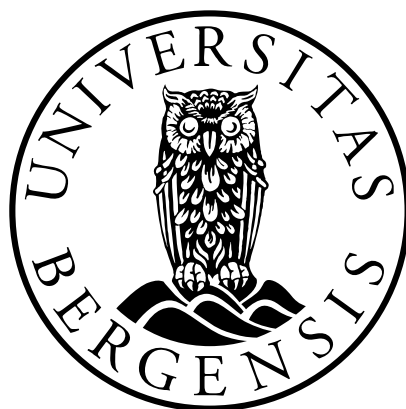


Foretaksstraff i konsernforhold

*Plasseringen av straffansvar i
aksjeselskapsrettslige konsernforhold*

Kandidatnummer: 126

Antall ord: 12 838



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2015

Innholdsfortegnelse

1	INTRODUKSJON	1
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Problemstilling.....	2
1.3	Avgrensninger og presiseringer.....	2
1.4	Den videre fremstilling	3
2	OVERSIKT OVER FORETAKSSTRAFFINSTITUTTET OG REGLENE OM KONSERNFORHOLD	3
2.1	Foretaksstraff.....	3
2.1.1	Innledning.....	3
2.1.2	Begrunnelsen for foretaksstraff.....	4
2.1.3	Straffbarhetsvilkårene.....	5
2.2	Nærmere om konsernforhold.....	7
2.2.1	Innledning.....	7
2.2.2	Konsernforhold.....	7
3	PLASSERING AV STRAFFANSVAR I KONSERNFORHOLD	8
3.1	Innledende bemerkninger	8
3.2	Identifikasjonsansvar	10
3.2.1	Kan mor- og datterselskap regnes som samme ”foretak”?.....	10
3.2.2	Primærstraffebudet åpner for identifikasjon.....	13
3.3	Kan gjerningsperson C anses å handle ”på vegne av” også morselskap A?	14
3.3.1	Innledning.....	14
3.3.2	Person C er ansatt i et datterselskap B.....	16
3.3.3	Person C har styreverv i et datterselskap B (dobbeltervkonstellasjoner)	22
3.4	Medvirkningsansvar	26
3.4.1	Innledning.....	26
3.4.2	Nærmere om straffbar medvirkning	27
3.4.3	Vedtak i generalforsamling	28
3.4.4	Instruksjoner og annen aktiv påvirkning	28
3.4.5	Passiv medvirkning.....	29
3.4.6	Hvilke konsekvenser får det at skyldkravet at i strl. § 48a fjernes i straffeloven 2005?	32
3.5	Oppsummering	33
4	RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER.....	34
4.1	Innledning.....	34

4.2	Utenlandsk rett.....	35
4.3	Eventuelle svakheter ved gjeldende rett	36
4.4	Bør det innføres en regel om identifikasjonsansvar for morselskap?.....	37
5	AVSLUTTENDE KOMMENTAR	39

1 Introduksjon

1.1 Presentasjon av tema

Tema for oppgaven er anvendelsen av straffelovens regler om foretaksstraff på aksjeselskapsrettslige konsernforhold. Foretaksstraff er hjemlet straffeloven (strl.) § 48a, første ledd. Bestemmelsen lyder slik:

”Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen.”

Et særtrekk ved bestemmelsen er at straffesubjektet (”foretaket”) er et annet enn vilkårssubjektet (”noen som har handlet på vegne av et foretak”). Det er med andre ord tale om et såkalt representasjonsansvar; foretaket identifiseres med en eller flere fysiske personers lovbrudd. Normalt byr det ikke på problemer å fastslå hvilket foretak et lovbrudd skal identifiseres med. I konsernforhold – hvor to eller flere foretak økonomisk og organisatorisk danner en enhet – kompliseres imidlertid dette bildet. For det første fordi flere foretak kan være involvert i prosessen som leder frem til at lovbruddet blir begått.¹ For det andre fordi lovbruddet kan tjene flere foretaks økonomiske interesser.²

Temaet foretaksstraff i konsernforhold ble første gang presentert for norske domstoler i 2012, i den mye omtalte Transoceansaken.³ Spørsmålet var om to selskap innen Transoceankonsernet – morselskapet TInc og serviceselskapet TODDI – kunne holdes ansvarlig for brudd på regnskapsregler som angivelig ble begått i det norskregistrerte datterselskapet THAV (oppløst i 2002).⁴ Oslo tingrett kom til at de to selskapene ikke ble rammet av reglene om foretaksstraff i strl. § 48a. Det var THAV som hadde plikt til å avlegge årsregnskap i samsvar med regnskapsloven, og verken TInc og TODDI hadde slik tilknytning til overtredelsene at fore-

¹ Se NOU 1983:57 s. 157

² Se NOU 1983:57 s. 157, samt aksjelovens regler om konsernbidrag i § 8-5, utbytte i kap. 8 og kapitalnedsetting i kap.12

³ TOSLO-2011-191007

⁴ Tingretten tok ikke stilling til hvorvidt regnskapene faktisk var ført i strid med regnskapsloven, ettersom de tiltalte selskapene uansett ikke kunne holdes ansvarlig etter strl. § 48a

taksstraff kunne ilegges. Dommen ble avsagt 2. juli 2014. Påtalemyndigheten anket avgjørelsen. Ankeforhandling er berammet til 5. januar 2016.⁵

Som Transoceansaken illustrerer, kommer behovet for, eller ønsket om, å plassere foretaksansvaret hos flere konsernforetak særlig til syne dersom foretaket hvor den straffbare handlingen rent faktisk ble utført, har opphørt å eksistere (oppløst). Forutsetningen for at en bøtstraff skal kunne fullbyrdes mot foretaket, er jo at foretaket eksisterer som straffesubjekt.⁶ Dersom heller ikke den (eller de) fysiske gjerningspersonen(e) kan holdes ansvarlig, risikerer man at lovbruddet forblir ustraffet. Et tilsvarende problem oppstår dersom foretaket er utenlandsk,⁷ og dersom foretaket er insolvent eller har svak økonomi.⁸

1.2 Problemstilling

Denne oppgavens hovedproblemstilling er i hvilken utstrekning et morselskap kan holdes strafferettslig ansvarlig for lovbrudd begått i eller av datterselskap i konsern. Problemstillingen kan illustreres med et tenkt eksempel: Person C er ansatt i et aksjeselskap B, som er datterselskap i et konsern med aksjeselskap A som morselskap. Som ledd i ansettelsesforholdet begår C et lovbrudd, slik at selskap B etter omstendighetene kan ilegges foretaksstraff, jf. strl. § 48a. Spørsmålet er om selskap A kan holdes ansvarlig for Cs lovbrudd, enten i stedet for, eller i tillegg til selskap B.

1.3 Avgrensninger og presiseringer

Som det fremgår innledningsvis, er spørsmålet om morselskapets ansvar for datterselskaps lovbrudd del av en mer allmenn problemstilling om straffansvar i konsernforhold. Andre problemstillinger som kan oppstå er om morselskapet kan holdes ansvarlig for et datterdatterselskaps lovbrudd, om et datterselskap kan holdes ansvarlig for morselskapets lovbrudd, og om et konsernselskap kan holdes ansvarlig for et annet konsernselskaps lovbrudd (søsterselskap). Innenfor denne oppgavens rammer har jeg valgt å begrense spørsmålet til morselskapets ansvar for et datterselskaps lovbrudd, ettersom denne situasjonen fremstår som mest

⁵ Borgarting Lagmannsretts brev av 21. april 2015 ”Underretning om beramning av straffesak”

⁶ Nærmere om opphør av aksjeselskap som straffesubjekt, se Høivik (2012) s. 341-345

⁷ Om rekkevidden av strl. §§ 12 og 13 ovenfor foretak, se Høivik (2006) s. 5.

⁸ Bøtestraffen utmåles med hensyn til ansvarssubjektets økonomi, jf. strl. § 27

praktisk. Vurderingene vil imidlertid langt på vei måtte antas å bli de samme i de ulike situasjonene.

Siden det ikke kan utelukkes at problemstillingen vil kunne få ulik løsning i relasjon til forskjellige typer konsernforhold,⁹ har jeg valgt å begrense drøftelsen til konsern som omfattes av aksjelovens konserndefinisjon, jf. aksjeloven (asl.) § 1-3.

1.4 Den videre fremstilling

Formålet med oppgaven er hovedsakelig å bidra til å klargjøre hva som er gjeldende rett. I tillegg er det et siktemål å undersøke om dagens rettstilstand er hensiktsmessig.

For å danne et bakteppe gjøres det innledningsvis – i kapittel to – kort rede for foretaksstraffinstituttet og reglene om konsernforhold. I oppgavens hoveddel – kapittel tre – behandler jeg oppgavens hovedproblemstilling; spørsmålet i hvilken utstrekning et morselskap kan holdes strafferettslig ansvarlig for lovbrudd begått i eller av datterselskap i konsern. Til sist – i kapittel fire – vil jeg foreta en rettspolitisk vurdering, hvor jeg blant annet vil se hen til hvordan problemstillingen er løst i utenlandsk rett.

2 Oversikt over foretaksstraffinstituttet og reglene om konsernforhold

2.1 Foretaksstraff

2.1.1 Innledning

Hovedregelen i norsk strafferett er at det kreves skyld for å kunne holdes strafferettslig ansvarlig. Lenge hadde dette som konsekvens at aksjeselskap og andre foretak ikke kunne straffes. Etter hvert som en stadig større del av næringsvirksomheten ble drevet av juridiske personer, vokste det imidlertid frem et praktisk behov for å kunne straffe også foretak. Det personlige straffansvaret var ikke lenger tilstrekkelig; rettssubjektet som tjente på overtredelsen – foretaket – var ikke den samme som ble straffet. For å hindre næringslivet i å profitere på

⁹ Norsk rett inneholder ingen generell definisjon av konsern. Konsernbegrepet er nærmere definert i lovgivningen som regulerer den enkelte foretaksform.

kriminalitet ble det fra 1940 og utover vedtatt stadig flere særlover som ga mulighet for å straffe også juridiske personer.¹⁰

På slutten av 1980-tallet var foretaksstraff et vel innarbeidet rettsinstitutt i Norge. Innføringen av strl. §§ 48a og 48b i 1991 representerte likevel en milepæl i rettsutviklingen.¹¹ Med dette ble ca. 60 hjemler i spesiallovgivningen erstattet med en generell hjemmel for ileggelse av foretaksstraff. At bestemmelsen er generell innebærer at foretak i prinsippet kan holdes ansvarlig for brudd på enhver straffesanksjonert bestemmelse – enten de finnes i særlovgivningen eller i straffeloven. Bestemmelsens praktisk viktigste anvendelsesområde er likevel overtredelser av økonomisk og samfunnsregulerende lovgivning.¹²

Videre er foretaksstraffen i strl. § 48a fakultativ, jf. uttrykket ”kan”. Det betyr at selv om vilkårene for ileggelse av foretaksstraff foreligger, vil det være opp til påtalemyndighetenes og domstolenes skjønn om ansvar skal ilegges i den konkrete saken. De sentrale momentene i vurderingen av om foretaksstraff skal anvendes følger av strl. § 48b.

Bestemmelsen om foretaksstraff i strl. §§ 48a og 48b er videreført i straffeloven 2005 §§ 27 og 28. Loven er ventet å tre i kraft i oktober 2015.¹³ I de tilfeller straffeloven 2005 medfører relevante endringer i forhold til straffeloven 1902, vil disse bli kommentert fortløpende.¹⁴

2.1.2 Begrunnelsen for foretaksstraff

Det viktigste argumentet for straffansvar for foretak, er at dette vil kunne bidra til å styrke straffebestemmelsenes preventive virkning sammenliknet med det som kan oppnås gjennom utelukkende et personlig ansvar.¹⁵ Tanken er at muligheten for slik straff vil bidra til å stimulere til at foretaket organiseres på en slik måte at det ikke begås straffbare handlinger i forbindelse med virksomheten.¹⁶ I juridisk teori omtales dette som foretaksstraffens funksjon som organisatorisk incitament til å forhindre lovbrudd i organisasjonen.¹⁷ Mens den preventive

¹⁰ Høivik (2012) s. 31, 57-67

¹¹ Tilføyd ved lov 20. juli 1991 nr. 66

¹² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 430

¹³ Prop. 64 L (2014-2015) s. 7

¹⁴ Se punkt 3.3.3.3 og 3.4.6

¹⁵ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 7

¹⁶ Se blant annet Rt.2007 s. 785 (15) og Høivik (2012) s.70

¹⁷ Høivik (2012) s. 69-73

mekanismen i det personlige straffansvaret er å påvirke gjerningspersonen, er foretaksstraffen innrettet mot å påvirke foretakets organisasjons- og beslutningssystem.

Videre er det et argument at foretaksstraff vil kunne bidra til å motvirke ansvarspulverisering. Organisert virksomhet preges typisk av arbeidsdeling og kunnskapsdeling mellom personene som deltar. Konsekvensen av dette vil kunne være at selv om det er klart at et lovbrudd er begått, kan det være umulig å finne fram til den eller de som har utført lovbruddet.¹⁸ Overtredelsen kan dessuten skyldes feil begått av forskjellige personer som hver for seg ikke oppfyller vilkårene for straffansvar. Ved å holde foretaket ansvarlig for lovbrudd med tilknytning til virksomheten motvirker man at foretak ser seg tjent med uklare ansvarsforhold, og at lovbrudd forblir ustraffet.

2.1.3 Straffbarhetsvilkårene

2.1.3.1 Innledning

Grunnvilkårene for ileggelse av foretaksstraff er at ”et straffebud er overtrådt”, og at overtredelsen er begått av ”noen” som har handlet ”på vegne av” foretaket, jf. strl. § 48a første ledd. Videre er det forutsetning at rettssubjektet som holdes ansvarlig – straffesubjektet – er et ”foretak”.

2.1.3.2 Straffesubjektet ”foretaket”

Foretaksbegrepet er nærmere definert i strl. § 48a annet ledd som blant annet ”selskap”. Av forarbeidene fremgår det at uttrykket er ment å omfatte selskaper med begrenset, ubegrenset og blandet ansvar.¹⁹ Det er dermed ikke tvilsomt at aksjeselskap kvalifiserer som straffesubjekt etter foretaksdefinisjonen i strl. § 48a.

2.1.3.3 Overtredelse av et straffebud

Vilkåret om at et straffebud er ”overtrådt” forutsetter for det første at de objektive vilkår for straff etter straffebudet er oppfylt. Det innebærer at handlingen må gå inn under det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet, og det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunn.²⁰ Videre har rettspraksis lagt til grunn at foretaksstraff er betinget av at skyldkravet i vedkommende

¹⁸ Høivik (2012) s. 74

¹⁹ Ot.prp.nr.27 (1990–1991) s. 27

²⁰ Se Andenæs (2004) s. 280

straffebud er oppfylt.²¹ Det er imidlertid ikke foretaket, men den handlende fysiske personen som må ha utvist skyld.

Det kreves ikke at lovbruddet er begått av en bestemt enkeltperson. Straffeloven § 48a første ledd annet punktum gir adgang til å idømme straffansvar hvor det ikke er mulig å identifisere hvem innenfor foretaket som har begått lovbruddet (anonyme feil) og idømme ansvar basert på kumulative feil. Foretaksstraff kan imidlertid ikke ilegges for kumulative feil med hensyn til straffebud som krever forsett.²² Grunnen er at forsett er betinget av nødvendig kunnskap hos en enkelt person.

Ettersom loven omfatter anonyme og kumulative feil, gjøres det unntak for straffbarhetsvilkåret om tilregnelighet.²³ Et foretak kan dermed i prinsippet holdes ansvarlig selv om gjerningspersonen anses for å være utilregnelig. Videre er straffansvaret i alle tilfeller begrenset mot handlinger som skyldes force majeure og hendelige uhell.²⁴

2.1.3.4 Tilknytningskravet ”på vegne av”

Som nevnt innledningsvis bygger strl. § 48a på et representasjonsansvar; foretaket kan på visse vilkår identifiseres med en eller flere fysiske personers lovbrudd. Et foretak kan imidlertid ikke identifiseres med hvilken som helst person, og heller ikke hva som helst vedkommende måtte finne på av straffbare handlinger. I denne sammenheng markerer vilkåret ”på vegne av” krav om en nærmere bestemt *tilknytning* mellom foretaket og overtredelsen.²⁵

Tilknytningskravet har to sider: den personelle og den funksjonelle.²⁶ Det personelle tilknytningskravet innebærer at den fysiske gjerningspersonen må ha kompetanse til å representere foretaket som ilegges straff.²⁷ Handlinger som er foretatt til fordel for foretaket, men av utenforstående, faller utenfor. I litteraturen er det personelle kravet gjerne formulert slik at den

²¹ Se Rt.2002 s.1312. Se også punkt 3.4.6

²² Oppfatningen har bred støtte i juridisk teori, se bl.a. Høvik (2012) s. 220 med videre henvisninger

²³ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 15

²⁴ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 3

²⁵ I strafferettslig teori er betegnelsen ”tilknytning” benyttet av Høvik (2012), Asbjørnsen (1995), Matningsdal (1989) m.fl.

²⁶ Begrepe personell og funksjonell tilknytning fremgår ikke av forarbeider eller rettspraksis, men er hentet fra Høvik (2012). Jeg anser begrepsbruken som hensiktsmessig og vil benytte denne i det følgende. Asbjørnsen bruker terminologien ”gjerningspersonens tilknytning” og ”handlingens tilknytning”, jf. Asbjørnsen (1995) s. 76 og 77

²⁷ Høvik (2012) kap.10

handlende må ha positiv hjemmel til å representere foretaket – enten i avtale, sedvane eller lov.²⁸ En annen formulering går ut på at det stilles et nærmere kvalifikasjonskrav til et *rettsforhold* mellom den handlende og foretaket.²⁹ Av forarbeidene fremgår det at kravet i alle tilfeller er oppfylt for et foretaks ansatte og organmedlemmer, og etter omstendighetene også selvstendige oppdragstakere.³⁰

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig for å holde et foretak ansvarlig at lovbrøyteren har kompetanse til å representere foretaket generelt sett. Det funksjonelle tilknytningskravet innebærer at også den straffbare *handlingen* må ha tilknytning til foretaket. Overtredelser som representanten begår i egenskap av privatperson, omfattes ikke av foretaksansvaret etter strl. § 48a. Et naturlig utgangspunkt for vurderingen er om lovbruddet er begått som ledd i utføringen av de oppgaver eller den kompetansen som følger av representantens stilling (*funksjon*) i foretaket. I den nærmere avgrensningen vil det kunne ha betydning i hvilken grad overtredelsen er egnet til, eller motivert av, å tjene foretakets interesser, og om overtredelsen var en påregnelig følge av representantens stilling i foretaket.

Ved kumulative feil må tilknytningskravet være oppfylt for hver enkelt person som inngår i lovovertrædelsen.

2.2 Nærmere om konsernforhold

2.2.1 Innledning

Spørsmålet om straffansvar i konsernforhold er langt på vei et spørsmål om det selskapsrettslige forholdet mellom mor- og datterselskap. En kort beskrivelse av hvordan konserner er organisert, herunder hvordan beslutninger treffes, er derfor nødvendig som bakgrunnsinformasjon.

2.2.2 Konsernforhold

Med konsern forstås en gruppe av selskaper som er tilknyttet hverandre på grunnlag av innflytelse selskapene imellom. Etter aksjeloven foreligger et konsern når et aksjeselskap har ”be-

²⁸ Asbjørnsen (1995) s. 76 og Matningsdal (1989) s. 65

²⁹ Høivik (2012) s. 235

³⁰ NOU 1989: 11 s. 16-17 og Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 18 og Høivik (2012) s. 236

stemmende innflytelse” over ett eller flere andre selskap, jf. asl. § 1-3 annet ledd.³¹ Selskapet med bestemmende innflytelse betegnes som morselskapet, jf. første ledd. De underordnede selskapene betegnes som datterselskap, jf. tredje ledd. Ut over kravet om at innflytelsen må ha grunnlag i aksjeeie eller avtale, jf. annet ledd, kan det være noe usikkert hva som kreves for at et selskap kan sies å ha bestemmende innflytelse i et annet selskap. Av bestemmelsens annet ledd fremgår det imidlertid at bestemmende innflytelse alltid skal anses å foreligge hvor (mor)selskapet eier aksjer som representerer stemmeflertall på datterselskapets generalforsamling, jf. nr. 1, eller dersom det ved avtale har kontroll over flertallet i datterselskapets styre, jf. nr. 2. I de fleste praktiske tilfeller vil de to kriteriene sammenfalle.

I hvilken grad et morselskap utnytter stillingen til å bygge opp et integrert konsern hvor konsernselskapene økonomisk og organisatorisk behandles som en enhet, vil variere. På den ene siden finner man konserner hvor morselskapet fungerer som et passivt eierselskap, og datterselskapene forretningsmessig opererer med stor grad av selvstendighet og uavhengighet. Dette er imidlertid ikke det typiske.³² I praksis vil morselskap som regel benytte sin posisjon til å bygge opp en enhetlig organisasjon der målsettingen er å utnytte konsernets samlede ressurser optimalt. Datterselskapene drives da med formål om å skape størst mulig økonomisk gevinst for konsernet samlet.³³

I selskapsrettslig henseende er de enkelte konsernselskapene selvstendige rettssubjekter.³⁴ I dette ligger det – enkelt sagt – at hvert konsernselskap er underlagt aksjelovens alminnelige regler, har sine egne rettigheter og forpliktelser, sin egen formue og sin egen stilling som part overfor domstol og andre myndigheter. Som aksjonærer ellers, har morselskapet ingen medheftelse for datterselskapets forpliktelser, jf. asl. § 1-2. Fellesskap med hensyn til rettigheter og forpliktelser forutsetter et særlig rettsgrunnlag.

3 Plasseringen av straffansvar i konsernforhold

3.1 Innledende bemerkninger

³¹ Tilsvarende definisjon følger av allmennaksjeselskapsloven § 1-3

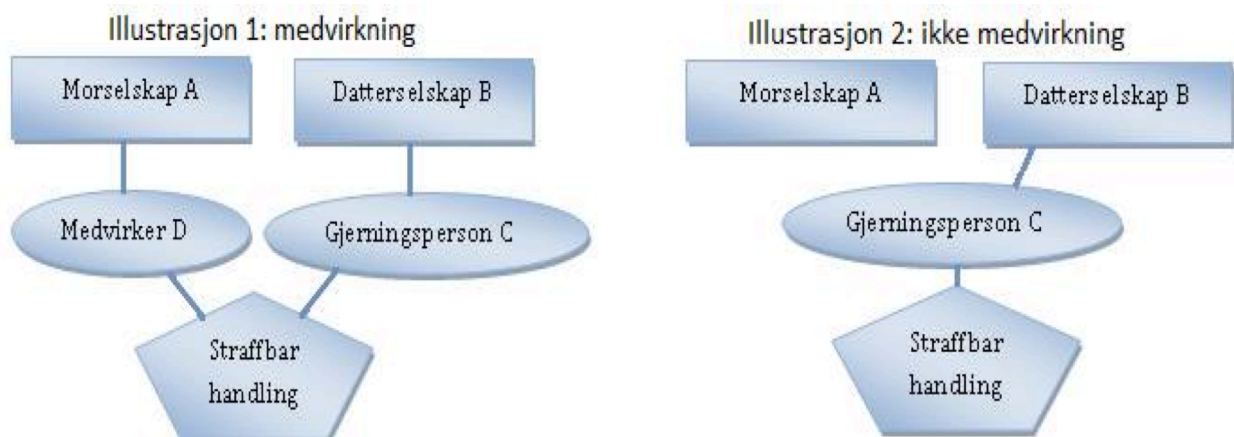
³² NOU 1996:6 punkt 2.6.1

³³ NOU 1996:3 s. 86

³⁴ Asl. § 1-3 forutsetningsvis, Andenæs (2007) s. 54-56 og NOU 1996:6 punkt 2.2.1

I det følgende vil jeg drøfte oppgavens hovedproblemstilling om, og i tilfelle i hvilken utstrekning, morselskap kan holdes strafferettslig ansvarlig for lovbrudd begått i eller av datterselskap i konsern.

Prinsipielt må det skilles mellom to typer situasjoner: i) hvor en eller flere representanter for morselskapet har *medvirket* til den straffbare handlingen, og ii) hvor morselskapet ikke beviselig har vært involvert på en måte som utløser medvirkningsansvar. Skillet kan illustreres på følgende måte:



Bakgrunnen for skillet er at Høyesterett har lagt til grunn at vilkåret om at et straffebud må være "overtrådt" omfatter straffbar medvirkning.³⁵ Forutsatt at medvirkeren D har handlet "på vegne av" morselskapet, og at vilkårene for straffbar medvirkning er oppfylt, vil morselskapet kunne holdes ansvarlig etter strl. § 48a på selvstendig grunnlag. Denne situasjonen behandles i punkt 3.4.

I tilfeller hvor ingen personer i morselskapet beviselig har vært involvert i lovbruddet på en måte som utløser et medvirkningsansvar, er rettstilstanden langt mer usikker. Spørsmålet må løses ved en tolkning av den generelle hjemmelen i strl. § 48a. Med dette som utgangspunkt kan man nærme seg problemstillingen på to forskjellige måter.

For det første kan problemstillingen tenkes regulert av vilkåret "foretaket". Spørsmålet blir da om morselskapet kan identifiseres med datterselskapet, slik at selskapene må anses som det samme "foretaket" i relasjon til strl. § 48a. I så tilfelle vil det være tilstrekkelig for å holde

³⁵ Se blant annet Rt.1988 s. 1356 og Rt.2009 s. 1079, og senest i Rt.2013 s. 1025

morselskapet ansvarlig at det dreier seg om en overtredelse begått ”på vegne av” datterselskapet. Dette utgangspunktet behandles i punkt 3.2.

For det andre kan problemstillingen tenkes løst med utgangspunkt i ”på vegne av”-vilkåret. Spørsmålet blir da om den fysiske gjerningspersonen kan anses for å handle på vegne av både mor- og datterselskapet, eventuelt bare morselskapet, slik at også dette selskapet oppfyller vilkårene for foretaksstraff etter strl. § 48a. Dette utgangspunktet behandles i punkt 3.3.

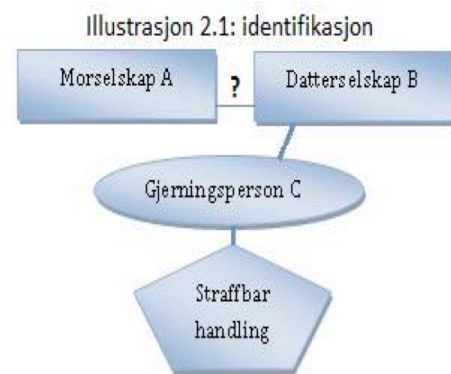
3.2 Identifikasjonsansvar

3.2.1 Kan mor- og datterselskap regnes som samme ”foretak”?

I det følgende er spørsmålet om et morselskap kan identifiseres med datterselskapet, slik at selskapene må anses som samme ”foretak” i relasjon til strl. § 48a. I så tilfelle vil det være tilstrekkelig for å holde morselskapet ansvarlig at det dreier seg om en overtredelse begått ”på vegne av” datterselskapet.

Uttrykket ”foretak” tilsier at det ved foretaksstraff er selve den juridiske personen som straffes, ikke eieren eller noen ansatt.³⁶ Aksjeselskapsrettslig er forholdet mellom mor- og datterselskap basert på et deltakerforhold hvor morselskapet er aksjonær (eier) i datterselskapet.³⁷ Morselskapet har riktignok økonomiske eierinteresser i datterselskapet, men selskapsrettslig er det tale om to selvstendige rettssubjekter. Ordlyden tilsier dermed at mor- og datterselskap ikke kan identifiseres i relasjon til strl. § 48a.

I forbindelse med utarbeidelsen av strl. §§ 48a og 48b, ble spørsmålet om å innføre en uttrykkelig hjemmel for morselskapets straffansvar drøftet.³⁸ To ordninger ble vurdert. For det første vurderte man en hjemmel hvor morselskapet ble holdt direkte ansvarlig gjennom identifikasjon med datterselskapet. For det andre vurderte man en hjemmel med et indirekte ansvar hvor morselskapet heftet subsidiært for datterselskapets bøtestraff. Både Straffelovkommisjo-



³⁶ Tilsvarende følger av uttrykket ”selskap” i strl. § 48a, annet ledd

³⁷ Se punkt 2.2.2

³⁸ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 4 og s. 20, se også Andenæs (2004) s. 282

nen, Den nordiske strafferettskomité og Justisdepartementet kom til at noen slik regel ikke burde innføres. Straffelovkommisjonen begrunnet standpunktet slik:³⁹

”Kommisjonen er kommet til at den ikke vil foreslå noen regel om morselskapets straffansvar. Kommisjonen mener at det ikke i alle tilfeller vil være rimelig å gjøre morselskapet ansvarlig for datterselskapets handlinger. [...] Dessuten vil det i en del tilfeller være mulig å straffe morselskapet ved å anse handlingen for å være begått på vegne av dette.”

Justisdepartementet sluttet seg til kommisjonens standpunkt, og uttalte:⁴⁰

”Departementet foreslår ingen egen regel om straffansvar for morselskaper, da dette vil være å strekke det strafferettslige ansvaret vel langt. [...] Morselskapet kan etter dette bare ilegges foretaksstraff dersom det kan sies at overtredelsen er begått på vegne også av dette selskapet.”

Forarbeidene bygger dermed på en klar forutsetning om at mor- og datterselskap ikke kan identifiseres i relasjon til strl. § 48a.

Det finnes ingen høyesterettspraksis om dette spørsmålet. Hovedtendensen i rettspraksis er imidlertid at selskap og aksjonær ikke kan identifiseres. I Rt.1994 s. 1002 var et selskaps eneaksjonær, som samtidig var selskapets styreleder og daglige leder, tiltalt for overtredelse av strl. § 275 om økonomisk utroskap ved at han hadde tømt selskapet for midler. Tiltalte anførte at han ikke kunne anses som ”en annen” enn selskapet når han selv eide aksjene og drev selskapet, og at vilkårene for utroskap derfor ikke var innfridd. Tiltalte fikk ikke medhold.⁴¹

Det var lenge usikkert om løsningen ville være den samme for spørsmålet om identifikasjon mellom mor- og datterselskap i konsern.⁴² Blant annet ble det foreslått at behovet for samord-

³⁹ NOU 1989:11 s. 18

⁴⁰ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 20

⁴¹ At aksjonær er ”en annen” enn selskapet har også blitt lagt til grunn i relasjon til strl. § 255 om underslag, jf. Rt.2003 s. 1112

⁴² Dette ble antydnet av Høyesterett i Rt.1999 s.36 (s. 41)

ning og styring av de ulike enhetene i et konsern talte for at identifikasjonsspørsmålet måtte få en annen løsning. Argumentet ble imidlertid forkastet av Høyesterett i Rt.2011 s. 855.⁴³

“Særlig langt rekker et slikt synspunkt etter min oppfatning imidlertid ikke. (...) Aksje-loven inneholder bestemmelser som søker å balansere de samordnings- og styringsbe-hov som her er trukket frem mot behovet for å verne det enkelte konsernselskap. Jeg kan med dette utgangspunktet ikke se at det er grunnlag for å foreta noen annen gene-rell grensegang mellom selskaper i konsernforhold i strafferettslig sammenheng enn den grensedragning som gjøres i aksjeselskapsretten.”

Høyesterett la med dette avgjørende vekt på hvordan forholdet mellom mor- og datterselskap bedømmes aksjeselskapsrettslig; et aksjeselskaps identitet som straffesubjekt beror på dets stilling som selskapsrettslig rettssubjekt generelt sett. Dette argumentet har tilsvarende gyl-dighet i relasjon til strl. § 48a, som i relasjon til strl. §§ 255 og 275.

Rettspraksis gir etter dette ingen støtte for en generell regel om identifikasjon mellom mor- og datterselskap i strl. § 48a.

Det kan reises spørsmål om en eventuell regel om erstatningsrettslig ansvarsgjennombrudd gir støtte for at en tilsvarende regel bør gjelde i relasjon til strl. § 48a. Med ansvarsgjennombrudd menes at det grunnleggende prinsippet om begrenset ansvar i aksjeselskapsretten settes til side, slik at kreditor kan søke dekning for sitt krav hos de enkelte aksjonærene.⁴⁴

Hvorvidt det i norsk rett overhodet kan oppstilles en slik regel, og i tilfelle hvilke vilkår som må være oppfylt, er omtvistet. I to avgjørelser fra 1996 uttalte Høyesterett at et eventuelt an-svarsgjennombrudd beror på en helhetsvurdering der særlig to argumenter står sentralt.⁴⁵ Det ene om det fremtrer som utilbørlig ovenfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen. Det andre om det har vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at det for-melle selskapsforhold ikke fortjener vern.

⁴³ Rt.2011 s. 855 (34)

⁴⁴ Andenæs (2007) s. 56-57

⁴⁵ Rt.1996 s.742 (s. 757) og Rt.1996 s. 672 (s. 678)

Tilsvarende kan man også ved spørsmål om ileggelse av foretaksstraff argumentere for at mor- og datterselskap er organisert på en måte som ikke fortjener vern, jf. strl. § 48a.

Rettskildemessig gir imidlertid et eventuelt erstatningsrettslig ansvarsgjennombrudd ikke nevneverdig bidrag for at en tilsvarende regel bør gjelde i relasjon til strl. § 48a. For det første fordi regelen er høyst usikker, både med hensyn til eksistens og innhold, jf. ovenfor. For det andre fordi de hensyn som begrunner et (eventuell) ansvarsgjennombrudd, ikke nødvendigvis er relevante ved spørsmål om ileggelse av foretaksstraff. Blant annet er ikke hensynet til vern av kreditor relevant i relasjon til strl. § 48a. For det tredje fordi en eventuell slik regel i realiteten ville innebære et identifikasjonsansvar for morselskapet, som verken lovteksten eller forarbeidene til strl. § 48a gir støtte for. På strafferettens område, hvor legalitetsprinsippet gjør seg gjeldende med styrke, kan en slik utvidende tolkning ikke legges til grunn i tiltaltes disfavør.

Konklusjonen må etter dette være at mor- og datterselskap ikke kan identifiseres i relasjon til strl. § 48a. Mor- og datterselskap er to ulike ”foretak”. Et tilsvarende synspunkt ble lagt til grunn av Oslo tingrett i Transoceansaken.⁴⁶

3.2.2 Primærstraffebudet åpner for identifikasjon

Selv om mor- og datterselskap ikke kan anses som det samme ”foretaket” i relasjon til strl. § 48a, kan angivelsen av ansvarssubjektet i primærstraffebudet åpne for slik identifikasjon.⁴⁷ Dersom morselskapet oppfyller straffebudets subjektkrav, vil ”på vegne av”-vilkåret i strl. § 48a ikke ha selvstendig betydning.

Et eksempel på dette er forurensningsloven (forurl.) § 78 første ledd bokstav d, som gir hjemmel for straffansvar for den som unnlater å etterkomme forurensningsmyndighetenes pålegg etter §§ 49-51. I medhold av § 51 kan forurensningsmyndighetene pålegge den som ”har, gjør eller setter i verk” noe som fører eller kan føre til forurensing, å foreta nærmere bestemte tiltak eller undersøkelser. I Rt.2010 s. 306 (”Hempel-dommen”) la Høyesterett til grunn at uttrykket ”har [...] noe” etter omstendighetene også omfatter morselskapet til det

⁴⁶ TOSLO-2011-191007 (s. 232)

⁴⁷ Legalitetsprinsippet stiller krav om særskilt klar lovhjemmel på strafferettens område, og spørsmålet om angivelsen av ansvarssubjektet åpner for identifikasjon mellom mor- og datterselskap vil kun være aktuelt i sjeldne tilfeller.

selskapet som eier noe som kan føre til forurensing. Spørsmålet i saken var om morselskapet Hempel AS kunne pålegges tiltaksplikt med hensyn til forurensningsfare som skrev seg fra et datterselskaps virksomhet (Monopol-Hempel AS). Vedrørende aksjeselskapsformen, uttalte førstvoterende:⁴⁸

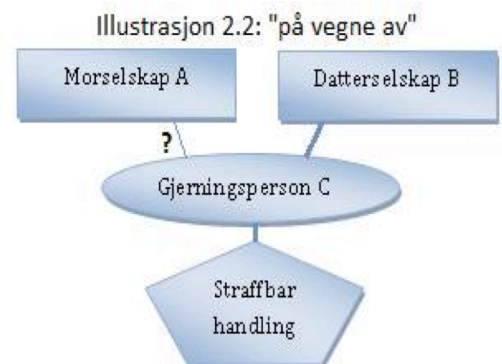
”Aksjeeieres begrensede ansvar for selskapets forpliktelser er et grunnleggende aksjerettslig prinsipp av stor samfunnsmessig betydning, blant annet for å stimulere til etablering av risikofylt virksomhet. Tolkningen av forurensningsloven § 51 jf. § 7, reiser imidlertid ikke spørsmål om ansvar for aksjeeiere generelt, men for den aksjeeier som har faktisk styring og kontroll med datterselskap. I slike tilfelle kan det, som jeg tidligere har konstatert, være naturlig å si at morselskapet «har noe», jf. § 51.” [Min uthevning]

Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at morselskapet Hempel AS hadde hatt slik kontroll med datterselskapet at det kunne regnes som ansvarssubjekt etter forurl. § 51. Hvorvidt Høyesterett selv mener at dette dreier seg om alminnelig lovtolkning uten selskapsrettslige implikasjoner, i motsetning til en sak om identifikasjon mellom mor- og datterselskap, er ikke helt klart.⁴⁹ Ettersom § 51 etter sin ordlyd ikke gir klar hjemmel for å pålegge morselskap ansvaret for forurensning som skriver seg fra datterselskaps eiendom, fremstår det – fra et selskapsrettslig perspektiv – som en tilsidesettelse av prinsippet om at mor- og datterselskap må regnes som to forskjellige rettssubjekt. Dommen har på denne bakgrunn blitt kritisert for å gå for langt i tolkningen av uttrykket ”har [...] noe” på legalitetsprinsippets område.⁵⁰

3.3 Kan gjerningsperson C anses å handle ”på vegne av” også morselskap A?

3.3.1 Innledning

Selv om mor- og datterselskap ikke regnes som samme ”foretak” etter strl. § 48a, blir spørsmålet om morselskapet likevel kan holdes ansvarlig fordi lovbruddet som er begått ”på vegne av” datterselskap B må anses begått ”på



⁴⁸ Rt.2010 s. 306 (69)

⁴⁹ Se Sjøfjell (2010) s. 19-20

⁵⁰ Falkanger (2012) s. 96-107 og Innjord og Pihlstrøm (2012) s. 12-13

vegne av” også morselskap A, eventuelt ”på vegne av” bare morselskap A.⁵¹

I forarbeidene legges det opp til en slik løsning. I delutredning III uttaler Straffelovkommisjonen at det ”i en del tilfeller [vil] være mulig å straffe morselskapet ved å anse handlingen for å være begått på vegne av dette.”⁵² Departementet antyder det samme når det i motivene bemerkes at et morselskap ”bare [kan] ilegges foretaksstraff dersom det kan sies at overtredelsen er begått på vegne av også dette selskapet.”⁵³

Forarbeidene kan forstås slik at de bare sikter til situasjonen hvor morselskapet A har *medvirket* til lovbruddet i datterselskap B.⁵⁴ Uttalelsenes generelle karakter tilsier imidlertid at morselskapets ansvar er ment å rekke lenger enn de rene medvirkningstilfeller. Forarbeidene gir likevel ingen retningslinjer for, eller eksempler på, situasjoner hvor C kan anses for å handle på vegne av både A og B.

I forarbeidene til straffeloven 2005 fremgår det at ved vurderingen av om en lovbrøyer har handlet ”på vegne av” et morselskap, ”vil de samme momentene være relevante som ved vurderingen av lovbrøyerens tilknytning til datterselskapet.”⁵⁵ Som beskrevet i punkt 2.1.3.4 markerer ”på vegne av”-vilkåret krav om en nærmere personell og funksjonell tilknytning mellom selskapet og lovbruddet. Det personelle kravet legger begrensninger for hvilke *personer* selskapet kan identifiseres med. Gjerningspersonen må ha kompetanse til å representere selskapet som ilegges straff. Handlinger som er foretatt av utenforstående, men til fordel for selskapet, faller utenfor. Det funksjonelle tilknytningskravet setter grenser for hvilke *handlinger* selskapet hefter for. Et selskap vil ikke være ansvarlig for handlinger som dets representanter foretar i egenskap av privatperson.⁵⁶

Siktemålet i denne delen av oppgaven er å undersøke mulige grunnlag for at en overtredelse begått av gjerningsperson C – som er ansatt eller har styreverv i datterselskap B – kan anses å oppfylle kravet til personell og funksjonell tilknytning i relasjon til morselskap A. Ettersom

⁵¹ Se illustrasjon 2

⁵² NOU 1989:11 s. 18

⁵³ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 20

⁵⁴ Høivik (2012) s. 322. Også Andenæs er av denne oppfatning, se Andenæs (2004) s. 282: ”avgjørende vil være om noen av morselskapets ansatte ved instruksjoner eller på annen måte har medvirket til lovbruddet”

⁵⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.431

⁵⁶ Se for øvrig punkt 2.1.3.4

løsningen vil kunne bli ulik avhengig av om C er ansatt eller har styreverv i datterselskap B, vil jeg i det følgende skille mellom disse to situasjonene. I punkt 3.3.2 behandles situasjonen hvor C er ansatt. I punkt 3.3.3 behandles situasjonen hvor C har styreverv.⁵⁷

3.3.2 Person C er ansatt i et datterselskap B

3.3.2.1 Innledning

I det følgende forutsettes det at C er ansatt i et datterselskap B, men ikke i morselskapet A.⁵⁸ Ettersom mor- og datterselskap må regnes som to forskjellige rettssubjekter,⁵⁹ etablerer ansettelsesforholdet mellom C og datterselskap B som utgangspunkt ikke noe rettsforhold mellom C og morselskap A. C har ingen forpliktelser eller rettigheter overfor selskap A, og vice versa. Ansettelsesforholdet innebærer altså at C har personell tilknytning til datterselskap B, men som utgangspunkt ikke til morselskap A, jf. strl. § 48a.

I konsernforhold hvor mor- og datterselskap drives med formål å utnytte konsernets samlede ressurser optimalt, vil ansettelsesforholdet i praksis kunne være mer sammensatt. For det første fordi viktige beslutninger som gjelder den ansatte C i realiteten kan treffes i morselskapet A.⁶⁰ For det andre fordi C kan benyttes til å utføre arbeid for både datterselskap B og for morselskapet A. Med dette som utgangspunkt kan det reises spørsmål om C har kompetanse til å representere også morselskap A på en måte som innebærer *personell* tilknytning etter strl. § 48a. Alternativt må C regnes som utenforstående i relasjon til A, med den konsekvens at enhver handling C foretar (herunder handlinger til fordel for A) faller utenfor As ansvarsområde etter strl. § 48a.

To mulige grunnlag for personell tilknytning kan tenkes. For det første kan det tenkes at ansettelsesforholdet til C inngår som ledd i et oppdragsforhold mellom morselskap A og datterselskap B. Spørsmålet blir da om A har personell tilknytning til C i egenskap av oppdragsgiverselskap. Dette vil bli behandlet i punkt 3.3.2.2. For det andre kan det tenkes at ansettelsesforholdet til C er tilknyttet både A og B på en måte som etablerer et felles (arbeidsgiver)ansvar for selskapene. Dette vil bli drøftet i punkt 3.3.2.3.

⁵⁷ C kan eventuelt være oppdragstaker eller bedriftsforsamlingsrepresentant i datterselskap B. Problemstillingen om morselskapet As ansvar fremstår i disse tilfeller som mindre praktisk og drøftes derfor ikke videre.

⁵⁸ C kan være daglig leder eller ansatt i en ledende, underordnet eller selvstendig stilling

⁵⁹ Se punkt 2.2.2

⁶⁰ Se NOU 1996:6 punkt 2.1, 2.6.2, 2.6.5,

I punkt 3.3.2.4 tas det utgangspunkt i at C har kompetanse til å representere både morselskap A og datterselskap B på en måte som innebærer personell tilknytning etter strl. § 48a. Dersom C begår et lovbrudd, blir spørsmålet hvilket selskap C har handlet som representant for (A og/eller B), jf. kravet om funksjonell tilknytning.

3.3.2.2 Ansettelsesforholdet til C inngår som ledd i et oppdragsforhold mellom A og B

I praksis er det ikke uvanlig at mor- og datterselskap er organisert slik at morselskap A benytter datterselskap B til å utføre ulike typer arbeid. Normalt gjøres dette gjennom formelle kanaler; morselskap A og datterselskap B inngår en oppdragskontrakt som går ut på at B skal utføre et nærmere bestemt arbeid for A.⁶¹ Ettersom B er et selskap, vil B naturligvis måtte benytte en eller flere av sine ansatte C til å utføre arbeidet i henhold til oppdragskontrakten. Spørsmålet blir da om morselskap A i egenskap av oppdragsgiverselskap kan anses å ha personell tilknytning til C, selv om C formelt sett er ansatt i datterselskap B.

I forarbeider og rettspraksis er det lagt til grunn at oppdragsforhold, på samme måte som ansettelsesforhold og organforhold, etter omstendighetene kan etablere personell tilknytning etter strl. § 48a.⁶² Forutsetningen er at oppdragsgiverselskap A har reell mulighet for å innvirke på hvordan C skal utføre oppdraget ("innvirkningskravet"). Dette gjelder enten C utfører arbeid som selvstendig oppdragstaker eller som ansatt i et oppdragstakerselskap B.

Jeg ser ikke grunnlag for å kreve noe mer for foretaksansvar når et (mor)selskap benytter et datterselskap til å utføre oppdrag for seg, enn når det benytter et eksternt selskap. Foretaksansvaret i konserninterne oppdragsforhold må følgelig avgjøres på samme måte som i oppdragsforhold ellers, jf. strl. § 48a. Det sentrale er dermed om morselskapet A – i egenskap av oppdragsgiverselskap – har reell mulighet for å innvirke på hvordan C skal utføre oppdraget.

I forarbeidene til strl. § 48a fremgår det at et retningsgivende moment for vurderingen er om *"oppdraget er av en slik art at det like gjerne kunne vært utført av foretakets ansatte."*⁶³ I denne sammenheng vil oppdragets varighet og omfang kunne ha betydning. Jo lengere varig-

⁶¹ Konserninterne transaksjoner skal "grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og premisser", jf. asl. § 3-9

⁶² Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 19-20, jf. NOU 1989:11 s. 17, jf. Rt.1982 s. 645. Se også Rt.1998 s. 652 og Rt.2010 s. 1608

⁶³ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 20, jf. s. 19, jf. NOU 1989:11 s. 17

het og større omfang, jo større grunn er det til å likestille oppdragsforhold med ansettelsesforhold etter strl. § 48a.⁶⁴ Videre vil også stedet for overtredelsen kunne gi indikasjoner på hvorvidt oppdragsgiver A har reell innvirkningsmyndighet. I Rt.1982 s. 645 la Høyesterett – i begrunnelsen for å frifinne et oppdragsgiverselskap – vekt på at overtredelsen skjedde under utføring på *oppdragstakers eiendom*.⁶⁵ Videre viste Høyesterett til at overtredelsen skjedde etter protester fra ansatte i oppdragsgiverselskapet.⁶⁶ Det er med andre ord relevant for innvirkningskravet hvordan oppdragsgiver *faktisk har brukt sin påvirkningsmulighet*.

Foruten 1982-dommen er spørsmålet om oppdragsgivers ansvar for oppdragstakers lovbrudd ikke behandlet i rettspraksis. Det nærmere innholdet i innvirkningskravet er dermed ikke endelig avklart. I litteraturen er det antatt at et ansettelsesforhold mellom C og B etter omstendighetene vil kunne gi indikasjoner på at C er underlagt instruksjonsmyndighet fra B på en måte som gjør at A ikke oppfyller kravet om reell innvirkningsmulighet.⁶⁷ Dette er kanskje særlig relevant i konsernforhold. Videre vil det antageligvis også ha betydning om oppdraget etter sin art ligger innenfor kjernevirksomheten i A eller om oppdragstakeren er innhentet for å utføre arbeid som ligger utenfor den kompetansen As ansatte besitter.⁶⁸

I henleggelse NAST/07/010-H-03 la statsadvokat Lønseth til grunn at innvirkningslæren kunne overføres til morselskapets rettsstilling også hvor det mellom mor- og datterselskapet *ikke* forelå noe oppdragsforhold.⁶⁹ Overføringsverdien ble begrunnet i formålet bak foretaksstraffen. Statsadvokatens uttalelse har imidlertid liten eller ingen rettskildemessig vekt. For det første fordi uttalelsen ble gitt i etterforskningsøyemed, i motsetning til strafføyemed. Konteksten tilsier da en vid forståelse av foretaksansvaret for å unngå henleggelse av potensielt straffbare forhold. For det andre fordi argumentasjonen neppe er holdbar. Et sentralt poeng i den forbindelse er at det i forarbeidene ikke er inntatt noen tilsvarende regel for konsernforhold, som for oppdragsforhold. Dersom lovgiver mente at en liknende regel skulle gjelde i konsernforhold, ville det være naturlig å innta en setning (eller to) om dette. Forarbeidene yter med andre ord motstand mot at innvirkningskravet kan anvendes i konsernforhold uten at det mellom konsernselskapene foreligger et oppdragsforhold. Dette støttes av man ved spørsmål om foretaksansvar i aksjeselskapsrettslige konsernforhold må ta i betraktning hensyn som ligger til grunn for aksjeselskapsformen; å motivere til investering og verdiskapning i samfunnet. Disse hensyn spiller ikke inn ved spørsmål om foretaksansvar i oppdragsforhold, hvilket kan begrunne et mer vidtgående ansvar enn i

⁶⁴ Særlig relevant ved ulike former for innleie

⁶⁵ Rt.1982 s. 645 (s. 646)

⁶⁶ Rt.1982 s. 645 (s. 646)

⁶⁷ Høivik (2012) s. 257

⁶⁸ Høivik (2012) s. 254

⁶⁹ Statsadvokaten (2007) s. 11 og Riksadvokaten (2007) s.

konsernforhold. Hensett til at det på legalitetsprinsippet og strafferettens område stilles krav om klar lovhjemmel, gir rettskildebildet som beskrevet ikke grunnlag for at ansvarsregelen i oppdragsforhold kan overføres til konsernforhold.

3.3.2.3 *Kan ansettelsesforholdet til C være tilknyttet både A og B på en måte som etablerer et felles (arbeidsgiver)ansvar for selskapet etter strl. § 48a ?*

Hovedregelen i konsernforhold er at det enkelte konsernselskap er arbeidsgiver for sine ansatte, jf. arbeidsmiljøloven (aml.) § 1-8 annet ledd.⁷⁰ I rettspraksis er det imidlertid lagt til grunn at ansettelsesforholdet til en arbeidstaker C i særskilte tilfeller kan være tilknyttet både morselskap A og datterselskap B på en måte som etablerer et felles arbeidsgiveransvar selskapene.⁷¹ Hva som nærmere kreves for at et slikt felles arbeidsgiverforhold skal foreligge, er ikke avklart. Etter rettspraksis er det klart nok ikke tilstrekkelig at forholdet mellom mor- og datterselskapet har vært som i konsernforhold flest – det kreves noe særskilt.⁷² I forarbeidene til arbeidsmiljøloven (aml.) 2005 oppsummeres gjeldende rett slik:⁷³

”I den grad det etter rettspraksis er oppstilt et delt arbeidsgiveransvar, så har det etter en konkret vurdering vært særskilt grunnlag for det. Slike særlige grunnlag har i hovedsak vært at det er avtalt flere arbeidsgivere, at flere selskaper reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner, eller at arbeidsforholdet har kontraktsmessige uklarheter.” [mine uthevninger]

For øvrig fremgår det av både forarbeidene og rettspraksis at arbeidsgiverbegrepet er relativt, slik at vurderingen av om arbeidsgiveransvaret påhviler ett eller flere selskap vil kunne falle ut noe forskjellig i relasjon til ulike regler.⁷⁴ Spørsmålet blir da om kriteriene for et slikt felles arbeidsgiveransvar i konsernforhold, som er utviklet på det arbeidsrettslige området, kan legges til grunn for spørsmålet om personell tilknytning etter strl. § 48a.

Spørsmålet er ikke behandlet i rettspraksis eller forarbeider. En sentral innvending mot å anvende læren på spørsmålet om foretaksstraff ligger i partsforholdet. I relasjon til arbeidsretten

⁷⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 74-75.

⁷¹ Se blant annet Rt.1990 s. 1126 (Wärtsilä)

⁷² Se blant annet RG-2002-1551 hvor Frostating Lagmannsrett oppsummerer hva som kreves for å etablere et felles arbeidsgiveransvar for mor- og datterselskap

⁷³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 76

⁷⁴ Se bl.a. Jakhelln (2004) s. 78

må arbeidsgiverbegrepet fastlegges med bakgrunn i spørsmålet om hvilke plikter arbeidsgiver har ovenfor den han anvender i sin tjeneste. Som fremhevet i formålsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 1-1, innebærer det at sosiale og velferdsmessige hensyn kommer inn i bildet. Disse hensyn tilsier en vid fortolkning av arbeidsgiverbegrepet, noe rettspraksis også legger til grunn.⁷⁵ Denne omstendighet kan imidlertid tale for forsiktighet med å legge til grunn de samme begrepsgrensene i relasjon til strl. § 48a, hvor spørsmålet er om arbeidsgiver kan pålegges straffansvar for arbeidstakers lovbrudd. Partsforholdet er et annet, og sosiale hensyn kommer ikke inn på samme måte.⁷⁶

På den annen side viser Høyesteretts avgjørelse i Rt.1989 s. 231 (Exploration Logginggruppen) at sosiale hensyn på arbeidstakersiden ikke alltid er avgjørende. I denne saken ble arbeidstakeren ansett som ansatt i konserngruppen som helhet, og ikke i det enkelte konsernselskapet, med den konsekvens at han mot sin vilje kunne pålegges flytteplikt innenfor konsernets ulike selskaper.

Foretaksstraffens preventive funksjon taler også for at det utvidede arbeidsgiverbegrepet som følger av arbeidsrettspraksis bør kunne anvendes på spørsmålet om foretaksstraff. Som nevnt er det en forutsetning for felles arbeidsgiveransvar at arbeidstaker C enten har en eller annen kontraktmessig tilknytning til morselskap A, eller at A reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd sentrale arbeidsgiverfunksjoner (styringsrett) overfor C. I begge tilfeller vil C i større eller mindre grad falle innenfor As interne organisasjons- og instruksjonssystem. Foretaksstraffens funksjon som organisatorisk incitament gjør seg dermed gjeldende overfor morselskap A så vel som for datterselskap B.

I motsatt retning taler det likevel at læren om felles arbeidsgiveransvar, som var en etablert lære i norsk arbeidsrett ved innføring av strl. § 48a, ikke er nevnt i forarbeidene til bestemmelsen. Dersom meningen var at de samme begrepsgrensene skulle legges til grunn for spørsmålet om foretaksstraff, ville det være naturlig å innta en setning (eller to) om dette i forarbeidene. Til sammenlikning fremgår det uttrykkelig at oppdragsgiverforetak A kan holdes ansvarlig for oppdragstakers lovbrudd dersom A har reell mulighet til å innvirke på hvordan C skal utføre oppdraget.⁷⁷ Forarbeidene yter med andre ord motstand mot at læren om

⁷⁵ For eksempel Rt.1968 s. 725 og Rt.1984 s. 1044

⁷⁶ Se liknende argumentasjon i relasjon til erstatningsansvar i Askeland (2002) s. 105-106

⁷⁷ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 19-20, jf. NOU 1989:11 s. 17, jf. Rt.1982 s. 645

felles arbeidsgiveransvar kan anvendes i relasjon til spørsmålet om personell tilknytning etter strl. § 48a

I lys av at legalitetsprinsippet stiller krav om særskilt klar lovhjemmel på strafferettens område, synes det betenkelig å legge til grunn en tolkning av ”på vegne av”-vilkåret som både fremstår som uklar etter ordlyden og ikke har klar støtte i forarbeidene. Ettersom heller ikke arbeidstakerhensyn spiller inn ved spørsmål om foretaksstraff, er det etter mitt syn ikke grunnlag for å anvende kriteriene for et felles arbeidsgiveransvar på spørsmålet om personell tilknytning etter strl. § 48a.

Konklusjonen er imidlertid usikker, og det er ikke utenkelig at en domstol etter omstendighetene vil komme til en annen konklusjon. Ettersom arbeidstakerhensyn ikke gjør seg gjeldende i relasjon til strl. § 48a, må det i så tilfelle antas at terskelen for at mor- og datterselskap skal pålegges felles ansvar etter strl. § 48a, er høyere enn for at selskapene skal anses å ha et felles arbeidsgiveransvar etter arbeidsmiljøloven.

3.3.2.4 Hvilket selskap har C handlet som representant for?

Forutsetningen i det følgende er at C har kompetanse til å representere både morselskap A og datterselskap B på en måte som innebærer personell tilknytning etter strl. § 48a.⁷⁸ Dersom C begår et lovbrudd, blir spørsmålet hvilket selskap C handlet som representant for (A og/eller B), jf. kravet om funksjonell tilknytning.

De generelle kriteriene som fremgår av rettspraksis og teori i relasjon til funksjonstilknytningskravet, tar i hovedsak sikte på å trekke grensen mellom overtredelser C begår som representant for foretaket, og overtredelser C begår som privatperson. I denne sammenheng forutsettes det at C ikke har opptrådt som privatperson, slik at spørsmålet gjelder den nærmere grensen mellom handlinger C foretar i egenskap av representant for selskap A og/eller B.

Dersom gjerningsperson C har vesentlig ulike funksjoner i A og B, vil løsningen være klar nok. I et slikt tilfelle vil lovbrudd C begår som ledd i utføringen av arbeid for A måtte tilskrives selskap A, mens B vil holdes ansvarlig for lovbrudd som er begått som ledd i utføring av

⁷⁸ Enten ved at C inngår som ledd i et oppdragsforhold mellom A og B, jf. punkt 3.3.2.2 eller at det foreligger et felles foretaksansvar for A og B, jf. punkt 3.3.2.3

arbeid for selskap B. I denne grensedragningen vil blant annet tid og sted for lovbruddet kunne være retningsgivende.⁷⁹

Dersom C utfører likeartet arbeid for de to selskapene, vil den nærmere grensedragningen måtte bero på en mer sammensatt vurdering. I denne sammenheng kan det for det første få betydning hvilket selskaps interesser lovbruddet tjener.⁸⁰ Dette vil i all hovedsak si hvilket selskap som har økonomisk fordel av at lovbruddet begås. Ettersom datterselskap ofte styres av formål om å oppnå best mulig økonomisk resultat for konsernet samlet sett, vil et lovbrudd i mange tilfeller tjene både A og Bs interesser. Kriteriet er dermed lite egnet for å trekke en grense mellom handlinger C begår som representant for mor- og datterselskap.

Lovbruddets påregnelighet kan imidlertid være ulik for de to selskapene. Det avgjørende er om handlingen ligger utenfor det arbeidsgiveren med rimelighet har kunnet regne med. Denne vurderingen beror blant annet på risikoens relasjon til selskapets virksomhet, hvilken kunnskap om risikoen som eksisterte i selskapet på forhånd, og selskapets mulighet for å forhindre lovbruddet gjennom organisatoriske tiltak.⁸¹ Dersom virksomhetene i A og B er så tett integrert at de vanskelig kan skilles fra hverandre (sammenblanding), vil C antageligvis måtte regnes for å handle i egenskap av representant for både A og B.

Som kriteriene antyder, vil den nærmere grensedragningen bero på de konkrete omstendighetene i den enkelte sak. Konklusjonen er dermed at C etter omstendighetene vil kunne anses å ha opptrådt ”på vegne av” både mor- og datterselskap, og eventuelt bare morselskap A, jf. strl. § 48a.

3.3.3 Person C har styreverv i et datterselskap B (dobbeltervervkonstellasjoner)

3.3.3.1 *Innledning*

Karakteristisk for datterselskapsstyrer – sammenliknet med selskapsstyrer utenfor konsern – er at medlemmene kan ha fått tildelt styrevervet som følge av å inneha en (ledende) stilling i morselskapet. Organisatorisk kan dette by på fordeler for morselskapet, blant annet fordi det

⁷⁹ Høivik (2012) s. 272-273

⁸⁰ Høivik (2012) s. 274-281

⁸¹ Høivik (2012) s. 289-302

kan være lettere å få gjennomført morselskapets beslutninger nedover i de underordnede konsernselskapene.⁸²

Hvor C er rekruttert utenfra konsernet som en ekstern styrerepresentant i datterselskap B, er det vanskelig å se for seg at kravet til personell tilknytning kan være oppfylt i relasjon til morselskap A, jf. strl. § 48a. Dette vil imidlertid stille seg annerledes dersom C har fått styrevervet i kraft av å inneha en stilling i A.

I det følgende forutsettes det at styremedlem C er ansatt, eksempelvis som økonomisjef i morselskap A.⁸³ Dersom styret i B beslutter å inngå en avtale om prissamarbeid i strid med kartellforbudet i konkurranseloven § 10, kan B etter omstendighetene straffes for styremedlem Cs (og de andre styremedlemmenes) handling, jf. strl. § 48a. Spørsmålet blir om C i dette tilfellet også har opptrådt ”på vegne av” morselskapet A.

Ettersom C er ansatt (økonomisjef) i A, er det klart kravet til personell tilknytning er oppfylt, jf. strl. § 48a. Problemstillingen kan dermed spisses med hensyn til kravet om funksjonell tilknytning. Spørsmålet blir om C, ved utføring av styreverv i datterselskap B, samtidig kan anses å handle i egenskap av stillingen som økonomisjef i morselskap A.

3.3.3.2 *Rettskildebildet*

Spørsmålet er verken behandlet i lovens forarbeider eller høyesterettspraksis. En tilsvarende konstellasjon er imidlertid behandlet i relasjon til spørsmålet om et morselskaps erstatningsansvar. Etter skl. § 2-1 tredje ledd omfatter arbeidsgiveransvaret ikke arbeidstakers ”verv som tillitsvalgt i annet foretak”. Bestemmelsen kom inn ved en lovendring i 1997,⁸⁴ og er en kodifisering av Høyesteretts avgjørelse i Minnorddommen (Rt.1996 s. 742).⁸⁵

Spørsmålet i dommen var om to morselskap kunne holdes erstatningsansvarlig for økonomisk tap som var påført et datterselskaps medkontrahenter. Både arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 og det ulovfestede organansvaret var anført som ansvarsgrunnlag. Høyesterett kom til at morselskapet ikke kunne holdes erstatningsansvarlig til tross for at to av styremedlemmene i dat-

⁸² Thorsen (1994) s. 38

⁸³ Det må antas at vurderingen langt på vei blir den samme hvor C er tilknyttet morselskap A gjennom styreverv (organforhold)

⁸⁴ F17.07.1998 nr. 615

⁸⁵ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 117-185

terselskapet hadde fått styrevervet som følge av å være ansatt i morselskapet.⁸⁶ Høyesterett begrunnet standpunktet slik:⁸⁷

”De begrunnelser som er gitt for arbeidsgiveransvaret, slår bare delvis inn når det gjelder styremedlemmene i et annet selskap. Arbeidsgiveransvaret er blant annet begrunnet i arbeidsgivers instruksjonsrett og muligheter for å avverge skade. Arbeidsgiveransvar for styremedlemmer atskiller seg fra de ordinære forhold som dekkes av dette ansvaret. Styremedlemmer er selskapets tillitsmenn og har et selvstendig ansvar for å handle i selskapets interesse, ikke i arbeidsgiverens.”

Høyesterett avviste også organansvaret, med tilsvarende begrunnelse:⁸⁸

”Jeg tar ikke stilling til om disse styremedlemmene må anses som organer i eierselskapene. I Minnor handlet de som medlemmer av styret og pliktet å handle i dette selskapets interesse. Jeg kan ikke se at de samtidig kan anses å handle som organer i selskapet der de var ansatt.”

Det sentrale i Høyesteretts begrunnelse for å avvise både arbeidsgiver- og organsansvaret, er at styremedlemmene – ved utøvelsen av styrevervene – pliktet å ivareta datterselskapets selvstendige interesser uavhengig av ansettelsesforholdet i morselskapet. Dette bygger, slik Høivik formulerer det, på en *formalistisk* forutsetning om at det enkelte selskap i et konsern er et selvstendig foretak.⁸⁹ Ettersom tilsvarende forutsetning ligger til grunn for foretaksbegrepet i strl. § 48a, mener Høivik samme løsning må gjelde ved spørsmål om ileggelse av foretaksstraff.⁹⁰

Oppfatningen støttes av at det i forarbeidene forutsettes at grensen for hva som kan tilregnes et foretak *strafferettslig*, er snevrere enn hva som tilregnes et foretak *erstatningsrettslig*.⁹¹ Når et morselskap ikke kan holdes erstatningsansvarlig for handlinger ansatte begår ved utføring

⁸⁶ Mer om organansvaret i Askeland (2002) s. 280 flg.

⁸⁷ Rt.1996 s. 742 (s. 758-759)

⁸⁸ Rt.1996 s. 742 (s. 759)

⁸⁹ Høivik (2012) s. 323

⁹⁰ Høivik (2012) s. 323-324

⁹¹ Se Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 18-19. Forarbeidene begrunner standpunktet med at straff er begrunnet i et prevensjonshensyn, mens erstatning også er begrunnet i reparasjonshensyn.

av styreverv i datterselskap, jf. skl. § 2-1 og Minnor-dommen, må forarbeidene tas til inntekt for at den samme konstellasjonen heller ikke gir grunnlag for ileggelse av foretaksstraff etter strl. § 48a. I Transocean-dommen sluttet Oslo tingrett seg til Høiviks resonnement, og uttalte:⁹²

”Retten ser ikke grunnlag for å kreve mindre for straffe- enn for erstatningsansvar, og mener at konstellasjonen som er prøvd opp mot arbeidsgiver- og organansvaret i Minnor-dommen, heller ikke kan lede til foretaksstraff i seg selv.”

Forarbeidene til straffeloven 2005 synes imidlertid å bygge på en annen forståelse av strl. § 48a. Departementet uttaler her at spørsmålet *”om morselskapet kan holdes ansvarlig, beror på en vurdering av lovbruterens tilknytning til dette selskapet, for eksempel om lovbruterens også har verv i morselskapet”*⁹³ [min utheving]. Videre fremgår det av merknadene til bestemmelsen, at man i den nye loven – med unntak av skyldkravet – tok sikte på en videreføring av gjeldende rett.⁹⁴ Ser man uttalelsene i sammenheng, synes forarbeidene dermed å bygge på en forutsetning om at morselskap vil kunne holdes ansvarlig for ansatte styremedlemmers lovbrudd også etter strl. § 48a.

Forarbeidene til den nye straffeloven ble imidlertid skrevet etter vedtakelsen av strl. § 48a. Etter alminnelig rettskildelære har slike etterfølgende tolkninger fra lovgiver neppe mer rettskildevekt enn om tolkningen var gjort av en juridisk forfatter ellers.⁹⁵ Når uttalelsen dessuten ikke er begrunnet, og i tillegg bygger på en feilaktig forutsetning om videreføring av gjeldende rett, kan forarbeidene neppe tillegges nevneverdig vekt ved tolkning av strl. § 48a.

Konklusjonen må etter dette være at et morselskap ikke kan holdes ansvarlig for lovbrudd begått av styremedlemmer i datterselskap, basert på at disse samtidig er ansatt i morselskapet og at morselskapet har valgt disse, jf. strl. § 48a.

⁹² TOSLO-2011-19007 (s. 233-234)

⁹³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 431

⁹⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 27

⁹⁵ Nygaard (2004) s. 202-205

3.3.3.3 Vil rettsstilstanden endres ved ikrafttredelse av straffeloven 2005?

Det kan reises spørsmål hvorvidt straffeloven 2005 på dette punkt innebærer en endring av gjeldende rett. I relasjon til denne lovs § 27 gir forarbeidene uttrykk for lovgivers vilje, og må som utgangspunkt tillegges betydelig vekt i retning av at morselskap kan holdes ansvarlig.

På den andre side bygger forarbeidene som nevnt på en feilaktig forutsetning om videreføring av gjeldende rett, og er heller ikke begrunnet. I tråd med alminnelig rettskildelære, vil en lite gjennomtenkt uttalelse ha begrenset vekt i motstridstilfeller.⁹⁶ Sett hen til det strenge klarhetskravet som gjelder på strafferettens område, er min vurdering at rettsstilstanden ikke vil endre seg når straffeloven 2005 trer i kraft.

3.4 Medvirkningsansvar

3.4.1 Innledning

I denne delen av oppgaven forutsettes det at gjerningsperson C, som er ansatt eller styremedlem i datterselskap B, ikke kan anses å handle ”på vegne av” morselskap A. Cs straffbare handling(er), faller da utenfor As ansvarsområde etter strl. § 48a. Spørsmålet blir i hvilken utstrekning A likevel kan holdes ansvarlig for *medvirkning* til overtredelsen.



Høyesterett har ved flere anledninger lagt til grunn at vilkåret i strl. § 48a om at et straffebud må være ”overtrådt” omfatter straffbar medvirkning.⁹⁷ Det faktum at et morselskap *kan* holdes ansvarlig for medvirkning til overtredelser begått i datterselskap, er altså ikke tvilsomt. Forutsetningen er at medvirkeren D har handlet ”på vegne av” morselskapet A, og at alle vilkårene for straffbar medvirkning er oppfylt.

Spørsmålet om straffbar medvirkning i konsernforhold er del av en mer allmenn problemstilling om de ytre grensene for medvirkningsansvaret. Innenfor denne oppgavens rammer vil jeg begrense meg til å behandle enkelte praktiske typetilfeller som kan illustrere medvirkningsan-

⁹⁶ Se blant annet Rt.2007 s.1274 (40-43) (Mobiltelefondommen)

⁹⁷ Se blant annet Rt.1988 s.1356 og Rt.2009 s.1079, og senest i Rt.2013 s.1025. Forutsetningen er som for medvirkning ellers at primærstraffebudet inneholder et medvirkningstillegg, eller at medvirkningshandlingen omfattes av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, jf. det naturlige fortolkningsprinsipp

svarets relevans i konsernforhold. I det følgende legges det til grunn at medvirker D har handlet ”på vegne av” morselskap A, og at hovedgjerningsperson C har handlet ”på vegne” av datterselskap B (se illustrasjon 1).

Innledningsvis – i punkt 3.4.2 – vil jeg gi en kort redegjørelse for vilkårene for straffbar medvirkning generelt. Deretter vil jeg i punkt 3.4.3 – 3.4.5 se nærmere på hvordan et morselskap i praksis kan medvirke til straffbare handlinger i et datterselskap. I punkt 3.4.6 vil jeg knytte noen kommentarer til betydningen av at skyldkravet i strl. § 48a fjernes i straffeloven 2005.

3.4.2 Nærmere om straffbar medvirkning

Medvirkning deles tradisjonelt inn i to hovedkategorier; fysisk og psykisk medvirkning. Den første omfatter bistand gjennom handlinger. Den siste omfatter forhold som overtalelse, tilskyndelse, råd, etc. Som psykisk medvirkning har man tradisjonelt også medregnet medvirkning gjennom unnlater; såkalt passiv medvirkning.

Medvirkning lar seg vanskelig definere abstrakt, men kjennetegnes ved at en handling eller en unnlattelse står i et ”medvirkende årsaksforhold” til hovedgjerningen.⁹⁸ I dette ligger at medvirkningsbidraget ikke må være nødvendig for at overtredelse finner sted, men handlingen eller unnlattelsen må ha en eller annen funksjon i forbindelse med lovbruddet.⁹⁹ I tillegg må medvirkningsbidraget være rettsstridig.¹⁰⁰ Ettersom mange medvirkningshandlinger ”har et dagligdags preg og isolert sett ikke er straffverdige”, kan rettsstridsreservasjonen begrense ansvaret for handlinger som ellers oppfyller alle kjennetegn på et medvirkningsansvar.¹⁰¹

Videre kreves det at medvirkeren har utvist slik skyld som straffebudet forutsetter. Dersom skyldkravet er forsett, jf. strl. § 40, må forsettet hos medvirker dekke både de omstendigheter som medfører at hovedgjerningspersonens handling omfattes av gjerningsbeskrivelsen, og de forhold som gjør at hans eller hennes egen handling innebærer straffbar medvirkning.¹⁰² Dersom skyldkravet er uaktsomhet, er spørsmålet om medvirker kan bebreides for ikke å handle annerledes.

⁹⁸ Mæland (2012) s. 125 og Husabø (1999) s. 79

⁹⁹ Mæland (2012) s. 125

¹⁰⁰ Husabø (1999) s. 95-99

¹⁰¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411

¹⁰² Husabø (1999) s. 239

3.4.3 Vedtak i generalforsamling

Et morselskaps medvirkeransvar kan for det første tenkes å ha grunnlag i vedtak i generalforsamlingen.¹⁰³ Det følger av aksjelovens hierarkiske oppbygning at generalforsamlingen som overordnet organ kan gi styret instruks i enkeltsaker og vedta generelle retningslinjer for driften av datterselskapet, jf. asl. § 5-1. Dersom det på generalforsamlingen for eksempel besluttes at datterselskapet skal inngå en avtale om prissamarbeid i strid med kartellforbudet i konkurranseloven § 10, og beslutningen gjennomføres i selskapet, vil morselskapet som følge av stemmegivningen kunne straffes for medvirkning etter strl. § 48a.¹⁰⁴ Dersom beslutningen ikke gjennomføres, vil morselskapet etter omstendighetene kunne straffes for forsøk på medvirkning, jf. strl. § 48a, jf. § 49.¹⁰⁵

3.4.4 Instruksjoner og annen aktiv påvirkning

Morselskapets påvirkning og styring av datterselskap skjer i praksis på andre mer uformelle måter enn ved generalforsamlingsvedtak.¹⁰⁶ Selskapsrettslig har ledelsen i et morselskap ingen formell instruksjonsmyndighet overfor ansatte eller tillitsvalgte i et datterselskap. Eierinnflytelsen må som nevnt utøves gjennom generalforsamlingen, jf. asl. § 5-1. Uformelle instruksjoner er imidlertid ikke uvanlig i praksis, og vil kunne oppleves som faktisk bindende for ansatte og styremedlemmer i datterselskapet.¹⁰⁷

Slik uformell påvirkning i et datterselskap kan fra morselskapets side være av ulik karakter. Den klareste formen for medvirkning er instruksjoner som gjelder den konkrete saken. For eksempel hvor konsernsjefen i morselskapet instruerer en økonomidirektør i datterselskapet om å inngå en avtale med en konsulent som innebærer ulovlig påvirkningshandel etter strl. § 267c. Eller hvor en prosjektsjef i morselskapet instruerer skiftleder i datterselskapet om ikke å treffe tiltak for å redusere bedriftens miljøutslipp i samsvar med forurensningsmyndighetens utslippstillatelse.

¹⁰³ I konserner med heleide datterselskap vil morselskapets daglige leder – etter fullmakt fra morselskapsstyret – normalt utgjøre generalforsamlingen til datterselskapet, se Normann (2010) s. 246

¹⁰⁴ Normann (2010) s. 245

¹⁰⁵ Ledelsen i datterselskapet har (selvsagt) ingen plikt til å gjennomføre generalforsamlingsvedtak som er i strid med loven, jf. asl. 6-28 annet ledd

¹⁰⁶ Thorsen (1994) s. 41- 43

¹⁰⁷ Høivik (2012) s. 322

Også instruksjoner av mer generell karakter kan påvirke datterselskapets tillitsvalgte og ansatte til å begå lovbrudd de ellers ikke ville begått. For eksempel ved at morselskapet gir føringer for hvilke hensyn den tillitsvalgte og ansatte generelt skal legge vekt på ved utøvelse av sin rolle i datterselskapet. Eller ved at morselskapet legger betydelig press på datterselskapets ansatte og tillitsvalgte om å sørge for høy omsetning, samtidig som det ikke er så veldig opp-tatt av hvordan inntjeningen skjer.

Det vil være en glidende overgang fra de klare instruksjonstilfeller til situasjoner hvor morselskapets ledere og ansatte har påvirket på annen måte, for eksempel ved rådgivning og informasjon. I Transoceandommen sluttet Oslo tingrett seg til påtalemyndigheten i at en rådgivende telefaks fra serviceselskapet TODDI – objektivt sett – måtte betraktes som straffbar medvirkning til regnskapsovertredelsene i datterselskapet THAV.¹⁰⁸ Selskapet ble likevel frifunnet fordi rådgiveren ikke hadde handlet med subjektiv skyld.¹⁰⁹

3.4.5 Passiv medvirkning

3.4.5.1 Innledning

Den klare hovedregelen i norsk strafferett er at passivitet ikke kan gi grunnlag for strafferettslig ansvar. I rettspraksis og juridisk teori er det likevel forutsatt at unnlattelse i enkelte særlige tilfeller kan gi grunnlag for straffbar medvirkning, såkalt *passiv medvirkning*.¹¹⁰

Passivt medvirkeransvar bygger på tanken at medvirkeren burde foretatt seg noe for å motvirke den straffbare handlingen.¹¹¹ Enhver person kan imidlertid ikke bebreides for å ha forholdt seg passiv i enhver situasjon. For det første stilles det krav om handlingsalternativ(er) som – dersom den passive hadde forsøkt – kunne motvirket overtredelsen.¹¹² For det andre stilles det krav om en nærmere tilknytning mellom den passive og den aktuelle situasjonen som er sterk nok til å begrunne en straffesanksjonert handleplikt (tilknytningskravet).¹¹³

¹⁰⁸ TOSLO-2011-19007 (s. 239)

¹⁰⁹ TOSLO-2011-19007 (s. 240)

¹¹⁰ Husabø (1999) s. 180, se også Andenæs (2005) s. 329 som anser passivitet som unntak fra vilkåret om positiv tilskyndelse som oppstilles for psykisk medvirkning.

¹¹¹ Husabø (1999) s. 180-181

¹¹² Husabø (1999) s. 196-198 som legger til grunn at årsakskravet i relasjon til passiv medvirkning må formuleres som et krav om hindringssammenheng mellom passiviteten og den straffbare handlingen.

¹¹³ Husabø (1999) s. 186 flg.

Spørsmålet i denne sammenheng er hvorvidt tilknytningsforholdet mellom et mor- og datterselskap etter omstendighetene kan begrunne en handleplikt for styremedlem og/eller ansatte i morselskapet med hensyn til straffbare forhold i datterselskapet.

3.4.5.2 *Passivt medvirkningsansvar på tvers av selskapsstrukturen i konsernforhold*

Av rettspraksis og juridisk teori fremgår det at overordningsforhold etter omstendighetene vil kunne utløse et passivt medvirkningsansvar, forutsatt at den overordnede har hatt forsett om den underordnede sitt lovbrudd, eventuelt ved uaktsomhetsdelikt at den overordnede har opptrådt uaktsomt.¹¹⁴ Høyesteretts avgjørelse i Rt.1977 s. 6 er illustrerende. Styreleder i et aksjeselskap hadde vært klar over at daglig leder ikke hadde betalt moms og foretatt skattetrekk på vegne av selskapet. Styrelederen ble i Høyesterett dømt for medvirkning til daglig leders overtredelse av merverdiavgiftsloven § 72 og skattebetalingsloven § 51. Høyesterett uttalte:¹¹⁵

”I denne situasjonen måtte det være domfeltes plikt som styremedlem å ta forholdet opp i styret for å få en ordning med betalingen, eller – hvis det ikke lot seg gjøre – få driften stanset.”

Høyesterett etablerte med dette en handleplikt for styreleder basert på den myndighet styret har overfor daglig leder og forvaltningen av et aksjeselskap. Ettersom det etter aksjeloven ikke foreligger noe formelt overordningsforhold mellom personer i et morselskap og ansatte og tillitsvalgte i datterselskap, kan ikke avgjørelsen i Rt.1977 s. 6 alene begrunne en tilsvarende handleplikt i konsernforhold.

På den annen side er det morselskapet som ved sin ”bestemmende innflytelse” vil kunne iverksette nødvendige tiltak i datterselskap for å få stanset eventuelle lovstridige forhold. Dette vil særlig være situasjonen hvor morselskapet er eeneier. Dersom en overordnet – eksempelvis konsernsjefen – i et morselskap kjenner til ulovlige miljøutslipp i datterselskap, men ikke benytter seg av muligheten han som konsernsjef har til å gripe inn, kan det reises spørsmål hvorvidt unnlåtelsen bør danne grunnlag for passivt medvirkningsansvar.

En viss støtte for en slik løsning finnes i Høyesteretts avgjørelse i Rt.1998 s. 565. Konsernsjefen i et morselskap ble her ansett forpliktet til å fremlegge for retten ikke bare dokumenter

¹¹⁴ Rt.1947 s.69 og Rt.1977 s.6

¹¹⁵ Rt.1977 s.6 (s.7)

han hadde i sin direkte besittelse, men også dokumenter som var i datterselskapets besittelse, jf. straffeprosessloven §§ 210 og 411 tredje ledd. Dette fordi konsernsjefen på grunn av sin stilling innen konsernet måtte anses for å ha direkte adgang til disse. Dommen illustrerer at overordnede i morselskap etter omstendighetene kan være pliktig å utøve eierinnflytelsen i datterselskap på en bestemt måte.

I forarbeidene til den nye straffeloven presiseres det at vurderingen av hva som skal regnes som straffbar medvirkning hovedsakelig må være overlatt til teori og rettspraksis.¹¹⁶ Som Andenæs uttaler, ”må [en] alltid regne med muligheten av at der kan oppstå særlige kombinasjoner i livet hvor en passivitet kan bli likeverdig med en aktiv skadegjørende eller forbrytersk handling.”¹¹⁷

Konklusjonen må etter dette være at det ikke kan utelukkes at tilknytningsforholdet mellom mor- og datterselskap etter omstendighetene kan begrunne en straffesanksjonert handleplikt for styremedlemmer og ansatte D i morselskap A med hensyn til straffbare forhold i datterselskap B.¹¹⁸ Regelen må i tilfellet finne sin vei gjennom rettspraksis.

3.4.5.3 Uavklarte spørsmål knyttet til passivt medvirkningsansvar i konsernforhold

Forutsatt at det kan oppstilles en regel om passivt medvirkningsansvar i konsernforhold, oppstår en rekke spørsmål med hensyn til ansvarets rekkevidde. Løsningen på de ulike spørsmålene vil nødvendigvis måtte bero på forholdene i den enkelte sak. Innenfor denne oppgavens rammer vil jeg begrense meg til å gi en kort presentasjon av enkelte sentrale spørsmål som kan oppstå.

For det første kan det reises spørsmål om det er tilstrekkelig for å etablere en handleplikt at morselskapet formelt har styringsmyndighet i datterselskapet, jf. asl. § 1-3, eller om det er et vilkår at morselskapet rent faktisk har utøvet bestemmende innflytelse. Antagelig vil det siste

¹¹⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 410

¹¹⁷ Andenæs (1942) s. 252

¹¹⁸ Det kan videre reises spørsmål om C som er ansatt i A og styremedlem i B (dobbeltvervkonstellasjon), i egenkap av ansatt i A kan anses å ha et passivt medvirkningsansvar med hensyn til egne straffbare handlinger som styremedlem i B. Tilsynelatende vil en slik løsning gå i mot forarbeidenes forutsetning om at grensen for hva som kan tilregnes et foretak *strafferettslig*, er snevrere enn hva som tilregnes et foretak *erstatningsrettslig*, se punkt 3.3.3. På den andre siden gjelder det et strengere årsakskrav for erstatningsrettslig medvirkning, enn for medvirkning i strafferetten, se punkt 3.4.2

være å strekke medvirkningsansvaret for langt, slik at det må være et krav at morselskapet faktisk har uøvet bestemmende innflytelse over datterselskapet.

For det andre kan det oppstå tvil med hensyn til hvilke personer innen morselskapet som kan pålegges handleplikt. Et naturlig utgangspunkt er at passivitetsansvaret må begrenses til personer som i kraft av sin stilling har kompetanse til å gripe inn, eksempelvis konsernsjef, styremedlemmer og daglig leder. En rekke grensetilfeller vil imidlertid kunne oppstå i relasjon til konsernledelsen og andre avdelingsledere med avgrensede ansvarsområder.

Videre kan det oppstå spørsmål om hvor langt plikten til å gripe inn strekker seg. I Rt.1977 s. 6 uttalte Høyesterett at det var domfeltes (styreleders) plikt å ta forholdet opp i styret for å få en ordening med betalingen, eller – hvis det ikke lot seg gjøre – få driften stanset. Høyesterett etablerte med dette en relativt omfattende handleplikt, ettersom det å melde fra om forholdet til styret ikke ble ansett som tilstrekkelig.

3.4.6 Hvilke konsekvenser får det at skyldkravet at i strl. § 48a fjernes i straffeloven 2005?

Etter § 48a er det som nevnt et vilkår at skyldkravet i vedkommende straffebud er oppfylt, jf. Rt.2002 s. 1312. Begge straffelovkommisjonene foreslo at rettstilstanden skulle videreføres.¹¹⁹ Departementet var imidlertid av en annen oppfatning. Ved utforming av § 27 første ledd annet punktum ble man stående ved følgende formulering: *”Dette gjelder selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller oppfylt vilkåret om tilregnelighet, jf. strl. § 20.”*

I forarbeidene er endringen primært begrunnet med at man i 2005-loven § 21 foreslo at straff som hovedregel skulle være betinget av forsett, og at man ved eventuelle unntak normalt burde begrense seg til å kriminalisere grovt uaktsomme handlinger. Ettersom foretaksstraff først og fremst er aktuelt ved overtredelse av reguleringslovgivningen, fryktet man at foretaksstraffen kunne tape en god del av sin effektivitet dersom det fortsatt skulle kreves at skyldkravet var oppfylt.¹²⁰

¹¹⁹ NOU 2002:4 s. 232 og NOU 1992:23 s. 132

¹²⁰ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 242-243, Stordrange (2014) s.

Spørsmålet i denne sammenheng blir hvilken betydning det har for medvirkningsansvaret at skyldkravet fjernes. Problemstillingen er ikke behandlet i forarbeidene.

En første mulighet er at skyldkravet består med hensyn til medvirker. Dette vil imidlertid være i strid med ordlyden i § 27. En mer naturlig forståelse er at skyldkravet bortfaller også for medvirker. I så tilfelle vil enhver handling (eller unnløstelse) som objektivt sett kvalifiserer til straffbar medvirkning, gi grunnlag for foretaksstraff etter strl. 2005 § 27. Både prinsipielt og i praksis synes det imidlertid problematisk å operere med et slikt objektivt medvirkningsansvar. Som nevnt er det ikke en forutsetning for straffbar medvirkning at handlingen (eller unnløstelsen) var en nødvendig betingelse for at overtredelse kunne finne sted. Det er tilstrekkelig at medvirkningsbidraget har hatt en eller annen funksjon i forbindelse med lovbruddet.¹²¹ Mange medvirkningshandlinger har derfor et dagligdags preg, for eksempel rådgivning, informasjonsutveksling, osv. Uten krav til at medvirkeren har utvist subjektiv skyld med hensyn til overtredelsen, vil vilkårene for foretaksstraff i strl. 2005 § 27 være oppfylt i svært mange situasjoner. Riktignok begrenses ansvarets rekkevidde av den alminnelige rettstridsreservasjonen og unntaket for handlinger som skyldes hendelige uhell og force majeure.¹²² Disse begrensningene har imidlertid liten praktisk betydning. Altså vil foretaksansvaret i medvirkningstilfeller i stor grad måtte avgjøres av påtalemyndigheten og domstolenes skjønn, jf. ”kan” i strl. 2005 § 27, jf. § 28.

I Transoceansaken la Oslo tingrett til grunn at en rådgivende telefaks fra serviceselskapet TODDI – objektivt sett – måtte betraktes som straffbar medvirkning til regnskapsovertredelser.¹²³ Selskapet ble likevel frifunnet fordi rådgiveren ikke hadde handlet med subjektiv skyld. Under straffeloven 2005, hvor skyldkravet er fjernet, ville utfallet kunne blitt et annet.

3.5 Oppsummering

I denne oppgaven har jeg vist at strl. § 48a ikke gir hjemmel for et såkalt identifikasjonsansvar. Det vil si at morselskap ikke kan ilegges foretaksstraff utelukkende basert på at et lovbrudd er begått ”på vegne av” datterselskapet. Morselskapets ansvar kan etter dette etableres på to ulike måter, jf. strl. § 48a. For det første ved at overtredelsen i datterselskapet anses be-

¹²¹ Se punkt 3.4.2

¹²² Se punkt 3.4.2 og 2.1.3.3

¹²³ TOSLO-2011-19007 (s. 239)

gått ”på vegne av” også morselskapet. For det andre ved at noen som har handlet ”på vegne av” morselskapet har medvirket til overtredelsen.

Når det gjelder ”på vegne av”-vilkåret, viser gjennomgangen ovenfor at morselskap A etter omstendighetene vil kunne holdes ansvarlig for datterselskapets lovbrudd dersom A i egenkap av oppdragsgiverselskap har reell mulighet til å innvirke på hvordan lovbrøyteren C skal utføre oppdraget. Utenfor oppdragstilfellene er det videre en mulighet for at A og B kan pålegges et felles foretaksansvar for Cs lovbrudd basert på parallelle betraktninger om felles arbeidsgiveransvar som er utviklet i arbeidsretten. Det rettskildemessige grunnlaget for et slikt ansvar synes imidlertid å være tvilsomt. Endelig viser gjennomgangen at morselskap A ikke kan holdes ansvarlig for lovbrudd begått av styremedlemmer i datterselskap B, basert på at disse samtidig er ansatt i morselskapet.

I lys av ”på vegne av”-vilkårets begrensede rekkevidde, vil det i praksis først og fremst være gjennom å bevise straffbar medvirkning at morselskap kan holdes ansvarlig etter strl. § 48a. Medvirkningsansvarets rekkevidde er imidlertid langt fra avklart, blant annet er det usikkert om tilknytningsforholdet mellom mor- og datterselskap kan gi grunnlag for passivt medvirkeransvar i morselskapet. Som i strafferetten ellers, legger kravet til subjektiv skyld begrensninger på medvirkningsansvarets betydning i praksis. I straffeloven 2005 § 27 har lovgiver valgt å fjerne skyldkravet som vilkår for foretaksstraff. Det er ikke klart hvilke konsekvenser endringen vil ha for medvirkningsansvaret. Både prinsipielt og i praksis synes det imidlertid problematisk å operere med et objektivt medvirkningsansvar.

4 Rettspolitiske betraktninger

4.1 Innledning

Spørsmålet i det følgende er om det bør innføres en bestemmelse i strl. § 48a (og senere i strl. 2005 § 27) om identifikasjonsansvar. Med identifikasjonsansvar menes her at mor- og datterselskap på visse vilkår kan identifiseres, slik at morselskapet kan holdes direkte ansvarlig for datterselskapets lovbrudd (’direkte straffansvar’) uten at medvirkning foreligger. I forarbeidene til strl. § 48a heter det:¹²⁴

¹²⁴ NOU 1989:11 s. 18

”Hvis praksis viser at det likevel er behov for en egen regel om straffansvar i slike konsernforhold, kan regelen innarbeides i loven senere. Det kan også lages særregler i bestemmelser hvor det er et spesielt behov for det.”

Innledningsvis vil jeg understreke at vurderingen ikke inneholder en helhetlig rettspolitisk analyse. Et slikt omfattende arbeid gir oppgavens lengde ikke rom for. Vurderingen tar sikte på å undersøke eventuelle svakheter ved gjeldende rett (punkt 4.3), samt måle dagens løsning opp mot en mulig bestemmelse om identifikasjonsansvar (punkt 4.4). Ettersom et identifikasjonsansvar kan utformes på en rekke ulike måter vil jeg innledningsvis – til sammenlikning – gi en kort redegjørelse for hvordan spørsmålet er løst i enkelte andre lands rett (punkt 4.2).

4.2 Utenlandsk rett

I dansk rett er regelen, på samme måte som i Norge, at mor- og datterselskap ikke kan identifiseres i relasjon til foretaksstraff.¹²⁵ Tilsvarende antas å gjelde i svensk og finsk rett, selv om spørsmålet per dags dato ikke er avklart i rettspraksis.¹²⁶

Også i britisk rett er den klare hovedregelen at mor- og datterselskap ikke kan identifiseres. Et unntak gjelder imidlertid for antikorrupsjonslovgivningen. Etter UK Bribery Act 2010 artikkel 7.1, kan et morselskap holdes strafferettslig ansvarlig for korrupsjonshandlinger begått i datterselskap, forutsatt at handlingen har vært til morselskapets fordel, dvs. tjent morselskapets interesser.¹²⁷ Morselskapet kan imidlertid – på samme måte som et datterselskap – unngå ansvar ved å dokumentere at det har gjort et tilstrekkelig arbeid for å forebygge korrupsjon i organisasjonen, jf. artikkel 7.2.

Heller ikke i amerikansk rett gjelder det noen generell regel om identifikasjon mellom mor- og datterselskap. I juridisk litteratur er det imidlertid argumentert for at det i den føderale strafferetten gjelder en identifikasjonsregel. Kjernen i denne regelen er at mor- og datterselskap etter omstendighetene vil kunne anses som samme enhet dersom morselskapets ledelse reelt sett leder virksomheten i datterselskapet, hvis konsernet utad fremstår som en enhet, eller

¹²⁵ Høivik (2012) s. 313, se også UfR 2001 s. 777 H

¹²⁶ Høivik (2012) s. 313, se også SOU 1997:127 s. 257-259 og PR 95/1993 II

¹²⁷ UK Bribery Act 2010 artikkeln 8, se også Wells (2014) s. 5-6

hvis virksomhetene er så tett integrert at det er naturlig å vurdere den som en enhet.¹²⁸ Oppfatningen har imidlertid per i dag ikke blitt prøvd for amerikansk domstol.

Innenfor EU/EØS-konkurranseretten er det lagt til grunn at mor- og datterselskap kan identifiseres i relasjon til enkelte bestemmelser etter den såkalte ”single economic entity doctrine”. Avgjørende er om datterselskapet ikke fritt bestemmer egen atferd på markedet, men hovedsakelig følger instruksjer fra morselskapet.¹²⁹ Vilkåret presumeres å være oppfylt dersom morselskapet eier 100% av datterselskapet. For å slippe ansvar må morselskapet bevise at slik innflytelse ikke er utøvd.¹³⁰ Dersom mor- og datterselskapet må anses som en slik økonomisk enhet, kan morselskapet etter omstendighetene holdes ansvarlig for brudd på konkurransereguleringene begått i datterselskap.¹³¹

4.3 Eventuelle svakheter ved gjeldende rett

Formålet er her å undersøke eventuelle svakheter ved gjeldende rett. Utgangspunktet for analysen må tas i det sentrale hensynet bak foretaksstraffinstituttet, som er å bidra til å styrke straffebudets preventive effekt ved å fungere som et organisatorisk incitament til å forhindre lovbrudd i organisasjonen.¹³²

Det er etter mitt syn særlig to forhold ved dagens løsning som gjør at strl. § 48a har begrenset funksjon som organisatorisk insitament i konsernforhold. For det første tar ikke ansvaret høyde for hvilket selskap som har fordel av lovbruddet. For det andre kan medvirkning være vanskelig å bevise. Jeg vil se nærmere på begge disse forholdene i det følgende.

For at den preventive effekten av foretaksstraffen skal være størst mulig, er det plausibelt å forutsette at ansvaret må være rettet mot det samme rettssubjektet som har fordel av lovbruddet. Slik ansvaret i strl. § 48a er utformet, er dette ikke tilfellet for konsernforhold. Et morselskap kan profittere på lovbrudd som skjer nedover i konsernet, samtidig som det kun i begrenset utstrekning kan stilles til ansvar. Morselskapets positive muligheter for gevinst, samsvarer ikke med den negative risikoen for tap (bøtestraff).

¹²⁸ Se Høivik (2012) s. 313 med videre henvisninger til Gruner, *Corporate Criminal Liability* s. 5-15 – 5-17

¹²⁹ Se blant annet sak C-90/09 P. *General Quimica SA m.fl. mot Kommisjonen*.

¹³⁰ Senter for europarett (2011) kap. 3 og 4

¹³¹ Se blant annet sak C-286/98 P. *Stora Kopparbergs Bergslags AB mot Kommisjonen*

¹³² Se punkt 2.1.2

Konsekvensene av manglende risikogjensidighet må riktignok ikke trekkes for langt. Under henvisning til medvirkningsansvaret skulle det i teorien være vanskelig for et morselskap å tilrettelegge for lovbrudd i datterselskap, uten at det samtidig løper en tilsvarende risiko for straff, jf. strl. § 48a. Ulempen er imidlertid at det i praksis følger betydelige utfordringer knyttet til å bevise straffbar medvirkning fra morselskapets side.

Aksjelovens ordning går ut på at morselskap skal utøve eierinnflytelsen på datterselskapets generalforsamling.¹³³ I praksis utøves imidlertid innflytelse gjennom uformelle instruksjoner og råd direkte til datterselskapets ansatte og styremedlemmer, og ved at morselskapets ledende ansatte tildeles styreverv i datterselskapenes styre.¹³⁴ Som følge av komplekse og ugjenomsiktige konsernstrukturer, kan det i ettertid være både vanskelig og ressurskrevende å bevise (ut over enhver rimelig tvil) hvorvidt datterselskapets lovbrudd i realiteten har vært påvirket av morselskapet.

Kombinasjonen av de bevismessige utfordringene og manglende risikogjensidighet medfører at ansvaret som følger av strl. § 48a kan fremstå som utilstrekkelig som organisatorisk insitamment for morselskap til å forhindre lovbrudd nedover i konsernet.

4.4 Bør det innføres en regel om identifikasjonsansvar for morselskap?

Selv med de svakheter som jeg har påpekt ovenfor, kan man ikke uten videre slutte at det *bør* innføres en regel om direkte straffansvar for morselskap. Straffens karakter av klander og onde tilsier at straff krever et særskilt legitimitetsgrunnlag – en rettferdiggjøring sammenliknet med andre sanksjonsformer.¹³⁵ Rettferdigjøringen av et identifikasjonsansvar bygger som beskrevet på at morselskapet har en økonomisk eierinteresse i sine datterselskap, slik at lovbrudd som begås i datterselskap også tjener morselskapets økonomiske interesser. Nødvendigheten må imidlertid vurderes opp mot hvilken preventiv effekt som eventuelt følger av alternative sanksjonsformer.¹³⁶

¹³³ Aksjeloven § 5-1

¹³⁴ Se punkt. 3.3.3, 3.4.4 og 3.4.5.

¹³⁵ Høivik (2012) s. 83

¹³⁶ Dette er et sentralt kriminaliseringsprinsipp, se blant annet Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 92-93

Et sentralt poeng i denne sammenheng er at datterselskapets bøtStraff vil fungere som en indirekte straff for morselskapet som eier. Effekten styrkes av at det i henhold til rettspraksis er adgang til å ta hensyn til hele konsernets økonomi ved utmåling av bøtStraffen mot datterselskapet, jf. strl. § 27, jf. § 48 bokstav f.¹³⁷ Videre vil inndragning kunne foretas overfor morselskapet dersom utbyttet av overtredelsen har tilfalt dette, jf. strl. § 34 fjerde ledd.¹³⁸ Det er altså ikke slik at morselskap *risikofritt* profiterer på lovbrudd som skjer nedover i konsernet, selv om selskapet ikke kan holdes direkte ansvarlig.

Straffetruelsen som følger med datterselskapets bøtStraff forutsetter imidlertid at datterselskapet fremdeles eksisterer, samt at selskapet omfattes av norsk straffelovs stedlige virkeområde.¹³⁹ Dersom datterselskapet er oppløst eller utenfor norsk jurisdiksjon, finnes det som utgangspunkt ikke noe selskap å fullbyrde straffen overfor. Dersom heller ikke gjerningspersonen(e) kan holdes ansvarlig, vil konsekvensen normalt være at lovbruddet forblir ustraffet.¹⁴⁰ Dette problemet ville ikke oppstått med et identifikasjonsansvar.

Likevel er det ikke gitt at innføringen av en slik bestemmelse vil være den beste løsningen for samfunnet totalt sett. Nyttens må vurderes opp mot eventuelle negative bieffekter innføringen av et identifikasjonsansvar kan ha. En potensiell bieffekt er for det første faren for at foretaksstraffen vil virke *for* effektivt i den forstand at morselskap må bruke uforholdsmessig mye ressurser på å føre tilsyn og kontroll med at lovregler blir fulgt nedover i konsernet for ikke å risikere foretaksstraff. Dette kan være samfunnsøkonomisk ineffektiv bruk av ressurser.¹⁴¹

En annen potensiell bieffekt er faren for at foretaksstraffen vil ha negativ virkning på investeringslysten (kapitaltilgang) og dermed verdiskapningen i samfunnet. Muligheten for å isolere risiko ved å splitte opp virksomhet i enkeltelskaper må antas å ha stor betydning for investeringslyst. Jo større risiko det er ved å investere, jo høyere vil terskelen kunne være for at morselskap vil ønske å investere i andre selskap. Vegring for å investere i selskaper og prosjekter vil igjen kunne gå ut over verdiskapningen i samfunnet.

¹³⁷ Se blant annet Rt.1995 s. 278

¹³⁸ Se NOU 1989:11 s. 27

¹³⁹ Etter asl. § 16-1, første ledd kan et morselskap når som helst beslutte å oppløse et datterselskap, også i tiden etter et eventuelt lovbrudd, men før det foreligger endelig straffedom.

¹⁴⁰ Dersom virksomheten i det oppløste datterselskapet må anses videreført i morselskapet (vertikal fusjon), vil morselskapet kunne holdes ansvarlig, jf. Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 42 og Rt.2008 s. 1201 (22-26)

¹⁴¹ Se for eksempel Høivik (2012) s. 97

De mulige bieffektene kan riktignok dempes ved at et identifikasjonsansvar kan utformes på ulike måter. For det første kan ansvaret forbeholdes tilfeller der morselskapet rent faktisk har utøvet styring og kontroll med datterselskapet, slik løsningen er innenfor EU/EØS-konkurranseretten, jf. ovenfor. Med en slik ordning vil ikke morselskap som fungerer som passive eierselskap være avhengig av å føre tilsyn og kontroll med at lovregler blir fulgt nedover i konsernet for ikke å risikere foretaksstraff.

En annen løsning er at identifikasjonsansvaret begrenses til enkelte rettsregler eller rettsområder hvor prevensjonshensynet gjør seg særlig gjeldene. Et eksempel på dette kan være korrupsjonsbestemmelsen i strl. §§ 276a og 276b, slik løsningen er i Storbritannia. Også på forurensningsområdet synes behovet for å kunne holde morselskapet ansvarlig å være særlig påtrengende.¹⁴²

5 Avsluttende kommentar

Oppgaven har vist at det finnes en rekke uavklarte spørsmål med hensyn til hvordan straffansvar kan og bør plasseres i konsernforhold. I kapittelet om rettspolitiske betraktninger har jeg drøftet fordeler og ulemper ved en eventuell utvidelse av morselskapets ansvar. Hvorvidt et identifikasjonsansvar tilbyr den beste løsningen, er vanskelig å angi. I lys av at forarbeidene åpner for at rettstilstanden kan endres dersom praksis viser et behov for dette,¹⁴³ vil det være interessant å følge rettsutviklingen i tiden fremover.

¹⁴² Høyesteretts argumentasjon i Hempel-dommen gir uttrykk for dette

¹⁴³ Se punkt 4.1

Litteraturliste

Lover

- 1902 Lov 22. mai 1902 nr. 10 alminnelig borgerlig straffelov (straffeloven)
- 1969 Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)
- 1981 Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- 2005 Lov 10. juni 2005 nr. 44 om forsikringsselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet mv. (forsikringsvirksomhetsloven)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Forarbeider

- Ot.prp.nr. 27 (1990-1991) Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak)
- Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)
- Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Prop.64 L (2014-2015) Lov om ikraftsetting av straffeloven 2005 (straffelovens ikrafttredelseslov)
- NUT 1970: 1 Innstilling til lov om aksjeselskaper
- NOU 1983: 57 Straffelovgivningen under omforming Straffelovkommisjonen delutredning I
- NOU 1989: 11 Straffansvar for foretak Straffelovkommisjonen delut-

redning III

NOU 1992:23	Ny straffelov – alminnelige bestemmelser Straffelovkommissjonens delutredning V
NOU 1996: 6	Arbeidstakers stilling i konsernforhold m.v.
NOU 1996: 3	Ny aksjelovgivning
NOU 2002:4	Ny straffelov Straffelovkommissjonens delutredning VII
F17.07.1998 nr. 615	Ikrafttredelse av lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Norsk rettspraksis

Rt.1947 s. 69	
Rt.1968 s. 725	
Rt.1977 s. 6	
Rt.1982 s. 642	(Heisekran)
Rt.1984 s. 1044	
Rt.1988 s. 1356	
Rt.1989 s. 231	(Exploration Logging-gruppen)
Rt.1990 s. 1126	(Wärtsila)
Rt.1994 s. 1002	
Rt.1995 s. 278	
Rt.1996 s. 742	(Minnor)
Rt.1996 s. 672	(Kongepark)
Rt.1998 s. 652	
Rt.1998 s. 565	
Rt.1999 s. 36	
Rt.2002 s. 1312	
Rt.2003 s. 1112	

Rt.2007 s. 1274 (Mobiltelefondommen)

Rt.2007 s. 785

Rt.2008 s. 1201

Rt.2009 s. 1079

Rt.2010 s. 1608

Rt.2010 s. 306 (Hempel)

Rt.2011 s. 855

Rt.2013 s. 1025

Norsk underrettspraksis

TOSLO-2011-19007 (Transocean)

RG-2002-1551

Norsk litteratur

Thorsen (1994) Aakvaag, Torvild, Thorsen, Odvar, Aarbakke Magnus, Knudsen Gudmund og Lilleholt, Kåre, *Noen sentrale emner innen norsk konsernrett*, 1994

Andenæs (2004) Andenæs, Johs, *Alminnelig strafferett*, 5. utg., 2004

Andenæs (1942) Andenæs, Johs, *Straffbar unnløstelse : et bidrag til strafferettsdogmatikken*, 1942

Andenæs (2007) Andenæs, Mads Henry, *Selskapsrett*, 2007

Asbjørnsen (1995) Asbjørnsen Rasmus, *Straffansvar for foretak – strl. paragraf 48a*, 1995

Askeland (2002) Askeland, Bjarte, *Erstatningsrettslig identifikasjon*, 2002

Husabø (1999) Husabø, Erling Johannes, *Straffansvarets periferi*, 1999

Høivik (2012) Høivik, Knut, *Foretaksstraff*, 2012

- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., 2004
- Mæland (2012) Mæland, Henry Johan, *Norsk alminnelig strafferett*, 2012
- Stordrange (2014) Stordrange, Bjørn, *Forbrytelser mot vårt økonomiske system*, 3. utg., 2014

Artikler

- Innjord og Pihlstrøm (2012) Innjord, Frode og Pihlstrøm, Andreas, ”*Morselskapets ansvar etter forurensningsloven § 7 – betydningen av Høyesteretts dom i Rt-2010-306*”, *Tidsskrift for eienomsrett* (2012) s. 1-20
- Jakhelln (2004) Jakhelln, Henning, ”*Arbeidstakers rettigheter i morselskap*”, *Marlus* (2004) nr. 310 s. 75–96
- Normann (2010) Normann, Kristin, ”*Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1(2)*”, I: *Festskrift til Mads Henry Andenæs* (2010) s. 232–252
- Wells (2012) Wells, Celia K, ”*Who’s afraid of the Bribery Act 2010?*”, *Journal of Business Law* (2012) s. 420-430
- Matningsdal (2008) Matningsdal, Magnus, ”*Medvirkning til straffbare handlinger*”, *Jussens venner* (2008) s. 357-383
- Høivik (2006) Høivik, Knut, ”*Det stedlige virkeområdet for de norske regler om foretaksstraff*”, *Håkonamål* (2006) s. 5-21
- Sjåfjell (2010) Sjåfjell, Beate, ”*Miljørettslig ansvarsgjennombrudd i selskapsretten – Høyesteretts dom 10. Mars 2010 (HR-2010-443-A)*”, *Nytt i privatretten* nr. 2 (2010) s. 19-20
- Falkanger (2012) Falkanger, Thor, ”*Ansvarssubjektet etter forurensningsloven § 51 – noen refleksjoner på bakgrunn av Rt.2010-306 (Hempel)*”, *Pro natura: Festskrift til Hans Christian Bugge* (2012) s. 96-107
- Senter for europarett (2011) Senter for europarett, ”*Doktrinen om én økonomisk enhet*”, *EuroRett* nr.4 (2011)

Annet

Statsadvokaten (2007)

Tilråkning fra Statsadvokaten av 20. september 2007, ”Anmeldelse av Aker Kværner ASA. Guantanamo-saken”

Utenlandske lover

2010

UK Bribery Act 2010

Utenlandske forarbeider

SOU 1997:127

Straffansvar för juridiska personer (Sverige)

PR 95/1993 II

(Finland)

NU 1986: 2

(Den nordiske straffelovskomite)

Utenlandsk rettspraksis

UfR 2001 s. 777 H

(Danmark)

EØS-rettspraksis

Sak C-90/09 P

Sak C-90/09 P. General Quimica SA mot Kommisjonen

Sak C286/98 P

Sak C286/98 P. Stora Kopparbergs Bergslags mot Kommisjonen