endringer i statsbudsjettet 2021 under Utenriksdepartementet, Kunnskapsdepartementet, Kulturdepartementet, Justis- og beredskapsdepartementet, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Arbeids- og sosialdepartementet, Helse- og omsorgsdepartementet, Barne- og familiedepartementet, Nærings- og fiskeridepartementet, Samferdselsdepartementet, Klima- og miljødepartementet, Finansdepartementet og Olje- og energidepartementet (økonomiske tiltak i møte med pandemien)

Innstillinger

Innst.O. nr. 56 (1983-1984) - Innstilling fra justiskomiteen om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) B) lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m. m

Innst. O. nr. 73 (2003-2004) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven mv. (forbrytelser i gjeldsforhold)

Andre offentlige dokumenter

HØRINGSNOTAT- FORSLAG TIL NY LOV OM PENGESPILL

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-ny-lov-om-pengespill/id2721389/>

Domstolsavgjørelser

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1907 s. 119

Rt. 1994 s. 316.

Rt. 1934 s. 639.

Rt. 2003 s. 1783.

Rt. 1949 s. 241.

Rt .2004 s. 1769.

Rt. 1961 s. 1190.

Rt. 2005 s. 1628

Rt. 1968 s. 1325.

HR-2009-1205-A.

Rt. 1982 s. 1277.

HR-2012-1554-U.

Rt. 1982 s. 1793.

Rt. 2014 s. 238.

Rt. 1985 s. 779.

Rt. 2014 s. 786

Rt. 1987 s. 526.

HR-2017-114-U.

Rt. 1991 s. 932.

HR-2019-900-A.

Rt. 1992 s. 434.

HR-2020-2019-A.

Rt. 1993 s. 918.

Underrettsavgjørelser

RG 1991 s. 557 (Frostating)

RG 1995 s. 623 (Eidsivating)

LB-2011-117479 (Borgarting)

Juridisk litteratur

Utgitt på trykk

Andenæs (2016)

Andenæs, Johs., Alminnelig strafferett 6.utg,
Universitetsforlaget 2016

Andenæs (1996)

Andenæs, Johs., Formuesforbrytelsene, 6.utg.,
Universitetsforlaget 1996.

Andenæs/Andersen (2008)

Andenæs, Johs., ved Andersen, Kjell, Spesiell
strafferett og formuesforbrytelsene,
Universitetsforlaget 2008.

Andreassen (2000)

Andreassen, Ole-Martin, Forbrytelser mot
kreditorene, Cappelen Akademisk Forlag 2000.

Bergo (2000)	Bergo, Knut, Høyesteretts forarbeidsbruk, Cappelen Akademisk Forlag 2000.
Bergo (2002)	Bergo Knut, Tekst og virkelighet i rettskildelæren, Cappelen Akademisk Forlag 2002.
Eckhoff/Helgesen (2000)	Eckhoff, Torstein ved Helgesen, Jan E., Rettskildelære, 5 utg., Universitetsforlaget 2000.
Eskeland/Høgberg (2017)	Eskeland, Ståle ved Høgberg, Alf Petter, Strafferett, 5 utg., Cappelen Akademisk Forlag 2017.
Frøberg (2020)	Frøberg, Thomas, Alminnelig strafferett i et nøtteskall, 2 utg., Gyldendal 2020.
Gjengedal (1995)	Gjengedal, Anstein «Forbrytelser i Gjeldsforhold m.m.» Bratholm, Anders og Matningsdal, Magnus red., Straffeloven kommentarutgave. Anden del: Forbrytelser, Universitetsforlaget 1995.
Gröning/Husabø/Jacobsen (2019)	Gröning, Lida, Husabø, Erling Johannes og Jacobsen, Jørn, Frihet, forbrytelse og straff, 2 utg. Fabokforlaget 2019
Hagerup (1891)	Hærup, Francis, Om Formuesindgreb og Dokumentforbrydelser : nogle Afsnit af Forelæsninger over Strafferettens specielle Del, Aschehoug 1891

- Husabø/Jacobsen/Gröning/Strandbakken (2020) Husabø, Erling Johanes, Jacobsen, Jørn, Gröning, Linda Strandbakken, Asbjørn, Forbrytelser i utvalg, Fagbokforlaget 2020.
- Jacobsen (2019) Jacobsen, Jørn, «Det strafferettslege lovskravet i eit metodeperspektiv», Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen red., Juridisk metode og tenkemåte, Universitetsforlaget 2019.
- Matningsdal (2017) Matningsdal, Magnus, Straffeloven: De straffbare handlingene: Kommentirutgave, Universitetsforlaget 2017.
- Sæbø, (2019) Sæbø, Rune «Strafferettslig kreditorvern», Matningsdal, Magnus og Strandbakken, Asbjørn red., Integritet og ære: Festskrift til Henry Mæland, Gyldendal 2019.
-

Utgitt elektronisk

Wiker Håvard, Norsk lovkommentar: Konkursloven, Gyldendal note 64 (sist hovedrevidert 23.11.2017), Rettsdata.no

Wiker Håvard, Norsk lovkommentar: Konkursloven, Gyldendal note 150 (sist hovedrevidert 23.11.2017), Rettsdata.no

Matningsdal, Magnus, Norsk Lovkommentar: Straffeloven, Gyldendal note 2460 (sist hovedrevidert 01.07.2020), Rettsdata.no

Matningsdal, Magnus, Norsk Lovkommentar: Straffeloven, Gyldendal note 2473 (sist hovedrevidert 01.07.2020), Rettsdata.no

Matningsdal, Magnus, Norsk Lovkommentar: Straffeloven, Gyldendal note 2477 (sist hovedrevidert 01.07.2020), Rettsdata.no

Øvrig

<https://www.nb.no/nbsok/nb/1311e87fc301e4722406320e2991f0ab?index=2#149>